

**EL DERECHO DE AUTOR Y SU
DISPONIBILIDAD MORTIS CAUSA.
A PROPÓSITO DE PROBLEMAS PRÁCTICOS
QUE IMPIDEN SU CORRECTA GESTIÓN**

JORGE ALBERTO COLMENARES MANTILLA*

MÓNICA LIZET MORALES NEIRA**

Cuando se acerca al fin, ya no quedan imágenes del recuerdo; sólo quedan palabras. No es extraño que el tiempo haya confundido las que alguna vez me representaron con las que fueron símbolos de la suerte de quien me acompañó tantos siglos. Yo he sido Homero; en breve, seré Nadie, como Ulises; en breve, seré todos: estaré muerto.

JORGE LUIS BORGES, *EL INMORTAL*¹

RESUMEN

La regulación del fenómeno sucesorio es sin duda una de las grandes conquistas alcanzadas por la *scientia iuris*, debido a que define el destino de las relaciones jurídicas transmisibles de un ser humano al momento de su muerte.

Cuando muere un autor de una obra protegida, la transmisión de sus derechos sigue las reglas generales del derecho de sucesiones. Sin embargo, dada la estructura bidimensional de los derechos de autor, que comprende derechos personales

* Abogado de la Universidad Externado de Colombia, especialista en derecho comercial y doctor en derecho de la misma Universidad. Doctor en derecho y tutela de la Università Degli Studi di Roma "Tor Vergata". Profesor de derecho romano de la Universidad Externado de Colombia. Contacto: jorge.colmenares@uexternado.edu.co. Fecha de recepción: 03 de noviembre 2022. Fecha de aceptación: 17 de noviembre 2022. Para citar el artículo: Colmenares Mantilla, Jorge Alberto y Morales Neira, Monica Lizet, "El derecho de autor y su disponibilidad *mortis causa*. A propósito de problemas prácticos que impiden su correcta gestión", en *Revista La Propiedad Inmaterial* n.º 34, Universidad Externado de Colombia, julio-diciembre 2022, pp. 217-253. DOI: <https://doi.org/10.18601/16571959.n34.09>

** Abogada de la Universidad Externado de Colombia, especialista en derecho contractual y relaciones jurídico negociales de la misma Universidad. Máster (LLM) en derecho corporativo y en propiedad intelectual, derecho de información y tecnología de Ohio State University (EE. UU.) - Moritz College of Law. Profesora de la Universidad Externado de Colombia y abogada líder del Banco de la República. Correo-e: monica.morales@uexternado.edu.co

¹ Borges, Jorge Luis. *El Aleph*. Bogotá: Random House Mondadori, 2011, p. 28.

fundamentales y otros patrimoniales, surgen ciertas inquietudes sobre el rol de los herederos y el ejercicio efectivo de sus intereses, así como inconvenientes prácticos que pueden afectar intereses colectivos como el acceso efectivo al conocimiento y a la cultura.

En el derecho romano, los negocios por causa de muerte, y en particular el testamento, acto jurídico complejo, ofrecen al causante la posibilidad de disponer a cabalidad de todos sus derechos. Esta experiencia jurídica, fundamental en la formación del ordenamiento colombiano, reivindica el valor de la capacidad dispositiva por causa de muerte, que frente al derecho de autor constituye una alternativa concreta para asignar debidamente los derechos que recaen sobre la obra, superando así problemas como la incertidumbre en torno a los derechos que de ella se desprenden, o su eventual orfandad.

Palabras clave: transmisión *mortis causa*; derechos de autor; derechos fundamentales; derechos morales; derechos patrimoniales; autonomía privada; testamento; herencia; herederos; obra huérfana; dominio público; autor.

COPYRIGHT AND TRANSACTIONS *MORTIS CAUSA*. AN APPROACH OF SOME PRACTICAL ISSUES WHICH LEAD TO LEGAL UNCERTAINTY

ABSTRACT

Law of succession is undoubtedly one of the great achievements of the *scientia iuris*, because it defines the course of the transmissible legal relationships of a human being at the time of his death.

When an author of a copyrighted work dies, the transfer of his rights follows the general rules of succession law. However, given the two-dimensional nature of author's rights, which includes fundamental personal rights (moral rights) and exclusive property rights, certain concerns arise about the role of heirs and the effective protection of their interests, as well as practical inconveniences that may affect collective interests such as effective access to knowledge and culture.

In Roman law, transactions *mortis causa*, and in particular the will, a complex legal act, offer the deceased the possibility of fully transfer his rights. This legal experience, fundamental in the formation of the Colombian legal system, vindicates the value of transactions *mortis causa*, which, referring to copyright, constitutes a concrete alternative to duly transfer ownership of the copyright, overcoming problems such as the uncertainty around the allocation of such rights, as well as the fact of eventually becoming an orphan work.

Keywords: Copyright; Human Rights; Moral Rights; Economic Rights; Private Autonomy; Freedom of Contract; Will; Heritance; Heirs; Orphan Work; Public Domain; Author.

INTRODUCCIÓN

“Curiosa es nuestra situación de hijos de la tierra. Estamos por una breve visita y no sabemos con qué fin, aunque a veces creemos presentirlo”². La *vita activa* se desarrolla entre la natalidad y la mortalidad³; esta última, recuerdo de la futilidad del hombre, suele generar una serie de ambivalencias existenciales que van desde la hipertrofia del yo⁴, hasta el amor heroico, que promete la victoria sobre la muerte a través del reconocimiento del otro⁵. Tomar consciencia de la inevitabilidad de la muerte alimenta una particular sensibilidad por todo aquello que trasciende al ser; gracias al reconocimiento de la finitud, la afabilidad y la solidaridad tienden a superar el miedo y estimulan la capacidad del hombre de producir cosas con valor imperecedero para sí y para la comunidad. De allí que en la creación y la innovación, en la ciencia y el arte, surjan improntas indelebiles que orientan la conducta humana y la relación del hombre con su entorno. De esta manera, la obra, como resultado del trabajo e intelecto humanos, configura una posibilidad de prolongación de la “vida”, en tanto mantenga su vigencia e integridad dentro del patrimonio cultural de la humanidad.

La obra no solo representa una posibilidad de lucro sino que incorpora también elementos inmateriales que reflejan la personalidad y los deseos de quien la elabora, y en este sentido, la autonomía privada configura un vehículo ideal de protección del derecho de autor⁶, debido a que permite definir la suerte de ciertos

2 Einstein, Albert. “Como veo el mundo”. En: *Mi visión del mundo*. Barcelona: Tusquets, 2013, p. 11.

3 Arendt, Hannah. *La condición humana* (11ª ed.). Madrid: Paidós, 2011, pp. 35 y ss., designa con la expresión *vita activa* las tres actividades que considera fundamentales para el ser humano: labor (que corresponde al proceso biológico del cuerpo humano, y en suma a la vida misma), trabajo (que corresponde a lo no natural de la existencia del hombre, sino a un “artificial” mundo de cosas, distintas de las circunstancias naturales) y acción (que corresponde a la condición humana de la pluralidad, la condición de toda la vida política que distingue al ser humano de otros seres y especies del mundo). La *vita activa*, por tanto, está íntimamente relacionada el nacimiento y la muerte, con la natalidad y la mortalidad. Cada actividad se relaciona con ambos polos de la existencia humana y configura una forma de interacción entre el individuo y la humanidad: la labor asegura la supervivencia del ser y de la especie humana; el trabajo y su producto artificial “concede una medida de permanencia y durabilidad a la futilidad de la vida mortal y al efímero carácter del tiempo humano” (p. 36); y la acción, en fin, al comprometerse con el establecimiento y la preservación de los cuerpos políticos, “crea la condición para el recuerdo, esto es, para la historia” (p. 36).

4 Han, Byung-Chul. *Muerte y alteridad* (trad. al cast. de Alberto Ciria). Barcelona: Herder, 2018, p. 9 y ss., explica con *El rey se muere*, conocido drama de Ionesco, una reacción ante la muerte que exagera el yo y lo agranda hasta lo monstruoso, debido al miedo que causa la inevitabilidad de la inexistencia. Heidegger, Martin. *Ser y tiempo* (trad. al cast. de José Gaos). México D. F.: Fondo de Cultura Económica, 1993, *passim*, en particular pp. 256 y ss., atribuye a la consciencia de la muerte el más alto grado de autonomía y auto-reconocimiento, un poder que incrementa a medida que el fin se acerca y que avala la construcción de un yo enfático.

5 Adorno, Theodor. *Teoría estética*. Madrid: Akal, 2004, p. 365; Lévinas, Emmanuel. *El tiempo y el otro*. Madrid: Paidós, 1993, pp. 118 y ss.

6 Bianca, Massimo. *Derecho Civil 3. El contrato* (trad. al cast. de Fernando Hinestrosa y Edgar Cortés). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 51: “Más que

de sus componentes mediante el uso de negocios que custodian legítimamente la voluntad del disponente durante y más allá de la vida⁷.

En el derecho de sucesiones, el modelo testamentario privilegia desde su origen la fuerza de dicha voluntad, de manera que el autor, a través del testamento, podría afrontar ciertas vicisitudes que afectan la integridad, ineditud o la paternidad de la obra después de su muerte, superar incertidumbres en torno la adjudicación de los derechos que de ella se desprenden, incluyendo los morales, y evitar así problemas prácticos que en la actualidad impiden su gestión efectiva.

Para comprender el valor del testamento y el contenido de la herencia en el derecho de sucesiones contemporáneo, resulta imprescindible su análisis en clave histórica, puesto que solo así se percibe su complejidad y utilidad; por esta razón, daremos paso a su estudio desde una perspectiva histórico-comparativa, para luego tratar, sobre la base de su alcance prístino, algunos problemas concretos relacionados con el destino del derecho de autor y la utilización de la obra jurídicamente protegida.

Así las cosas, nuestro propósito será, en primer lugar, superar las limitaciones conceptuales sobre el estudio histórico-comparativo del derecho de sucesiones para luego, con base en el alcance de la herencia y el testamento en el derecho romano, reivindicar el acto testamentario como un instrumento definitivo de la autonomía privada que proyecta *post mortem* la capacidad dispositiva del causante, respecto de ciertos elementos personalísimos y patrimoniales en el derecho de autor.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES SOBRE EL ESTUDIO HISTÓRICO-COMPARATIVO DEL DERECHO DE SUCESIONES

La regulación del fenómeno sucesorio es sin duda una de las grandes conquistas alcanzadas por la *scientia iuris*, debido a que define el destino de las relaciones jurídicas transmisibles de un ser humano al momento de su muerte⁸. Aun cuando

como poder de decidir respecto de la propia esfera jurídica personal y patrimonial, la autonomía privada puede ser vista como un derecho de libertad y, por tanto, como un derecho fundamental de la persona”.

7 Betti, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. Granada: Comares, 2010, p. 45: “Tienen su origen, los negocios jurídicos, en la vida de relación; surgen como actos con los que los particulares disponen para el futuro una regulación vinculante de intereses dentro de sus relaciones recíprocas, y se desarrollan espontáneamente bajo el impulso de las necesidades, para satisfacer variadas exigencias económico-sociales, todavía libres para la injerencia de todo orden jurídico”.

8 La consciencia del fenómeno jurídico, de su estructura y de su técnica para la práctica, la debemos a los romanos, pueblo de *prudentes* y de *iurisprudencia* (D. 1.1.1.1 Ulp. *Inst. I*; D.1.1.10.2 Ulp. *Reg. I*). Los juristas de fines de la república y del principado identificaban el *ius* de la *civitas* con la *interpretatio iuris* (D.1.2.2.5; 1.2.2.13 Pomp. *L. sing. Ench.*), por cuanto solo los jurisconsultos conocían suficientemente los instrumentos jurídicos y metodológicos para operar de forma adecuada en dicha disciplina, concretando ante el caso concreto tanto la *aequitas* como la *iustitia*, emblemas de la correcta aplicación del derecho, no como culto a los conceptos, a las reglas o a rígidas construcciones analógicas que reposan en cuantificaciones abstractas, sino como un saber capaz de olvidar los esquemas en exceso vinculantes, orientado por la ductilidad y por el privilegio

su importancia resulta innegable, una visión anquilosada en la doctrina sostiene que el contenido normativo de la sucesión *mortis causa* refleja una serie de particularidades propias de la comunidad que disciplina y, por tanto, sus institutos y categorías esenciales no serían fruto de un proceso de maduración jurídico, sino de un conjunto de circunstancias socioculturales que emergen por acaso en un momento determinado. Bajo esta óptica, conocida como la *tesis jurídico-cultural*, el estudio histórico o comparado del derecho de sucesiones podría considerarse superfluo, cuando no inútil, dadas las insuperables dificultades para cotejar, armonizar y criticar en conjunto los elementos que lo componen en los distintos ordenamientos jurídicos, con el objeto de mejorar o eventualmente unificar su regulación⁹.

Si bien es cierto que la sucesión *mortis causa* resiente en su traducción normativa de un fuerte influjo sociocultural, no parece posible –ni conveniente– despojar su contenido de la razonabilidad y la coherencia propias de nuestra experiencia jurídica. El derecho, como artificio del hombre, es expresión indefectible de la cultura y difiere usualmente en contornos y matices de un lugar a otro, sin embargo, sus variaciones no deshacen las bases sobre las cuales reposa el sistema jurídico de tradición romanista, del cual desciende el subsistema jurídico latinoamericano, caracterizado por una potente proclividad a la comparación sincrónica –con los

razonable de lo cualitativo, es decir, como *ars boni et aequi* (D. 1.1.1 pr. Ulp. *Inst. I*). Riccobono, Salvatore. “Esbozo de la evolución del derecho romano” (trad. al cast. por José Félix Chamie). *Revista de Derecho Privado*, n.º 40, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2021, pp. 497-512; Riccobono, Salvatore. “Ius est ars boni et aequi”. *Annali del Seminario Giuridico dell’Università di Catania*, n.º 1, Jovene, Nápoles, 1947, pp. 38-51. Gallo, Filippo. *Celso y Kelsen. Para la refundación de la ciencia jurídica* (trad. al cast. de Manuel Grasso). Buenos Aires: Eudeba, 2015, pp. 84-07; Castresana, Amelia. *Derecho romano. El arte de lo bueno y de lo justo*. Madrid: Technos, 2013, pp. 83-88; Vacca, Letizia. *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano. Corso di lezioni*, 2 ed. Turín: Giappichelli, 2012, *passim*, en particular, pp. 85-87; Schiavone, Aldo. *Ius. La invención del derecho en occidente* (trad. al cast. de Germán Prósperi). Buenos Aires: Adriana Hidalgo Editora, 2012, pp. 477-513; Cannata, Carlo Augusto. *Per una storia della scienza giuridica europea I. Dalle origini all’opera di Labeone*. Turín: Giappichelli, 1997, *passim*.; Tondo, Salvatore. “Appunti sulla giurisprudenza pontificale”. En: AA. VV. *Per la storia del pensiero giuridico romano. Dall’età dei pontifici alla scuola di Servio* (bajo el cuidado de Dario Mantovani). Turín: Giappichelli, 1993, pp. 1-15; Bretone, Mario. *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, 2 ed.). Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 1984, pp. 191-204.

⁹ Esta tesis sostiene que las normas que regulan la sucesión *mortis causa* están ceñidas a los valores culturales de una determinada sociedad y representan, en el derecho privado, la identidad misma de una nación. Como nervio del derecho nacional, esta rama del derecho estaría marcada por una fuerte tendencia a la preservación y la estabilidad, por tanto, desde el derecho comparado, sea con propósitos de armonización y unificación, sea con propósitos de análisis crítico, su estudio sería aparentemente infructuoso. Sobre esta aproximación, *cf.* Kramer, Ernst. “Der stil der schweizerischen Privatrechtskodifikation. Ein model für Europa?”. *RabelsZ*, n.º 72, 2008, pp. 773 y ss.; Erp van, Sjef. “New Developments in Succession Law”. En: *General Reports of the XVIIth Congress of the International Academy of Comparative Law*, 2007, pp. 73-74; Verbeke, Alain-Laurent y Leleu, Yves-Henri. “Harmonization of the Law of Succession in Europe”. En: AA. VV. *Towards a European Civil Code*, 4 ed. Wolters Kluwer, 2011, pp. 459-479.

ordenamientos jurídicos europeos— y diacrónica —con su sistema de referencia, el *Ius Romanum*¹⁰— de sus instituciones¹¹.

10 La condensación de los *Iura populi romani* (derechos del pueblo romano) en el sintagma *Ius Romanum* (derecho romano, en singular), entendido como “sistema” (*Const. Tanta/Dedoken* 7), supone la confluencia de una serie de elementos que le atribuyen a este modelo jurídico una proyección universal (*Const. Tanta* 19) y perpetua (*Const. Deo auct.* 14; *Const. Tanta* 23) en sus dimensiones espacial y temporal respectivamente. Sobre el tema, *cf.* Schipani, Sandro. “Sistema del diritto romano. Sistema latinoamericano. Interpretazione sistematica in senso pieno. Giuristi, cittadini, uomini”. En: AA. VV. *Europa e America Latina. Due continenti, un solo diritto*, tomo I. Turín: Giappichelli, 2020, pp. 23 y ss.; Schipani, Sandro. “Principia iuris potissima pars principium est. Principios generales del derecho. Notas sobre la formación de un concepto”. En: *La codificación del derecho romano común* (trad. al cast. de José Félix Chamie). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, pp. 115-155; Hamza, Gábor. *Origen y desarrollo de los ordenamientos iusprivatistas modernos con base en la tradición del derecho romano* (trad. al cast. de Ramón Rodríguez Montero). Santiago de Compostela: Andavira Editora, 2022, pp. 17-59; Saccoccio, Antonio. “Il sistema di diritto romano come patrimonio comune dell’umanità”. En: AA. VV. *Liber amicorum per Sebastiano Tafaro. L’uomo, la persona e il diritto* (ed. por Antonio Uricchio y Maria Casola). Bari: Cacucci Editore, 2019, pp. 551-574; Salgado, Catalina. “Breves reflexiones sobre la interacción entre ‘ordenamiento’ y ‘sistema’ de ius romanum”. En: AA. VV. *Sistema jurídico romanista y subsistema jurídico latinoamericano. Liber discipulorum para el profesor Sandro Schipani*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013, pp. 167-204. Cellurale, Mariateresa. “Ius et locus: observaciones sobre espacio y sistema a la luz del derecho romano”. *Revista de Derecho Privado*, n.º 16, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, pp. 31-48; Fiori, Roberto. “Ius civile, ius gentium, ius honorarium: il problema della “recezione” dei iudicia bonae fidei”. *BIDR*, 101-102, 1999, pp. 165 y ss.; Catalano, Pierangelo. *Diritto e persone. Studi su origine e attualità del sistema romano I*. Turín: Giappichelli, 1990, pp. 89-119; Talamanca, Mario. “Ius gentium’ da Adriano ai Severi”. En: AA. VV. *La codificazione del diritto dall’antico al moderno, Incontri di studio – Napoli, gennaio-novembre 1996*. Nápoles: Editoriale Scientifica, 1998, pp. 191 y ss.; Biondi, Biondo. “Aspetti universali e perenni del pensiero giuridico romano”. En: AA. VV. *Eos. Symbolae R. Taubenschlag dedicatae*, vol. II. Bratislava-Varsovia: Ossolineum, 1957, pp. 192 y ss.

11 Ilustrativas resultan las palabras de Esborraz, David Fabio. *Contrato y sistema en América Latina*. Buenos Aires: Rubinzal, 2004, p. 29: “Esta tendencia connatural del Sistema jurídico latinoamericano de comunicar ‘diacrónicamente’, con su Sistema de referencia, y ‘sincrónicamente’, con los Subsistemas eurocontinentales del mismo, no se vio limitada luego de la independencia de las antiguas ‘colonias’ españolas y portuguesas en América y el consiguiente fraccionamiento del territorio en varios Estados nacionales, en atención a que, a diferencia de lo que ocurrió en el Viejo Continente, en donde el estatal-legalismo buscó aislar los Códigos de sus raíces, de nacionalizar la producción del derecho y de estructurar los respectivos ordenamientos de manera cerrada y autosuficiente; en el Nuevo Mundo las respectivas codificaciones hicieron propias las raíces del derecho común latinoamericano que se había formado sobre la base de la tradición ibérica del derecho romano, permitiendo el constante diálogo de las mismas entre sí y de estas con la totalidad del Sistema jurídico romanista, con el cual los ‘Códigos latinoamericanos de la transfusión y de la independencia’ acentuaron su comunicación directa y su continuidad (mediante la remisión a los principios generales del derecho para heterointegrar e interpretar sus respectivos textos) pero sin dejar de especificar —además— sus características propias (entre las que podemos citar: su carácter democrático, su espíritu universalista y solidarista, la igualdad perfecta del extranjero y del nacional en materia de derechos civiles, etc.)”. En cuanto a la elaboración específica de los códigos civiles en el sistema latinoamericano, *cf.* Esborraz, David Fabio. “La individualización del subsistema jurídico latinoamericano como desarrollo interno propio del sistema jurídico romanista (I)”. En: *Roma e America. Diritto romano comune* 21. Módena: Mucchi Ed., 2006, pp. 5 y ss.; Esborraz, David Fabio. “La individualización del subsistema jurídico latinoamericano como desarrollo interno propio del sistema jurídico romanista (II)”. En: *Roma e America. Diritto romano comune* 24. Módena: Mucchi Ed., 2007, pp. 33 y ss.; Guzmán Brito, Alejandro. *La fijación y la codificación del derecho en Occidente*. Valparaíso: Escuela de

En efecto, desde una perspectiva más amplia y detallada, una serie de elementos transversales a los sistemas jurídicos occidentales revitaliza el análisis crítico e histórico-comparativo del derecho de sucesiones. La mayoría de los países occidentales regula la sucesión por causa de muerte a partir de la coexistencia de dos regímenes sucesorios antitéticos, el testamentario y el *ab intestato*. Esta organización normativa sigue los derroteros marcados por el antiguo *ius civile* de los romanos, que ya en las XII Tablas (451-450 a.C.) habría logrado atenuar los efectos de una complejidad jurídica reflejada en la existencia de dos modelos sucesorios contrapuestos, procedentes de los *mores* de las *gentes* fundadoras de la *civitas*¹². La *Tab V. 4-5* de la legislación decenviral establece la suerte de la *hereditas* al deceso de un *pater familias*:

Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto. Si adgnatus nec escit, gentiles familiam habento [Si muere intestado el que carece de descendientes, tenga la familia el agnado más próximo. Si carece de agnados, tengan la familia los gentiles]¹³.

Según la norma, solo a falta de testamento (*si intestato moritur*) se daba paso a la delación legítima. En ese escenario, el *filius in potestate*, calificado como “heredero” (*heres suus*), era el primer llamado a recibir la herencia¹⁴; en segundo lugar, y ante la inexistencia del primero, aparecía el *adgnatus proximus*, es decir, el pariente más cercano de entre quienes estuvieron, junto al *de cuius*, sometidos a la potestad de un mismo *pater*¹⁵; y, por último, a falta de *heredes sui* y de *adgnati*, eran llamados los *gentiles*, aquellos que, aunque pertenecían a distintas *familiae*, compartían una ascendencia común y un mismo *nomen*¹⁶.

Esta disposición, entonces, debilita la tensión entre ambos modelos sucesorios y construye una relación de preeminencia de la sucesión testamentaria sobre la delación legítima, característica operativa que se ha mantenido con más o menos rigor en el tiempo hasta llegar a nuestros días¹⁷.

Derecho PUCV, 2017, pp. 22-33, 223-236; Schipani, Sandro. “Codici civili nel sistema latinoamericano”. En: AA. VV. *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*. Turín: UTET, 2010, pp. 287-319.

12 Cardilli, Riccardo. *Damnatio e oportere nell'obbligazione*. Nápoles: Jovene, 2016, pp. 173 y ss.

13 Se prefiere la reconstrucción “jurídica” de la fuente, extraída de *Coll. 16,4,1-2 y Tit. Ulp. 26,1*. Al respecto, *cf.* Voci, Pasquale. *Diritto ereditario romano I, Introduzione. Parte Generale*. Milán: Giuffrè, 1967, pp. 8 y ss.; Finazzi, Giovanni. “La successione ab intestato”. En: AA. VV. *XII TABULAE. Testo e commento I* (ed. por Maria Floriana Cursi). Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 2018, pp. 231-235.

14 Gayo relaciona al *heres suus* con su posición preeminente sobre los demás llamados por la delación legítima (Gai. 2.156-157).

15 D. 50.16.195.2 (Ulp. 46 *ad ed.*). La opinión mayoritaria señala que, en el lenguaje decenviral, *adgnati* son los parientes colaterales del *de cuius*, distintos de los *sui heredes* que coinciden con los *fili in potestate*, tal y como afirmamos en el texto. Sobre el tema, *cf.* Guarino, Antonio. “‘Sui’ e ‘adgnati’ nelle ‘XII Tabulae’”. En: *Pagine di diritto romano IV*, 1994, pp. 128 y ss.

16 Cic. *Top.* 6.29; Fest. s.v. *gentilis* [Lindsay, 83].

17 En cuanto a la historia y la atenuación en el derecho moderno del principio *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, *cf.* Coppola, Giovanna. *Nascita e declino dell'adagio nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*. TSDP V,

Del mismo modo, para muchos ordenamientos nacionales, el fundamento esencial de la sucesión *mortis causa* es la idea de la sucesión familiar, que proyectada en la delación legítima establece una secuencia de parientes que son llamados a recibir la herencia (descendientes, ascendientes, hermanos, cónyuge supérstite), presumiendo que la voluntad del causante, de haberse otorgado testamento, habría privilegiado a alguno de esos sujetos debido a su cercanía. Esta perspectiva no surge *ex nihilo*, ni obedece a un capricho del legislador; es, más bien, reflejo modulado de la consciencia cultural y jurídica de nuestra forma de ver el mundo. De allí que en el siglo XVII, Grocio considerara a la sucesión *ab intestato* una forma de anticipar la voluntad del *de cuius*, en caso de que este no se manifestara¹⁸.

Por la misma senda, en el modelo occidental de sucesión *ab intestato*, los descendientes del causante suelen ocupar el primer lugar dentro del orden sucesoral, relegando a los demás parientes, y heredan *per capita*, en la medida en que cada uno de ellos representa la cabeza de su propia estructura familiar, siguiendo una lógica ya decantada en el régimen justinianeo contenido en la *Nov. 118* (423 d.C.)¹⁹.

Así, no solo la cultura define el contenido del derecho de sucesiones, sino también el esfuerzo del jurista por alcanzar soluciones que, sobre la reflexión y el análisis, respondan eficientemente a las necesidades de la comunidad, en armonía con principios y valores que reflejan coherencia, justicia y orden sistemático. Diferencias y sutilezas pueden rastrearse en otras áreas del derecho privado, y no por ello se ha mistificado su contenido hasta afirmar que su análisis jurídico-comparativo resulta inocuo.

A decir verdad, los elementos de continuidad y discontinuidad del derecho de sucesiones son producto del avance y mejoramiento de las reglas que lo disciplinan; así lo confirma la preocupación trans-sistémica por la equiparación de los derechos sucesorios de los hijos sin importar si son o no concebidos dentro del matrimonio, la inclusión de nuevos sujetos a la delación legítima en virtud de la amplitud del concepto de familia, la preocupación por asegurar una congrua subsistencia del cónyuge supérstite –sin distinción de sexo–, o la atenuación de la libertad testamentaria con la imposición de asignaciones forzosas, en consonancia con el modelo romano de la sucesión necesaria²⁰.

2012, pp. 26 y ss.; Borysiak, Witold. “Roman principle: Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest and the reasons of its modern rejection”. En: AA. VV. *Maier familias. Scritti romanistici per Maria Zabłoka*. Varsovia: The Journal of Juristic Papyrology, 2016, pp. 63-83.

18 Grot. *De iure belli ac pacis* 2.7.3. *successio ab intestato quae dicitur positio domino, remota omni lege civili, ex coniectura voluntantis natura habet originem*.

19 Lambertini, R. *I caratteri della Novella 118 de Giustiniano*. Milán: Giuffrè, 1977, pp. 81 y ss. Sobre la idea del ligamen familiar como fundamento natural de la sucesión *mortis causa* en el régimen justinianeo y los códigos civiles modernos, *cf.* Rűfner, Thomas. “Intestate succession in roman law”. En: AA. VV. *Comparative succession law, vol. II. Intestate succession* (ed. por Marius de Waal, Kenneth Reid y Reinhard Zimmermann). Oxford: Oxford University Press, 2015, pp. 26 y ss.

20 Zimmermann, Reinhard. “Does the law of Succession reflect cultural differences?”. En: *Maastricht Law Series* n.º 1. Portland: Eleven, 2018, pp. 12 y ss. Para un estudio profundo sobre el origen de la sucesión necesaria en el instituto de la *querela inofficiosa*

De esta manera, el estudio de la sucesión *mortis causa* puede y debe superar los confines del ámbito local y de un tiempo determinado, si su horizonte se fija en la comprensión cabal de las categorías e institutos jurídicos que la componen²¹.

En este orden de ideas, los códigos civiles latinoamericanos –incluido el colombiano– están, por tanto, conformados por un cuerpo normativo que además de haber resistido los avatares de la historia resulta idóneo para afrontar muchas de las problemáticas de la sociedad contemporánea²².

El patrimonio conceptual que estructura el derecho de sucesiones, reflejado en la conservación de términos más o menos uniformes como *sucesión*, *heredero*, *herencia*, *testamento* o *legado*, ha logrado articular en la práctica la salvaguarda de ciertas expectativas hereditarias con el uso de los negocios *mortis causa*, cuyo contenido no solo redundaría en la adjudicación de los elementos patrimoniales del *de cuius*, como quiso afirmar la pandectística alemana del siglo XIX²³, sino que puede abarcar también relaciones jurídicas personales que sobreviven a la muerte de su titular²⁴.

testamenti, acción de rescisión del testamento en caso de preterición de los *heredes sui*, y el régimen de la *bonorum possessio contra tabulas*, *cf.* Di Lella, Luigi. *Querela inofficiosi testamenti. Contributo allo studio della successione necessaria*. Nápoles: Jovene, 1972, *passim.*; Vacca, Letizia. *In tema di bonorum possessio contra tabulas*. En: *BIDR* 80, 1979.

21 En torno a la reivindicación del estudio histórico-comparativo del derecho de sucesiones, tanto en Europa como en Latinoamérica, además del contenido de la nt. 19, *cf.*; Colmenares, Jorge. “Libertad testamentaria en Roma. Una reflexión a propósito del estado actual de la cuestión en Colombia”. En: *Estudios latinoamericanos de derecho romano* (ed. por Jorge Adame y Horacio Heredia). México D. F.: UNAM, 2017, pp. 233-256; Cornejo, Pablo. “Derecho internacional privado de las sucesiones. Novedades desde la Unión Europea”. En: AA. VV. *Temas actuales de derecho internacional. Homenaje al profesor emérito Mario Ramírez Necochea*. Santiago de Chile: Thomson Reuters, 2016, pp. 157-178; AA. VV. *Comparative succession law, vol II. Intestate succession* (ed. por Marius de Waal, Kenneth Reid y Reinhard Zimmermann). Oxford: Oxford University Press, 2015, *passim.*; AA. VV. *Freedom of testation/testierfreiheit* (ed. por Reinhard Zimmermann). Tübingen: Mohr Siebeck, 2012, *passim.*; AA. VV. *Comparative succession law, vol. I. Testamentary formalities* (ed. por Marius de Waal, Kenneth Reid y Reinhard Zimmermann). Oxford: Oxford University Press, 2011, *passim.*; AA. VV. *Exploring the law of succession. Studies national, historical and comparative* (ed. por Marius de Waal, Kenneth Reid y Reinhard Zimmermann). Edimburgo: Edinburgh University Press, 2007, *passim.*

22 Guzmán Brito, Alejandro. “La penetración del derecho romano en América”. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 18, n.º 2, 1991, pp. 203-211, quien afirma que “la explicación para la enorme difusión que recibió el código de Bello en América se encuentra en que ese cuerpo recogió fundamentalmente el derecho tradicional, de manera que los usuarios del derecho no vieron en él la imposición de un código extraño o extranjero, sino una nueva versión de su derecho propio. Con ello, de una manera distinta, quedó, en general, asegurada la unidad jurídica de los antiguos reinos indios ahora convertidos en repúblicas independientes”. A través de las Partidas y la ciencia bartolista en las Universidades de América, el derecho común, diseñado sobre la base del derecho romano, “había calado muy hondamente en la mentalidad de los abogados y jueces y de los profesores” (p. 210).

23 Sohm, Rudolph. *Institutionen des römischen rechts*. Leipzig: Duncker & Humboldt, 1884, pp. 317 y ss.

24 Fadda, Carlo. *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano. Parte prima. Lezioni dettate nella Università di Napoli 1899-1900*. Nápoles: Luigi Piero Tip.-Editore, 1900, pp. 1-33, consideraba a inicios del siglo pasado que la visión pandectística del derecho de sucesiones “exagera” al afirmar “que la inmortalidad es inmanente a los derechos y a los deberes de carácter patrimonial, y que, por el contrario, como regla general, los derechos y deberes de carácter público o familiar desaparecen con la persona del titular y del obligado respectivamente” (p. 3).

II. HEREDITAS Y SUCCESSIO: NOCIONES QUE RECALCAN EL CONTENIDO PATRIMONIAL Y PERSONAL DEL DERECHO DE SUCESIONES

El código civil colombiano, en consonancia con el modelo esbozado por don Andrés Bello para el código civil chileno²⁵, encuentra en los términos *herencia*²⁶ y *sucesión*²⁷ una simbiosis que sistematiza el derecho de sucesiones y determina su funcionamiento.

En el derecho romano, *hereditas* evoca desde sus orígenes una complejidad jurídica que relaciona la posición irreductible del hijo(a) de familia sometido(a) potestad (*heres suus*)²⁸, con la continuidad de la estructura familiar dentro del sistema jurídico del *ius civile*. *Heres suus* “es, por así decirlo, una posición jurídica pre-sucesoria, por cuanto tiene un significado que se da por supuesto dentro de los valores sociales, religiosos y jurídicos de la comunidad de la Roma arcaica”²⁹.

La *hereditas*, derivado etimológico de *heres*, relaciona los caracteres que identifican y diferencian la fisonomía de un grupo familiar respecto de otro bajo una óptica omnicompreensiva, de modo que no extraña que en su contenido contenga elementos de distinta naturaleza como el patrimonio familiar, los pasivos y los activos del *pater familias*, los *sacra*, el *ius sepulchri* y los derechos de patronato.

Aunque el patrimonio familiar estaba compuesto por muebles e inmuebles, el fundo doméstico, denominado *heredium*, era uno de sus elementos más importantes, puesto que, según Varrón, estaba destinado a pasar de generación en generación, asegurando así la supervivencia material de los miembros del grupo³⁰. Por su parte, los débitos y créditos que sobrevivían al causante eran transmitidos bajo el supuesto de la división *ipso iure* de los *nomina hereditaria*, que indica que aun cuando los herederos decidían permanecer en *consortium*³¹, cada uno de ellos respondía o reclamaba *pro parte*, ora los pasivos, ora los activos respectivamente³².

Era deber del *pater* impedir que los cultos domésticos se extinguieran³³. Junto a *Lares* y *Penates*, cada familia rendía culto a sus *Manes*, antepasados que vigilaban

25 Bello, Andrés. *Obras completas, proyectos de código civil*, vol. XI. Santiago de Chile: Pedro G. Ramírez, 1887, pp. 2 y ss.; *Ibid.*, vol. XII, 1888, p. 255.

26 Código civil, artículo 1011: “Las asignaciones a título universal se llaman herencias, y las asignaciones a título singular, legados. El asignatario de herencia se llama heredero, y el asignatario de legado, legatario”.

27 Código civil, artículo 1008: “Se sucede a una persona difunta a título universal o a título singular. El título es universal cuando se sucede al difunto en todos sus bienes, derechos y obligaciones transmisibles o en una cuota de ellos, como la mitad tercio o quinto. El título es singular cuando se sucede en una o más especies o cuerpos ciertos, como tal caballo, tal casa; o en una o más especies indeterminadas de cierto género, como un caballo, tres vacas, seiscientos pesos, cuarenta hectolitros de trigo”.

28 Finazzi, Giovanni. “La successione ab intestato”, *op. cit.*, p. 231 ss.

29 Cardilli, Riccardo. *Fondamento romano dei diritti odierni*. Turín: Giappichelli, 2021, p. 537.

30 Varr. *De re rust.* 1.10.3.

31 Gai. 3.154 a.

32 *XII Tab.* V.9; D. 10.2.2.5; D.10.2.2.3.

33 Catón. *De agr.* 143.

el porvenir del grupo³⁴, de modo que el heredero, como custodio de la religión doméstica, debía encargarse de su correcta disposición, como seña de respeto y agradecimiento a los difuntos, que desde el más allá orientaban el devenir de la estructura familiar. Así mismo, revestía de nodal importancia la preservación y custodia del sepulcro, lugar donde eran inhumados exclusivamente los miembros del grupo³⁵.

El derecho de patronato, traducción jurídica de una serie de deberes a cargo del liberto en favor del *dominus* manumisor, hacía parte de la herencia y era, por tanto, transmitido a los hijos de este último³⁶.

En suma, aunque subsumido en época arcaica dentro de la polisemia del término “*familia*”³⁷, “*hereditas*” evoca en época histórica un continente que relaciona todos los componentes de la vida familiar que continúan existiendo a la muerte del *pater* y que representan los valores fundantes del *civis*. De allí que Cicerón definiera al hijo como *heres nominis, pecuniae, sacrorum*³⁸: *nominis* porque resguarda el *nomen* del padre, *pecunia*, porque preserva el mismo patrimonio, y *sacrorum*, porque es el llamado a custodiar el culto familiar³⁹.

A fines de la república e inicios del principado, el pretor, magistrado dotado de imperio y elegido por el pueblo, con el propósito de ayudar, suplir y corregir las falencias del antiguo *ius civile*⁴⁰, creó un nuevo sistema, la *bonorum possessio*. En su primera fase de desarrollo, la protección pretoria cesaba ante el ejercicio de la *hereditatis petitio* para que el heredero civil hiciera valer sus derechos frente al *bonorum possessor*, antes de que este pudiera adquirir la propiedad de los bienes hereditarios (*bonorum possessio sine re*). Con el tiempo, la *bonorum possessio* adquirió carácter sucesorio y otorgó al poseedor de la herencia una *exceptio doli* capaz de truncar las pretensiones del *heres*, protegiendo así intereses y expectativas hereditarias que el antiguo sistema sucesorio no tenía en cuenta, como el parentesco cognaticio o las expectativas hereditarias del cónyuge supérstite (*bonorum possessio cum re*)⁴¹.

Luego del edicto que Cicerón recuerda como la primera versión de este sistema (siglo I a.C.)⁴², la *bonorum possessio* alcanzaría su plenitud hacia el siglo II d.C.⁴³, configurando una nueva forma de sucesión pretoria de naturaleza patrimonial que

34 Cic. *De leg.* 2.22.55.

35 Cic. *De leg.* 2.19.47.

36 *XII Tab.* V.8; Gai. 3.40.

37 Sintetiza los distintos significados de familia, D. 50.16.195.1-4 (Ulp. 46 *ed.*).

38 Cic. *De dom.* 13.35. En el mismo sentido, Fest. *De verb. sign.* [Lindsay], p. 370; Liv. 45.40.7.

39 Voci, Pasquale. *Studi di diritto romano II*. Padua: CEDAM, 1985, p. 9.

40 D.1.1.7.1 (Pap. 2 *def.*).

41 Aunque los caracteres generales de la *bonorum possessio* clásica estaban plasmados en un edicto de Adriano, importantes reformas se darían en torno a la oponibilidad de la tutela pretoria frente al *heres* civil en época de Antonino Pio (Gai. 2.149 – 149 a).

42 Sobre la reconstrucción de las cláusulas del edicto, cfr. Cic. *Verr.* II 1,44,114; II 1,45,117; Cic. *Part. orat.* 19,66; 28,98, Cic. *pro Cluent.* 60,165. Sobre la reconstrucción de la tercera cláusula, particularmente difícil, cfr. Leist, en Glück, Christian Friedrich. *Commentario alle pandette. Libri XXXVII-XXXVIII*, Parte I. Vallardi, 1906, p. 59.

43 Gai 2.120; 2.126; 2.149 a.

funcionaría en paralelo con el *ius civile*⁴⁴ hasta la época justiniana, en la cual ambos esquemas serían combinados en un modelo unitario y homogéneo (Nov. 115; Nov. 118), adoptado luego, con ciertas particularidades, por los códigos modernos, bajo el ideario ordenante del lema “sucesión”, que salvaguarda la eficacia del testamento, en tanto este respete la *portio legitima* que corresponde a los parientes más cercanos del causante⁴⁵.

A diferencia del término *hereditas*, *successio* constituye un lema jurídicamente significativo⁴⁶. *Succedere* indica la posibilidad de “pasar a ocupar el lugar de alguien”⁴⁷, en este caso, del *pater familias* difunto, con todas sus implicaciones jurídico-religiosas. Esta noción deriva de una apropiación conceptual de los juristas romanos del siglo II d.C., quienes al resaltar el valor morfológico del término (*sub-cedere*), rescatan la esencia misma del fenómeno sucesorio y atraen tanto a la *hereditas* como a la *bonorum possessio* hacia la *successio in universum ius* del *de cuius*, tal y como propone Juliano en D. 50.17.62 (Iul. 6 Dig.):

La herencia no es otra cosa que la sucesión en todo el derecho que tuviera el difunto (Hereditas nihil aliud est, quam successio in universum ius quod defunctus habuerit).

El jurista adrianeo logra insertar institutos jurídicos de diversa naturaleza en una noción omnicomprensiva del fenómeno sucesorio *mortis causa*, tal y como confirma Africano, discípulo suyo, al señalar que “las palabras ‘bienes’ y ‘herencia’ significan un conjunto o el derecho de sucesión, y no las cosas singulares que los componen”⁴⁸. Así, los contenidos esenciales de la *hereditas*, la *bonorum possessio* y el fideicomiso universal subsisten a través del esquema ordenante del lema *successio*, entendido como *universum ius*; por ello, la herencia moderna puede componerse de elementos patrimoniales y personalísimos, disponibles a través de los actos dispositivos por causa de muerte que cada ordenamiento jurídico ofrece, dentro de los cuales sobresale el testamento.

44 La Pira, Giorgio. *La successione ereditaria intestata e contro il testamento*. Florencia, 1930, pp. 235-236. Durante la existencia de ambos sistemas sucesorios, la categoría “heredero” se mantuvo como vocablo indisponible propio del régimen civil (Gai. 3.32).

45 Sobre el modelo de sucesión necesaria acogido en Chile y en Colombia, así como la reforma en este último país promulgada mediante la Ley 1934 de 2018, que ofrece mayores libertades al testador, cfr. Charrupi, Néstor. “La evolución del régimen sucesoral en el derecho colombiano. A propósito de la Ley 1934 de 2018”. *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2021, pp. 437-462; Barria, Manuel. *Asignaciones forzosas y libertad de testar*. Santiago de Chile: Thomson Reuters, 2016, *passim*.

46 Cardilli, Riccardo. *Fondamento romano dei diritti odierni, op. cit.*, p. 541.

47 <https://dle.rae.es/suceder>

48 D.50.16.208 (Afric. 4 *quaest.*). A diferencia de la descripción patrimonialista del fenómeno sucesorio contenido en su manual, Gayo también acoge en sus comentarios al edicto provincial las enseñanzas de Juliano, y recalca la fuerza ordenante del término *successio* como *universum ius* del difunto (D. 50.16.24 – Gai. 6 *ad ed.*).

III. EL ALCANCE DE LA CAPACIDAD DISPOSITIVA *MORTIS CAUSA* A LA LUZ DEL TESTAMENTO ROMANO

El acto testamentario carga consigo una impronta histórica que sin duda define su alcance. Aunque reacios a la abstracción⁴⁹, los juristas romanos definieron el testamento en al menos tres ocasiones:

D. 28.1.1 (Mod. 2 *pand.*) El testamento es la declaración conforme a derecho que manifiesta nuestra voluntad sobre lo que cada cual quiere que se haga después de su muerte.

Tit. Ulp. 20.1. El testamento es la manifestación legítima de nuestra voluntad, hecha solemnemente, para que valga después de nuestra muerte.

Inst. 2.10. Llámese testamento porque es testimonio de la mente.

En apariencia, el testamento está definido por la manifestación pública e inequívoca de la voluntad del causante, sin embargo, ello no refleja *per se* la amplitud de la capacidad dispositiva del testador; será la descripción de las formas testamentarias más antiguas y su relación con los formularios insertados en el *testamentum per aes et libram*, arquetipo para el derecho de sucesiones moderno, lo que demostrará que la disponibilidad abarca también intereses de carácter personal a través de la institución del heredero.

En efecto, la *heredis institutio* insertada en el testamento libral podría corresponder a un derecho consuetudinario que precede a la sanción de las XII Tablas, un *solemnis mos* que habrían diseñado los pontífices, cuyo reconocimiento en la *lex publica* concuerda con la declaración hecha en el acto por el *familiae emptor*: “Afirmo que acepto el encargo sobre tu patrimonio, poniéndola bajo mi custodia, y para que puedas hacer con derecho testamento según la ley pública, lo compro con este bronce y –según añaden algunos– con esta balanza de metal”⁵⁰.

Si se comparan las fórmulas que validan *ex iure civile* la institución del heredero (sea ticio heredero)⁵¹ y la *exheredatio* del hijo sometido a potestad (mi hijo ticio sea desheredado)⁵², surge una relación simétrica que presenta a una como requisito *sine qua non* de la otra, lo que confirmaría que el modelo testamentario reconoce

49 D. 50.17.202 (Jav. 2 *epist.*). Al respecto, recalca Schulz, Fritz. *Principios del derecho romano* (trad. al cast. de Manuel Abellán). Madrid: Civitas, 1990, pp. 61 y ss., que “la jurisprudencia romana se muestra más bien negada a la abstracción”, no por incapacidad, sino por la consciencia del peligro que el exceso de abstracción lleva consigo, porque al establecer conceptos y reglas generales “no se consigue dominar plenamente las posibles complicaciones de la vida” (p. 63).

50 Gai. 2.104; 2.115-116.

51 Gai. 2.117.

52 Gai. 2.127.

ab initio la posición jurídica inmanente del “*heres suus*”⁵³. Con otras palabras, sin el presupuesto lógico de la *exheredatio* del *filius in potestate* sería imposible instituir como *heres* a otra persona.

El manual gayano califica a la *heredis institutio* como “la cabeza y fundamento de todo testamento”⁵⁴. De hecho, a fines de verificar la validez del testamento es menester observar la corrección en el uso de la fórmula que instituye al heredero, por encima, incluso, de la presencia o no de los testigos cualificados, o de la exactitud en la *nuncupatio* pronunciada por el testador, según indican las reglas del derecho civil (*secundum iuris civilis regulam*). Esta idea, que recorre todo el *iter* histórico del testamento romano, reposa sobre la arquitectura del antiguo *testamentum calatis comitiis*. Para confirmar esta afirmación es necesario acudir a otras fuentes que reafirman a la *heredis institutio* como el elemento constitutivo y que da sentido al testamento comicial.

En D. 50.16.120 (Pomp. 3 *ad Q. Muc.*), Pomponio señala:

La frase de la ley de las XII Tablas “tal como legó sobre lo suyo así sea derecho” parece tener un sentido muy amplio: de instituir heredero y de dar legados y libertades, también de nombrar tutores [...].

La fuente atestigua el contenido probable de la *tab. V.3*⁵⁵, precepto que consagra la facultad de *legare* con efectos *post mortem*, comprendiendo el poder de instituir herederos, nominar tutores, atribuir legados y manumitir⁵⁶. Dentro del ámbito de las limitaciones impuestas por la ley a la capacidad dispositiva *mortis causa*, Gayo afirma que “antiguamente era lícito destinar todo el patrimonio a legados y manumisiones, y dejar al heredero únicamente el vacío nombre de tal; esto parecía permitirlo la ley de las XII Tablas, por la que se establecía que lo que cada uno dispusiera en testamento acerca de su patrimonio tuviera pleno valor”⁵⁷.

Con lo anterior es posible inferir que en época decenviral era posible nominar a alguien como heredero y a su vez despojarlo de todo el patrimonio mediante disposiciones a título singular, de modo que la *heredis institutio* hacía parte fundante de los actos testamentarios de la época, que no podían ser otros que los *testamenta*

53 Biondi, Biondo. *Diritto ereditario romano, Parte generale*. Milán: Giuffrè, 1954, p. 40.

54 Gai. 2.229.

55 Cardilli, Riccardo. “Considerazioni romanistiche sulla resistenza dei termini ‘erede’ e ‘successione’”. En: *Casi controversi in materia di diritto delle successioni*, vol. I, Esperienze italiane (ed. por Sara Scola y Mauro Tesaro). Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 2019, p. 44, nt. 39; Arces, Pierfrancesco. “Riflessioni sulla norma ‘uti legassit’” (*Tab. V.3*). En: *Diritto@Storia* IV, 2004, *passim*; Bretone, Mario. “Sestio Elio e le XII Tavole”. En: *Per la storia del pensiero giuridico romano. Dall’età dei Pontifici alla scuola di Servio* (editado por Dario Mantovani). Turín: Giappichelli, 1996, pp. 25 y ss.; Albanese, Bernardo. “Osservazioni su XII tab. 5,3 (uti legassit... ita ius esto)”. En: *Aupa* 45.1, 1998, pp. 33 y ss.

56 Albanese, Bernardo. “Prospettive negoziali romane arcaiche”. En: AA. VV. *Poteri, negotia, acciones nella esperienza romana arcaica. ACOP (1982)*. Nápoles: Jovene, 1984, p. 118.

57 Gai. 2.224.

calatis comitiis e in procinctu, comoquiera que el testamento libral es producto de la *interpretatio prudentium* que se nutriría, justamente, de las XII Tablas y el antiguo *ius*.

Otro indicio acerca de la relevancia de la *heredis institutio* es ofrecido por los formularios incluidos en la *mancipatio familiae*, fundamento de la estructura formal del *testamentum per aes et libram*, que las *Institutiones* gayanas describen así:

Gai. 2,104. Esto se hace de la siguiente manera: el que hace testamento, estando presentes, como en las demás *mancipationes*, cinco testigos ciudadanos romanos púberos y el *libripens*, después de haber escrito las tablas del testamento, transmite a otro su familia por medio de la fórmula de la *mancipatio*, para lo que el comprador de la familia utiliza estas palabras: afirmo que, conforme a tu mandato, tu familia y tus bienes están bajo mi custodia, y, para que conforme a derecho puedas hacer testamento según la ley pública, los compro con este bronce, y, según añaden algunos, con esta balanza de cobre. entonces golpea con el bronce la balanza y lo entrega al testador a modo de precio, después el testador, sosteniendo las tablas del testamento, dice así: así como está escrito en estas tablas de cera, así doy, lego, testo, y así, vosotros ciudadanos, sedme testigos de ello (*haec ita ut in his tabulis cerisque nunc scripta sunt, ita do ita lego ita testor itaque vos quirites omnes testimonium mihi praebetote*). A esto se llama *nuncupatio*, pues *nuncupare* es nombrar públicamente, y así lo que el testador escribió detalladamente en las tablas parece que lo designa y confirma de una manera general.

La última parte de la fuente devela el contenido del formulario nuncupativo del *testamentum per aes et libram*, dirigido principalmente a los testigos (*testes*) del rito. Llama la atención el empleo del apelativo *Quirites*, usado también para referirse a los ciudadanos reunidos en los comicios. Las fuentes insisten en que el testigo del acto debe ser ciudadano romano, púber y hombre⁵⁸, curiosamente las mismas cualidades de aquellos que pueden participar en las asambleas populares⁵⁹. Sobre esta senda pareciera que la referencia específica a los “*Quirites*” refleja la resistencia de los *verba solemnia* del testamento comicial, que llegan a la *nuncupatio* pronunciada por el testador a través de la *mancipatio familiae*, eslabón que conecta toda la línea de desarrollo dogmático del acto testamentario al interior del *ius civile*⁶⁰.

Si se comparan la *nuncupatio* del *dans* en la *mancipatio familiae* y la declaración del pontífice en la *adrogatio*, rito de adopción de un *sui iuris* presidido por el pontífice máximo, la única diferencia relevante entre ellas es el rol que juegan los testigos en uno y otro caso, puesto que en aquella el poder creador de derecho proviene exclusivamente de la voluntad del disponente, mientras que esta era necesaria la aprobación del pueblo (era necesaria una *rogatio*).

58 Tit. Ulp. 20,7; Inst. 2,10,6; D. 28,1,20,6 (Ulp. *1 ad Sab.*).

59 Albanese, Bernardo. “Prospettive negoziali romane arcaiche”, *op. cit.*, pp. 121-122.

60 Cardilli, Riccardo. *Damnatio e oportere*, *op. cit.*, p. 179.

En este orden de ideas, Albanese afirma que la fórmula originaria de la *nuncupatio*, llamada por Ulpiano *suprema contestatio*⁶¹, habría seguido el siguiente tenor: *Haec ita uxi dixi, ita do ita lego ita testor, itaque vos, Quirites, testimonium mihi perhibetote*, puesto que la inserción de las tablas de cera en el rito libral obedece a una etapa ulterior de desarrollo del acto. De ser así, no cabría duda acerca de la afinidad entre la fórmula empleada por el testador al final del rito mancipatorio con fines *mortis causa* y la fórmula empleada en la conclusión de la *adrogatio* (*Haec ita, uti dixi, ita vos, Quirites, rogo*).

Así las cosas, la fórmula de la *nuncupatio* que se hacía sin remisión a las tablas en el testamento libral, era idéntica, o cuanto menos equivalente a la pronunciada por el testador en el *testamentum calatis comitiis*, imbuido en un ambiente eminentemente oral, lo que confirmaría que el acto testamentario, en su versión más antigua, se caracterizaba esencialmente por la presencia de la *heredis institutio*, a pesar de conceder espacio a otro tipo de disposiciones accesorias de carácter patrimonial.

En suma, es posible afirmar que la función esencial del testamento desde sus orígenes es conceder al *de cuius* la posibilidad de nominar de manera autónoma su propio heredero, llamado a continuar con los elementos caracterizantes de la estructura familiar, de modo que el momento patrimonial del fenómeno sucesorio configura solo una parte del complejo jurídico-religioso contenido en la *hereditas*.

La autonomía privada asume así un rol protagónico creador de derecho, siempre que respete las formas que modulan y dimensionan los efectos del acto testamentario, bastión de un modelo sucesorio que, dentro de los ordenamientos jurídicos modernos, incluyendo el colombiano, garantiza la correcta disposición de intereses con efectos *post mortem*, trascendiendo la esfera patrimonial.

IV. LA PROPIEDAD INTELECTUAL Y EL DERECHO DE AUTOR: ENTRE ELEMENTOS PERSONALÍSIMOS Y PATRIMONIALES

En torno al análisis de la naturaleza de la propiedad intelectual y la razón de ser de su protección existen diversas construcciones teóricas que oscilan entre la preponderancia de los elementos patrimoniales susceptibles de explotación económica y la estrecha vinculación con los atributos de originalidad, creatividad, ingenio e inventiva inherentes al ser humano⁶².

En Colombia, la propiedad intelectual encuentra su fundamento constitucional en el artículo 61 de la Constitución Política que establece que “el Estado protegerá la propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la ley”. Otras normas constitucionales referidas a la propiedad, el acceso

61 D.28.1.20.8 (Ulp. *1 ad Sab.*).

62 En la actualidad, la inteligencia artificial ha revivido el análisis sobre si la creatividad y el ingenio son características exclusivas e inherentes al ser humano, discusiones que, entre otras, se están llevando a cabo en el seno de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual a propósito de la intervención de esta tecnología en la creación de obras artísticas, literarias o científicas e invenciones.

a la cultura, el trabajo, la riqueza cultural y el patrimonio cultural de la Nación están estrechamente relacionadas con su protección.

A este respecto, la Corte Constitucional ha considerado que la propiedad intelectual se concibe como un tipo de propiedad, pero la cataloga como propiedad *sui generis*⁶³ porque, si bien tiene el contenido propio de este derecho, recae sobre cosas incorporales, es de carácter temporal por disposición legal y tiene derechos con contenido moral, como en el caso del derecho de autor⁶⁴.

Además, analizada a la luz de las demás normas constitucionales, especialmente las relacionadas con el acceso a la cultura, la Corte ha señalado que, por una parte, la temporalidad de la propiedad intelectual permite conciliar las posibles tensiones suscitadas entre el interés privado (los derechos del creador) y el interés público (los derechos de la comunidad) y, por otra, que “hay una filosofía humanista, cultural e integracionista en la que se inscribe la protección de la propiedad intelectual: no se trata de una forma *sui generis* de propiedad sino de un mecanismo para proteger el patrimonio cultural de las personas y de la nación en su conjunto, en aras de fomentar y perpetuar la identidad cultural colombiana, en el marco del respeto recíproco de la comunidad internacional”⁶⁵ [parte de la cita está subrayada y parte en negritas en el original].

De esa manera, en la protección de la propiedad intelectual entran en juego aspectos personalísimos y patrimoniales, así como intereses privados de los creadores y titulares de derechos exclusivos e intereses colectivos de la comunidad. En concreto, en el ámbito del derecho de autor, las reglas del derecho de propiedad dialogan con los derechos de carácter moral y las consideraciones colectivas de acceso al conocimiento y la cultura⁶⁶. Al analizar su contenido, se observa cómo al autor, cuando realiza una obra artística, literaria o científica producto de su creación intelectual original, se le otorgan prerrogativas de carácter moral y patrimonial, regidas por normas especiales⁶⁷.

En virtud de los derechos morales⁶⁸, el autor puede reivindicar la paternidad de su obra; oponerse a toda deformación, mutilación u otra modificación de la

63 Tratándose del reconocimiento del derecho de propiedad *sui generis* en el patrimonio de entidades estatales: Sánchez T., Carlos Ariel y Ternera, Francisco. *Propiedad Intelectual. Reflexiones*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2012, pp. 441-452.

64 Corte Constitucional, Sentencia C-334 de 1993, 12 de agosto de 1993, M. P.: Alejandro Martínez Caballero.

65 *Ibid.*

66 Por eso la doctrina le ha atribuido una naturaleza compleja e históricamente ha dividido su postura en tesis monistas y dualistas: Rengifo, Ernesto. *Propiedad intelectual: el moderno derecho de autor*, 2ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997, pp. 63-75; Lipszyc, Delia. *Derechos de autor y derechos conexos*. Buenos Aires: Zavalia, 1993, pp. 19-27, 151-154. Anaya-Quintero, L. y Cruz-Fino, J. “Reflexiones sobre la naturaleza jurídica del derecho de autor”. *Revista La Propiedad Inmaterial*, n.º 26, Universidad Externado de Colombia, julio-diciembre 2018, pp. 171-188. DOI: <https://doi.org/10.18601/16571959.n26.07>.

67 En Colombia se concretan en la Decisión de la CAN 351 de 1993, la Ley 23 de 1982 y las demás normas que la modifican y desarrollan.

68 Ley 23 de 1982, artículo 30.

obra, cuando puedan causar perjuicio a su honor o a su reputación, o la obra se demerite; a conservar su obra inédita o anónima hasta su fallecimiento, o después de este cuando así lo ordenase por disposición testamentaria; a modificarla, antes o después de su publicación; o retirarla de la circulación o suspender cualquier forma de utilización aunque ella hubiese sido previamente autorizada.

Los derechos morales de autor son derechos personalísimos y fundamentales⁶⁹, características que tienen justificación

en cuanto la facultad creadora del hombre, la posibilidad de expresar las ideas o sentimientos de forma particular, su capacidad de invención, su ingenio y en general todas las formas de manifestación del espíritu, son prerrogativas inherentes a la condición racional propia de la naturaleza humana, y a la dimensión libre que de ella se deriva⁷⁰.

Su gran importancia en el derecho continental europeo se fundamenta en que “el derecho moral viene precisamente a destacar el aspecto personalista [...], se trata de una protección dirigida a realizar el postulado de justicia de dar al creador lo que es suyo y garantizarle los valores espirituales representados por su obra”⁷¹. Es por ello que son derechos inalienables⁷², inembargables, imprescriptibles e irrenunciables⁷³.

Por su parte, los derechos patrimoniales de autor⁷⁴ facultan al autor o sus derechohabientes a autorizar o prohibir usos de la obra y actos de explotación económica de la misma, tales como el derecho de reproducción, comunicación al público y puesta a disposición al público, distribución pública, importación, alquiler comercial al público, transformación, etcétera. Son derechos exclusivos respecto de los cuales el autor puede realizar actos o negocios jurídicos que eventualmente pueden implicar transferencia, total o parcial, en favor de terceros. Estos derechos no se consideran fundamentales ni personalísimos, por lo que es especialmente respecto de ellos que se hace referencia a que constituyen un tipo de propiedad que tienen los autores⁷⁵, lo cual concuerda con lo dispuesto en el Código Civil

69 Bernal, Daniela y Conde, Carlos. “Los derechos morales de autor como derechos fundamentales en Colombia”. *Revista La Propiedad Inmaterial*, n.º 24, Universidad Externado de Colombia, julio-diciembre 2017, pp. 53-66. DOI: <https://doi.org/10.18601/16571959.n24.03>.

70 Corte Constitucional, Sentencia C-155 de 1998, 28 de abril de 1998, M. P.: Vladimiro Naranjo Mesa.

71 Rengifo, Ernesto. *Propiedad intelectual: el moderno derecho de autor*, op. cit., p. 154.

72 De La Cruz, Camilo. “La inalienabilidad de los derechos morales de autor: una aproximación desde la perspectiva del Análisis Económico del Derecho”. *Revista Con-texto*, n.º 44, pp. 59-93. DOI: <https://doi.org/10.18601/01236458.n44.04>.

73 Decisión de la CAN 351 de 1993, artículo 11.

74 Ley 23 de 1982, artículo 12.

75 Arbouin-Gómez, Felipe; Contreras-Jaramillo, Juan C. y Uribe-Piedrahita, Carlos. “La aplicación de la función social de la propiedad intelectual a través del abuso del derecho: un análisis necesario para el sistema de derecho civil”, en *Vniversitas*, n.º 139, Pontificia Universidad Javeriana, julio-diciembre 2019, pp. 207-227.

que establece que “las producciones del talento o del ingenio son una propiedad de sus autores”⁷⁶.

De esta manera, la Dirección Nacional del Derecho de Autor (DNDA) ha ratificado que “el derecho patrimonial que el autor ejerce sobre su obra constituye una forma especial de propiedad privada. Dicha propiedad, en términos generales, se rige bajo los mismos principios de cualquier otra forma de dominio”⁷⁷. Por lo anterior, los derechos patrimoniales son susceptibles de transferencia entre vivos, por causa de muerte o por disposición legal, que deriva en que una persona natural o jurídica distinta al autor ostente la titularidad de tales derechos.

Así las cosas, esta doble estructura⁷⁸ de los derechos de autor que cobija un conjunto de derechos personales fundamentales y patrimoniales, al analizarse a la luz de su transmisión sucesoria, suscita ciertas inquietudes y problemas de índole práctico que pueden repercutir, no solo en el ejercicio de intereses particulares de los causahabientes, sino también en los intereses públicos anteriormente mencionados como son el acceso al conocimiento y a la cultura.

V. TRANSMISIÓN POR CAUSA DE MUERTE DE LOS DERECHOS PATRIMONIALES DE AUTOR

Los derechos patrimoniales de autor, aunque cuentan con un régimen especial, también siguen ciertas reglas de la propiedad. Por lo anterior, cuando muere el autor, los derechos patrimoniales que tiene sobre su obra son transmisibles a sus herederos, como lo prevé la Ley 23 de 1982 al señalar que “los derechos de autor corresponden durante su vida, y después de su fallecimiento disfrutarán de ellos quienes legítimamente los hayan adquirido, por el término de ochenta años”⁷⁹, lo cual además se confirma cuando esa misma norma señala que son titulares de los derechos de autor “los causahabientes a título universal o singular” de los autores⁸⁰. Sobre este punto, es preciso aclarar que los derechos patrimoniales que el autor

76 Código Civil, artículo 670.

77 Dirección Nacional de Derecho de Autor, Concepto radicado número 78158, noviembre de 2015. Asimismo, en torno a los derechos de autor como una forma de propiedad y derecho exclusivo, Zapata, Fernando.” El derecho de autor en el ámbito de la sociedad del conocimiento: desafíos y oportunidades”. En: *La propiedad intelectual en los tratados comerciales: ¿oportunidad o carga para el mundo en desarrollo?* Fundación Agenda Colombia, 2005, pp. 183-188: “La adopción de este concepto como expresión genérica para referirse a todo aquello que es propiedad del ingenio o del talento humano, implica para su titular, no debe olvidarse, un derecho de dominio, de exclusión y de ejercicio de derechos. Por ello cuando decimos en el derecho de autor es un derecho de monopolio, es porque un autor como García Márquez ejerce sobre su obra un monopolio: él determina las condiciones de tiempo y lugar en donde su obra debe ser utilizada, y además la remuneración que por esa utilización deba pagársele”.

78 Lipszyc, Delia. *Derechos de autor y derechos conexos*, op. cit., pp. 18-27.

79 Ley 23 de 1982, artículo 21.

80 Ley 23 de 1982, artículo 4.

haya cedido en vida, al no estar en su cabeza (hasta tanto no finalice el término de la cesión⁸¹), con su muerte no entran a hacer parte de la masa herencial.

La normatividad especial de derecho de autor no regula en detalle la transmisión por causa de muerte, por lo cual la Dirección Nacional de Derecho de Autor (DNDA) de Colombia y la doctrina⁸² han reiterado en diversas oportunidades que resultan aplicables las normas generales que regulan la materia de sucesión por causa de muerte⁸³ en el Código Civil⁸⁴ y el Código General del Proceso⁸⁵.

En efecto, cuando el autor fallece, los derechos patrimoniales pasarán a la masa herencial y mientras no se efectúe la partición respectiva, esto es, que quede en firme la sentencia o se realice la escritura pública de adjudicación o partición, los herederos tendrán un derecho real sobre toda la universalidad jurídica, pero no se les habrán asignado bienes o derechos singulares concretos, en este caso, no tendrían aún la titularidad de los derechos patrimoniales sobre una obra específica⁸⁶.

La Sala de Casación Civil se expresó de la misma manera en sentencia del 29 de septiembre de 1984, así:

En nuestro sistema, la muerte de una persona no produce la segregación de su patrimonio ni la transmisión singular de los activos y pasivos que lo componen, en forma tal que los herederos sucedan al causante concretamente en cada caso de los derechos y obligaciones relictos, sino que tal patrimonio subsiste como una universalidad jurídica hasta cuando se efectúe su liquidación y tales derechos y obligaciones se adjudiquen ya en concreto a los herederos. Sin embargo, *según lo han destacado la doctrina y la jurisprudencia, como dentro de la concepción latina del patrimonio-personalidad esa universalidad jurídica o patrimonio del difunto no puede permanecer acéfala, se ha instituido un derecho real sui generis (sic), el derecho real de herencia, mediante el cual esa universalidad jurídica patrimonial del difunto se radica en sus herederos, quienes así representan a la persona de*

81 Ley 23 de 1982, artículo 23: “En los casos en que los derechos de autor fueren transmitidos por un acto entre vivos, corresponderán a los adquirentes durante la vida del autor y veinticinco años desde el fallecimiento de éste y para los herederos el resto del tiempo hasta completar los ochenta años, sin perjuicio de lo que expresamente hubieren estipulado al respecto el autor de la obra y dichos adquirentes”.

82 Lipszyc, Delia. *Derechos de autor y derechos conexos*, op. cit., p. 285; Vega J., Alfredo. *Manual de derecho de autor*. Bogotá: Dirección Nacional de Derecho de Autor, 2010, p. 57; Barreto, Piedad et al. *Marco regulatorio del derecho de autor en Colombia. Complementado y actualizado según la Ley 1915 de 2018*. Bogotá: Universidad Cooperativa de Colombia, 2020, pp. 197 y 198; Madriñán, V. *La sucesión post mortem auctoris de los derechos morales*. Madrid: Editorial Reus S. A., 2015, p. 66.

83 Dirección Nacional de Derecho de Autor, Concepto radicado número 78158, noviembre de 2015.

84 Código Civil, Libro III.

85 Arts. 473 y ss.

86 Dirección Nacional de Derecho de Autor, Concepto radicado número 78158, noviembre de 2015; Dirección Nacional de Derecho de Autor, Concepto radicado número 12989, 2013; Dirección Nacional de Derecho de Autor, Concepto radicado número 1324, 2012, entre otros.

éste y le suceden en todos sus derechos y obligaciones transmisibles, como que ya en el derecho romano se les consideró continuadores de la persona del difunto [cursivas fuera de texto]⁸⁷.

La herencia como universalidad jurídica que se transmite “tiene un carácter notablemente provisional”⁸⁸, ya que cuando se efectúa la partición⁸⁹ esta tiene efectos retroactivos⁹⁰ consistentes en que la herencia se concrete en derechos patrimoniales específicos.

De esa manera, antes de la partición y habiendo varios coherederos, cuando alguno quiere disponer de los bienes o de los derechos que conforman la herencia, por ejemplo, de un derecho patrimonial de autor sobre una obra protegida, surgen las inquietudes en torno a dicha facultad de disposición de los derechos singulares.

En este caso, con base en lo anteriormente mencionado, el coheredero, antes de la partición, únicamente tiene derecho sobre la herencia pero no tiene la facultad de disponer de derechos específicos como los derechos patrimoniales de autor⁹¹, por lo cual, podría disponer de su participación en la herencia a través de venta o cesión de su cuota hereditaria a un tercero⁹².

Y si aún bajo ese supuesto, decide ceder o vender un bien en particular con la convicción de que se lo asignarán en la partición, si hecha esta no se lo adjudican, el coheredero que resulte adjudicatario del mismo podrá reivindicarlo⁹³. Cuestión distinta sería que todos los coherederos, de común acuerdo, decidieran enajenar algunos efectos singulares de la herencia, caso en el cual estaríamos frente a una adjudicación anticipada.

Por consiguiente, si uno de los coherederos cediera a un tercero derechos patrimoniales de autor que no han sido adjudicados a través de la partición, dicho tercero tendría el riesgo de que los derechos adquiridos sean reivindicados por el adjudicatario⁹⁴.

Así las cosas, si un tercero está interesado en adquirir la propiedad de obras de autoría de una persona fallecida y de los derechos patrimoniales de autor que recaigan sobre ellas y quiere tener certeza jurídica de adquirir la propiedad plena

87 Corte Suprema De Justicia, Sala de Casación Civil, 29 de septiembre de 1984. *Gaceta Judicial* 2415, M. P.: Horacio Montoya Gil.

88 Ternera B., Francisco. *Bienes, Tercera Parte*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2011, p. 452.

89 “La partición y adjudicación es precisamente el acto jurídico capaz de transformar los derechos universales hereditarios en derechos singulares, de la misma manera que las deudas de propiedad surgidas del contrato (venta, permuta, etc.) dan lugar a la adquisición de la propiedad mediante la tradición. [...] I. En sentido estricto la partición es la operación por medio de la cual se pone término a la comunidad hereditaria distribuyendo el caudal relicto entre los coherederos en proporción a su cuota en dicho caudal. La partición es un negocio jurídico dispositivo”: Valencia Zea, Arturo. *Derecho Civil, Tomo VI Sucesiones*. Bogotá: Editorial Temis, 1964, pp. 390 y 396.

90 Código Civil, artículo 1401.

91 Ternera B., Francisco. *Bienes, Tercera Parte, op. cit.*, 2011, p. 457; Valencia Zea, Arturo. *Derecho Civil, Tomo VI Sucesiones, op. cit.*, p. 387.

92 Código Civil, art. 1377.

93 Valencia Zea, Arturo. *Derecho Civil, Tomo VI Sucesiones, op. cit.*, p. 387.

94 Dirección Nacional de Derecho de Autor, Concepto radicado número 12989, 2013.

e irrevocable del soporte material de la obra y de los derechos patrimoniales de autor respectivos, debería solicitar a los herederos documentos en que conste la partición en la que se hayan adjudicado singularmente los bienes y derechos referidos que pretenden ser adquiridos. De esa manera, solo quien o quienes hayan sido adjudicatarios podrían enajenar la obra y ceder los derechos patrimoniales de autor, según corresponda.

Lo anterior, bajo los supuestos de que, por una parte, la obra y sus derechos patrimoniales únicamente hayan tenido como propietario y titular al causante, pues en caso contrario habría que ubicar a los distintos propietarios para adquirir legítimamente de aquellos la cuota parte que les corresponde; y, por otra, que los derechos patrimoniales de autor no hayan sido objeto de disposición por el causante en vida, es decir, que durante su vida no los haya cedido a un tercero, caso en el cual dicho tercero seguiría siendo su titular⁹⁵ y los herederos no tendrían ningún derecho que transferir.

En ese contexto, si bien en Colombia la venta de cosa ajena es válida y, en tal sentido, cualquier persona podría ofrecer en venta el soporte material de una obra, el hecho de adquirirlo de una persona que no sea la legítima propietaria involucra el riesgo jurídico de que sea reivindicado y, en general, de que sea objeto de reclamaciones contra el adquirente. Respecto a los derechos patrimoniales de autor sobre la obra, como se mencionó, solo podría disponer de ellos su legítimo titular, por lo que nada puede enajenar o transferir quien no ostenta la titularidad de tales derechos.

Además, adelantar los trámites sucesorales también permite la identificación de los herederos del causante, pues mientras no se haga la apertura de la sucesión no se tendría certeza de que eventualmente aparecieran nuevas personas que acrediten su calidad de herederos o de causahabientes.

Por lo anterior, la transmisión por causa de muerte de los derechos patrimoniales de autor sigue las mismas lógicas de cualquier otro derecho patrimonial que conforma la masa herencial y, por ende, para disponer de ellos hay que analizar las diversas situaciones que pueden suscitarse y que pueden implicar riesgos de reclamaciones o de revocación para los interesados.

Finalmente, cabe aclarar que si a la muerte del autor no hubiere herederos ni causahabientes, la ley establece que la obra será de dominio público desde su fallecimiento⁹⁶. La doctrina, en concordancia con las normas en materia de sucesiones, ha precisado que esta disposición de la norma autoral debe acompañarse con lo allí previsto, esto es que cuando el autor no tenga descendientes, ascendientes,

95 Lipszyc, Delia. *Derechos de autor y derechos conexos*, Zavalía, Buenos Aires, 1993, p. 264.

96 Ley 23 de 1982, artículo 23.

hermanos, sobrinos o cónyuge, será el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) quien suceda⁹⁷ y, por consiguiente, adquiera los derechos patrimoniales de autor⁹⁸.

VI. ROL DE LOS CAUSAHABIENTES EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS MORALES DE AUTOR

En relación con los derechos morales de autor, la Decisión 351 de 1993 de la CAN establece que, cuando muera el autor de la obra protegida, el ejercicio de tales derechos corresponderá a sus derechohabientes por el plazo de duración de la protección del derecho patrimonial de autor y que, cuando haya expirado dicho plazo, será el Estado u otras instituciones designadas quienes asumirán la defensa de la paternidad y de la integridad de la obra⁹⁹.

En la Ley 23 de 1982^[100] se señala que a la muerte del autor el ejercicio de los derechos de paternidad e integridad corresponde a su cónyuge y herederos consanguíneos¹⁰¹ y, que en caso de que falten estos, el ejercicio de tales derechos corresponderá a cualquier persona natural o jurídica que acredite su carácter de titular sobre la obra respectiva. Finalmente, en aquellos casos en que las obras hayan pasado al dominio público, el ejercicio de los derechos de paternidad, integridad y autenticidad de las obras estará a cargo del Instituto Colombiano de Cultura –hoy Ministerio de Cultura– cuando tales obras no tengan titulares o causahabientes que puedan defender o tutelar estos derechos morales. Lo anterior evidencia la existencia de diversos mecanismos para su defensa, vigentes aún después de expirada la protección del derecho patrimonial.

Ahora bien, respecto a si hay o no, en estricto sentido una transmisión por causa de muerte de los derechos morales, dada su naturaleza y características, se han planteado distintas teorías bastante debatidas en la doctrina europea que el trabajo de la profesora Marta Madrián¹⁰² clasifica en las siguientes:

97 Código Civil, artículo 1051.

98 Guzmán, Diego. *Derecho del arte: el derecho de autor en el arte contemporáneo y el mercado del arte*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018, p. 131. A este respecto, resulta pertinente precisar que esta cuestión ha sido objeto de debates, ya que se podría considerar que, existiendo norma especial en material autoral, no resultaría aplicable la norma general en materia de sucesiones sobre este punto, y en tal sentido, se mantendría el entendimiento de que, en tal situación, la obra entraría a formar parte del dominio público.

99 Decisión de la CAN 351 de 1993, artículo 11.

100 Ley 23 de 1982, artículo 30.

101 Es oportuno señalar que, el pasado 7 de octubre de 2022, la Corte Constitucional colombiana admitió una demanda, a través de la cual se solicita declarar la exequibilidad condicionada de la expresión “herederos consanguíneos” del parágrafo 2º del artículo 30 de la Ley 23 de 1982, argumentando que la citada norma incurre en una omisión legislativa relativa por violación del principio de igualdad en el marco de las relaciones familiares y la prohibición de discriminación por razones de origen familia. Lo anterior, en la medida en que la norma excluye de sus consecuencias jurídicas a los herederos de parentesco civil.

102 Madrián V. *La sucesión post mortem auctoris de los derechos morales*, op. cit.

a) Teoría de la sucesión *sui generis*: con la muerte del autor se transmite la titularidad de los derechos morales a los herederos, lo cual permite ejercerlos con el fin de proteger los intereses del causante y, en últimas, la de proteger el vínculo personal del autor fallecido y su obra. Esta teoría considera, en principio, que se trata de una sucesión *sui generis* en la medida en que tales derechos no entran propiamente en la masa herencial –como sí los patrimoniales–, solo buscan defender el vínculo personal del autor y se concreta en confiar su ejercicio. Vale señalar que la doctrina francesa, con fundamento en sus normas nacionales, considera que los derechos morales sí entran en la sucesión, ya que explícitamente se prevé que son transmisibles por causa de muerte.

b) Teoría de la extinción del derecho moral y atribución por ley de facultades: dada la naturaleza de los derechos morales como derechos personalísimos se considera que con la muerte del autor se extinguen, pues tal como no es posible una transmisión entre vivos tampoco lo es una por causa de muerte. Los únicos derechos que se transmiten por causa de muerte son los de explotación. Respecto de los morales, lo que se otorga, entonces, son unas atribuciones *ex lege* que permiten buscar la defensa de los intereses del autor fallecido frente a su obra. De esa manera se entiende que son facultades de defensa del buen nombre, imagen y obra del autor otorgadas por la ley a las personas allí designadas. Esta tesis es acogida por la Audiencia Provincial de Madrid¹⁰³.

c) Valoración personal de la Prof. Madrián: en referencia a la legislación española, indica que considera que acoge la última tesis, en la medida en que el legislador de forma consciente eludió utilizar el término transmisión sobre los derechos morales y lo hizo únicamente sobre los derechos patrimoniales, dejando un resultado concordante con la naturaleza personalísima de tales derechos, de tal manera que lo que adquieren los herederos no es el derecho mismo sino la atribución de su defensa de manera ilimitada y perpetua.

A partir de lo anterior, se evidencia cómo el rol que cumplen los herederos, si los hay, o en su ausencia, las entidades públicas determinadas por ley, es la de defender principalmente los derechos de paternidad e integridad de la obra¹⁰⁴ (sobre las obras de dominio público se menciona la autenticidad de la obra) que

103 En sentencia de fecha 20 de abril de 2005 en la que señala que “el artículo 15 prevé la existencia de la ‘sucesión de legitimación mortis causa’ que, por el carácter personalísimo de tales derechos, faculta a su autor para transmitirlos a la persona natural o jurídica que haya designado en acto de última voluntad, entendiéndose por transmisión de derecho el reconocimiento de la legitimación para su ejercicio, pues extinguida la titularidad del derecho moral que corresponde al autor, dentro de esta naturaleza personalísima de los bienes jurídicos protegidos, no cabe hablar de sucesión en dicho derecho moral, sino de atribución ‘ex lege’ de ciertas facultades de actuación o situación de poder, a fin de que su sucesor pueda defender el buen nombre y patrimonio espiritual del autor”, SAP Madrid, 20 de abril de 2005 (JUR 2005/114263).

104 Son estas las facultades negativas o defensivas que se derivan del derecho de autor, pues las facultades positivas, tales como el derecho a modificar la obra, retirarla del comercio y destruirla suelen ser ejercidas únicamente por el autor, más no sus herederos, a menos que así lo haya dispuesto expresamente: Lipszyc, Delia. *Derechos de autor y derechos conexos*, op. cit., p. 262.

en Colombia, como ya se mencionó, constituyen derechos fundamentales relacionados con la dignidad humana.

Respecto al derecho de ineditud, la legislación colombiana expresamente indica que el autor puede conservar su obra inédita o anónima hasta su fallecimiento, o después de él cuando así lo ordenase por disposición testamentaria¹⁰⁵, por lo cual remite a que su voluntad quede consignada en un negocio testamentario. Vale decir que pese a que la legislación colombiana circunscribe el ejercicio de los derechos morales por parte de los herederos a los antes mencionados, la norma comunitaria, la cual se aplica preferentemente, tiene un ámbito más amplio y no contempla un listado restringido de derechos morales que a la muerte del autor puedan ejercer sus derechohabientes, sino que su redacción es abierta y permite interpretar que los herederos podrían defender cualquiera de los derechos morales del autor reconocidos por la normatividad andina y el ordenamiento interno correspondiente¹⁰⁶.

Si bien se plantea el debate doctrinal en torno a la transmisión o no de los derechos morales de autor a los herederos, lo cierto es que el rol que estos tienen se concreta en su defensa. En esa medida, la defensa de un derecho, como la posibilidad de intentar una acción contra quien lo está perturbando o vulnerando, constituye uno de los actos jurídicos propios de su ejercicio, esto es, que “la defensa del derecho es un elemento constitutivo del derecho mismo”¹⁰⁷. Aún más, tratándose de la defensa de derechos humanos, como son los derechos morales de autor, se considera esta defensa como un verdadero derecho autónomo¹⁰⁸.

Finalmente, la defensa de los derechos morales de autor no debe analizarse de forma aislada, ya que en la medida en que busca defender esa creación del espíritu del autor y su vinculación personalísima entre él y la obra, su ejercicio es una manera de preservar el legado artístico, literario o científico que el artista dejó a la humanidad y, por ello, pese a no estar vigentes ya los derechos de explotación de la obra, esta tutela sigue manteniéndose, pues permite proteger la trascendencia del autor y su obra a lo largo del tiempo.

VII. DIFICULTADES DE ÍNDOLE PRÁCTICO EN EL MARCO DE LA TRANSMISIÓN *MORTIS CAUSA* DE LOS DERECHOS PATRIMONIALES DE AUTOR

En la práctica se presentan diversos problemas en el marco de la transmisión *mortis causa* de los derechos patrimoniales de autor, según se presenten supuestos de hecho como los siguientes:

105 Ley 23 de 1982, artículo 30.

106 Guzmán, Diego. *Derecho del arte, op. cit.*, p. 125.

107 Scialoja, Vittorio. *Procedimiento civil romano: ejercicio y defensa de los derechos*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, Chile 2970, 1954, p. 24.

108 González D., Marta. “El derecho a defender los derechos humanos como un derecho autónomo”. *Revista IIDH*, vol. 63, 2016. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r35519.pdf>

a) El autor tenía herederos y están plenamente identificados, pero:

– Deciden no adelantar los trámites sucesorales, pues las gestiones para tales trámites, en ocasiones no les resultan sencillos, por ejemplo, porque los herederos se encuentran en distintas partes del mundo, implica cobro de honorarios de abogados, la duración de los procesos puede ser extensa (en especial los contenciosos), falta certeza de quiénes son los herederos, hay necesidad de concurrir a una autoridad judicial o a una notaría, entre otras razones que podrían aducir, o;

– Únicamente incluyen en la partición de la herencia los bienes corporales que constituyen los soportes materiales de las obras, pero no se hace mención alguna respecto de los derechos patrimoniales de autor y estos quedan sin adjudicar. Esto ocurre porque los herederos, con frecuencia no tienen claridad acerca de la independencia de los derechos de autor respecto del soporte material de la obra y esperan que con la adjudicación del bien se estén asignando todos los usos sobre la obra, o;

– En los trámites sucesorales únicamente se enfocan en asignar bienes inmuebles o ciertos bienes muebles, pero se dejan fuera las obras protegidas por derechos de autor. Este evento sucede de manera más o menos común en Colombia principalmente por desconocimiento de incluir bienes tales como obras de arte o derechos de autor, por considerarlos aparentemente sin valor cuando, por el contrario, pueden resultar ser muy valiosas, o;

– No se tiene certeza de las cesiones de derechos patrimoniales de autor que realizó en vida el autor a terceros, por lo que no identifican claramente los derechos de autor incluidos en la masa herencial.

En estos casos, el elemento común es que si bien están identificados y ubicados los herederos (aunque en el primer supuesto al no haber hecho los trámites sucesorales podrían presentarse nuevos herederos), como se mencionó en la sección anterior, si uno de los coherederos quisiera disponer de un derecho patrimonial de autor concreto no está facultado para ello por no ser aun adjudicatario y habría riesgo de reivindicación por el adjudicatario.

Ahora, desde la perspectiva de los terceros que estén interesados en adquirir una obra protegida de autoría del fallecido y sus respectivos derechos patrimoniales para hacer usos sobre ella, la única manera de tener certeza jurídica de que se los está enajendando quien verdaderamente es su titular, es contando con el documento donde conste la partición de la herencia y la respectiva adjudicación tanto de la obra (su soporte material) como de los derechos de autor.

En caso de que se trate de algunos de los supuestos antes descritos, en que no hayan incluido la obra o sus derechos, sería necesario evaluar si se solicita a los herederos que se haga una partición adicional en la que expresamente se incluyeran los bienes o derechos de interés del tercero. Esta solicitud resulta muy difícil en la práctica, pues los herederos cuando ya ha habido un trámite sucesoral que ha finalizado, son reticentes a iniciar nuevamente este tipo de gestiones, por las dificultades que ellas implican. Por lo anterior, en ocasiones, la alternativa por la que optan es la de asumir la incertidumbre y efectuar un análisis de riesgos que

contemple, entre otros aspectos, el término de ejercicio de las acciones que el tercero podría tener en su contra en estos eventos.

Lo anterior, en todo caso, no es una solución de índole jurídica y se puede estar frente a vulneraciones de los derechos de autor que impliquen responsabilidad del tercero que haga usos sobre la obra.

b) O bien, el autor no tenía herederos, o no se tiene certeza de ello, o no es posible identificarlos y/o ubicarlos.

Si el autor no tiene herederos ni causahabientes, de acuerdo con la legislación colombiana, la obra pasaría al dominio público y podría ser utilizada respetando los derechos morales de autor, cuya defensa estaría en cabeza del Estado. La dificultad práctica en este caso es la de contar con certeza de que no hay ni herederos ni causahabientes, lo cual suele ser difícil de determinar, pues en caso de autores con producción prolífica, sería necesario revisar las distintas relaciones en vida que tuvo en relación con la obra, para verificar que no hubo transferencias entre vivos, y por otra parte, verificar que no contaba con herederos, lo cual por estar relacionado con la vida privada y familiar de los artistas, tampoco constituye una búsqueda inequívoca y de fácil acceso.

Cuando no se puede identificar o ubicar a los herederos, podría estarse frente a un escenario de obras huérfanas, aspecto recientemente regulado en la modificación a la ley de derecho de autor de Colombia, que se refiere a aquellas obras protegidas por derecho de autor (o fonogramas protegidos por derechos conexos) que habiendo sido publicadas en Colombia por primera vez, no se han identificado sus titulares o pese a haberse identificado no se han podido localizar pese a haber realizado una búsqueda diligente¹⁰⁹. En todo caso si son varios los titulares y no todos han sido identificados o localizados tras la búsqueda diligente respectiva, podrá abrirse la posibilidad de usar la obra en caso de que los titulares que sí fueron identificados y localizados así lo autoricen.

Cabe mencionar que el régimen de obras huérfanas colombiano, faculta de manera especial a ciertas personas a hacer uso de obras huérfanas, por lo cual los sujetos calificados para tal fin son las bibliotecas, centros de enseñanza y museos, accesibles al público, archivos, organismos de conservación del patrimonio cinematográfico o sonoro y organismos de radiodifusión, domiciliados en Colombia, siempre y cuando los usos que prevén sobre las obras estén relacionados con su misión y tenga un interés público.

Dada la excepcionalidad de estos usos sin contar con la autorización o transferencia de sus titulares, solo se conciben dentro del ámbito de aplicación de este régimen, de acuerdo con el artículo 20 de la Ley 1915 de 2018, las obras consistentes en libros, revistas, periódicos, material impreso que figure en las colecciones de bibliotecas, centros de enseñanza o museos, accesibles al público, así como en las colecciones de archivos o de organismos de conservación del patrimonio

109 Ley 1915 de 2018, artículo 18.

cinematográfico o sonoro; las obras cinematográficas o audiovisuales y los fonogramas que figuren en las colecciones de bibliotecas, centros de enseñanza o museos, accesibles al público, colecciones de archivos o de organismos de conservación del patrimonio cinematográfico o sonoro; y obras cinematográficas o audiovisuales y los fonogramas producidos por organismos públicos de radiodifusión que figuren en sus archivos y que estén protegidas por derechos de autor o derechos conexos a los derechos de autor y que hayan sido publicadas por primera vez en el país o cuya primera radiodifusión haya tenido lugar en Colombia.

Cuando se hace referencia a la existencia de una búsqueda diligente, desde el punto de vista práctico en ocasiones es de difícil acceso y puede implicar altísimos costos de transacción incluso mayores a los que implicaría una licencia de uso que permita efectuar la utilización de la obra pretendida¹¹⁰, por lo que es uno de los aspectos más controvertidos de la posibilidad de uso de obras huérfanas. En Colombia, la ley dispone¹¹¹ que las entidades autorizadas, de forma previa al uso de la obra y en el país de la primera publicación o en otros países si existen pruebas que sugieran publicación en ellos, deberán realizar una búsqueda diligente y de buena fe, mediante la consulta de las fuentes adecuadas en función de la categoría de la obra y de cada prestación protegida.

Sobre este punto, es importante advertir que la ley en comento ordenó al Gobierno Nacional y, en concreto, al Ministerio del Interior en coordinación de la DNDA, reglamentar la materia relacionada con las fuentes de información que resulten adecuadas para la búsqueda de autores y titulares de los derechos en cada categoría de obras, pero a la fecha aún no ha sido reglamentada, lo cual, para algunos, pone en suspenso la posibilidad de usar obras huérfanas hasta tanto no se tengan claras las reglas de dicha búsqueda, mientras que para otros, podría representar un riesgo pero lo cierto es que la ley ya permitió el uso excepcional de este tipo de obras. Además de requerir la reglamentación, la ley establece otras formalidades para la búsqueda diligente, como la de registrarla ante la DNDA¹¹² antes de usar la obra e incluir en dicho registro la documentación de las búsquedas efectuadas, los usos que se pretenden realizar con la obra, los cambios que se presenten en relación con la condición de huérfana (por ejemplo si se identifican o localizan a los titulares posteriormente) y la forma de contactar a la entidad que adelanta los usos; todo lo anterior, constituiría la prueba de la diligencia que resultaría necesaria en el evento en que se presenten los titulares de la obra y pongan fin a su condición de huérfana, caso en el cual la ley prevé que estos reciban una compensación equitativa¹¹³ de parte de las entidades autorizadas por el uso de las obras, lo cual también se prevé sea objeto de reglamentación por el Gobierno Nacional.

110 Pabón Cadavid, Jhonny. “Las obras huérfanas y la digitalización masiva de impresos”. *Revista Javeriana*, n.º 803, abril de 2014, pp. 42-43.

111 Ley 1915 de 2018, artículo 21.

112 Ley 1915 de 2018, artículo 22.

113 Ley 1915 de 2018, artículo 25.

Esta régimen de obras huérfanas, analizada a la luz de la práctica no ha estado exenta de debate, pues si bien es un avance que se reconozca su uso en la legislación bajo unas condiciones excepcionales, si se analiza la situación en que estarían las entidades autorizadas que pese a hacer la búsqueda diligente en los términos de la ley y tener previsto el uso de las obras protegidas para fines propios de la misión de una biblioteca, museo, archivo, centro de enseñanza, repositorios y mediando interés público, en todo caso tendrían riesgo de reclamación por parte de los titulares y tendrían que reconocerles la compensación equitativa. Esto es distinto a otros países en los cuales se prevén como soluciones legales a la situación de obras huérfanas las licencias obligatorias, las licencias colectivas ampliadas, especies de seguros, *fair use*, etcétera, para evitar precisamente que las entidades sigan quedando susceptibles al pago de compensaciones o de responsabilidad¹¹⁴.

Esta situación podría desincentivar a entidades como las antes mencionadas, que tienen fines relacionados con intereses públicos como el acceso a la cultura y al conocimiento, a utilizar obras huérfanas por los riesgos que ello implica y en últimas, o deciden no usarlas, lo cual podría impactar además en intereses propios del autor de preservación y divulgación de su legado artístico literario o científico, o bien estas instituciones culturales quedan sin alternativas distintas a las de tomar la decisión de usar las obras bajo un análisis de gestión de riesgos¹¹⁵.

Si la situación para las instituciones culturales autorizadas por la ley resulta retardadora, otro tipo de personas que no habiendo identificado o localizado a los titulares de los derechos patrimoniales de autor tengan la pretensión de utilizar sus obras, no tienen ninguna alternativa jurídica disponible, distinta a encontrar a los titulares para que autoricen o cedan los respectivos derechos o realizar las indagaciones tendientes a considerar que el autor no tiene herederos y, por ende, la obra está en el dominio público. De lo contrario, claramente siguen estando sometidos a los riesgos derivados de la vulneración de los derechos de autor de los titulares y las consecuencias jurídicas de la misma¹¹⁶.

114 Pabón Cadavid, Jhonny. “Las obras huérfanas y la digitalización masiva de impresos”, *op. cit.*, pp. 42-45.

115 Esta aproximación a la gestión de riesgos es objeto de duras críticas, dado que, en última instancia se estarían tomando decisiones que se derivan o podrían derivar en infracciones los derechos de autor. Este punto debe ser adecuada y cuidadosamente ponderado para evitar desproteger a los autores, por una parte, propiciando infracciones a sus derechos y, por otra, evitar que se impida el acceso al acervo cultural común por parte de la sociedad.

116 Pabón Cadavid, Jhonny. “Las obras huérfanas y la digitalización masiva de impresos”, *op. cit.*, p. 47: “En Colombia se ha afincado una cultura burocrática del derecho de autor, me refiero a la ‘administración ineficiente a causa del papeleo, la rigidez y las formalidades superfluas’. La cultura burocrática del derecho de autor implica un desequilibrio entre el derecho de autor y otros derechos sociales, culturales y económicos, como los de acceso a la cultura, a la educación y a un mercado eficiente. La solución al problema de las obras huérfanas requiere que la burocracia del derecho de autor se enfoque en estimular la cultura, es decir, en la intervención eficaz del gobierno para gestionar el derecho de autor en aras de proteger el interés público, lo que incluye, por supuesto, el interés de los autores”.

Todas estas dificultades de índole práctico descritas en esta sección podrían impactar grandemente, por una parte, en intereses propios del autor de una obra protegida porque destina a su obra al olvido, a no ser usada ni siquiera por instituciones cuya misión es preservar el patrimonio cultural, por los riesgos que ello implica y, por otra parte, en intereses colectivos y públicos de acceso a obras relevantes para el conocimiento, la información y la cultura de la sociedad. Incluso, viendo hacia el futuro, con los movimientos de digitalización, de uso de obras para entrenamiento de algoritmos en el marco del uso de inteligencia artificial, dejar obras por fuera de dichos usos, aunque con razones y fundamentos de respeto a sus titulares y a la normatividad, podría reducir su importancia y nivel de divulgación en las generaciones futuras y ser destinadas a archivos y depósitos.

Estas dificultades, en todo caso, podrían ser evitadas o cuanto menos reducidas, con una previa y adecuada disposición de los derechos de autor, mediante, actos entre vivos como contratos de cesión de derechos patrimoniales que sean registradas ante la DNDT para contar con publicidad y oponibilidad frente a terceros¹¹⁷, o bien, frente a los derechos patrimoniales que permanezcan en su patrimonio¹¹⁸, disponer a través de negocios jurídicos por causa de muerte, como el caso del testamento, en el cual también podría disponer de características de sus atribuciones morales sobre la obra. De manera análoga como los sujetos efectúan ejercicios de planeación financiera o de otra índole, debería promoverse una cultura de planeación en torno a la disposición de los derechos de autor, valiéndose los autores y titulares de actos o negocios jurídicos en que se concrete el ejercicio de su autonomía privada.

VIII. REIVINDICACIÓN DEL USO DEL TESTAMENTO PARA OTORGAR CERTEZA JURÍDICA AL DERECHO DE AUTOR Y ASEGURAR LA CONTINUIDAD DE LA OBRA DEL ARTISTA

Frente a las situaciones prácticas que podrían presentarse ante el fallecimiento de un autor y la aún incipiente regulación de las obras huérfanas, con las limitaciones y dificultades que ello supone, es preciso reivindicar la autonomía privada del individuo¹¹⁹, en este caso, del autor, quien a través de la disposición de sus

117 Ley 44 de 1993, artículo 6.

118 Se dice que, en el mundo actual, estamos frente a un mundo de autores que no son titulares de los derechos patrimoniales de autor, pues generalmente es durante el curso de su vida que disponen de ellos con personas jurídicas que suelen obtener la transferencia de tales derechos por todo el tiempo de vigencia de la protección previsto por ley, dejando entonces a los autores únicamente con la posibilidad de velar por el respeto de sus derechos morales de autor. En todo caso, aun esta situación no es tan difundida, pues basta ver cómo museos, bibliotecas y otras instituciones culturales destinan con esfuerzo sus recursos para buscar titulares de los derechos de autor sobre las obras que tienen en sus acervos, sin que dicha búsqueda rinda frutos.

119 Hinestroza, Fernando. *Tratado de las obligaciones II. De las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico*, vol. I. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 117: "El aspecto de la autonomía privada de que aquí se trata es el relativo a los intereses,

intereses particulares y el ejercicio de su libertad podrá gestionar, no sus derechos patrimoniales de autor –si sigue siendo su titular–, sino también aquellos elementos personalísimos que propendan por la preservación de su obra y su legado artístico, científico o literario y, en suma, su vinculación inmanente a la obra.

La posibilidad de asignar a los herederos del autor todos los componentes del derecho de autor facilitaría, sin duda, la explotación económica de la obra y su correcta inserción en el acervo cultural de la humanidad, de modo que sea posible evitar la configuración de restricciones inicuas que impidan su uso, dada su naturaleza jurídica. Para alcanzar estos fines, el testamento funge como catalizador de la autonomía privada, puesto que encauza la voluntad del *de cuius* hacia la definición de todos sus intereses luego de la muerte, teniendo en cuenta que la condición humana reposa sobre una complejidad de elementos que trascienden el orden económico y repercute también sobre derechos personalísimos.

El derecho romano, sistema jurídico de referencia del nuestro, enseña que el acto testamentario, sobre la base del testamento libral, relaciona la *latissima potestas* con una serie de atribuciones que derivan y surten efectos jurídicos en razón de la manifestación inequívoca de la voluntad del causante, y que su contenido tiene como elemento estructural la *heredis institutio*, categoría que concatena en línea directa la *hereditas* y todos sus componentes con el alcance de la capacidad dispositiva del *de cuius*.

El testamento, entonces, no se agota con el momento patrimonial de la herencia, como sucede, en cambio, con la llamada partición herencial en vida incluida en el código general del proceso¹²⁰, sino que proyecta sus efectos hacia la persona, comprendiendo toda su complejidad: es el hombre quien asegura en Roma la continuidad de las funciones familiares sin la intromisión de elementos externos¹²¹, es el hombre quien define los destinos de sus complejos intereses en pro de la dignidad y el respeto de su arte, enfrentando el desprecio y la indiferencia más allá de su existencia terrena¹²².

que se refiere a la posibilidad del particular de disponer de lo suyo: de los elementos integrantes de su patrimonio y de su actividad, de sus cosas y de su fuerza de trabajo, de sus relaciones de familia y, en cierta medida, de los bienes de su personalidad”.

120 Código General del Proceso, artículo 487.

121 Spina, Alessia. “Aspetti ideologico-religiosi del diritto successorio romano”. En AA. VV. *La religione e diritto romano. La cogenza del rito* (ed. por Salvo Randazzo). Libellula, 2014, pp. 373-447.

122 Rodotà, Stefano. *Derecho de amor* (trad. al cast. de José Manuel Revuelta). Madrid: Trotta, 2019, p. 112: “Cuando se habla de derecho de amor, no se pretende con ello que se le otorgue una legitimación, que no necesita porque la encuentra en sí mismo. Significa descubrir un modo de delimitar lo que es propio del amor, enfrentándolo constantemente con otras palabras que expresan negación u oposición: discriminación, desigualdad, abuso, desprecio y, en fin, egoísmo individual y social. El amor evoca otras palabras –reciprocidad, igualdad, dignidad, respeto, solidaridad–, que acercan y no espantan, que no cavan fosos a su alrededor. Y son palabras que, gracias al derecho de amor, se introducen en las instituciones llegando a convertirse en un componente ineludible de ellas”.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

- AA. VV. *Comparative succession law, vol. I. Testamentary formalities* (ed. por Marius de Waal, Kenneth Reid y Reinhard Zimmermann). Oxford: Oxford University Press, 2011.
- AA. VV. *Comparative succession law, vol II. Intestate succession* (ed. por Marius de Waal, Kenneth Reid y Reinhard Zimmermann). Oxford: Oxford University Press, 2015.
- AA. VV. *Exploring the law of succession. Studies national, historical and comparative* (ed. por Marius de Waal, Kenneth Reid y Reinhard Zimmermann). Edimburgo: Edinburgh University Press, 2007.
- AA. VV. *Freedom of testation/testierfreiheit* (ed. por Reinhard Zimmermann). Tübingen: Mohr Siebeck, 2012.
- Adorno, Theodor. *Teoría estética*. Madrid: Akal, 2004.
- Albanese, Bernardo. “Osservazioni su XII tab. 5,3 (uti legassit... ita ius esto)”. En: *Aupa* 45.1, 1998.
- Albanese, Bernardo. “Prospettive negoziali romane arcaiche”. En: AA. VV. *Potenti, negotia, acciones nella esperienza romana arcaica. ACOP (1982)*. Nápoles: Jovene, 1984.
- Anaya-Quintero, L. y Cruz-Fino, J. “Reflexiones sobre la naturaleza jurídica del derecho de autor”. *Revista La Propiedad Inmaterial*, n.º 26, Universidad Externado de Colombia, julio-diciembre 2018, pp. 171-188. DOI: <https://doi.org/10.18601/16571959.n26.07>.
- Arbouin-Gómez, Felipe; Contreras-Jaramillo, Juan C. y Uribe-Piedrahita, Carlos. “La aplicación de la función social de la propiedad intelectual a través del abuso del derecho: un análisis necesario para el sistema de derecho civil”. *Vniversitas*, n.º 139, Pontificia Universidad Javeriana, julio-diciembre 2019, pp. 207-227.
- Arces, Pierfrancesco. “Riflessioni sulla norma ‘uti legassit’” (Tab. V.3). En: *Diritto@Storia* IV, 2004.
- Arendt, Hannah. *La condición humana* (11ª ed.). Madrid: Paidós, 2011.
- Barreto, Piedad et al. *Marco regulatorio del derecho de autor en Colombia. Complementado y actualizado según la Ley 1915 de 2018*. Bogotá: Universidad Cooperativa de Colombia, 2020.
- Barria, Manuel. *Asignaciones forzosas y libertad de testar*. Santiago de Chile: Thomson Reuters, 2016.
- Bello, Andrés. *Obras completas, proyectos de código civil*, vol. XI. Santiago de Chile: Pedro G. Ramírez, 1887.
- Bello, Andrés. *Obras completas, proyectos de código civil*, vol. XII. Santiago de Chile: Pedro G. Ramírez, 1888.

- Bernal, Daniela y Conde, Carlos. “Los derechos morales de autor como derechos fundamentales en Colombia”. *Revista La Propiedad Inmaterial*, n.º 24, Universidad Externado de Colombia, julio-diciembre de 2017, pp. 53-66. DOI: <https://doi.org/10.18601/16571959.n24.03>.
- Betti, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. Granada: Comares, 2010.
- Bianca, Massimo. *Derecho Civil 3. El contrato* (trad. al cast. de Fernando Hinestrosa y Edgar Cortés). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.
- Biondi, Biondo. “Aspetti universali e perenni del pensiero giuridico romano”. En: AA. VV. *Eos. Symbolae R. Taubenschlag dedicatae*, vol. II. Bratislava-Varsovia: Ossolineum, 1957.
- Biondi, Biondo. *Diritto ereditario romano, Parte generale*. Milán: Giuffrè, 1954.
- Borges, Jorge Luis. *El Aleph*. Bogotá: Random House Mondadori, 2011.
- Borysiak, Witold. “Roman principle: Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest and the reasons of its modern rejection”. En: AA. VV. *Mater familias. Scritti romanistici per Maria Zabłoka*. Varsovia: The Journal of Juristic Papyrology, 2016.
- Bretone, Mario. “Sestio Elio e le XII Tavole”. En: *Per la storia del pensiero giuridico romano. Dall'età dei Pontifici alla scuola di Servio* (editado por Dario Mantovani). Turín: Giappichelli, 1996.
- Bretone, Mario. *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, 2 ed.). Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 1984.
- Cannata, Carlo Augusto. *Per una storia della scienza giuridica europea I. Dalle origini all'opera di Labeone*. Turín: Giappichelli, 1997.
- Cardilli, Riccardo. “Considerazioni romanistiche sulla resistenza dei termini ‘erede’ e ‘successione’”. En: *Casi controversi in materia di diritto delle successioni*, vol. I, Esperienze italiane (ed. por Sara Scola y Mauro Tesaro). Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 2019.
- Cardilli, Riccardo. *Damnatio e oportere nell'obbligazione*. Nápoles: Jovene, 2016.
- Cardilli, Riccardo. *Fondamento romano dei diritti odierni*. Turín: Giappichelli, 2021.
- Castresana, Amelia. *Derecho romano. El arte de lo bueno y de lo justo*. Madrid: Technos, 2013.
- Catalano, Pierangelo. *Diritto e persone. Studi su origine e attualità del sistema romano I*. Turín: Giappichelli, 1990.
- Cellurale, Mariateresa. “Ius et locus: observaciones sobre espacio y sistema a la luz del derecho romano”. En: *Revista de Derecho Privado*, n.º 16, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009.
- Colmenares, Jorge. “Libertad testamentaria en Roma. Una reflexión a propósito del estado actual de la cuestión en Colombia”. En: *Estudios latinoamericanos de derecho romano* (ed. por Jorge Adame y Horacio Heredia). México D. F.: UNAM, 2017.
- Coppola, Giovanna. *Nascita e declino dell'adagio nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*. TSDP V, 2012.

- Cornejo, Pablo. “Derecho internacional privado de las sucesiones. Novedades desde la Unión Europea”. En: AA. VV. *Temas actuales de derecho internacional. Homenaje al profesor emérito Mario Ramírez Necochea*. Santiago de Chile: Thomson Reuters, 2016.
- Charrupi, Néstor. “La evolución del régimen sucesoral en el derecho colombiano. A propósito de la Ley 1934 de 2018”. *Revista de Derecho Privado*, n.º 40, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2021.
- De La Cruz, Camilo. “La inalienabilidad de los derechos morales de autor: una aproximación desde la perspectiva del Análisis Económico del Derecho”. *Revista Con-texto*, n.º 44, 2015, pp. 59-93. DOI: <https://doi.org/10.18601/01236458.n44.04>.
- Di Lella, Luigi. *Querela inofficiosi testamenti. Contributo allo studio della successione necessaria*. Nápoles: Jovene, 1972.
- Einstein, Albert. “Como veo el mundo”. En: *Mi visión del mundo*. Barcelona: Tusquets, 2013.
- Erp van, Sjef. “New Developments in Succession Law”. En: *General Reports of the XVIIth Congress of the International Academy of Comparative Law*, 2007.
- Esborraz, David Fabio. *Contrato y sistema en América Latina*. Buenos Aires: Rubinzal, 2004.
- Esborraz, David Fabio. “La individualización del subsistema jurídico latinoamericano como desarrollo interno propio del sistema jurídico romanista (I)”. En: *Roma e America. Diritto romano comune* 21. Módena: Mucchi Ed., 2006.
- Esborraz, David Fabio. “La individualización del subsistema jurídico latinoamericano como desarrollo interno propio del sistema jurídico romanista (II)”. En: *Roma e America. Diritto romano comune* 24. Módena: Mucchi Ed., 2007.
- Fadda, Carlo. *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano. Parte prima. Lezioni dettate nella Università di Napoli 1899-1900*. Nápoles: Luigi Pierro Tip.-Editore, 1900.
- Finazzi, Giovanni. “La successione ab intestato”. En: AA. VV. *XII TABULAE. Testo e commento I* (ed. por Maria Floriana Cursi). Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 2018.
- Fiori, Roberto. “Ius civile, ius gentium, ius honorarium: il problema della «recezione» dei *iudicia bonae fidei*”. *BIDR*, 101-102, 1999.
- Gallo, Filippo. *Celso y Kelsen. Para la refundación de la ciencia jurídica* (trad. al cast. de Manuel Grasso). Buenos Aires: Eudeba, 2015.
- González D., Marta. “El derecho a defender los derechos humanos como un derecho autónomo”. *Revista IIDH*, vol. 63, 2016. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r35519.pdf>
- Glück, Christian Friedrich. *Commentario alle pandette. Libri XXXVII-XXXVIII*, Parte I. Vallardi, 1906.
- Guarino, Antonio. “‘Sui’ e ‘adgnati’ nelle ‘XII Tabulae’”. En: *Pagine di diritto romano IV*, 1994.

- Guzmán, Diego. *Derecho del arte: el derecho de autor en el arte contemporáneo y el mercado del arte*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018.
- Guzmán Brito, Alejandro. “La penetración del derecho romano en América”. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 18, n.º 2, 1991.
- Guzmán Brito, Alejandro. *La fijación y la codificación del derecho en Occidente*. Valparaíso, Escuela de Derecho PUCV, 2017.
- Hamza, Gábor. *Origen y desarrollo de los ordenamientos iusprivatistas modernos con base en la tradición del derecho romano* (trad. al cast. de Ramón Rodríguez Montero). Santiago de Compostela: Andavira Editora, 2022.
- Han, Byung-Chul. *Muerte y alteridad* (trad. al cast. de Alberto Ciria). Barcelona: Herder, 2018.
- Heidegger, Martin. *Ser y tiempo* (trad. al cast. de José Gaos). México D. F.: Fondo de Cultura Económica, 1993.
- Hinestrosa, Fernando. *Tratado de las obligaciones II. De las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico*, vol. I. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015.
- Kramer, Ernst. “Der stil der schweizerischen Privatrechtskodifikation. Ein model für Europa?”. *RabelsZ*, n.º 72, 2008.
- La Pira, Giorgio. *La successione ereditaria intestata e contro il testamento*. Florencia, 1930.
- Lambertini, R. *I caratteri della Novella 118 de Giustiniano*. Milán: Giuffrè, 1977.
- Lévinas, Emmanuel. *El tiempo y el otro*. Madrid: Paidós, 1993.
- Lipszyc, Delia. *Derechos de autor y derechos conexos*. Buenos Aires: Zavallía, 1993.
- Madrián, V. *La sucesión post mortem auctoris de los derechos morales*. Madrid: Editorial Reus S. A., 2015.
- Pabón Cadavid, Jhonny. “Las obras huérfanas y la digitalización masiva de impresos”. *Revista Javeriana*, n.º 803, abril de 2014.
- Rengifo, Ernesto. *Propiedad intelectual: el moderno derecho de autor*, 2ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997.
- Riccobono, Salvatore. “Ius est ars boni et aequi”. *Annali del Seminario Giuridico dell’Università di Catania*, n.º 1, Jovene, Nápoles, 1947.
- Riccobono, Salvatore. “Esbozo de la evolución del derecho romano” (trad. al cast. por José Félix Chamie). *Revista de Derecho Privado*, n.º 40, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2021.
- Rodotà, Stefano. *Derecho de amor* (trad. al cast. de José Manuel Revuelta). Madrid: Trotta, 2019.
- Saccoccio, Antonio. “Il sistema di diritto romano come patrimonio comune dell’umanità”. En: AA. VV. *Liber amicorum per Sebastiano Tafaro. L’uomo, la persona e il diritto* (ed. de Antonio Uricchio y Maria Casola). Bari: Cacucci Editore, 2019.
- Salgado, Catalina. “Breves reflexiones sobre la interacción entre ‘ordenamiento’ y ‘sistema’ de ius romanum”. En: AA. VV. *Sistema jurídico romanista y subsistema*

- jurídico latinoamericano. Liber discipulorum para el profesor Sandro Schipani.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.
- Sánchez T., Carlos Ariel y Ternera, Francisco. *Propiedad Intelectual. Reflexiones.* Bogotá: Universidad del Rosario, 2012.
- Schiavone, Aldo. *Ius. La invención del derecho en occidente* (trad. al cast. de Germán Prósperi). Buenos Aires: Adriana Hidalgo Editora, 2012.
- Schipani, Sandro. “Codici civili nel sistema latinoamericano”. En: AA. VV. *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile.* Turín: UTET, 2010.
- Schipani, Sandro. “Sistema del diritto romano. Sistema latinoamericano. Interpretazione sistematica in senso pieno. Giuristi, cittadini, uomini”. En: AA. VV. *Europa e America Latina. Due continenti, un solo diritto*, tomo I. Turín: Giappichelli, 2020.
- Schipani, Sandro. “Principia iuris potissima pars principium est. Principios generales del derecho. Notas sobre la formación de un concepto”. En: *La codificación del derecho romano común* (trad. al cast. de José Félix Chamie). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.
- Schulz, Fritz. *Principios del derecho romano* (trad. al cast. de Manuel Abellán). Madrid: Civitas, 1990.
- Scialoja, Vittorio. *Procedimiento civil romano: ejercicio y defensa de los derechos.* Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, Chile 2970, 1954.
- Sohm, Rudolph. *Institutionen des römischen rechts.* Leipzig: Duncker & Humboldt, 1884.
- Spina, Alessia. “Aspetti ideologico-religiosi del diritto successorio romano”. En: AA. VV. *La religione e diritto romano. La cogenza del rito* (ed. por Salvo Randazzo). Libellula, 2014.
- Talamanca, Mario. “‘Ius gentium’ da Adriano ai Severi”. En: AA. VV. *La codificazione del diritto dall’antico al moderno, Incontri di studio – Napoli, gennaio-novembre 1996.* Nápoles: Editoriale Scientifica, 1998.
- Ternera B., Francisco. *Bienes, Tercera Parte.* Bogotá: Editorial Universidad de Rosario, 2011.
- Tondo, Salvatore. “Appunti sulla giurisprudenza pontificale”. En: AA. VV. *Per la storia del pensiero giuridico romano. Dall’età dei pontifici alla scuola di Servio* (bajo el cuidado de Dario Mantovani). Turín: Giappichelli, 1993.
- Vacca, Letizia. “In tema di bonorum possessio contra tabulas”. En: *BIDR* 80, 1979.
- Vacca, Letizia. *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano. Corso di lezioni*, 2 ed. Turín: Giappichelli, 2012.
- Valencia Zea, Arturo. *Derecho Civil, Tomo VI Sucesiones.* Bogotá: Editorial Temis, 1964.
- Vega J., Alfredo. *Manual de derecho de autor.* Bogotá: Dirección Nacional de Derecho de Autor, 2010.

- Verbeke, Alain-Laurent y Leleu, Yves-Henri. “Harmonization of the Law of Succession in Europe”. En: AA. VV. *Towards a European Civil Code*, 4 ed. Wolters Kluwer, 2011.
- Voci, Pasquale. *Diritto ereditario romano I, Introduzione. Parte Generale*. Milán: Giuffrè, 1967.
- Voci, Pasquale. *Studi di diritto romano II*. Padua: CEDAM, 1985.
- Zapata, Fernando. “El derecho de autor en el ámbito de la sociedad del conocimiento: desafíos y oportunidades”. En: *La propiedad intelectual en los tratados comerciales: ¿oportunidad o carga para el mundo en desarrollo?* Fundación Agenda Colombia, 2005.
- Zimmermann, Reinhard. “Does the law of Succession reflect cultural differences?”. En: *Maastricht Law Series* n° 1. Portland: Eleven, 2018.

JURISPRUDENCIA

- Corte Constitucional, Sentencia C-334 de 1993, 12 de agosto de 1993, M. P.: Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional, Sentencia C-155 de 1998, 28 de abril de 1998, M. P.: Vladimiro Naranjo Mesa.
- Corte Suprema De Justicia, Sala de Casación Civil, 29 de septiembre de 1984. *Gaceta Judicial* 2415, M. P.: Horacio Montoya Gil.