

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2009
Selección y disposición de las materias y comentarios, Ricardo Antequera Parilli

Fotografía. Originalidad.

PAÍS U ORGANIZACIÓN: Comunidad Andina

ORGANISMO: Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

FECHA: 9-5-2008

JURISDICCIÓN: Judicial

FUENTE: Portal de la Comunidad Andina, por <http://www.comunidadandina.org/>
(documentos).

OTROS DATOS: Proceso 33-IP-2008

SUMARIO:

“... la protección a través de la propiedad intelectual de la fotografía responde al reconocimiento de que la fotografía constituye el resultado de la labor creativa del autor y no solamente de un proceso mecánico, puesto que el fotógrafo parte de una preconcepción mental de lo que será la obra y consecuentemente cuales serán las particulares características de la misma, de esta forma el autor determina precisamente cual es el encuadre apropiado, decide la composición, iluminación y profundidad del campo o escenario, a través del enfoque podrá definir una mayor o menor nitidez de los objetos que componen la obra fotográfica, de igual forma selecciona los modelos u objetos a representar, el color o colores que van a ser utilizados y finalmente las modalidades de revelado; posibilidades artísticas que se amplían con la fotografía digital”.

[...]

“... sobre la base de la norma comunitaria y de la doctrina citada el Tribunal reconoce a las obras fotográficas como objeto de protección de los derechos de autor, siempre que estas, al igual que el resto de obras literarias, artísticas y científicas, cuenten con originalidad y creatividad del autor, por lo tanto, es derecho exclusivo del autor, o en su caso de sus derechohabientes, la reproducción de dichas fotografías por cualquier forma o procedimiento”.

[...]

“En este sentido se garantiza la protección de la propiedad intelectual sobre las obras fotográficas, entendidas como una forma de ejecución personal, que contiene una serie de actos volitivos y conscientes”.

[...]

“La protección a través de la propiedad intelectual de la fotografía responde al reconocimiento de que la fotografía constituye el resultado de la labor creativa del autor y no

solamente de un proceso mecánico, puesto que el fotógrafo parte de una preconcepción mental de lo que será la obra y consecuentemente cuáles serán las particulares características de la misma, de esta forma el autor determina precisamente cuál es el encuadre apropiado, decide la composición, iluminación y profundidad del campo o escenario, a través del enfoque podrá definir una mayor o menor nitidez de los objetos que componen la obra fotográfica, de igual forma selecciona los modelos u objetos a representar, el color o colores que van a ser utilizados y finalmente las modalidades de revelado; posibilidades artísticas que se amplían con la fotografía digital.

En este sentido se garantiza la protección de la propiedad intelectual sobre las obras fotográficas, entendidas como una forma de ejecución personal, que contiene una serie de actos volitivos y conscientes”.

COMENTARIO: La fotografía requiere, como singular característica, el uso de un artefacto -la máquina-, que sirve de "intermediario" entre el creador y el resultado. Pero esa intermediación no es exclusiva de este género de arte visual, pues también ocurre en la obra cinematográfica y otras producciones audiovisuales, en los programas de ordenador y en las creaciones realizadas con el auxilio de ordenadores. La fotografía y otras formas expresadas por procedimiento análogo, constituyen obras del ingenio en la medida en que guarden los requisitos de las demás producciones protegidas, es decir, una manifestación creativa con características de individualidad. Esa originalidad no radica en el aparato fotográfico (aunque la calidad de la máquina pueda influir en la resolución u otros aspectos técnicos), sino que supone un talento en el fotógrafo que puede residir en el sentido de la oportunidad y/o en su sensibilidad al elegir la distancia, el ángulo, la luz, la ocasión, el enfoque o las figuras, por ejemplo. Y poco importa si el autor es un profesional o un aficionado, o que la fijación se haya tomado con un aparato simple o una máquina altamente sofisticada. © **Ricardo Antequera Parilli, 2009.**

TEXTO COMPLETO:

El auto de 27 de marzo de 2008, mediante el cual este Tribunal decidió admitir a trámite la referida solicitud de interpretación prejudicial; y,

VISTOS:

La solicitud de interpretación prejudicial, recibida en este Tribunal el 24 de enero de 2008, con su respectivo anexo contentivo de piezas procesales; por la cual el Juzgado Décimo Civil del Circuito Medellín de la República de Colombia, solicitó a este Órgano Jurisdiccional que proceda a la interpretación prejudicial del artículo 4 literal i) de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, dentro del proceso interno N° 05001 3103 010 2006 0367 00, iniciado por FRANCISCO LUIS BARRIENTOS BARRIENTOS, que solicita se declare que EDATEL S.A. E.S.P. y LA HOJA MES S.A. son civil y solidariamente responsables de todos los daños y perjuicios, tanto morales como patrimoniales, ocasionados al demandante, como titular de los derechos de autor sobre obras artísticas (fotografías); con ocasión de una publicación realizada sin su debida autorización.

Los hechos señalados por el consultante, complementados con los documentos incluidos en anexos.

a) Partes en el proceso interno

Demandante: FRANCISCO LUIS BARRIENTOS BARRIENTOS.

Demandadas: EDATEL S.A. E.S.P. y LA HOJA MES S.A.

b) Fundamentos jurídicos de la demanda

En la demanda sobre Violación de Derechos de Autor interpuesta por Francisco Luis Barrientos Barrientos, el actor manifiesta ser fotógrafo, reportero gráfico y camarógrafo con tarjeta profesional N° 02770, expedida por el Ministerio de Educación Nacional.

Continúa afirmando que “La Compañía Litográfica Nacional S.A. – Editorial Colina, realizó (...) el Álbum de postales Nº 2 titulado ‘Urabá, Imagen y Belleza’. El Álbum contiene 104 postales acompañadas de sus textos en inglés y español. En el álbum se lee expresamente: ‘prohibida su reproducción total o parcial’. La totalidad de fotografías del álbum son de propiedad intelectual y artística del señor Francisco Luís Barrientos Barrientos”.

Por otra parte expresa que “En el año 2001 la empresa EDATEL S.A. E.S.P. sacó una publicación a manera de revista, titulada ‘Somos EDATEL’, para promocionar sus servicios (...). La Empresa EDATEL S.A. E.S.P. utilizó en sus publicaciones de propaganda, fotos de propiedad del señor Francisco Luís Barrientos Barrientos, extractadas del álbum ‘Urabá, Imagen y Belleza’, sin autorización del demandante y sin que medie entre ellos contrato alguno que así lo permita, lo cual constituye una violación al régimen de derechos de autor. Para ilustrar dicha publicación publicitaria (sic), EDATEL S.A. E.S.P., utilizó (...) La fotografía de la portada (que) corresponde a la postal Nº 94 del álbum. La fotografía de la página Nº 8 de la publicación, corresponde a la postal Nº 57 del álbum y las fotos de la página 9, corresponden a las postales Nº 35 y 81 del álbum”.

En el mismo sentido, asevera que la empresa EDATEL S.A. E.S.P. ha menoscabado su patrimonio, pues a pesar de ser su actividad profesional la de camarógrafo y fotógrafo, no se le pagó nada por la utilización de sus fotografías; hecho que le causó un perjuicio “al negársele su legítimo derecho a obtener un beneficio por la utilización de derechos y bienes de su exclusiva creación, debe mirarse con el correlativo beneficio económico, que la empresa EDATEL S.A. E.S.P., ha obtenido con la utilización de los mismos”.

De igual forma menciona que “EDATEL S.A. E.S.P. le encomendó la impresión de la revista ‘SOMOS EDATEL’ a la codemandada LA HOJA MES S.A., quien expresamente introdujo las fotografías reseñadas. Tampoco por parte de esta empresa se obtuvo autorización ninguna por parte el demandante (sic) para llevar a cabo la edición e impresión”.

Con relación a los derechos morales y patrimoniales que tiene el autor sobre su obra, el actor cita jurisprudencia de la Corte Constitucional de la República de Colombia, en la cual se expresa lo siguiente “los derechos morales del autor se consideran derechos de rango fundamental, en cuanto a 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. (...) los derechos morales del autor, deben ser protegidos como derechos que emanan de la misma condición de hombre. (...). La segunda dimensión en la de los denominados derechos patrimoniales, sobre los cuales el titular tiene plena capacidad de disposición (...) con miras a su explotación económica, (reproducción material de la obra, comunicación pública en forma no material, transformación de la obra). Los derechos patrimoniales de autor, en la concepción jurídica latina, son tantos como formas de utilización de la obra sean posibles. (...) Por su parte los derechos patrimoniales derivados de los derechos de autor aunque no se consideren fundamentales, merecen también la protección de Estado”.

En último término el demandante alega que “las normas nacionales están respaldadas por las normas supra – nacionales contenidas en la legislación andina, valga decir, la Decisión 351 de 1993 proferida por la Comisión del Acuerdo de Cartagena, que contiene el Régimen Común sobre derechos de autor y conexos”.

c) Fundamentos jurídicos de la contestación a la demanda por parte de LA HOJA MES S.A.

En la contestación a la demanda y con referencia a los hechos expuestos por el demandante se expresa “No es cierto como está redactado. La publicación ‘SOMOS EDATEL’ no tenía como finalidad la promoción de los servicios sino que es de circulación cerrada para sus empleados y su finalidad es divulgar entre ellos información interna de la empresa. La Revista ni circula entre el público ni tiene finalidad comercial alguna. (...). No es

cierto que haya hecho EDATEL campañas publicitarias. La revista (...) no recibe ni solicita publicidad. (...) Es una apreciación especulativa que parte del supuesto de que EDATEL para su beneficio haya acudido a la utilización de bienes de terceros. (...). Se advierte que lo que se habla es de perjuicios hipotéticos, que por serlo, no da lugar a indemnización”.

Con relación a la pretensión del actor, la codemandada manifiesta su oposición en los siguientes términos “la publicación a la cual se refieren los hechos es de circulación cerrada; no es un vehículo de publicidad ni de propaganda y al cumplir una finalidad de fidelización de los empleados, no pretende lucro alguno, aparte de que la divulgación de fotos de una región que no tiene tampoco pretensiones publicitarias ni artísticas, no genera perjuicio indemnizable. El paisaje no es de los fotógrafos sino de todo el mundo”.

d) Fundamentos jurídicos de la contestación a la demanda por parte de EDATEL S.A. E.S.P.

La empresa EDATEL S.A. E.S.P. en su respuesta a la demanda menciona que “la calidad de titular de los derechos de autor debe ser probada por el señor Barrientos con los negativos de las fotografías. El artículo 186 de la Ley 23 de 1982 prescribe que la tradición del negativo presume la cesión de la fotografía a favor del adquirente, quien tendrá también el derecho de reproducción”.

Expresa también que la empresa “EDATEL no tiene como objeto social editar revistas, simplemente desde hace algún tiempo ha contratado los servicios editoriales a personas especializadas en la materia, para el diseño, producción y edición de una revista de circulación interna y exclusiva para los empleados de la Organización. (...). Esta revista no se edita con fines publicitarios ni comerciales. No tiene costo alguno para el empleado, tampoco se vende o distribuye al público. EDATEL S.A. E.S.P., ha celebrado varios contratos de prestación de servicios con la editorial LA HOJA MES S.A. para la edición e impresión de la revista bimensual ‘SOMOS EDATEL’, entre ellos se encuentra el contrato

6664 de 2001, para la conceptualización, edición, producción y administración de cada una de las ediciones de la revista interna de EDATEL durante el año 2001. (...) Dentro de las obligaciones de la sociedad contratista se encuentran las siguientes: (...) Fotografías e Ilustraciones”.

Con referencia al beneficio obtenido por EDATEL, alegado por el actor, en la contestación se manifiesta que “EDATEL no ha obtenido ganancias a expensas del trabajo del señor Barrientos, ni ha contribuido a menoscabar su patrimonio. Las fotografías publicadas en la revista SOMOS EDATEL del mes de agosto de 2001, fueron suministradas por la sociedad contratista LA HOJA MES S.A. (...) empresa dedicada a la edición y publicación de revistas institucionales, empresa que se benefició económicamente con la contraprestación económica que le pagó EDATEL por dicha publicación”.

En respuesta a las pretensiones del demandante, EDATEL se opone a la solidaridad invocada, toda vez que “no es responsable, no ha obrado de mala fe ni obtuvo lucro alguno con la publicación de las fotografías objeto de la presente demanda. El contrato 6664 de 2001, se pactó, en la cláusula décima primera, que el responsable por todo siniestro, reclama, demanda pleito o acción legal, cobranza o sentencia sería responsabilidad del contratista. (...) Al no prosperar las pretensiones anteriores con respecto a la solidaridad, el único responsable por los conceptos invocados sería LA HOJA MES S.A. en caso de no contar con la autorización para su reproducción y ser el demandante titular de los derechos patrimoniales de autor.”

En esta oportunidad EDATEL S.A. E.S.P. interpuso una serie de excepciones referidas a la Inexistencia de violación de derechos de autor; Prescripción; Inexistencia de la obligación; Falta de legitimación en la causa por pasiva; Buena fe y lealtad en los negocios; Inexistencia de perjuicios materiales y Tasación excesiva de perjuicios morales.

Cabe mencionar que el demandante llamó en garantía a la Compañía Aseguradora de

Fianzas S.A. CONFIANZA y a la Compañía de Seguros LA PREVISORA S.A. Ambas empresas se apersonaron al proceso y expusieron sus argumentos en relación a dos pólizas de seguro.

CONSIDERANDO:

Que las normas contenidas en los artículos 4 literal i), 11 literal b), 13 literales a) y b), 14 y 57 literales a) y b) de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, forman parte del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, conforme lo dispone el literal c) del artículo 1 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina;

Que este Tribunal es competente para interpretar por vía prejudicial las normas que conforman el ordenamiento jurídico comunitario, con el fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los Países Miembros, siempre que la solicitud provenga de un Juez Nacional también con competencia para actuar como Juez Comunitario, como lo es, en este caso, el Juez Consultante, en tanto resulten pertinentes para la resolución del proceso, conforme a lo establecido por el artículo 32 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (codificado mediante la Decisión 472), en concordancia con lo previsto en los artículos 2, 4 y 121 del Estatuto del Tribunal (codificado mediante la Decisión 500);

Que, las normas objeto de la presente interpretación prejudicial se transcriben a continuación:

Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena

“(…)

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:

i) Las obras fotográficas y las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía;

(…)

Artículo 11.- El autor tiene el derecho inalienable, inembargable, imprescriptible e irrenunciable de:

b) Reivindicar la paternidad de la obra en cualquier momento; y,

(…)

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;

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.

(…)

Artículo 57.- La autoridad nacional competente, podrá asimismo ordenar lo siguiente:

a) El pago al titular del derecho infringido de una reparación o indemnización adecuada en compensación por los daños y perjuicios sufridos con motivo de la violación de su derecho;

b) Que el infractor asuma el pago de las costas del proceso en que haya incurrido el titular del derecho infringido;

(…)”

1. **Objeto de la protección a los derechos de autor. La fotografía como objeto de protección de los derechos de autor**

El Tribunal, con relación a los derechos de autor y su protección por parte del ordenamiento jurídico comunitario ha manifestado en su amplia jurisprudencia que: “El derecho de autor protege todas las manifestaciones originales que sean fruto del ingenio humano, cuando ellas son o pueden ser accesibles a la percepción sensorial y pueden ser objeto de reproducción por cualquier medio apto a tal finalidad. Es un derecho que se ejerce sobre un bien inmaterial soportado en obras de naturaleza artística, literaria o científica y que está regulado y es objeto de protección por los diferentes ordenamientos jurídicos estatales y también, por los comunitarios, como acontece en el ordenamiento comunitario andino donde este derecho se regula por la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena. En palabras de CHARRIA GARCÍA tal derecho se ejerce “con facultades absolutas para quien tenga la titularidad y referido a todo el mundo; a diferencia de los derechos reales que se ejercen sobre las cosas y de los personales que sólo permiten al acreedor hacer valer su derecho frente al deudor”. (Charria García, Fernando. “Derechos de Autor en Colombia”. Ediciones Instituto Departamental de Bellas Artes. Cali. 2001. Página 21).” (Proceso 150-IP-2006, publicado en la G.O.A.C. N° 1483 de 29 de marzo de 2007).

El Tribunal ha sostenido “También doctrinariamente se han elaborado algunas nociones de lo que es obra intelectual, entre otras, las que consideran que es: ‘una creación de la inteligencia, con notas de originalidad y significación (...). Toda expresión personal de la inteligencia que tenga individualidad, que desarrolle y exprese, en forma integral, un conjunto de ideas y sentimientos que sean aptos de ser hechos públicos y reproducidos (...) expresión personal, original y novedosa de la inteligencia, resultado de la actividad del espíritu, que tenga individualidad, que represente o signifique algo y sea una creación integral. (EMERY, Miguel Ángel. ‘PROPIEDAD INTELECTUAL’. Editorial Astrea. Argentina. 2003. Pág. 11)’. (Proceso N° 139-IP-2006, publicado en la G.O.A.C. N° 1057, de 21 de abril de 2004).

La doctrina menciona, así mismo, algunas características de la “obra” como objeto del Derecho de Autor, entre las que se destacan:

“1. Que el resultado de la obra debe ser el resultado del talento creativo del hombre, en el dominio literario artístico o científico.

2. Que esa protección es reconocida con independencia del género de la obra, su forma de expresión mérito o destino.

3. Que ese producto del ingenio humano, por su forma de expresión, exige características de originalidad”. (Antequera Parilli, Ricardo. “El Nuevo Régimen del Derecho de Autor en Venezuela” Autoralex. Venezuela. 1994. Pág. 32).

Sobre el tema se agrega que: “Con reconocer al autor el derecho de propiedad, no se le declara propietario de las ideas en si mismas, sino de la forma enteramente original e individual que les ha dado, cosa suya y de que debe disponer, en atención a la propiedad que sobre ella tiene y al servicio que, poniéndola en circulación presta”. (Mascareñas, Carlos. Nueva Enciclopedia Jurídica. Tomo III. Editado por Francisco Seix. Barcelona. 1951. Pág. 137).

El Tribunal, también ha dicho “De los textos citados se desprende que, a los efectos de su tutela, la obra artística, científica o literaria, susceptible de reproducción o divulgación, debe ser una creación original. Por tanto, la protección no depende del mérito de la obra o de su destino (Lipszyc, Delia: “Derecho de autor y derechos conexos”. Ediciones Unesco-Cerlalc-Zavalia, 1993, p. 61), ni de la complejidad del trabajo intelectual o de los recursos para producirla (Antequera Parilli, Ricardo: “Derecho de Autor”. Tomo 1, Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual, Caracas, 1999, p.127), 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, diferencia que deberá examinarse y valorarse como una cuestión de hecho en cada caso”. (Proceso 165-IP-2004, publicado

en la G.O.A.C. N° 1195, de 11 de mayo de 2005).

Sobre la base de lo expresado, se debe dejar claramente establecido que la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena en el literal i) de su artículo 4º, protege los derechos de autor sobre las obras fotográficas, entendidas éstas como la “creación de obras bidimensionales mediante la impresión de la luz que reflejan los objetos, resultando normalmente imágenes similares a las del mundo real”. (Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, “Manual de propiedad intelectual”, p. 67); ahora bien, la protección a través de la propiedad intelectual de la fotografía responde al reconocimiento de que la fotografía constituye el resultado de la labor creativa del autor y no solamente de un proceso mecánico, puesto que el fotógrafo parte de una preconcepción mental de lo que será la obra y consecuentemente cuales serán las particulares características de la misma, de esta forma el autor determina precisamente cual es el encuadre apropiado, decide la composición, iluminación y profundidad del campo o escenario, a través del enfoque podrá definir una mayor o menor nitidez de los objetos que componen la obra fotográfica, de igual forma selecciona los modelos u objetos a representar, el color o colores que van a ser utilizados y finalmente las modalidades de revelado; posibilidades artísticas que se amplían con la fotografía digital.

Por su parte y, sobre la discusión acerca de la apreciación de la originalidad y sobre el objeto de la protección de la fotografía por los derechos de autor, el tratadista Ricardo Antequera Parilli, ilustra dicha protección citando el caso del Tribunal Supremo de los Estados Unidos donde se resaltó que “la fotografía constituye el resultado de la labor creativa del autor y no de un proceso meramente mecánico (...)” y el caso del Tribunal de Milán que reconoce que “la tutela de la obra de carácter creativo en el campo de la fotografía opera toda vez que el fotógrafo no se limita a una reproducción de la realidad, si bien a través de procesos técnicamente sofisticados, haya sin embargo introducido en la obra la propia fantasía, el propio gusto y la propia sensibilidad, para transmitir las propias

emociones a quien mire la fotografía de tal modo realizada; desde el punto de vista técnico el autor cuidará particular luz, declinaciones, encuadres y similares, en la intención de agregar una dosis de imaginación a la reproducción mecánica del tema”. (Antequera Parilli, Ricardo, Estudios de Derecho de Autor y Derechos Afines. Colección de Propiedad Intelectual. Pp. 78 y 79).

Por otro lado, y tomando en cuenta el criterio doctrinario de Rodrigo Bercovitz, se puede afirmar que la originalidad de una obra puede encontrarse en dos aspectos, el primero la concepción y el segundo la ejecución. De esta forma en el caso de las fotografías podemos colegir que la propia concepción de los objetos representados no es original y de ninguna manera puede atribuirse al autor, por ejemplo el caso de un paisaje o una persona que tienen una preexistencia independiente de la obra fotográfica. Sin embargo, el valor de la obra y consecuentemente los derechos que surjan para el autor de la misma, recaen en la ejecución personal, que contiene una serie de actos volitivos y concientes, descritos en líneas precedentes, los cuales determinarán la producción de un resultado, plasmado en una obra fotográfica susceptible de protección por medio del reconocimiento de propiedad intelectual.

Por lo expuesto, sobre la base de la norma comunitaria y de la doctrina citada el Tribunal reconoce a las obras fotográficas como objeto de protección de los derechos de autor, siempre que estas, al igual que el resto de obras literarias, artísticas y científicas, cuenten con originalidad y creatividad del autor, por lo tanto, es derecho exclusivo del autor, o en su caso de sus derechohabientes, la reproducción de dichas fotografías por cualquier forma o procedimiento.

2. De los derechos morales y patrimoniales que confiere la protección del derecho de autor

El artículo 11 de la Decisión 351 se refiere al derecho moral que tiene un autor sobre su obra, cuyas características son su imprescriptibilidad, inalienabilidad, inembargabilidad e irrenunciabilidad; el goce de este derecho faculta al autor, entre otras cosas,

para reivindicar la paternidad de la obra en cualquier momento; al respecto, este Tribunal ha sostenido que: “El autor es el gestor de la creación intelectual, por lo cual tiene el derecho de que cuando la obra se dé a conocer al público, a través de cualquier medio, ésta contenga su nombre, derecho que se conoce como de ‘paternidad de la obra’”. (Proceso 139-IP-2003, publicado en la G.O.A.C. N° 1057 de 21 de abril de 2004).

“El mismo artículo en examen consagra también ciertas facultades que se enmarcan dentro del grupo derechos morales. Siguiendo la pertinente clasificación que Delia Lipszyc hace en su libro “Derecho de Autor y Derecho Conexos”, se tiene que las facultades pueden ser positivas o negativas (defensivas). Las primeras engloban todas las acciones que el titular del derecho de autor puede hacer con su obra; ahí se encuentran la facultad de divulgar la obra, modificarla y retirarla (literal a. del artículo 11 de la Decisión 351). Las segundas son todas aquellas acciones tendientes a defender la paternidad de la obra (literales b. y c. del artículo 11 de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena)”. (Proceso 110-IP-2007, publicado en la G.O.A.C. N° 1588 de 20 de febrero de 2008).

Con base en un análisis doctrinal, este Tribunal, también ha indicado que “La paternidad es una potestad jurídica inherente a la personalidad del autor, que le atribuye el poder de hacerse reconocer en todo momento como tal y hacer figurar sobre la obra su propio nombre, en su condición de creador que no nace, precisamente, de la inscripción de la misma en el Registro respectivo, sino cuando el autor la materializa como suya (...)”. (Ledesma, Guillermo. DERECHO PENAL INTELLECTUAL. Editorial Universidad. Primera Edición. 1992. Argentina. Pág. 113). “En tanto que para MANUEL PACHÓN, ‘La facultad de reivindicar la obra, busca impedir que otra persona quiera pasar por autor de la obra, y le permite al verdadero autor obtener que se reemplace el nombre del falso autor por el suyo propio’”. (Pachón Muñoz, Manuel. Ob. Cit. Pág. 54). (Proceso 139-IP-2003, ya citado).

Finalmente, este artículo prevé que, a la muerte del autor, el ejercicio de sus derechos morales pasará a depender de sus derechohabientes hasta 50 años después de la muerte del autor.

3. La reproducción de una obra protegida

De conformidad con el artículo 13 de la Decisión 351 en análisis, el autor o sus causahabientes tienen el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir, la reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento, la comunicación pública de la obra por cualquier medio que sirva para difundir palabras, los signos, los sonidos o las imágenes; la distribución pública de ejemplares o copias de la obra mediante la venta, arrendamiento, alquiler o cualquier otro contrato; la importación al territorio de cualquier País Miembro de copias hechas y la traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra. Para aclarar, 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.

El Tribunal ha determinado que “Lo que persigue el derecho patrimonial mencionado es que el autor pueda generar copias totales o parciales de la obra original o transformada, por cualquier medio o procedimiento, lo que implica la facultad de explotar la obra.

Que el derecho patrimonial de reproducción incluya la obra transformada amplía de una manera muy importante su ámbito de protección, ya que cualquier adaptación, traducción, arreglo, etc., debe contar con el consentimiento del autor (...). Los derechos patrimoniales no son absolutos y, por lo tanto, se encuentran restringidos por una serie de limitaciones y excepciones, teniendo en cuenta que no se afecte la normal explotación de las obras o no se causen perjuicios injustificados a los legítimos intereses del titular o titulares de los derechos (Usos honestos). De conformidad con el artículo 21, las legislaciones internas de los Países Miembros pueden establecer dichas limitaciones y excepciones de conformidad con lo anteriormente anotado” (Proceso 110-IP-

2007, Publicado en la G.O.A.C. Nº 1588 de 20 de febrero de 2008).

4. Reparación o indemnización en compensación por los daños y perjuicios ocasionados

Conforme al artículo 57 de la Decisión 351, en el caso de presentarse una infracción a los derechos de autor, el ilícito y su reparación deberán demandarse ante el órgano administrativo o jurisdiccional competente designado al efecto por la legislación nacional sobre la materia. La admisión de la demanda dará lugar a la apertura del procedimiento establecido por las leyes del País Miembro, en el cual deberán observarse, entre otros, los principios del debido proceso y, en particular, los de igualdad de las partes, imparcialidad del órgano competente, eficacia, economía procesal y celeridad. Los procedimientos se sujetarán a las normas del derecho nacional, en aplicación del principio de 'complementariedad' entre el derecho comunitario y el derecho nacional, ya que la norma comunitaria se hace efectiva a través de órganos y procedimientos internos del País Miembro de que se trate. Todo proceso llevado a cabo por la autoridad nacional, se reitera, deberá además observar los principios referidos.

Con relación a los ilícitos que pudieran ser cometidos, el Tribunal expresó que: "Frente al ilícito citado, la tutela resarcitoria persigue la compensación económica de la víctima de la lesión patrimonial, a través de la restitución del objeto y, en su defecto, de la reparación o de la indemnización. El daño es pues el presupuesto de la tutela judicial efectiva, ésta consiste en su resarcimiento, que es el montante económico por la falta de ejercicio del derecho infringido y, éste se encuentra gobernado por el principio de la reparación integral, según el cual, la víctima del daño no debe recibir ni más ni menos que la pérdida que, susceptible de valoración económica, haya efectivamente sufrido. En este contexto, el restablecimiento del titular en el goce y ejercicio de su derecho exclusivo, por la vía del resarcimiento del daño, constituye el objeto de la decisión de mérito y, por tanto, de la tutela definitiva del derecho de autor (...). En el caso de la tutela de mérito, cuyo objeto, como se indicó, es el restablecimiento del

titular en el goce y ejercicio de su derecho exclusivo, por la vía del resarcimiento del daño, la norma comunitaria atribuye potestad a la autoridad nacional competente para disponer el pago de una reparación o indemnización adecuada en compensación por los daños y perjuicios sufridos, así como el pago por el infractor de las costas del proceso y el retiro definitivo del comercio de los ejemplares ilícitos". (Proceso 178-IP-2006, publicado en la G.O.A.C. Nº 1486 de 11 de abril de 2007).

5. Facultades de la autoridad nacional competente en caso de infracción a los derechos de autor

Conforme al artículo 57 de la Decisión 351, de incurrirse en infracción de los derechos de autor, el ilícito y su reparación deberán demandarse ante el órgano administrativo o jurisdiccional competente designado al efecto por la legislación nacional sobre la materia. La admisión de la demanda dará lugar a la apertura del procedimiento establecido por la legislación del País Miembro, en el cual deberán observarse, entre otros, los principios del debido proceso y, en particular, los de igualdad de las partes, imparcialidad del órgano competente, eficacia, economía procesal y celeridad. Los procedimientos, se sujetarán a las normas del derecho nacional, en aplicación del principio de 'complementariedad' entre el derecho comunitario y el derecho nacional, ya que la norma comunitaria se hace efectiva a través de órganos y procedimientos internos del País Miembro de que se trate. Todo proceso llevado a cabo por la autoridad nacional, se reitera, deberá además observar los principios referidos.

Frente al ilícito citado, la tutela resarcitoria persigue la compensación económica de la víctima de la lesión patrimonial, a través de la restitución del objeto y, en su defecto, de la reparación o de la indemnización. El daño es pues el presupuesto de la tutela judicial efectiva, ésta consiste en su resarcimiento, que es el montante económico por la falta de ejercicio del derecho infringido y, éste se encuentra gobernado por el principio de la reparación integral, según el cual, la víctima del daño no debe recibir ni más ni menos que la

pérdida que, susceptible de valoración económica, haya efectivamente sufrido.

En este contexto, el restablecimiento del titular en el goce y ejercicio de su derecho exclusivo, por la vía del resarcimiento del daño, constituye el objeto de la decisión de mérito y, por tanto, de la tutela definitiva del derecho de autor.

*Sobre el proceso ante la autoridad nacional, el Tribunal ha sostenido “Ahora bien, en el proceso ante la jurisdicción es inevitable la *distantia temporis* entre el momento de la lesión del derecho y el momento de su resarcimiento, lo que hace posible el riesgo de que, en el intervalo, se materialice o se consolide el daño. Hay pues la necesidad de la prevención de este riesgo, a través de la tutela cautelar, sin perjuicio del principio del contradictorio y del derecho a la defensa. Se trata de una tutela instrumental y provisional cuyo otorgamiento viene a ser el resultado de la valoración, en términos de probabilidad, del derecho invocado y de su lesión (...). La tutela en referencia debe apoyarse en el cumplimiento de los requisitos del *fumus boni iuris*, el cual implica un juicio favorable de probabilidad sobre el derecho cuya lesión se quiere prevenir, y del *periculum in mora*, es decir, del riesgo de que, en el curso del proceso y mientras se dicta la decisión definitiva, se produzca la materialización o la consolidación de la lesión, o de que se vea impedida la efectividad de la tutela de mérito”. (Proceso 165-IP-2004, publicado en la G.O.A.C. N° 1195 de 11 de mayo de 2005).*

La norma comunitaria atribuye potestad cautelar a la autoridad nacional competente para ordenar el cese inmediato de la actividad ilícita, el embargo o el secuestro preventivo de los ejemplares de la obra producidos ilícitamente y de los aparatos o medios utilizados para ello, así como su incautación o decomiso (artículo 56 de la indicada Decisión 351). El cese de la actividad ilícita puede alcanzarse a través de medidas cautelares como la suspensión de la producción o el retiro del comercio de los ejemplares ilícitos.

Sin embargo, el Tribunal ha aclarado que “la autoridad nacional competente está facultada para adoptar las medidas respectivas cuando

haya tenido lugar la infracción de derechos conferidos por la ley, con la salvedad de que éstas no podrán recaer respecto del ejemplar adquirido de buena fe y para exclusivo uso de un solo individuo, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 25 de la misma Decisión. La buena fe en el uso de los programas de ordenador comprende los llamados usos honrados y el uso personal que tal como los describe el artículo 3, in fine de la Decisión 351 son los que no interfieren con la explotación normal de la obra ni causan perjuicios irrazonables a los intereses legítimos del autor o se trata de una forma de utilización de la obra exclusivamente para uso propio y en casos como de investigación y esparcimiento personal”. (Proceso 12-IP-98, publicado en la G.O.A.C. N° 428 de 16 de abril de 1999).

En el caso de la tutela de mérito, cuyo objeto, como se indicó, es el restablecimiento del titular en el goce y ejercicio de su derecho exclusivo, por la vía del resarcimiento del daño, la norma comunitaria atribuye potestad a la autoridad nacional competente para disponer el pago de una reparación o indemnización adecuada en compensación por los daños y perjuicios sufridos, así como el pago por el infractor de las costas del proceso y el retiro definitivo del comercio de los ejemplares ilícitos.

En cuanto a los aspectos no disciplinados por la norma comunitaria, el Tribunal ratifica la aplicabilidad del régimen procesal establecido en la legislación nacional correspondiente, por virtud de la regla del complemento indispensable.

La Decisión 351, en su artículo 57, establece las medidas que podrá ordenar la autoridad nacional competente de los Países Miembros de la Comunidad Andina cuando haya tenido lugar la infracción de derechos conferidos por la ley, al disponer:

Ante la infracción comprobada de los derechos de autor, la autoridad nacional competente podrá ordenar:

a) El pago al titular del derecho infringido de una reparación o indemnización adecuada en compensación por los daños y perjuicios

sufridos con motivo de la violación de su derecho;

b) Que el infractor asuma el pago de las costas del proceso en que haya incurrido el titular del derecho infringido;

c) El retiro definitivo de los canales comerciales, de los ejemplares que constituyan infracción del derecho;

d) Las sanciones penales equivalentes a aquellas que se aplican a delitos de similar magnitud”.

En virtud de lo anteriormente expuesto,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

CONCLUYE:

PRIMERO.- La normativa sobre Derechos de Autor tiene como objeto de protección a la obra intelectual, la cual debe ser el resultado del talento creativo del hombre, en el dominio literario, artístico o científico y como producto del ingenio humano, por su forma de expresión, tendrá especiales características de originalidad. Esta protección será reconocida con independencia del género de la obra, su forma de expresión, mérito o destino.

La protección a través de la propiedad intelectual de la fotografía responde al reconocimiento de que la fotografía constituye el resultado de la labor creativa del autor y no solamente de un proceso mecánico, puesto que el fotógrafo parte de una preconcepción mental de lo que será la obra y consecuentemente cuáles serán las particulares características de la misma, de esta forma el autor determina precisamente cuál es el encuadre apropiado, decide la composición, iluminación y profundidad del campo o escenario, a través del enfoque podrá definir una mayor o menor nitidez de los objetos que componen la obra fotográfica, de igual forma selecciona los modelos u objetos a representar, el color o colores que van a ser utilizados y finalmente las modalidades de revelado; posibilidades artísticas que se amplían con la fotografía digital.

En este sentido se garantiza la protección de la propiedad intelectual sobre las obras fotográficas, entendidas como una forma de ejecución personal, que contiene una serie de actos volitivos y conscientes.

SEGUNDO.- Los derechos morales que se reconocen al autor sobre su obra, tienen las características de imprescriptibilidad, inalienabilidad, inembargabilidad e irrenunciabilidad; el efectivo ejercicio de estos derechos facultan al autor, entre otras cosas, a reivindicar la paternidad de la obra en cualquier momento y consecuentemente exigir que se identifique al autor de una obra cuando ha sido omitido y, por el otro, a defender la autoría de la obra cuando ésta es cuestionada.

TERCERO.- El derecho patrimonial exclusivo de reproducción de la obra, implica la facultad de explotar exclusivamente la misma y busca, entre otras cosas, asegurar que el autor pueda generar copias totales o parciales de la obra original y en caso de que sean reproducidas por terceros, se le reconozcan sus legítimos derechos de propiedad intelectual.

CUARTO.- El autor de una obra tiene la facultad de iniciar una acción legal, en virtud del principio de la correlación normal entre la titularidad del derecho sustancial de autor, que se deduce en juicio y la titularidad del poder de obrar ante la jurisdicción nacional competente, contra cualquier persona que incurra en la infracción de aquel derecho, que ejecute actos que la hagan inminente o que cause un daño o perjuicio al autor.

Por otra parte la autoridad jurisdiccional nacional debe ejercer la tutela resarcitoria, que persigue la compensación económica de la víctima de la lesión patrimonial, a través de la restitución del objeto y, en su defecto, de la reparación o de la indemnización por el daño causado, así como el pago por el infractor de las costas del proceso y el retiro definitivo del comercio de los ejemplares ilícitos.

QUINTO.- La Decisión 351, en su artículo 57, establece las medidas que podrá ordenar la autoridad nacional competente de los Países Miembros de la Comunidad Andina cuando

haya tenido lugar la infracción de derechos conferidos por la ley.

Entre estas medidas se encuentran previstas: el pago al titular del derecho infringido de una reparación o indemnización adecuada en compensación por los daños y perjuicios sufridos con motivo de la violación de su derecho; que el infractor asuma el pago de las costas del proceso en que haya incurrido el titular del derecho infringido; el retiro definitivo de los canales comerciales, de los ejemplares que constituyan infracción del derecho; o, las sanciones penales equivalentes a aquellas que se aplican a delitos de similar magnitud.

El Juzgado Décimo Civil del Circuito de Medellín de la República de Colombia deberá adoptar la presente interpretación prejudicial cuando dicte sentencia de conformidad con lo dispuesto por el artículo 35 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, así como dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 128, párrafo tercero, del Estatuto del Tribunal.

NOTIFÍQUESE y remítase copia de la presente interpretación a la Secretaría General de la Comunidad Andina para su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.