

**APROXIMACIÓN A LOS DERECHOS DE AUTOR EN LAS OBRAS
DE ARTE PLÁSTICO EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA:
ENTRE LA INSPIRACIÓN Y LA COPIA**

**LAURA ROCHA QUIRÓS
LUIS FERNANDO ÚSUGA CASTRO**

**UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MEDELLIN
2013**

**APROXIMACIÓN A LOS DERECHOS DE AUTOR EN LAS OBRAS
DE ARTE PLÁSTICO EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA:
ENTRE LA INSPIRACIÓN Y LA COPIA**

LAURA ROCHA QUIRÓS

LUIS FERNANDO ÚSUGA CASTRO

**Trabajo de grado presentado como
requisito para optar al título de Abogado**

Asesor:

Luis Guillermo Rodríguez D'Alleman

**UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MEDELLIN**

2013

Nota de aceptación:

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

Medellín, abril de 2013

“Una idea es solamente un punto de partida. En cuanto se elabora algo con ella, el pensamiento la transforma”.
Pablo Picasso, pintor

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	7
1. UBICACIÓN DEL DERECHO DE AUTOR EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO	9
1.1. LA CONSTITUCIÓN COLOMBIANA	9
1.2. EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD Y LA DECISIÓN 351 DE 1993	10
1.3. REGULACIÓN LEGISLATIVA DEL DERECHO DE AUTOR.....	14
1.4. LOS CONVENIOS INTERNACIONALES RATIFICADOS POR COLOMBIA EN MATERIA DE DERECHOS DE AUTOR.....	16
2. LA PROPIEDAD INTELECTUAL COMO EL GÉNERO DE LOS DERECHOS DE AUTOR	19
2.1. EL CONCEPTO DE PROPIEDAD Y PATRIMONIO.....	19
2.2. EL CONCEPTO DE PROPIEDAD INTELECTUAL.....	21
2.3. EL DERECHO DE AUTOR.....	22
2.3.1 Derechos Morales.....	23
2.3.2 Derechos patrimoniales	26
2.4. LÍMITES AL DERECHO DE AUTOR.....	31
3. LA OBRA PLÁSTICA O DE BELLAS ARTES COMO OBJETO CONCRETO DE ESTUDIO	35
3.1 CONCEPTO DE OBRA PLÁSTICA.....	35
3.2. CARACTERÍSTICAS RELEVANTES PARA LA PROTECCIÓN DE LA OBRA	37
3.2.1 La originalidad	38
3.2.2 No protección de las ideas.....	40
3.2.3 Irrelevancia del mérito.....	42
3.2.4. Independencia del soporte material que la contiene.....	43
3.3. EL CONCEPTO DE OBRA DERIVADA	44
4. LA VIOLACIÓN A LOS DERECHOS DE AUTOR: EL PLAGIO	48
5. APROXIMACIÓN A LA LÍNEA DIVISORIA ENTRE UNA OBRA ORIGINARIA Y UNA OBRA DERIVADA	51
6. CONCLUSIONES	63

BIBLIOGRAFÍA.....65
ANEXOS.....72

INTRODUCCIÓN

Al aproximarse a la producción artística en artes pictóricas modernas y contemporáneas, desde la óptica de los derechos de autor se generan diferentes interrogantes, especialmente en el estatus jurídico de las obras y la relación de las mismas con obras anteriores. Usando como ejemplo la obra *whaam!* de Roy Lichtenstein (ver imagen 1 en anexos) y el proceso de creación del artista, aparece la pregunta de si esta obra es o no violatoria de los derechos de autor. Más claro aún podría verse en la obra *L.H.O.O.Q* (ver imagen 2 en anexos) de Marcel Duchamp, entendiéndose, claro está, que al momento de construirse la misma, *La Gioconda* de Da Vinci (ver imagen 3 en anexos) ya era una obra de dominio público, pero suponiendo que no lo fuese, o el en caso concreto de *Whaam!*, sería válido preguntarse ¿son éstas obras derivadas?, ¿se debió realizar un procedimiento previo a la elaboración de las mismas dentro del marco de la normatividad de los derechos de autor?. Preguntas enteramente válidas en un artista contemporáneo que pretendiese elaborar una obra al día de hoy que pudiese tener algún tipo de relación o referencia con una obra ya existente y protegida por el régimen de los derechos de autor. A través del desarrollo del texto se darán otros ejemplos y se percibirá la complejidad al intentar dar una respuesta.

Para dar solución a estos interrogantes, se considera necesario hacer una exploración de las fuentes en dos tiempos, que será la estructura que tomará el texto que se introduce. En un primer momento, se pretende realizar un acercamiento a las fuentes primarias, o ley en sentido amplio, ubicando el régimen de los derechos de autor en el sistema jurídico colombiano. En un segundo momento se realizará una exploración doctrinaria del derecho de autor en sí mismo, en especial frente a la obra plástica, y una aproximación a los conceptos que ayudarán a vislumbrar una posible respuesta a los cuestionamientos que deja

el observar las obras mencionadas. En un momento final a partir de las exploraciones realizadas y haciendo mano de los conceptos encontrados, se pretende plantear el estado del arte, o la solución jurídica a esta situación.

Desde este punto, pueden percibirse tres situaciones jurídicas, siendo la primera, catalogar estas obras posteriores como obras independientes inspiradas por sus antecesoras; la segunda sería que éstas sí tengan una relación con las primeras, entrando a la categoría de obras derivadas; y por último que estas obras sean simples reproducciones de las primeras, con cambios meramente sutiles.

Categorizar estas obras de una manera u otra tiene una relevancia más allá que doctrinaria, puesto que, esto acarrea consecuencias jurídicas relevantes como el incurrir en un ilícito penal si se ubicasen en cualquiera de las dos últimas categorías mencionadas. Supongamos preliminarmente que se catalogue la obra *Whaam!*, como una reproducción, entonces, Lichtenstein debió haber solicitado el permiso del autor de la obra originaria para no incurrir en una violación de derechos de autor. Las categorías expuestas se analizarán profundamente siguiendo el proceso de exploración de fuentes mencionado. De la misma manera alcanza a percibirse que para dar una respuesta (para poder ubicar las obras en una categoría u otra) se necesita indagar en el objeto regulado, es decir explorar el conocimiento en artes plásticas, tema extrajurídico que este texto no pretende explorar a fondo. Por último, se considera necesario resaltar que lo que se pretende es realizar una aproximación y una exploración de las fuentes en derecho que regulan la materia.

Esta problemática no es solo propia de las artes plásticas, podría extenderse a otras prácticas pictóricas como el diseño gráfico y la publicidad, o incluso a otras producciones artísticas, como la literatura y la música. Para los objetivos del texto, el discurso se centrará en obras artísticas plásticas o de bellas artes, acepción utilizada comúnmente en las disposiciones y doctrina especializada.

1. UBICACIÓN DEL DERECHO DE AUTOR EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

1.1. LA CONSTITUCIÓN COLOMBIANA

Los derechos económicos sociales y culturales, son fruto de las ideas circulantes a mediados del siglo XX (el concepto de Estado de Bienestar, las tradiciones religiosas, el *new deal* americano y la Constitución soviética), pero toman fuerza en el discurso internacional en la posguerra mundial, cuando comienzan a positivarse, inicialmente por medio de instrumentos internacionales (Protocolo de San Salvador y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, ambos suscritos por Colombia) para luego consagrarse en las constituciones nacionales; en el caso de la Constitución del 91 estos se establecieron entre los artículos 42 y 77. Dispone el artículo 61: “*El Estado protegerá la propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la Ley*”.

Esta consagración ubica a los derechos sobre la propiedad intelectual como derechos fundamentales de tercera generación. El ya mencionado Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas y el Protocolo de San Salvador, suscritos por Colombia, consagran también el derecho a la propiedad intelectual, ambos disponen de manera idéntica que todas las personas dentro del Estado parte tiene derecho a: “*Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora*” (el primero en su artículo 15 y el segundo en su artículo 14).

El que los derechos de la propiedad intelectual tengan un carácter de derechos económicos sociales y culturales pone de presente la problemática existente frente a su protección directa; no siendo este el principal objetivo del texto y sin

entrar en detalle a las diferentes posturas frente al tema, podría asegurarse que esta tipología de derechos no es en principio protegible por vía de acción de tutela y sería la acción de cumplimiento la manera de dar protección directa a tales derechos; frente a ésta se tendrá que reconocer su poca eficacia lo que deja en último lugar a la jurisdicción ordinaria como la llamada a dirimir conflictos referentes a la violación de tales derechos (en casos de derechos de autor el juez civil). No obstante, la Corte Constitucional ha desarrollado la doctrina de conexidad, dentro de la cual esta tipología de derechos es protegible por vía de acción de tutela siempre y cuando su vulneración acontezca simultáneamente con la de un derecho fundamental.

Existen pocos casos donde se intente una protección de los derechos a la propiedad intelectual por medio de acción de tutela, en la mayoría de los observados la corporación ha negado su protección asegurando la existencia de medios judiciales en otras instancias y más idóneos para su protección; sentencias como la T-257 de 1995 y T-172 de 1993. En sentencia T-367 de 2009, la Corte protege directamente los derechos patrimoniales del autor al demostrarse una conexidad con el derecho a la seguridad social. En cambio, existen un buen número de sentencias de control constitucional al régimen legal que ha expedido el legislador frente a la materia, en virtud de las facultades que le concede la Constitución en el artículo 150 numeral 24, en el cual indica que le corresponde al congreso: *“Regular el régimen de propiedad industrial, patentes y marcas y las otras formas de la propiedad intelectual”*.

1.2. EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD Y LA DECISIÓN 351 DE 1993

El concepto de bloque de constitucionalidad nace para explicar la situación jurídica de que normas que no aparecen en el texto constitucional adquieren ese carácter, entendiéndose la Constitución no como Código cerrado. En términos del profesor

Quinche Ramírez: *“El bloque de constitucionalidad permite entender que la Constitución Política Colombiana no se agota en su articulado y que para que otras normas puedan integrársele se necesita que una regla constitucional clara ordene la inclusión de tales normas, como lo hacen los artículos constitucionales 53, 93, 94 y 214”*.¹

El artículo 93 constitucional dispone:

Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

En este sentido, la Declaración Universal de Derechos Humanos adoptada en 1948 por la Asamblea General de Naciones Unidas, consagró el derecho de autor como un derecho básico de todas las personas, su artículo 27 preceptúa:

1. Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten.
2. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

La Decisión 351 de 1993, la cual fue expedida por la Comunidad Andina de Naciones como un régimen común sobre derecho de autor y derechos conexos para sus miembros, ha sido (en virtud del citado artículo 93) analizada por la

¹ QUINCHE RAMIREZ, Manuel Fernando. Derecho Constitucional Colombiano: De la Carta del 91 y sus reformas. Bogotá D.C. Ibáñez. 2008, p. 114.

jurisprudencia constitucional para determinar su pertenencia al bloque de constitucionalidad.²

Al analizar el concepto de bloque de constitucional la Corte determinó que existían dos requisitos para poder integrar el convenio al bloque de constitucionalidad *strictu sensu*: (i) que hayan sido aprobados por el Congreso de la República y superado el control constitucional establecido en el numeral 10 del artículo 241 de la Constitución Política y (ii) que verse sobre derechos fundamentales.

Sobre este segundo factor, y en referencia al acápite anterior, aunque las decisiones que expide La Comunidad Andina de Naciones tienen como fin la integración económica, el mecanismo que esta Decisión en específico utiliza es la armonización de instrumentos y mecanismos de regulación, tratando específicamente los derechos de autor, los cuales tienen dos categorías los derechos morales y los derechos patrimoniales, frente a los primeros la Corte Constitucional en sentencia C-155 de 1998, expone:

... los derechos morales de autor se consideran derechos de rango fundamental, en cuanto la facultad creadora del hombre, la posibilidad de expresar las ideas o sentimientos de forma particular, su capacidad de invención, su ingenio y en general todas las formas de manifestación del espíritu, son prerrogativas inherentes a la condicional racional propia de la naturaleza humana, y a la dimensión libre que de ella se deriva. Desconocer al hombre el derecho de autoría sobre el fruto de su propia creatividad, la manifestación exclusiva de su espíritu o de su ingenio, es desconocer al hombre su condición de individuo que piensa y que crea, y que expresa esta racionalidad y creatividad como manifestación de su propia naturaleza, Por tal razón, los derechos morales de autor, deben ser protegidos como derecho que emana de la misma condición de hombre. Por su parte, los derechos patrimoniales derivados de los derechos de autor, aunque no se consideran fundamentales, merecen también la protección del Estado.³

² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias C-1490 de 2000, C-1118 de 2005, SU-913 de 2009.

³ Ibid.. Sentencia C-155 de 1998. Magistrado ponente: Vladimiro Naranjo Mesa. Bogotá, 28 de abril de 1998.

De igual manera así lo reconoce en sentencias C-334 de 1993, C-276 de 1996, C-155 de 1998 , C-1197 de 2005 y C-1490 de 2000; por lo que y en concordancia con esta última se puede asegurar que: “ *La Decisión 351 de 1993, expedida por la Comisión del Acuerdo de Cartagena, que contiene el régimen común sobre derecho de autor y conexos, dado que regula los derechos morales de autor, que son derechos fundamentales, a la luz de lo dispuesto en el artículo 93 de la C.P. se incorpora al bloque de constitucionalidad*”⁴.

Es importante resaltar que los derechos patrimoniales del autor, para la jurisprudencia constitucional, no gozan del carácter de fundamental, pero como se ha expresado en diferentes providencias se les reconoce un carácter de protección especial y han llegado a ser protegidos por conexidad con otros derechos: en palabras de la Corte en sentencia C-155 de 1998:

Por su parte, los derechos patrimoniales derivados de los derechos de autor, aunque no se consideran fundamentales, merecen también la protección del Estado. Así lo establece la Constitución Política en (el) artículo 61 superior, que señala que ‘(el) Estado protegerá la propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la Ley.’⁵

De igual manera podría pensarse que otros tratados internacionales que versen sobre los derechos morales del autor se incorporarían a su vez al bloque de Constitucionalidad, siguiendo la misma lógica expuesta y como lo insinúa la sentencia SU-913 de 2009.

⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1490 de 2000. Magistrado ponente: Fabio Morón Díaz. Bogotá, 2 de noviembre del 2000.

⁵ Ibid. Sentencia C-155 de 1998. Magistrado ponente: Vladimiro Naranjo Mesa. Bogotá, 28 de abril de 1998.

1.3. REGULACIÓN LEGISLATIVA DEL DERECHO DE AUTOR

Como lo dispone el artículo 61 de la Constitución Política es el legislador quien está llamado a regular la protección a la propiedad intelectual y dentro de la misma a los derechos de autor, siendo la Ley 23 de 1982 y sus posteriores modificaciones, la norma nacional que establece el régimen de los derechos de autor en Colombia, sin excluir la Decisión 351 de 1993 ya mencionada y en la que se profundizará en el siguiente numeral. A continuación se pretende realizar un esbozo de las disposiciones en la mencionada Ley y sus modificaciones que se consideran relevantes para dar respuesta a los objetivos del presente escrito.

La Ley 23 de 1982, consagra en sus artículos 1º y 2º que los autores gozan de una protección sobre sus obras, especifica que los derechos de autor recaen sobre obras científicas, literarias y artísticas, sin importar su forma de expresión; el artículo 2º menciona: *“las obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado, litografía; las obras fotográficas o las cuales se asimilan las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía; las obras de arte aplicadas; las ilustraciones, (...)”*; El artículo 3º establece las facultades exclusivas de sus titulares. Así, quienes en virtud del artículo 4º sean titulares del derecho de autor podrán: (i) disponer de su obra, onerosa o gratuitamente, (ii) aprovecharla si utiliza cualquier medio de reproducción, multiplicación o difusión, (iii) ejercer las prerrogativas que le otorgan los derechos morales de su obra, y (iv) obtener remuneración por la ejecución pública o divulgación en los términos del artículo (adicionado por la Ley 44 de 1993).

El artículo 5º enuncia ciertos tipos especiales de obras, las cuales pueden ser protegidas independientemente, en tanto representan una creación original. El literal “A” dispone:

Las traducciones, adaptaciones, arreglos musicales y demás transformaciones realizadas sobre una obra del dominio privado, con autorización expresa del titular de la obra original. En este caso será considerado como titular del derecho sobre la adaptación, traducción, transporte, etc., el que la ha realizado, salvo convenio en contrato.

Nótese que la Ley permite que se realicen adaptaciones o transformaciones a obras del dominio privado siempre y cuando tengan autorización expresa.

El artículo 6º establece que la Ley protege la forma en que las ideas de autor son expresadas, lo cual excluye a las meras ideas del campo de protección de la propiedad intelectual. Disponiendo: *“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, ilustradas o incorporadas en las obras literarias, científicas y artísticas.”*

El artículo 9º consagra la regla de protección automática sin necesidad de registro y el 11º, le da una protección a los derechos durante la vida del autor y 80 años mas, tanto para autores nacionales como extranjeros.

El capítulo segundo de la Ley 23 establece el contenido del derecho de autor: en su sección primera tratando los derechos patrimoniales y en la sección segunda los derechos morales, el régimen y la composición del derecho de autor se tratará más adelante con mayor profundidad, pero es importante resaltar el artículo 16, el cual dispone:

El que tomando una obra del dominio público la adapta, transporta, modifica, compendia, parodia o extracta de cualquier manera su sustancia, es titular exclusivo de su propio trabajo; pero no podrá oponerse a que otros adapten transporten, modifiquen, compendien la misma obra, siempre que sean trabajos originales, distintos del suyo.

El artículo 27, establece el tiempo de protección cuando el titular de los derechos de autor es una persona jurídica y el artículo 30, le permite al autor, como parte de sus derechos morales, el oponerse a que su obra se deforme, mutile o se modifique, si estos actos le perjudican su honor, reputación o mérito de la obra; los herederos y su cónyuge podrán oponerse también en caso de muerte del autor. En concordancia el artículo 76 le confiere el derecho exclusivo para autorizar o prohibir la adaptación de una obra a su autor o su causahabiente. Por último es importante resaltar que el artículo 187, establece qué obras pertenecen al dominio público.

La Ley regula muchos otros aspectos de los derechos de autor, tal como el proceso de registro, ciertos contratos que los involucran, lo cual no resulta necesario analizar para los fines de este escrito, sin embargo, se considera importante resaltar que la Ley 599 de 2000, Código Penal, en su título VIII trata los delitos contra los derechos de autor estableciendo las sanciones respectivas frente a la violación de los derechos morales, patrimoniales y a los mecanismos de protección de derechos de autor.

1.4. LOS CONVENIOS INTERNACIONALES RATIFICADOS POR COLOMBIA EN MATERIA DE DERECHOS E AUTOR

La propiedad intelectual han sido altamente regulada a través de tratados internacionales, existiendo tratados que regulan la materia directamente y otros que tangencialmente hacen referencia al tema; la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI) ha compilado en el caso Colombiano toda la normatividad nacional e internacional en la materia⁶, se pretenden resaltar aquellos convenios que regulan directamente el tema específico de este trabajo y entre ellos la Decisión 351 de 1993.

⁶ Véase el listado de disposiciones sobre propiedad intelectual compilado por la OMPI en: <http://www.wipo.int/wipolex/es/profile.jsp?code=CO>

De la alta cantidad de convenios internacionales ratificados por Colombia en propiedad intelectual, se consideran importantes, por establecer una regulación directa al derechos de autor sobre obras plásticas o de bellas artes, los siguientes: (i) El Convenio de Berna para la protección de las Obras Literarias y Artísticas (1987) aprobado por la Ley 33 de 1987, (ii) Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor (1996), (iii) Convención universal sobre derechos de autor y sus protocolos I y II (1975), La Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena (1993), y (iv) El protocolo modificadorio, en el marco de la Política exterior e integración económica (2012).

La Decisión 351 de 1993, en su artículo 3º establece unos conceptos generales al igual que la Ley 23 de 1989 en su artículo 8º, los cuales guardan bastante concordancia. Es importante resaltar especialmente un concepto que contempla este artículo que no se encuentra en la Ley 23 de 1982: *“Obra Plástica o de bellas artes: Creación artística cuya finalidad apela al sentido estético de la persona que la contempla, como las pinturas, dibujos, grabados y litografías. No quedan comprendidas en la definición, a los efectos de la presente Decisión, las fotografías, las obras arquitectónicas y las audiovisuales”*.

El artículo 4 le reconoce la protección por derecho de autor a las obras de bellas artes y el artículo 7, establece el mismo principio del artículo 6º de la Ley 23 de 1982, afirmando que: *“queda protegida exclusivamente la forma mediante la cual las ideas del autor son descritas, explicadas, ilustradas o incorporadas a las obras”*. El artículo 5, reconoce a la obra derivada como obras protegibles por los derechos de autor, en concordancia con el literal “A” del artículo 5º de la Ley 23 de 1982, al disponer: *“Sin perjuicio de los derechos del autor de la obra preexistente y de su previa autorización, son obras del ingenio distintas de la original, las traducciones, adaptaciones, transformaciones o arreglos de otras obras.”*

La Decisión 351 de 1993, establece quienes son los titulares de los derechos de autor y divide los derechos en morales y patrimoniales; el artículo 18 establece una protección en el tiempo menor que la dispuesta actualmente dentro de la legislación colombiana, pero en virtud del artículo 59, se aplicará la protección contemplada en la Ley 23 de 1989.

2. LA PROPIEDAD INTELECTUAL COMO EL GÉNERO DE LOS DERECHOS DE AUTOR

2.1. EL CONCEPTO DE PROPIEDAD Y PATRIMONIO

Para entender la ubicación lógica del derecho de autor se considera importante abordar los conceptos de patrimonio y propiedad y la relación que se establece entre éstos y los derechos de autor.

El patrimonio, en palabras de Velázquez Jaramillo:

(...) es una universalidad jurídica formada por bienes activos y pasivos en cabeza de una persona jurídica individual o colectiva. De acuerdo con este concepto, el patrimonio tiene un contenido económico o pecuniario, y hacen parte de él los derechos reales y personales, también los derechos sobre objetos inmateriales (propiedad intelectual) y aun la posesión como derecho real provisional, tal como lo predicen tratadistas y algunas legislaciones extranjeras.⁷

En palabras de Rey Vega “*el patrimonio está compuesto por un conjunto de relaciones entre derechos y obligaciones sobre las cosas materiales e inmateriales.*”⁸

Atendiendo a la teoría clásica el patrimonio es un atributo de la personalidad, por lo que esta universalidad jurídica se encuentra inseparable y exclusivamente sujeta a la persona, la cual solo puede tener uno; las concepciones modernas del patrimonio al contrario le dan un carácter puramente económico o material por lo cual este puede ser desvinculado de la persona y divisible; por lo que atendiendo

⁷ VELÁZQUEZ JARAMILLO, Luis Guillermo. Bienes. Medellín: Legis, 2006, p. 99

⁸ REY VEGA, Carlos. La propiedad intelectual como bien inmaterial. Bogotá: Leyer, 2005, p. 9

esa concepción dentro del patrimonio pueden existir universalidades jurídicas separadas o especiales.⁹

Dentro del patrimonio como se mencionó, pueden encontrarse los derechos sobre objetos inmateriales, por lo que se hace relevante establecer qué tipo de relación se establece entre el titular y el objeto inmaterial, es necesario abordar el concepto de propiedad y posteriormente de propiedad sobre derechos inmateriales.

La propiedad es el derecho es el derecho real del cual se desprenden todos los demás derechos reales y es el más amplio que se puede tener sobre un bien; definido por el legislador en el artículo 669 del Código Civil, como el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella, no siendo contra la Ley o contra derecho ajeno. La teoría clásica de la propiedad le atribuía tres características principales, el carácter de absoluto, de exclusivo y de perpetuo; aproximaciones modernas al concepto relativizan tales características, desde el desarrollo doctrinario de León Duguit y la consagración en el artículo 58 de la Constitución Política de la función social de la propiedad, doctrinantes actuales caracterizan la propiedad como general e independiente; general porque le permite a su titular obtener la máxima utilidad del bien e independiente puesto que no tiene subordinación de ningún otro derecho.

La propiedad intelectual es una clase especial de propiedad, en tanto no se refiere a cosas corporales, como lo consagra el ya mencionado artículo 669 del Código Civil y así lo consagraba el artículo 671 del mismo Código, el cual dispone: *“Las producciones del talento o del ingenio son una propiedad de sus autores. Esta especie de propiedad se regirá por Leyes especiales.”*

⁹ Ibid, p. 9.

Sobre el carácter de la propiedad intelectual existe una discusión doctrinaria, de un lado existen autores que aseguran que no constituye un derecho real, puesto que recae sobre bienes incorporeales e intangibles y tiene un carácter moral e intelectual. Para autores como Barragán¹⁰:

La propiedad intelectual es un derecho real principal, en tanto existe un poder inmediato y exclusivo sobre una cosa incorporal sin respecto a persona determinada y con cargo de ser respetado por todo el mundo. Afirmación similar que se establece sobre los derechos reales en bienes corporales, en tanto la relación jurídica entre el propietario y un sujeto pasivo compuesto por un conjunto de personas indeterminadas, es de no intervención en los poderes que le otorga el dominio.

2.2. EL CONCEPTO DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Siguiendo lo regulado en el Código Civil en el artículo 671 y la regulación especial expedida en materia de derechos de autor, podría asegurarse que la propiedad intelectual es un tipo de propiedad *sui generis*, ya que recae sobre un tipo especial de bienes: los intangibles; en palabras de la Corte Suprema de Justicia:

...Sin duda, entre las distintas tesis que se han expuesto sobre la naturaleza del derecho de autor, la más aceptada hoy es la que se trata de una propiedad *sui generis*... (...) la propiedad intelectual recae sobre una cosa incorporal, la obra, la creación. La propiedad común, en estricto sentido, sólo sobre las cosas corporales...¹¹

En este sentido puede hacerse una distinción entre los derechos de autor sobre la obra y el derecho de propiedad sobre el soporte material en la que está consignada, en concordancia con el artículo 6 de la Decisión 351 de 1993. Sin excluir que este tipo de propiedad *sui generis* *tiene sus modalidades, pero queda*

¹⁰ BARRAGÁN, A. Derechos reales. Citado por: REY VEGA, Carlos. La propiedad intelectual como bien inmaterial. Bogotá D.C.: Leyer. 2005. p. 9

¹¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Plena. Magistrado Ponente: Humberto Barrera Domínguez. Bogotá, 10 de febrero de 1960.

*en ella la sustancia de la propiedad; sus tres elementos, usus, fructus y abusus, y sus atributos: persecución y preferencia.*¹²

Como institución jurídica la propiedad intelectual hace referencia a los bienes intangibles y la componen dos grandes esferas: la propiedad industrial y el derecho de autor; ambas con objetos jurídicos definidos. Por un lado la propiedad industrial trata principalmente de la protección de nuevas creaciones, como patentes, modelos de utilidad y diseños industriales, los signos distintivos y los secretos empresariales, y por el otro los derechos de autor, tienen como objeto la protección de obras literarias, artísticas y científicas¹³. Estas dos esferas se diferencian por el objeto de protección de cada una.

2.3. EL DERECHO DE AUTOR

Según lo define la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, es un término jurídico que describe los derechos concedidos a los creadores por sus obras literarias y artísticas¹⁴. Para Caballero Leal: *“puede definirse como el poder jurídico que corresponde al creador intelectual para ejercer derechos de naturaleza moral y patrimonial respecto de sus obras, independientemente del género a que éstas pertenezcan”*¹⁵.

Para la Corte Suprema, los derechos de autor:

Son una categoría del concepto de propiedad intelectual, que amparan el conjunto de derechos que la Ley otorga al creador de una obra literaria, artística, científica, cinematográfica, audiovisual, fonograma, programa de ordenador o soporte lógico (software), para utilizar con exclusividad su

¹² Ibid.

¹³ DIRECCIÓN NACIONAL DE DERECHO DE AUTOR. Concepto 1-2009-38736. Bogotá D.C.: 2009. p. 2

¹⁴ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL. [En línea]. Disponible en: http://www.wipo.int/copyright/es/general/about_copyright.html [consultado 4 marzo 2013].

¹⁵ CABALLERO LEAL, José Luis. Derecho de autor para autores. México D.F: Fondo de cultura económica, 2004. p. 1

creación o autorizar a terceros la utilización de la misma; reproducirla bajo distintas formas; ejecutarla o interpretarla públicamente; grabarla o fijarla por diversos medios; radiodifundirla; traducirla a otros idiomas o adaptarla.”¹⁶

El ámbito de protección que los derechos de autor confieren al creador de la obra, atiende tanto los intereses del reconocimiento de su creación intelectual, como los de índole económica que de allí se derivan, de donde surge la categorización de dos importantes vertientes de protección a la autoría, a saber, los derechos morales y los derechos patrimoniales.¹⁷

2.3.1 Derechos Morales

Tienen como finalidad proteger la personalidad del autor con relación a su obra, brindándole a éste privilegios exclusivos que el ordenamiento jurídico colombiano y la legislación internacional han determinado como perpetuos, inalienables e irrenunciables¹⁸. Hacen referencia al reconocimiento y protección que le brinda el ordenamiento jurídico al autor por haber dado vida a su obra.

Son perpetuos ya que, sin importar el tiempo que transcurra y a pesar de su fallecimiento, siempre será el autor de su obra; inalienables debido a la imposibilidad de transmitirlo o enajenarlo; y son irrenunciables puesto que *“aún cuando un autor en particular fuese obligado a renunciar a tal derecho o lo hiciera de forma voluntaria, estará en todo momento facultado para ser restituido en el goce absoluto de este derecho esencial cuando así lo reclame”*¹⁹.

Los derechos morales, conceden al autor una serie de prerrogativas y garantías que han sido consagradas en los diferentes cuerpos normativos, de esta forma el artículo 30 de la Ley 23 de 1982, el artículo 11 de la Decisión 351 de la Comisión

¹⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación penal. Proceso nº 31403. Magistrado Ponente: Sigilfredo Espinosa Pérez. Mayo 28 de 2010.

¹⁷ Ibid. p. 11

¹⁸ El artículo 30 de la Ley 23 de 1982 parágrafo 1 establece: *“Parágrafo 1º.- Los derechos anteriores no pueden ser renunciados ni cedidos. Los autores al transferir a autorizar el ejercicio de sus derechos patrimoniales no conceden sino los de goce y disposición a que se refiere el respectivo contrato, conservando los derechos consagrados en el presente artículo.”*

¹⁹ CABALLERO, Op. Cit., p. 2.

del Acuerdo de Cartagena y el artículo 6 bis del Convenio de Berna para la protección de derechos de autor, determinan qué se deberá reconocer al autor:

- **La paternidad de la obra:** significa que el autor tiene la prerrogativa de difundir la obra bajo su nombre y exigir el reconocimiento de su autoría cuando se haga utilización de ésta; este derecho le brinda al autor el poder de decidir si desea emplear su nombre real, un seudónimo o simplemente dejarlo en el anonimato.
- **La integridad de la obra:** le permite al autor oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la obra, cuando tales actos puedan causar o acusen perjuicio a su honor o a su reputación o la obra se demerite, a la vez le concede la facultad de pedir reparación por cualquiera de estos actos.
- **Derecho de divulgación o de inédito:** establece que es potestad del propio autor difundir su obra o conservarla inédita o anónima incluso después de su fallecimiento si así lo determinara.
- **Derecho de modificación:** le permite hacer cambios sobre su obra incluso después de su publicación.
- **Derecho de arrepentimiento:** El autor puede retirar la obra de circulación o suspender su utilización incluso si previamente lo hubiera autorizado, esto puede acarrear el deber de indemnizar a terceros que puedan verse perjudicados con su decisión.

La protección a los derechos morales es perpetua, ya que una vez fallezca el autor, corresponderá a sus causahabientes o al Estado el ejercicio de éstos, como lo estipulan los parágrafos 2 y 3 del artículo 30 de la Ley 23 de 1982:

Parágrafo 2º.- A la muerte del autor corresponde a su cónyuge y herederos consanguíneos el ejercicio de los derechos indicados en los numerales a) y b) del presente artículo. A falta del autor, de su cónyuge o herederos consanguíneos el ejercicio de estos derechos corresponderá a cualquier persona natural o jurídica que acredite su carácter de titular sobre la obra respectiva.

Parágrafo 3º.- La defensa de la paternidad, integridad y autenticidad de las obras que hayan pasado al dominio público estará a cargo del Instituto Colombiano de Cultura (hoy Ministerio de Cultura) cuando tales obras no tengan titulares o causahabientes que puedan defender o tutelar estos derechos morales (Paréntesis fuera del texto).

Como previamente se indicó, la jurisprudencia constitucional en diferentes providencias ha estipulado el carácter de fundamental de los derechos morales de autor, lo cual puede observarse cuando señala que:

Los derechos morales de autor se consideran derechos de rango fundamental, en cuanto la facultad creadora del hombre, la posibilidad de expresar las ideas o sentimientos de forma particular, su capacidad de invención, su ingenio y en general todas las formas de manifestación del espíritu, son prerrogativas inherentes a la condición racional propia de la naturaleza humana (...) Desconocer al hombre el derecho de autoría sobre el fruto de su propia creatividad, la manifestación exclusiva de su espíritu o de su ingenio, es desconocer al hombre su condición de individuo que piensa y que crea, y que expresa esta racionalidad y creatividad como manifestación de su propia naturaleza²⁰.

De igual forma, se ha resaltado en algunas providencias como la C-276 de 1996, el reconocimiento automático del derecho moral, ya que éste nace con la obra misma, desde el momento de su creación y no está supeditado a registro ni reconocimiento de autoridad administrativa alguna como bien lo contempla el artículo 9 de la Ley 23 de 1982: ***“Artículo 9º. La protección que esta Ley otorga al autor, tiene como título originario la creación intelectual, sin que se requiera registro alguno. Las formalidades que en ella se establecen son para la mayor seguridad jurídica de los titulares de los derechos que se protegen.”***

²⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. SU-913 de 2009. Magistrado Ponente: Juan Carlos Henao. Bogotá D.C. 11 de diciembre de 2009; haciendo referencia a lo dicho en la sentencia C-1118 de 2005.

2.3.2 Derechos patrimoniales

La segunda esfera de protección son los derechos patrimoniales, definidos por el doctrinante Rey Vega ²¹ como “*El derecho que tiene el autor de explotar económicamente su obra, pudiendo disponer de ella como a su propio criterio le parezca y que sea más conveniente para sus fines*”, ésta garantía permite al autor obtener beneficios financieros derivados de la utilización de su obra por terceros; La Corte Suprema de Justicia indicó en sentencia de casación del 30 de abril de 2008²² indicando que (los derechos patrimoniales):

Son todos aquellos que se relacionan con la explotación de la obra, con las retribuciones por su uso y difusión. En ese sentido, otorgan exclusividad al autor para reproducir, comunicar públicamente y transformar su obra. Abarca el derecho de distribución que comprende la venta, el arrendamiento o el alquiler; y el de importación, todos los cuales pueden ser transferidos por el autor a otras personas naturales o jurídicas.

El artículo 12 de la Ley 23 de 1982 estipula:

Artículo 12.- El autor de una obra protegida tendrá el derecho exclusivo de realizar o de autorizar uno cualquier de los actos siguientes:

- a. Reproducir la obra;
- b. Efectuar una traducción, una adaptación, un arreglo o cualquier otra transformación de la obra, y
- c. Comunicar la obra al público mediante representación, ejecución, radiodifusión o por cualquier otro medio.

En el mismo sentido, el artículo 13 de la Decisión 351 dicta:

²¹ VEGA REY, Op. Cit. p. 29.

²² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Magistrado Ponente: José Leónidas Bustos Martínez. Radicado No. 29.188.

Artículo 13. El autor o, en su caso, sus derechohabientes, tienen el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir:

- a) La reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento;
- b) La comunicación pública de la obra por cualquier medio que sirva para difundir las palabras, los signos, los sonidos o las imágenes;
- c) La distribución pública de ejemplares o copias de la obra mediante la venta, arrendamiento o alquiler;
- d) La importación al territorio de cualquier País Miembro de copias hechas sin autorización del titular del derecho;
- e) La traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra.

Las normas anteriores, hacen referencia a una serie de actuaciones relacionadas con la explotación económica de la obra frente a las cuales el autor tiene la potestad de autorizar o impedir que terceros las realicen. Esto puede llegar a enfrentar intereses discordantes entre partes interesadas- el autor, los medios de comunicación, los usuarios o sectores industriales-, en este sentido, es de gran importancia que el sistema jurídico *“garantice tanto el disfrute de una propiedad intelectual plena, como que en los supuestos de disfrute ajeno de los mismos, voluntaria o legalmente autorizado, exista una remuneración equitativa y proporcional al uso realizado”*²³.

En lo que corresponde al tema de obra plástica, se resalta la necesidad de garantizarle al autor el derecho de reproducción²⁴ es decir, que solo bajo su autorización se puedan expedir copias de su obra y comercializarlas; igualmente deberá solicitarse su consentimiento para exhibir su obra en un lugar abierto al

²³ DE COUTO GALVÉS, Rosa. Formas de compensación del autor, especialmente la remuneración por los límites a los derechos de autor en España. Disponible en: http://iidautor.org/documents/doctrina/2009/09_febrero_rosa.de.couto.pdf [consultado 7 de marzo de 2013].

²⁴ La Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena estipula en el artículo 14: “Se entiende por reproducción, la fijación de la obra en un medio que permita su comunicación o la obtención de copias de toda o parte de ella, por cualquier medio o procedimiento”.

público lo que garantizará su derecho a la comunicación pública²⁵; en el mismo sentido, se deberá garantizar el derecho de transformación y solicitar su autorización en caso de querer realizar una obra derivada de la suya²⁶; a la vez, se debe garantizar el derecho contenido en el artículo 16 de la Decisión 351 el cual indica que *“Los autores de obras de arte y, a su muerte, sus derechohabientes, tienen el derecho inalienable de obtener una participación en las sucesivas ventas que se realicen sobre la obra, en subasta pública o por intermedio de un negociante profesional en obras de arte. Los Países Miembros reglamentarán este derecho.”*

Los derechos patrimoniales tienen unas características diferentes a los derechos morales, esto debido a su carácter económico que los hace susceptibles de negociación, en este sentido, mientras los derechos morales son irrenunciables, los patrimoniales pueden ser objeto de disposición; a diferencia de los morales que son inalienables, los patrimoniales son susceptibles de transmitirse, en este sentido su titular puede ceder a otro, total o parcialmente, la capacidad de explotación económica, lo cual generalmente se logra a través de contratos de cesión de derechos mediante los cuales el autor limita el uso por un tiempo y lugar determinado. Es pertinente aclarar que *“las modalidades de explotación que conforman el derecho patrimonial exclusivo son independientes entre sí, es decir, que la autorización para un modo de uso no implica consentimiento para ningún*

²⁵ Decisión 351: “Artículo 15. Se entiende por comunicación pública, todo acto por el cual una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar, pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas, y en especial las siguientes: g) La exposición pública de obras de arte o sus reproducciones (...)”

²⁶ “Son obras derivadas entre otras las traducciones, compilaciones, resúmenes, arreglos y adaptaciones. se entiende por "adaptación" la modificación de una obra para crear otra obra, por ejemplo adaptando una novela para hacer una película” Organización Mundial de la Propiedad Intelectual OMPI. Nociones básicas sobre derecho de autor y derechos conexos. p. 9. Disponible en: http://www.wipo.int/export/sites/www/copyright/es/activities/pdf/basic_notions.pdf [consultado el 7 de marzo de 2013].

otro y los efectos de toda cesión del derecho pecuniario o de una licencia de uso se limitan a las formas expresamente previstas en el contrato o en la licencia.”²⁷

Contrario a los derechos morales, los patrimoniales son temporales por tanto el derecho a ejercer exclusivamente la explotación económica de la obra tiene una duración específica en el tiempo y será el legislador de cada país quien determine este lapso.

Como previamente se enunció, los derechos de autor se manifiestan en una serie de prerrogativas que le permiten a éste exigir a los demás que se abstengan de usar o explotar su obra mientras no estén expresamente autorizados. Sin embargo, esta limitación no debe extenderse indefinidamente, ya que va en contravía del derecho de los ciudadanos al acceso a los bienes culturales y las creaciones artísticas el cual está incluido en la Declaración Universal de Derechos Humanos: *“Artículo 27: 1. Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten”*.

Frente a esta disyuntiva la legislación ha fijado un lapso de tiempo durante el cual el autor ejercerá su derecho a usar y explotar su obra y una vez expire, ésta podrá ser usada libremente. El Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas en su artículo 7 estipula que:

1) *“La protección concedida por el presente Convenio se extenderá durante la vida del autor y cincuenta años después de su muerte.*

²⁷ ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. Comentarios al Laudo arbitral Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Bogotá 28/02/03. Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe CERLALC. Disponible en: <http://www.cerla/lc.org/derechoenlinea/dar/index.php?mode=archivo&id=361> [consultado el 8 de marzo de 2013]

6) Los países de la Unión tienen la facultad de conceder plazos de protección más extensos que los previstos en los párrafos precedentes.”

Esta disposición es acogida a la vez por la Comisión del Acuerdo de Cartagena al establecer en su Decisión 351, artículo 18: *“Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59, 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”*.

Por tanto, corresponde a la legislación nacional determinar de manera detallada el periodo durante el cual la obra va a estar en el dominio privado²⁸. En cumplimiento de esta obligación la Ley 23 de 1982 establece en su artículo 21: *“Los derechos de autor corresponden durante su vida, y después de su fallecimiento disfrutarán de ellos quienes legítimamente los hayan adquirido, por el término de ochenta años. En caso de colaboración debidamente establecida, el término de ochenta años se contará desde la muerte del último co-autor”*.

Debe tenerse en cuenta, como lo dicta el artículo 7 numeral 8 del Convenio de Berna, que el término de protección para las creaciones extranjeras, será el estipulado en el país de origen de la obra siempre y cuando éste sea menor o igual al establecido en la legislación de la nación donde se pretenda hacer valer el derecho: *“En todos los casos, el plazo de protección será el establecido por la Ley del país en el que la protección se reclame; sin embargo, a menos que la legislación de este país no disponga otra cosa, la duración no excederá del plazo fijado en el país de origen de la obra”*.

²⁸ “Se habla de un dominio privado sobre las obras cuando se encuentran en el mencionado término, durante el cual, cualquier utilización que de ellas se haga, debe ser previa y expresamente autorizada bien sea gratuita u onerosamente”. Dirección Nacional de Derechos de Autor. Concepto septiembre 2009. Disponible en: <http://www.derechodeautor.gov.co/documents/10181/223137/2-2009-15008+de+08+de+Septiembre+de+2009.pdf/9d7cf4b2-d405-4ce0-8e43-0950f3ff49e6?version=1.1> [consultado el 9 de marzo de 2013].

Una vez el plazo concedido por el legislador como vigencia del derecho de autor expira, se entiende que la obra pasa al dominio público lo que significa que puede ser usada libremente, sin necesidad de solicitar autorizaciones ni pagar remuneraciones, pero siempre respetando los derechos morales, ya que como se explicó previamente estos son perpetuos.

La Ley 23 de 1982 determina que:

Artículo 187º.- Pertenecen al dominio público:

- Las obras cuyo período de protección esté agotado;
- Las obras folclóricas y tradicionales de autores desconocidos.
- Las obras cuyos autores hayan renunciado a sus derechos, y
- Las obras extranjeras que no gocen de protección en la República.

2.4. LÍMITES AL DERECHO DE AUTOR

“Los bienes culturales capaces de satisfacer las necesidades de educación información y entretenimiento, no vienen de la nada, pues el ingenio humano mantiene una relación retro alimentadora con la sociedad en la que el creador vive: el hombre se aprovecha de los valores culturales existentes, pero con la habilidad para generar nuevas formas originales de expresión.

No es entonces una mera casualidad, que tanto la declaración de derechos humanos (art. 27), como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art 15) incluyan en una misma disposición, tanto el derecho de toda persona a la protección de los intereses morales y materiales que le corresponda por razón de las producciones científicas, literarias o artística de que sea autora; como el derecho de toda a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten”²⁹

²⁹ ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. Los límites del derecho subjetivo y el derecho de autor (los “usos honrados”, el “fair use” y el “is usus innocui”. El supuesto de abuso del derecho a la no divulgación de la obra). Disponible en: [.http://iidautor.org/documents/doctrina/2006/antequera.pdf](http://iidautor.org/documents/doctrina/2006/antequera.pdf) [consultado el: 8 de marzo de 2013]

Con el fin de asegurar el interés de la colectividad al acceso a los bienes culturales, las Leyes de derechos de autor promulgadas alrededor del mundo han garantizado, por un lado el derecho exclusivo del autor a explotar económicamente su obra, y por otro la posibilidad de usar las obras protegidas, en casos taxativamente establecidos, de forma libre y gratuita.

La Dirección Nacional de Derechos de Autor de Colombia ha dicho frente a esta cuestión que:

Por la necesidad de mantener un equilibrio entre el interés individual (el del autor) y el interés colectivo (e de la sociedad) que demanda el uso de obras, y un libre acceso a éstas, las legislaciones de derecho de autor consagran las limitaciones y excepciones al derecho de autor, previendo de manera expresa los casos en los cuales se permite, bajo ciertas circunstancias, la utilización de obras sin necesidad de solicitar la previa y expresa autorización del autor o titular, y sin pagar ningún tipo de retribución económica por tales utilizaciones³⁰

Así lo consagra el Tratado de la OMPI sobre derechos de autor:

Artículo 10 “Limitaciones y excepciones:

(1) Las Partes Contratantes podrán prever, en sus legislaciones nacionales, limitaciones o excepciones impuestas a los derechos concedidos a los autores de obras literarias y artísticas en virtud del presente Tratado en ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

(2) Al aplicar el Convenio de Berna, las Partes Contratantes restringirán cualquier limitación o excepción impuesta a los derechos previstos en dicho Convenio a ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

³⁰ DIRECCIÓN NACIONAL DE DERECHOS DE AUTOR. Comunicación C-1.1 del 2 de abril de 2001. Centro de Documentación. Comentario en la Base de Datos de Jurisprudencia del CERALALAC. Ricardo Antequera Parilli. Disponible en: <http://www..cerlalc.org/derechoenlinea/dar/index.php>. [consultado el 12 de marzo de 2013]

En el mismo sentido lo consagra el artículo 18-4, 4 del Tratado del Grupo de los 3, del cual hace parte Colombia: *“Cada Parte circunscribirá las limitaciones o excepciones a los derechos que establece este artículo, a casos especiales determinados que no impidan la explotación normal de la obra, ni ocasionen un perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular del derecho.”*

La legislación colombiana no ha sido ajena a esta circunstancia y en la Ley 23 de 1982 (artículos 31-44) estipuló una serie de casos en los cuales es posible hacer uso de la obra sin solicitar el aval de autor, siempre y cuando se sujete a las condiciones expresamente consagradas. Para el caso específico de obras de arte plástico se resaltan las siguientes disposiciones:

Artículo 32: Es permitido utilizar obras literarias o artísticas o parte de ellas, a título de ilustración en obras destinadas a la enseñanza, por medio de publicaciones, emisiones de radiodifusión o grabaciones sonoras o visuales, dentro de los límites justificados por el fin propuesto, o comunicar con propósitos de enseñanza la obra radiodifundida para fines escolares, educativos, universitarios y de formación profesional sin fines de lucro, con la obligación de mencionar el nombre del autor y el título de las obras así utilizadas.

Artículo 36º.- La publicación del retrato es libre cuando se relaciona con fines científicos, didácticos o culturales en general o con hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieren desarrollado en público.

Artículo 39º.- Será permitido reproducir por medio de pinturas, dibujos, fotografías o películas cinematográficas, las obras que estén colocadas de modo permanente en vías públicas, calles o plazas y distribuir y comunicar públicamente dichas reproducciones u obras. En lo que se refiere a las obras de arquitectura esta disposición solo es aplicable a su aspecto exterior.

Artículo 42º.- Es permitida la reproducción de obras protegidas o de fragmentos de ellas, en la medida que se estime necesaria por la autoridad competente, para su uso dentro de los procesos judiciales o por los órganos legislativos o administrativos del Estado.

Artículo 44º.- Es libre la utilización de obras científicas, literarias y artísticas en el domicilio privado sin ánimo de lucro.

En síntesis, es preciso advertir que la legislación nacional e internacional reconoce los derechos patrimoniales de autor con el fin de incentivar la creatividad de los seres humanos y reconocer su trabajo, pero a la vez busca que los frutos de esa creatividad puedan estar al alcance de la ciudadanía como instrumento de educación y de progreso cultural.

3. LA OBRA PLÁSTICA O DE BELLAS ARTES COMO OBJETO CONCRETO DE ESTUDIO

3.1 CONCEPTO DE OBRA PLÁSTICA

La noción de obra plástica o de bellas artes agrupa diferentes tipos de obra y aproximarse a un concepto único puede resultar una tarea compleja. Como se mencionó en capítulos anteriores, las disposiciones que regulan el tema de obra plástica solo se encargan de elaborar un listado de expresiones artísticas y no entran a analizar elementos de fondo, lo cual hace difícil crear un concepto general que permita determinar qué obras entrarían en esta categoría. Tal es la situación que, *la Reunión Regional de Directores de Entidades de Gestión Colectiva de Derechos de Autor de las Artes Visuales en América*, organizada por la OMPI en 2002, reconoce abiertamente la falta de dicho concepto, en sus términos: *“Siempre resulta controvertido el tema acerca de qué debe entenderse como “obra plástica” en la esfera del derecho de autor. En nuestra Ley, como en la gran mayoría de las legislaciones nacionales en la materia, no se fija un concepto de obra plástica, sino que se limita a ejemplificar, de forma general y no exhaustiva, aquellas creaciones que se ajustan a esta manifestación.”*³¹

El Glosario de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos³², en concordancia la Decisión 351, artículo 3, establecen que el criterio que lo determina como tal es *que sea una “Creación artística cuya finalidad apela al sentido estético de la persona que la contempla (...)”*. La Decisión además, complementa su definición con un listado de supuestos

³¹JIMENEZ ADAY, Miguel. Legislación cubana en materia de derechos de autor aplicable a las artes visuales en Cuba. Documento resultante de la reunión regional de directores de entidades de gestión colectiva de derechos de autor de las artes visuales en América Latina organizado por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. La Habana, Cuba, noviembre de 2002. p. 2

³² ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. Estudios de derecho industrial y derechos de autor: Análisis de jurisprudencia comparada. Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de ciencias jurídicas, Temis, 2009. p. 477

que harían parte de ésta y otros que no: “*como las pinturas, dibujos, grabados y litografías. No quedan comprendidas en la definición, a los efectos de la presente Decisión, las fotografías, las obras arquitectónicas y las audiovisuales.*”

El sentido estético como criterio de diferenciación de las obras plásticas fue debatido en la *Reunión Regional de Directores de Entidades de Gestión Colectiva de Derechos de Autor de las Artes Visuales en América*, donde se expresó que:

Por otra parte, existe en la doctrina un criterio generalizado de establecer como punto de partida para determinar si una obra pertenece o no al género plástico la expresión de belleza que ellas encierran. Sin embargo, es de todos conocido que el valor estético de una obra no es relevante para el derecho de autor y que dentro del elenco de las obras plásticas existe un conjunto de creaciones que aunque tengan elementos artísticos no apelan al sentido estético ni es esa su finalidad. En este sentido, podemos mencionar a los planos relativos a la geografía, a la topografía, las cartas geográficas, los atlas y los mapas.³³

Estas obras sin finalidad estética, son también catalogadas como obras plásticas y protegidas de la misma manera por la legislación comunitaria y nacional, según lo estipula el artículo 4 numeral k de la Decisión 351³⁴, y la Ley 23 de 1982 en su artículo 2 al enunciar que las “*obras plásticas relativas a la geografía, a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias*” también gozan de la protección del derecho de autor. De este modo, la obra plástica o de “bellas artes” en su sentido clásico hace referencia a una manifestación de creatividad que apela a la estética de su espectador como en el caso de las pinturas, las esculturas o los dibujos, pero en su sentido general no se reduce a esta finalidad y abarca otro tipo de creaciones.

³³ JIMENEZ ADAY. Op. Cit. p. 3

³⁴ “Artículo 4: La protección reconocida por la presente Decisión recae sobre todas las obras literarias, artísticas y científicas que puedan reproducirse o divulgarse por cualquier forma o medio conocido o por conocer, y que incluye, entre otras, las siguientes: k) Las ilustraciones, mapas, croquis, planos, bosquejos y las obras plásticas relativas a la geografía, la topografía, la arquitectura o las ciencias”.

Analizando la finalidad como criterio, se considera relevante examinar las obras de arte aplicado, definidas por la doctrina como *“una creación artística con funciones utilitarias o incorporada en un artículo útil, ya sea de artesanía o producida a escala industrial. Por su expresión tiene un carácter artístico pero por su destino es de utilización industrial.”*³⁵ La distinción entre las obras de arte aplicado y las obras plásticas, se refleja en lo establecido por el Convenio de Berna en los artículos 2.7 y 7.4, ya que establece la posibilidad de fijar, para las obras de arte aplicado, un plazo de protección diferente al fijado para las obras de arte plástico. Debido a su finalidad utilitaria, las obras de arte aplicado son protegidas a su vez por las normas de propiedad industrial. No obstante nada impediría que concurriera la protección en una obra en específico, si aquella cumpliera los requisitos legales de protección en ambos sistemas de la propiedad intelectual.

Del análisis anterior se logra deducir que si bien la legislación de derechos de autor enumera diversos tipos de obras plásticas protegidas, ésta termina siendo una lista ejemplificativa que no impide que la protección se extienda a otro tipo de producciones que puedan adecuarse a ésta, lo cual, como se examinó, no resulta tarea sencilla. En todo caso, si se trata de una obra original, sea o no definida como plástica siempre será protegida por la normatividad de los derechos de autor.

3.2. CARACTERÍSTICAS RELEVANTES PARA LA PROTECCIÓN DE LA OBRA

El derecho de autor busca garantizar una serie de prerrogativas a los creadores por sus obras, pero esta protección no es absoluta, la legislación, la jurisprudencia y la doctrina han fijado ciertas características que deben tener las obras para poder brindarles protección a través del derecho de autor.

³⁵ ANTEQUERA PARILLI. Op. Cit. p. 8

El artículo 3º de la Decisión Andina 351 de 1993, define “obra” como “*toda creación intelectual original de naturaleza artística, científica o literaria, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma*”. Precisamente la anterior definición permite entrever las características exigidas para que la creación pueda gozar de protección jurídica:

3.2.1 La originalidad

Si bien la legislación no ha definido de manera concreta este término, el cual resulta fundamental al momento de lograr la protección de una obra, la doctrina y la jurisprudencia han desarrollado ciertos conceptos base de los que se han valido los jueces y tribunales para tomar sus decisiones en la materia. Este criterio que se ha desarrollado por la doctrina especializada y la jurisprudencia es un criterio subjetivo propio del sistema jurídico continental que acoge la originalidad subjetiva, en donde la creación intelectual se entiende como un reflejo de la personalidad del autor, en contraposición al sistema jurídico anglosajón que acoge un criterio de originalidad objetivo.

De este modo, para la Corte Suprema de Justicia³⁶ “*El concepto de “originalidad”, hace referencia a la “individualidad” que el autor imprime en la obra y que permite distinguirla de cualquier otra del mismo género*”. Este concepto apunta a que el autor exprese una singularidad, que su creación lleve consigo características que la hagan propia y logren marcar un distintivo frente a otras creaciones. Por su parte, el doctrinante Antequera Parilli expone que “*Dentro del análisis del derecho de autor de las obras plásticas, es fundamental la característica de originalidad, característica que hace referencia a que la obra “lleve impronta la personalidad” “el estilo propio del autor” “que ha de singularizarla o destacarla del resto como resultado de las ideas particulares o individuales del creador”*³⁷.

³⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de casación penal. Proceso núm. 31403. Magistrado Ponente: Sigilfredo Espinosa Pérez. 28 de mayo de 2010.

³⁷ ANTEQUERA PARILLI. Op. Cit. 482 p.

El Tribunal Andino en el proceso 32-IP-97 afirma que:

La originalidad –en el sentido de “individualidad”- como requisito existencial de la “obra” objeto del derecho de autor, no constituye solamente una elaboración doctrinaria, sino que es recogida en el plano del derecho positivo. Así, la Decisión 351 reconoce la protección a los autores sobre las “obras del ingenio” (artículo 1°), y a esos efectos define como autor a la persona física que realiza la “creación” intelectual, y a la obra como toda “creación” de naturaleza artística científica o literaria (artículo 3°).

En el mismo sentido, se pronunció la Sala de Propiedad Intelectual del Tribunal de INDECOPI, de Perú, al resolver una acción por infracción en la que debía dilucidarse si una etiqueta constituía obra en los términos de las normas sobre derechos de autor, la Sala consideró que:

...si bien toda obra es el producto del esfuerzo de su creador, no todo acto producido con esfuerzo merece protección por derechos de autor. Ello sólo será posible en la medida en que la creación tenga elementos de originalidad suficientes para ser considerada como obra. Admitir lo contrario, implicaría proteger incluso aquello que no es objeto de protección por derechos de autor, como la elaboración de la lista de películas que exhiben en los cines de Lima (...)El requisito de originalidad e individualidad implica que para la creación de la obra debe existir un espacio para el desarrollo de la personalidad de su autor (...) Igualmente, la originalidad sirve para diferenciar las obras protegidas por derechos de autor de las banales, de la vida diaria, rutinarias”³⁸.

Es menester aclarar, como lo plantea la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia³⁹, que la originalidad difiere de la novedad, en tanto no es necesario hacer uso de técnicas o expresiones diferentes, no es necesario que se desligue de vínculos usados con anterioridad, simplemente cada obra debe destacarse por su particularidad e individualidad de las demás.

³⁸ TRIBUNAL DE INDECOPI (Perú). Citado por Martín Zecenarro Flores. Disponible en: <http://www.kpmg.com/PE/es/IssuesAndInsights/sala-de-prensa/articulos-opinion/Documents/LA-condicion-de-originalidad-de-la-obra-en-el-derecho-de-autor-M-Zecenarro.pdf> [consultado el: 15 de marzo de 2013].

³⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de casación penal. Proceso núm. 31403. Magistrado Ponente: Sigilfredo Espinosa Pérez. 28 de mayo de 2010.

Para el doctrinante Caballero Leal⁴⁰:

El concepto de originalidad no equivale a novedad, en el sentido de que solo se protege lo inédito, lo nuevo, lo único, como sucede en el caso de las invenciones, en donde la novedad es requisito fundamental para su patentamiento (...) la originalidad se satisface plenamente cuando la obra en cuestión refleja de cualquier modo la personalidad del autor que la ha creado, por contener la forma de expresión que éste ha elegido.

3.2.2 No protección de las ideas

Previamente se había hecho alusión a lo que estipula el ordenamiento jurídico colombiano (artículo 6 de la Ley 23 de 1982) y la legislación andina (artículo 7 de la Decisión 351) frente a la protección de las formas de expresión y no de las ideas, ya que éstas son simplemente el objeto de inspiración mas no constituyen obra alguna y no gozan de una estructura concreta.

Artículo 6º de la Ley 23 de 1982: 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, ilustradas o incorporadas en las obras literarias, científicas y artísticas.

Artículo 7 de la Decisión 351: Queda protegida exclusivamente la forma mediante la cual las ideas del autor son descritas, explicadas, ilustradas o incorporadas en las obras.

No son objeto de protección las ideas contenidas en las obras literarias y artísticas (...)

El derecho comparado ilustra con claridad que la protección que otorga el derecho de autor no abarca, por sentido lógico, las ideas, porque éstas son fuente de creación, que propician el desarrollo del conocimiento y como tales, circulan libremente en la sociedad. Así pues, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala E (Argentina) indicó que: *“En el orden de la tutela de los derechos de*

⁴⁰ CABALLERO LEAL. Op. Cit. p. 3

autor, la simple idea, como tal no constituye aún la obra objeto de resguardo legal, toda vez que le falta la realización, la forma concreta, la estructura”, de igual forma, la Audiencia Provincial de Madrid en fallo de 1998 estableció que:

La idea, como mera elucubración del pensamiento, no es un objeto apropiable por ser indefinida en sus perfiles y, por tanto, no cognoscible, lo que impide su apropiación y reproducción; toda obra literaria y artística, como toda idea, es en realidad una abstracción, pudiendo afirmarse que más que las ideas en sí, lo que protege la Ley de Propiedad Intelectual, es la expresión de las ideas del autor [...]⁴¹.

Es esta limitación la que permite que un mismo tema sea tratado infinidad de veces y plasmado en varias obras, llevando cada una un sello personal que le permite gozar de protección. Resulta totalmente inconcebible que la legislación contemplara la imposibilidad de recurrir a referentes preexistentes, ya que como lo dice Delia Lipszyc, *lo que permite que cada generación impulse el lento avance de la civilización es la posibilidad de trabajar sobre lo existente, de proseguir el camino sin tener que rehacerlo.*⁴²

En concordancia, en el libro *“la tutela de la obra plástica en la sociedad tecnológica”*⁴³, se utiliza como ejemplo la obra *“Naturaleza muerta con catorce girasoles”* de Vincent Van Gogh (ver imagen 5 en anexos) para ilustrar como una obra tratando el mismo tema y siendo una interpretación de una obra ya existente: *“El jarrón de girasoles”* de Claude Monet (ver imagen 4 en anexos), puede tener el

⁴¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sala de casación penal. Proceso núm. 31403. Magistrado Ponente: Sigilfredo Espinosa Pérez. 28 de mayo de 2010. p. 23

⁴² Delia Lipszyc, Derecho de Autor y Derechos Conexos. Buenos Aires, UNESCO/Cerlalc-Zavalía, 1993, pág. 62. Citado por Ricardo Antequera Parilli en obra referenciada, pág. 163.

⁴³ DE COUTO GLAVEZ, Rosa; DE MARTIN MUÑOZ, Alberto; CORRIPIO GIL-DELGADO, Reyes y GOMEZ LANZ, Javier. La tutela de la obra plástica en la sociedad tecnológica: consideración especial del derecho a la propia imagen y de otros activos materiales. Fundación de arte y derecho, p 48. Disponible en:

<http://books.google.com.co/books?id=gbxNduDjGAsC&printsec=frontcover&hl=es#v=onepage&q&f=false> [consultado: 19 de abril de 2013]

carácter de obra originaria, aunque se inspire en el estilo de otro autor, o en la composición o distribución de los elementos que aparecen en la obra.

3.2.3 Irrelevancia del mérito

Esta característica que se deduce de la norma comunitaria, apunta a que la obra debe ser protegida sin necesidad de apelar a su sentido estético ni al destino final que ésta vaya a tener.

La legislación contempla que la obra ha de ser protegida sin necesidad de apelar a cuestiones subjetivas de belleza, finalidad, utilidad, etc. Incluso, no hace distinción si la obra proviene de un gran artista famoso o de otro no conocido. *“Al Derecho de Autor no le interesa si la obra está destinada a un fin cultural, por sus valores estéticos, o industriales, por su carácter utilitario; incluso también es irrelevante si la creación permanecerá en el círculo privado de su autor o si tendrá fines comerciales.”*⁴⁴

Frente a esta cuestión, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (proceso 165-IP-2004) ha dicho que: *“la protección no depende del mérito de la obra o de su destino, ni de la complejidad del trabajo intelectual o de los recursos para producirla, sino de que ella posea elementos demostrativos de una diferencia sensible, absoluta o relativa, que individualice el pensamiento representativo o la subjetividad de su autor”*.

Este criterio es fundamental para lograr la protección de las obras de “bellas artes” donde la belleza o la perfección no es objetiva y va a depender de una consideración personal que puede variar en función del espacio y el tiempo, por tanto, es ajeno al juez realizar un juicio estético o moral de la obra para garantizar su protección.

⁴⁴ JIMENEZ ADAY. Op. Cit. p. 5

3.2.4. Independencia del soporte material que la contiene

Con referencia a lo dicho en capítulos anteriores, la obra es un bien inmaterial que goza de protección jurídica por parte del derecho de autor de manera independiente al soporte material que la contiene. Si bien, la obra plástica clásica presenta dificultades al momento de separar la creación de su soporte (el boceto original) es pertinente advertir, como lo hace la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la República Argentina:

La identificación entre el aspecto espiritual y material han provocado un sinnúmero de confusiones y soluciones jurídicas erróneas en esta materia. La técnica de un arte no es el arte mismo. Una obra intelectual, si bien se percibe por medios materiales, no es idéntica a éstos. Es una distinción sutil, pero fundamental. Es la obra intelectual a la que se refiere el derecho autoral y no a los medios materiales. No debe confundirse la obra intelectual con sus medios de expresión, fijación o exteriorización. (...) Las obras de dibujo se expresan por líneas y sombras, se fijan mediante pinceles con las pastas o líquidos colorantes y se exteriorizan por los cuadros (...).⁴⁵

En consonancia con lo anterior, la enajenación o cesión de una obra plástica, no otorga al adquirente derechos morales o derechos patrimoniales como la reproducción o la transformación ya que éstos quedan reservados al autor de la obra, salvo alguna estipulación en contrario, así lo dicta el artículo 6 de la Decisión 351: *“Los derechos reconocidos por la presente Decisión son independientes de la propiedad del objeto material en el cual esté incorporada la obra”*.

La Dirección Nacional de Derechos de Autor en concepto 15-9-2004 determinó que:

⁴⁵ CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA. Sentencia de la Sala H (8-4-1998). Citado por: ANTEQUERA PARILLI. Op. Cit. p. 488

Independientemente del negocio jurídico a través del cual el museo adquiera la propiedad sobre el soporte físico de las obras que conforman su colección (donación, legado, compraventa), la posesión del mismo no necesariamente significa que el museo se acredite como titular de todos los derechos patrimoniales sobre la obra. (...) En efecto, el derecho sobre el objeto físico (el cuadro, la talla, etc.) aunque se trate de un ejemplar único, no supone la titularidad del derecho de autor sobre la obra artística, se trata de derechos distintos e independientes. (...) Se tiene el derecho al disfrute de las obras allí contenidas, pero se carece de derechos de disposición sobre las mismas.

3.3. EL CONCEPTO DE OBRA DERIVADA

La protección que brinda la legislación nacional e internacional frente a la obra plástica no se limita a la obra originaria, que como tal es definida en la Ley 23 de 1982 artículo 8 numeral (i) como “*aquella que es primitivamente creada*”, lo que significa que no ha sido el fruto de la transformación de una obra anterior. Para Caballero Leal⁴⁶ es “*aquella expresión formal del pensamiento humano que el autor concibe y ejecuta por sí mismo, y que en su contenido y forma refleja el esfuerzo creativo propio, individual, independiente y distinto de lo ya creado o expresado por terceros*”. Esta obra le brinda al autor la posibilidad de gozar plenamente de los derechos morales y patrimoniales que la legislación le reconoce.

La normatividad nacional e internacional, admite la posibilidad de realizar transformaciones, ya sea traducciones, adaptaciones, arreglos, entre otros, a una obra originaria; así lo establece el artículo 2 numeral 3 del Convenio de Berna para la protección de obras literarias y artísticas: “*3) Estarán protegidas como obras originales, sin perjuicio de los derechos del autor de la obra original, las traducciones, adaptaciones, arreglos musicales y demás transformaciones de una obra literaria o artística*”.

⁴⁶ CABALLERO LEAL. Op. Cit. p. 5

Así pues, *aquella obra que resulte de la adaptación, traducción, u otra transformación de una originaria, siempre que constituya una creación autónoma*⁴⁷, es denominada obra derivada. Ésta se instituye en virtud de la autorización que otorga el autor para transformar su obra originaria, la cual se toma como base para la realización de la creación derivada. Es fundamental, en virtud de lo estipulado por el Convenio de Berna (artículos 8 y 12), la Ley 23 (artículo 5) y la Decisión 351 (artículo 5), solicitar el respectivo permiso al titular de la obra originaria pues el ejercicio de los derechos patrimoniales de la obra derivada estarán sujetos a la autorización que previa y expresamente se haya obtenido. Es menester aclarar que cuando la obra originaria se encuentra en el dominio público se prescinde de solicitar permiso alguno pero deben respetarse los derechos morales, tales como la paternidad e integridad, de la obra originaria.

Una obra derivada será protegida por el derecho de autor en tanto y en cuanto sea una creación intelectual original. La creación intelectual debe entenderse en la medida en que se incorporan o se aportan elementos que convierten la modificación en una obra distinta, de tal suerte que la obra de primera mano y la obra derivada reciben una protección en forma independiente una de otra⁴⁸.

De lo anterior, en principio se deduce que la reproducción⁴⁹ no generaría una obra derivada ya que hace referencia a la fijación de la obra en un medio distinto o la obtención de una copia de la obra, por lo que no estaría presente una creación intelectual que incorpore elementos nuevos que den como resultado una obra distinta. Sin embargo, en el campo específico de la obra plástica o de “bellas artes”, el tema ha generado diferentes posturas en la doctrina especializada, ya

⁴⁷ Ley 23 de 1982, artículo 8.

⁴⁸ DIRECCIÓN NACIONAL DE DERECHOS DE AUTOR. Concepto jurídico 2-2008-2292 de 19 de febrero de 2008.

⁴⁹ Como se enunció en el capítulo de derechos patrimoniales, la reproducción es definida por la Decisión 351 de la Comunidad Andina como “la fijación de la obra en un medio que permita su comunicación o la obtención de copias de toda o parte de ella, por cualquier medio o procedimiento.”

que para algunos no es tan claro que la reproducción de una obra plástica no genera una obra derivada⁵⁰.

La discusión tiene como punto de partida la dificultad que se da en las obras artísticas caracterizadas por constituir ejemplares únicos como el caso de las pinturas y las esculturas, ya que resulta complejo lograr diferenciar la creación intelectual del soporte donde se incorpora la obra:

(...) la propia naturaleza de las obras artísticas dificulta en ocasiones la aplicación de las normas de derechos de autor, en particular aquellas que se refieren al ejercicio de los derechos morales y los de explotación, debido sobre todo a la unicidad de la obra plástica y a la confusión entre la mera creación intelectual o artística (*corpus mysticum*) y el (*corpus mechanicum*) en que se exterioriza y queda plasmada.⁵¹

Para cierta parte de la doctrina estudiosa de la obra plástica:

Cuando se lleva a cabo una reproducción de la obra, el resultado final nunca es totalmente idéntico al original del que se partió, puesto que la obra plástica singular tiene sus propias características, y el cambio del soporte de la obra plástica da lugar a una nueva imagen de la obra que no se corresponde con la misma, por lo que se tratará de una obra derivada, es decir, que incorpora elementos de la obra anterior de la que parte.⁵²

⁵⁰ El tema ha sido tratado por el español Germán Bercovitz Álvarez. *Obra plástica y derechos patrimoniales de autor*. Citado por: BONDÍA ROMÁN, Fernando. *La compraventa de una obra de arte*. Disponible en: <http://books.google.com.co/books?id=yczmVsfPTT8C&pg=PA206&lpg=PA206&dq=reproduccion+d+e+obra+plastica&source=bl&ots=8grQgx9CTq&sig=kEq1B4JW74wHHEFFid5jriOIJgo&hl=es&sa=X&ei=BuVIUbaEAK89gTj8YCwBA&ved=0CCsQ6AEwADgK#v=onepage&q&f=false> pág. 199 (consultado 11 de abril de 2013)

⁵¹ BERCOVITZ ÁLVAREZ, G. *Obra plástica y derechos patrimoniales de su autor*. Citada por RIBERA BLANDES, Begoña. "El derecho de reproducción en la propiedad intelectual". P. 185. Disponible en: http://books.google.com.co/books?id=9fpuXBSmdhgC&pg=PA187&lpg=PA187&dq=obra+derivada+o+copia&source=bl&ots=3dHGRIAhw6&sig=vdkbU85cswUNi_2DaueNrJZIZ98&hl=es&sa=X&ei=DpNkUZy2CpDY9ASvtYDIBw&ved=0CEAQ6AEwAzgK#v=onepage&q=obra%20original&f=false (consultado el: 15 de abril de 2013)

⁵² ORTEGA, D. *Obra plástica y derechos de autor*. Citado por: RIBERA BLANDES. *Op. Cit.* p. 186

Sin embargo, otros doctrinantes⁵³ admiten que si bien no es posible la reproducción manual de la obra plástica ya que llevarían a la creación de una obra derivada, si podría lograrse la reproducción a través de la fotografía o la toma audiovisual.

Acogiendo la posición propuesta por la doctrinante Cristina López en su libro "*La transformación de la obra intelectual*", la respuesta no debe inclinarse a posturas extremas y en cada caso se deberá atender al resultado obtenido y al ánimo del sujeto que realiza la copia para lograr determinar si se está en presencia de una reproducción o una transformación, pues bien, la reproducción no lleva consigo que el ejemplar resultante sea completamente idéntico en color o forma al original y sería suficiente que éste desarrolle una función representativa del original, por su parte, la transformación implicaría que se introduzcan elementos nuevos que lleven a que una persona con conocimiento de arte logre diferenciar la original de la obra resultante⁵⁴.

⁵³ Bercovitz Álvarez sostiene esta posición.

⁵⁴ LÓPEZ SANCHEZ, Cristina. *La transformación de la obra intelectual*. Madrid, España: Dykinson. 2008, p. 56

4. LA VIOLACIÓN A LOS DERECHOS DE AUTOR: EL PLAGIO

El término plagio es una creación doctrinal, ya que la legislación nacional no consagra esta expresión en la normatividad penal, en ésta se utiliza el término “*violación a los derechos de autor*” según lo regulado en el título VIII (artículos 270 a 272) de la Ley 599 de 2000.

Según lo define el glosario de derechos de autor y derechos conexos de la OMPI, el plagio es “*el acto de ofrecer o presentar como propia, en su totalidad o en parte, la obra de otra persona, en una forma o contexto más o menos alterados*”⁵⁵. De esta manera, se desconoce y se vulneran los derechos morales del autor pues se niega la paternidad de la obra como también puede violarse la integridad, al hacerle modificaciones a la obra con el fin de presentarla como una creación diferente.

El artículo 270 del Código Penal describe las conductas que conllevan a la violación de los derechos morales de autor, en los siguientes términos:

(...)

1. Publique, total o parcialmente, sin autorización previa y expresa del titular del derecho, una obra inédita de carácter literario, artístico (...)
2. Inscriba en el registro de autor con nombre de persona distinta del verdadero titular, o con título cambiado o suprimido, o con el texto alterado, deformado, modificado o mutilado, o mencionando falsamente el nombre del editor o productor de una obra de carácter literario, artístico (...)
3. Por cualquier medio o procedimiento compendie, mutile o transforme, sin autorización previa o expresa de su titular, una obra de carácter literario, artístico (...).

⁵⁵ BOYTHA, Gyorgy. Ginebra 1980. Citado por la Dirección Nacional de Derechos de Autor. Concepto 26 de marzo de 2010.

Por su parte, y en un sentido muy similar, el artículo 271 describe en 7 numerales las conductas relacionadas con la violación de los derechos patrimoniales de autor e indica que:

Incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de veintiséis punto sesenta y seis (26.66) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes quien, salvo las excepciones previstas en la Ley, sin autorización previa y expresa del titular de los derechos correspondientes:

1. Por cualquier medio o procedimiento, reproduzca una obra de carácter literario, científico, artístico (...)
2. Represente, ejecute o exhiba públicamente obras teatrales, musicales, fonogramas, videogramas, obras cinematográficas, o cualquier otra obra de carácter literario o artístico (...)
5. Disponga, realice o utilice, por cualquier medio o procedimiento, la comunicación, fijación, ejecución, exhibición, comercialización, difusión o distribución y representación de una obra de las protegidas en este título (...)

A partir de la normatividad anterior, se logra divisar que, como lo sostiene Vicente Gaviria: *“(...) El bien jurídico que se tutela se refiere al conjunto de facultades, atribuciones o derechos morales y patrimoniales que le permiten al individuo explotar de forma exclusiva aquello que es producto de su intelecto (...)”*⁵⁶.

Las conductas descritas en la legislación penal no determinan a cabalidad cual es el grado de copia, reproducción, transformación o mutilación necesario para que se considere como una conducta penalmente sancionable. Frente a este vacío, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de casación previamente citada indicó:

Por lo tanto, la usurpación de la paternidad a través de la conducta plagaria puede producirse de dos maneras: Cuando el plagario pura y simplemente suprime el nombre del autor verdadero sin tocar en lo absoluto el contenido de la obra; o cuando extrae partes importantes de ella para incorporarlas a la obra plagaria. El primero de los casos se denomina imitación servil y el segundo, imitación elaborada. En ambos casos se encontrará tipificada la

⁵⁶ GAVIRIA LONDOÑO, Vicente. Delitos contra los derechos de autor, Lecciones de derecho penal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 548-549

infracción aunque, en el último el descubrimiento del delito puede resultar una tarea ardua.”⁵⁷

Por consiguiente, la Corte indica que:

Lo esencial para la caracterización del plagio es que haya apropiación de las manifestaciones originales y novedosas, entendidas como resultado de la actividad del espíritu, que evidencian individualidad y creación, sin perder de vista que las identidades en muchas ocasiones pueden ser fruto del azar, del desenvolvimiento de una misma idea dentro de un mismo marco social⁵⁸.

Con el fin de determinar la violación a los derechos de autor en los casos concretos, vale la pena exaltar lo dicho por la Dirección Nacional de Derechos de Autor en concepto jurídico 2-2010-48296: *“la mera similitud de ideas o contenido conceptual entre dos obras no es constitutiva de plagio, toda vez que se requiere que exista similitud o coincidencia con una parte sustancial de los elementos originales de la obra plagiada, y las ideas no son objeto de protección o apropiación exclusiva en el marco del derecho de autor”*, por tanto, el juzgador deberá analizar detalladamente en cada situación la existencia de elementos sustancialmente semejantes a la obra originaria con el fin de determinar si se está en presencia de alguno de los supuestos contemplados por la norma penal o si simplemente es un caso donde se toma la obra como fuente de inspiración.

⁵⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sala de casación penal. Proceso núm. 31403. Magistrado Ponente: Sigilfredo Espinosa Pérez. 28 de mayo de 2010. pág 76.

⁵⁸ GARCIA LONDOÑO, V. Delitos contra los Derechos de Autor. Citado por Corte Suprema de Justicia, 555 p.

5. APROXIMACIÓN A LA LÍNEA DIVISORIA ENTRE UNA OBRA ORIGINARIA Y UNA OBRA DERIVADA

Es necesario, para alcanzar los objetivos de este acápite, revisar los conceptos que se han encontrado a través de la exploración de las fuentes. En el concepto de obra, y con mayor particularidad en la obra plástica, aparece entre otros, como criterio determinante para recibir protección jurídica, el carácter de original. La doctrina especializada estudiada en este tema, ha acogido la tesis de la originalidad subjetiva, por lo que se entiende que ésta es la impresión de la individualidad del autor en su obra; esa individualidad, o reflejo de personalidad, o expresión de su singularidad, se realiza a través de una forma, que es realmente lo que protegerá el derecho de autor, como se ha expuesto, es la forma y no la idea la que protege el derecho de autor. Retomando lo dicho en otra de las definiciones, la obra protegida será aquella que refleje un esfuerzo creativo propio, individual, independiente y distinto de lo ya creado o expresado por terceros⁵⁹.

Este análisis de obra protegida es determinante, tanto para una obra originaria como para una derivada, puesto que ésta segunda, aunque haya tomado elementos de una existente, aún tiene que tener esa impronta personal del autor para adquirir una protección jurídica, es decir, debe tener un grado de transformación. Como ya se ha mencionado: *“Una obra derivada será protegida por el derecho de autor en tanto y en cuanto sea una creación intelectual originaria”*⁶⁰.

Es una práctica frecuente al crear una obra partir de lo ya existente. Esta realidad no es contraria a la lógica del sistema de los derechos de autor y es el sustento de que las protecciones a las mismas, al menos en su aspecto patrimonial, no sean

⁵⁹ CABALLERO LEAL. Op. Cit. 5 p.

⁶⁰ DIRECCION NACIONAL DE DERECHOS DE AUTOR. Concepto jurídico 2-2008-2292. 19 de febrero de 2008.

perpetuas. Retomando la cita de Delia Lipszyc: “*lo que permite que cada generación impulse el lento avance de la civilización es la posibilidad de trabajar sobre lo existente, de proseguir el camino sin tener que rehacerlo*”⁶¹.

Se han encontrado dos tipos de vínculos que se pueden establecer entre una obra anterior y una posterior, determinar uno u otro tiene efectos jurídicos disimiles y relevantes. Por un lado al categorizar una obra como **originaria inspirada** en otra, recibiría una protección jurídica plena y no problemática; pero si por otro lado se categoriza a la obra como **derivada**, aparecería el requisito jurídico de recibir una autorización expresa del titular de la obra anterior, e incluso si aquella obra fuese de dominio público aún tendría que respetar los derechos morales.

Desde este punto, ya se alcanza a percibir que el análisis finalmente se traslada caso a caso, ya que para determinar la impronta de individualidad expresada a través de una forma, tendría que, finalmente, conocerse al autor y a su obra. Dicho esto, sería lógico pensar que establecer vínculos entre obras para determinar si éstas son originarias, inspiradas por otras, o derivadas, tendría que hacerse también de forma casuística.

En remisión al análisis hecho en el texto: “*La Tutela de la Obra Plástica en la Sociedad Tecnológica*”, ya citado, al tratar el tema de la inspiración, se afirma que aunque se tomen elementos de la composición, del tema, del estilo, o que se interprete una obra existente, no convierte a la obra nueva, en una obra derivada. Lo expone con los ejemplos de Vicent Van Gogh y de Claude Monet (ver imagen 5 y 4 en el anexo). En la fuente citada, se establece que la relación entre ambas obras es meramente de inspiración de la una con la otra. Utilizan como factor determinante la originalidad para darle esta categoría, en sus términos: “*Nadie puede cuestionar la originalidad de una obra tan creativa, y reflejo evidente de la personalidad y genialidad de su autor como la pintura de Vincent van Gogh*”

⁶¹ LYPSZYC, D. Op. Cit., p. 62

“naturaleza muerta con catorce girasoles” (1888), inspirada en la obra que él elogiaba y que tomó como modelo, como era “El jarrón de girasoles” de Claude Monet⁶²

Márquez Robledo, al analizar la distinción entre una obra derivada y una obra originaria inspirada llega a la misma conclusión, afirmando: *“Pero también es posible que la obra originaria tan solo sirva de inspiración para la nueva creación, es decir que la “utilización” de la obra originaria es tan mínima que la nueva obra también es originaria. Estamos frente a un concepto de aplicación subjetiva, que variara en su aplicación caso por caso, mas no en su definición⁶³*. De igual manera este autor también da indicios de otro criterio a utilizar, y citando a DIETZ, afirma: *“La independencia con respecto al material de partida es tan escasa que este únicamente ha servido de estímulo para la creación de una obra completamente independiente.”⁶⁴* Aunque se realice casuísticamente, debe analizarse entonces las relaciones entre los elementos de una y otra obra, para determinar el grado de utilización.

Este análisis tiene una gran complejidad y para sustentarlo parecería conveniente evidenciarlo en obras existentes:

La obra "Le déjeuner sur l'herbe" de Eduard Manet (ver imagen 6 en anexos), fue inspirada por "Le Giudizio di Paride" de Marcantonio Raimondi que reproduce la obra de Raphael (ver imagen 7 en anexos), ésta segunda es también fuente de inspiración para "Les Femmes d'Alger" de Picasso (ver imagen 8 en anexos). Si se analiza la primera con la segunda, puede encontrarse una similitud en la pose de los personajes, pero si se analiza esta segunda con la tercera, las similitudes son casi inexistentes. Analicemos obras posteriores a la creación de

⁶² DE COUTO GLAVEZ et al. Op. Cit. p. 48

⁶³ MARQUEZ ROBLEDOS, Santiago. Principios del derecho de autor. Segunda edición. Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana, 2009. p. 39

⁶⁴ DIETZ, A. El derecho de autor en la comunidad europea. p. 39

"Le déjeuner sur l'herbe", como las obras homónimas de Picasso (ver imagen 9 en anexos), de Alain Jacquet (ver imagen 10 en anexos) o de Vladimir Dubosarsky y Alexander Vinogradov (ver imagen 11 en anexos).

En todas las obras expuestas se puede observar la dificultad de aplicar el criterio de originalidad y de determinación de grados de utilización de elementos de una obra en otra. Aparecerían en el observador entonces las siguientes preguntas: ¿Cuánta impronta de la personalidad hay en cada una de las obras? ¿Cuánto de la obra creada con anterioridad hay en la obra subsecuente?. El intentar dar respuestas a éste interrogante, nos deja como indicio, que tal vez, la toma de decisión exceda el campo jurídico:

Tal y como apunta MARCO MOLINA, iniciamos aquí el análisis de una de las cuestiones más delicadas y a la vez más complejas que presenta la institución de la propiedad intelectual. La delicadeza o fragilidad del tema viene dada además de porque en la transformación quedan implicados casi inevitablemente aspectos que no son jurídicos, sino que tienen que ver con la actividad de creación intelectual en sí misma considerada- porque el tema de la transformación de la obra intelectual parece desde siempre resistirse a ser resuelto en base a razonamientos jurídicos taxativos, de manera que no es infrecuente la llamada a la solución del caso concreto.⁶⁵

Autores como Tactuck afirman que *"teniendo en cuenta que no contamos con parámetros concretos que definan la originalidad, serán en todo caso los tribunales de justicia quienes, atendiendo a las circunstancias particulares de cada caso en concreto, resuelvan las controversias que surjan al respecto"*⁶⁶. Ante esa ausencia de parámetros objetivos y unívocos y teniendo en cuenta que las consecuencias jurídicas de dar una u otra calificación resultan tan determinantes,

⁶⁵ MARCO MOLINA, J. La propiedad intelectual en la legislación española. Citado por: TACTUK RETIF, Aurora Marlene. El derecho de transformación. Especial referencia a la parodia. Madrid, 2009. Tesis Doctorado. Universidad Carlos III de Madrid. Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas. Departamento de Derecho Privado. p. 325
Disponibile en: http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/10016/7355/1/aurora_tactuk_tesis.pdf
(consultado el: 19 de abril de 2013)

⁶⁶ TACTUK RETIF, Op. Cit., p. 118 -119

se considera importante encontrar al menos un proceso de evaluación, desarrollado bien por la doctrina o bien por la jurisprudencia, que le servirá al observante para determinar en el caso concreto, si se encuentra frente a una obra derivada o frente a una obra originaria y reducir así la discrecionalidad en el juicio.

El observante que intente establecer un vínculo entre dos obras, una posterior a la otra, tendrá entonces que determinar, en primer lugar, cuales elementos toma la obra posterior de aquella anterior, ya que en la construcción de una obra su creador puede tomar de una anterior, tanto materiales protegidos como materiales no protegidos por el derecho de autor, ambos concurrentes en ella.

- Si toma elementos que están fuera del ámbito de protección de la ley, podría determinarse que es una mera inspiración y ésta segunda no sería una obra derivada. Elementos no protegidos como: *“el estilo o las opiniones concretas de un autor. El estilo no es protegible por derechos de autor, ni tampoco las opiniones o todo un género, los personajes estereotipados (por ejemplo, el detective incorruptible o el latin lover) y la trama estándar (los amantes desventurados, etcétera) tampoco se encuentran protegidos por el derecho de autor, cuando un tercero toma estos elementos o cualesquiera otros similares (no se trata de una lista exhaustiva) de una obra ajena protegida no estará cometiendo infracción alguna.”*⁶⁷. Como ejemplo, supóngase que un autor fuese hoy a los jardines donde Claude Monet pintó *Le bassin aux nymphéas, harmonie verte* (ver imagen 12 en anexos) y los pintase, su obra por el tema no sería derivada de la de Claude Monet, aunque este segundo conociese la obra del primero.

⁶⁷ LANDES, William y POSNER, Richard. *The Economic Structure of Intellectual Property Law* (La estructura económica del Derecho de Propiedad Intelectual e Industrial), Harvard College, 2003. Traducción al castellano de SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Víctor M. Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2006, p. 197 y 198.

La protección podría darse en el caso en que los elementos estén altamente desarrollados por el autor y aparezcan expresados de manera tal que reflejen la personalidad de éste y conlleven un sello personal, por lo tanto, tienen un carácter de originalidad. “*Mientras menos desarrollados estén los personajes, la trama o los elementos de que se trate, menor protección recibirán*”⁶⁸. Esto podría evidenciarse, en el caso de una obra plástica, a través de un ejemplo. Imaginemos dos pintores que se colocan en un mismo sitio en momentos diferentes, y cada uno pinta un cuadro representando el paisaje del lugar donde se han situado. Aquella obra que se pinta con posterioridad no es nueva, puesto que el mismo tema ya había sido desarrollado por el primer pintor, pero es original, aunque el segundo se referencie en la obra del primero, dado que este último no desarrolló los elementos que se visualizan en el paisaje de forma tal que les incorporara en gran medida su personalidad. Caso distinto sería que, el primero en su representación del paisaje le incorpore a tal medida su impronta personal, que ya no sería el paisaje, sino su propia representación de éste, por lo que si el segundo lo usa como referencia, al haberse desarrollado elementos que han aumentado la protección de la primera obra, sí se encontraría dentro del espectro de lo protegido en los derechos de autor como se desarrollará en el numeral subsecuente.

- Si toma elementos sustancialmente semejantes a la obra originaria, se entraría en la zona de dificultad que plantea el derecho de autor. Siguiendo el ejemplo ya mencionado, supongamos que además de tomar el tema de la obra de Claude Monet, se tomasen otros componentes, como la paleta de color, la distribución de los elementos al interior de la pintura, la composición o la técnica. En este punto podría afirmarse que existe un vínculo más estrecho entre ambas obras, por lo que se tendría que realizar un análisis posterior para determinar si es una mera reproducción, una obra derivada o una obra

⁶⁸ Ibid. p. 198

originaria inspirada, igual al que se hacía en el ejemplo ya ilustrado de "*Le déjeuner sur l'herbe*".

Observando el ejemplo que trae la autora Tactuck⁶⁹, relacionado con el caso Rogers vs. Koons, también se logra evidenciar la dificultad que genera la identificación de los elementos sustancialmente semejantes. Koons compró una postal en la que se podía visualizar una fotografía de la autoría de Rogers (ver imagen13 en anexos), en la que aparecían varios cachorros con sus amos, recortó la advertencia de derechos de autor de la postal y llevó a cabo una escultura basada en la fotografía, a la que llamó A String of Puppies (ver imagen 14 en anexos). En su escultura alteró las expresiones faciales de la pareja con el fin de que aparecieran representadas de forma ridícula ya que su objetivo consistía en representar de forma crítica un sistema político y económico que concedía demasiada importancia a los productos fabricados en serie. En el fallo, el Tribunal resolvió que la fotografía se había copiado casi en su totalidad, mucho más de lo que era necesario, entendiendo el caso no como una parodia sino como un plagio.

Los casos planteados en los diferentes ejemplos evidencian que no resulta suficiente sustentar el análisis en la cantidad de elementos involucrados en la obra, ya que este criterio por sí solo no logra determinar si se ha creado o no una obra diferente, de esta manera, resulta necesario integrar al estudio el análisis del grado de transformación de la obra originaria pues será fundamental evidenciar que tanto de la personalidad del nuevo creador está incorporada en ésta para lograr determinar qué tan fuerte es el vínculo entre la obra anterior y la posterior. Será finalmente la originalidad el criterio diferenciador entre una obra plagia y una obra derivada.

Antes de analizar los grados de transformación, se considera necesario precisar qué se entiende por este término doctrinariamente, ya que este concepto es el

⁶⁹ TACTUK RETIF, Op. Cit. p. 407

acogido por la normatividad en la materia para determinar que estamos frente a una obra derivada: “(...) y demás transformaciones realizadas sobre una obra del dominio privado”⁷⁰, “(...) transformaciones o arreglos de otras obras”⁷¹. El concepto de transformación agrupa finalmente, los demás supuestos que establecen las disposiciones al regular la obra derivada.

La transformación juega un doble rol, ya que se consagra también como un derecho patrimonial del autor, por lo que la doctrina le ha concedido esa doble acepción: *el derecho de transformación, como el de realizar obras derivadas*⁷²; o bien como *el derecho exclusivo a modificar o transformar una obra adquiriendo la titularidad de la obra derivada resultante de dicha transformación*⁷³. El ejercer entonces este derecho, o el autorizar a un tercero para que lo ejerza, dará como fruto la aparición de un nuevo derecho, de una nueva obra. Siendo así, podría decirse, en palabras de Tactuck, que

La transformación implica la toma de ciertos elementos de la obra primigenia para conseguir la creación de una diferente, la cual existirá y disfrutará de derechos propios frente a los de la obra originaria, y esta última continuará en su explotación disfrutando, además, del beneficio económico que le supondrá la autorización prestada para la creación y explotación de la obra derivada.⁷⁴

Finalmente, y en concordancia con todo lo analizado en este acápite, se debe reconocer que igualmente las disposiciones y las características del objeto regulado llevan el debate al caso concreto, así lo reconoce la doctrinante Tactuck, al afirmar: *“en ausencia de parámetros concretos que definan la actividad transformadora, se ha delegado a los tribunales la labor de resolver las controversias y disputas que puedan surgir al respecto, los cuales deberán formar*

⁷⁰ Ley 23 de 1982.

⁷¹ Decisión 351 de la Comunidad Andina de Naciones.

⁷² Decisión 351 artículo 13 numeral e); Ley 23 de 1982 artículo 12 numeral b).

⁷³ TACTUK RETIF, Op. Cit. p. 114

⁷⁴ Ibid. p. 115

*sus decisiones atendiendo a las circunstancias particulares de cada caso en concreto.*⁷⁵

Atendiendo al grado de transformación que reciban los elementos sustanciales tomados, el observante deberá determinar:

- Que la obra es una mera reproducción si los cambios son inexistentes o mínimos “en aquellos casos en los que los cambios que se hubieran introducido en una obra no fueran lo suficientemente relevantes para independizarla de la obra de la que se ha partido, no estamos ante una obra transformada, sino ante una obra reproducida”.⁷⁶ La licitud de esa reproducción dependerá de la autorización que se tenga para la misma, ya que de no contar con ésta será una violación de los derechos de autor, como bien se analizó en el acápite anterior.

Como ejemplo:

Quando se realiza un dibujo a partir de una fotografía buscando la máxima fidelidad, sólo podrá hablarse de una mera reproducción (irrelevantes serán las variaciones de forma o colorido, por ejemplo el sombreado, que no desvirtúan el modelo reproducido). Únicamente cuando se respeten sus elementos en lo esencial y se realice una cierta interpretación podrá hablarse de una transformación de la fotografía⁷⁷

- Que la obra es una obra derivada, si efectivamente se realizaron cambios suficientes pero aún el vínculo entre ambas obras es evidente o lo suficientemente fuerte para que el observador pueda detectar una conexión directa entre las dos. Podemos afirmar que éste sería el supuesto que la norma contempla como transformación como se mencionó con anterioridad.

Trayendo como referencia el caso Rogers vs. Koons citado previamente, si bien el Tribunal determinó que existía una copia casi idéntica de la fotografía

⁷⁵ Ibid. p. 115

⁷⁶ LÓPEZ SANCHEZ, Op. Cit. p. 48

⁷⁷ Ibid. p. 56

en la escultura, partiendo de lo hasta ahora expuesto y trayendo a colación lo expresado por Soler Masota *“por ejemplo, en la realización de una escultura a partir de una fotografía existen tantas diferencias que no puede ya hablarse de una simple reproducción. La escultura implica una representación integral del motivo o personaje que aparecen en la fotografía, pues no sólo se le dota de un relieve sino de una parte opuesta que la imagen fotográfica, lógicamente, nos oculta”*⁷⁸, se podría determinar que se trata de una obra derivada, donde se toman elementos sustanciales de la anterior, pero se logra un grado de transformación tal que da como resultado una diferente. En ningún caso este análisis es pacífico.

Es importante, en todo caso, que el observante tenga presente, que cuando está analizando una transformación, que encaje en el supuesto de obra derivada, éste debe encontrar un vínculo de filiación, en palabras de la autora: *“La derivación implica, pues, la posibilidad de establecer una relación de filiación entre una obra y otra: es necesario que lo que se toma de otra obra pueda ser identificado”*⁷⁹. Un indicativo para establecer ese vínculo de filiación, es que se mantenga intacta *“su razón ideológica de contenido”*⁸⁰

- Que finalmente los cambios sean tales que el vínculo entre ambas obras desaparezca y realmente se entre en el territorio de la mera inspiración, lo cual ya se había alcanzado a percibir en el análisis de la obra *“La Tutela de la Obra Plástica en la Sociedad Tecnológica”* y de las opiniones de Márquez Robledo, ambos ya citados.

Esta cuestión puede evidenciarse en el paso de un género artístico a otro que difícilmente se relacionen entre sí, tal como lo plantea Rivero Hernández al afirmar que: quizás no quepa incluir aquí el caso en que se pase de novela a

⁷⁸ SOLER MASOTA, P. Fotografía y derecho de autor ADC, 1999, p.127. Citado en: LOPEZ SANCHEZ, Cristina. p. 56

⁷⁹ Ibid. p. 63

⁸⁰ Ibid. p. 57

pintura, por ejemplo, o de escultura a poesía, pues no cabría hablar en puridad de transformación en tales casos, sino que entonces estaríamos, en la mayoría de los casos, ante obras originales totalmente distintas⁸¹, esto lo ejemplifica con el poema “El cristo de Velásquez” de Miguel de Unamuno, que toma como fuente de inspiración la obra pictórica “Cristo crucificado” de Diego Velásquez (ver imagen 15 en anexos). Lo mismo afirma en el caso en que se pasa del género literario al plástico al afirmar que “*En este caso, la inspiración del pintor sería equivalente a la que proporciona directamente la naturaleza o el ser humano, por lo que en puridad no estaríamos ante una transformación, sino ante obras originales totalmente distintas*”⁸². Por el contrario, Espin Canovas señala que “*en estos casos el artista encuentra ya seleccionados por el novelista la escena, el carácter, o la fisonomía del personaje o paisaje, por lo que aprovecha estos datos que le sirven para su creación, que tiene una originalidad relativa al ser obra derivada.*”⁸³ Como se ha venido sosteniendo la doctrina no es unánime frente a estas cuestiones.

No queda sino el admitir, que tanto el seleccionar qué elementos fueron tomados, la calidad de los mismos y la forma de transformación y su grado, es un juicio que excede el campo jurídico, y le pertenece a la esfera de conocimiento del objeto regulado, en este caso, a la esfera de conocimiento del arte plástico, por lo que el observante tendría que hacer uso de éste. A través de las fuentes estudiadas y en la elaboración del proceso expuesto, siempre se llega a la anterior conclusión, la cual se considera necesario evidenciar, puesto que como se notó en el caso expuesto Rogers vs. Koons, aun siguiendo el proceso planteado, la doctrina puede diferir en la calificación que se le da. La categorización no termina siendo pacífica. Si se revisa, una vez más, el ejemplo propuesto en la obra *le déjeuner sur l'herbe*, no se puede (aun siguiendo el desarrollo doctrinario expuesto) hacer esa

⁸¹ RIVERO HERNÁNDEZ, F. Comentarios a la ley de propiedad intelectual. Citado por: TACTUK RETIF. Op. Cit. p. 245

⁸² RIVERO HERNÁNDEZ, F. Op. Cit. p. 58

⁸³ ESPIN CANOVAS. Op. Cit., p. 58

calificación sin que se necesite, obligatoriamente, recurrir a conocimientos extrajurídicos, es decir, a conocimientos en arte plástico.

6. CONCLUSIONES

El análisis realizado al interior de este texto pone sobre la mesa una cuestión de gran relevancia en el mundo de la propiedad intelectual y de las “bellas artes”, la cual ha sido poco desarrollada desde la óptica jurídica, tanto a nivel legislativo como en el campo judicial y doctrinario, pues si bien existe normatividad nacional e internacional que desarrolle el tema de derechos de autor, en el campo específico del derecho de autor respecto de la obra plástica, a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, con las obras musicales o las literarias, no existe normatividad especial, y la general deja temas trascendentales por fuera del alcance de la norma, los cuales tampoco han sido cubiertos por la escasa jurisprudencia de los Tribunales y la doctrina especializada, la cual ha empezado a resolver a pequeña escala estas cuestiones faltando aún mucho por avanzar.

En primer lugar, la investigación desarrollada resaltó la importancia que trae el tema tratado, pues involucra en todo su contexto derechos de la mayor trascendencia como son los derechos morales de autor, catalogados como fundamentales por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y además incluidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, los cuales resultan vulnerados en los casos que se desconozca, por ejemplo, la paternidad o la integridad de la obra al crear obras derivadas o copias. De igual forma, el tema de la protección de las obras de arte involucra la capacidad creadora del ser humano, lo cual está totalmente ligado al conocimiento, disfrute y desarrollo de la sociedad, que se nutre de éste, por tanto, resulta indispensable brindarle garantías al autor que lo incentiven a seguir con su actividad creadora. A la vez, las disputas que se generan en el contexto de derechos de autor pueden acarrear graves consecuencias para los infractores tanto económicas como a nivel penal, que involucren incluso la pérdida de la libertad, por lo que resulta altamente gravosa una mala decisión.

En segundo lugar, el análisis legal, jurisprudencial y doctrinario realizado, permite concluir que ha sido principalmente la doctrina especializada la que llene de contenido conceptos básicos como el de obra plástica, transformación, reproducción, originalidad, entre otros, ya que la legislación se ha limitado a ejemplificar de forma general y no exhaustiva sin plantear criterios que permitan identificar claramente cada caso. De esta forma, se ha logrado determinar que en nuestro sistema jurídico el criterio de originalidad aplicable será el subjetivo, en contraposición al objetivo acogido por el sistema anglosajón, lo cual será básico al juzgar casos particulares ya que dependerá del grado de individualidad e impronta personal que lleve la obra que se trate de una originaria o una copia de otra anterior.

Por último, el análisis realizado lleva a concluir que el estudio debe darse caso a caso analizando las relaciones entre los elementos que se plasman en una y otra obra, y el grado de transformación que se haya hecho a la obra anterior. En este análisis quedan implicados elementos que exceden el campo jurídico, pues están vinculados a la actividad de creación y se rehúsan a ser resueltos a partir de un silogismo o un mero razonamiento jurídico.

BIBLIOGRAFÍA

ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. Estudios de derecho industrial y derechos de autor: Análisis de jurisprudencia comparada. Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias jurídicas, Temis, 2009.

CABALLERO LEAL, José Luis. Derecho de autor para autores. México D.F: Fondo de Cultura Económica, 2004.

GAVIRIA LONDOÑO, Vicente. Delitos contra los derechos de autor, Lecciones de derecho penal, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

JIMENEZ ADAY, Miguel. Legislación cubana en materia de derechos de autor aplicable a las artes visuales en Cuba. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. La Habana, Cuba. Noviembre de 2002.

LANDES, William y POSNER, Richard. The Economic Structure of Intellectual Property Law (La estructura económica del Derecho de Propiedad Intelectual e Industrial), Harvard College, 2003. Traducción al castellano de: SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Víctor M. Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2006.

LÓPEZ SANCHEZ, Cristina. La transformación de la obra intelectual. Madrid, España: Dykinson. 2008.

MARQUEZ ROBLEDO, Santiago. Principios del derecho de autor. Segunda edición. Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana, 2009.

MORA BARRERA, Juan Carlos. Propiedad intelectual y derechos de autor. Sexta edición. Bogotá D.C.: Leyer, 2006.

QUINCHE RAMIREZ, Manuel Fernando. Derecho Constitucional Colombiano: De la Carta del 91 y sus reformas. Bogotá D.C. Ibáñez. 2008.

REY VEGA, Carlos. La propiedad intelectual como bien inmaterial. Bogotá D.C. Leyer. 2005.

VELÁSQUEZ JARAMILLO, Luis Guillermo. Bienes. Medellín: Legis, 2006.

REFERENCIAS DE INTERNET

ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. Los límites del derecho subjetivo y el derecho de autor (los “usos honrados”, el “fair use” y el “is usus innocui”. El supuesto de abuso del derecho a la no divulgación de la obra). Disponible en: <http://iidautor.org/documents/doctrina/2006/antequera.pdf> (consultado el: 8 de marzo de 2013)

ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. Comentarios al Laudo arbitral Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Bogotá 28/02/03. Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe CERLALC. Disponible en: <http://www.cerla/lc.org/derechoenlinea/dar/index.php?mode=archivo&id=361> (consultado el 8 de marzo de 2013)

BONDÍA ROMÁN, Fernando. La compraventa de una obra de arte. Disponible en: <http://books.google.com.co/books?id=yczmVsfPTT8C&pg=PA206&lpg=PA206&dq=reproduccion+de+obra+plastica&source=bl&ots=8grQgx9CTq&sig=kEq1B4JW74wHHEFFid5jriOIJgo&hl=es&sa=X&ei=BuVIUbaEAK89gTj8YCWBA&ved=0CCsQ6AEwADgK#v=onepage&q&f=false> (consultado 11 de abril de 2013)

DE COUTO GALVÉS, Rosa. Formas de compensación del autor, especialmente la remuneración por los límites a los derechos de autor en España. Disponible en: http://iidautor.org/documents/doctrina/2009/09_febrero_rosa.de.couto.pdf (consultado 7 de marzo de 2013).

DE COUTO GLAVEZ, Rosa; DE MARTIN MUÑOZ, Alberto; CORRIPIO GIL-DELGADO, Reyes y GOMEZ LANZ, Javier. La tutela de la obra plástica en la sociedad tecnológica: consideración especial del derecho a la propia imagen y de otros activos materiales. Fundación de arte y derecho. Disponible en: <http://books.google.com.co/books?id=gbxNduDjGAsC&printsec=frontcover&hl=es#v=onepage&q&f=false> (consultado: 19 de abril de 2013)

DIRECCIÓN NACIONAL DE DERECHOS DE AUTOR. Comunicación C-1.1 del 2 de abril de 2001. Centro de Documentación. Comentario en la Base de Datos de Jurisprudencia del CERALAC. Ricardo Antequera Parilli. Disponible en: <http://www..cerlalc.org/derechoenlinea/dar/index.php> (consultado el 12 de marzo de 2013)

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL OMPI. Nociones básicas sobre derecho de autor y derechos conexos. Disponible en: http://www.wipo.int/export/sites/www/copyright/es/activities/pdf/basic_notions.pdf (consultado el 7 de marzo de 2013).

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL PROPIEDAD INTELECTUAL. Disposiciones sobre propiedad intelectual compilado por la OMPI en: Disponible en: http://www.wipo.int/wipolex/es/profile.jsp?code=CO_ (consultado el 3 de marzo de 2013)

RIBERA BLANDES, Begoña. El derecho de reproducción en la propiedad intelectual. Disponible en: <http://books.google.com.co/books?id=9fpuXBSmdhgC&pg=PA187&lpg=PA187&dq>

=obra+derivada+o+copia&source=bl&ots=3dHGRIAhw6&sig=vdkbU85cswUNi_2D
aueNrJZIZ98&hl=es&sa=X&ei=DpNkUZy2CpDY9ASvtYDIBw&ved=0CEAQ6AEwA
zgK#v=onepage&q=obra%20original&f=false (consultado el: 15 de abril de 2013)

TACTUK RETIF, Aurora Marlene. El derecho de transformación. Especial referencia a la parodia. Madrid, 2009. Tesis Doctorado. Universidad Carlos III de Madrid. Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas. Departamento de Derecho Privado. Disponible en: http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/10016/7355/1/aurora_tactuk_tesis.pdf (consultado el: 19 de abril de 2013)

ZECENARRO FLORES, Martín. La condición de originalidad de la obra en el derecho de autor. Disponible en: <http://www.kpmg.com/PE/es/IssuesAndInsights/sala-de-prensa/articulos-opinion/Documents/la-condicion-de-originalidad-de-la-obra-en-el-derecho-de-autor-M-Zecenarro.pdf> (consultado el: 15 de marzo de 2013)

JURISPRUDENCIA Y NORMATIVIDAD

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Declaración Universal de Derechos Humanos.

COLOMBIA. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 33 de 1987

____. _____. Ley 23 de 1982

____. _____. Ley 44 de 1993

____. _____. Ley 599 de 2000, Código Penal,

____. _____. Código Civil

COLOMBIA CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-257 de 1995 Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz, junio 12 de 1995.

____. _____. Sentencia T-172 de 1993 Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo, mayo 4 de 1993.

____. _____. Sentencia T-367 de 2009. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio. Mayo 26 de 2009.

____. _____. Sentencia C-155 de 1998. Magistrado ponente: Vladimiro Naranjo Mesa. Bogotá, 28 de abril de 1998.

____. _____. Sentencia C-1490 de 2000. Magistrado ponente: Fabio Morón Díaz. Bogotá, 2 de noviembre del 2000.

____. _____. Sentencia SU-913 de 2009. Magistrado Ponente: Juan Carlos Henao. Bogotá D.C. 11 de diciembre de 2009.

____. _____. Sentencia C-276 de 1996. Magistrado Ponente: Julio Cesar Ortiz Gutiérrez. Junio 20 de 1996.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Plena. Magistrado Ponente: Humberto Barrera Domínguez. Bogotá, 10 de febrero de 1960.

____. _____. Magistrado Ponente: José Leónidas Bustos Martínez. Radicado No. 29.188.

____. _____. Sala de casación penal. Proceso número 31403 Magistrado Ponente: Sigilfredo Espinosa Pérez. 28 de mayo de 2010.

COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES. Decisión 351.

CONVENCIÓN UNIVERSAL SOBRE DERECHOS DE AUTOR Y SUS PROTOCOLOS I y II (1975)

CONVENIO DE BERNA PARA LA PROTECCIÓN DE LAS OBRAS LITERARIAS Y ARTÍSTICAS (1987)

DIRECCIÓN NACIONAL DE DERECHO DE AUTOR. Concepto 1-2009-38736. Bogotá D.C.: 2009.

____. _____. Concepto jurídico 2-2008-2292 de 19 de febrero de 2008.

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales.

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. Protocolo de San Salvador

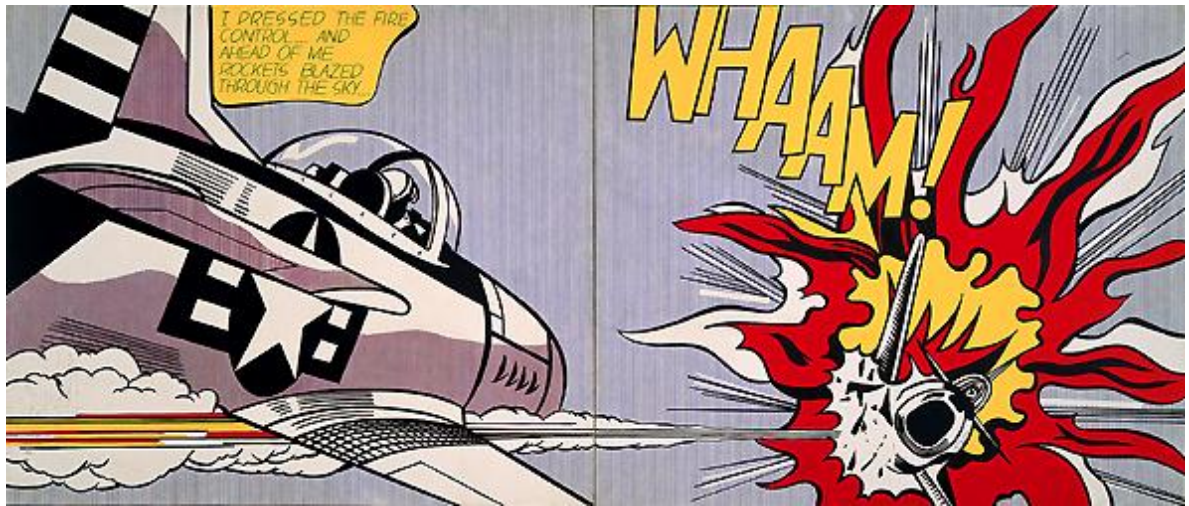
ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL. TRATADO
SOBRE DERECHOS DE AUTOR (1996)

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Proceso 32-IP-97

____. ____ Proceso 165-IP-2004

ANEXOS

IMAGEN 1



Roy Lichtenstein, "[Whaam!](#)".1963.

Imagen tomada de: http://en.wikipedia.org/wiki/File:Roy_Lichtenstein_Whaam.jpg

IMAGEN 2



Marcel Duchamp. "L.H.O.O.Q." 1919

Imagen tomada de:

http://en.wikipedia.org/wiki/File:Marcel_Duchamp_Mona_Lisa_LH00Q.jpg

IMAGEN 3



Leonardo Da Vinci. "*La Gioconda*". 1503-1505.

Imagen tomada de:

http://en.wikipedia.org/wiki/File:Mona_Lisa,_by_Leonardo_da_Vinci,_from_C2RMF_re_touched.jpg

IMAGEN 4



Claude Monet. *"Bouquet of Sunflowers"*. 1881

Imagen tomada de: http://commons.wikimedia.org/wiki/File:Claude_Monet_052.jpg

IMAGEN 5



Vincent van Gogh. "Tournesols". 1888

Imagen tomada de:

http://en.wikipedia.org/wiki/File:Vincent_Willem_van_Gogh_127.jpg

IMAGEN 6



Edouard Manet. "Le déjeuner sur l'herbe". 1863.

Imagen tomada de: http://en.wikipedia.org/wiki/File:%C3%89douard_Manet_-_Le_D%C3%A9jeuner_sur_l%27herbe.jpg

IMAGEN 7



“Giudizio di Paride” Marcantonio Raimondi. 1515-1516

Imagen tomada de: http://commons.wikimedia.org/wiki/File:Urteil_des_Paris.jpg

IMAGEN 8



Picasso. "Les Femmes d'Alger". 1907

Imagen tomada de:
[http://en.wikipedia.org/wiki/File:Les_Femmes_d'Alger_\(O.J.\)_by_Pablo_Picasso.jpg](http://en.wikipedia.org/wiki/File:Les_Femmes_d'Alger_(O.J.)_by_Pablo_Picasso.jpg)

IMAGEN 9



"Le déjeuner sur l'herbe" Picasso. 1960.

Imagen tomada de:

http://az.wikipedia.org/wiki/%C5%9E%C9%99kil:Pablo_Pikassonun_%C3%87%C9%99m%C9%99nlikd%C9%99_s%C9%99h%C9%99r_yem%C9%99yi_%C9%99s%C9%99ri.jpg

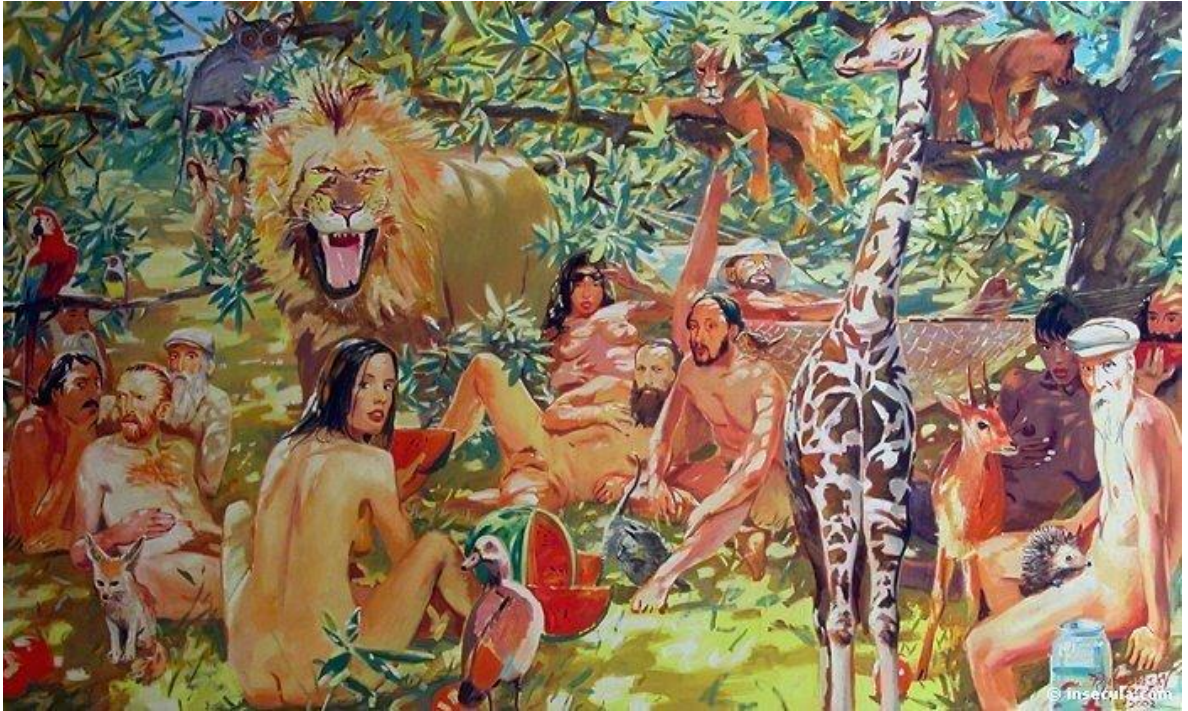
IMAGEN 10



Alain Jacquet "Le déjeuner sur l'herbe". 1964

Imagen tomada de: http://histoiredesartssaintlaurent.over-blog.com/pages/Le_Dejeuner_sur_lHerbe_Variations_amp_citations-4145317.html

IMAGEN 11



Vladimir Dubosarsky y Alexander Vinogradov. "Le déjeuner sur l'herbe"

Imagen tomada de: <http://pepsimist.ru/mnogo-zavtrakov-na-trave/4/>

IMAGEN 12



Claude Monet. *“Nymphéas, harmonie verte”*. 1899

Imagen tomada de: http://commons.wikimedia.org/wiki/File:Claude_Monet-Waterlilies.jpg

IMAGEN 13



Art Rogers. "Puppies". 1980.

Imagen tomada de: http://www.law.harvard.edu/faculty/martin/art_law/image_rights.htm

IMAGEN 14



Jeff Koons. *"String of Puppies"*. 1998

Imagen tomada de: http://www.law.harvard.edu/faculty/martin/art_law/image_rights.htm

IMAGEN 15



Diego Velázquez. *“Cristo Crucificado”*. 1632

Imagen tomada de: https://commons.wikimedia.org/wiki/File:Cristo_crucificado.jpg