

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2007
Selección y disposición de las materias y comentarios, Ricardo Antequera Parilli

Obra artística. Soporte material. Titularidad. Museos

PAÍS U ORGANIZACIÓN: Colombia

ORGANISMO: Dirección Nacional de Derecho de Autor

FECHA: 15-9-2004

JURISDICCIÓN: Administrativa

FUENTE: Portal de la Dirección Nacional de Derecho de Autor de Colombia, en <http://www.derautor.gov.co/htm/home.asp> (Directivas y Circulares).

OTROS DATOS: Circular No. 8

SUMARIO:

“ ... es importante precisar que una cosa es el soporte material de la obra (el cuadro, grabado, escultura, entre otros) y otra muy diferente, es la obra en sí misma considerada. Aquel constituye un bien mueble que el autor utiliza para exteriorizar su creación y respecto del cual se predica el derecho real de dominio (corpus mechanicum), mientras que ésta (la obra) constituye un bien inmaterial o intangible, de carácter original (corpus mysticum) que involucra una concepción artística del autor, y se erige como el objeto de protección del derecho de autor”¹.

“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 o cualquier otro), 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 de propiedad 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»²; tal cual sucede cuando se posee la propiedad sobre el libro o el disco que soporta o contiene una obra literaria o artística, en donde se tiene el derecho al goce o disfrute personal de las obras allí contenidas, pero se carece del derecho de disposición sobre las mismas”.

¹ En este sentido se expresa el Autor Isidro Satanowsky en su obra “Derecho Intelectual”, Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, 1954. Pág. 161

² LIPSZYC, DELIA. Derecho de autor y derechos conexos. Ediciones UNESCO / CERLALC / ZAVALIA, Buenos Aires, 1993 Pág. 77

TEXTO COMPLETO:

CIRCULAR No. 08

Para: Directores, funcionarios y usuarios de museos

De: Unidad Administrativa Especial Dirección Nacional de Derecho de Autor

Asunto: El derecho de autor y las obras que reposan en los museos

Fecha: 15 de septiembre de 2003

Conscientes de la importante función que desarrollan los museos en la conservación y promoción de los bienes culturales, la Unidad Administrativa Especial Dirección Nacional de Derecho de Autor, entidad adscrita al Ministerio del Interior y de Justicia, como encargada de propender por la generación de una cultura de respeto al derecho de autor y los derechos conexos en nuestro país, se permite hacer conocer de los directores, funcionarios y usuarios de aquellos, algunos aspectos relacionados con el cumplimiento de las normas sobre derecho de autor.

1. CONSIDERACIONES GENERALES

El derecho de autor surge como una forma de protección jurídica a la producción intelectual de carácter literario o artístico, otorgando al autor una serie de prerrogativas sobre su obra, al punto de considerarla como una forma especial de propiedad, la que, a diferencia de la propiedad común que recae sobre cosas corporales, tiene como objeto de protección las obras literarias y artísticas.

Otro aspecto que distingue la propiedad surgida del derecho de autor, frente a la propiedad común, es que aquella, además de otorgar derechos de carácter patrimonial a su titular, también le otorga derechos morales sobre la obra.

Los derechos morales del autor están fuera del comercio, por lo tanto no es posible que sean objeto de negociación y se consideran perpetuos, inalienables e irrenunciables. El ordenamiento jurídico³ colombiano, la normatividad comunitaria andina y los convenios internacionales sobre derecho de autor, han reconocido como derechos morales el de paternidad, integridad, ineditud, modificación y retracto.

En cuanto a los derechos patrimoniales, en virtud de ellos el autor tiene la facultad exclusiva de realizar, autorizar o prohibir, cualquier forma de utilización que se haga de la obra. La legislación de manera enunciativa ha determinado algunos de estos derechos como el de reproducción, comunicación pública, distribución pública y transformación de la obra⁴.

Los referidos derechos a diferencia de los morales, son transmisibles, renunciables y temporales. La temporalidad implica que están sometidos a un término o plazo extintivo. El término de protección de las obras en el ordenamiento colombiano es de ochenta años contados a partir de la muerte del autor. Sin embargo, el artículo 18 de la Decisión Andina 351 de 1993 indica que: "Cuando la titularidad de los derechos, corresponda a una persona jurídica, el plazo de protección no será inferior a cincuenta años contados a partir de la realización, divulgación o publicación de la obra, según el caso"; titularidad a la que se llega mediante un contrato de transferencia de derechos.

2. DE LOS MUSEOS Y LAS OBRAS QUE REPOSAN EN ELLOS

Un museo se define como: "... una institución permanente, sin fines lucrativos al servicio de la sociedad y de su desarrollo, abierta al público y que efectúa investigaciones, sobre los testimonios

3 Artículo 30 Ley 23 de 1982, sobre derecho de autor de Colombia; artículo 11 de la Decisión 351 de 1993 de la Comunidad Andina de Naciones; y el artículo 6 bis del Convenio de Berna.

4 Artículos 3, 12 y 76 de la Ley 23 de 1982, Artículo 13 de la Decisión Andina 351 de 1993 y Artículos 8º, 9º, 10, 10 bis, 11, 11 bis, 11 ter, entre otros, del Convenio de Berna,

materiales del ser humano y de su medio ambiente, los cuales adquiere, conserva, comunica y exhibe con propósito de estudio, educación y deleite”.⁵ Los museos del país, de acuerdo con la Ley General de Cultura “... son depositarios de bienes muebles, representativos del patrimonio cultural de la Nación”.⁶ En ellos, suelen exhibirse obras plásticas y fotográficas, las cuales están protegidas por el derecho de autor.

La Decisión Andina 351 de 1993 define la obra plástica o de bellas artes como: “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 efectos de la presente Decisión, las fotografías, las obras arquitectónicas y las audiovisuales”.⁷ Igualmente, por obra fotográfica de acuerdo con el glosario de la OMPJ⁸, se entiende que: “Es una imagen de objetos de la realidad, producida sobre una superficie sensible a la luz o a otra radiación. Estas obras pueden ser protegidas por el derecho de autor como obras artísticas, siempre que su composición, selección o modo de captación del objeto muestre originalidad”.

En este punto, es importante precisar que una cosa es el soporte material de la obra (el cuadro, grabado, escultura, entre otros) y otra muy diferente, es la obra en sí misma considerada. Aquel constituye un bien mueble que el autor utiliza para exteriorizar su creación y respecto del cual se predica el derecho real de dominio (*corpus mechanicum*), mientras que ésta (la obra) constituye un bien inmaterial o intangible, de carácter original (*corpus mysticum*) que involucra una concepción artística del autor, y se erige como el objeto de protección del derecho de autor⁹.

a. El museo como propietario del soporte físico

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 o cualquier otro), 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 de propiedad 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”¹⁰; tal cual sucede cuando se posee la propiedad sobre el libro o el disco que soporta o contiene una obra literaria o artística, en donde se tiene el derecho al goce o disfrute personal de las obras allí contenidas, pero se carece del derecho de disposición sobre las mismas.

En consecuencia, y en concordancia con lo dispuesto en el artículo 185 de la Ley 23 de 1982, que consagra “Salvo estipulación en contrario, la enajenación de una obra pictórica, escultórica o de artes figurativas en general, no le confiere al adquirente el derecho de reproducción, el que seguirá siendo del autor o de sus causahabientes” (el resaltado es nuestro), debe entenderse que la transferencia del derecho de reproducción de la obra, por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma, material o digital, deberá pactarse de manera expresa en el contrato de enajenación de la pintura, escultura, etc.; entendiendo la ley que los demás derechos patrimoniales que benefician al titular del derecho de autor sobre la obra, tales como la comunicación pública, se transfieren con la enajenación de la obra.

5 Artículo 2° parágrafo 1° de los Estatutos del Consejo Internacional de Museos ICOM

6 Artículo 49 de la Ley 397 de 1997

7 Artículo 3° de la Decisión Andina 351 de 1993

8 Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.

9 En este sentido se expresa el Autor Isidro Satanowsky en su obra “Derecho Intelectual”, Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, 1954. Pág. 161

10 LIPSZYC, DELIA. Derecho de autor y derechos conexos. Ediciones UNESCO / CERLALC / ZAVALIA, Buenos Aires, 1993 Pág. 77

En este sentido y a menos que haya adquirido los derechos, sí el museo comercializa productos, (afiches, postales, etc.) en los cuales incorpora obras de su colección, dicha comercialización deberá realizarse con la previa autorización del titular de los derechos, pues tales actos implican disposición del derecho de reproducción.

Al respecto es menester apuntar que, acorde con la declaración concertada del artículo 1.4 de Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, “El derecho de reproducción, tal como se establece en el artículo 9 del Convenio de Berna, y las excepciones permitidas en virtud del mismo, son totalmente aplicables en el entorno digital, en particular a la utilización de obras en forma digital. Queda entendido que el almacenamiento en forma digital en un soporte electrónico de una obra protegida, constituye una reproducción en el sentido del artículo 9 del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas de 1886”.

En conclusión, hoy en día en virtud del derecho de reproducción, el titular del mismo puede autorizar o prohibir tanto aquellas formas de utilización que implican la obtención de copias análogas, tales como la impresión en papel, la fotocopia, la fotografía tradicional, la inclusión en película cinematográfica, la realización de uno o más ejemplares tridimensionales de una obra bidimensional, o viceversa, como también las utilidades que conllevan la digitalización de las obras, como serían, por ejemplo, las reproducciones a través de escáner o fotografía digital y su posterior almacenamiento en un computador o servidor para su puesta a disposición en Internet, o su inclusión en un base de datos o soporte digital.

De suerte que cualquier reproducción, material o digital, que pretenda efectuar el museo, en su

condición de titular de la obra, y que implique explotación económica de la misma, requerirá autorización previa y expresa por parte del autor o titular del derecho, a menos que hubiera obtenido este derecho de manera expresa en el momento de la enajenación. Por ello es necesario sugerir a los museos que si al adquirir una obra preexistente, no logran expresamente obtener el derecho de reproducción de parte de su autor o sus causahabientes, al menos obtengan expresamente la posibilidad de efectuar la reproducción de la obra a los fines de la publicidad sobre la tenencia de la misma.

Es importante aclarar, que de acuerdo con las normas del derecho de autor, “Las distintas formas de utilización de la obra son independientes entre ellas; la autorización del autor para una forma de utilización, no se extiende a las demás”¹¹. De esta manera, cuando, por ejemplo, el autor o el titular de los derechos patrimoniales, ha autorizado la comunicación pública de la obra, expresamente para la exposición de la misma, no se puede presumir su consentimiento para hacer cualquier otro uso, como sería su inclusión en bases de datos, o la reproducción o la distribución de la obra o de las copias de aquella. De igual forma, la autorización para la reproducción de la obra artística, por ejemplo en litografías, no puede extenderse a una reproducción en soporte digital y mucho menos ampliarse a la comunicación pública o puesta a disposición de la obra en Internet.

b. ¿Cómo adquiere el museo la titularidad de los derechos patrimoniales de la obra?

Ahora bien, si el museo además de adquirir el soporte físico desea ser el titular de todos los derechos patrimoniales de autor de una obra aun dentro del dominio privado, es preciso que tenga en cuenta sí la obra objeto de negociación ha sido

¹¹ Artículo 77 de la Ley 23 de 1982, en el mismo sentido el artículo 31 de la Decisión 351 de 1993

encargada por él o si, por el contrario, se trata de una creación preexistente.

En el primer caso, es menester recordar que acorde con lo que expresa el artículo 184 de la Ley 23 de 1982, cuando el contrato se refiera a la ejecución de una fotografía, pintura, dibujo, retrato, grabado u otra obra similar, la obra realizada será de propiedad de quien ordene la ejecución.

En el segundo evento, es decir, tratándose de obras preexistentes, en tanto que el adquirente obtiene los otros derechos patrimoniales reconocidos en la ley, en cuanto al derecho patrimonial de reproducción es preciso que exista una cesión expresa, conforme se resaltó al referirnos al ya citado artículo 185 de la Ley 23 de 1982.

Y en cuanto a los efectos, en una u otra situación, para que la transferencia de derechos los produzca, la misma deberá constar en escritura pública o en documento privado reconocido ante notario; actos que para ser oponibles frente a terceros deberán ser registrados en la Oficina de Registro de la Dirección Nacional de Derecho de Autor¹².

En tales circunstancias será el museo, quien en su condición de titular del derecho exclusivo que otorga la ley, el legitimado para autorizar cualquier uso que se pretenda hacer de la obra, incluso si el usuario es el propio autor.

Lo anteriormente dicho, también significa que si el museo no detenta la propiedad de la obra, en virtud de los medios arriba mencionados, y solo la posee en razón de un comodato o préstamo de uso, no comporta para sí la disposición de ningún derecho patrimonial, salvo que así se disponga de manera previa y expresa en un documento, y atendiendo al principio de las distintas formas de utilización.

3. DE LAS LIMITACIONES Y EXCEPCIONES DEL DERECHO DE AUTOR

Como ya se ha señalado en precedencia, en el derecho de autor existe un principio general, cual es, que toda utilización que se haga de una obra literaria o artística requiere de la previa y expresa autorización por parte del autor o del titular de los derechos patrimoniales.

*Las limitaciones y excepciones en el campo del derecho de autor, constituyen la excepción a esa regla general, es decir, son aquellos casos en los cuales el legislador autoriza a terceros para que utilicen las obras sin que medie consentimiento alguno por parte del autor o titular del derecho. Dichas excepciones que son consagradas a manera de *numerus clausus* por el legislador colombiano y comunitario, deben cumplir con los siguientes requisitos: a) deben estar expresamente establecidas en la ley, b) no deben atentar contra la normal explotación de la obra, c) no deben causar un perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular o titulares de los derechos¹³.*

*Es este sentido, el apartado h) del artículo 22 de la Decisión Andina 351 de 1993, ha establecido una excepción y limitación, aplicable a las obras expuestas en los museos, según la cual sería permitido “Realizar la reproducción, emisión por radiodifusión o transmisión pública por cable, de la imagen de una obra arquitectónica, de una obra de bellas artes, de una obra fotográfica o de una obra de artes aplicadas **que se encuentre situada en forma permanente en un lugar abierto al público**”.*

Al respecto, dos precisiones surgen obligadas: la primera en orden de señalar que esta limitación excluye la posibilidad de distribuir las copias de las obras así reproducidas. Es decir que un visitante

¹² Artículo 183 de la Ley 23 de 1982

¹³ Artículos 9.2 del Convenio de Berna para la Protección de Obras Literarias y Artísticas, 13 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, ADPIC, y 13 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor.

del museo puede, a la luz de la disposición que viene de transcribirse, por ejemplo, tomar fotografías de una escultura o pintura, pero no está facultado para distribuir a ningún título postales con dichas reproducciones.

En segundo lugar, es necesario aclarar que la anterior limitación o excepción sería aplicable sin perjuicio de las medidas que adopte el museo en aras de la protección de su colección (por ejemplo, el museo podría prohibir a los usuarios del mismo tomar fotografías de las obras expuestas, en virtud del efecto dañino que sobre el soporte material de las obras produce el flash de la cámara).

4. EL RESPETO A LOS DERECHOS MORALES

Respecto a este tópico impera recordar que ni los museos ni los usuarios de los mismos, pueden desconocer los derechos morales del autor de la obra. De este modo, tendrán que reivindicar en todo caso la autoría de la creación al momento de cualquier forma de uso y no podrán, bajo ninguna circunstancia, adelantar actos que impliquen deformación, mutilación u otra modificación que atente contra el mérito o decoro de la obra o la reputación del autor.

Con esta óptica, es menester poner de presente que con ocasión de la realización de folletos, pancartas o similares, o la restauración o intervención de una obra de arte, existe el peligro de introducir modificaciones que impliquen un atentado en contra de la integridad de la misma (v. Gr. una variación en el color al escanear, o sacar parte de la obra en un folleto para promocionar una exposición o evento en particular). Por lo tanto, los museos deberán ser muy cuidadosos al momento de llevar a cabo tales procesos, para no verse incurso en reclamaciones que puedan derivar en sanciones establecidas en la ley de derecho de autor y demás normas que la complementan.

La Dirección Nacional de Derecho de Autor, adscrita al Ministerio del Interior y de Justicia, ente especializado y rector en el tema, pone a disposición de todos los directores de museos, funcionarios y usuarios de los mismos, su conocimiento y recurso humano para atender cada una de sus inquietudes.

La sede de esta entidad se encuentra ubicada en la Carrera 13 N° 27 – 00, oficina 617, Edificio Bochica, Bogotá, D.C.; teléfono 3 41 81 77; correo electrónico: derautor@derautor.gov.co; página web: www.derautor.gov.co.

FERNANDO ZAPATA LÓPEZ
Director General.