

**RETOS DE LA PROTECCIÓN JURÍDICA AL DERECHO DE AUTOR EN EL  
ENTORNO DIGITAL**

**MARIA CLARA MONTOYA QUICENO**

**MARIA ALEJANDRA RESTREPO LOPERA**

**Trabajo de grado para optar por el título de Abogado**

**Asesor: Mónica Restrepo Ruiz**

**Universidad EAFIT**

**Escuela de Derecho**

**Medellín**

**2017**

## **TABLA DE CONTENIDIO**

1. Introducción
2. Marco jurídico nacional e internacional
3. Caracterización de los derechos de autor
4. La obra como objeto del derecho de autor
  - a. Criterios de protección de la obra
    - i. Protección de las obras y no de las ideas
    - ii. Originalidad
  - iii. Aspectos ajenos a la protección de la obra
  - iv. Ausencia de formalidades para la protección del derecho de autor
- b. La obra en el sistema anglosajón
5. Sujetos del derecho de autor
  - a. Autores y titulares
  - b. Títulos originarios y títulos derivados
  - c. Editores
6. Derechos morales
  - a. Derecho de divulgación o derecho al inédito
  - b. Derecho a la paternidad de la obra
  - c. Derecho al respeto y a la integridad de la obra
  - d. Derecho a modificar la obra
  - e. Derecho al arrepentimiento o al retracto
  - f. Derechos morales y su aplicación en el sistema anglosajón

7. Derechos patrimoniales
  - a. Derechos patrimoniales exclusivos y de simple remuneración
    - i. El derecho a disponer de la obra
    - ii. El derecho de reproducción
    - iii. El derecho de distribución
    - iv. El derecho de comunicación pública
    - v. El derecho de transformación
  - b. Límites a los derechos patrimoniales
    - i. Utilización libre y gratuita
    - ii. Licencias no voluntarias
    - iii. Agotamiento del derecho de autor
8. Copyright, Copyleft y Creative Commons
9. Internet como agente de cambio
10. Divulgación de las obras en internet
11. Agotamiento del derecho de distribución en internet
12. Conclusiones
13. Bibliografía

## **1. INTRODUCCIÓN**

Es un hecho conocido por todos que el internet es, hoy en día, una de las herramientas mas usadas en el mundo en términos de comunicación y transferencia de información, y como tal, es quizás la plataforma más importante para el mantenimiento de las relaciones a nivel internacional, tanto en el ámbito gubernamental como en el empresarial y el social, pues representa el medio por el cual se comunican más del 40% de las personas en el planeta.

De la mano con lo anterior, surge el hecho que la mayoría de las relaciones comerciales que se dan hoy en día tengan, si no su fundamento, una parte importante de su desarrollo con base en el internet. Con sus mas de 3.700 millones de usuarios a lo largo del planeta (Internet World Stats IWS, marzo de 2017), cada uno de ellos dedicándole no menos de dos horas al día, es lógico pensar que este sea un espacio en el cual todo tipo de relaciones afloren a un ritmo que hace 30 años era impensable.

No obstante los beneficios que se derivan del internet, también debe prestársele atención a los problemas o inconvenientes que el uso de este tipo de plataformas pueda ocasionar, pues al ser un fenómeno reciente, todavía se están descubriendo afectaciones negativas que se derivan bien del uso o de la falta de claridad en determinadas cuestiones, pues no han sido previamente analizadas por los gobiernos, las instituciones o las personas que interactúan en la red.

Un ejemplo de lo anterior son los problemas que se generan de la divulgación de las obras en internet, pues aunque esta es quizás la plataforma más extensa en cuanto a propagación de arte y cultura a nivel mundial, no hay claridad respecto de la forma en que operan los derechos de los

autores cuando éstos, en el ejercicio de la autonomía de su voluntad, deciden divulgar sus obras en diferentes escenarios digitales, como lo son las redes sociales o las páginas web, por ejemplo.

Los derechos de autor son aquellos beneficios que tienen los autores sobre sus producciones intelectuales derivadas de su talento o ingenio una vez estas han sido materializadas en una obra, y que se traducen en un real derecho de propiedad por parte de aquellos sobre éstas, que puede reflejarse bien sea en un ámbito patrimonial o en uno moral. Este real derecho de propiedad se traduce en el hecho que son los autores quienes tienen la facultad exclusiva de usar, gozar y disponer de su obra en relación con todos los beneficios que esta pueda proporcionarle.

En la doctrina se ha alcanzado cierta unanimidad en cuanto a la caracterización del derecho de autor, indicándose que éste es un derecho de propiedad que tiene como característica especial el hecho que su objeto es uno inmaterial, pero manteniéndose todas las demás atribuciones, tanto propias como jurídicas, que la palabra –propiedad- permite inferir. No obstante, se debe tener en cuenta que los derechos de autor, especialmente en lo que a la propiedad respecta, operan de forma distinta en ciertos aspectos para los bienes corporales usuales, y que la comprensión de estas diferencias es precisamente lo que permite un adecuado entendimiento de esta categoría del derecho.

Una de las principales diferencias se puede evidenciar claramente en la protección que tiene el soporte material sobre el cual está incorporada la obra, por un lado, y la obra en sí misma; pues mientras el primero estará protegido por el derecho de propiedad entendido este en su sentido más general; se desprende de la obra para que sea ésta la que quede protegida por el derecho de

autor como bien inmaterial. En este sentido, debe entenderse que “El objeto del derecho de autor es la obra, no el soporte material sobre el cual se incorpora la creación sino la obra contenida en el, de allí, la distinción entre corpus mysticum (bien intelectual) y corpus mechanicum (bien material)” (Arias de Rincón, 2008).

El término –derecho de autor- en nuestra tradición jurídica, comprende dos categorías diferentes de derechos: los morales y los patrimoniales. Los primeros se refieren, en palabras de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, a “la tutela del autor como su creador y la defensa de su producción como entidad propia” y los segundos a la explotación económica que de la obra puede derivarse.

Los derechos morales están conformados, a su vez, esencialmente por tres derechos que se le garantizan al autor sobre su obra: el derecho al inédito, el derecho a la paternidad de la obra y el derecho al retracto de ésta. Sobre estos tres derechos se profundizará en el desarrollo del trabajo, junto con los demás derechos morales que si bien no son esenciales para efectos del presente trabajo, es necesaria su mención. A efectos inmediatos, basta con decir que es una vez el autor renuncia al derecho al inédito cuando surgen los derechos patrimoniales bien para éste o para una tercera persona, como lo puede ser el editor, en aquellos casos en los cuales, por medio de un contrato, es éste último quien tiene en su cabeza los derechos patrimoniales sobre la obra.

Los derechos patrimoniales, por otro lado, comprenden todos los beneficios económicos que puedan derivarse de la explotación a la obra, y surgen desde el momento en que los autores renuncian al derecho al inédito, es decir, cuando estos deciden divulgar la obra, siempre que no

hayan otorgado licencias de libre uso, modificación y distribución, lo que usualmente se conoce como copyleft, tema que será tratado en el desarrollo a continuación. En estos derechos patrimoniales es que enmarcamos la celebración de actos o contratos que tengan como objeto la obra, siempre que se identifique en éstos un beneficio económico para el autor. En cuanto a la caracterización de los derechos patrimoniales se indica que estos son transferibles, renunciables, temporales y embargables.

Como se infiere de lo anterior, el acto de divulgar una obra supone para los autores la posibilidad de reclamar sobre la misma los derechos económicos que de esta puedan derivarse, así como la configuración de otros derechos morales que no habían surgido a la vida jurídica, en cuanto están directamente relacionados con el conocimiento de la obra, consentida por el autor, por terceras personas. En este sentido, es claro entonces que el acto de la divulgación es uno de los puntos más importantes al tratar temas de derechos de autor, pues si bien no por este hecho surgen los derechos en sí mismos, si es este el que permite al autor empoderarse de ellos para poder hacerlos efectivos.

La doctrina ha aceptado, en cuanto al nacimiento del derecho de autor, que si bien el derecho moral surge una vez el autor plasma su idea en una obra, los patrimoniales no están llamados a producir efectos sino hasta que el autor decida divulgar su obra para ponerla en conocimiento del público. En este sentido, en principio se entendería que el hecho de publicar algo en una plataforma tecnológica como medio de divulgación significa correlativamente que surgen para su autor derechos tanto morales como patrimoniales sobre ese contenido.

No obstante lo anterior, no hay claridad acerca de la forma en que operan estos derechos cuando en la obra no hay ninguna incorporación contenida que permita inferir que la obra se encuentra protegida por los derechos de autor. El cuestionamiento en este sentido va dirigido a determinar si es necesario que se incorpore los signos de Copyright, Copyleft o Creative Commons para que las personas puedan identificar las obras protegidas por los derechos de autor, o si por el contrario, se entiende que cualquier obra se encuentra protegida, aunque de forma limitada por el derecho patrimonial, perpetuamente por el moral, con excepción del derecho al inédito, el cual se entiende agotado una vez se decide divulgar la obra.

Tampoco se encuentra claridad respecto a si la divulgación en este tipo de plataformas supone una renuncia por parte de los autores a sus derechos, o un caso de agotamiento del derecho de autor. Esto, porque si bien la consecuencia de ambos es la misma: la pérdida de protección de un derecho patrimonial, estas ocurren por fenómenos diferentes. En el primer caso, el autor es quien de forma voluntaria toma la decisión de no recibir beneficios económicos de su obra; en el segundo, es claro que sí hubo un beneficio económico para el autor pero, en razón de la puesta a disposición del público de los ejemplares de la obra, no hay razón para que se sigan protegiendo jurídicamente los actos que respecto de éste hagan terceras personas, especialmente en lo referido a la reventa.

Esto se da porque se tiende a pensar que el hecho de compartir algo con terceras personas a través de mecanismos de divulgación en internet, tales como blogs, redes sociales o páginas para el comercio electrónico, supone que se está dando una libre autorización de uso para los usuarios que acceden a la obra. Sin embargo, se verá en el desarrollo del trabajo que los autores o los

titulares tienen la titularidad exclusiva de los derechos patrimoniales sobre la obra, y como tal, cualquier uso de la obra, en principio, debe estar expresamente autorizado por ellos.

Este trabajo se centrará entonces en resolver los cuestionamientos anteriormente planteados, así como los demás coyunturales que puedan surgir de los temas objeto de la presente investigación, mediante una metodología en primer lugar investigativa, que nos permita tratar con exhaustividad el tema de los derechos de autor y finalmente reflexiva, que nos permita, con base en lo estudiado en el primer lugar, responder a los interrogantes respecto de la divulgación de las obras en las plataformas digitales y lo que estas suponen para el derecho de los autores.

## **2. MARCO NORMATIVO**

Para el presente trabajo se tomará como marco legal normativo tanto lo relacionado con nuestro ordenamiento jurídico nacional como aquellos tratados y convenios que a nivel internacional se han dado en la materia. Esto, porque es claro que la divulgación de las obras y la consecuente protección que para éstas se genera comprende un fenómeno transnacional, pues éste no se limita a las fronteras territoriales de los países, más aún cuando éste se da en plataformas digitales de internet, que es específicamente el tema de la presente tesis.

### **Colombia**

En Colombia se ha hecho alusión a la protección de los derechos de autor desde la expedición de la constitución política de 1863 y posteriormente en la de 1886, cuyo artículo 35 establecía que ‘‘Será protegida la propiedad literaria y artística, como propiedad transferible por el tiempo de vida del autor y 80 años mas, mediante las formalidades que prescriba la ley...’’. Sin embargo,

es claro en este artículo que el constituyente hacía referencia exclusivamente a los derechos patrimoniales que de las obras se derivaban, adicional al hecho de excluir de su literalidad obras diferentes a las artísticas y a las literarias.

Posteriormente, en la Constitución Política de 1991 los constituyentes establecieron el fundamento normativo que a día de hoy es el que permite la protección de los derechos de autor, enmarcado dentro de la propiedad intelectual en su artículo 61, el cual expresa que “El Estado protegerá la propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la ley”.

Hoy en día, la Ley 23 de 1982 es la ley marco que regula los derechos de autor en Colombia. En el desarrollo del presente trabajo se hará alusión a esta ley como Ley de Derechos de Autor o simplemente como LDA. El artículo primero define su finalidad así: “Artículo 1. Los autores de obras literarias, científicas y artísticas gozarán de protección para sus obras en la forma prescrita por la presente ley y, en cuanto fuere compatible con ella, por el derecho común. También protege esta ley a los intérpretes o ejecutantes, a los productores de fonogramas y a los organismos de radiodifusión, en sus derechos conexos a los del autor.”

Aunque en principio esta ley está llamada a ser la base en la cual se pueda encontrar de forma unificada la totalidad de la legislación referente a los derechos de autor en Colombia, conforme pasa el tiempo el gobierno se ha visto en la necesidad de expedir nuevas disposiciones. En este sentido, se expidió la Ley 33 de 1987 por medio de la cual se aprobó el Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas, la Ley 44 de 1993 como legislación

complementaria a la LDA, el Decreto 1474 de 2002, mediante el cual se incorporaba a la normatividad nacional y se promulgaba el tratado de la OMPI sobre derechos de autor firmado en Ginebra en el año 1996, y la Decisión 351 de la CAN como normatividad común en la materia a los países miembros.

### **Entorno internacional con aplicación en Colombia**

El tema de los derechos de autor, si bien es uno que los estados pueden regular de forma individual, tienen importancia transnacional por la imposibilidad de limitar el uso de las obras en las fronteras nacionales. Por lo tanto, es necesario que los estados incorporen a su derecho interno una normatividad relativamente similar que englobe todos los aspectos básicos relacionados con este tema, con el fin de que, en el momento en que se presenten conflictos relacionados, estos puedan ser resueltos con base en los principios comunes del derecho de autor. En este sentido, la comunidad internacional se ha preocupado por crear disposiciones similares sobre la materia en un intento por darle uniformidad.

Así, tienen especial atención para el desarrollo del presente trabajo las siguientes normas en el ámbito internacional:

- **Convenio de Berna de 1886 + adiciones contenidas en el Acta de París de 1971:** este convenio, que es administrado por la OMPI, busca principalmente, tal y como se indica en su artículo primero, que los países a los que el convenio ha de aplicarse estén ‘constituídos en Unión para la protección de los derechos de los autores sobre sus obras literarias y artísticas’.

Este convenio cuenta con dos principios rectores básicos, que son el trato nacional, ‘‘según el cual las obras que se originan en uno de los Estados miembros deben protegerse en cada uno de los Estados miembros de la misma forma en que esos Estados protegen las obras de sus propios nacionales’’ (La Protección Internacional del Derecho de Autor y de los Derechos Conexos. Oficina internacional de la OMPI) y los derechos mínimos, que exige que las leyes de los estados proporcionen los niveles mínimos de protección incorporados en el convenio.

- **Acuerdo sobre ADPIC de 1993:** generado en el marco de la Ronda de Uruguay, este acuerdo se centra en las cuestiones comerciales de los derechos de autor, y reitera la necesidad de incorporar la parte sustantiva del Convenio de Berna y las adiciones incorporadas en el Acta de París. Finalmente, incorporó en sus disposiciones un mecanismo para la solución de controversias relacionadas con el tema.
- **Tratado de la OMPI de 1996 sobre derechos de autor:** este tratado se configura como un arreglo particular en el marco del convenio de Berna y trata sobre la protección a los derechos de autor en el entorno digital.
- **Decisión 351 de la CAN:** mediante la cual se establece un régimen común sobre derechos de autor y derechos conexos para Bolivia, Ecuador, Perú y Colombia.

Finalmente, deben tenerse también en cuenta los tratados bilaterales que Colombia ha celebrado con diferentes países para la protección de los derechos de autor, en los cuales se establece

principalmente trato nacional para los nacionales del otro estado y protección para las obras sin necesidad de registro. Estos tratados se han celebrado con:

- España (1886 – 1953)
- Suiza (1908)
- Francia (1953)
- Alemania (1959)
- Ecuador (1964)

### **3. CARACTERIZACIÓN DE LOS DERECHOS DE AUTOR**

Para poder abarcar el tema de los derechos de autor de forma adecuada, es necesario previamente mencionar que esta categoría de derechos hace parte de una más general llamada propiedad intelectual. La propiedad intelectual, en su sentido más amplio, se refiere a la propiedad que pueden adquirir las personas sobre aquellos bienes inmateriales o incorporeales resultantes de las creaciones del intelecto humano, y se encuentra dividida, a su vez, en propiedad industrial, por un lado y derechos de autor, por el otro.

Es importante para efectos del presente trabajo aclarar qué son exactamente esos bienes inmateriales o incorporeales objetos de la protección que la propiedad intelectual otorga, y para estos efectos, la expresión usada por Juan Pablo Canaval Palacios en su libro Manual de Propiedad Intelectual es acertada: bienes productos del intelecto del ser humano. Se entiende entonces que estos bienes, si bien no ocupan un espacio físico, son apropiables por el ser humano, le otorgan a su dueño un derecho de exclusividad sobre éste y permite que su derecho sea oponible a terceras personas. Dado lo anterior, es apenas lógico que se necesite una

regulación jurídica que permita otorgarle protección a estos derechos, de igual forma a como se les otorga protección a los bienes materiales.

Al usar la expresión apropiables, debemos hacer referencia a lo que el término *propiedad* nos indica. Jurídicamente, el derecho de propiedad es el poder legal que tiene una persona para gozar, usar y disponer de un bien al reputarse dueño de éste, por lo que, sin sobrepasar los límites impuestos por la ley ni irrespetar derechos de terceros, se puede disponer del bien de forma libre y voluntaria. Sobre este punto Diego Espín Cánovas indica que el derecho de propiedad es “el derecho para usar y abusar de la propia cosa hasta donde la razón del derecho lo permite” (Espín Cánovas, 1957). Por otro lado, el artículo 669 del Código Civil colombiano define la propiedad así: “*El dominio, que se llama también propiedad es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra ley o contra derecho ajeno.*”

El artículo anterior indica que la propiedad o dominio es el derecho sobre una cosa corporal, lo que en principio dejaría por fuera los derechos propios de la propiedad intelectual. Luego, el artículo 671 del Código Civil hace alusión a que son también objeto de propiedad los bienes incorporeales, en el siguiente sentido: “*las producciones del talento o del ingenio son una propiedad de sus autores. Esta especie de propiedad se regirá por leyes especiales*”. Así, queda claro que la inmaterialidad de estos derechos no supone la exclusión a su consideración como derechos de propiedad, aunque sea cierto que se trata de una propiedad especial en atención a su objeto y al hecho que, tenga dos componentes: uno patrimonial que puede reputarse que existe sobre todo bien susceptible de ser apropiado y; uno moral, que aunque más acentuado en los derechos de autor, también se encuentra presente en la propiedad industrial.

La propiedad recae entonces sobre dos tipos de bienes: (1) los corporales, como lo son los bienes muebles e inmuebles y (2) los incorporeales, donde podemos enmarcar a la propiedad intelectual. A su vez, la propiedad intelectual se divide en dos grandes categorías: la propiedad industrial y los derechos de autor.

La propiedad industrial se ocupa de la protección que ha de otorgársele a aquellas creaciones que son susceptibles de aprovecharse para la industria o el comercio, tales como creaciones industriales, modelos de utilidad, modelos o diseños industriales, marcas, lemas, patentes, secretos empresariales, etc. es decir, cosas relacionadas directamente con la industrial o susceptibles de ser usadas en el comercio. Los derechos de autor, por otro lado, regulan “los derechos subjetivos del autor sobre las creaciones que presentan individualidad resultante de su actividad intelectual” (Lipszyc, 1993), y están estrechamente relacionados con las obras artísticas o literarias, es decir, aquellas creaciones que buscan tener un espacio en el ámbito cultural.

No obstante lo anterior, no debe entenderse que la diferencia entre uno y otro sea que propiedad industrial es solo a industria y comercio mientras que derechos de autor es solo a cultura, pues hoy en día podemos evidenciar cómo unos se correlacionan con otros, obteniendo así para una diversidad de bienes protección por parte de ambas disciplinas que integran la propiedad intelectual. En este sentido, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha indicado que “el derecho de autor es independiente, aunque compatible con los derechos de propiedad industrial (...) lo que quiere decir entonces que los derechos de propiedad industrial son también independientes y así mismo compatibles con los del autor. Esa independencia, pero a su vez

compatibilidad, es la que permite que un mismo bien intelectual pueda estar protegido simultáneamente por el derecho de autor y el de propiedad industrial”. Del mismo modo, no podemos decir que la particularidad de la propiedad industrial es que tiene aplicación en el comercio, pues sobre las obras que los derechos de autor protegen, también se genera toda una industria, que es la cultural, la cinematográfica, la teatral, etc. es decir, no podemos abstraer el beneficio económico que de las obras se deriva.

### **LA OBRA COMO OBJETO DEL DERECHO DE AUTOR**

El objeto de la protección del derecho de autor es la obra, es decir una creación intelectual y original desarrollada por el ser humano. Para que el derecho de autor pueda ejercer su protección, no basta con que se verifique la existencia de una idea, sino que es necesario que esa idea recaiga sobre algo que se ha denominado “obra”, que es precisamente la idea materializada en algo perceptible por los sentidos, habiendo sido así expresada, manifestada y recreada. El artículo 3 de la Decisión 351 de la CAN define a la obra como “toda creación intelectual original de naturaleza artística, científica o literaria, susceptible de ser divulgada o reducida en cualquier forma”. Por ende, al hacer referencia a la palabra obra, hacemos referencia a la acción “obrar”, entendida como la acción de hacer una cosa, en nuestro caso, obrar en virtud de un desarrollo intelectual obteniendo una creación denominada ‘obra’, para que se configure entonces la protección otorgada por el derecho de autor.

En relación con la obra como objeto de protección de los derechos de autor, debe hacerse una diferenciación entre la obra como producto del intelecto del ser humano y el soporte sobre el cual ésta se encuentra consignada, pues, aunque la obra necesite del soporte para existir y para poder

ser explotada, no se puede decir que ésta se identifique con aquel. La doctrina ha distinguido estas dos cosas como *corpus mysticum* y *corpus mechanicum*. El *corpus mysticum* es la materialización de la idea en una obra, cosa necesaria para obtener la protección, pues, como se verá más adelante, los derechos de autor no protegen las ideas en sí mismas, sino aquellas que se encuentran plasmadas en un soporte material perceptible por los sentidos. Por otro lado, el *corpus mechanicum* es meramente el soporte sobre el cual la idea se está plasmando. Éste juega un papel secundario para la obra y su protección está dada por las prerrogativas generales para cualquier tipo de propiedad, con las limitaciones impuestas, claro está, por los derechos de autor. (Bercovitz Rodríguez – Cano, 2009).

Para el sistema continental europeo y latinoamericano, el derecho de autor tiene como objeto la creación intelectual de una persona o un grupo de personas expresada en algo tangible, que es lo que se conoce como obra, producto del intelecto del ser humano, por lo que está dotado de su propia percepción del mundo y de su creatividad. Esta corriente jurídica, es decir, la del *civil law*, protege dentro de los derechos de autor a la obra que tenga un componente científico, artístico o literario, es decir, cultural.

### **Criterios de protección de la obra**

#### **1. Protección de la forma y no de las ideas**

El derecho de autor no se encarga de proteger a las ideas en sí mismas, pues éstas son de uso libre y por lo tanto no pueden apropiarse, sino a sus creaciones formales contenidas en una obra. A través de ese derecho queda protegida exclusivamente las formas mediante las cuales las ideas de los autores fueron ilustradas, descritas o incorporadas. El artículo 6 de la LDA sobre este

punto indica que ‘‘las ideas o contenido conceptual de las obras literarias, artísticas y científicas no son objeto de apropiación. Esta ley protege exclusivamente la forma literaria, plástica o sonora, como las ideas del autor son descritas, explicadas o incorporadas (...)’’. El profesor Pachón Muñoz sobre la apropiación de las ideas dice que ‘‘la idea cunde y se divulga y a todo el mundo pertenece, como el aire o el agua. La propiedad nace de la elaboración; si el alma tuviera manos, diríamos de la manufactura’’ (Pachón Muñoz, 1998, pg 12).

Asimismo, la Ley 23 de 1982 contiene la misma disposición de la decisión ya mencionada, cuando en su artículo 2 establece: ‘‘Los derechos de autor recaen sobre las obras científicas, literarias y artísticas en las cuales se comprenden todas las creaciones del espíritu en el campo científico, literario y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión y cualquiera que sea su destinación (...) toda producción del dominio científico, literario o artístico que pueda reproducirse o definirse por cualquier forma de impresión o de reproducción (...)’’. En consecuencia, es claro entonces que el derecho de autor tiene como fin proteger la forma representativa, la exteriorización de la idea desarrollada en obras concretas aptas para ser reproducidas, representadas, exhibidas, etc.

Las ideas como tal no se encuentran protegidas por el derecho de autor, pues al ser de uso libre, no son susceptibles de ser apropiadas por nadie. Lo que el derecho de autor protege es la materialización de la idea en una obra perceptible por los sentidos, y en este sentido, sobre una misma idea pueden surgir tantos derechos de autor como materializaciones de la idea se puedan dar.

## 2. Originalidad

El requisito para que una creación sea tomada en consideración como obra y en consecuencia pueda estar protegida jurídicamente por el derecho de autor, es que ésta sea una creación original del ser humano. Por originalidad entendemos origen, es decir, el principio de una cosa, lo que nos lleva a una conexión inmediata con el autor. Es por esta razón que las obras protegidas por el derecho de autor estén tan relacionadas con el arte y la cultura, pues son producciones del ingenio, la mente y las ideas de forma libre y espontánea.

Si bien el concepto de <<originalidad>> puede coincidir con el de <<novedad>>, para los derechos de autor ésta última no es necesaria para dar la protección, pues la doctrina ha venido entendiendo la originalidad de forma muy subjetiva: la originalidad radica en la posibilidad que tiene la obra de expresar un poco de la personalidad de su autor. Si bien hay obras que pueden ser novedosas y acceder a la protección de los derechos de autor, no se debe entender que la novedad sea un requisito necesario para esto.

Con fundamento en este requisito es que los derechos morales sean tan importantes dentro del sistema de los derechos de autor, pues si entendemos que la obra lleva el sello y la impronta del autor, su personalidad y sus pensamientos, es lógico que la protección a la esencia del autor se manifieste de una forma tan fuerte, hasta el punto que en algunas legislaciones, encontrarse protegido de forma perpetua.

Existe originalidad en la creación si esta expresa lo propio del autor, es decir, obra es aquello que refleje la individualidad y ciertas singularidades acerca de su autor. Sobre la individualidad,

Delia Lipszyc señala que la originalidad es solo una noción subjetiva, y que por esto algunos autores prefieren utilizar el término individualidad, por considerar que “expresa más adecuadamente la condición que el derecho impone para que la obra goce de protección: que tenga algo individual y propio de su autor” (Lipszyc, 2001, pg 65. En consecuencia, no se es titular de derecho de autor cuando simplemente se transcribe una obra, o se dibuja de acuerdo a unas instrucciones, pues una obra será original si refleja a su autor.

### **3. Aspectos ajenos a la protección de la obra**

La protección legal surge para las obras con independencia de:

- El género, que puede ser científico, artístico o literario.
- La forma de expresión, que puede ser cualquiera mientras que la obra puede ser percibida por las otras personas. La forma de expresión permite el uso de cualquier soporte material mediante cualquier técnica, bien sea oral, escrita, etc. El artículo 2 de la LDA indica que la protección se da “cualquiera que sea el modo o forma de expresión y cualquiera que sea su destinación.”
- Mérito y destino: la ausencia de mérito para proteger jurídicamente una obra radica en que la protección no debe estar supeditada a que la obra tenga un valor artístico o cultural, basta que esta sea original. El destino quiere decir que no tiene relevancia el fin que el autor perseguía con la obra, protegiéndose así tanto fines estéticos, tanto como económicos y meramente sociales.

Lo importante para que la obra goce de protección es su aspecto creativo, es decir, la originalidad expresada como creación proveniente de la mente del autor y como tal de su personalidad, de sus

ideas, pensamientos y percepciones del mundo. “No importa la calidad o mérito de la obra, como se dispone en el artículo 1. de la Decisión 351 de 1993, ni la aprobación de la sociedad o el transcurrir del tiempo, circunstancias éstas que determinan, en muchas ocasiones, un juicio valorativo social al considerar la creación como una verdadera <<obra de arte>> (Zea Fernández, 2009, pg 32).

#### **4. Ausencia de formalidades para la protección del derecho de autor**

Internacionalmente se ha reconocido que la protección de los derecho de autor surge desde el momento mismo de la creación de la obra, sin que haya lugar a la necesidad de dar a conocerla a otras personas o de registrarla. El artículo 52 de la Decisión 351 de la CAN indica que las obras protegidas por el derecho de autor “no estará subordinada a ningún tipo de formalidad.”. Las disposiciones normativas sobre este punto alcanzaron cierta unanimidad en el entorno internacional y la mayoría de los países aceptaron que el registro era meramente declarativo, y en ningún caso constituyo de los derechos.

Sobre este punto, Phillip Allfeld ha indicado que “en principio, el nacimiento del derecho coincide con el de la obra. Las obras del espíritu nacen en el momento en que de alguna manera se haya manifestado el resultado de la actividad creadora en el mundo exterior” (Allfeld, 1982, pg. 30). Así, no hay lugar al cumplimiento de formalidades para que la obra se encuentre protegida en la mayoría de países en el mundo.

En Colombia, la Dirección Nacional del Derecho de autor permite que los autores registren su obra, aunque este no es un requisito para que se proteja la obra, sino que es más bien una prueba acerca de su existencia y posesión.

### **La obra en el sistema anglosajón**

En el sistema anglosajón, de aplicación en países como los Estados Unidos de América y el Reino Unido, los derechos de autor son protegidos por lo que se conoce como copyright, que es la normativa jurídica que comprende las protecciones de los titulares de los derechos sobre las obras. Este sistema tiene un componente fundamentalmente económico al considerar a la obra meramente como un tipo de propiedad susceptible de ser comercializado. Así pues, este sistema deja, al menos inicialmente, las consideraciones relativas a los derechos morales y a la personalidad del autor de lado. Es por esta razón que este sistema presenta ciertas diferencias fundamentales respecto del objeto de protección en cuestión, que es la obra.

De acuerdo a la U.S. Copyright Office, la protección se otorga a las obras del autor fijadas en un medio de expresión tangible. El sistema angloamericano ha mantenido el requisito de que la obra se encuentre incorporada a un soporte material para que surja la protección. Mientras que en el sistema civil la protección se da por la mera existencia de la obra, sin que deba haber un soporte material en la cual ésta se incorpore, salvo algunos casos específicos en los que esto es necesario, la tradición anglosajona indica que la protección se da exclusivamente a las obras que están incorporadas en un soporte físico. Lo anterior se fundamenta en que, dado el gran componente económico de la obra en este sistema, se requiere que la obra se incorpore a un soporte físico porque se entiende que, solo una vez incorporada, ésta podrá ser comercializada.

Este requisito que se ha mantenido de forma tan fuerte en ese sistema supone un problema para la era digital en la que nos encontramos, pues todavía no hay unanimidad respecto del tipo de soporte en el cual se entiende están incorporadas las obras cuando éstas están siendo divulgadas mediante plataformas digitales. El soporte físico material que se había exigido en este sistema para otorgar la protección se enfrenta con el fenómeno de la divulgación y la comercialización de las obras en internet, pues junto con la facilidad y los bajos costos que estas plataformas le ofrecen a los autores y a los titulares de sus derechos para la explotación de sus obras, es claro entonces que la idea de soporte físico, al menos la tradicional, se encuentra en proceso de perder su importancia.

Lo anterior, porque no puede mantenerse un requisito que finalmente va a ser inocuo y va a dejar en la desprotección a una gran cantidad de autores y titulares de derechos respecto de sus obras.

Por otro lado, en el sistema anglosajón, a diferencia del civil law, la protección no se les concede a las obras que tengan un componente autoral, sino que se le ha reconocido protección también a actividades técnico-operativas que se relacionan con la obra para un fin de explotación económica. Así, esta corriente protege también bajo el sistema del copyright a las obras artísticas, literarias o científicas que no tengan un componente de originalidad o individualidad, tales como los productores de grabaciones sonoras y filmes, los organismos de radiodifusión, los editores de obras impresas, las presentaciones tipográficas, etcétera, no como sucede en el sistema del civil law que a lo anterior sí se le concede una protección, pero no como derechos de autor directamente sino como derechos conexos a los del autor.

En el derecho anglosajón la necesidad de la originalidad como requisito para que surja la protección de la obra es muy atenuada, pues esta se mira en un sentido objetivo. Que la originalidad se mire en un sentido objetivo indica que no es necesario que la obra lleve la impronta de su creador o que refleje su personalidad, sino que basta para que la protección opere que no se trate de una copia de una obra existente, sino que tenga cierta autonomía intelectual, es decir, que se haya requerido de un trabajo y en esfuerzo intelectual propio que tenga lleve a la creación de algo nuevo, así ésta nueva creación esté basada en otra.

## **SUJETOS DEL DERECHO DE AUTOR**

### **Autores y Titulares**

Cuando hablamos del autor hacemos referencia al sujeto original del derecho de autor, es decir, a la persona natural que crea la obra. En nuestra tradición jurídica, son las personas naturales las únicas que tienen la aptitud para realizar actos de creación intelectual, por ser atributos exclusivos de la persona humana los que dan lugar al nacimiento de la obra, tales como aprender, valorar, sentir, innovar, expresar, etc. Así, si bien hay casos en los que los titulares de la obra son personas jurídicas, siempre debe entenderse que la creación detrás de esa titularidad fue hecha por una o varias personas naturales.

Para Delia Lipszycs *“el derecho de autor nace de la creación intelectual. Dado que esta solo puede ser realizada por las personas físicas, la consecuencia natural es que la titularidad originaria corresponda a la persona física que crea la obra”* (Delia Lipszyc, 1993, pág. 122). Y es por esta razón que, desde el momento mismo de la creación de la obra, se adquiere la

propiedad sobre ella, bien sea que esta vaya a atribuírsele posteriormente al autor de la obra como persona natural o a una persona jurídica en virtud de un contrato.

Las personas jurídicas no pueden crear obras, pues las obras solo son creadas por las personas naturales, sin embargo, esto no obsta para que las personas jurídicas puedan ser titulares derivados de algunos de los derechos del autor. Se habla de titularidad derivada porque no es una titularidad que está dada por el mero acto de la creación sino por un vínculo contractual aceptado tanto por ésta como por el autor en el ejercicio de la libre autonomía de la voluntad.

Así las cosas, en nuestro sistema de derechos de autor, perteneciente a la corriente del *civil law*, se tiene como principio que no admite contradicción el que pueda reconocérsele la calidad de autor únicamente a la persona física que realiza la acción de crear, es decir, quien realiza la labor intelectual que deja como resultado la obra que el derecho protege. Esta corriente es la que sigue la legislación colombiana y la legislación de la mayoría de los países latinoamericanos. Sobre este punto, la Decisión 351 de la CAN, en su artículo 3 define al autor como la persona física que realiza la creación intelectual.

Para los países que aceptan esta corriente surge entonces la distinción entre la titularidad originaria y la titularidad derivada. La titularidad originaria es la titularidad que en los términos anteriormente mencionados, adquiere el autor por haber sido el creador de su obra. En virtud de la titularidad originaria, el autor adquiere tanto los derechos morales como los derechos patrimoniales sobre su obra. Por otro lado, la titularidad derivada se refiere es a la propiedad que

sobre la obra puede ejercerse para recibir los beneficios económicos que de ésta se derivan, y puede estar en cabeza del autor o de otras personas.

Tanto el Convenio de Berna, la Decisión 351 de la CAN como nuestra LDA establecen una presunción legal, es decir, que admite prueba en contraria, sobre quien se considera autor de una obra, y consiste en que se tomará como autor la persona cuyo nombre, iniciales o seudónimos se encuentren incorporados a la obra.

### **Titulares**

Los titulares son todas aquellas personas, naturales o jurídicas, “que han obtenido de él (el autor) la titularidad de los derechos patrimoniales (...) por razón de habérselos transferido por acto entre vivos bajo cualquier modalidad, ya sea a título gratuito u oneroso, o por causa de muerte, a título singular o universal. (...) en cuanto quedan facultados para explotar y sacarle provecho económico a la obra, pero en ningún caso consiguen el reconocimiento como autores de la misma” (Canaval Palacios, 2008, pg. 45).

En la mayoría de los casos el titular es el propio autor, en donde autoría y titularidad serían calidades que incurren sobre la misma persona, pero puede ocurrir que el titular sea una persona distinta al autor, en cuyo caso autoría y titularidad serían atributos que recaen sobre personas distintas.

Así, titular de una obra puede ser tanto el autor como la persona que, en virtud de un vínculo contractual, haya adquirido el derecho patrimonial sobre ésta. Por esta razón es que debe

entenderse que la titularidad no se refiere, en la corriente de los derechos de autor europea y latina, a la autoría sino a la propiedad sobre la obra. La titularidad entonces hace alusión exclusivamente a los derechos patrimoniales, pues los derechos morales están dados es por la autoría la obra, y en este orden de ideas, están íntimamente relacionados con la persona o personas que realizan el acto de crear como tal. Es por esta razón que tanto el Convenio de Berna en su artículo 6bis, así como la Decisión 351 de la CAN, al hablar de los derechos morales hablan exclusivamente del autor, como única persona susceptible de adquirir estos derechos.

En la tradición jurídica anglosajona, por otro lado, el trato que se le ha dado a las obras ha estado orientado a un enfoque comercial, es decir, atendiendo a la explotación económica que de ésta se deriva. En atención a esto, las leyes norteamericanas permiten que se le reconozca la calidad de autor bien sea a la persona natural que realizó el esfuerzo creador o a las personas jurídicas que adquieren estos derechos en virtud de un vínculo contractual, que puede ser laboral o civil, como en el caso de las obras por encargo.

En este sentido, la tradición angloamericana le da la titularidad originaria sobre la obra bien sea a los autores como las personas naturales de la obra o a quienes, en virtud de un contrato, adquieren los derechos sobre esta de forma primigenia, en el mismo momento en que la obra se crea. Para estos casos, lo que permite que personas diferentes a la creadora de la obra sean tomadas como autor es una ficción jurídica creada en beneficio de las empresas dedicadas a la creación y explotación de las obras. Esta ficción permite que la titularidad originaria recaiga sobre personas naturales o jurídicas diferentes a quien creó la obra. Se trata de una ficción que establece un beneficio.

### **Títulos originarios y títulos derivado**

El título originario es el título que tiene el autor de la obra, y surge para éste desde el momento mismo de creación de la obra, por lo tanto, no se requiere de ningún tipo de manifestación o reconocimiento para amparar sus intereses. De conformidad con lo visto anteriormente, el título originario está en cabeza del autor, bien sea que se esté tomando la concepción en la cual autor es solo la persona natural que crea la obra, o la anglosajona, que permite también a personas jurídicas ser tomadas como autores.

Por otro lado, se entiende que alguien tiene el título derivado sobre una obra cuando, por causas legales o contractuales la titularidad original de una obra pasa a ser parte del patrimonio de otra persona natural o jurídica distinta del autor. La titularidad derivada puede obtenerse por: (i) transmisión entre vivos o (ii) por *transmisión mortis causa*.

### **Editores**

Los editores son aquellas personas que, en virtud de un contrato de edición, se encargan de distribuir una obra artística, científica o literaria al público, mediante su incorporación a un soporte físico susceptible de ser comercializado. Estas personas, en tanto son quienes se encargan de hacer que la obra sea conocida por el público y que tenga éxito, suelen controlar su contenido para adaptarla y corregirla de acuerdo a ciertas reglas y normas, por lo que se entiende que deben ser personas profesionales y con experticia.

Con la creación de la imprenta, las obras literarias y artísticas tuvieron un gran auge y su explotación comenzó a popularizarse, lo que se convirtió en un gran negocio que le dio cabida al surgimiento de la figura de los editores, que eran quienes recibían las ganancias económicas de las obras por el pago de una pequeña suma a sus autores. Ante esta desigualdad surgió el derecho de autor como un fin para proteger a los creadores de las obras, sin embargo, se debían reconocer aun derechos a los editores porque el trabajo que éstos realizan, como el formato, el papel, las ilustraciones, la tipografía, entre otros, son elementos que en conjunto conforman y le añaden valor a la obra. En este sentido, se les ha reconocido un derecho conexo al derecho de autor.

Conforme a lo anteriormente expuesto, entendemos entonces que un editor es una tercera persona mediante la cual el autor o el titular puede ejercer el derecho de reproducción, distribución y/o comunicación pública, es decir, mediante el cual se tiene la posibilidad de divulgación. Tradicionalmente, los editores realizaban la divulgación por medio de la imprenta y de forma posterior, mediante la reproducción de obras por otros medios, sin embargo, hoy en día el entorno digital presenta una variación a estas formas tradicionales y pone de presente el cuestionamiento sobre su necesidad.

En cierto sentido, las plataformas digitales pueden estar desplazando el rol tan importante que tenían los editores en cuanto a la divulgación y comercialización de las obras, pues éstas permiten, sin necesidad de existir un pago de por medio, que la divulgación la realice el mismo autor y que la obra llegue a un gran número de personas en un muy corto periodo de tiempo, con unos costos muy reducidos.

Si bien hay una diferencia en cuanto al rol que éstas plataformas cumplen respecto del control de contenido y edición de la obra como tal, que de acuerdo a la obra y de los deseos personales del autor tendrán un peso para decidir realizar la divulgación por dichas plataformas, es claro que en una gran cantidad de casos estas plataformas, tales como las redes sociales y las páginas de internet como los blogs o la venta de libros online o en formato digital, están presentando un desafío para los editores en cuanto éstos se están viendo obligados a demostrar que son capaces de generar unos beneficios mayores a los que la mera divulgación por estas plataformas genera para los autores y los titulares de los derechos.

## **COMPONENTE MORAL Y PATRIMONIAL**

El derecho de autor es un solo derecho del cual se predica que tiene un doble contenido, pues se entiende que este tiene un componente moral y otro patrimonial o económico. “Aunque inicialmente la ley solo se ocupaba de regular su perfil patrimonial o económico, es el siglo XX el que ve nacer la verdadera integridad del derecho con la aparición de regulaciones jurídicas sobre la paternidad de la obra, el respeto a su integridad, el derecho del autor a su honor y reputación, como otras prerrogativas que configuran el llamado derecho moral” (Zea Fernández, 2009, pg. 23). En este sentido, se entiende entonces que el derecho de autor se clasifica en dos tipos de derechos diferentes: aquellos llamados a proteger el beneficio económico que de la obra puede derivarse y aquellos que se encargan de proteger la paternidad y la integridad de la obra.

## **DERECHOS MORALES**

El derecho moral es aquel derecho del cual goza el autor por el simple hecho de haber sido el creador de su obra, y comprende la esfera mas personalísima del derecho de autor, en cuanto, al

ser la obra un fiel reflejo de la personalidad del autor, de su espíritu y de su libertad de expresión al materializar sus ideas en una obra tangible, éste tendrá sobre ella unos derechos que son absolutos, inalienables, imprescriptibles, e inembargables. En este sentido, Monsieur Le Chapelier indicó, tras la consagración legislativa de la protección moral al derecho de autor en Europa que ‘‘la más personal de todas las propiedades es la obra fruto del pensamiento de un autor’’.

En relación con el componente moral de los derechos de autor, el artículo 11 de la Decisión 351 de la Comisión Andina de Naciones indica que ‘*El autor tiene el derecho inalienable, inembargable, imprescriptible e irrenunciable*’ a decidir si quiere divulgar su obra, a reivindicar su paternidad o a oponerse a modificaciones que atenten contra la integridad de ésta o de él mismo.

Se conocen entonces, como características del derecho moral del autor, que este sea uno absoluto, pues se ejerce erga omnes; que sea inalienable, lo que indica que no puede comercializarse, por lo que cualquier transferencia que de la obra se haga no comprende su parte moral; que sea imprescriptible, por cuanto este no tiene un plazo de protección estipulado, por lo que no se pierde por el paso del tiempo y que sea inembargable, en el entendido que no tiene componente económico, al encontrarse éste incorporado en los derechos patrimoniales, por lo que no es susceptible de ser tomado como garantía y objeto para el pago de obligaciones adquiridas. Previamente, nuestra LDA había indicado en su artículo 30 que ‘*El autor tendrá sobre su obra un derecho perpetuo, inalienable, e irrenunciable*’.

Una similitud que se encuentra entre los derechos morales y los derechos patrimoniales, de los cuales se hablará más adelante, es que ambos gozan de protección durante toda la vida del autor. Internacionalmente no se ha llegado a un consenso respecto del plazo de protección de los derechos morales; mientras que unos países indican que los derechos morales son perpetuos, otros dicen que éstos están llamados a durar lo mismo que duran los patrimoniales y otros tantos indican que estos derechos se extinguen cuando el autor de la obra muere. (Lipszyc, 1993). En Colombia se entiende que los derechos morales son perpetuos, y así se indica en el artículo 30 de la Ley de Derechos de Autor.

El componente moral de los derechos de autor tiene como fin ‘proteger a la persona del autor a través de su obra’ por lo que debe entenderse que este protege, por un lado, la personalidad del autor, y por el otro, la integridad de la obra como entidad independiente. En ejercicio de este derecho, el autor tiene entonces las siguientes facultades, que, en uso del componente moral, puede ejercer para defender sus derechos:

#### **1. Derecho de divulgación o derecho al inédito**

Este derecho consiste, principalmente, en el derecho que tiene el autor sobre la obra, una vez esta fue creada, a decidir si desea o no divulgarla, y en caso de querer hacerlo, el momento y la forma en que la divulgación deba realizarse. En este sentido, es claro que este es el primer derecho que surge para el autor una vez plasma su idea en algo perceptible, pues no depende de una actuación diferente por parte de sí mismo ni de terceros más que el mero acto de su creación, y no está en manos de nadie tomar la decisión de divulgar la obra, más que en la de su autor, quien debe dar el consentimiento.

En este sentido, la expresión ‘*consentimiento*’ en el artículo tercero del Convenio de Berna nos da una idea acerca de cómo es un derecho propio y personalísimo del autor la decisión de divulgar o no la obra, y así, entender que éste es a su vez uno potestativo, en el entendido en que no hay ninguna fuerza externa que pueda obligar al autor a tomar la decisión de divulgarla cuando éste no quiere voluntariamente hacerlo. Sobre este punto, habla Delia Lipszyc en su obra ‘Derecho de Autor y Derechos Conexos’, al indicarnos que, ni siquiera en los casos de obras por encargo ni en aquellos en los que el autor tenga acreedores que puedan cobrarse sus acreencias con los frutos económicos que de la divulgación de una obra se derivarían, puede una tercera persona obligar al autor a divulgarla. (Lipszyc, 1993).

En principio, debería entenderse que es una vez el autor renuncia al derecho, al inédito, es decir, cuando toma la decisión de divulgar la obra por cualquier medio, es que surgen para este tanto la totalidad de los derechos patrimoniales, como los demás derechos morales que se consagran en su favor, pues estos se refieren de forma exclusiva a situaciones que se generan una vez la obra fue conocida por terceras personas. (Pachón Muñoz, 1988, p. 57). Sin embargo, no debe entenderse por lo anterior que cuando hay divulgaciones en las que no media el consentimiento del autor estos derechos no se configuran, pues esto sucede inmediatamente la obra es creada, por lo que, aun en el caso de obras que se dan a conocer sin el consentimiento del autor, bien sea porque éste deseaba dejar la obra inédita o porque la divulgación se hizo después de su muerte, es claro que estos derechos operan.

Los autores, en ejercicio de este derecho, tienen la facultad de determinar la forma de divulgación, y en este sentido, la de escoger el medio mediante el cual ésta ha de realizarse. Así, cualquier tipo de comunicación pública de la obra sería aceptable a efectos de agotar este derecho. Sobre este punto se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia del Paraguay en sentencia No. 368 del 30 de mayo de 2005 así: “la comunicación al público como uso no comprende la mención de los medios que se utilicen, ya que es indiferente cuál concretamente es el que se utiliza para realizar la comunicación pública”.

“La comunicación pública es todo acto por el cual una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar, puede tener acceso a la obra, independientemente del momento o el sitio elegido por cada uno de esos individuos para acceder a la misma” (Antequera Parilli, 2009, pg. 618), lo que comprende la divulgación tradicional (impresión, cine, radio, televisión, etc.) así como aquella propia de los fenómenos actuales, como lo es el internet y sus plataformas (redes sociales, páginas web, etc.).

## **2. Derecho a la paternidad de la obra**

En términos generales, este derecho es el que tiene el autor a que se reconozca su autoría sobre la obra fruto de su ingenio, sin embargo, “el derecho a la paternidad no agota sus manifestaciones en este apartado (...) el autor puede no desear que su identidad salga a la luz, prefiriendo que ésta quede oculta bajo un seudónimo o en el simple anonimato” (Bercovitz Rodríguez-Cano, 2009). Al ser un derecho, se conserva la facultad para el autor y sus herederos de modificar esta decisión, es decir, de cambiar la forma en que publicó la obra cuando lo hizo de forma anónima o bajo un seudónimo.

El Convenio de Berna consagra este derecho en su artículo No. 6bis al indicar que

“Independientemente de los derechos patrimoniales del autor e incluso después de la cesión de estos derechos, el autor conservará el derecho a reivindicar la paternidad de la obra (...)”, lo que nos da a entender que la negociación que el autor pueda hacer sobre los derechos patrimoniales de la obra no comprende, bajo ninguna circunstancia, una negociación respecto de este derecho.

En relación con la decisión de publicar la obra anónima o bajo un seudónimo, se deben tener en consideración dos hipótesis diferentes para el tratamiento de los derechos económicos derivados de la obra. La primera de ellas se da cuando la obra haya sido publicada anónimamente o cuando el seudónimo no permita identificar al autor, en cuyo caso las facultades son ejercidas por “la persona física o jurídica que, con el consentimiento de aquél, divulgue la obra” (Lipszyc, 1993), que usualmente es el editor como titular de los derechos de explotación de la obra. La segunda se da cuando del seudónimo sí pueda inferirse quién es el autor, en cuyo caso los derechos patrimoniales son garantizados de igual forma a cuando la publicación se hizo bajo su propio nombre.

Otra facultad adherida a este derecho es la de reivindicarse como creador de la obra, es decir, a que cuando se tiene una persona como autor reconocido de forma errónea, el verdadero autor pueda reclamar que el nombre sea reemplazado por el suyo. Esta facultad también opera de forma contraria: que se exija por parte de la persona que está siendo nombrada como autora de una obra su remoción, por tanto, ésta no fue quien la creó.

### 3. Derecho al respeto y a la integridad de la obra

Indica Juan Pablo Canaval Palacios en su libro Manual de Propiedad Intelectual que el derecho a la integridad de la obra consiste en que ésta debe estar siempre “incólume mientras el autor así lo decide” y que solo es este quien “*tiene la potestad de modificarla, deformarla o transformarla, y contar con el derecho de exigir a terceras personas que mantengan la integridad de su obra mientras sea esa su voluntad*” (Canaval Palacios 2008, pg. 51).

Sobre la aplicación de este derecho, la mayor parte de la doctrina coincide en que éste es predicable únicamente cuando la modificación o transformación le causen un daño al autor, sea este uno moral o uno patrimonial, es decir, “*...cuando tales actos (condición) puedan causar o causen un perjuicio al honor o a la reputación del autor, o cuando la obra se desmerite, con la facultad legal otorgada al autor para demandar reparación o indemnización por tales actos*” (Zea Fernández, 2009, p. 28-29).

Esta línea de pensamiento es la misma que sigue la ley colombiana y el mismo Convenio de Berna. La ley colombiana en el literal B del artículo 30 de la Ley de Derechos de Autor indica expresamente que la integridad es defendible únicamente cuando esta cause un daño, en el siguiente sentido: “El autor tendrá sobre su obra un derecho perpetuo, inalienable, e irrenunciable para (...) B. oponerse a toda deformación, mutilación u otra modificación de la obra, cuando tales actos puedan causar o causen perjuicio a su honor o a su reputación, o la obra se demerite, y a pedir reparación por esto”. El Convenio de Berna, por su parte, dice que “independientemente de los derechos patrimoniales del autor, e incluso después de la cesión de estos derechos, el autor conservará el derecho de reivindicar la paternidad de la obra, y de

**oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la misma o a cualquier atentado a la misma que cause perjuicio a su honor o a su reputación”** (negrilla fuera de texto).

Este es un derecho al cual debe prestársele mucha atención, especialmente si nos encuadramos en el entorno digital actual y en la divulgación de las obras en dichas plataformas, pues al ser la interactividad una de las características principales del internet, que permite que los usuarios, fácilmente, realicen “modificaciones, adiciones, parodias y todo tipo de alteraciones sobre las obras” es claro que el derecho al respeto y a la integridad de la obra puede verse amenazado. (Bercovitz Rodríguez-Cano, 2009). Esta amenaza se suma al tamaño de la red y al anonimato que esta puede proporcionar, pues no es fácil controlar el contenido ni las personas responsables de éste, por lo que es usual que las vulneraciones en contra de este tipo de derechos queden en la impunidad.

#### **4. Derecho a modificar la obra**

El derecho a la modificación de la obra se encuentra consagrado en el literal D del artículo 30 de la LDA, indicándose que el autor tiene derecho ‘*a modificarla (la obra), antes o después de su publicación*’ (paréntesis fuera de texto). A nuestra forma de ver, y aunque la doctrina se divide en este punto, este derecho debe comprender tanto las modificaciones esenciales, así como aquellas menores y accesorias, en cuanto ambas representan una variación de la obra original. Suele entenderse que este derecho debe estar ligado al concepto de necesidad, sin embargo, se considera que, en el mismo sentido en que se permite la creación de obras de forma libre,

conforme al ingenio del autor, la facultad de modificar lo creado debe conservar esta misma libertad.

## **5. Derecho al arrepentimiento o al retracto**

El derecho de arrepentimiento consiste en la facultad que tiene el autor, en cualquier momento y en el ejercicio de la misma autonomía que le permite a éste decidir cuándo va a realizar la divulgación por primera vez de su obra, para sacarla de circulación o suspender su uso.

Para entender la forma en que esta facultad opera debe prestársele atención, si quiera de forma elemental, a los contratos mas comunes que respecto de las obras pueden celebrarse. Así, si es el caso de una obra en que el contrato que sobre ella se celebra es uno de edición, este derecho opera recogiendo los ejemplares no vendidos de ésta; y si es el caso de un contrato de representación, opera con la decisión del autor de exigir la suspensión inmediata de cualquier tipo de reproducción de la obra. En ningún caso este derecho supone la obligación de devolver la obra para aquellas terceras personas que la hayan adquirido con anterioridad a esta decisión, sino que va dirigido a la continuación de su divulgación y comunicación pública. Finalmente, en el caso de obras que son únicas (cuadro, escultura, etc.) entiende la doctrina que el autor tiene el derecho a rescindir el contrato celebrado con su comprador de forma unilateral.

No obstante ser la misma autonomía la que permite el ejercicio de este derecho, no es el mismo caso frente a terceras personas, ya que si bien en el derecho al inédito la única persona que puede interferir en esta decisión es el autor, hasta llegar al punto en el que ni siquiera los acreedores de éste pueden exigir la publicación para generarle ingresos, cuando se toma la decisión de sacar la

obra de circulación o de prohibir su uso el autor está en la obligación de reparar los daños que con su decisión haya causado.

### **Derechos morales y su aplicación en el sistema anglosajón**

En atención a que inicialmente el sistema anglosajón del derecho de autor, es decir el copyright, estaba solamente dotado de un componente patrimonial, el reconocimiento de los derechos morales del autor ha tenido en este sistema un desarrollo muy lento. Las legislaciones propias del derecho anglosajón, en un principio solo conferían derechos económicos sobre las obras, y las cuestiones relacionadas a los derechos morales eran reguladas únicamente cuando los conflictos llegaban hasta los tribunales, quienes con base en su tradición jurídica denominada *common law*, eran los encargados de dotar de contenido moral a las obras en los conflictos relacionados que sobre este punto se presentaban.

Por la razón anteriormente expuesta es que Estados Unidos no se pudo adherir al Convenio de Berna de forma inmediata, pues tuvo que expedir el *Berne Convention Implementation Act*, que introducía a la legislación nacional la forma mediante la cual el Convenio de Berna iba a ser aplicado en el país, pues internamente la adopción del Convenio de Berna había suscitado una división de opiniones, especialmente respecto del reconocimiento de los derechos morales. Sobre este punto, se debe aclarar que la implementación del acuerdo no supuso la incorporación a la legislación nacional norteamericana una consagración expresa de los derechos morales de los autores, pues consideraron que otras leyes del tipo federal y estadual, así como la jurisprudencia que ya se había ocupado de la materia, los protegían de forma amplia.

## **EL DERECHO PATRIMONIAL**

Los derechos patrimoniales son el conjunto de “todas las posibilidades de explotación o disfrute económico derivadas de la utilización de la obra” (Bercovitz Rodríguez-Cano, 2009), y en este sentido, pueden surgir tantos derechos patrimoniales como tantas formas se encuentre de utilizar la obra durante todo el tiempo en que esta permanezca en el dominio privado. Lo que proporciona el componente patrimonial es un monopolio sobre el disfrute económico de la obra, pues quien tenga en su cabeza el derecho sobre aquella, tiene el derecho exclusivo y absoluto para explotarla.

Los actos que respecto del derecho de autor pueden ejercerse se encuentran sometidos, más que a estipulaciones normativas o legales, a la libertad de las partes en ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad privada. A estos efectos, Antequera Parilli ha dicho que “el derecho patrimonial es, por su propia naturaleza, disponible, de modo que puede ser transmitido a terceros por acto entre vivos y, en razón de esa disponibilidad, las leyes se encargan de dejar en libertad al autor (y a cualquier otro titular del derecho de autor y a terceros) para convenir libremente, entre otras cosas, las condiciones económicas, las modalidades de explotación y otras particularidades relativas a la utilización de la obra, salvo que una norma expresa diga exactamente lo contrario (...).” (Antequera Parilli, 2009, pg. 401). De igual forma, se entiende entonces que, al tener componente económico, los derechos patrimoniales son expropiables y pueden ser usados como garantías para el pago de otras obligaciones.

### **De la duración del derecho patrimonial**

A diferencia de los derechos morales, los cuales en algunos países se consideran perpetuos, como es el caso colombiano, los derechos patrimoniales sí tienen un plazo de protección. El Convenio de Berna establece en su artículo séptimo numeral primero que el plazo de protección dura toda la vida del autor y cincuenta años después de su muerte, sin embargo, en el numeral sexto del mismo artículo se indica que “Los países de la Unión tienen la facultad de conceder plazos de protección más extensos (...). Así, el principio general es que estos derechos se conservan durante toda la vida del autor más un plazo adicional tras su muerte, el cual en todo caso no puede ser inferior a 50 años, y así quedó consagrado en la Decisión 351 de la CAN en su artículo 18: “(...) la duración de la protección de los derechos reconocidos en la presente Decisión, no será inferior a la vida del autor y cincuenta años después de su muerte.”

En Colombia hay una particularidad importante que debe ser resaltada en este punto, y es que, de acuerdo al artículo 23 de la LDA, cuando los derechos patrimoniales fueron transmitidos por un acto entre vivos, es decir, por el autor mientras éste se encontraba en vida, quienes adquirieron éstos derechos los podrán disfrutar durante toda la vida del autor más 25 años después de su muerte. Una vez cumplido este plazo, los derechos pasarán a radicarse en cabeza de los herederos por el tiempo que reste para cumplirse los 80 años, siempre que en el contrato que se celebró no haya una estipulación expresa que le concede la protección por más tiempo, pudiendo incluso alargarse hasta los 80 años.

Cuando el titular de una obra sea una persona jurídica, el plazo de protección que estipula la ley colombiana es de 70 años contados a partir de la primera publicación autorizada de la obra; si no ha habido publicación autorizada dentro de los primeros 50 años después de la obra haber sido

creada, el plazo de protección será de 70 años contados a partir del momento de su creación (Art. 6 de la ley 1520 de 2012). Esta norma modificó el artículo 27 de la LDA colombiana, pues se encontraba en contraposición con lo estipulado en la Decisión 351 de la CAN, que indica que las obras no pueden tener un tiempo de protección menor a 50 años, al otorgársele un plazo de protección a estas obras de 30 años.

### **De las obras en el dominio público**

Durante todo el tiempo que se mantenga la protección de los derechos patrimoniales de la obra, se entiende que ésta se encuentra en dominio privado por tanto, es una sola persona, natural o jurídica, quien tiene el derecho de explotarla y a quien se le deberá pedir autorización, por regla general, para su uso. Una vez el término de protección patrimonial de la obra ha expirado, se entiende que éstas pasan al dominio público, es decir, la temporalidad como característica del derecho patrimonial del autor es la que da lugar a esto. La LDA colombiana, en su artículo 187, estipula ciertos eventos en los cuales se entiende que las obras pasan al dominio público, a saber: i. “las obras cuyo periodo de protección esté agotado; ii. Las obras folclóricas y tradicionales de autores desconocidos; iii. Las obras cuyos autores hayan renunciado a sus derechos, iv. Las obras extranjeras que no gocen de protección en la república” y v. Las obras cuyo autor no tenga causahabientes.

Las obras en dominio público se caracterizan por la libertad en el uso que a éstas puede dársele, respetando siempre el derecho moral del cual gozan los autores, radicado en cabeza de sus herederos o de quien éstos determinen después de su muerte. “Las obras caídas en el dominio público (...) tendrían el status de *res communis omnium*, esto es, no son propiedad de nadie y

pueden ser utilizadas por cualquiera, teniendo el Estado un deber de vigilancia del respeto del derecho moral de su autor” (Ayllón Santiago, 2011, pg. 314). En este sentido, ha dicho Delia Lipszyc que esto significa que las obras “puedan ser usadas – reproducidas, comunicadas al público (representadas, ejecutadas, exhibidas, radiodifundidas, etc.) y transformadas (adaptadas, traducidas, etc.)- por cualquier persona sin que ninguna pueda adquirir derechos exclusivos sobre ella” (Lipszyc, 1993, pg. 265).

### **Derechos patrimoniales exclusivos y de simple remuneración**

En el componente patrimonial del derecho de autor se deben distinguir dos categorías de derechos diferentes: los derechos patrimoniales exclusivos y los de simple remuneración. Los primeros son aquellos derechos que tiene el autor de la obra para autorizar o prohibir la utilización de la obra mediante cualquier forma de explotación que de esta pueda derivarse. Estos derechos tienen un componente de *intuitu personae*, puesto que los autores tienen el control respecto de a qué personas darles éstas facultades y, en el ejercicio de la libre autonomía de la voluntad, de escoger las condiciones en que la autorización va a darse, por lo que se entiende que en estos el autor tiene alto control sobre la explotación y un papel activo en la negociación. Por otro lado, los derechos de simple remuneración son aquellos que “sólo facultan al titular del derecho para cobrar por ese uso en determinados casos” (Emilia Aragón en Contenido del Derecho de Autor. El Autor, la Obra, Limitaciones y Excepciones. Preparado para el Tercer Seminario Regional Sobre Propiedad Intelectual para Jueces y Fiscales de América Latina, pg. 15). Los derechos de remuneración son entonces aquellos derechos con lo que queda el titular una vez este pierde la posibilidad de ejercer los derechos patrimoniales exclusivos, en atención a que éstos se han ido agotando o se ha ido perdiendo la posibilidad de ejercer control sobre éstos.

A nuestro modo de ver, mientras que los primeros se refieren a los actos que sobre la obra se celebran por primera vez para difundirla, comunicarla públicamente, transformarla, etc. con el fin de ser usados y generar beneficios económicos sobre esta, los segundos son aquellos que facultan al autor para cobrar por tales usos, por ejemplo, para cobrar por cada ejemplar del libro, por cada silla del teatro, por cada difusión de la obra, etc. El derecho más representativo de la simple remuneración es el conocido como *droit de suite*, que es “la remuneración que recibe el titular del derecho de autor (del patrimonial) por cada venta posterior distinta a la primera de su obra”, siempre que esta sea una obra de arte plástica o un manuscrito. (Canaval Palacios, 2008)

Los derechos patrimoniales exclusivos, de igual forma a como ocurre con los derechos morales, están conformados por varios derechos de explotación que respecto de la obra pueden ejercerse. Fundamentalmente estos derechos son el de reproducción, el de distribución, el de comunicación pública y el de transformación. Sin embargo, no debe entenderse que las menciones que de estos se hagan en las leyes nacionales o en los tratados internacionales constituyan una lista taxativa, pues uno de los principios sobre estos derechos es que no están sujetos a *numerus clausus*, es decir, que habrá tantos derechos patrimoniales como formas de utilización económica de la obra se encuentre.

De igual forma, es un principio del derecho de autor aquel según el cual debe entenderse que los derechos patrimoniales exclusivos son independientes unos de otros, y así se indica en el artículo 77 de la LDA que materializa este principio al indicar : “Las distintas formas de utilización de la obra, son independientes entre ellas; la autorización del autor para unas formas de utilización no

se extiende a las demás’’. En este sentido, y a modo de ejemplo ‘‘un cesionario puede estar autorizado para fabricar ejemplares (derecho de reproducción); no por ello podrá distribuirlos; otro puede estar autorizado sólo a distribuirlos’’ (Bercovitz Rodríguez-Cano, 2009, pg 74) (paréntesis fuera del texto).

Los principales derechos patrimoniales exclusivos son los siguientes:

### **1. El derecho a disponer de la obra**

El derecho a disponer de la obra es aquel que materializa la característica de <<transferible>> de la obra como derecho de propiedad, y supone para el autor la libertad en la que se encuentra de disponer de su obra, en todo o en parte y bajo cualquier modalidad no prohibida por la ley.

En Colombia, y de acuerdo al artículo 30 de la Ley 1450 de 2011, los actos o contratos que transfieren los derechos patrimoniales de autor deben constar por escrito como condición de validez, asimismo deberá ser inscrito en Registro Nacional del Derecho de Autor para poder ser oponibles a terceros y para efectos de publicidad

Este derecho es el que enmarca los derechos de explotación que a continuación se enunciarán, pues es el que permite la disposición libre de la obra por parte del autor.

### **2. El derecho de reproducción**

El autor tiene el derecho exclusivo, bien sea de prohibir o autorizar, la colocación de su obra en cualquier medio que tenga como fin la obtención de copias o ejemplares de ésta que permitan su

comunicación. “Se entiende por reproducción la realización de uno o más ejemplares de una obra o de partes de ella en cualquier forma material (...)” (Lipszyc, 1993). En este sentido, debe entenderse entonces que no se requiere de nada adicional, más que la mera producción de ejemplares de la obra, para que se entienda que este derecho fue violado por una tercera persona. Así, cuando adicional al hecho de haber producido ejemplares, estos se pongan en distribución o en conocimiento del público, se entenderá que hubo violación a otros dos derechos patrimoniales, que se verán más adelante.

El Convenio de Berna en su artículo 9 dice que los autores “gozarán del derecho exclusivo de autorizar la reproducción de sus obras por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma”. Lo que este artículo nos indica es que cada modo de reproducción debe ser tomado en cuenta individualmente para las negociaciones que sobre éstas se realicen. Es decir, la autorización para reproducir la obra por un medio, por ejemplo, para la representación de una obra dramática en un teatro, no comprende la autorización para reproducirla por televisión, pues son dos modos de reproducción diferentes y como tal, el autor debe conceder la autorización individual para cada uno de ellos. Otra cosa importante a tener en cuenta es que, en virtud de la autonomía de la voluntad, y en ejercicio de este derecho, los autores le pueden poner limitaciones a las autorizaciones de reproducción que realicen, bien sea territoriales, de cantidad, de calidad etc.

El fenómeno del internet ha obligado que el concepto de reproducción se amplíe para incorporarle a éste los casos de reproducción digital, pues si históricamente para hablar de reproducción se exigía la existencia de una cosa corporal, hoy en día se deben tener en cuenta las reproducciones que se dan en línea, sobre las cuales no se genera nada físico sino algo

meramente perceptible por los sentidos que una vez se cierra la página web o se apaga el equipo, desaparece o deja de ser tangible y perceptible, hasta cuando se vuelva a acceder a la memoria o a la página web y se accede nuevamente a éste.

Cuando el fenómeno del internet empezó a generar ambigüedades acerca de la aplicación de este derecho, algunos jueces empezaron a ampliar la protección para poder aplicar la ley a los entornos digitales. Tal es el caso de España, donde un tribunal indicó que “en la sociedad de la información, las modalidades tradicionales de reproducción coexisten con un gran número de medios que son el resultado de los avances tecnológicos” (Sentencia 23 del 27 de junio de 2002 por la Audiencia Provincial de Barcelona), por lo que, entendiendo que el artículo 9 del Convenio de Berna hace referencia a “la reproducción por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma”, aquellas que se daban con esta característica nueva y especial también debían enmarcarse dentro de esta protección.

En este sentido, se realizaron unas declaraciones concertadas por la Conferencia Diplomática convocada para la Discusión del TODA/WCT para aclarar que “el derecho de reproducción, tal como se establece en el artículo 9 del Convenio de Berna (...) son totalmente aplicables en el entorno digital, en particular a la utilización de obras en forma digital. Queda entendido que el almacenamiento digital en un soporte electrónico de una obra protegida, constituye una reproducción (...)” (Declaración Concertada al artículo 1,4 del TODA).

### **3. El derecho de distribución**

El derecho de distribución consiste en la facultad que tienen los autores de autorizar o prohibir, bajo las condiciones y límites que se determine, y a las personas que se autorice, la puesta a disposición del público de su obra. El ordenamiento jurídico Colombiano no tiene una clara definición del derecho de distribución, por ende, como referencia vamos a tomar a la ley de propiedad intelectual Española, la cual menciona que: “Se entiende por distribución la puesta a disposición del público del original o de las copias de la obra, en un soporte tangible, mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma.” (Ley 23 de 2006 LPI del 8 de Julio de 2006).

La Decisión 351 de la CAN define este derecho como “la distribución pública de ejemplares o copias de la obra mediante la venta, arrendamiento, préstamo o alquiler.”, y en este sentido, debe entenderse entonces que este derecho comprende en sí mismo no solo la venta de copias o ejemplares, sino todo tipo de transacciones que permitan que una diversidad de personas tengan acceso a la obra.

Se ha coincidido en que una de las características principales para la materialización de un derecho de distribución es que la obra haya sido incorporada a un soporte físico tangible, que sería finalmente el objeto material de la comercialización. A este respecto, la declaración concertada de los artículos 6 y 7 del Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor indica que, las copias “sujetas al derecho de distribución y al derecho de alquiler en virtud de dichos Artículos, se refieren exclusivamente a las copias fijadas que se pueden poner en circulación como objetos tangibles”.

Sin embargo, se considera que, en relación con las obras y los entornos digitales, se debe aislar la idea de soporte físico para que se considere que se está incurriendo en un acto de distribución, pues en el ámbito digital, la idea del <<soporte>> debe mutar. Hay casos en los que si bien el soporte no es tangible de forma tan clara como lo es un libro, una pintura, etc., sí hay un estilo de soporte que a estos efectos puede llamarse digital o virtual. Tal es el caso de Napster, sobre el cual hay varias sentencias en las que los tribunales reconocieron que había lugar a la distribución de copias en el entorno digital cuando las personas podían descargar una canción en sus dispositivos desde una copia guardada en otro dispositivo.

Con el fin que el derecho de distribución pueda tener una protección en el entorno informático y digital, no se debe entrar a analizar la forma de comisión del acto de distribución que las normas estipulan, sino más bien el fin que estas estipulaciones normativas persiguen, que en todo caso será la protección de los derechos patrimoniales del autor. Así pues, debe cambiarse de idea en el sentido de entender que, en el entorno digital si bien no se distribuyen las obras en un objeto físico, si sucede que éstas quedan guardadas en memorias, lo que permite que puedan ser copiadas, manipuladas y redistribuidas a su vez.

#### **4. El derecho de comunicación pública**

En virtud de este derecho, el autor autoriza o prohíbe la disposición de su obra para que una pluralidad de personas tenga acceso a ella, siempre que este acceso no implique la distribución de copias o ejemplares.

Rodrigo Bercovitz dice en su libro Manual de Propiedad Intelectual: “a diferencia del derecho de distribución, en el que la explotación de la obra tiene lugar por incorporación a un soporte tangible que posteriormente es objeto de comercialización, el acto de comunicación pública se caracteriza porque la explotación no requiere dicha incorporación, sino que, antes al contrario, la explotación se confunde con la accesibilidad (disfrute) de la obra por parte del público, siendo dicha explotación intangible por naturaleza. Lo decisivo para catalogar a un acto de explotación como de <<comunicación pública>> es el hecho de que se haga <<accesible>> a una <pluralidad de personas>>, pero no a través de <<ejemplares>> o copias físicas.” (Bercovitz Rodríguez-Cano, 2009, pg 82)

Con base en lo anterior, entendemos entonces que este derecho se materializa en las formas de explotación de las obras que permiten ser comunicadas al público sin que este tenga que adquirir el soporte material en el que éstas se incorporan para disfrutarlas. En este sentido, será comunicación pública la representación de una obra teatral, la exposición de obras en museos o galerías de arte, etc.

La doctrina ha coincidido en que la comunicación pública, para materializarse, no depende de los medios mediante los cuales se haga, sino el efecto que se genere, a saber, que una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra. En relación con el internet, Ricardo Antequera Parilli ha dicho que “el acceso al público a las transmisiones digitales por aparatos receptores es un acto de comunicación al público, sometido en consecuencia a la autorización previa de los titulares de los derechos(...)” (Antequera Parilli, 2009, pg. 618).

En consecuencia, se considera que podría haber una protección mucho más fuerte para las obras que se divulgan en internet si se tuviera para el derecho de distribución la misma línea de pensamiento, en la que no se tuvieran en cuenta las formas mediante las cuales se comete el acto sino el hecho en sí mismo.

La diferencia fundamental entre el derecho de distribución y el de comunicación pública es que el primero permite que las personas accedan a una copia o ejemplar de la obra y que consecuentemente la puedan llevar consigo para disfrutarla y manipularla en el momento en que así lo deseen. En este caso, el hecho de acceder a la obra supone para quien la adquiere un derecho de propiedad sobre el soporte en que la obra se encuentra incorporada. El segundo, es decir la comunicación pública, solamente comprende el acto mediante el cual una persona puede conocer la obra, pero siendo únicamente un mero espectador, es decir, sin tener control ni contacto directo con ella.

Estos dos derechos pueden confundirse muy fácilmente en el entorno digital, pues si el primero está atado a la incorporación de la obra en un soporte material, en principio no podría pensarse que en las plataformas de internet ocurran casos de distribución, sino solamente de comunicación pública. Sin embargo, esta percepción debe cambiarse, pues la transferencia de información en la red permite, en efecto, que personas accedan a copias y ejemplares de la obra, aunque estas sean digitales, y en este sentido, sí habría lugar a la comisión de esta acción. Sin embargo, debe quedar claro que no todas las obras son susceptibles de ser distribuidas por plataformas digitales, pero para las que si lo son, tales como libros, revistas, ilustraciones, fotografías, etc., este derecho debe operar de igual forma a como se hace en el mundo físico.

Entonces, si debe haber lugar a que se hable de distribución en internet cuando este permita que las personas accedan a la obra, las guarden en sus memorias digitales y puedan hacer uso de ellas cuando así lo deseen. Cosa diferente, también aplicable al internet, es cuando por sus características, las personas accedan a la obra no bajo la forma de distribución sino de mera comunicación pública, es decir, cuando se permita que éstas tengan acceso a una obra, pero no implicando esto que la reciban, sino solamente que la conozcan o la observen. Tal es el caso, mencionado anteriormente, de las transmisiones por internet, por ejemplo, el acceso a obras por plataformas digitales como lo son Netflix o Spotify o mediante blogs, en los que la gente consulta las obras, pero no puede guardarlas.

## **5. El derecho de transformación**

‘‘El autor tiene el derecho a transformar la obra, derecho que implica la posibilidad de variar la forma de expresión de la misma. Se le denomina, algunas veces, reproducción diferenciada y puede hacerse de varias maneras: traducción, conversión de una a otra forma literaria y artística, efectuar agregados o cambios, adaptaciones, reducciones, etc.’’ (Pachón Muñoz, 1998, pg 68). Este derecho se materializa bien sea que la transformación se haga sobre la obra en su totalidad o tomando solo algunos de sus elementos. El titular de la obra tiene la potestad de autorizar o prohibir la transformación de la obra, y en caso de autorizarlo, de pactar en qué forma, cuánta será su contraprestación económica, etcétera.

El derecho de transformación está estrechamente relacionado con el derecho moral a la integridad de la obra, pues debe entenderse que el autor, al dar la autorización para que la obra sea

transformada, aún está conversando su derecho moral, que implica en este caso que la transformación no le cause ningún perjuicio o daño o su honor o reputación, o al de la obra. No debe entenderse que esto implica que la obra transformada deba estar sometida a la aprobación por parte del autor de la original, la aplicación de este derecho va dirigida a que se le indique al público que se trata de una obra derivada, de un autor diferente e independiente de la obra original. Los casos más usuales de transformación de la obra son las traducciones, las adaptaciones de libros al cine por ejemplo y los arreglos para poder usar la obra con otro fin al original.

### **Obras derivadas**

La característica de este derecho es que producto de la transformación surge una obra completamente nueva e independiente a la original, llamada obra derivada. Sobre éste, se indica que “el derecho de transformación consiste en la facultad del autor de explotar su obra autorizando la creación de obras derivadas de ella: adaptaciones, traducciones, revisiones, actualizaciones, resúmenes, extractos, arreglos musicales, compilaciones, antologías, etcétera.” (Lipszyc, 2009, pg 212)

Sobre las obras derivadas se debe hacer una aclaración: no es que las obras derivadas no sean originales, y como tal, contraponer el concepto de <<derivada>> con <<original>> es incorrecto. Se debe entender que ambas obras son originales, y que la contraposición correcta es entre <<obra derivada>> y <<obra originaria>>. (Bercovitz Rodríguez-Cano, 2009)

El autor de una obra derivada es el titular originario de los derechos sobre la misma, sin perjuicio de los derechos de autor de la obra de la cual deriva, es decir, de la obra originaria. Por esta razón, si alguien quiere darle uso a una obra derivada tendrá que pedir autorización tanto al titular de ésta como al titular de la obra originaria, pues se entiende que la obra original también está contenida en la obra derivada.

### **LIMITES A LOS DERECHOS PATRIMONIALES**

El ejercicio del derecho de autor implica el goce de una serie de privilegios en cabeza de quien es su titular. Uno de esos privilegios, y que es sin duda el más importante de todos ellos, es aquel que da la posibilidad de ejercer su derecho de manera exclusiva en relación con las demás personas de una sociedad. Esta potestad ha sido atenuada por diversos mecanismos que tienen como propósito evitar que sea ejercida de manera arbitraria o abusiva.

En efecto, desde el origen del derecho de autor se pensó en la manera de acceder al conocimiento como necesidad social y es por esta razón por lo que desde el comienzo se adoptó una serie de principios y condiciones destinados a limitar el alcance de la exclusividad que tienen los autores sobre su obra. Dentro de esos límites se debe mencionar, principalmente, el principio de territorialidad y el carácter temporal de la vigencia de los derechos de autor. El principio de territorialidad indica que el derecho de autor se puede ejercer únicamente dentro de unos límites territoriales definidos por aquellos Estados que han reconocido este derecho, y el carácter temporal condiciona el derecho de autor a una vigencia temporal definida de acuerdo al Estado y la reglamentación de éste.

Estos principios o limitaciones al derecho de autor lo que buscan es de alguna manera establecer un equilibrio entre, por un lado, la necesidad social de beneficiarse de la manera más extensa posible de los conocimientos que provienen del desarrollo intelectual y científico, y, por el otro, la exclusividad entregada a la persona creadora de la obra. Estos límites solo pueden ser impuestos sobre la explotación económica de la obra, es decir, sobre los derechos patrimoniales, pues los morales tienen carácter de absolutos. Así, aun cuando se usa la obra de forma libre y gratuita o bajo la figura de licencia no voluntaria, se deben respetar los derechos morales, especialmente el de paternidad.

### **Utilización libre y gratuita**

Son aquellos casos en los que el uso de la obra no está condicionado ni por la autorización del autor ni por el acuerdo de unas condiciones de retribución económica para éste, es decir, casos en los que el uso es absolutamente libre: no media autorización ni erogación económica. Estas limitaciones se establecen de forma libre y taxativa por los países miembros del Convenio de Berna, pero su fundamento debe radicar en la necesidad social en materia educativa, cultural o de información. En la tradición jurídica anglosajona, la utilización libre y gratuita se conoce como el *fair use*, cosa que se verá más adelante a profundidad. Las formas más usuales de utilización libre y gratuita de una obra son:

- i. El uso privado: autorización para copiar una obra en un solo ejemplar, siempre que esta sea sin fines de lucro y para uso exclusivo de la persona que la está copiando.

- ii. El uso para la educación o la docencia, categoría dentro de la cual se incorporan los derechos de utilización libres que tienen las bibliotecas como centros de desarrollo cultural para las naciones, el uso en los establecimientos de enseñanza, etc.
- iii. El derecho de cita: por medio del cual se permite la utilización libre y gratuita de la obra con fines de educación o investigación, siempre que se respete el derecho moral de paternidad.

### **Licencias no voluntarias**

Las licencias no voluntarias son la herramienta mediante la cual se permite que una obra se use sin la autorización expresa del autor, siempre que haya una retribución económica para éste de por medio. Hay licencias no voluntarias legales, en las que la retribución se encuentra dada por la ley; y licencias no voluntarias obligatorias, en las que la retribución económica está sujeta a negociación. Lo que las licencias no voluntarias buscan es que se garantice el adecuado acceso a las obras, es decir, que el uso sea libre y el autor o el titular del derecho no esté en la potestad de prohibirlo, pero que haya una contraprestación económica para éste.

### **Agotamiento del derecho de autor**

La doctrina ha dicho que “un derecho de propiedad intelectual se agota cuando el titular o propietario no pueda ejercer el control sobre el uso o el tráfico de los bienes o servicios que incorpora ese derecho” (Abbott, 2007, pg 59). El agotamiento del derecho de autor es un fenómeno que surge cuando ya no hay lugar a que la protección jurídica de un derecho patrimonial del autor o del titular del derecho sobre la obra se siga ejerciendo, como consecuencia del uso que el titular le ha dado.

En el ámbito de los derechos de autor, el agotamiento del derecho se impone como un límite al derecho exclusivo del que goza el titular sobre un ejemplar de su obra cuando éste ha dado la autorización para introducirlo en el comercio. Mediante esta figura se extingue la posibilidad del autor o del titular de los derechos patrimoniales de controlar las posteriores distribuciones sobre ese ejemplar después de efectuada la primera venta. Se entiende entonces que con la primera comercialización se agota el derecho, de manera tal, que el ejemplar podrá ser objeto de posteriores actos de comercialización que no requieren de la autorización del titular, por lo que sobre éste el autor no puede seguir ejerciendo ninguna de las potestades originales derivadas de su exclusividad.

La razón que fundamenta el derecho de autor es la de asegurar que quien ha hecho un esfuerzo intelectual y lo ha plasmado en una obra, bien sea en el campo literario o artístico, pueda comercializarla de tal manera que esta reporte beneficios económicos, como consecuencia del aporte intelectual que se la ha hecho a la necesidad social del saber. Sin embargo, la teoría del agotamiento del derecho de autor entiende que una vez el autor ha obtenido tal beneficio económico, el bien protegido debe entrar de manera libre al mercado para que las personas puedan usarlo libremente sin ninguna limitación.

En cuanto al agotamiento de los derechos de autor se debe hacer una aclaración, y es que este fenómeno no opera sobre la obra como derecho y propiedad del autor o titular, sino sobre sus ejemplares o copias. En este sentido, lo que el agotamiento supone es que quien adquirió una copia o ejemplar pueda a su vez explotar dicha copia o ejemplar, de forma libre,

comercializándolo posteriormente, sin necesidad de pedir autorización o darle alguna retribución económica al autor o al titular de los derechos. El agotamiento entonces no supone que quien adquirió el ejemplar pueda realizar otras formas de explotación, como la reproducción o la transformación.

Sobre el punto anterior se ha dicho que el agotamiento se da ‘‘respecto de los concretos ejemplares comercializados en el mercado comunitario, y no *in genere* con relación a ejemplares idénticos o similares respecto de aquellos de los que se invoca el agotamiento’’ (Erdozain, 2002, pg 136), por lo que este fenómeno debe entenderse de una forma restrictiva en su aplicación. No es que por la primera comercialización de un ejemplar se agote el derecho patrimonial del autor, lo que se pierde es el derecho a recibir remuneración por la re-distribución del ejemplar que ya fue distribuido por primera vez.

En este punto es necesario que se haga una aclaración acerca de las obras en las los conceptos de *corpus mysticum* y *corpus mechanicum* se confunden, para decir que sobre éstas el fenómeno del agotamiento del derecho de autor no siempre opera de forma paralela a la primera comercialización de la obra, pues al ser el soporte material de la obra, la obra en sí misma, es usual que el titular del derecho se conserve, respecto de la venta posterior de su obra, un derecho patrimonial llamado el *droit de suite*, que es el derecho a la contraprestación económica del titular de la obra por su segunda venta, cuando ésta ha generado unos ingresos mayores que la primera.

Es claro entonces que el caso en el cual opera el fenómeno del agotamiento del derecho de autor es cuando se ejerce el derecho patrimonial de distribución. Como ya se ha mencionado, el derecho de distribución es el derecho a autorizar la puesta a disposición del público de la obra o de sus ejemplares mediante venta u otra transferencia de propiedad. La materialización del agotamiento del derecho de autor es la imposibilidad que tiene el autor o el titular del derecho para impedir las reventas que el propietario de cualquier ejemplar de la obra realice a terceras personas.

Este fenómeno no opera para la explotación de la obra mediante su comunicación al público. José Carlos Erdozain ha dicho que existe una “vigencia del derecho exclusivo en los casos de explotación intangible de obras o prestaciones, y pese al hecho de la primera o sucesivas explotaciones.” (Erdozain, 2002, pg 132). Esta diferencia se fundamenta en la razón que le da nacimiento a este fenómeno: el control que puede ejercer el autor. Si bien el autor si puede tener un control y hacerle un seguimiento a las comunicaciones públicas que se hacen de su obra, como lo es la reproducción de una película en un cine, la interpretación de una obra de teatro, etc., es claro que es mucho más difícil hacerle seguimiento a cada uno de los ejemplares comercializados una vez éstos salen del lugar en el que fueron distribuidos, como por ejemplo una librería o una tienda de música.

Se han identificado tres niveles en los que se puede dar el agotamiento del derecho de distribución: a nivel nacional, regional e internacional. Estos modos de agotamiento del derecho de distribuir son regulados de manera expresa por las legislaciones internas de cada Estado.

El agotamiento nacional se da cuando una copia o ejemplar de la obra ha sido distribuido al interior de un determinado país con autorización de su titular. Como resultado de la compra, el comprador adquiere el derecho a utilizar libremente el bien, extinguiéndose la posibilidad del autor o titular patrimonial de la obra para controlar el mercado de dicha copia o ejemplar dentro de ese territorio particular. Aun así, se conserva el derecho para controlarlo en el exterior.

El agotamiento regional se da cuando el bien ha sido distribuido dentro de un mercado regional, cuyo caso más representativo es la Unión Europea, permitiendo la libre circulación dentro de los territorios nacionales de los países que conforman la región. En este caso, el autor pierde el control sobre las posteriores reventas que se realicen dentro de los territorios que conforman la región. Aun así, mantiene el derecho de controlar estos actos cuando se hacen fuera de los países.

El agotamiento internacional se da cuando la obra es comercializada en cualquier mercado extranjero, de manera que el titular no cuenta con la posibilidad de autorizar o prohibir futuras formas de distribución de aquellos ejemplares, incluidas las importaciones.

Sobre el agotamiento del derecho de autor en Colombia, la Dirección Nacional de Derechos de autor ha indicado que este fenómeno no tiene aplicación dentro del país, pues la prerrogativa contemplada en el numeral 2 del artículo 6 del Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor (WCT) que establece que *‘nada en el presente tratado afectará la facultad de las Partes Contratantes de determinar las condiciones si las hubiera, en las que se aplicará el agotamiento del derecho del párrafo 1) después de la primera venta u otra transferencia de propiedad*

*original o de un ejemplar de la obra con autorización del autor''*, indica que es facultativo por los gobiernos nacionales regular esto, y que en Colombia la regulación esta regulación jurídica no se ha dado.

El fundamento del criterio de la Dirección Nacional de Derechos de Autor es que sobre el agotamiento del derecho de autor no se encuentra consagración ni regulación expresa ni en el Convenio de Berna ni en la Decisión 351 de la CAN, por lo que para su análisis debe recurrirse necesariamente al Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor que, en los términos anteriormente expuestos, deja su regulación potestativa a los gobiernos nacionales. En este orden de ideas, como Colombia no ha ejercido la facultad de regular lo concerniente a ese fenómeno, entiende esta entidad que éste no opera dentro del territorio nacional.

Sin embargo, y no obstante lo anterior, consideramos que no es viable considerar que el fenómeno del agotamiento del derecho de autor no opera en el territorio nacional, pues éste no se da por el hecho de que una norma jurídica lo consagre sino porque, fácticamente, al poner uno de los ejemplares de cualquier obra en circulación comercial, en la mayoría de los casos esto supondrá una pérdida de control por parte del titular de los derechos sobre dicho ejemplar. Así, aun cuando no hay consagración legislativa interna el derecho debe buscar otras formas de regular la aplicación de este derecho, por ejemplo mediante la analogía con el agotamiento del derecho en la propiedad industrial para las marcas, por ejemplo.

## **COPYRIGHT, COPYLEFT Y CREATIVE COMMONS**

## Copyright

La autoría de las obras del ingenio se encuentra regulada por dos sistemas jurídicos de protección, a saber i. El derecho de autor, que es propio de los países pertenecientes a la tradición jurídica latina y europea, y el cual se ha venido trabajando mayoritariamente hasta ahora, y ii. El *copyright*, propio del derecho anglosajón y de los países del *common law*. Esto es importante porque debe quedar claro que esta protección no es uniforme a nivel mundial, y como tal, hay ciertas diferencias importantes que se encuentran entre uno y otro sistema.

Como se ha dicho anteriormente, el sistema del *copyright* se centra fundamentalmente en el aspecto económico de las obras, es decir, en la negociación que el titular de los derechos pueda hacer, sobre esta, con la sociedad. En este sentido, y a diferencia del sistema del *civil law* en el que la obra se considera como un reflejo de la personalidad de su autor, por lo cual siempre va a estar ligada a éste, el derecho anglosajón dota a la obra de un componente casi exclusivamente económico, viniendo a reconocer la existencia de derechos morales sobre la obra hace muy poco tiempo y como una necesidad para poder adherirse al convenio de Berna.

Dada la importancia que el componente económico de las obras tiene en el sistema del *copyright*, este es uno en el cual la autonomía de la voluntad prima en las relaciones y negociaciones que respecto de la obra puede hacerse, siendo la mayor manifestación de esto el hecho que puedan considerarse como autores incluso a personas jurídicas, cosa expresamente negada en el sistema del *civil law*. Otro punto importante relacionado con el anterior es que, para la tradición jurídica del *copyright*, la protección se da como una forma de promover el progreso de la ciencia y la

cultura, mediante la consagración de ciertos derechos económicos bien sea a los autores o a los titulares de los derechos.

“El propietario del copyright, inicialmente el autor de la obra o su empleador, tiene el derecho exclusivo para usar su obra en varias formas. La protección otorgada a las obras de diferentes características varía pero, en términos generales, solo el propietario del copyright puede emprender cualquiera de las siguientes acciones bien sea en relación con la obra completa o con una parte sustancial de ésta: copiarla; distribuir copias al público, rentarla o prestarla al público; actuarla, mostrarla o reproducirla al público; comunicarla al público; y hacer adaptaciones de ella” (Spence, 2007, pg 7. Traducción libre, texto del original en inglés). Como se desprende de lo anterior, el sistema del copyright solo tiene en consideración los derechos económicos que de la obra pueden derivarse, dejando por fuera lo relativo a los derechos morales.

Sobre este punto, Adrienne K. Goss ha dicho: “el razonamiento tras la ley del copyright norteamericana es esencialmente utilitaria: las protecciones del copyright proveen un incentivo económico para la creación. El copyright protege la propiedad resultante de la actividad creativa, y como a los creadores se les asegura una propiedad exclusiva, su inversión en la creación y la distribución puede ser recuperado” (Goss, 2007. Traducción libre del texto en inglés)

### **Fair use**

- Como una contraposición a la protección tan fuerte que otorga el sistema del copyright, se ha creado en Estados Unidos y en los países pertenecientes al sistema del common law, un criterio jurisprudencial llamado ‘fair use’, que, de acuerdo a lo visto anteriormente, es el equivalente en

el sistema anglosajón de los casos de utilización libre y gratuita de las obras. El fair use indica que la sociedad debe poder usar y beneficiarse de las obras que se encuentran protegidas por el copyright, sin la autorización del autor o del titular de los derechos sobre la obra, cuando tal uso tiene fines académicos, de crítica, de educación, de información pública o de investigación, es decir, cuando con el uso se busca a su vez beneficiar a otras personas o a la sociedad en general mediante el conocimiento.

-

- La sección 107 del Copyright Act de Estados Unidos es la que consagra esta excepción a la protección, y establece que en cualquier caso en que el uso se haga en los términos anteriormente mencionados, no se considerará que hubo una infracción al sistema de copyright. Al ser un criterio jurisprudencial, es de aplicación en caso concreto, por lo que no se puede tener certeza respecto de si el uso que se le está dando a la obra se puede enmarcar dentro de este criterio, sin embargo, esta sección indica que hay ciertos factores que deben ser considerados, tales como

- El propósito del uso: la jurisprudencia se ha inclinado por aceptar que el uso para educación o sin ánimo de lucro se considera un uso justo, sin que esto indique que cualquier uso comercial infringe el derecho y que cualquier uso sin ánimo de lucro se considera justo, pues también hay otros factores que se deben tener en cuenta. De igual forma, se ha aceptado que el uso mediante el cual se añada algo nuevo a la obra, que constituya en sí un fin diferente al de la obra inicial, se considera justo.
- La naturaleza de la obra protegida: en este factor se debe tener en cuenta la naturaleza de la obra que se está usando, con el fin de determinar la necesidad que hay de usarla. Se ha indicado que entre más creativo e imaginativo sea un trabajo, menos habrá '*fair use*'

relacionado con este, mientras que una obra objetiva, tal como una investigación, una noticia o un artículo técnico es más susceptible de ser usada para los fines que este criterio persigue.

- La cantidad y calidad de la parte usada: en el entendido en que entre más se use de una obra el 'fair use' es menos propenso a ser aceptado.
- El efecto del uso de la obra sobre el mercado o el valor de la obra protegida: en este punto, finalmente, se mira si el uso que se le está dando puede tener un efecto negativo sobre el mercado actual o potencial de la obra que está siendo usada.

(Información tomada de <https://www.copyright.gov/fair-use/more-info.html>)

## **Copyleft**

El sistema del *copyright* empezó a ser bastante criticado alrededor del mundo por verse como un sistema demasiado restrictivo para los derechos a la información y al acceso al conocimiento, así como al acceso a la cultura y al ocio. Esto, porque al tener un componente económico tan marcado, como se ha indicado anteriormente, limitaba mucho las libertades de los usuarios para acceder y hacer uso de las obras que se encontraban protegidas, asimismo se limita a los autores, pues finalmente es una decisión de éstos sacar una obra con modalidad copylefts

En atención a estas críticas nació el sistema del *copyleft*, como una contraposición a las restricciones que el *copyright* planteaba y a la sobreprotección de las obras. Este sistema comprende una serie de licencias mediante las cuales los autores o los titulares de los derechos le ceden sus derechos patrimoniales, inicialmente exclusivos, a quienes deseen hacer uso de su

obra. El fin principal del *copyleft* es promover el libre uso de los bienes culturales, académicos, científicos, artísticos y literarios.

El *copyleft* es un sistema completamente legal en el entendido que la gran mayoría de las legislaciones le conceden a quien tenga el derecho sobre la obra la libertad de definir la forma en que desee hacer uso de sus derechos patrimoniales, tales como la distribución, la comunicación pública y la transformación. En este orden de ideas, los titulares de los derechos están en plena libertad de consentir sobre su obra un uso libre y sin su previa autorización, en los casos más restrictivos del *copyleft*, y uno gratuito y con posibilidad de ser usado en el comercio, en los más amplios.

“Las licencias del *copyleft* afirman ofrecer una mejor manera de manejar la creatividad mediante mecanismos más flexibles que permitan a los autores eludir algunas de las restricciones impuestas por las normas del *copyright*, pero permitiendo mantener cierto grado de control sobre sus obras creativas (tales como el derecho a ser reconocido como autor” (Simone, 2014, pg 103. Traducción libre).

El sistema del *copyleft* le otorga a los titulares de los derechos cuatro atribuciones, que éstos pueden ejercer de forma libre respecto de sus obras: “1) de copia y distribución no comerciales, 2) de distribución comercial, 3) de modificación y de obra derivada, o incluso 4) la declaración de la obra como de dominio público” (Cardona Rivas, 2010, pg 12). El requisito mínimo del *copyleft* es la distribución y la reproducción no comercial. Respecto de estas libertades, debe decirse entonces que el *copyleft* permite que de una obra originaria se deriven otras obras, pero

se exige que esta obra derivada también mantenga las mismas libertades que la originaria, con el fin de preservar las libertades de acceso al conocimiento que con este sistema se persiguen.

### **Creative Commons**

Las Creative Commons son una derivación del sistema del copyleft que, con diferentes tipos de licencias, tiene la finalidad de permitir que el conocimiento y la creatividad sean legalmente compartidos. Estas licencias permiten que el autor o el titular de los derechos expresamente decida qué usos autorizar sobre su obra, y con base en esto, escoger la licencia que se acomode a sus preferencias. Las licencias están estandarizadas y esto permite que los vacíos legales sean mucho más pequeños porque las personas tienen más claridad acerca del grado de protección que tienen las obras.

Lo que estas licencias finalmente permiten es que la comunidad mundial tenga permiso para usar y compartir el trabajo creativo de las personas.

*Creative Commons* es una organización no gubernamental sin ánimo de lucro que tiene como fin contrarrestar las consideraciones tan restrictivas aplicadas tanto en el sistema de los derechos de autor como del *copyright*, dándole la libertad a los autores o a los titulares de los derechos de definir el grado de protección con el que quieren dotar su obra. Este proyecto tiene su fundamento en la concepción de que las obras deben ser de libre circulación para que de esta forma el conocimiento pueda llegar a todos los rincones del mundo sin limitación alguna, siendo aplicado especialmente al fenómeno del internet.

Si bien en principio este sistema es fundamentalmente igual al copyleft en el entendido que permite el uso y la distribución no comercial de forma libre, se diferencia de este porque permite que los autores escojan el tipo de protección, o en contraposición, la libertad de uso que se le quieran dar a su obra. Así pues, dentro de las creative commons podemos encontrar diferentes tipos de licencias, que se diferencian por los límites impuestos al uso. En la página web de los Creative Commons en Colombia se encuentran descritas cada una de las licencias que conforman este sistema, y son las siguientes:

- **Atribución:** esta licencia permite distribuir, mezclar y construir a partir de la obra original, con fines comerciales, siempre el autor sea reconocido como el creador de la obra original.
- **Atribución sin derivar:** en esta se permite la distribución comercial o no comercial, siempre que la obra que mantenga íntegra y se reconozca la autoría.
- **Atribución no comercial sin derivar:** esta licencia permite solamente el acceso a la obra y la posibilidad de compartirla sin fines comerciales. Es la más restrictiva.
- **Atribución no comercial:** en esta licencia se permite distribuir, mezclar y construir a partir de la obra original, siempre que esto no se realice con fines comerciales y se realice el debido reconocimiento al autor.
- **Atribución no comercial con compromiso de compartir igual:** es igual a la anterior, con la diferencia que esta exige que la obra que se derive de la original debe ser licenciada bajo estas mismas condiciones.

- Atribución con compromiso de compartir igual: esta licencia es esencialmente la misma que la primera, que es la más amplia de todas, pero exige, al igual que la anterior, que la obra derivada sea licenciada bajo estas mismas condiciones.

## **INTERNET COMO AGENTE DE CAMBIO**

Internet tuvo sus orígenes en Estados Unidos a finales de los años 60 como una estrategia político- militar en el marco de la Guerra Fría. De forma posterior, su uso se extendió a toda la población que de forma paulatina lo empezó a desarrollar, a mejorar y a tecnificar hasta convertirlo en lo que es hoy en día: la herramienta clave que en gran medida fue la que permitió el fenómeno de la globalización. De esta forma, el internet comenzó a extenderse por todo el mundo, posibilitando la interconexión entre los habitantes del globo y rompiendo mediante la interactividad e instantaneidad las barreras de espacio- tiempo que antes eran un limitante para muchos de los fenómenos que hemos conocido en los últimos años.

El gran auge de Internet puede explicarse por su efecto red, en donde la utilidad de esta va aumentando para sus usuarios a medida que crece el número de personas que la utilizan, pues entre más personas que interactúan en la red más información va a ser posible transferir, pues se entiende que los usuarios no son solo receptores de información, sino que éstos a su vez fabrican, transfieren y comparten datos diariamente. Esta red de usuarios es ahora tan grande, y la integración humana ha adquirido tal importancia para nuestro bienestar, que Internet es, hoy en día, un elemento determinante para nuestra calidad de vida y para el progreso humano.

‘‘A pesar de una prohibición inicial, los servicios comerciales de Internet emergieron rápidamente. Ya en los años 90, Internet había evolucionado hasta convertirse en un medio de comunicación de masas de bajo coste, que permitía transmitir a cualquier lugar del mundo y de manera instantánea, palabras, imágenes en movimiento, música, software y cualquier otra cosa susceptible de digitalización. Como tal, Internet ha cambiado los mecanismos de distribución, producción, promoción de todos los productos de entretenimiento y se ha convertido, en gran medida, en el medio de edición y difusión elegido.’’ (Vogel, 2001, pg 319). De lo anterior se infiere entonces que uno de los aspectos en los cuales el internet ha tenido un impacto importante es en la cultura, la información y el acceso al conocimiento, pues éste ha cambiado desde la forma de producción de estas cosas hasta su forma de comercialización.

Lo ha dicho Vogel: ‘‘Internet es un poderoso agente de cambio, en gran medida sin regular. Este aspecto de no regulación, en particular, es el que ha permitido que formas alternativas de distribución de servicios puedan eludir los sectores tradicionalmente estructurados.’’ (Vogel, 2001, pg 324). En el ámbito jurídico, como siempre ocurre, el derecho evoluciona de acuerdo a la sociedad, pero este no alcanza a transformarse con la misma velocidad que el mundo lo hace, pues al intentar regular un tema de la manera más amplia posible abarcando todos los aspectos que hasta dicho momento se han manifestado, la materia ya ha evolucionado incluyendo otros aspectos, generando nuevas problemáticas sociales y extendiendo sus barreras de influencia, lo que ocasiona que se produzcan vacíos jurídicos en la mayoría de los fenómenos actuales. Sería ideal que pudiéramos contar con leyes y normas que previeran los cambios fácticos de nuestro mundo, para así tener previstas las situaciones que afectan el orden social y poder evitar los

vacíos legales que se producen con los grandes cambios, así como sucede hoy con el internet, el cual ha creado una cultura digital.

La cultura digital se refiere, en palabras propias, a una nueva versión del patrimonio cultural, el cual abarca desde la pintura, la música, el teatro, la televisión, el cine, los medios de comunicación hasta nuevas formas que tuvieron su origen en el ámbito digital como la realidad virtual y las versiones digitales de obras protegidas por el derecho de autor o de cosas con valor cultural, como los libros, los recorridos virtuales por museos importantes, la digitalización en 3D de esculturas, etc.

De lo anterior queda una conclusión lógica: las instituciones jurídicas tanto nacionales como internacionales se están enfrentando a un desafío con el fenómeno digital por lo que deben estar, de forma constante, estudiando los fenómenos sociales para cambiar y evolucionar conforme éstos se van presentando, pues el internet es un fenómeno cambiante que evoluciona día a día. Los aspectos más importantes a tener en cuenta acerca de este desafío son los relacionados con la divulgación de las obras en internet y la protección que a éstas se les puede ofrecer en el entorno; la forma en que deben mutar las concepciones tradicionales de los derechos patrimoniales exclusivos y la dicotomía existente entre los derechos de los autores o los titulares y los derechos de acceso al conocimiento e información de los usuarios en la red. Un ejemplo de las adaptaciones de las instituciones jurídicas al entorno son el *copyleft* y el sistema de las *creative commons*, pues aunque son iniciativas inicialmente privadas, a continuación se verá que éstas están creadas sobre la base de los desarrollos jurídicos que los derechos de autor ha tenido.

## **DIVULGACION DE LAS OBRAS EN INTERNET**

El derecho de divulgación al momento de ser ejercido está aplicando de forma simultánea el derecho moral al inédito y el derecho patrimonial a la divulgación de la obra. En ejercicio del primero tienen los titulares del derecho la libertad de decidir si quieren dar a conocer la obra al público. En caso de querer hacerlo, pueden escoger la forma y el medio que van a utilizar. En ejercicio del segundo, el autor está facultado para cobrar por los eventuales usos que se le den a la obra.

El artículo 72 de la LDA nos indica que el derecho patrimonial surge desde que la obra ‘se divulgue **por cualquier forma o modo de expresión**’. En este sentido, es claro que los autores están en plena libertad de escoger, entre muchas otras, que la divulgación se haga por medio de una plataforma de internet, bien sea que ésta sea una red social, una página de internet o una plataforma de comercialización electrónica.

Durante los últimos años la divulgación y comercialización de obras con interés cultural, artístico o literario ha aumentado exponencialmente en el internet, porque este es una herramienta en la que los costos de transacción son muy bajos en comparación con los medios tradicionales de explotación de la obra, pues al ser bienes inmateriales los costos de edición, impresión, transporte etc. son, en algunos casos, inexistentes. Una gran parte de las obras protegidas por el derecho de autor son susceptibles de ser digitalizadas para utilizarlas, lo que cambia la forma en que éstas se comercializan y se ponen a disposición de las personas.

Adicional a lo anterior, es un soporte que, en contraposición con los físicos que tradicionalmente eran los únicos en los que se podía comercializar la obra, no se deteriora con el uso o con el tiempo. Con esta forma de divulgación en el mayor de los casos es imposible distinguir un archivo nuevo que fue proveído directamente por el titular del derecho a uno revendido por el usuario. El grupo de plataformas digitales está conformado, entre otras, por las redes sociales como Facebook o los blogs; las plataformas de comercialización electrónica como Amazon, Spotify o Netflix o las páginas web tradicionales y motores de búsqueda como Google.

Por medio de esta forma de divulgación la obra tiene la potencialidad de llegar muchos más lejos, permitiendo que muchas personas tengan acceso a ella pero que también los titulares pierdan mucho su capacidad de control. Esto representan un problema en el entorno digital, especialmente cuando ésta se ha divulgado sin que haya una especificación clara de los usos que se autorizan, porque hay protección desde el momento de creación de la obra entonces, el uso de signos es facultativo, porque como el internet avanza todos los días las normas no son capaces de suplir todos los vacíos que se pueden presentar.

En muchas ocasiones se debe recurrir a lo estipulado en los términos y condiciones de las plataformas en que se divulga la obra, pues en su mayoría, éstas se ocupan de regular, así sea de manera general, estos actos de divulgación. Los términos y condiciones y las opciones de escoger la modalidad de compartir los contenidos: si públicamente, solo para los ‘amigos’ o ‘seguidores’, para un grupo pequeño de personas o incluso para uno mismo, son modalidades mediante las cuales se ha intentado regular la protección, pero vacíos y ambigüedades se siguen presentando.

Para el derecho es muy difícil construir instituciones jurídicas y estructuras normativas que permitan regular a cabalidad un tema, especialmente si éste es un nuevo fenómeno como el internet, pues el derecho trabaja predominantemente de forma reactiva por lo que cuando entra a solucionar un problema éste ya ha evolucionado.

Lo anterior ha ocasionado que el sistema de protección de los derechos de autor haya tenido que cambiar algunas cosas para adaptarse a los fenómenos que con el tiempo se van presentando, como con el surgimiento del *copyleft* que explicamos anteriormente. Estos sistemas son iniciativas privadas de personas que se encuentran en el medio de la industria cultural y la comercialización de su contenido *en línea*, por lo que las propuestas se ajustan mucho más a la realidad y a las necesidades de quienes se ven afectados por eso. Estos sistemas actúan dentro del marco que los derechos de autor y del copyright le garantizan a sus usuarios.

El sistema del *copyleft* está conformado por licencias que personas naturales o jurídicas se idean y redactan, y ponen a disposición del público para que autores o titulares del derecho las puedan usar como una alternativa a lo definido por defecto en la norma. Como son escritas por personas que participan de la problemática, las soluciones son mucho más acertadas y se adaptan de una mejor forma a las dinámicas digitales.

Un caso de lo anterior son las licencias *Creative Commons* que se han popularizado en los últimos años porque se han adaptado de forma acertada a los fenómenos digitales y del internet. Con base en las diferentes licencias que este sistema ofrece, quienes intervienen en el entorno

pueden identificar de forma clara los usos autorizados y las condiciones bajo las cuales la obra se está divulgando. Este sistema no considera una relación titular del derecho – usuario, sino que incorpora también a terceros que tienen algún tipo de participación, tales como las empresas de software o motores de búsqueda.

*Creative Commons* logra lo anterior mediante el diseño de las licencias con tres capas diferentes. La primera de ellas es la que, en un lenguaje técnico, expresa las condiciones y estipula lo relativo al acto jurídico unilateral que se está materializando. La segunda es la que permite, en un lenguaje sencillo, que quienes interactúen en la red como usuarios y no sean abogados identifiquen de forma clara los usos que están permitiendo sobre la obra. La tercera de ellas, y en la que se considera radica la novedad y la razón de por qué este tipo de licencias se está usando cada vez más en internet es la que permite que las licencias sean legibles por máquinas. “ En conjunto, estas tres capas de licencias aseguran que el espectro de derechos no es solamente un concepto legal. Es algo que los creadores de obras pueden entender, sus usuarios pueden entender, y hasta la propia Web puede entender.”

A ésta última, la página [www.creativecommons.org](http://www.creativecommons.org) la ha explicado de la siguiente manera: “ La capa final de la licencia reconoce que el software, desde los motores de búsqueda pasando por la ofimática hasta llegar a la edición de música, juega un papel importante en la creación, copiado, difusión y distribución de obras. A fin de facilitar que la Web sepa dónde hay obras disponibles bajo licencias Creative Commons, entregamos una versión "legible por máquinas" de la licencia: un resumen de los derechos y obligaciones clave escritos en un formato tal que los sistemas informáticos, motores de búsqueda y otras formas de tecnología pueden entender.”

Las *Creative Commons* son entonces herramientas eficaces que permiten que sean quienes participan en la comercialización o divulgación de archivos en la red quienes escojan las condiciones bajo las cuales la divulgación se va a realizar, basándose en la premisa clara de que las personas que día a día participan en esto son quienes tienen el mayor conocimiento para determinar cuál es la mejor protección para sus obras, pues es claro que esto varía dependiendo en varios factores, como las características de la obra, por ejemplo. Aquí el derecho y las instituciones jurídicas tienen un papel importante, pero en contraposición a los sistemas tradicionales, no desde el punto de vista restrictivo sino de la libertad, tanto de los titulares de los derechos como de los usuarios.

En relación con el fenómeno del internet, se considera que la forma de regulación que herramientas como las *creative commons* proponen es mediante la cual las instituciones jurídicas deberían permitir solucionar los problemas que se vayan generando, pues son quienes están viviendo en el entorno diariamente quienes van a poder ir encontrando, de forma más acertada, la forma de darles solución. Los autores y titulares saben qué tipo de atribuciones deben permitirse para sus obras con base en sus características, su público y lo que con ellas se pretende.

Así, las licencias presentan beneficios tanto por el lado de los usuarios como por el de las retribuciones económicas para los autores y titulares: por el primero, quienes interactúan en la red pueden acceder a un gran número de obras que, en la más restrictiva de las licencias, se permiten usar y compartir de forma privada. Por el lado de las retribuciones económicas, como la obra llega a un número grande de personas, pero de forma protegida les permite tener más

control y les crea más oportunidades de explotación económica. Es entonces una forma más libre de compartir las obras pero también devolviéndole un poco del control que se había empezado a perder en el entorno digital.

No obstante entender que las *Creative Commons* ha sido un avance muy grande en cuanto a la protección de los derechos de autor en internet, no debemos olvidar que, al este ser un fenómeno que está en constante cambio y evolución, no tenemos conocimiento de los usos que a las obras se les vaya a poder dar en unos años con el internet, por lo que éste tipo de herramientas debe ir a su vez evolucionando y rediseñándose para mantener su capacidad de adaptación.

### **AGOTAMIENTO DEL DERECHO DE AUTOR EN INTERNET**

Gracias al internet se ha permitido reproducir un número infinito de obras a un menor costo y distribuir las con mayor rapidez. Debido a las plataformas digitales y los avances cada vez más rápidos de la tecnología, el derecho de autor ha tenido que reaccionar y adaptarse para seguir regulando y protegiendo a los autores y sus creaciones, pues por su impacto global resulta necesario revisar los alcances, límites y condiciones de aplicación del agotamiento para así, poder determinar si es posible o no su adaptación en el entorno digital.

En principio debemos hacer referencia al derecho de reproducción que consiste en la producción de varias copias o ejemplares de la obra o de parte de ella. El Convenio de Berna faculta a los autores para que autoricen la reproducción de sus obras bajo *cualquier forma*, aceptándose también la reproducción digital. Las instituciones internacionales han aceptado la adaptación de

este derecho en el entorno digital en los términos expresados anteriormente, con la declaración concertada al Tratado de Derechos de Autor de la OMPI.

El derecho de distribución es aquél mediante el cual el titular de los derechos acepta o no la puesta a disposición del público de las copias o ejemplares de su obra. Tradicionalmente se ha entendido que lo esencial de este derecho es que la obra se encuentre incorporada en un soporte material, pero esto conllevaría a no poder hacer uso de la protección de este derecho en el entorno digital. Sin embargo, el Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor no limita el tipo de mercado en que esté puede operar, pudiendo ser material o análogo. En su artículo 6 establece una protección mínima de este derecho pero permitiendo que los países que hayan ratificado este tratado pueden libremente decidir si ampliar el nivel de protección, incluso hasta aceptarse la distribución a través de la reproducción por un medio digital.

Para que la protección jurídica del derecho de distribución pueda extenderse hasta el internet, el carácter de tangibilidad de las copias protegidas no debe entenderse como un elemento esencial del derecho de distribución “puesto que el fin último de este derecho es asegurar un beneficio económico al autor por la explotación de su obra en el mercado, y si este mercado, gracias al desarrollo de la tecnología se diversifica y adquiere nuevas características —como ocurre con el desarrollo del comercio electrónico en internet—, la tangibilidad pasa a ser un elemento de carácter secundario, pues lo relevante es que sigue existiendo un mercado, un lugar en el cual el autor puede introducir y explotar su obra y, lo más importante, obtener un beneficio económico por esta acción” (Plana Perillán, 2016, pg. 45).

En el entorno digital se ha presentado una confusión al respecto entre el derecho de comunicación pública y el de distribución. El primero de estos es un acto por medio del cual un grupo de personas, reunidos o no en un mismo lugar, tiene acceso a la obra, sin perjuicio del sitio o el momento elegido por cada uno de los individuos para acceder a la misma mientras que el derecho de distribución consiste en la pérdida de control de un ejemplar de la obra cuando ya se ha introducido en el comercio. En este sentido, tradicionalmente, se entendía que la distribución se llevaba a cabo cuando estas se realizaban en un soporte tangible, no cuando se realizaba una descarga de una obra a través de internet, lo que se consideraba un acto de comunicación pública.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sentencia del 3 de julio de 2012 en el caso *UsedSoft Vs. Oracle*, declara el agotamiento del derecho a la distribución digital a través de internet con la primera venta para los programas de ordenador, por lo que el titular pierde el control sobre éste en el momento en que lo puso en circulación por primera vez. Este precepto no se aplicaba a las descargas o accesos *on-line*, que se asociaban al derecho de comunicación pública y no al de distribución. Antes de esta sentencia se consideraba que los términos *venta* y *copia* hacían referencia al derecho de distribuir programas en un soporte material o tangible, y se excluía su aplicación a las descargas de copias que, se consideraban como el derecho de comunicación pública. de aquí que se acepten las descargas desde el internet como un caso de derecho de reproducción.

Esa sentencia considera como distribución la venta de programas de computador mediante descarga a través de redes digitales afirmando que tanto permitir la descarga de archivos como la puesta a disposición de copias físicas constituye la materialización de este derecho, que debe

aceptar cualquier medio por el cual las obras sean puestas en circulación, sin importar si el soporte es físico o virtual. En conclusión, la existencia de una transferencia del derecho de propiedad sobre una copia de la obra transforma el acto de comunicación pública y lo convierte en un acto de distribución sin perjuicio de que el medio usado sea el internet, pues se abstrae del concepto <derecho de distribución> el requisito de estar en un soporte físico.

En cuanto al fenómeno del agotamiento del derecho de distribución, debemos recordar este no como la facultad de copiar ni de reproducir una obra de forma libre e ilimitada sino en la posibilidad de que el soporte en el cual está incorporada una obra pueda seguir circulando en el mercado de forma libre luego de haber sido distribuida por primera vez, siempre que sea en el mismo soporte material. “El agotamiento del derecho de autor se impone como un límite al derecho exclusivo del que goza el titular sobre un ejemplar de su obra cuando éste ha dado la autorización para introducirlo en el comercio. Mediante esta figura se extingue la posibilidad del autor o del titular de los derechos patrimoniales de controlar las posteriores distribuciones sobre ese ejemplar después de efectuada la primera venta.”

Se podría pensar entonces que también hay distribución cuando, no solo los programas, sino también las obras artísticas y literarias pueda descargarse y guardarse en memorias digitales, o cuando se pueda acceder a ella en cualquier momento si está conectado al internet, como a las redes sociales o los blogs.

Sobre la descarga de archivos que contienen obras protegida por el derecho de autor un excelente caso de análisis es la plataforma de comercialización Amazon, compañía pionera en la

comercialización de productos por Internet. En sus comienzos, y aun actualmente, el fuerte de Amazon es la comercialización de libros, también formato físico, caso en el cual se hace el proceso de pago online y esta plataforma se encarga de la logística para su entrega, como en digital.

En el primer supuesto es muy claro que hay un caso de distribución en su concepción tradicional cuando se hace la entrega del libro de forma física en la casa de quien lo compró y por lo tanto, es desde ese momento en que se hizo la entrega que operó el agotamiento. Las dudas surgen cuando, como en el segundo caso, la obra no se encuentra en un soporte físico sino en uno digital, que sería el dispositivo en el cual la obra permite ser descargado tras el usuario haber hecho el pago. Si bien podría entenderse que desde que la obra es descargada operaría el derecho de autor, las plataformas como Amazon, le permiten a sus clientes, que son los titulares de los derechos sobre la obra, seguir teniendo el control sobre su contenido y regular su acceso. Esto lo hace mediante sistemas de control que, entre varias medidas, permiten por ejemplo la descarga del ejemplar hasta por un número limitado de dispositivos.

En este último caso consideramos que es posible que haya agotamiento del derecho de autor pero que éste operaría sólo cuando la obra descargada permita ser re-distribuida a terceras personas que no pagaron por la obra. Se hace la aclaración porque otra forma de protección es mediante la incorporación de restricciones a las copias de la obra que fueron descargadas, lo que de forma expresa indica que en este caso no se ha incurrido en un agotamiento.

En el caso en que la primera puesta a disposición de copias o ejemplares de la obra al público haya sido mediante una red social pública o una página web, como un blog, se debe entender que en este caso el agotamiento sí operaría de forma inmediata, pero que éste no supone la facultad de copiar la obra sino de redistribuirla en el mismo soporte en que ésta fue compartida por primera vez, es decir, en el link de la página por medio de la cual fue compartida y hacer el debido reconocimiento al autor.

Para finalizar sobre este punto, debe entenderse que, si bien el derecho de distribución sí puede aplicarse y aceptarse en el entorno digital, este no es susceptible de ser usado como medio de distribución para todas las obras científicas, artísticas o literarias. Una obra de arte plástica, por ejemplo, no puede ser distribuida en internet porque lo que se aprecia de ella y la hace valiosa es la pieza en sí que se encuentra plasmada en algo material, al igual que un cuadro que ha usado una técnica de pintura. En estos casos no se entiende que haya agotamiento desde que se hace la primera comercialización de la obra, y esto faculta a los titulares de los derechos a recibir un pago por las ventas posteriores que se hagan cuando éstas se hicieron por un monto sustancialmente más alto que el precio por primera compra. Este derecho lo llama la doctrina francesa ‘droit de suite’.

## **CONCLUSIONES**

Este trabajo ha tratado a profundidad los aspectos básicos del sistema del derecho de autor con el fin de poder determinar, en cada uno de los factores que lo componen, si es posible que éstos se vayan adaptando a los fenómenos del internet y así permitir que las protecciones tradicionales de los autores también sean garantizadas a las nuevas formas de uso de la obra. Para esto, las

consagraciones jurídicas deben adaptarse a los cambios y permitir la flexibilización de sus estipulaciones normativas.

Una de las formas en las que se encontró que ha habido un avance y que la ley ha ido evolucionado de acuerdo a la sociedad y a sus nuevas dinámicas es mediante el surgimiento de sistemas de divulgación alternativos en los que quienes participan en el mercado son quienes construyen modelos que pueden ser aplicados, tal como lo es el copyleft y los Creative Commons mencionados anteriormente. Se considera que esta ha sido una forma acertada por dos razones fundamentales: la primera es que, dado el amplio uso que tienen las obras en internet, para la legislación era imposible abarcar todos los supuestos que pudieran presentarse. La segunda, que va ligada a la anterior, tiene que ver con la forma en que la ley ha cedido sus facultades de control a organizaciones que se encargan constantemente de evolucionar conforme lo hace la sociedad. Por ende, es necesario que el derecho adopte y masifique un sistema de derecho de autor más flexible.

Otro de los avances que se ha evidenciado ha sido la creciente tendencia, tanto de la doctrina como de la jurisprudencia de una gran cantidad de países, de aceptar la puesta a disposición de copias digitales en la red como un evento en el que se configura una distribución. Esto es importante porque amplía el espectro de protección del derecho de distribución y como tal, permite que los autores o titulares de los derechos lo exploten también digitalmente y obtengan una contraprestación económica por esto, tal y como si ésta se hiciera en un soporte físico.

La otra cosa importante respecto de este avance es que, al permitir que haya distribución en estos casos, también se acepta tácitamente que hay agotamiento del derecho, aunque como se vio anteriormente, éste debe ser analizado caso por caso, dependiendo de la forma en que la divulgación se hizo, las características de la plataforma digital, etc. Cuando opera el agotamiento en el internet, también se permite que una gran cantidad de usuarios tengan un acceso libre a estas obras, lo que les proporciona conocimiento e información. En tal sentido, se espera que las legislaciones se flexibilicen y se den nuevos casos que reafirmen el efecto que tiene la primera comercialización en internet, con miras también a proteger el mayor y fácil acceso a la cultura digital.

De la mano con todo lo anterior, debemos entender que así como la ley protege los derechos de los autores, por cada derecho hay una obligación y es frente a los usuarios de internet a los cuales, también se les debe garantizar en el entorno digital, su derecho a la información y el acceso al conocimiento pues si bien es claro que los derechos de autor deben tener una protección, también deben tenerla los derechos de los usuarios, y para esto la teoría del agotamiento del derecho de autor es una forma de regulación entre ambos derechos.

La regulación en torno al derecho de autor se encuentra todavía en un proceso de adaptación a las nuevas tecnologías y si bien hoy podemos encontrar tratados y legislaciones que intentan dar respuesta a la problemática que conlleva el entorno digital frente a los derechos de autor, todavía hay vacíos jurídicos, pues el análisis de esta materia es cada vez más complejo, pero a pesar de todo se puede afirmar que el agotamiento del derecho en internet es posible, y es viable que se genere de cierta manera que garantice los derechos de ambas partes.

Los derechos de autor en internet y lo que este conlleva es un tema que se mantiene en constante evolución y es por esto que las discusiones que se generen respecto a esta materia deberán tener un nivel jurisprudencial y doctrinal para que sea el derecho el que genere nuevas propuestas y que con el tiempo se llegue a una visión y un control más amplio y razonable de lo que el derecho de autor implica.

## **BIBLIOGRAFÍA**

1. Spence, M. (2007) Intellectual Property. The Concept of Intellectual Property. Pg 7-8.
2. Goss, Adrienne, K. (2007) Codifying a Commons: Copyright, Copyleft, and the Creative Commons Project. En Chicago-Kent Law Review, Volume 82, 2007. Symposium: 150th anniversary of the Dred Scott Decision.
3. U.S. Office - U.S. copyright Office. 2017. More Information on Fair Use. Tomado de <https://www.copyright.gov/fair-use/more-info.html>
4. Antequera Parilli, Ricardo. 2009. Estudios de Derecho Industrial y Derecho de Autor. Análisis de Jurisprudencia Comparada. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas. Editorial Temis. Bogotá. Pg. 401, 618.
5. Canaval Palacios, Juan Pablo. 2008. Manual de Propiedad Intelectual. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá. Pg. 40 – 55.
6. Bercovitz Rodríguez – Cano. 2009. Manual de Propiedad Intelectual 4ta Edición. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, España. Pg. 1-83.
7. Lipszyc, Delia. 1993. Derecho de Autor y Derechos Conexos. UNESCO. Pg. 65-212.

8. Arias de Rincón, Maria Ines. 2008. La Protección Patrimonial de los Programas de Computación. Tomado de [http://www.scielo.org.ve/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1690-75152008000200003](http://www.scielo.org.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1690-75152008000200003)
9. Espín Cánovas, Diego. 1957. Manual de Derecho Civil Español Vol. V. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, España.
10. Pachón Muñoz, Manuel. 1998. Manual de Derechos de Autor. Pg. 1 – 184.
11. Zea Fernández, Guillermo. 2009. Derechos de Autor y Derechos Conexos. Ensayos. Editorial Universidad Externado de Colombia. Pg. 20 – 33.
12. Allfeld, Philip. 1982. Del Derecho de Autor y del Derecho del Inventor. Editorial Temis. Pg. 30.
13. Ayllón Santiago, Héctor S. 2011. El Derecho de Comunicación Pública Directa. Editorial Reus. Madrid, España. Pg. 314.
14. Erdozaín, Jose Carlos. 2002. Derechos de Autor y Propiedad Intelectual en Internet. Editorial Tecnos. Madrid, España. Pg. 130-140.
15. Aragón, Emilia. 2004. Contenido del Derecho de Autor. El Autor, la Obra, Limitaciones y Excepciones. Preparado para el Tercer Seminario Regional Sobre Propiedad Intelectual para Jueces y Fiscales en América Latina.
16. Simone, Daniela. 2014. Copyright or Copyleft? Wikipedia as a Turning Point for Authorship. King's Law Journal. Pg. 103.
17. Cardona Rivas, Angela María. 2010. El Copyleft y las Creative Commons en la Industria Editorial. Universidad de Antioquia. Medellín.
18. Vega Jaramillo, Alfredo. 2010. Manual de Derecho de Autor. Dirección Nacional de Derecho de Autor. Ministerio del Interior y de Justicia. 2010. Pg. 16-20.

19. Plana Perillán, Javiera. 2016. El Agotamiento del Derecho de Distribución y su Aplicación en el Entorno Digital. Revista Chilena de Derecho y Tecnología. Universidad de Chile. Pg. 43.