

ORIGINAL

Del lat. *originālis*.

Autor: Ana María Rave Gómez

Estudiante de Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana, realizó su práctica corporativa

en AXIOM SL

SUMARIO

Resumen

Introducción

Qué es la originalidad

Elementos claves de la originalidad

Propuesta de definición de originalidad

Caso de estudio

Referencias

RESUMEN

La originalidad es un principio esencial en el derecho de autor, sino está presente, la creación no puede ser protegida. De igual manera, si las creaciones solo se quedan en ideas y no son expresadas, no se puede reclamar la originalidad de ellas, pues las obras tienen como requisito para lograr -su efectiva protección, el hecho de ser expresadas.

Este artículo de grado se ocupa del tema de la originalidad, la cual, en el mundo actual, no se puede entender como novedad absoluta, sino como individualidad y/o novedad relativa. Este estudio pretende brindar algunas luces sobre lo que se debe entender como originalidad en el derecho de autor, para lo cual se presentan algunas definiciones, se hace una reflexión personal y se propone una definición propia.

PALABRAS CLAVE: Originalidad, individualidad, novedad relativa, derecho de autor, propiedad intelectual.

INTRODUCCIÓN

Este artículo está motivado por la falta de claridad que existe en la legislación, en la jurisprudencia y en la doctrina frente al tema de la originalidad en las creaciones, la cual es uno de los requisitos para lograr la efectiva protección de éstas por medio de la propiedad intelectual, específicamente en el derecho de autor.

Es complejo saber cuál es la forma más acertada de comenzar a explicar este asunto, pues ha sido tratado sin llegar a una definición absoluta. El derecho de autor se encarga de dar pautas que guíen a los jueces, abogados, doctrinantes y demás interesados en el tema, sin embargo, aún se continúa en un limbo en el que solo se dan repuestas parciales.

Este artículo de grado busca explicar si debe entenderse la originalidad en el derecho de propiedad intelectual, como novedad o como individualidad. Para ello se presentan diferentes posturas y planteamientos y se propone un concepto de originalidad.

Este tema se abordará entonces por medio de capítulos. En el primero se expondrá qué es originalidad con base en los sistemas del derecho de autor, en el segundo capítulo se enseñará elementos claves de la originalidad, en el tercero capítulo se presentará una definición propia en base a lo estudiado, para llegar a un último capítulo, en el que se presentará un caso real.

QUÉ ES SER ORIGINAL

Para hablar de originalidad, lo primero que debemos saber es que, como todo en la vida, depende, ¿y de qué depende!? Depende de cómo se vea, se crea o se piense.

Existen en el derecho de autor dos sistemas, que plantean conceptos de originalidad:

Puesto que no existe una definición de la originalidad a nivel internacional, forzoso es recurrir de los dos grandes sistemas legales explicativos del derecho de autor- *common*

law y *civil law*-, para ver cuál ha sido el enfoque e interpretación que se le ha dado. (García, 1996)

El primer sistema es el de "derecho de autor" y es propio del sistema continental europeo (*civil law*), es el vigente en Colombia y presenta la teoría subjetiva sobre la originalidad; afirma que:

Un trabajo literario o artístico es un espejo de la personalidad de su creador. El trabajo es protegido en la medida en que incorpore o refleje la personalidad creativa de su autor. Se requiere, por lo tanto, que la personalidad creativa se demuestre a través de la creación. (García, 1996)

Además de esto se asegura que: “la originalidad de una obra dependerá si se expresa lo propio de su autor, es decir, si conlleva la impronta de su personalidad o, en otras palabras, si se expresa su individualidad” (Gutiérrez, 2014).

La obra original en este sistema es entendida como un reflejo de la capacidad creativa del autor. La expresión “capacidad creativa” hace referencia al sello personal y perspectiva que proponga y plasme el autor al desarrollar su obra.

El otro sistema que habla sobre este tema es el "*copyright*", y es propio del sistema de origen anglosajón (*common law*). Propone la teoría objetiva, que indica que “una obra será original cuando no sea copiada de otra” (Rodríguez, 1990). Además, en este sistema: “El trabajo aparece completamente separado de su autor. Sus adherentes sostienen que es ilusorio tratar de buscar la personalidad creativa del creador en su trabajo. La originalidad, por consiguiente, significa que el trabajo sea único” (García, 1996).

En la actualidad se encuentra una nueva postura, a la que se le podría denominar mixta, pues resulta de la suma de los sistemas anteriormente expuestos. Esta postura indica que la obra

original debe tener la contribución intelectual del autor y no puede ser una copia de lo que existía previamente; es decir, debe tener características propias y particulares que la diferencien del resto de obras.

José Manuel Otero Lastres es partidario de esta teoría, él considera que la originalidad de una obra debe establecerse con una noción objetiva y subjetiva: “es objetiva en la medida en que es una característica de la obra protegible y es subjetiva en la medida en que sí misma es una consecuencia de la capacidad creadora del autor” (Otero, 2008).

En esta misma línea también encontramos a Ernesto Rengifo García, él señala que:

En la actualidad ha surgido una moderna teoría que en esencia consiste en una simbiosis de las dos referenciadas y surgió por la necesidad de encontrarle un valor a la creación, sin requerir que el esfuerzo intelectual o la contribución del creador sean considerados la base de la protección. Se requiere el trabajo y esfuerzo del creador. Ella reconoce la imposibilidad práctica de penetrar en la mente del creador, tal como lo sostiene la teoría objetiva, pero concurre parcialmente a la tesis subjetiva en el sentido de que se requiere la huella, la impresión del creador manifestada en su trabajo y esfuerzo, mas no es su personalidad. (García, 1996)

Una vez presentada la originalidad en los sistemas de derecho de autor, se pasará a analizar si la originalidad se puede entender como individualidad o como novedad relativa, y esto será la base para formar una visión propia.

Se comienza presentado unas posturas claves para entender la originalidad como individualidad. La primera autora en referenciarse es Delia Lipzyc, quien considera que: “La originalidad es la expresión- o forma representativa- creativa e individualizada de la obra, por mínima que sea la expresión y esa individualidad” (Lipzyc, 1993).

Se encuentra también a Antequera Parilli, quien señala que la obra original debe ser individual:

Debe ser original en el sentido de la individualidad, y no de la novedad en *strictu sensu* pues se exige que el producto creativo, por su forma de expresión, tenga sus propias características para poder distinguirlo de otros del mismo género (Parilli, 1996).

En esta misma línea encontramos esta explicación:

No se trata de realizar una obra que desarrollare una idea no imaginada o elaborada por otro; corresponde el sentido de la expresión a la exigencia de que la obra provenga de su producción individual, que represente una manifestación de su personalidad, es decir, que exprese su individualidad (Restrepo, 1996).

Otra corriente entiende la originalidad como novedad. Se deben hacer unas anotaciones antes, pues al entender originalidad como novedad se estaría entrando en principio en el campo de la propiedad industrial, que guarda diferencias con el derecho de autor. La propiedad industrial, tal como señala José Manuel Otero Lastres, se encarga de conceder “derechos exclusivos y excluyentes sobre la creación, los cuales no son compatibles con el derecho de autor, pues en estos últimos no hay un registro de los productos creados como en aquella” (Otero, 2008).

La novedad descrita en el derecho de propiedad industrial guarda diferencias con la novedad de la que se habla en el derecho de autor. La Decisión 486 del 2000 de la Comunidad Andina, que es el Régimen Común sobre Propiedad Industrial, en su artículo número 16 inciso primero, señala qué debe entenderse como novedad en las invenciones:

Una invención se considerará nueva cuando no está comprendida en el estado de la técnica.

El estado de la técnica comprenderá todo lo que haya sido accesible al público por una descripción escrita u oral, utilización, comercialización o cualquier otro medio antes de la fecha de presentación de la solicitud de patente o, en su caso, de la prioridad reconocida. (Régimen Común sobre Propiedad Industrial, 2000)

En este texto al referirse a la originalidad como novedad se entenderá como novedad relativa, pues la novedad en sentido absoluto hace referencia a la novedad exigida en la propiedad industrial:

La originalidad significa que la creación no sea copia o reproducción de un trabajo previo. A diferencia de las patentes- en donde se le exige a la creación que no sea obvia, que tenga altura inventiva, es decir, algún desarrollo en relación con el estado de la técnica, esto es, con el cúmulo de conocimientos adquiridos en el campo al cual hace referencia la creación. (García, 1996)

Miguel Ángel Emery expone un interesante planteamiento de la originalidad entendida como novedad en sentido relativo y toma también la teoría subjetiva de la originalidad diciendo que:

La obra del espíritu está protegida por la ley en tanto que ella será original; una obra debe ser tenida por original cuando ella representa un contenido de novedad, pero no de novedad absoluta, atento a que toda creación artística indica la creación de elementos preexistentes, pertenecientes al patrimonio común, y que, en tales condiciones, basta que el artista haya sabido organizar esos elementos de una manera nueva, imprimiéndoles el sello característico de su personalidad. (Emery, 2009)

Siendo así, algo completamente nuevo es imposible que sea creado por el hombre, pues cada forma y figura pensada por él ha sido inicialmente intervenida por la naturaleza. No obstante, la obra no es original mientras no involucre al menos un elemento novedoso en ella.

Este mismo autor, Miguel Ángel Emery, es citado por Wendy Elizabeth Chávez Gutiérrez en su artículo de la revista Derecho PUCP de la Pontificia Universidad Católica del Perú del año 2014, ella expone la siguiente idea:

No debe dejarse de considerar la interesante idea expuesta por Miguel Ángel Emery, a propósito de lo expuesto en la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil argentina (Sala A, Capital 31/10/89, ED, 136-153):

El autor de una obra de ordinario trabaja con elementos reconstituidos, pues la mente humana no crea sino combina de un modo distinto y novedoso, imágenes intelectuales o sensibles ya existentes. [...] El hombre nada crea, puesto que carece de poder de suscitar cualquier cosa de la nada. Pero en sentido analógico, el hombre crea cuando innova en lo existente en el modo de ser de las cosas agregando una cualidad novedosa en ella, algo que estaba desde luego en potencia pero que no se había manifestado todavía. (Gutiérrez, 2014)

Eva Valero Martín es otra autora que acoge la teoría de la novedad relativa, pues ella considera que: “existen diversos grados de originalidad, razón por la cual se puede considerar a una obra como original, tanto si es un producto totalmente nuevo a lo ya existente, como si se trata de una reorganización de elementos preexistentes en una obra anterior” (Martín, 2000)

La originalidad podrá ser entonces comprendida de diversas maneras. Aunque existe en la actualidad una posición mixta en donde se reúnen los pensamientos que hacen referencia a los

sistemas en donde ella es comprendida, se podrá el optar por lo expuesto en el sistema del *common law* o en el sistema del *civil law*. Sin embargo, no podrá el lector o estudioso del tema evitar tener presentes unos elementos claves pues para hablar de originalidad en el derecho de autor es imperativa su observancia.

ELEMENTOS CLAVES DE LA ORIGINALIDAD

La originalidad en el derecho de autor posee unos elementos claves, ellos son guías para su entendimiento y su observancia será apropiada para poder comprender mejor el concepto.

El primer elemento señala que la existencia de una creación presupone que ésta sea creada por el hombre, pues “para que una obra sea protegible requiere que ella sea producto de un esfuerzo humano. El elemento humano de la creación puede tomar una o varias formas: puede ser encontrado en la destreza y el esfuerzo envueltos en el acto de creación o en el tiempo requerido para su elaboración.” (García, 1996)

El segundo elemento habla de la obra, señala ésta surge en la mente del autor, pero sólo será susceptible de ser protegida al momento de ser expresada. La obra es como el ADN o la huella dactilar de una persona, no importa qué tanto se parezca o se imite, no habrá dos iguales pertenecientes a individuos diferentes. Cada sujeto, creador o artista debe encargarse de imprimir su sello personal por medio de los materiales o las técnicas que utiliza.

El tercer y último elemento clave indica que lo que se protege por medio del derecho de autor son las obras y no las ideas, estas últimas no gozan de una protección legal, tal como se señala en la Sentencia de Casación número 31.403, cuyo Magistrado Ponente fue Sigifredo Espinosa Pérez, de la Corte Suprema de Justicia: “Lo que está protegido por la ley es, pues, la ‘obra’, no la ‘idea’; en otras palabras, lo que no debe imitarse es ‘la obra’ que materializa la o las

‘ideas’, pero no éstas [...] Las ideas constituyen el contenido de las ‘obras’ y sólo están protegidas éstas, a diferencia de aquéllas, que cuando se difunden son susceptibles de ser aplicadas por cualquiera, sin que con ello se viole ningún derecho del autor de la obra” (2011) Esta idea es reafirmada por la Decisión 351 de 1993, que es el Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, en su artículo número 7, señalando que: “Queda protegida exclusivamente la forma mediante la cual las ideas del autor son descritas, explicadas, ilustradas o incorporadas a las obras. No son objeto de protección las ideas contenidas en las obras literarias y artísticas, o el contenido ideológico o técnico de las obras científicas, ni su aprovechamiento industrial o comercial” (Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, 1993).

PROPUESTA DE DEFINICIÓN DE ORIGINALIDAD

La originalidad en el derecho de autor, no es ni negra ni blanca, no es solo individualidad o novedad relativa, pues su receta incluye una mezcla de elementos que dan en el tono gris exacto, pero en un *pantone* confuso.

Para los autores, los estudiosos y/o los interesados en el tema es imposible llegar a una definición con la que se sienta conformidad total y con la que se pueda hacer un acuerdo que no permita interpretaciones que deshagan su contenido inicial.

Ha existido una innegable evolución en el concepto de originalidad en el derecho de propiedad intelectual, por esta razón en este artículo se ha decidido acoger una posición mixta, es decir, una unión entre la personalidad creativa del autor y su individualidad como ser humano sumada con la innegable necesidad de que la creación de no sea una copia de una creación

previa, buscando encontrar un valor en el esfuerzo intelectual que realizan los autores para convertir el fruto de su mente en algo único y novedoso.

Siendo así, para hablar de originalidad se requerirá que el autor imprima su individualidad plasmando su espíritu creador; también deberá el autor aportar un elemento novedoso a su obra que ayude a que se diferencie de las demás de su clase, teniendo en cuenta que esta “novedad” jamás se tratará de algo nuevo totalmente, sino que deberá ser entendida desde el sentido relativo.

CASO DE ESTUDIO

Este caso comienza en marzo de 2015, cuando Dolce & Gabbana lanzó su colección para el otoño- invierno del 2016, y Adriana Duque, artista plástica y fotógrafa colombiana, se lanzó al estrellato internacional.

Todo comenzó cuando en Milan Fashion Week la reconocida casa de alta costura y moda, Dolce & Gabbana, presentó en pasarela unos audífonos nada convencionales, que llamaron la atención no sólo de los compradores y los presentes, sino también de Adriana Duque.

Este accesorio, junto a la puesta en escena que se realizó en el *runway* de Dolce & Gabbana en Milán, polemizó los medios de comunicación por su innegable similitud con unas fotografías de la serie Iconos I e Iconos II, realizadas por Adriana Duque en el año 2011.

La artista reclamó no solo una compensación económica, sino también el reconocimiento de sus derechos como creadora, al haber plasmado y comercializado los audífonos antes del lanzamiento de Dolce & Gabbana, reivindicándolos como su obra.

DOLCE & GABBANA

Adriana Duque



(Hertsens, 2015)

Comparando los audífonos que fueron exhibidos en la pasarela de la compañía Dolce & Gabbana con las fotografías de la colombiana, es difícil negar la existencia de similitudes. La forma en que se plasmaron las ideas abre la posibilidad a pensar que Dolce & Gabbana copió a la colombiana.

Se parte entonces de tesis de grado de Jaime Herrera Rodríguez:

Existe originalidad cuando dos fotógrafos captan desde puntos iguales o cercanos la misma escena, hay originalidad cuando independientemente y sin conocimiento de otro, dos artistas pintan bodegones con técnica y matices similares; hay originalidad cuando dos reporteros relatan la misma historia, cada uno con sus propias palabras. (Rodríguez, 1990)

Siendo así, se debe recordar que lo que se busca proteger por medio del Derecho de Autor es la forma en la que se expresan las ideas, pues ellas solas no tienen protección. Este concepto es reforzado por la Sentencia de Casación número 31.403, cuyo Magistrado Ponente fue Sigifredo Espinosa Pérez, de la Corte Suprema de Justicia: “Una misma idea, una misma investigación, un mismo tema son retomados infinidad de veces. En su desarrollo, cada autor aporta la impronta de su personalidad, su individualidad. En ocasiones el resultado es altamente enriquecedor, en otras trivial, pero 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” (2011).

Al momento de examinar la originalidad de las obras, será importante no solo saber que la individualidad es un factor determinante, sino también tener presente que la creatividad con la que se presentan las obras es base para predicar un resultado diferente de cada artista y que su capacidad creativa se vea reflejada.

José Manuel Otero afirma que el concepto general de originalidad que se pretende defender en el derecho de autor puede presentar dos vertientes: una relacionada con la creatividad y la originalidad en sí misma, de modo que estarían relacionadas como causa y efecto. En este sentido, la creatividad es una condición predicable de una persona, la cual “dispone al autor para el buen ejercicio de la concepción intelectual y de la ejecución material de la obra”, mientras la originalidad es una condición predicable de la obra objeto de protección” (Otero, 2008).

Se considera importante al momento de evaluar la originalidad tener en cuenta la creatividad y la individualidad que debe ser impregnada a la obra, para este caso no se demarca la personalidad del autor; pues Dolce y Gabanna (ver fotografía anterior) no muestra ningún elemento innovador respecto a lo que se había presentado antes por Adriana Duque en sus colecciones.

Para el derecho de autor es vital que las creaciones “tengan el sello propio de la personalidad del creador, que no sea una copia evidente o simulada de una obra precedente o una reproducción total o de las partes sustanciales de una creación anterior” (García, 1996). Finalmente tendrá que resaltar la novedad entendida en sentido relativo, es decir, que el autor organice los elementos que componen la obra de una nueva manera y las selle con su personalidad, elemento que tampoco se presenta en este evento, pues la compañía Dolce & Gabanna no incorpora elementos innovadores que permitan ver el resultado de un esfuerzo intelectual a través de la expresión de su obra y que permitan mostrar diferencias significativas con las fotografías de la colombiana.

El objeto de protección es la creación, siempre y cuando ésta sea original. Dicho de otra manera, el presupuesto para que la creación sea protegible es que no consista en una copia o reproducción total o simulada de otra obra. (García, 1996)

Se concluye que la creación de Dolce & Gabanna no es original en relación a las obras fotográficas de Adriana Duque, pues no se encuentran elementos creativos suficientes que subrayen la originalidad de los audífonos, de igual manera tampoco hay elementos creativos que demuestren la individualidad del autor al momento de plasmar su idea, pues si se ve el montaje de accesorios de lujo en un elemento de la vida cotidiana, como audífonos para oír música en cada obra no se ven elementos que los diferencien de manera importante.

Esta afirmación por que los audífonos no presentaban “nuevos elementos que implicaran tiempo, destreza y trabajo, además no presentaba cambios o modificaciones sustanciales” (García, 1996), factores que son vitales para determinar la originalidad de la obra respecto de las fotografías de la colombiana.

La originalidad en el régimen de derecho de autor significa que algún trabajo y esfuerzo se haya desplegado en la creación de la obra. El hecho de que una obra se haya inspirado en otra sin precedente no la inhibe de ser original, siempre y cuando se le incluyan elementos nuevos que denoten algún esfuerzo, trabajo o destreza particular y que la distancian de aquella. (García, 1996)

Para que una creación pueda considerarse como original debe imprimir la personalidad creativa del autor, pero no solo eso, debe tener presentes elementos que demuestren factores de novedad relativa de la creación.

Los audífonos serían el resultado de la composición de diferentes elementos, como las piedras utilizadas, la calidad y cantidad de ellas junto a las figuras y formas que fueron resultado

de la manera en la que se pegaron las piedras; además de los colores de las diademas que se usaron como base y los relieves que se dieron al crear estos audífonos de lujo. Es decir, la capacidad creativa que usó cada artista al plasmar la idea.

CONCLUSIONES

En este artículo se presentan diversas posturas sobre la originalidad en derecho de autor, junto a esto se enseñan una serie de elementos esenciales para mejorar su comprensión, además de presentar una perspectiva propia con base en lo estudiado del tema. Finalmente, se expone un caso de la vida real, que busca conducir al lector a realizar un análisis de un caso de la vida real.

REFERENCIAS

García, E (1996). Propiedad intelectual, el moderno derecho de autor (Primera edición). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia

Chávez, W. (2014). La falta de criterios dentro del ordenamiento jurídico peruano respecto del concepto de <<originalidad>> aplicado a la protección de los derechos de autor sobre las imágenes fotográficas. Revista Derecho PUCP, 73, 479-515

Herrera, J (1990). *Los derechos de autor: Aplicación frente al Software* (Tesis de grado). Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia.

Otero, J. (2008). La originalidad de las obras plásticas y las nuevas tecnologías Revista Jurídica del Perú, 86

Lipszyc, D. (1993), *Derecho de autor y derechos conexos*. París, Francia: Cerlac

Parilli, A. (1996). El nuevo derecho de autor en el Perú. Lima, Perú Perú Reporting E.I.R.L

Álvarez, Y., y Restrepo, L (1996). El derecho de autor y software. Medellín, Colombia

Comunidad Andina, Comisión de la Comunidad Andina. (14 de septiembre de 2000)

Decisión 486 régimen de propiedad industrial

Emery, M. (2009). Propiedad intelectual. Ley 11.723 Comentada, anotada y concordada con los tratados internacionales. Cuarta edición. Buenos Aires, Argentina: Astrea

E, Valero. (2000). Obras fotográficas y meras fotografías. Valencia, España: Tirant lo Blanch

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (28 de mayo de 2010) Sentencia 31403. [MP Sigifredo Espinosa Pérez]

Comunidad Andina, Comisión del acuerdo de Cartagena. (17 de diciembre de 1993)
Decisión 351 régimen común sobre derecho de autor y conexos

Hertsens, T. (20 de marzo de 2015). Catwalk Cat-Fight Over Headphones. Recuperado de <https://www.innerfidelity.com/content/catwalk-cat-fight-over-headphones>