

# LA OBRA REMEZCLADA EN EL DERECHO DE AUTOR Y EL ENTORNO DIGITAL

La obra remezclada en el derecho de autor y el entorno digital: aproximación conceptual y recomendaciones legales.

Flavio André Garcés Heredia

Universidad Pontificia Bolivariana  
Escuela de Derecho y Ciencias Políticas  
Facultad de Derecho  
Derecho  
Medellín  
2018

# LA OBRA REMEZCLADA EN EL DERECHO DE AUTOR Y EL ENTORNO DIGITAL

La obra remezclada en el derecho de autor y el entorno digital: aproximación conceptual y recomendaciones legales.

Flavio André Garcés Heredia

Trabajo de grado para optar al título de abogado

Asesor

María Alejandra Echavarría Arcila

Candidata a Doctora en Gestión de la Tecnología y la Innovación, Magíster en Propiedad Intelectual, Docente Investigadora Facultad de Derecho, Escuela de Derecho y Ciencias Políticas

Universidad Pontificia Bolivariana

Escuela de Derecho y Ciencias Políticas

Facultad de Derecho

Derecho

Medellín

2018

**Dedicatoria**

Le dedico esta obra a mi madre, a mi padre y a mis hermanos. Siempre han estado presentes, apoyándome y confiando en mí. Tengo mucho que agradecerles y espero poder compartirles más logros y experiencias.

También quiero dedicarle esta obra a mis amigos y a todas las personas que he tenido la oportunidad de conocer y aprender de ellas. Durante las grandiosas aventuras que he vivido mientras perseguía mi sueño de ingresar al mundo del derecho de la propiedad intelectual, he compartido con personas grandiosas que con su testimonio me han enseñado que sí es posible alcanzar nuestros sueños y ser felices en el camino.

**Agradecimiento**

Quiero expresar mi gratitud a mi asesora, María Alejandra Echavarría Arcila. Gracias a ella tuve mis primeros acercamientos a la disciplina jurídica del derecho de la propiedad intelectual. Le estoy muy agradecido por enseñarme, por su paciencia, comprensión y excelente asesoría. Me alegra mucho haber contado con su apoyo para asumir el reto que representa realizar el trabajo de grado, pues en ella encuentro un verdadero modelo de profesional y de calidad humana.

## LA OBRA REMEZCLADA EN EL DERECHO DE AUTOR Y EL ENTORNO DIGITAL

Resumen.....	1
Introducción .....	2
Introducción al derecho de autor.....	5
Definición del derecho de la propiedad intelectual.....	5
El derecho de autor.....	8
Principios del derecho de autor.....	12
Objeto del derecho de autor.....	13
Sujetos del derecho de autor y titularidad.....	14
Contenido del derecho de autor (derechos patrimoniales y morales).....	15
Derechos patrimoniales.....	15
Reproducción.....	16
Comunicación pública.....	20
Transformación.....	24
Derechos morales.....	26
Paternidad.....	27
Integridad.....	28
Modificación.....	31
Inédito o divulgación.....	33
Retracto o arrepentimiento.....	33
Limitaciones y excepciones.....	34

## LA OBRA REMEZCLADA EN EL DERECHO DE AUTOR Y EL ENTORNO DIGITAL

El principio de los usos honrados y la regla de los tres pasos.....	38
Limitaciones y excepciones objeto de estudio .....	41
El derecho de Cita .....	41
Utilización para fines de enseñanza .....	45
Derechos conexos.....	48
Marco normativo pertinente. ....	51
El objeto de protección del derecho de autor: la obra .....	53
Definición de obra.....	53
Los requisitos de la obra .....	61
Clasificación de las obras protegidas por el derecho de autor .....	64
Obras originarias. ....	64
Obras derivadas.....	66
Traducciones. ....	70
Adaptaciones.....	71
Arreglos musicales.....	73
Compilaciones o colecciones.....	73
Obras individuales.....	75
Obras complejas.....	75
Obras en colaboración.....	75
Obras colectivas.....	77

## LA OBRA REMEZCLADA EN EL DERECHO DE AUTOR Y EL ENTORNO DIGITAL

Obras anónimas.....	78
Obras seudónimas .....	79
Obras inéditas.....	79
Obras póstumas.....	80
La obra remezclada .....	81
Aproximación al remix, mash-up y sampling .....	81
El remix .....	85
Definición del remix.....	85
Cultura solo lectura y cultura lectura escritura.....	91
La cultura solo lectura (SL).....	91
Cultura lectura escritura (LE).....	92
Economía de mercado, economía de compartición y economía híbrida.....	94
Importancia del remix.....	95
El remix y la legislación de derecho de autor.....	96
El tipo de obra que es la obra remezclada.....	101
Obra derivada.....	101
Obra autónoma amparada por una justificante.....	102
Legalidad e ilegalidad de la obra remezclada .....	102
La ilegalidad de la obra remezclada: infracción al derecho de autor.....	103
Derecho de reproducción.....	105

## LA OBRA REMEZCLADA EN EL DERECHO DE AUTOR Y EL ENTORNO DIGITAL

Derecho de comunicación al público. ....	106
Derecho de transformación. ....	106
Derecho de paternidad.....	107
Derecho de integridad. ....	108
Ejemplos mediante los cuales las obras remezcladas infringen los derechos de autor en el entorno digital .....	109
La regla 34.....	109
Traducción por fans de series animadas, series de tv, libros, comic, manga, videojuegos y otras creaciones.....	111
Arte creado por fans (fan art), ficción creada por fans (fan fiction), y otras creaciones hechas por la comunidad.....	114
Memes.....	116
Las creaciones que emplean la técnica de la remezcla. ....	118
Otras conductas ilícitas relacionadas con la obra remezclada .....	121
La prohibición de eludir las medidas tecnológicas de protección.....	121
La prohibición de suprimir o alterar información sobre gestión electrónica de derechos. ....	123
Delitos contra los derechos de autor. ....	125
La legalidad de la obra remezclada: Propuestas de solución .....	129
Limitaciones y excepciones al derecho de autor y conexos.....	129
El derecho de cita. ....	130



## LA OBRA REMEZCLADA EN EL DERECHO DE AUTOR Y EL ENTORNO DIGITAL

Utilización para fines de enseñanza. ....	131
Cumplimiento de los requisitos de la obra derivada. ....	132
Autorización previa y expresa del titular de los derechos sobre la obra preexistente. ....	132
La obra preexistente no tiene sus derechos de autor vigentes y por lo tanto pertenece al dominio público. ....	133
La licencia de la obra preexistente permite que se realicen obras derivadas sobre ésta. ....	134
Reconocimiento del crédito. ....	141
Una limitación y excepción especial. ....	141
Conclusiones .....	151
Referencias .....	154

## Resumen

La actual producción creativa se ve favorecida por las facilidades técnicas que ofrecen los medios digitales, haciendo posible que su realización, reproducción y comunicación se haga de forma sencilla y masiva en la red. Por ello, la creación de contenido se extiende del campo profesional al amateur. Ahora bien, en el entorno digital se encuentran creaciones que combinan, adaptan y transforman diferentes componentes culturales, extraídos de obras preexistentes, mientras se les adicionan las aportaciones y perspectivas propias de su autor, aquéllas son conocidas como obras remezcladas. En caso de no cumplirse con los requisitos legales, las obras remezcladas pueden llegar a infringir los derechos patrimoniales y morales de los titulares de las obras preexistentes utilizadas en ellas. Sin embargo, es posible realizar la obra remezclada de forma legal y también es posible encontrar alternativas para poder realizar la obra remezclada sin necesidad de solicitar la autorización previa y expresa del titular de la obra preexistente ni pagar una remuneración por ello. Es de suma importancia identificar formas legales de realizar la obra remezclada que equilibren los intereses de los titulares de derechos de autor sobre las obras preexistentes y la comunidad que pretende acceder a ellas, pues ello contribuye al desarrollo de la cultura, más allá del ámbito profesional.

Palabras clave: Derecho de autor, obras remezcladas, remix, obras derivadas, entorno digital.

## Introducción

El presente trabajo se ocupa de la obra remezclada en el sistema del derecho de autor y su relación con el entorno digital. Además, se realizan algunas precisiones conceptuales sobre la obra remezclada y otras creaciones dentro de la red, al tiempo que se hacen recomendaciones legales sobre la correcta realización de estas obras.

Para poder hablar de la importancia de estudiar este tipo particular de obras, se debe partir de la relevancia que éstas pueden tener dentro de la industria creativa y la generación de contenido más allá del ámbito profesional. La industria cultural y creativa puede entenderse como:

“Aquellos sectores de actividad organizada que tienen como objeto principal la producción o la reproducción, la promoción, la difusión y/o la comercialización de bienes, servicios y actividades de contenido cultural, artístico o patrimonial” (Organización de la Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), s.f.). Este enfoque pone un énfasis no sólo en los productos propios de la creatividad humana que son reproducidos industrialmente, sino que da relevancia a la cadena productiva y a las funciones particulares que realiza cada sector para hacer llegar sus creaciones al público. Así, esta definición incluye actividades relacionadas como la publicidad y el diseño gráfico, que contribuyen decisivamente en este proceso.

(Organización de la Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), s.f.)

La industria cultural y creativa involucra creaciones que son protegidas por la regulación del derecho de autor. Mediante esta regulación se garantizan los derechos patrimoniales y morales del autor y los titulares de estos derechos, mientras estas obras circulan en el mercado de la industria cultural y creativa.

Pero cuando surgen obras que, propiciadas por las nuevas tecnologías y el entorno digital, se basan en obras preexistentes para crear una nueva y cuya conformidad con el derecho de autor no

es del todo clara, se incrementa el riesgo de infringir los derechos de autor y desequilibrar la actividad creativa. Por lo que la reacción del sistema de derecho de autor es limitar la actividad de estas obras que aparentemente infringen derechos de terceros, lo cual resulta frustrante y confuso para los creadores profesionales y amateurs que generan obras remezcladas.

Por ello, ante la duda de saber si las obras remezcladas son legales o no, se hace imperativo evaluar las características de estas obras y tratar de adecuarlas a la lógica del derecho de autor, a fin de reconocer su contribución a la industria cultural y creativa y proteger los derechos patrimoniales y morales de sus creadores y de terceros.

Por ello, el objetivo de este trabajo es definir el concepto de obra remezclada. Identificar según el derecho de autor, cómo se trataría jurídicamente este tipo de obras. Describir e identificar los derechos patrimoniales y morales que se pueden ver involucrados por la realización de estas creaciones. Exponer el problema jurídico que provocan estas obras con relación al uso de contenidos originales de terceros a fin de crear una nueva obra. Y finalmente, identificar y proponer soluciones al problema jurídico planteado.

Para efectos de desarrollar el tema objeto de estudio, primero se explica qué es el derecho de la propiedad intelectual y el derecho de autor, sobre este último, entre otros puntos, se explican los principios que lo rigen, el contenido de sus derechos y las limitaciones y excepciones que son pertinentes para este caso. Luego, debido a la importancia que tiene para el presente estudio entender el objeto de protección del derecho de autor, se explica qué es la obra y algunas clasificaciones de ésta, con especial atención al concepto de obra derivada. Una vez abordados los temas de derecho de autor y objeto de protección, se explica qué se entiende por obra remezclada, a partir de las observaciones que el profesor Lawrence Lessig (2012) hace de la obra remezclada, para finalmente exponer los problemas jurídicos que la obra remezclada puede

representar al derecho de autor. Teniendo presente estos retos, se mencionan los derechos patrimoniales y morales que se pueden ver vulnerados por la incorrecta realización de estas obras y acto seguido, se mencionan casos específicos donde estas infracciones se pueden presentar. Finalmente se plantean alternativas para poder crear obras remezcladas conforme al derecho de autor e incluso se propone una limitación y excepción especial que permita la obra remezclada dentro del ámbito no comercial.

### **Introducción al derecho de autor**

Antes de dar inicio con los temas principales de este texto es preciso dar un vistazo general al concepto de derecho de la propiedad intelectual y el derecho de autor. Esto con el fin de refrescar la memoria de los lectores más entendidos, o permitir a los lectores menos avezados tener claridad sobre el marco teórico sobre el cual se ocupará esta obra. En términos generales se explicarán los conceptos de derecho de la propiedad intelectual y derecho de autor, principios generales que regulan la materia y se mencionará el objeto, sujetos, limitaciones y excepciones del derecho de autor.

### **Definición del derecho de la propiedad intelectual**

El derecho de la propiedad intelectual es aquella disciplina normativa que se ocupa de la protección de las creaciones intelectuales humanas, éstas entendidas como bienes intangibles producto de la creatividad humana. Tal protección consiste en el otorgamiento de derechos exclusivos y excluyentes al titular de aquella creación objeto de protección, que le conceden exclusividad sobre la misma, y la facultad de prohibir a terceros cualquier tipo de disposición sobre ésta, o de permitirles acceder a ella mediante una autorización previa y expresa (Echavarría, 2016).

La protección de la propiedad intelectual tiene sentido, por tres razones: a) permite fomentar la innovación y la creatividad, para así contribuir con el desarrollo económico, social y cultural; b) reconocer y recompensar en el ámbito económico y moral a los creativos e innovadores; c) permite amparar en las legislaciones nacionales e internacionales los derechos de los creativos e innovadores, conciliándolos con el uso exclusivo de sus obras y el derecho del público de acceder a las creaciones (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 2016).

El derecho de la propiedad intelectual se divide esencialmente en dos ramas, a saber: la propiedad industrial y el derecho de autor.

En general la propiedad industrial se compone de todas aquellas creaciones cuya aplicación tenga propósitos industriales. El derecho de la propiedad industrial se divide a su vez en dos ramas, a saber: las nuevas creaciones y los signos distintivos.

Entre las nuevas creaciones se encuentran las siguientes:

- a. Patentes de invención: se destina para proteger las invenciones, entendido como toda nueva solución a un problema técnico con un alto grado de novedad (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 2016).
- b. Diseños industriales (dibujos y modelos industriales): para proteger las características originales, ornamentales y no funcionales de los productos, que derivan de la actividad de diseñar (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 2016).
- c. Modelos de utilidad: se destina para proteger aquellas invenciones que se caracterizan por su menor complejidad técnica o nivel inventivo, a comparación de las patentes.
- d. Circuitos integrados: protegiendo la propiedad intelectual de aquellos circuitos integrados que sean originales. Esta creación ha sido definida así:

(...) se entenderá por «c circuito integrado» un producto, en su forma final o en una forma intermedia, en el que los elementos, de los cuales uno por lo menos sea un elemento activo, y alguna o todas las interconexiones, formen parte integrante del cuerpo y/o de la superficie de una pieza de material y que esté destinado a realizar una función electrónica (Tratado sobre la Propiedad Intelectual respecto de los Circuitos Integrados, 1989)

- e. Secreto industrial: protege aquella información no pública ante divulgaciones o usos no autorizados, de manera contraria a los usos comerciales honestos. Además: “La información no debe ser generalmente conocida ni fácilmente accesible, debe tener un valor por ser secreta, y debe ser objeto de ‘medidas razonables’ para mantenerla en secreto” (Pooley, 2013).

Por otro lado, los signos distintivos comprenden:

- a. Marcas: “Por marca se entiende un signo o una combinación de signos que diferencian los productos o servicios de una empresa de los de las demás.” (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 2016, pág. 15)
- b. Lemas comerciales: “el lema comercial es un complemento de la marca que acompaña, y lo define como (...) la palabra, frase o leyenda utilizada como complemento de una marca” (Proceso 80-IP-2007 Interpretación prejudicial, 20077).
- c. Enseñas comerciales:  
“la enseña es una designación emblemática o nominal, por la cual la sociedad o el establecimiento que lo posee se distingue de las otras sociedades o establecimientos comerciales, industriales y agrícolas (...). La enseña o muestra nominal puede ser una abreviatura de la razón social, presentada bajo una forma peculiar y distintiva, a fin de que, al formar un conjunto con ella, dé el carácter de marca registrable (...)” (Cavelier, 1962, págs. 73-74).
- d. Nombres comerciales: “Por nombre comercial se entiende el nombre o designación que permite identificar a una empresa” (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 2016, pág. 18).



- e. Denominación de origen e indicación geográfica: las denominaciones de origen se entienden comprendidas dentro de las indicaciones geográficas, “por indicación geográfica se entiende un signo que se utiliza para productos de un origen geográfico específico y cuyas cualidades o reputación se deben a dicho lugar de origen”

(Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 2016, pág. 19)

Se advierte que la protección que otorga la propiedad industrial y el derecho de autor no son incompatibles y pueden estar presentes respecto de una misma creación.

### **El derecho de autor**

El derecho de autor en un sentido amplio comprende tanto el derecho de autor, en sentido estricto, como los derechos conexos o afines.

El derecho de autor tiene por sujeto el autor y tiene por objeto la obra. El derecho de autor puede entenderse como el conjunto de derechos exclusivos y excluyentes, de carácter patrimonial y moral, que se le conceden a su titular (el autor) para que con estos pueda gestionar la obra.

El glosario de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre derecho de autor y derechos conexos, define el derecho de autor como:

Se considera generalmente que es el derecho exclusivo concedido por la ley al autor de una obra para divulgarla como creación propia de él, para reproducirla y para transmitirla (distribuirla) o difundirla al público de cualquier manera o por cualquier medio, y también para autorizar a otros a que la utilicen de maneras definidas. La mayoría de las legislaciones de derecho de autor distinguen entre derechos patrimoniales y derechos morales, que juntos constituyen el derecho de autor. Por regla general, la legislación impone ciertas limitaciones en cuanto a la clase de obras que pueden ser acreedoras a la protección y en cuanto al ejercicio de

los derechos de los autores incluidos en el derecho de autor. (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 1980)

La expresión derecho de autor es propia de los sistemas jurídicos pertenecientes al derecho romano germánico, mientras que en el sistema del common law existe una figura similar denominada copyright. “Aunque mediante el Derecho internacional se ha logrado cierta convergencia, esta distinción pone de manifiesto una diferencia histórica en la evolución de estos derechos que se refleja todavía en muchos sistemas de derecho de autor” (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 2016, pág. 4). Tal distinción se manifiesta en elementos sustanciales de cada normativa en particular, como son: a) intereses protegidos; b) prevalencia entre los derechos morales y patrimoniales; c) efectos del registro; d) limitaciones y excepciones; e) titularidad; f) transferencia de obras por encargo; g) originalidad (Echavarria, 2016).

Ricardo Antequera Parilli (2000), citando a Delia Lipszyc, sintetiza las diferencias características entre el copyright y el derecho de autor:

En cuanto a la finalidad esencial de la protección, el "copyright", desde sus propios orígenes (con la promulgación del Estatuto de la Reina Ana, en 1710), estuvo orientado comercialmente, es decir, atendiendo a la regulación de la actividad de explotación de las obras, mientras que el "derecho de autor", también desde su nacimiento (con los decretos promulgados por la Asamblea Constituyente de la Revolución Francesa, 1791 y 1793), es esencialmente individualista, donde el autor -persona física-, es el "centro de gravedad" en el esquema de protección.

Por lo que se refiere al objeto, el "copyright" no solamente tutela como "obras" a las creaciones humanas con características de originalidad, sino que también califican como tales "obras" al resultado de actividades técnico-empresariales, ayunas de creatividad, como las grabaciones sonoras (fonogramas), las emisiones de radiodifusión y las transmisiones por cable.

Por el contrario, el "derecho de autor" solamente considera "obras" a las producciones del ingenio, de carácter original, vale decir, a las creaciones en el dominio literario o artístico. Otra cosa es que, en el sistema continental, tales grabaciones y emisiones encuentren protección, pero en el marco del sub-sistema de los "derechos conexos", como se verá más adelante.

También en relación con el objeto, las leyes del sistema angloamericano exigen generalmente como requisito para la protección el que la obra se encuentre fijada en un soporte material, mientras que en los ordenamientos que siguen la concepción latina la obra está protegida por el solo hecho de la creación, sin necesidad de su incorporación a un objeto tangible (como en muchas "obras orales", por ejemplo, las alocuciones y sermones), salvo, por excepción, alguna ley de tradición continental que exige esa fijación como condicionante para la tutela de cualquier género de obra (México) o, en algunos casos, solamente para las obras coreográficas o pantomímicas (Francia, Italia).

En lo atinente a la autoría y a la titularidad, como consecuencia de la finalidad de la protección y de la amplitud que tiene el concepto de "obra" en el sistema del "copyright", se admite la posibilidad de considerar autor (y titular originario de los derechos), por medio de una "fictio iuris", a una persona jurídica, por ejemplo, de acuerdo a la legislación de cada país perteneciente al sistema, al productor de la obra cinematográfica, al productor del fonograma, al patrono en las obras creadas bajo relación laboral o al comitente en las obras producidas por encargo. En sentido inverso, la concepción latina considera que la obra es el resultado del ingenio humano y, en consecuencia, solamente puede considerarse autor (y titular originario del derecho), a la persona natural que realiza la creación intelectual sujeto. Otra cosa es que se admitan, en algunas legislaciones de la tradición continental, presunciones "iuris tantum" de

cesión de los derechos de orden patrimonial, por parte del autor (titular originario) al productor, patrono o comitente (titulares derivados), según los casos.

En cuanto a los derechos morales (o derechos de orden personal del autor), el sistema del "copyright" admite dos tendencias: omitir cualquier referencia en la ley a tales derechos y diferir a los tribunales su aplicación y protección (generalmente bajo las normas del derecho común sobre los derechos de la personalidad), o reconocer en la ley solamente los derechos morales "básicos" (paternidad del autor e integridad de la obra), pero admitiendo generalmente su renunciabilidad. En cambio, el sistema del "derecho de autor" reconoce expresamente en las leyes sobre la materia los derechos morales del autor, casi siempre con el carácter de inalienables e irrenunciables), y no solamente los de paternidad del autor y la integridad de su obra, sino también otros atributos de orden personal, como el derecho a la divulgación y al inédito, y el derecho de retracto o de retiro de la obra del comercio.

Por lo que se refiere a los derechos patrimoniales, si bien en ambos sistemas se reconoce el principio por el cual el autor tiene el derecho a la explotación de su obra, en el "copyright" tales derechos de explotación son los tipificados por la ley, mientras que en el "derecho de autor" el creador tiene el derecho exclusivo de explotar su obra "bajo cualquier forma o procedimiento", salvo excepción legal expresa, de manera que las modalidades de utilización que conforman el derecho patrimonial no están sujetas a "numerus clausus".

En relación con las limitaciones al derecho de explotación, es común que en el "copyright" se admita la figura de las "licencias no voluntarias", bajo las cuales el autor no puede oponerse a determinadas utilidades de su obra (a través de su radiodifusión o por medio de su grabación sonora), sino que solamente tiene el derecho a exigir una remuneración por esas modalidades de explotación. En cambio, el sistema continental es reacto a la admisión legislativa de tales

"licencias obligatorias", permaneciendo siempre el derecho exclusivo de autorizar o no la explotación de la obra por cualquier forma o procedimiento, salvo excepción legal expresa. De otro lado, mientras en el sistema continental, esas excepciones o limitaciones al derecho exclusivo son específicas y de interpretación restrictiva, en el "copyright" la figura del "fair use" o "uso leal" es más amplio y su interpretación queda diferida a los tribunales, especialmente a través de la figura de la "infracción de buena fe" ("innocent infringement").

En cuanto a las formalidades, el efecto armonizador del Convenio de Berna permitió que las legislaciones de uno u otro sistema adoptaran el principio por el cual el goce y el ejercicio de los derechos no están sometidos al cumplimiento de ninguna formalidad (Convenio de Berna, art. 5,2), con lo cual, al menos aparentemente, no existen diferencias en este punto entre ambas concepciones jurídicas. Sin embargo -informan Ginsburg y Kemochan-; a pesar de que la "Berne Implementation Act" (aprobada por los Estados Unidos con motivo de su adhesión al Convenio de Berna) suprimió la exigencia de la "mención de reserva" en cada uno de los ejemplares publicados de la obra como condición para su protección, la cual es ahora facultativa, su omisión impediría defenderse frente a la "infracción de buena fe" que pudiera alegar el infractor ante la inexistencia de esa mención en los ejemplares. (págs. 16-18)

Esta obra se ocupará fundamentalmente del derecho de autor y se harán algunas menciones al sistema de copyright.

### **Principios del derecho de autor.**

El derecho de autor se sujeta, esencialmente, a cuatro (4) principios, estos son:

Ausencia de formalidades: El derecho de autor surge desde el mismo momento de su creación, pues no exige ninguna formalidad; (Echavarría, 2016)

Irrelevancia del mérito artístico y de la destinación de la obra: Para obtener los derechos de autor no importa el mérito artístico ni la destinación. Es decir, las valoraciones subjetivas sobre la obra y el para qué se destine no tiene importancia. Sólo se exige que cumpla con los requisitos de ley; (Echavarría, 2016)

No protección de las ideas: En el derecho de autor se protege exclusivamente la forma de expresión de las ideas y no las ideas propiamente dichas; (Echavarría, 2016)

Independencia del soporte material: La obra como bien intangible es distinta del soporte material donde ésta se plasma, el cual, como bien tangible asociado a una obra creativa, no es dicha obra. (Echavarría, 2016)

### **Objeto del derecho de autor.**

El derecho de autor tiene por objeto de protección las creaciones del intelecto humano conocidas como obras, cuyo sujeto de derecho es conocido como autor.

La creación, para que pueda ser considerada como obra, y, por lo tanto, ser objeto de protección del derecho de autor, debe cumplir con los requisitos de: a) creación intelectual proveniente del talento creativo humano; b) debe pertenecer al dominio literario, artístico o científico; c) susceptible de ser divulgado o reproducido de cualquier forma; d) original. (Echavarría, 2016).

Para ser precisos, el derecho de autor protege la obra como forma particular de expresión, que cumple con los requisitos mencionados.

Debido a la importancia del concepto de obra para este ensayo, se abordará el tema con mayor profundidad en páginas posteriores.

### **Sujetos del derecho de autor y titularidad.**

Se considera como autor a la persona natural que crea la obra, y que, por el principio de la no formalidad, por el solo hecho de crearla se le atribuyen los derechos, exclusivos y excluyentes, de carácter patrimonial y moral sobre la obra.

Respecto de la autoría de la obra, sobre ésta opera una presunción que admite prueba en contrario, según la cual se considera como autor de la obra a la persona que pueda ser asociada a la obra, según los siguientes criterios:

- a. Asociación de la persona a la obra: Se tendrá como autor de una obra, salvo prueba en contrario, la persona que en la obra se encuentre: i) nombre; ii) seudónimo; iii) iniciales; iv) o cualquier otra marca o signos convencionales que sean notoriamente conocidos como equivalentes al mismo nombre. (Colombia, Congreso de la republica, 1982)
- b. Que se encuentre en la obra: se exige que el nombre o los signos equivalentes, se encuentre plasmados en la obra. Entre las formas que se asocia el nombre con la obra se encuentran: i) aparezcan impresos en dicha obra; ii) o en sus reproducciones; iii) o se enuncien en la declamación, ejecución, representación, interpretación; iv) o cualquiera otra forma de difusión pública de dicha obra. (Colombia, Congreso de la republica, 1982)

Entre las normas que regulan la presunción de titularidad sobre la obra se encuentran el artículo 15 numeral 1 de la Convención de Berna, el artículo 8 de la Decisión Andina 351 y el artículo 10 de la Ley 23 de 1982.

Sobre la titularidad de los derechos de autor, estos son concedidos de forma exclusiva al autor, como la persona natural que crea la obra. Sin embargo, es posible que estos sean transferidos por acto entre vivos o transmitidos por causa de muerte a otras personas naturales o jurídicas. De esta situación se derivan los conceptos de titularidad originaria y derivada. Siendo

la primera propia del autor y la segunda de las personas a las que se les transfiere o transmite el derecho.

### **Contenido del derecho de autor (derechos patrimoniales y morales).**

El derecho de autor está compuesto por un conjunto de derechos exclusivos y excluyentes de carácter patrimonial y moral, que les permiten a sus titulares gestionar la obra desde sus aspectos económicos o de explotación, y desde su relación subjetiva o personal con la obra.

#### ***Derechos patrimoniales.***

Los derechos patrimoniales tienen que ver con el aspecto económico del derecho de autor. Los derechos patrimoniales se pueden clasificar en derechos exclusivos y derechos de remuneración. Los primeros refieren a la facultad de explotar por sí mismo la obra o de autorizar o prohibir a terceros la explotación de ésta, con la posibilidad de obtener una remuneración por ello. Mientras que los segundos refieren a las situaciones donde a pesar de que el autor no tiene la facultad de autorizar la utilización de la obra, tiene derecho a una remuneración o a participar económica mente de las ganancias derivadas de la explotación de la obra. (Aragón, 2004)

Los derechos patrimoniales tienen las siguientes características:

- a. Independientes entre sí: “por lo tanto, la autorización obtenida para una modalidad de explotación no es extensible a las demás modalidades.” (Aragón, 2004, pág. 9)
- b. Son transferibles por acto entre vivos y transmisibles por causa de muerte.
- c. Son renunciables: siendo estos derechos en beneficio exclusivo del autor, éste podrá renunciar a ellos, en todo o en parte, e incluso puede renunciar a ellos totalmente con la finalidad de hacer la obra parte del dominio público.
- d. Temporales: los derechos patrimoniales no son eternos. La vigencia de los derechos patrimoniales comprende la vida del autor y un periodo de tiempo adicional después de su



muerte (Aragón, 2004). En el caso de Colombia, comprende la vida del autor y ochenta (80) años más, según el artículo 21 de la Ley 23 de 1982. La legislación colombiana también contempla otras hipótesis de vigencia para los derechos patrimoniales según el tipo de obra y otras circunstancias, según los artículos 22 a 29 de la misma ley.

e. Embargables: pueden objeto de gravámenes para efectos de responder por obligaciones.

Los derechos patrimoniales son, pero no se limitan a, los siguientes:

*Reproducción.*

El derecho patrimonial de reproducción le concede a su titular la facultad general de reproducir por sí mismo o de autorizar o prohibir a otros la reproducción de la obra sobre la cual recae este derecho, mediante cualquier procedimiento o forma conocido o por conocer (Vergara, 2000).

El glosario de la OMPI sobre derecho de autor y derechos conexos define la reproducción de una obra como:

Es la realización de uno o más ejemplares (copias) de una obra o de una parte sustancial de ella en cualquier forma material, con inclusión de la grabación sonora y visual. El tipo más común de reproducción es la impresión de una edición de la obra. El derecho de reproducción es uno de los componentes más importantes del derecho de autor. Reproducción significa también el resultado tangible del acto de reproducir. (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 1980)

El derecho patrimonial de reproducción, entre otros, se encuentra regulado en:

El artículo 9 numeral 1 de la Convención de Berna:

1) Los autores de obras literarias y artísticas protegidas por el presente Convenio gozarán del derecho exclusivo de autorizar la reproducción de sus obras por cualquier procedimiento y bajo

cualquier forma. (Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, 1886)

El artículo 7 del Tratado de Beijín:

Los artistas intérpretes o ejecutantes gozarán del derecho exclusivo a autorizar la reproducción directa o indirecta de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fijaciones audiovisuales, por cualquier procedimiento o bajo cualquier forma. (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), 2012)

El artículo 13 literal a de la Decisión Andina 351:

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;

(...)

(Comunidad Andina de Naciones (CAN), 1993)

Además, el artículo 14 de la Decisión Andina 351, menciona qué entiende por reproducción:

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. (Comunidad Andina de Naciones (CAN), 1993)

El artículo 12 literal a de la Ley 23 de 1982:

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

a) Reproducir la obra;

(...) (Colombia, Congreso de la República, 1982)

Se pueden destacar dos aspectos importantes del derecho de reproducción:

Reproducción por cualquier procedimiento: el procedimiento refiere a la técnica o método mediante el cual se pretende realizar la reproducción, sin importar el procedimiento usado para realizar la reproducción, sea este conocido o por conocer. Por ejemplo, valerse de medios reprográficos, fonográficos, audiovisuales, escritura, dibujo y los métodos que pueden ofrecer los medios digitales. (Vergara, 2000)

Reproducción por cualquier forma: la forma refiere al soporte en el que se efectúa la reproducción, sin importar el soporte material en que se plasme la reproducción, sea éste conocido o por conocer. (Vergara, 2000)

En palabras de Santiago Schuster Vergara (2000):

La reproducción comprende todas las formas que adopte el ejemplar en que se ha reproducido la obra. Esto quiere decir que se encuentran protegidas todas las reproducciones, cualquiera que sea el soporte en que se efectúa, sean soportes gráficos, reprográficos, sonoros, audiovisuales o magnéticos. (pág. 3)

Por ejemplo, el artículo 9 numeral 3 de la Convención de Berna establece que: “3) Toda grabación sonora o visual será considerada como una reproducción en el sentido del presente Convenio”. (Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, 1886)

No es necesario que la obra se reproduzca valiéndose de los mismos procedimientos o sobre el mismo tipo de soporte que la obra original, de hecho, tanto procedimiento como forma pueden variar en la reproducción, lo que no cabe duda es que efectivamente se está reproduciendo dicha obra (Vergara, 2000). Así lo menciona Santiago Shuster Vergara (2000):

No es necesario que la reproducción de la obra se realice en el mismo material que la original o utilizando la misma técnica, por ejemplo, la reproducción de uno o más ejemplares en tres dimensiones de una obra bidimensional, como sucede en la ejecución de un edificio siguiendo

los planos de la obra arquitectónica, o bien, en la realización de uno o más ejemplares en dos dimensiones en dos dimensiones de una obra tridimensional, como cuando reproducen mediante la fotografía una obra escultórica. (pág. 3).

El derecho de reproducción tiene unos principios que lo fundamentan, Santiago Shuster Vergara (2000), citando a Delia Lipszyc, los menciona:

Las consideraciones anteriores llevaron a Delia Lipszyc a reconocer los siguientes principios en los que se funda el derecho exclusivo de reproducción:

Se extiende sobre todo y sobre cada parte o fragmento de la obra.

Se extiende sobre todas las formas de reproducción, sean directas (fotocopias de impresos, grabación en cinta de un disco o casete, etc. Aunque estos ejemplares hayan sido legítimamente adquiridos), o bien indirectas (grabación de una emisión por televisión, transcripción de una obra literaria para su incorporación en la memoria de una computadora, etc.)

No importa ni la finalidad de la reproducción (comercial, cultural, benéfica, investigación, docencia), ni el ámbito en que se utilice (pública o privada)

Cada reproducción debe ser expresamente por el autor (la autorización para hacer un film no importa la autorización para reproducirlo en videocasetes)

Se protege al autor contra el mero hecho de hacer copias de las obras, con independencia de la cantidad y de que sean o no distribuidas o puestas en circulación.

La falta de mención en a la ley de un determinado medio técnico no puede interpretarse como excluido de la protección toda vez que el derecho de reproducción concedido al autor es con carácter genérico. (pág. 4)

Tan amplio es el ámbito de aplicación de este derecho patrimonial que, para el sistema continental de derecho de autor, puede comprender tanto las reproducciones temporales como

permanentes que se hagan en la red. Igualmente, este derecho estaría relacionado con el derecho de transformación, pues no es posible transformar una obra sin reproducirla (Villarejo, 2002). Al respecto, Abel Martín Villarejo (2002) comenta que:

Igualmente, bajo el concepto amplio del derecho de reproducción quedaría amparado el derecho de transformación, en el sentido de que ninguna modificación o alteración de la obra puede hacerse (incluso las manipulaciones digitales) sin reproducir, al menos de modo parcial, la interpretación o ejecución artística. (pág. 15)

#### *Comunicación pública.*

Cómo se verá a continuación, el derecho patrimonial de comunicación pública es un derecho de carácter general que comprende las comunicaciones hechas por cualquier medio y accesibles en cualquier momento y lugar, otorgándole a su titular el derecho exclusivo de realizar, autorizar y prohibir la comunicación pública de la obra, es decir, permitir el acceso a la obra a una pluralidad de personas, de forma simultánea o no.

El derecho de comunicación pública tan amplio es, que también puede comprender los siguientes: “i) derecho de representación; ii) derecho de ejecución pública; iii) derecho de exhibición; iv) derecho de exposición; v) derecho de radiodifusión; vi) derecho de puesta a disposición” (Leal, 2004, pág. 7). De hecho, Ricardo Antequera Parilli (2005) menciona que ésta es una solución marco a las necesidades que tienen los titulares y el público respecto a la comunicación pública:

(...) en todo caso el aspecto sustancial de la “solución marco” consiste, por una parte, en extender el derecho de comunicación pública a todos los géneros creativos; y, por la otra, incluir en el derecho sobre las comunicaciones digitales interactivas, un concepto de “público” más amplio que el aplicable en el mundo analógico, pues basta cualquiera de los miembros de ese

público “pueda” acceder a la obra, aunque efectivamente no acceda a ella, desde cualquier lugar o en el momento decidido por él. (pág. 18)

Según el glosario de la OMPI sobre derecho de autor y derechos conexos define la comunicación pública de una obra como: “Se entiende generalmente que esta expresión abarca todo tipo de transmisión al público de una obra de un autor”. (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 1980)

El derecho patrimonial de comunicación al público, entre otros, se encuentra regulado así:

La Convención de Berna reconoce algunas modalidades de comunicación pública y en algunos casos para un género en específico, los cuales se encuentran regulados en sus artículos 11.1) ii), 11bis.1) i) y ii), 11ter,1) ii), 14.1) ii) y 14bis.1).

El artículo 8 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT):

Artículo 8. Derecho de comunicación al público

Sin perjuicio de lo previsto en los Artículos 11.1)ii), 11bis.1)i) y ii), 11ter,1)ii), 14.1)ii) y 14bis.1) del Convenio de Berna, los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar cualquier comunicación al público de sus obras por medios alámbricos o inalámbricos, comprendida la puesta a disposición del público de sus obras, de tal forma que los miembros del público puedan acceder a estas obras desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija. (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), 1996).

En las disposiciones comunes del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT), en su artículo 10:

Artículo 10. Derecho de poner a disposición interpretaciones o ejecuciones fijadas

Los artistas intérpretes o ejecutantes gozarán del derecho exclusivo de autorizar la puesta a disposición del público de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas, ya sea por

hilo o por medios inalámbricos de tal manera que los miembros del público puedan tener acceso a ellas desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija. (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), 1996)

La Decisión 351 de la Comunidad Andina, en su artículo 13 literal b:

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

(...)

b) La comunicación pública de la obra por cualquier medio que sirva para difundir las palabras, los signos, los sonidos o las imágenes;

(...) (Comunidad Andina de Naciones (CAN), 1993)

Además, el artículo 15 de la Decisión 351 define qué se entiende por comunicación pública y enlista algunos ejemplos:

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:

a) Las representaciones escénicas, recitales, disertaciones y ejecuciones públicas de las obras dramáticas, dramático-musicales, literarias y musicales, mediante cualquier medio o procedimiento;

b) La proyección o exhibición pública de las obras cinematográficas y de las demás obras audiovisuales;

c) La emisión de cualesquiera obras por radiodifusión o por cualquier otro medio que sirva para la difusión inalámbrica de signos, sonidos o imágenes.

El concepto de emisión comprende, asimismo, la producción de señales desde una estación terrestre hacia un satélite de radiodifusión o de telecomunicación;

d) La transmisión de obras al público por hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo, sea o no mediante abono;

e) La retransmisión, por cualquiera de los medios citados en los literales anteriores y por una entidad emisora distinta de la de origen, de la obra radiodifundida o televisada;

f) La emisión o transmisión, en lugar accesible al público mediante cualquier instrumento idóneo, de la obra difundida por radio o televisión;

g) La exposición pública de obras de arte o sus reproducciones;

h) El acceso público a bases de datos de ordenador por medio de telecomunicación, cuando éstas incorporen o constituyan obras protegidas; e,

i) En general, la difusión, por cualquier procedimiento conocido o por conocerse, de los signos, las palabras, los sonidos o las imágenes. (Comunidad Andina de Naciones (CAN), 1993)

La Ley 23 de 1982 en su artículo 12 literal c:

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

(...)

c) Comunicar la obra al público mediante representación, ejecución, radiodifusión o por cualquier otro medio. (Colombia, Congreso de la republica, 1982)

Como se puede apreciar, el derecho de comunicación pública se compone de dos elementos:

a) la difusión de la obra por cualquier medio conocido o por conocer; b) la accesibilidad a tales obras por parte del público en el momento y lugar que estos deseen y de forma simultánea o no.

Por supuesto, la difusión de la obra comprende los medios que ofrecen las nuevas tecnologías y



el entorno digital. Por otro lado, la accesibilidad que permite el entorno digital es mucho mayor que la que permite el mundo analógico, haciendo que el acceso efectivamente sea en cualquier momento y lugar.

### *Transformación.*

El derecho patrimonial de transformación concede a sus titulares la facultad de realizar, autorizar o prohibir cualquier tipo de: a) traducción; b) adaptación; c) arreglos; y d) cualquier otra transformación de la obra. (Colombia, Congreso de la republica, 1982). Estos son especies o formas de ejercer el derecho de transformación.

El ejercicio de este derecho puede hacerse directamente por el titular del derecho patrimonial o bien puede autorizarse a un tercero que lo realice.

Las obras creadas en ejercicio de este derecho patrimonial son conocidas como obras derivadas. A los autores de la obra derivada se les otorgan derechos patrimoniales y morales, sin perjuicio de los derechos patrimoniales y morales que recaen sobre la obra preexistente.

Estos derechos patrimoniales, entre otros, se encuentran regulados en:

En la Convención de Berna en su artículo 12:

Artículo 12. Derecho de adaptación, arreglo y otra transformación

Los autores de obras literarias o artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar las adaptaciones, arreglos y otras transformaciones de sus obras. (Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, 1886)

En la Decisión 351 de la Comunidad Andina de Naciones, en su artículo 13:

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

(...)

e) La traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra. (Comunidad Andina de Naciones (CAN), 1993)

En la Ley 23 de 1982 en su artículo 12:

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

(...)

b) Efectuar una traducción, una adaptación, un arreglo o cualquier otra transformación de la obra,

(...) (Colombia, Congreso de la republica, 1982)

Tratándose de la creación de estas obras hechas por terceros, debe tenerse presente si éstas cumplen con los requisitos de las obras derivadas. Recordando que es de la esencia de las obras derivadas que: a) se debe basar en una obra preexistente; b) si la obra preexistente tiene derechos de autor vigentes, para poder utilizarla, se tiene que solicitar autorización previa y expresa al titular o titulares de dichos derechos; c) si la obra preexistente no tiene sus derechos de autor vigentes, es decir, pertenece al dominio público, o es una obra de libre utilización, no es necesario solicitar una autorización previa y expresa para usar la obra; d) en todo caso se deben respetar los derechos morales de paternidad e integridad de la obra preexistente; e) los derechos que otorga la obra derivada son independientes y sin perjuicio de los derechos de autor que pudiera tener la obra preexistente.

Los derechos patrimoniales se encuentran reconocidos en distintas regulaciones internacionales y nacionales. Para el caso de Colombia, la Ley 23 de 1982 menciona algunos:

Artículo 12. El autor de una obra protegida tendrá el derecho exclusivo de realizar o de autorizar uno cualquiera 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. (Colombia, Congreso de la republica, 1982)

### ***Derechos morales.***

Los derechos morales protegen el vínculo del autor con la obra, así como su reputación como creador y el mérito de su obra (Echavarría, 2016).

Las características de los derechos morales son las siguientes:

**Perpetuo:** sin importar el tiempo que transcurra el autor siempre lo será de las obras de su autoría. (Leal, 2004, pág. 5)

**Inalienable:** los derechos morales no son transferibles por acto entre vivos. (Leal, 2004, pág. 5)

**Imprescriptible:** la condición de autor de una obra no se pierde por el paso del tiempo. Tampoco se puede obtener la condición de autor por el paso de tiempo de una obra que falsamente se atribuye la autoría. (Leal, 2004, pág. 5)

**Irrenunciable:** los derechos morales son irrenunciable y tampoco pueden ser cedidos, y cualquier pacto en contrario se tomaría por no escrito o inexistente.

**Transmisibles por causa de muerte:** una vez muerto el autor, los derechos de paternidad e integridad pueden ser ejercidos por su cónyuge o herederos y, a falta de ellos, según el artículo 30 parágrafo 2 de la ley 23 de 1982, “el ejercicio de estos derechos corresponderá a cualquier persona natural o jurídica que acredite su carácter de titular sobre la obra respectiva.” (Colombia, Congreso de la republica, 1982)

Los derechos morales comprenden, pero no se limitan a, los siguientes

*Paternidad.*

El derecho moral de paternidad refiere al reconocimiento de la autoría de la obra, es decir, el respeto del vínculo entre el autor y su obra, así como la forma en que éste desea ser reconocido en ésta (Echavarria, 2016).

El derecho de paternidad le permite a su titular exigir que se reconozca su vínculo con la obra de la forma como éste eligió hacerlo, bien sea: a) asociando su nombre real como autor de la obra; b) asociando su seudónimo como autor de la obra; c) manteniendo su anonimato (Leal, 2004).

El derecho de paternidad exige que se respete el vínculo entre la obra y su autor en las sucesivas reproducciones; comunicaciones públicas o puestas a disposición, y traducciones, adaptaciones, arreglos o cualquiera otra transformación de la obra. En caso de que este derecho no sea respetado, su titular podrá en cualquier momento tomar las medidas legales necesarias para poder hacer respetar su derecho.

El glosario de la OMPI sobre derecho de autor y derechos conexos define el derecho de paternidad sobre de una obra como:

Desde la perspectiva del derecho de autor, se entiende generalmente por paternidad, la condición de ser el creador de una determinada obra. Los intereses particulares del autor que resultan del vínculo imperecedero existente entre el creador y su creación se recogen en diversas legislaciones de derecho de autor, bajo la denominación genérica especial de derechos morales. (Organizacion Mundial de la Propiedad Intelectual, 1980)

El derecho moral de paternidad, entre otros, se encuentra regulado:

En la Convención de Berna artículo 6bis numeral 1:

1) Independientemente de los derechos patrimoniales del autor, e incluso después de la cesión de estos derechos, el autor conservará el derecho de reivindicar la paternidad de la obra y de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la misma o a cualquier atentado a la misma que cause perjuicio a su honor o a su reputación. (Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, 1886)

En la Decisión 351 de la Comunidad Andina, en su artículo 11 literal b:

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

(...)

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

(...) (Comunidad Andina de Naciones (CAN), 1993)

En la Ley 23 de 1982, en su artículo 30 literal a:

Artículo 30. El autor tendrá sobre su obra un derecho perpetuo, inalienable, e irrenunciable para:

Reivindicar en todo tiempo la paternidad de su obra y, en especial, para que se indique su nombre o seudónimo cuando se realice cualquiera de los actos mencionados en el artículo 12 de esta ley;

(...) (Colombia, Congreso de la republica, 1982)

*Integridad.*

El derecho moral de integridad le permite a su titular oponerse a los atentados contra su obra. Las conductas que se pueden considerar como atentados a la obra, según el artículo 30 literal b de la ley 23 de 1982, son: a) deformación; b) mutilación; c) u otras modificaciones (Colombia, Congreso de la republica, 1982). Sin embargo, según el artículo señalado, estas conductas se

considerarán como atentados a una obra siempre y cuando: a) cause un perjuicio al honor o reputación del autor; b) cause un perjuicio al decoro de la obra o ésta se desmerite o disminuya su valor (Colombia, Congreso de la república, 1982). Por lo tanto, no todas las modificaciones a una obra atentan contra el derecho moral de integridad.

El glosario de la OMPI sobre derecho de autor y derechos conexos se refiere a un concepto relacionado al derecho moral de integridad, esto es, el “atentado a una obra”, refiriéndose al tipo de conductas que el titular puede impedir: “Es cualquier forma de manipulación o de utilización de una obra, que disminuya su valor o perjudique la reputación de su autor. Estas acciones constituyen una infracción de los derechos morales”. (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 1980)

El derecho moral de integridad, entre otros, se encuentra regulado:

En la Convención de Berna, en el artículo 6bis numeral 1:

1) Independientemente de los derechos patrimoniales del autor, e incluso después de la cesión de estos derechos, el autor conservará el derecho de reivindicar la paternidad de la obra y de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la misma o a cualquier atentado a la misma que cause perjuicio a su honor o a su reputación. (Subrayas propias)

(Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, 1886)

En la Decisión 351 de la Comunidad Andina, en su artículo 11 literal c:

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

(...)

c) Oponerse a toda deformación, mutilación o modificación que atente contra el decoro de la obra o la reputación del autor.

(...) (Comunidad Andina de Naciones (CAN), 1993)

En la Ley 23 de 1982, en su artículo 30 literal b:

Artículo 30. El autor tendrá sobre su obra un derecho perpetuo, inalienable, e irrenunciable para:

(...)

b) A oponerse a toda 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, y a pedir reparación por éstos;

(...) (Colombia, Congreso de la republica, 1982)

Como se puede apreciar, el derecho moral de integridad permite oponerse a las modificaciones hechas a la obra siempre y cuando representen un perjuicio potencial o efectivo al honor o reputación del autor, o se demerite la obra. Es decir, el derecho moral de integridad no puede oponerse a cualquier tipo de modificación y además implica una gran carga subjetiva, que considera la auto estima del autor como creador y su percepción sobre la relevancia de su obra y cómo considera que él y ésta son percibidos por el público y el medio donde se circunscribe la obra. Por lo tanto, si bien es cierto que factores como el mérito artístico no son relevantes para considerar la creación intelectual humana como objeto de protección del derecho de autor, este factor puede llegar a ser relevante en cuanto a la protección de la integridad se trata.

En lo que refiere a la relación de los derechos morales y el entorno digital, manifiestan un conflicto de intereses entre los autores y la industria cultural, por un lado, y el público, por el otro. Abel Martín Villarejo (2002), comenta esto, mientras trata la relación entre el derecho moral de integridad y el entorno digital:

Concretamente, por lo que se refiere a los derechos morales, sucede que una de las características principales del entorno digital es la interactividad del usuario, y en este sentido las obras o interpretaciones puestas a disposición del público por parte del artista pueden ser susceptibles de modificaciones o alteraciones, con el riesgo de perder el control sobre dichas modificaciones, no solo por parte del titular del derecho, sino también del titular del soporte (productor, editor, etc.). En este sentido, la cuestión se reduce a un conflicto de intereses: de un lado, los titulares de los derechos morales que quieren mantener el control sobre las obras que se ponen a disposición del público a través de la red, de otro, los usuarios que desean utilizar las obras a las que tienen acceso a través de la red, modificarlas y crear nuevas obras basándose en estas otras preexistentes, con la posibilidad de difundir estas nuevas obras, a su vez, por la red. La solución a este conflicto pasa por encontrar un justo equilibrio entre ambos intereses y el instrumento para lograrlo es el de la extensión y los límites del derecho a la integridad de la obra. En este sentido, los operadores de la red son reticentes a la estricta observancia de las reglas del derecho moral, cuestionándose, incluso, si el dinamismo propio del entorno de internet posibilitaría una cierta libertad en relación con el derecho a la integridad. La doctrina, como es de esperar es un tema tan sensible, se encuentra dividida al respecto: los defensores del derecho moral a ultranza, incluso en el entorno digital, argumentan que es necesaria su observancia para proteger el vínculo personal entre el autor y su obra; los detractores, por el contrario, estiman que los derechos morales comprometen la explotación económica de las obras en las redes digitales. (pág. 19).

#### *Modificación.*

La ley colombiana de derecho de autor, la Ley 23 de 1982, contempla el derecho moral de “modificación”, el cual comprende modificaciones de distinta índole que pueden o no



transformar la obra, por ello, podría considerarse íntimamente relacionado con el derecho patrimonial de transformación. El derecho moral de “modificación” le otorga la facultad a su titular de modificar la obra antes o después de su publicación. Igualmente, el ejercicio de este derecho moral exige que previamente se indemnice a los terceros que se puedan ver afectados por realizar esta modificación.

El artículo 30 literal d de la Ley 23 de 1982 dispone que:

Artículo 30. El autor tendrá sobre su obra un derecho perpetuo, inalienable, e irrenunciable para:

(...)

d) A modificarla, antes o después de su publicación, y

(...)

PARAGRAFO 4°. Los derechos mencionados en los numerales d) y e) sólo podrán ejercitarse a cambio de indemnizar previamente a terceros los perjuicios que se les pudiere ocasionar.

(Colombia, Congreso de la republica, 1982)

El derecho moral de modificación es el derecho que se otorga al autor para modificar la obra antes o después de su publicación. Este derecho moral no puede confundirse con el derecho patrimonial de transformación, pues el derecho patrimonial de transformación mantiene la obra preexistente sin “modificar” y lo que hace es producir una nueva creación basada en la anterior, una obra derivada. Por otro lado, el derecho moral de modificación no produce una obra derivada, lo que hace es modificar directamente la obra originaria. Tal como lo menciona Carlos Alberto Villalba, señalando la diferencia entre derecho patrimonial de transformación y el derecho moral de modificación:

Muchos autores consideran a la adaptación como un derecho económico de transformar una obra en otra y reservan el concepto de derecho de modificación a la corrección o actualización de una misma obra. Es lo que sucede habitualmente con los libros de texto los diccionarios, los programas de computación, etc., aunque también con otros géneros literarios respecto de los cuales el autor puede reclamar para si el derecho a revisar la obra en ulteriores ediciones.

(Villalba, 1997, pág. 14)

Este derecho moral resalta el hecho de que es el autor quien tiene la libertad de modificar su propia obra.

*Inédito o divulgación.*

“a través del cual el autor decide si quiere dar a conocer la obra de su autoría y en qué forma, o la de simplemente mantenerla inédita” (Leal, 2004, pág. 5)

*Retracto o arrepentimiento.*

“Este derecho, denominado también “derecho de arrepentimiento”, consiste en la posibilidad de retirar la obra de la circulación comercial.” (Aragón, 2004, pág. 7)

Los derechos morales se encuentran reconocidos en distintas regulaciones internacionales y nacionales. Para el caso de Colombia, la Ley 23 de 1982 menciona algunos:

Artículo 30. El autor tendrá sobre su obra un derecho perpetuo, inalienable, e irrenunciable para:

a) Reivindicar en todo tiempo la paternidad de su obra y, en especial, para que se indique su nombre o seudónimo cuando se realice cualquiera de los actos mencionados en el artículo 12 de esta ley;

b) A oponerse a toda 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, y a pedir reparación por éstos;

c) A conservar su obra inédita o anónima hasta su fallecimiento, o después de él cuando así lo ordenase por disposición testamentaria;

d) A modificarla, antes o después de su publicación, y

e) A retirarla de la circulación o suspender cualquier forma de utilización, aunque ella hubiese sido previamente autorizada. (Colombia, Congreso de la republica, 1982)

### **Limitaciones y excepciones.**

El fundamento de las limitaciones y excepciones al derecho de autor se encuentra en encontrar el equilibrio entre los derechos exclusivos del autor, en particular patrimoniales, y los intereses del público de acceder a los productos culturales, mientras los derechos exclusivos de autor siguen vigentes. Por ello, las legislaciones de derecho de autor conceden autorizaciones legales denominadas como limitaciones y excepciones, que permiten realizar ciertas conductas con la obra sin la autorización del autor y sin el pago de remuneración. La potestad que tienen los Estados de crear limitaciones y excepciones al derecho de autor, se somete al principio de los usos honrados y con éste a la regla de los tres pasos, exigiendo que estas limitaciones a) se traten de casos especiales; b) que no atenten con la explotación normal de la obra; c) que no causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor/titular del derecho.

Para el caso del sistema latino o continental de derecho de autor, las limitaciones y excepciones son taxativas y de interpretación restrictiva. (Antequera Parilli, 2005)

Las limitaciones y excepciones pueden ser clasificadas de distintas formas, entre ellas:

Las limitaciones pueden ser divididas en dos grupos:

- a. Comprende las obras excluidas de protección de derecho de autor
- b. Determinados actos de explotación, que por lo general exigen la autorización del titular de los derechos, pueden efectuarse, en las circunstancias que se contemplen en la Ley, sin dicha autorización. Existen dos tipos básicos de limitaciones y excepciones dentro de esa categoría: a) la libre utilización, es decir, la no obligación de compensar al titular de los derechos por la utilización de su obra sin haber pedido autorización; y b) las licencias no voluntarias (u obligatorias), que exigen compensación al titular de los derechos por la explotación no autorizada. (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 2016, pág. 15)

Según Ricardo Antequera Parilli (2005):

De allí que todas las legislaciones del mundo, al tiempo que le reconocen al creador el derecho exclusivo de explotar su obra, dejan a salvo un conjunto de excepciones, de interpretación restrictiva, conocidas como limitaciones al derecho patrimonial exclusivo, las cuales pueden presentarse como:

- a. Licencias no voluntarias, a título oneroso, de acuerdo a la ley aplicable y en concordancia con los casos permitidos por los convenios internacionales.
- b. Supuestos de excepción previstos en la ley, donde el uso de la obra es libre, pero sometido al pago de una remuneración (“derechos de remuneración”)
- c. Usos libres y gratuitos, bajo el cumplimiento de los “usos honrados”, (Antequera Parilli, 2005, pág. 4)

Según Sam Ricketson (2003):

De acuerdo con este planteamiento, los convenios internacionales sobre el derecho de autor y los derechos conexos, (...), contienen una variedad de limitaciones y excepciones a la protección

que puede otorgarse con arreglo a las legislaciones nacionales. Estas limitaciones y excepciones pueden clasificarse, de manera muy general, en los siguientes grupos:

- a. Disposiciones que excluyen, o permiten excluir, de la protección a determinadas categorías de obras o materiales. En el Acta de París del Convenio de Berna se ofrecen varios ejemplos destacados de estas disposiciones como, por ejemplo, los textos oficiales de orden legislativo, administrativo o judicial (Artículo 2.4), las noticias del día (Artículo 2.8) y los discursos políticos y los pronunciados en debates judiciales (Artículo 2bis.1). A efectos del análisis, estas disposiciones podrían denominarse “limitaciones” a la protección, en cuanto no se requiere protección para la naturaleza específica del objeto en cuestión.
- b. Disposiciones que conceden inmunidad (normalmente de carácter facultativa más que preceptiva) en los procedimientos de infracción respecto de determinadas modalidades de utilización, como la que tiene por finalidad las informaciones de prensa, la enseñanza o cuando se cumplen determinadas condiciones. Estas disposiciones, pueden denominarse “utilizaciones permitidas” o excepciones a la protección, ya que hacen posible la aplicación de una eximente en los casos en los que pudiera derivarse responsabilidad jurídica. El Acta de París del Convenio de Berna contiene algunas de estas disposiciones como, por ejemplo, el Artículo 2bis2) (reproducción y comunicación por la prensa de conferencias, alocuciones, etc.), el Artículo 9.2) (algunas excepciones al derecho de reproducción, sujeto a condiciones específicas), el Artículo 10 (citas y utilización para fines de enseñanza) y el Artículo 10bis (algunas utilidades relativas a acontecimientos de actualidad y a otros similares). El Artículo 15 de la Convención de Roma contiene excepciones análogas y el Artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC, el Artículo 10 del

WCT y el Artículo 16 del WPPT adoptan y amplían el modelo de las tres condiciones del Artículo 9.2) del Convenio de Berna como base de las excepciones que se aplicarán en el marco de dicho acuerdo (conocido como la prueba del criterio triple, a la que se hace referencia nuevamente más adelante).

- c. Disposiciones que permiten una determinada utilización del material protegido por el derecho de autor, previo pago al titular de dicho derecho. Estas disposiciones, que suelen denominarse “licencias obligatorias”, así como las normas que permiten su aplicación, aparecen recogidas en los Artículos 11bis2) y 13 del Convenio de Berna y en el Anexo del Acta de París del Convenio de Berna. Estas licencias también están permitidas por otras disposiciones de éste y otros de los convenios citados anteriormente, siempre que se cumplan determinadas condiciones. (págs. 5-6).

Debido a la forma como están planteados los derechos exclusivos de autor (por ejemplo, reproducción, transformación, comunicación pública) al usar expresiones como “cualquier medio o procedimiento” y “conocido o por conocer”, son tan amplias que efectivamente incluyen en su objeto de protección las creaciones del entorno digital, por lo tanto, las limitaciones a estos derechos exclusivos también se extienden al entorno digital. De hecho, el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT) y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT), también conocidos como “tratados internet”, extienden el ámbito de protección al entorno digital.

Y en lo que refiere a la extensión de las limitaciones y excepciones al entorno digital, existen algunas declaraciones concertadas a tratados internacionales que tratan este tema.

La declaración concertada al artículo 1.4 del WCT, menciona que el derecho de reproducción y las limitaciones a este derecho es extensible al entorno digital:

Declaración concertada respecto del Artículo 1.4). 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. (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), 1996)

Declaración similar se hace a los artículos 7,11 y 16 del WPPT.

La declaración concertada al artículo 10 del WCT, menciona que respecto de las limitaciones que contempla este tratado y que pueden ser adoptadas por los estados contratantes, éstas se pueden extender al entorno digital:

Declaración concertada respecto del Artículo 10. Queda entendido que las disposiciones del Artículo 10 permiten a las Partes Contratantes aplicar y ampliar debidamente las limitaciones y excepciones al entorno digital, en sus legislaciones nacionales, tal como las hayan considerado aceptables en virtud del Convenio de Berna. Igualmente, deberá entenderse que estas disposiciones permiten a las Partes Contratantes establecer nuevas excepciones y limitaciones que resulten adecuadas al entorno de red digital.

También queda entendido que el Artículo 10.2) no reduce ni amplía el ámbito de aplicabilidad de las limitaciones y excepciones permitidas por el Convenio de Berna. (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), 1996)

Declaración similar se hace en el artículo 16 del WPPT.

### ***El principio de los usos honrados y la regla de los tres pasos***

El principio de los usos honrados es el estándar (no una limitación en sí) que deben tener presente las legislaciones de derecho de autor para poder crear limitaciones y excepciones

específicas a los derechos exclusivos que éstas conceden. Siempre que estas limitaciones a) se traten de casos especiales; b) no atenten con la explotación normal de la obra; c) no causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor/titular del derecho. Estas tres se conocen como la regla de los tres pasos. (Antequera Parilli, 2005)

Tal como lo menciona Ricardo Antequera Parilli (2005):

En definitiva, el principio de los “usos honrados” impone los parámetros dentro de los cuales resulta admisible o “razonable” la previsión de determinadas limitaciones al derecho exclusivo del autor y que, en el caso que nos ocupa, legitiman el uso libre y gratuito de su obra o, en su caso, el de una interpretación o ejecución artística, una producción fonográfica o una emisión de radiodifusión, siempre que se cumpla con la “regla de los tres pasos”. (pág. 8).

Los usos honrados y la regla de los tres pasos son conceptos que se conectan, tal como lo señala el glosario de la OMPI de derecho de autor y derechos conexos:

A ellos se alude en el Convenio de Berna como la norma que determina la posibilidad de permitir la libre utilización de las obras en citas o ilustraciones para fines de docencia. De conformidad con los requisitos previstos en el Convenio de Berna, los usos honrados no deben interferir con la explotación normal de la obra ni deben causar perjuicio irrazonable a los intereses legítimos del autor. (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 1980)

El artículo 3 de la Decisión 351 de la Comunidad Andina, también define el concepto de usos honrados:

Artículo 3. A los efectos de esta Decisión se entiende por:

(...)



Usos honrados: Los que no interfieren con la explotación normal de la obra ni causan un perjuicio irrazonable a los intereses legítimos del autor. (Comunidad Andina de Naciones (CAN), 1993)

El principio de los usos honrados y la regla de los tres pasos son parámetros a tener presente por los Estados en la regulación particular de las limitación y excepciones al derecho de autor y derechos conexos. Sobre este punto Ricardo Antequera Parilli (2005) señala que:

En efecto, cuando el convenio de Berna menciona que “se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción...” (art.9,2); el ADPIC que “los Miembros circunscribirán las limitaciones o excepciones impuestas a los derechos exclusivos a determinados casos especiales...” (art. 13); el TODA/WCT que “las Partes contratantes podrán prever, en sus legislaciones nacionales, limitaciones o excepciones...” (art.10, y en el mismo sentido el art. 16 del TOIEF/WPPT 16); o la Decisión 351 de la Comunidad Andina que “las limitaciones y excepciones al derecho de autor que se establezcan mediante las legislaciones internas de los países miembros, se circunscribirán a aquellos casos que...” (art.21), se trata de mandatos expresos a los legisladores, para que las limitaciones que aprueben en las leyes internas se limiten a los casos especiales que “no atenten contra la normal explotación de las obras” ni “causen perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular o titulares de los derechos” (pág. 9).

Lo mismo se hace en el artículo 13 del Tratado de Beijing sobre Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales.

Por las características del derecho de autor del sistema civil o continental, la interpretación del principio de los usos horados debe hacerse de forma restrictiva. Pues, como lo señala Ricardo Antequera Parilli (2005):

En cualquier caso, para la tradición latina, el principio de los “usos honrados” implica que las limitaciones al derecho de explotación exclusivo del autor están sometidos al régimen del “*numerus clausus*”, de manera que, como lo disponen algunas leyes y reglamentos de países que forman parte de ese sistema, la interpretación de los límites previstos normativamente debe ser restrictiva. (pág. 9).

### *Limitaciones y excepciones objeto de estudio*

Entre todas las limitaciones y excepciones existentes, se estudiarán particularmente la limitación del derecho cita y la limitación de la utilización para fines de enseñanza. A continuación, se explicará en qué consisten cada uno, para luego en otro capítulo tratar su aplicación en las obras remezcladas.

#### *El derecho de Cita*

Según el glosario de la OMPI sobre de derecho de autor y derechos conexos la cita de una obra se entiende como:

Es un pasaje relativamente corto, tomado de otra obra para demostrar o hacer más inteligibles los enunciados de un autor, o para referirse a opiniones de otro autor de una forma auténtica. Las citas correctas de obras que han sido legalmente puestas a disposición del público caen dentro del ámbito de la libre utilización, siempre que su extensión no sea mayor de lo que el fin justifica. Las legislaciones nacionales de derecho de autor también pueden permitir las citas que adopten la forma de breves extractos de una representación o ejecución, fonograma, o emisión de radiodifusión. (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 1980)

Entre las normas que regulan el derecho de cita se pueden señalar:

Convención de Berna

Artículo 10. Libre utilización de obras en algunos casos:

1) Son lícitas las citas tomadas de una obra que se haya hecho lícitamente accesible al público, a condición de que se hagan conforme a los usos honrados y en la medida justificada por el fin que se persiga, comprendiéndose las citas de artículos periodísticos y colecciones periódicas bajo la forma de revistas de prensa.

(...)

3) Las citas y utilizaciones a que se refieren los párrafos precedentes deberán mencionar la fuente y el nombre del autor, si este nombre figura en la fuente. (Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, 1886)

Decisión Andina 351:

Artículo 22. Sin perjuicio de lo dispuesto en el Capítulo V y en el artículo anterior, será lícito realizar, sin la autorización del autor y sin el pago de remuneración alguna, los siguientes actos:

a) Citar en una obra, otras obras publicadas, siempre que se indique la fuente y el nombre del autor, a condición que tales citas se hagan conforme a los usos honrados y en la medida justificada por el fin que se persiga

(...) (Comunidad Andina de Naciones (CAN), 1993)

Ley 23 de 1982:

Artículo 31. Es permitido citar a un autor transcribiendo los pasajes necesarios, siempre que éstos no sean tantos y seguidos que razonadamente puedan considerarse como una reproducción simulada y sustancial, que redunde en perjuicio del autor de la obra de donde se toman. En cada cita deberá mencionarse el nombre del autor de la obra citada y el título de dicha obra.

Cuando la inclusión de obras ajenas constituya la parte principal de la nueva obra, a petición de parte interesada, los tribunales fijarán equitativamente y en juicio verbal la cantidad

proporcional que corresponda a cada uno de los titulares de las obras incluidas. (Colombia, Congreso de la republica, 1982)

La autorización que concede el derecho de cita debe cumplir con los siguientes requisitos:

La obra de la cual se extrae la cita debe haber sido hecha lícitamente accesible al público: mientras que la Convención de Berna hace referencia a la obra hecha lícitamente accesible al público, la Decisión Andina 351 refiere a obras publicadas y la Ley 23 de 1982 no hace mención a ninguna de las dos expresiones. Diferencias que podrían repercutir en cuanto al tipo de obras que se entienden objeto del derecho de cita.

La definición de publicación de la Decisión 351 (artículo 3), así como la definición de la Convención de Berna (artículo 3 numeral 3), exigen que los ejemplares (copias) de la obra sean puestos a disposición del público mediando autorización expresa del titular del derecho. Además, la Convención de Berna excluye ciertos actos, al afirmar que:

No constituyen publicación la representación de una obra dramática, dramático-musical o cinematográfica, la ejecución de una obra musical, la recitación pública de una obra literaria, la transmisión o radiodifusión de las obras literarias o artísticas, la exposición de una obra de arte ni la construcción de una obra arquitectónica. (Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, 1886)

Sin embargo, se considera que la expresión “obra lícitamente accesible al público” es mucho más amplia que la de “obra publicada” (Ricketson, 2003), y es compatible con el derecho de cita contemplado en la Ley 23 de 1982. De hecho, la definición de publicación de la Ley 23 de 1982 es mucho más amplia, en su artículo 8 literal p refiere que: “p) Publicación: la comunicación al público, por cualquier forma o sistema” (Colombia, Congreso de la republica, 1982). La obra lícitamente accesible al público permite el acceso a dichas obras por cualquier medio y no

simplemente mediante copias, con lo cual, admitiría las obras puestas a disposición al público mediante los actos que excluía la definición de publicación de la Convención de Berna.

Por otro lado, la expresión “obras lícitamente accesibles al público” no establece ninguna limitación en cuanto a los tipos de obras que pueden ser citadas. (Ricketson, 2003).

Debe ejecutarse conforme a los usos honrados: Para determinar si una cita en particular es “honrada”, ésta no debe atentar contra la explotación normal de la obra ni causar un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

Debe restringirse a la reproducción de aquello estrictamente necesario para el fin perseguido: la cita puede ser empleada para distintos propósitos, entre ellos: a) fines educativos o informativos; b) fines de crítica; c) fines científicos; d) a modo de prueba o fundamento para determinado argumento u opinión; e) fines de entretenimiento; f) fines políticos; g) fines judiciales; h) para efectos artísticos; entre otros.

Verificar que la reproducción hecha por la cita se limite a lo estrictamente necesario para el fin perseguido, tiene que ver con la finalidad de la cita, la naturaleza de la obra citada y que la cita no atenta contra la explotación normal de la obra ni causa un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor, es decir, los fines perseguidos por la cita están relacionados con el requisito de los usos honrados. Sobre este punto Santiago Schuster Vergara (2000) menciona que:

Lo cierto es que la apreciación del abuso no está relacionado con su longitud, sino que está vinculado al alcance de la cita y dirigido a determinar hasta qué punto la supuesta cita es un aprovechamiento directo de la obra, para su explotación y no para la finalidad de ilustración o de crítica que persigue quien realiza la reproducción. (pág. 7).

Debe respetar la paternidad de la obra, mencionando la fuente y el nombre del autor: toda cita debe respetar la paternidad de la obra de la que se extrae, de la misma forma como ha hecho el autor que se asocie a él con la obra, es decir, además de mencionar el título de la obra, también se debe mencionar a su autor o autores, respetando si la obra es anónima o seudónima.

(Jaramillo, 2010)

Ahora bien, existen dos tipos de cita, la cita textual o directa y la cita indirecta o parafraseo, la primera no representa mayor inconveniente, pues es la reproducción literal de la obra que se pretende usar como referencia. Sin embargo, vale mencionar que existen salvedades a la regla que sobre la cita no debe haber un trabajo transformativo, pues la cita puede ser traducida y adaptada, pero en todo caso la obra citada no puede ser modificada en su contenido o esencia, de tal forma que se agreguen u omitan elementos que la tergiversen, por ello se dice que sobre la cita no debe haber ningún trabajo transformativo. Por lo tanto, la cita indirecta o parafraseo reproduce lo que dice el autor en la obra citada, pero en las propias palabras de quien realiza la cita, lo cual no significa la modificación de la obra citada, siempre que se conserve su esencia.

La obra citada puede ser traducida lo cual significa pasar la obra a un idioma distinto de su versión original. Igualmente, la obra original puede ser citada en obras que tengan un formato distinto al de la obra original, es decir, es posible citar una obra literaria, musical o gráfica en una obra audiovisual y así en distintas combinaciones. Estas traducciones y adaptaciones no necesitan solicitar la autorización previa y expresa de los titulares de las obras ni pagar una remuneración, siempre que dicha utilización sea a título de cita.

#### *Utilización para fines de enseñanza*

Entre las normas que regulan el derecho utilización para fines de enseñanza se pueden señalar:

Convención de Berna

Artículo 10. Libre utilización de obras en algunos casos:

(...)

2) Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión y de los Arreglos particulares existentes o que se establezcan entre ellos lo que concierne a la facultad de utilizar lícitamente, en la medida justificada por el fin perseguido, las obras literarias o artísticas a título de ilustración de la enseñanza por medio de publicaciones, emisiones de radio o grabaciones sonoras o visuales, con tal de que esa utilización sea conforme a los usos honrados.

3) Las citas y utilidades a que se refieren los párrafos precedentes deberán mencionar la fuente y el nombre del autor, si este nombre figura en la fuente. (Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, 1886)

Decisión Andina 351:

Artículo 22. Sin perjuicio de lo dispuesto en el Capítulo V y en el artículo anterior, será lícito realizar, sin la autorización del autor y sin el pago de remuneración alguna, los siguientes actos:

(...)

a) Reproducir por medios reprográficos para la enseñanza o para la realización de exámenes en instituciones educativas, en la medida justificada por el fin que se persiga, artículos lícitamente publicados en periódicos o colecciones periódicas, o breves extractos de obras lícitamente publicadas, a condición que tal utilización se haga conforme a los usos honrados y que la misma no sea objeto de venta u otra transacción a título oneroso, ni tenga directa o indirectamente fines de lucro;

(...) (Comunidad Andina de Naciones (CAN), 1993)

Ley 23 de 1982:

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. (Colombia, Congreso de la republica, 1982)

La autorización que concede la utilización con fines de enseñanza debe cumplir con los siguientes requisitos

Utilización a título de ilustración con el propósito de la enseñanza: independientemente de la destinación original de la obra utilizada, para poder ser aplicable esta limitación la utilización debe hacerse a título de ilustración y con propósitos educativos

La obra debe haber sido lícitamente publicada: este requisito es mencionado por el artículo 22 de la Decisión Andina 351, el cual puede ser compatible con las definiciones de publicación anteriormente mencionadas, por ello es posible pensar que las publicaciones a que refieren son aquellas previamente autorizadas por sus autores, sin embargo, el artículo 32 de la Ley 23 de 1982, no menciona este requisito y su concepto de publicación es mucho más amplio.

La utilización debe hacerse dentro de los límites justificados por el fin propuesto: la utilización debe ser exclusivamente para fines educativos

Debe ser conforme a los usos honrados: Para determinar si la utilización para fines educativos en particular es “honrada”, ésta no debe atentar contra la explotación normal de la obra ni causar un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor



Debe hacerse sin ánimo de lucro: ello quiere decir que de la utilización de la obra no se derivara ningún beneficio económico, es decir, como lo menciona el artículo 22 de la Decisión Andina: “que la misma no sea objeto de venta u otra transacción a título oneroso, ni tenga directa o indirectamente fines de lucro”. (Comunidad Andina de Naciones (CAN), 1993)

Debe respetar la paternidad mencionando el nombre del autor y el título de las obras así utilizadas: la reproducción de la obra que se haga para efectos educativos, respetar la paternidad de ésta. (Colombia, Congreso de la republica, 1982)

### **Derechos conexos.**

La finalidad de los derechos conexos o afines es proteger los intereses legales de ciertas personas (naturales o jurídicas) que contribuyen a la comunicación pública de la obra, cuyas creaciones o aportes “contengan suficiente creatividad y capacidad técnica y organizativa para merecer la concesión de un derecho de propiedad que se asimile al derecho de autor” (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 2016, pág. 27), sin perjuicio de los derechos de autor concedidos a la obra preexistente.

Existen tres beneficiarios de los derechos conexos:

Artistas intérpretes y ejecutantes: según el artículo 8 literal k de la Ley 23 de 1982, son los siguientes:

Artículo 8. Para los efectos de la presente ley se entiende por:

(...)

k) Artista intérprete o ejecutante: el actor, locutor, narrador, declamador, cantante, bailarín, músico o cualquier otra que interprete o ejecute una obra literaria o artística;

(...) (Colombia, Congreso de la republica, 1982)

Productores de grabaciones sonoras (también denominadas fonogramas): según el artículo 8 literal l de la Ley 23 de 1982, son los siguientes:

Artículo 8. Para los efectos de la presente ley se entiende por:

(...)

l) Productor de fonograma: la persona natural o jurídica que fija por primera vez los sonidos de una ejecución, u otro sonido;

(...) (Colombia, Congreso de la republica, 1982)

Organismos de radiodifusión: según el artículo 8 literal n de la Ley 23 de 1982, son los siguientes:

Artículo 8. Para los efectos de la presente ley se entiende por:

(...)

n) Organismo de radiodifusión: la empresa de radio o televisión que transmite programas al público;

(...) (Colombia, Congreso de la republica, 1982)

En lo que respecta al contenido de los derechos conexos, los derechos patrimoniales reconocidos pueden ser comunes o especiales para cada uno de los sujetos, igualmente clasificable como derechos de explotación y especialmente de remuneración. Mientras que en lo referente a los derechos morales estos son reconocidos para los artistas, intérpretes y ejecutantes.

Entre otros, se reconocen los siguientes derechos patrimoniales:

Artistas, intérpretes y ejecutantes: tienen el derecho de autorizar o prohibir: i) la fijación; ii) la reproducción; iii) la comunicación al público; iv) la transmisión; v) o cualquier otra forma de utilización de sus interpretaciones y ejecuciones. (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 2016, pág. 30)

Productores de grabaciones sonoras: tiene el derecho de autorizar o de prohibir: i) la reproducción directa del fonograma; ii) la reproducción indirecta del fonograma. (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 2016, pág. 30)

Organismos de radiodifusión: tienen el derecho de autorizar o prohibir: i) la retransmisión de sus emisiones de radiodifusión; ii) La fijación de sus emisiones de radiodifusión; iii) La reproducción de una fijación de sus emisiones de radiodifusión. (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 2016, pág. 30)

A los artistas, intérpretes y ejecutantes se les reconocen derechos morales. El artículo 5 del Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT), le reconoce los derechos de paternidad e integridad. Los mismos derechos son reconocidos en el artículo 35 de la Decisión Andina 351. En el caso de Colombia, el artículo 171 de la Ley 23 de 1982 reconoce los mismos derechos morales otorgados al autor, “Artículo 171. Los artistas, intérpretes o ejecutantes tienen los derechos morales consagrados por el artículo 30 de la presente ley” (Colombia, Congreso de la republica, 1982).

Respecto de la vigencia de los derechos concedidos a los sujetos mencionados, el acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), el Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT), y el tratado de Beijing, conceden un plazo de protección de 50 años contados a partir de la fecha de fijación de la interpretación o ejecución a los artistas intérpretes y ejecutantes y los productores de grabaciones sonoras. Mientras que el ADPIC concede un plazo de protección de 20 años contados a partir de la fecha en que se haya realizado la emisión a los organismos de radiodifusión. En el caso de Colombia, se diferencia según si el titular es persona natural o persona jurídica:

Artículo 2 de la Ley 23 de 1982. Los derechos consagrados a favor de los artistas intérpretes o ejecutantes, de los productores de fonogramas y de los organismos de radiodifusión tendrán la siguiente duración:

Cuando el titular sea persona natural, la protección se dispensará durante su vida y ochenta años más a partir de su muerte.

Cuando el titular sea persona jurídica, el término de protección será de cincuenta años, contados a partir del último día del año en que tuvo lugar la interpretación o ejecución, la primera publicación del fonograma o, de no ser publicado, de su primera fijación, o la emisión de su radiodifusión. (Colombia, Congreso de la republica, 1982)

Respecto a las limitaciones y excepciones, el artículo 16 del Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT), autoriza a los estados contratantes a que apliquen el mismo tipo de limitaciones y excepciones que sus legislaciones nacionales conceden a los derechos de autor. Además, menciona que tales limitaciones deben someterse a los usos honrados y a la regla de los tres pasos. La Decisión Andina 351 en su artículo 21 reproduce dicha autorización y en su artículo 22 menciona limitaciones aplicables a los derechos conexos. En el caso de Colombia, los artículos 178 y 179 de la Ley 23 de 1982 señala las limitaciones aplicables, junto a otras normas especiales.

### **Marco normativo pertinente.**

A continuación, se mencionará la normativa relevante para el derecho de autor y que servirá de referencia para el presente trabajo, comprendiendo tanto normativa internacional, como las disposiciones aplicables para la legislación colombiana.

- Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas de 1886

- Convención de Roma sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión de 1961.
- Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (ADPIC) de 1994
- Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre Derecho de Autor (WCT) de 1996
- Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT) de 1996
- Tratado de Beijing sobre Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales de 2012.
- Decisión Andina 351 de 1993, régimen común sobre derecho de autor y derechos conexos.
- Ley 23 de 1982, sobre derechos de autor.

En resumen, el derecho de autor se ocupa de un objeto en específico, las obras, un tipo especial de creación intelectual humana. Respecto de los derechos que recaen en dicha obra son titulares unos sujetos, los autores. A estos sujetos se les otorgan derechos exclusivos y excluyentes de carácter moral y patrimonial. En correlación a estos derechos se derivan otros derechos conexos o afines en favor de determinadas personas. Ambos derechos otorgan un conjunto de prerrogativas que les permiten limitar el acceso de terceros a estas obras, exigiéndoles obtener una autorización previa y expresa de sus titulares para poder disponer de ellas. Tales prerrogativas pueden ser exceptuadas con lo que se conoce como limitaciones y excepciones.

Los temas de obra, derechos, limitaciones y excepciones se tratarán con mayor detalle en los siguientes capítulos, enfocándolos a su relación con el entorno digital y la obra remezclada.

### **El objeto de protección del derecho de autor: la obra**

El derecho de autor tiene por objeto de protección las creaciones del intelecto humano conocidas como obras, cuyo sujeto de derecho es conocido como autor.

#### **Definición de obra**

Por regla general, las regulaciones internacionales y nacionales sobre derecho de autor se han dedicado a enlistar cuáles son las obras objeto de protección del derecho de autor.

El Convenio de Berna de 1886, el cual es el primer instrumento internacional que regula el derecho de autor, establece en su artículo 2:

1) Los términos “obras literarias y artistas” comprenden todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión, tales como los libros, folletos y otros escritos; las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza; las obras dramáticas o dramático-musicales; las obras coreográficas y las pantomimas; las composiciones musicales con o sin letra; las obras cinematográficas, a las cuales se asimilan las obras expresadas por procedimiento análogo a la cinematográfica; las obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado, litografía; las obras fotográficas a las cuales se asimilan las expresadas por procedimiento analógico a la fotográfica; las obras de artes aplicadas; las ilustraciones, mapas, planos, croquis y obras plásticas relativos a la geografía, a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias.

(...)

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.

(...)

5) Las colecciones de obras literarias o artísticas tales como las enciclopedias y antologías que, por la selección o disposición de las materias, constituyan creaciones intelectuales estarán protegidas como tales, sin perjuicio de los derechos de los autores sobre cada una de las obras que forman parte de estas colecciones.

(...) (Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, 1886)

Posteriormente, se extiende el ámbito de protección del derecho de autor a los programas de ordenador y a las compilaciones de datos o bases de datos, un referente se encuentra en la Decisión Andina 351 de 1993 y otro en el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT) de 1996, tal como lo expresa este último en los artículos 4 y 5, así:

Artículo 4. Programas de ordenador. Los programas de ordenador están protegidos como obras literarias en el marco de lo dispuesto en el Artículo 2 del Convenio de Berna. Dicha protección se aplica a los programas de ordenador, cualquiera que sea su modo o forma de expresión. (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), 1996)

Artículo 5. Compilaciones de datos (bases de datos). Las compilaciones de datos o de otros materiales, en cualquier forma, que por razones de la selección o disposición de sus contenidos constituyan creaciones de carácter intelectual, están protegidas como tales. Esa protección no abarca los datos o materiales en sí mismos y se entiende sin perjuicio de cualquier derecho de autor que subsista respecto de los datos o materiales contenidos en la compilación. (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), 1996)

Ahora bien, la lista de obras señalada es meramente enunciativa y no taxativa, pues como se puede observar, el Convenio de Berna estipula que “los términos ‘obras literarias y artísticas’ comprenden todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que

sea el modo o forma de expresión, **tales como**”, es justo esta expresión (“tales como”) la que abre las puertas a la inclusión de obras distintas a las enlistadas anteriormente.

Todos los estados miembros de la Unión de Berna, junto a los que se adhieran a la convención, se comprometen a dar el mismo nivel de protección a las obras protegibles por el derecho de autor comprendidas en este tratado. Sin embargo, el rango de obras protegidas de un país a otro puede diferir, pues existen reservas dentro del Convenio que son adoptadas de forma distinta en cada uno de los Estados.

La regulación de derecho de autor para el caso de Colombia se compone, además de los tratados internacionales suscritos, por las disposiciones de la Comunidad Andina de Naciones - CAN- (conformada por Ecuador, Perú, Bolivia y Colombia) y sus leyes nacionales.

Por su parte, la Decisión Andina 351 en su artículo 4 enumera las obras objeto de protección, recopilando la evolución que sobre la materia se ha tenido hasta la fecha de creación del tratado.

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:

- a) Las obras expresadas por escrito, es decir, los libros, folletos y cualquier tipo de obra expresada mediante letras, signos o marcas convencionales;
- b) Las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza;
- c) Las composiciones musicales con letra o sin ella;
- d) Las obras dramáticas y dramático-musicales;
- e) Las obras coreográficas y las pantomimas;
- f) Las obras cinematográficas y demás obras audiovisuales expresadas por cualquier procedimiento;



- g) Las obras de bellas artes, incluidos los dibujos, pinturas, esculturas, grabados y litografías;
- h) Las obras de arquitectura;
- i) Las obras fotográficas y las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía;
- j) Las obras de arte aplicado;
- k) Las ilustraciones, mapas, croquis, planos, bosquejos y las obras plásticas relativas a la geografía, la topografía, la arquitectura o las ciencias;
- l) Los programas de ordenador;
- ll) Las antologías o compilaciones de obras diversas y las bases de datos, que por la selección o disposición de las materias constituyan creaciones personales. (Comunidad Andina de Naciones (CAN), 1993)

La ley colombiana de derecho de autor, Ley 23 de 1982, en su artículo 2 enlista igualmente las obras objeto de protección:

Artículo 2. Los derechos de autor recaen sobre las obras científicas, literarias y artísticas las cuales se comprenden todas las creaciones del espíritu en el campo científico, literario y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión y cualquiera que sea su destinación, tales como: los libros, folletos y otros escritos; las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza; las obras dramáticas o dramático musicales; las obras coreográficas y las pantomimas; las composiciones musicales con letra o sin ella; las obras cinematográficas, a las cuales se asimilan las obras expresadas por procedimiento análogo a la cinematografía, inclusive los videogramas; las obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado, litografía; las obras fotográficas a las cuales se asimilan las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía; las obras de arte aplicadas; las ilustraciones, mapas, planos, croquis y obras plásticas relativas a la geografía, a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias, y, en fin, toda

producción del dominio científico, literario o artístico que pueda reproducirse, o definirse por cualquier forma de impresión o de reproducción, por fonografía, radiotelefonía o cualquier otro medio conocido o por conocer. (Colombia, Congreso de la republica, 1982)

Así entonces, la regulación de la obra como objeto de protección, para el caso colombiano, se ve enmarcada, primero, por las regulaciones internacionales sobre la materia, a las cuales el país se ha suscrito; a la definición legal y regulación que ofrece la ley de derecho de autor de la Comunidad Andina de Naciones y, finalmente, a las leyes nacionales sobre derecho de autor.

Pero la regulación señalada no sólo se ocupa de enlistar cuáles son las obras protegidas, pues también determina qué no es objeto de protección por el derecho de autor, es decir, aquello que no es una obra.

Para empezar, la regulación sobre derecho de autor desarrolla el principio de que éste protege la expresión particular de las ideas y no las ideas por sí mismas. Esto se conoce como el principio de no protección de las ideas.

Algunas regulaciones se ocupan de desarrollar este tema, coincidiendo en que el ámbito de protección del derecho de autor recae sobre la expresión particular de las ideas, las obras, y no las ideas en sí.

El Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT) de 1996 en su artículo 2:

Artículo 2. Ámbito de la protección del derecho de autor.

La protección del derecho de autor abarcará las expresiones, pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí. (Subraya por fuera de texto) (Organizacion Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), 1996)

El Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) en su artículo 9:

Artículo 9. Relación con el Convenio de Berna.

(...)

2. La protección del derecho de autor abarcará las expresiones, pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí. (Subraya por fuera de texto) (Organización Mundial del Comercio (OMC), 1994)

La Decisión Andina 351 en su artículo 7:

Artículo 7. 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. (Comunidad Andina de Naciones (CAN), 1993)

La Ley 23 de 1982 en su artículo 6:

Artículo 6.

(...)

Las ideas o contenido conceptual de las obras literarias, artísticas y científicas no son objeto de apropiaciones. 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.

(...) (Colombia, Congreso de la republica, 1982)

Lo anterior significa que el derecho de autor admite la existencia de elementos de común utilización dentro de diferentes obras, los cuales no son apropiables de forma individual y que la forma especial en que éstos se expresan es la que verdaderamente es objeto de protección. Así,

este principio permite el desarrollo de la actividad científica y artística y, además, especifica el ámbito de protección del derecho de autor, es decir, lo que es y no es una obra.

Junto a este principio, también las regulaciones de derecho de autor han enlistado algunas creaciones que consideran no son protegibles:

Convención de Berna de 1886 en su artículo 2:

(...)

8) La protección del presente tratado no se aplicará a las noticias del día ni de los sucesos que tengan el carácter de simples informaciones de prensa. (Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, 1886)

Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT) de 1996 en su artículo 5:

Artículo 5. Compilaciones de datos (bases de datos).

Las compilaciones de datos o de otros materiales, en cualquier forma, que por razones de la selección o disposición de sus contenidos constituyan creaciones de carácter intelectual, están protegidas como tales. Esa protección no abarca los datos o materiales en sí mismos y se entiende sin perjuicio de cualquier derecho de autor que subsista respecto de los datos o materiales contenidos en la compilación. (Subraya por fuera de texto) (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), 1996)

Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) en su artículo 9:

Artículo 9. Relación con el Convenio de Berna.

(...)

2. La protección del derecho de autor abarcará las expresiones, pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí. (Subraya por fuera de texto) (Organización Mundial del Comercio (OMC), 1994)

Como se ha apuntado anteriormente, las legislaciones nacionales e internacionales se limitan a enlistar las obras objeto de protección de derecho de autor. Sin embargo, otras normas se ocupan de definirla, tal como lo hace la Decisión Andina 351 de 1993 del Acuerdo de Cartagena, la cual en su artículo 3 define el concepto de obra:

Artículo 3. A los efectos de esta Decisión se entiende por:

(...)

- Obra: Toda creación intelectual original de naturaleza artística, científica o literaria, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma.

(...) (Comunidad Andina de Naciones (CAN), 1993)

Por otro lado, el glosario de la OMPI sobre derecho de autor y derechos conexos define la obra como:

Las obras acreedoras a la protección del derecho de autor son por lo general todas las creaciones originales intelectuales expresadas en una forma reproducible. En muchas legislaciones de derecho de autor se distingue entre obras literarias, artísticas y científicas. Ello no obstante, el alcance real de estas categorías se entiende por lo general en su sentido más amplio posible, como ilustra comúnmente una enumeración aclaratoria de las diferentes clases de obras, que figura en las legislaciones nacionales de derecho de autor, y con arreglo a la interpretación de la jurisprudencia en muchos países. Se protege la obra prescindiendo de la calidad de la misma y aunque tenga muy poco que ver con la literatura, el arte o la ciencia, como sucede en el caso de las guías puramente técnicas, los dibujos de ingeniería o los programas de

ordenador para fines de contabilidad. Las excepciones a la norma general se hacen en las legislaciones de derecho de autor por medio de enumeraciones exhaustivas; así, quedan excluidos de la protección del derecho de autor los textos legales, las decisiones oficiales y las meras noticias del día. No son obras las reproducciones mentales que no hayan sido elaboradas en una forma específica de expresión, por ejemplo, las meras ideas o métodos. (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 1980)

### **Los requisitos de la obra**

En resumen, el derecho de autor protege todas las manifestaciones originales, que sean literarias, artísticas o científicas, fruto del ingenio humano, cuando ellas son o puedan ser accesibles a la percepción sensorial y puedan ser objeto de reproducción por cualquier medio apto para tal finalidad. De las definiciones anteriores se pueden derivar los requisitos esenciales que componen la obra, estos son:

Creación intelectual proveniente del talento creativo humano: este criterio lo que pretende es excluir del concepto de obra aquellas creaciones que no contienen un aporte creativo propio. (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), 1996)

Debe pertenecer al dominio literario, artístico o científico: debe destacarse que las expresiones literarias, artísticas y científicas se deben tomar desde un sentido amplio, pues el ámbito de protección del derecho de autor comprende todas las formas de expresión conocidas o por conocer que pueden ser ajustables a estos ámbitos.

Cabe precisar que de las obras se protege su forma particular de expresión, pero el contenido de éstas como tal no es protegible.

Según el glosario de la OMPI sobre derecho de autor y derechos conexos, la obra artística se define como:

Obra artística (u obra de arte) es una creación cuya finalidad es apelar al sentido estético de la persona que la contempla. En la categoría de obras artísticas entran las pinturas, los dibujos, las esculturas, los grabados y, para diversas legislaciones de derecho de autor, también las obras de arquitectura y las obras fotográficas. Si bien en algunos países se considera que las obras musicales constituyen una categoría especial de obras protegidas, en numerosas legislaciones de derecho de autor las obras musicales quedan también comprendidas en la noción de obras artísticas o análogamente, la mayoría de las legislaciones incluyen en esta categoría las obras de arte aplicado. (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 1980)

Según el mismo glosario, la obra científica se define como:

Es una obra que trata los problemas de una manera adaptada a los requisitos del método científico. El ámbito de esta categoría de obras no se restringe en modo alguno al campo de las ciencias naturales ni a las obras literarias de carácter científico. En determinadas circunstancias, también un programa de ordenador puede ser una obra científica. En las legislaciones de derecho de autor una referencia general a las obras científicas se entiende frecuentemente que alude a todas las clases de obras que no sean las obras artísticas o de ficción, por ejemplo, los escritos de carácter técnico, los libros de referencia, los escritos de divulgación científica, o las guías prácticas. Sin embargo, entre las obras científicas protegidas por el derecho de autor no se cuentan las invenciones científicas, los descubrimientos, el trabajo de investigación ni las iniciativas de índole científica. (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 1980)

Finalmente, el glosario de la OMPI define la obra literaria como:

En sentido estricto, es un escrito de gran valor desde la perspectiva de la belleza y efecto emocional de su forma y contenido. Sin embargo, desde la perspectiva del derecho de autor, la referencia general a las obras literarias se entiende generalmente que alude a todas las formas de

obras escritas originales, sean de carácter literario, científico, técnico o meramente práctico, y prescindiendo de su valor y finalidad. (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 1980)

Susceptible de ser divulgado o reproducido de cualquier forma: este requisito se relaciona directamente con que el derecho de autor no protege las ideas, sino la forma particular de expresión de éstas.

La forma particular en que fue expresada la idea debe ser susceptible de reproducirse o divulgarse por cualquier forma o medio conocido o por conocer.

De este criterio se desprende que: a) es irrelevante el modo como la obra puede ser reproducida o divulgada; b) no interesa la forma de expresión de la misma.

Original: este requisito refiere a que la forma de expresión sea original. La originalidad de la obra apunta a su individualidad (no a la novedad), es decir, que el producto creativo, por su forma de expresión, ha de tener suficientes características propias que permitan distinguirlo de cualquier otro del mismo género, por cuanto posee el sello personal de su autor. (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), 1996)

Según el glosario de la OMPI sobre derecho de autor y derechos conexos, la originalidad se define como:

En relación con una obra, la originalidad significa que ésta es una creación propia del autor, y no copiada de otra obra en su totalidad o en una parte esencial. En la legislación de derecho de autor se exige originalidad en la composición del contenido y en la forma de su expresión, pero no en cuanto a las meras ideas, información o métodos incorporados a la obra. La originalidad no ha de confundirse con la novedad; la preexistencia de una obra similar, desconocida para el autor, no afecta a la originalidad de una creación independiente. En el caso de una obra derivada, la originalidad radica en el método particular de adaptación de la obra preexistente, (...). Este



sentido del adjetivo «original» no ha de confundirse con el significado del mismo término cuando se emplea para contraponer las obras originales, en tanto que obras preexistentes, con las obras derivadas. (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 1980)

Se dice que la originalidad refiere a la individualidad y no a la novedad, pues no necesariamente las creaciones intelectuales se generan espontáneamente o vienen de la nada. Las creaciones pueden basarse en: a) ideas, que son de libre utilización y de éstas pueden basarse diversas creaciones; b) obras preexistentes, de las cuales algunas tendrán sus derechos de autor vigentes y será necesario solicitar autorización a su titular para poder utilizarla, o serán de libre utilización por su tipo de licencia o bien porque no tienen sus derechos de autor vigentes, por tanto, en estos dos últimos casos no sería necesario pedir autorización; c) elementos que no son protegibles por el derecho de autor distintos a las ideas, como los hechos de la realidad, métodos científicos, descubrimientos, expresiones del folklore, dinámicas de juegos, entre otros. En todo caso, la originalidad refiere a que la creación intelectual resulte de un trabajo o actividad intelectual creadora que lleve la marca de la personalidad y esfuerzo de su autor y que por su naturaleza y particular forma de expresión, provoque una impresión que otorgue individualidad y que diferencie la creación frente a las demás obras. (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), 1996)

### **Clasificación de las obras protegidas por el derecho de autor**

Entre las obras protegidas por el derecho de autor se pueden realizar algunas clasificaciones, entre ellas se encuentran:

#### **Obras originarias.**

La Ley 23 de 1982, en su artículo 8 literal i, define este tipo de obra como: “i) Obra originaria: aquella que es primitivamente creada” (Colombia, Congreso de la República, 1982).

La obra original o mejor dicho obra originaria o primigenia, refiere a la obra creada sin depender para su creación de la existencia de otra obra preexistente. Es la creación intelectual proveniente únicamente de la creatividad de su autor.

La obra originaria puede definirse como aquella que no es una obra derivada, es decir, que no sea una traducción, adaptación o cualquier otra transformación.

La expresión “obra original” puede prestarse a confusión con relación al requisito de originalidad que toda obra debe tener para ser considerada como tal y puede dar a entender que las obras derivadas carecen de originalidad, por ello, resulta más acertado hablar de obra originaria o primigenia (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), 1996, pág. 10). En efecto, las obras derivadas, como concepto que se contraponen a las obras primigenias, no son originarias, en el sentido que dependen de una obra previa, pero son, sin lugar a duda, originales.

Según el glosario de la OMPI sobre derecho de autor y derechos conexos, la obra original se define como:

Término empleado frecuentemente en contraposición con el de obras derivadas. En este contexto significa que la obra no es una adaptación, traducción o arreglo de una obra preexistente; su originalidad es absolutamente de primera mano y no meramente complementaria, como sucede en el caso de obras derivadas de otras obras. No ha de confundirse este concepto con el significado de la misma expresión cuando se refiere en términos generales a la originalidad de una creación intelectual, ni con el sentido de ejemplar original de una obra. (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 1980)

**Obras derivadas.**

Las obras derivadas son aquellas obras que se basan en una o más obras preexistentes y agregan suficientes elementos creativos como para crear una nueva obra autónoma y original, sobre la cual recaen unos derechos exclusivos y excluyentes que benefician a sus creadores, sin perjuicio de los derechos de autor de la obra preexistente.

Según el glosario de la OMPI sobre derecho de autor y derechos conexos, la obra preexistente se define como:

Es una creación ya existente que se utiliza para realizar una obra derivada, bien sea transformándola (p.e., poner en forma de drama una novela), bien aplicándola a una nueva obra (p.e., una música que se aplica a una película), o bien incorporándola en todo o en parte a una colección (p.e., un cuento que entra a formar parte de una antología). Algunas veces las obras preexistentes se denominan también obras originales en contraposición con las obras derivadas de ellas. Los autores y usuarios de las obras derivadas deben respetar los derechos del autor de una obra preexistente. (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 1980)

Si la obra preexistente tiene sus derechos de autor vigentes, es imperativo obtener la autorización previa y expresa de su titular para poder realizar la obra derivada; en cambio, si la obra está en el dominio público o es de libre utilización, no sería necesario solicitar tal autorización.

Según el glosario de la OMPI sobre derecho de autor y derechos conexos, la obra derivada se define como:

Es una obra basada en otra ya existente; su originalidad radica bien sea en la realización de una adaptación de la obra preexistente, o bien en los elementos creativos de su traducción a un

idioma distinto. La obra derivada está protegida, sin perjuicio del derecho de autor sobre la obra preexistente. (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 1980)

Según la Ley 23 de 1982 en su artículo 8, literal j, la obra derivada se define como: “j) Obra derivada: aquella que resulte de la adaptación, traducción, u otra transformación de una originaria, siempre que constituya una creación autónoma” (Colombia, Congreso de la República, 1982).

Las obras derivadas son protegidas por derechos patrimoniales y morales, los cuales son independientes de los derechos que conserva la obra preexistente. Vale mencionar que las obras preexistentes de las cuales se basa la obra derivada por lo general son obras originarias, pero también pueden ser otras obras derivadas.

Entre los principales tipos de obras derivadas se pueden encontrar las traducciones, adaptaciones, otras transformaciones, arreglos musicales, compilaciones y bases de datos. En cuanto a la protección otorgada a las obras derivadas, existen diferentes regulaciones al respecto:

Convenio de Berna de 1886 para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas:

Artículo 2

(...)

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.

(...)

5) Las colecciones de obras literarias o artísticas tales como las enciclopedias y antologías que, por la selección o disposición de las materias, constituyan creaciones intelectuales estarán

protegidas como tales, sin perjuicio de los derechos de los autores sobre cada una de las obras que forman parte de estas colecciones.

(...) (Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, 1886)

Decisión 351:

Artículo 5. 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. (Comunidad Andina de Naciones (CAN), 1993)

Ley 23 de 1982:

Artículo 5. Son protegidas como obras independientes, sin perjuicio de los derechos de autor sobre las obras originales y en cuanto representen una creación original:

a) 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 contrario, y

b) Las obras colectivas, tales como las publicaciones periódicas, analogías, diccionarios y similares, cuando el método o sistema de selección o de organización de las distintas partes, u obras que en ellas intervienen, constituye una creación original. Serán consideradas como titulares de las obras a que se refiere este numeral la persona o personas naturales o jurídicas que las coordinen, divulguen o publiquen bajo su nombre.

Los autores de las obras así utilizadas conservarán sus derechos sobre ellas y podrán reproducirlas separadamente.

PARAGRAFO. La publicación de las obras a que se refiere el presente artículo deberá citar el nombre o seudónimo del autor o autores y el título de las obras originales que fueron utilizadas.

(Colombia, Congreso de la republica, 1982)

La obra derivada si bien no es primigenia u originaria, sí está dotada de originalidad, pues cumple con todos los requisitos de la obra. Por ello es una obra protegible, sin perjuicio de los derechos propios de la obra preexistente. La originalidad de las obras derivadas radica en la forma particular de expresión y en el tipo de aporte creativo que exige cada una de éstas o, en otras palabras:

La originalidad de una obra derivada puede hallarse en la composición y en la expresión (como en las adaptaciones), sólo en la composición (como en las compilaciones y en las analogías) o sólo en la expresión (como en las traducciones). (Organizacion Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), 1996, pág. 11)

Santiago Schuster Vergara (2000), citando a Satanowsky, menciona tres situaciones en las que se da la modificación de una obra:

Satanowsky, al referirse a la modificación de las obras, distingue tres situaciones:

El que modifica sólo cambia algunos detalles intrascendentes. No incorpora nada nuevo. En este caso no hay modificación sino más bien un acto de reproducción;

El autor extrae de la obra inicial la idea general, “despojándolo de toda forma exterior”. Luego desarrolla esta idea en forma novedosa. No hay modificación. En este caso, Satanowsky señala que hay inspiración, sin que exista plagio o copia servil; y

El autor modifica la obra inicial, aportando además elementos originales. No copia, no calca. En este caso, dice Satanowsky, hay una manifestación de personalidad, una vocación de creador. Esta es la obra de segunda mano, la obra transformada o adaptada. (p.20-21)

A continuación, se estudiará algunos de estos tipos de obras derivadas:

***Traducciones.***

La traducción es expresar una obra en un idioma distinto al que tiene la versión original. Para poder realizar una traducción es necesario obtener la autorización previa y expresa del titular de los derechos, a menos de que se trate de una obra que está en el dominio público o que sea de libre utilización.

Según el glosario de la OMPI sobre derecho de autor y derechos conexos, la traducción se define como:

Es la expresión de obras escritas u orales en un idioma distinto del de la versión original. La traducción debe verter la obra de manera fiel y verdadera en lo que respecta a su contenido y a su estilo. Se concede derecho de autor a los traductores en reconocimiento de su manejo creativo de otro idioma, sin perjuicio, no obstante, de los derechos del autor de la obra traducida; la traducción está sujeta a una autorización en forma, ya que el derecho de traducir la obra es un componente específico del derecho de autor. (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 1980)

La originalidad de la traducción recae en la forma particular de expresar la obra preexistente en el idioma distinto. Además, las traducciones deben respetar el contenido y el estilo de la obra original, exigiéndole al traductor manejar de forma creativa sus conocimientos en el idioma, entender la cultura atada a ambos idiomas y conocer los detalles de la obra original (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), 1996). En otras palabras:

La traducción impone al traductor la obligación, no solamente manejar con soltura y precisión ambos idiomas, sino además contar con los elementos técnicos y los recursos literarios adecuados para lograr una versión que efectivamente transmita el sentido de la obra preexistente

y los valores culturales que esta desea expresar. (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), 1996)

Por ello, su originalidad recae en la forma creativa de la forma de expresión. La traducción se considera como una obra objeto de protección que otorga derechos de carácter patrimonial y moral a quien la realiza, sin perjuicio de los derechos de autor propios de la obra preexistente.

### *Adaptaciones.*

La adaptación consiste en crear una nueva obra mediante la modificación de una obra preexistente, pasando una obra de un género a otro, o bien variar la obra sin necesidad de cambiar de género, pero con el objetivo de utilizarla con otros fines o para un público distinto. (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), 1996).

Para poder realizar una adaptación es necesario obtener la autorización previa y expresa del titular de los derechos, a menos de que se trate de una obra que está en el dominio público o que sea de libre utilización.

Según el glosario de la OMPI sobre derecho de autor y derechos conexos, la adaptación se define como:

Se entiende en general que es la modificación de una obra preexistente, mediante la cual la obra pasa de ser de un género a ser de otro género, como en el caso de las adaptaciones cinematográficas de novelas u obras musicales. La adaptación puede consistir asimismo en una variación de la obra sin que ésta cambie de género, como en el caso de una nueva versión de una novela para una edición juvenil. La adaptación también supone alteración de la composición de la obra, a diferencia de la traducción, que transforma únicamente su forma de expresión. La adaptación de otra obra protegida por legislación de derecho de autor está sujeta a la autorización



del titular del derecho de autor sobre la obra. (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 1980)

La adaptación debe conservar la esencia de la obra original, por lo menos como inspiración para la creación de la nueva obra. El tipo de modificaciones que se pueden realizar a la obra preexistente cambiando o no el género, está sometida a la autorización previa y expresa del titular de los derechos de la obra que se desea adaptar (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), 1996). En otras palabras:

Las adaptación debe respetar la obra originaria; en principio el autor de la obra derivada debe ceñirse a la obra que adapta y efectuar una adaptación fiel; la medida en que puede apartarse de la obra preexistente mediante la introducción de elementos ajenos a aquella y realizar una adaptación libre e incluso utilizarla solo como inspiración en la nueva obra, depende de la autorización que para ello le otorgue expresamente el autor de la obra primigenia. (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), 1996, pág. 13)

La originalidad de la adaptación consiste en el aporte creativo que permite cambiar la composición y forma de expresión de la obra preexistente mediante las modificaciones que cambian o no el género de la obra. Éstas son, por ejemplo, agregando circunstancias de modo, tiempo y lugar, o incorporando elementos técnicos y artísticos propios de otro género (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), 1996). Por ello, su originalidad recae en la forma creativa de la composición y la forma de expresión, la adaptación se considera como una obra objeto de protección que otorga derechos de carácter patrimonial y moral a quien la realiza, sin perjuicio de los derechos de autor propios de la obra preexistente.

### ***Arreglos musicales.***

Según el glosario de la OMPI sobre derecho de autor y derechos conexos, los arreglos musicales se definen como:

En general se entiende que significa el ajuste de la forma de expresión de una obra musical para fines especiales, según los requisitos de una determinada orquesta o instrumento músico, o de la escala real de la voz de un cantor, etc. El arreglo musical consiste casi siempre en la reorquestación o transposición a una clave distinta, y no supone necesariamente la creación de una obra derivada; sin embargo, los arreglos de originalidad creativa deben considerarse como adaptaciones, sin perjuicio de ninguna protección de los derechos existentes sobre la obra arreglada. (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 1980)

Los arreglos musicales se consideran obras derivadas, tal como las adaptaciones, siempre que agreguen modificaciones creativas a la obra musical, por ejemplo, si se realizan variaciones en la armonía o en la línea melódica mediante la incorporación de elementos propios de la inventiva de quien realiza el arreglo (Jaramillo, 2010). Por ello, su originalidad recae en la forma creativa de las modificaciones a la obra musical, el arreglo musical se considera como una obra objeto de protección que otorga derechos de carácter patrimonial y moral a quien la realiza, sin perjuicio de los derechos de autor propios de la obra preexistente.

### ***Compilaciones o colecciones.***

El concepto de compilación o colección comprende obras conocidas como antologías, crestomatías, enciclopedias, publicaciones periódicas, analogías, diccionarios, bases de datos, entre otros similares.

Las compilaciones refieren a las obras que recopilan distintos elementos para crear una nueva obra, donde el método o sistema de selección o de organización de las distintas partes u obras

que en ellas intervienen, constituye una creación original, sin perjuicio de los derechos de los autores sobre cada una de las obras que formen parte de la colección. (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), 1996)

Según el glosario de la OMPI sobre derecho de autor y derechos conexos, las colecciones de obras literarias y artísticas se definen como:

En la legislación de derecho de autor, se emplea esta expresión con referencia a toda clase de compilaciones de obras seleccionadas, o de pasajes de las mismas, tales como antologías, crestomatías, enciclopedias. (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 1980)

Las compilaciones pueden integrar: a) obras preexistentes cuyo derecho de autor sigue vigente; b) obras preexistentes cuyos derechos de autor no están vigentes y por tanto pertenecen al dominio público; c) obras preexistentes que son de libre utilización; d) hechos y datos que no constituyan en sí mismas obras originarias. (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), 1996)

Independiente de los elementos que compongan la compilación y sin perjuicio de los derechos de los autores sobre cada una de las obras que formen parte de la colección, la originalidad de la compilación y su protección como obra derivada se da cuando el método o sistema de selección o de organización de las distintas partes u obras que en ellas intervienen, constituye una creación original (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), 1996). Por ello, la persona natural o jurídica que realiza o dirige la compilación para ser publicada bajo su nombre es titular de los derechos patrimoniales y morales.

Conforme a lo anterior, la sola acumulación de obras preexistentes o el simple acopio de datos y hechos, sin ningún aporte creativo en el método o sistema de selección o de organización de las

distintas partes u obras que en ellas intervienen, no constituye obra derivada. (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), 1996, pág. 14)

Las compilaciones son un tipo de obras cuyo tratamiento jurídico está relacionado con el concepto de obra colectiva, por la forma en que suelen realizarse las compilaciones, es decir, como una obra colectiva.

### **Obras individuales.**

Esta clasificación obedece al número de personas que intervienen en la creación de una obra. Las obras individuales son las obras creadas por una sola persona natural o física. El artículo 8 de la Ley 23 de 1982 en su literal b, define la obra individual como: “b) Obra individual: la que sea producida por una sola persona natural”. (Colombia, Congreso de la República, 1982)

### **Obras complejas.**

Esta clasificación obedece al número de personas que intervienen en la creación de una obra. Las obras complejas refieren a las obras en las que intervienen dos o más personas naturales o físicas en su creación. Las obras complejas se subdividen en obras colectivas y en obras por colaboración, la diferencia entre estas obras radica en la posibilidad de dividir y diferenciar los aportes de cada uno de sus creadores. Esta distinción no depende de la forma de presentación, depende de la forma de creación de la obra, ser divisible o indivisible depende de la naturaleza de la obra. (Echavarría, 2016)

### ***Obras en colaboración.***

Es la obra en la que de común acuerdo intervienen dos o más autores para realizar una creación única y en la cual, por la naturaleza de la obra, sus aportes no puedan ser separados (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), 1996). El artículo 8 de la Ley 23 de 1982 en su literal c, define la obra en colaboración como: “c) Obra en colaboración: la que sea

producida, conjuntamente, por dos o más personas naturales cuyos aportes no puedan ser separados”.

Según el glosario de la OMPI sobre derecho de autor y derechos conexos, la creación por colaboración se define como:

Se entiende generalmente que es la paternidad interdependiente de dos o más autores de una obra en colaboración. Los autores que han creado en colaboración reciben también algunas veces el nombre de coautores. En consideración a las peculiaridades inherentes a la creación de una obra en colaboración, algunos aspectos de la protección de los derechos de los autores sobre esa obra se rigen comúnmente por normas especiales. De conformidad con la mayoría de las legislaciones de derecho de autor, los coautores pueden autorizar la utilización de la obra sólo conjuntamente, y los términos (plazos) de protección de los derechos que han de medirse a partir de la muerte del autor se calculan a partir de la muerte del último de los autores que sobreviva a los demás. Los derechos morales, en cuanto concedidos por la legislación aplicable, corresponden a cada uno de los coautores individualmente y pueden también ejercerse por separado. (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 1980)

Según el glosario de la OMPI sobre derecho de autor y derechos conexos, la obra en colaboración se define como:

Se entiende generalmente que obra en colaboración u obra de creación en colaboración es una obra creada por dos o más autores en colaboración directa o al menos en una relación recíproca de las contribuciones, que no pueden separarse unas de otras ni considerarse creaciones independientes. Ejemplos de los tipos más corrientes de obras en colaboración pueden ser las obras dramático-musicales, las obras musicales con letra, los manuales escritos por varios autores, o los programas de ordenador creados por un equipo. Los autores de una obra de esta

clase reciben el nombre de creadores en colaboración o coautores y su derecho de autor sobre la totalidad de la obra unitaria se rige por normas especiales de la legislación de derecho de autor.

Las obras en colaboración no han de confundirse con las obras compuestas, con las obras colectivas, ni con las colecciones. (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 1980)

### ***Obras colectivas.***

Las obras colectivas son las obras creadas por varios autores, por iniciativa y responsabilidad de una persona natural o jurídica que la pública o divulga con su propio nombre, y respecto de las cuales, por la naturaleza de la obra, el número de aportes y el carácter indeterminado de estos, no es posible diferenciar ni dividir los aportes hechos a la obra, así como la atribución a sus respectivos autores de un derecho autónomo sobre su contribución o sobre el producto realizado. (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), 1996).

El artículo 8 de la Ley 23 de 1982 en su literal d, define la obra colectiva como: “d) Obra colectiva: la que sea producida por un grupo de autores, por iniciativa y bajo la orientación de una persona natural o jurídica que la coordine, divulgue y publique bajo su nombre”. (Colombia, Congreso de la república, 1982)

La diferencia entre las obras colectivas y las obras en colaboración radica en la posibilidad de dividir los aportes y cómo esto influye en la titularidad de las obras.

Según el glosario de la OMPI sobre derecho de autor y derechos conexos, la obra colectiva se define como:

Se entiende generalmente que significa una obra preparada por una persona a partir de contribuciones de autores que han participado en su elaboración creándolas para tal fin (p.e. Francia, Art. 9; Iraq, Art. 77; Libia, Art. 27; Estados Unidos, Sec. 101). En algunas legislaciones de derecho de autor, la categoría de obras colectivas comprende también obras en las que se han

reunido en un todo colectivo obras preexistentes de distintos autores, aunque sin la participación personal de éstos (p.e. Canadá, Sec. 2.e). El denominador común de estos dos conceptos de obra colectiva, en contraposición a obra de colaboración, es la importancia que se atribuye a la función de la persona que establece la finalidad de la obra y selecciona, coordina y recopila las contribuciones. Se considera que solamente esta persona es el autor de la obra colectiva sin perjuicio, no obstante, del derecho de autor sobre cada contribución. (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 1980)

### **Obras anónimas.**

Esta clasificación de la obra obedece a la posibilidad de identificar al autor de la obra. La obra anónima es aquella en la que no se menciona el nombre del autor, bien porque así lo desea o porque se desconoce. Este tipo de obras, por sus características especiales, tienen algunas normas que las regulan en particular. Por ejemplo, el artículo 8 de la Ley 23 de 1982 en su literal e, define la obra anónima como: “e) Obra anónima: aquella en que no se menciona el nombre del autor; por voluntad del mismo, o por ser ignorado” (Colombia, Congreso de la república, 1982).

Según el glosario de la OMPI sobre derecho de autor y derechos conexos, la obra anónima se define como:

Se entiende generalmente que es una obra divulgada sin indicar el nombre o seudónimo de su autor. En realidad, es el autor quien permanece anónimo. La identidad de un autor anónimo no es necesariamente desconocida para todos. La protección de la llamada obra anónima se rige por normas especiales en lo que respecta a la duración y aplicación del derecho de autor sobre ella. Si el autor de una obra anónima divulga al público su identidad, en todas las utilidades subsiguientes de su obra habrán de aplicarse las normas generales de paternidad de la obra y protección de derecho de autor (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 1980).

### **Obras seudónimas**

Esta clasificación obedece a las situaciones en las que el autor de la obra se identifica con un seudónimo que no lo identifica directamente como individuo, es decir, por un nombre distinto al que verdaderamente es suyo (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), 1996). Este tipo de obras, por sus características especiales, tienen algunas normas que las regulan en particular. Por ejemplo, el artículo 8 de la Ley 23 de 1982 en su literal f, define la obra seudónima como: “f) Obra seudónima: aquella en que el autor se oculta bajo un seudónimo que no lo identifica” (Colombia, Congreso de la República, 1982). “No debe tratarse como seudónima aquella en la cual el nombre utilizado por el autor no arroja dudas acerca de su verdadera identidad, en cuyo caso le son aplicables las normas generales relativas a las creaciones de autor conocido.” (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), 1996, pág. 15)

Según el glosario de la OMPI sobre derecho de autor y derechos conexos, la obra seudónima se define como:

Es la obra divulgada al público bajo un seudónimo de su autor. La protección de estas obras se rige casi siempre por normas especiales semejantes a las que se aplican a las obras anónimas en lo que respecta a la duración de la protección y al ejercicio del derecho de autor sobre ellas. Sin embargo, cuando no hay duda ninguna de quién es la persona del autor oculta tras el seudónimo, o cuando aquél revela su identidad, estas normas especiales deben sustituirse por las normas generales pertinentes. (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 1980)

### **Obras inéditas.**

Esta clasificación refiere a las obras que no han sido publicadas o divulgadas. El artículo 8 de la Ley 23 de 1982 en su literal g, define la obra inédita como: “g) Obra inédita: aquella que no haya sido dada a conocer al público” (Colombia, Congreso de la República, 1982).



Este tipo de obra se relaciona directamente con el concepto de obra no publicada, la cual en algunas legislaciones de derecho de autor tiene una regulación especial, refiriendo a la forma en que deben respetarse los derechos de la obra no publicada. Según el glosario de la OMPI sobre derecho de autor y derechos conexos, la obra no publica se define como:

Es toda obra que no haya sido hecha accesible al público en el sentido jurídico de obra publicada, haya sido o no divulgada públicamente de otra manera. La distinción de esta categoría es importante, habida cuenta de ciertas normas concretas de protección, existentes en relación con las obras no publicadas, en la mayoría de las legislaciones nacionales de derecho de autor y en los convenios internacionales. (Organizacion Mundial de la Propiedad Intelectual, 1980)

### **Obras póstumas.**

Esta clasificación refiere a las obras cuya primera publicación sólo se da después de la muerte de su autor. El artículo 8 de la Ley 23 de 1982 en su literal h, define la obra póstuma como: “h) Obra póstuma: aquella que no haya sido dada a la publicidad sólo después de la muerte de su autor” (Colombia, Congreso de la republica, 1982).

Según el glosario de la OMPI sobre derecho de autor y derechos conexos, la publicación póstuma se define como:

Es la primera publicación de una obra cuando tiene lugar después de la muerte del autor de ésta. En algunas legislaciones de derecho de autor se prevén normas especiales respecto de la duración y/o la titularidad del derecho de autor sobre las publicaciones póstumas (...)

(Organizacion Mundial de la Propiedad Intelectual, 1980)

### **La obra remezclada**

Luego de estudiar el objeto de protección del derecho de autor, en este capítulo se pretende estudiar en qué consisten aquellas creaciones que toman elementos originales de creaciones ajenas para crear otras nuevas, cómo estas creaciones se ven propiciadas por las nuevas tecnologías y el entorno digital y cómo se relacionan éstas con los tipos de obras vistos.

#### **Aproximación al remix, mash-up y sampling**

Existen distintas formas de expresar la creatividad dentro de los entornos literario, artístico y científico, entre éstas se encuentran las que optan por inspirarse o incluso apropiarse de los distintos elementos, referentes y creaciones que componen la cultura, con la finalidad de crear así una obra nueva. Entre las actuales formas de expresión se encuentran creaciones conocidas como mash-up, sampling y remix, además de otras formas de expresión que se encuentran en el entorno digital y que posteriormente se abordaran.

Mash-up es un anglicismo que, según la versión online del diccionario Oxford de inglés (2017), refiere: a) a la mixtura o fusión de elementos dispares o diferentes; b) una pista musical incluyendo las voces de una grabación puesta sobre el soporte instrumental de otra; c) una página web o aplicación creada mediante la combinación de datos o funcionalidades provenientes de diferentes fuentes (Oxford University Press, 2017).

Sampling es un anglicismo que, según la versión online del diccionario Oxford de inglés (2017), refiere: a) la acción o proceso de tomar muestras de algo para analizarlo; b) la técnica de codificar digitalmente música o sonido y reutilizarla como parte de una composición o grabación (Oxford University Press, 2017).

En otras palabras, “El ‘*sampling*’ o ‘muestreo’ puede definirse como la incorporación de grabaciones preexistentes en una nueva grabación, ya sea parte o la totalidad de una canción (de una melodía) o de una letra.” (Challis, 2009).

Remix es un anglicismo que, según la versión online del diccionario Oxford de inglés (2017), refiere: a) mezclar algo de nuevo; b) producir una versión diferente de una grabación musical mediante la alteración de las pistas musicales comparadas (Oxford University Press, 2017).

Como se puede observar, por lo general este tipo de creaciones se desenvuelven dentro del medio artístico, en especial el musical, y están íntimamente relacionadas con los métodos y posibilidades que ofrecen las nuevas tecnologías y el entorno digital. No obstante, estas expresiones se hacen extensibles a creaciones dentro del ámbito literario, artístico y científico.

Si bien las formas de expresión del remix, *sampling* y *mash-up*, son relativamente recientes y corresponden a fenómenos y tecnologías igualmente actuales, lo que hacen, es decir, tomar elementos originales de una obra preexistente para crear una nueva, no es en esencia novedoso. Pues la cultura de la remezcla ha estado presente a lo largo de la historia de la humanidad, demostrando que el desarrollo cultural no es necesariamente espontáneo y que en realidad es una construcción colaborativa:

La mayoría de las culturas de todo el mundo han surgido a partir de mezclas y fusiones de expresiones culturales diversas. El profesor y académico estadounidense de los medios de comunicación Henry Jenkins opina que “la historia del arte en los Estados Unidos en el siglo XIX puede narrarse sobre la base de la mezcla, la combinación y la fusión de tradiciones populares provenientes de las distintas poblaciones indígenas e inmigrantes”. Otro ejemplo histórico de *remix* son los centones, género literario popular en Europa durante la Edad Media, que consistía básicamente en tomar directamente versos o extractos de obras ajenas e introducir

modificaciones en la forma o en el orden. Del mismo modo, el arte y la arquitectura del Renacimiento en Europa durante los siglos XV y XVI derivan directamente de la antigua Roma y la antigua Grecia.

Otro ejemplo lo hallamos en la música tradicional persa, en que los músicos se basan en la labor desarrollada por varios artistas y almacenada en un repertorio conocido como *radif* para crear nuevas variaciones e improvisaciones musicales en torno a temas comunes. La similitud con la obra original es tal que muchas veces quienes escuchan estas obras tienen la sensación de haber escuchado el tema musical con anterioridad. A lo largo de la historia, el público ha participado activamente en la creación y en la recreación de la cultura, fenómeno al que el académico estadounidense Lawrence Lessig se refiere como cultura de “lectura/escritura”. (Rostama, 2015)

De hecho, sampling, mash-up y remix no son distintos de un collage (Lessig, 2012). Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, collage es una expresión de origen francés que refiere: a) Técnica pictórica que consiste en componer una obra plástica uniendo imágenes, fragmentos, objetos y materiales de procedencias diversas; b) Obra pictórica efectuada mediante el collage; c) Obra literaria, musical o de otra índole que combina elementos de diversa procedencia (Real Academia Española, s.f.).

Realizar un collage por los medios tradicionales (con objetos físicos), puede ser difícil de llevar a cabo y costoso de difundir, por otro lado, con la ayuda de las nuevas tecnologías y el entorno digital, la oportunidad de hacer este tipo de creaciones, collage en sentido amplio, es mucho más sencillo y la oportunidad de difundirlo a gran escala es mayor. (Lessig, 2012).

Así como se habla de mash-up, sampling, remix y collage, estos son en realidad estilos artísticos que se desenvuelven dentro de los ámbitos de la literatura, música, fotografía y demás,

los cuales emplean distintos recursos que van desde los medios físicos tradicionales hasta valerse de las nuevas tecnologías y el entorno digital. El punto en común de todas estas formas de expresión es que se basan en obras y elementos preexistentes para crear una nueva obra.

Como se puede observar, este tipo de creaciones podrían comprenderse dentro del concepto de obra derivada. Recordando que es de la esencia de las obras derivadas que: a) se debe basar en una obra preexistente; b) si la obra preexistente tiene derechos de autor vigentes para poder utilizarla se tiene que solicitar autorización previa y expresa al titular o titulares de dichos derechos; c) si la obra preexistente no tiene sus derechos de autor vigentes, es decir, pertenece al dominio público, o es una obra de libre utilización, no es necesario solicitar una autorización previa y expresa para usar la obra; d) en todo caso se deben respetar los derechos morales de paternidad e integridad de la obra preexistente; e) los derechos que otorga la obra derivada son independientes y sin perjuicio de los derechos de autor que pudiera tener la obra preexistente.

Debido a la sencillez y acceso que permiten las nuevas tecnologías y el entorno digital, la participación en la producción de obras consumibles por el público en general, deja de limitarse al ámbito profesional y permite la proliferación de la creación amateur. Este gran volumen de creaciones, profesionales y amateur, difundidas en el entorno digital, pueden valerse de formas de expresión como el sampling, mash-up y remix. Ahora bien, por distintos factores, como desconocimiento o la naturaleza del medio o la obra, pueden existir, por ejemplo, remix que, si bien se basan en obras preexistentes, no cumplen con los demás requisitos de la obra derivada, bien sea por la falta de autorización o el no respeto por los derechos morales de autor, así como también pueden existir creaciones que no cumplen con los requisitos necesarios para estar amparados bajo una autorización legal mediante limitación o excepción.

Ante este problema, se plantean varios interrogantes respecto del tratamiento dentro de la regulación de derecho de autor y derechos conexos, sobre las creaciones que se basan en obras preexistentes para crear una nueva, por ejemplo, sampling, mash-up y remix, cuando se verifica que estas no cumplen algún requisito legal: a) ¿son obras protegibles por la legislación del derecho de autor?; b) ¿son legales según la legislación de derecho de autor?; c) ¿infringen los derechos de autor de terceros?; d) ¿es posible realizarlas bajo una limitación o excepción?; e) ¿qué tipo de obra son, deberían ser clasificadas como una obra derivada?

Debe advertirse que este capítulo tratará el concepto de remix, al ser considerado como el principal referente de las creaciones basadas en obras preexistentes y que son propiciadas por las nuevas tecnologías y el entorno digital, sin perjuicio de que se haga mención de otras creaciones y fenómenos de internet, debido a la similitud de condiciones entre éstos y aquélla.

Antes de dar respuesta a estos interrogantes, se debe aclarar qué es el remix y cuáles son sus implicaciones en la cultura y la regulación del derecho de autor, para ello se estudiará el remix con base en los aportes hechos por Lawrence Lessig en su obra titulada “Remix: cultura de la remezcla y derechos de autor en el entorno digital” (Lessig, 2012), en la cual se estudia el remix desde la perspectiva del sistema del copyright.

## **El remix**

### **Definición del remix.**

El remix o la remezcla refiere a la técnica de combinar, adaptar, transformar diferentes componentes culturales mientras se adicionan las aportaciones y perspectivas propias de su autor, quien realiza la remezcla (Lessig, 2012).

El usar esos elementos de la cultura tiene un propósito y éstos enriquecen el valor conceptual de la obra. El remix se vale de la referencia para poder comunicar un mensaje, lo cual solo se puede lograr con el original, pues su presencia está cargada de sentido y su combinación con los aportes originales que se dan antes, durante y después de la referencia, completa el discurso de la obra remezclada. Por lo tanto, la selección de textos, imágenes y sonidos tienen un valor que evocan ideas específicas, que no tendrían el mismo efecto si no se usara el original. (Lessig, 2012)

El remix se puede expresar a través de medios físicos o digitales, también se puede expresar mediante escrito, imágenes, sonido y video. Entre éstas, tal vez la forma más común de expresión de obras que se valen de elementos de obras preexistentes es el escrito. Entre las obras escritas, pasando desde ensayos académicos hasta las compilaciones, se basan en elementos de obras preexistentes para otorgarle un mensaje concreto a la obra. La forma más común en la que las obras escritas realizan esta labor de referenciación es mediante la cita (Lessig, 2012). La cita corresponde a una de las formas de libre utilización de las obras protegidas por derecho de autor o limitaciones y excepciones, es decir, una de las situaciones en las que no es necesario pedir autorización previa y expresa ni tampoco pagar por ello, así entonces “las citas extraídas de obras protegidas, a condición de que la fuente de la cita y el nombre del autor sean mencionados y que esa utilización se ajuste a las prácticas honestas” (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 2016).

Así entonces, es común en las obras escritas hacer referencia a obras preexistentes, bien sea solicitando autorización previa y expresa a sus titulares o bien valiéndose de una situación de libre utilización, como lo es la cita, para poder realizar dichas referencias y así crear una obra

cuyo sentido se da por la combinación de aportes propios y de terceros. Sin embargo, este derecho de cita pareciera no ser tan claro en otros medios de expresión (Lessig, 2012).

Las obras remezcladas, se pueden dividir en dos grupos: el remix texto, que refiere a las obras expresadas mediante medios escritos, y el remix media, que refiere a las obras expresadas mediante medios audiovisuales (Lessig, 2012).

El glosario de la OMPI sobre derecho de autor y derechos conexos define a los escritos como:

Son todas las clases de obras expresadas en forma escrita, cualesquiera que sean los signos de la fijación. Los escritos abarcan una amplia gama, desde creaciones literarias hasta repertorios o guías prácticos. El desarrollo técnico hace necesario que se amplíe el concepto de escritos de modo que queden comprendidas no solamente todas las formas legibles por el hombre sino también las formas legibles por máquina, como se ha hecho en varios países en relación con los programas de ordenador. (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 1980)

El glosario de la OMPI sobre derecho de autor y derechos conexos define las obras audiovisuales como:

Es una obra perceptible a la vez por el oído y por la vista, y que consta de una serie de imágenes relacionadas y de sonidos concomitantes, grabados sobre un material adecuado (fijación audiovisual), para ser ejecutada mediante la utilización de mecanismos idóneos.

Solamente puede hacerse perceptible en una forma idéntica, a diferencia de la representación o ejecución de las obras dramáticas que se perciben por la vista y el oído de manera dependiente de la producción escénica real. Son ejemplos de obras audiovisuales las obras cinematográficas, sonoras y todas las obras que se expresan mediante un proceso análogo a la cinematografía, tales como las producciones televisivas o cualquier otra producción de imágenes sonoras fijadas sobre cintas magnéticas, discos, etc. (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 1980)



Ray Edmondson (2004) también ofrece una definición sobre las obras expresadas mediante medios audiovisuales o documentos audiovisuales, como él precisa:

3.3.2.3 Se suelen emplear los términos medio, material o documento como si fuesen intercambiables. Sin embargo, atendiendo a su sentido inmediato medio y material aluden fundamentalmente al soporte. El término documento que utiliza la UNESCO reúne los sentidos de soporte y de contenido creado deliberadamente.

3.3.2.4 En consecuencia, proponemos la siguiente definición profesional de documentos audiovisuales:

Los documentos audiovisuales son obras que comprenden imágenes y/o sonidos reproducibles integrados en un soporte y que se caracterizan por el hecho de que:

su grabación, transmisión, percepción y comprensión requieren habitualmente un dispositivo tecnológico

el contenido visual y/o sonoro tiene una duración lineal

el objetivo es la comunicación de ese contenido, no la utilización de la tecnología con otros fines.

3.3.2.5 La palabra obras supone una entidad resultante de un acto intelectual deliberado, y se podría argumentar que no todas las grabaciones cinematográficas, de vídeo o sonoras tienen un contenido o un propósito intelectual deliberados; por ejemplo, una grabación sonora efectuada en la calle, cuyo contenido es fortuito. (También se podría alegar lo contrario: la intencionalidad, el mero hecho de colocar una cámara o un micrófono para realizar esa grabación, es por sí sola prueba suficiente de la intención intelectual).

3.3.2.6 La noción de que una obra audiovisual sólo se puede hacer y percibir de modo diacrónico, a lo largo de un lapso, es difícil de definir, especialmente cuando la obra se puede

percibir en una página Web o un CD-ROM, que permiten al usuario elegir el orden de reproducción del contenido. No obstante, por cortas que sean, las grabaciones de imagen y sonido son lineales por naturaleza; no se pueden percibir de forma instantánea.

3.3.2.7 Aceptando que es imposible lograr una definición precisa, esta definición tiene por objeto abarcar categóricamente las grabaciones sonoras y de vídeo, las imágenes en movimiento (con o sin sonido), los vídeos y los programas de radiodifusión tradicionales, tanto publicados como inéditos, en todos los formatos, y, en cambio, excluir asimismo categóricamente los materiales constituidos por texto en sí, independientemente del soporte utilizado (ya sea papel, microformas, formatos digitales, gráficos o diapositivas, etc.; la distinción es conceptual más que tecnológica, aunque en gran medida exista también una diferencia tecnológica). También se propone excluir la connotación popular del término medios de comunicación, que abarca los periódicos, así como las emisoras de radio y televisión. Desde luego, los programas de radio y televisión, comprendidos los programas informativos, estarían incluidos en la definición de los medios audiovisuales.

3.3.2.8 Entre estos dos grupos, naturalmente, existe una gama de materiales y obras que despiertan menos automáticamente el interés de los archivos audiovisuales y que, en función de la percepción de cada cual, pueden o no ajustarse cabalmente a la mencionada definición: las fotografías, los multimedios/CD-ROM, los rollos de papel perforado para piano y música mecánica, así como el tradicional diaporama “audiovisual”. Los CD-ROM, los juegos de vídeo, los sitios Web y otras creaciones digitales son, por definición, de construcción no lineal, y la capacidad de “desordenar” o transformar libremente la presentación del contenido de archivos auditivos o de vídeo es un rasgo normal de la tecnología. Aun así, los fragmentos resultantes de

imágenes en movimiento y sonido, por breves que sean, siguen siendo lineales en sí mismos, y una secuencia de fragmentos, deliberada o no, también es lineal. (págs. 25-27).

Tal como sucede con el remix texto, el remix media también se vale de la remezcla de elementos originales de obras preexistentes para crear una nueva y entre las formas que lo hace se puede valer de la cita. Sin embargo, por la naturaleza de la obra audiovisual y su presentación, surgen algunas dudas, entre ellas: ¿cumple los requisitos de la cita?, ¿atribuye correctamente la autoría de las referencias utilizadas?, ¿la obra audiovisual puede hacer referencias amparada bajo una limitación o excepción o es indispensable solicitar autorización?, entre otras.

Tal como lo menciona Lessig (2012), aunque el acto de referenciación que hace el remix texto y el remix media sean similares, las normas que los gobiernan son distintos, siendo más restrictivas para el remix media (Lessig, 2012). Lessig (2012) también menciona que:

Hay diferencias obvias entre estas formas de expresión. La más notable para nuestro propósito es la diferencia democrática que ha existido históricamente entre estas formas de “escribir”. Mientras que la escritura textual era algo que se le enseñaba a todo el mundo, la producción de discos y películas fue, durante la mayor parte del siglo XX, algo reservado a profesionales. Eso conlleva que fuera más fácil imaginar un régimen que exigiera permiso para citar películas y música. Tal régimen era al menos factible, aunque ineficiente. (pág. 88)

Ellos remezclan, citan, una amplia gama de “textos” diferentes. A diferencia del texto, donde las citas van a renglón seguido -como aquí, donde la oración explica, “y a continuación se añade una cita”-, los media remezclados pueden citar sonidos superpuestos a imágenes, o videos superpuestos a textos, o textos superpuestos a sonidos. Por consiguiente, las citas quedan remezcladas, y esa mezcla produce la nueva obra creativa: el remix. (pág. 104)

En conclusión, Lessig (2012) define el remix de la siguiente forma: “Sea textual o vaya más allá del texto, la remezcla es collage; proviene de la combinación de elementos de la cultura SL, y funciona ampliando el sentido creado mediante la referencia para construir algo nuevo” (pág. 111).

### **Cultura solo lectura y cultura lectura escritura.**

Ahora bien, según Lessig, el remix se circunscribe a dos tipos de cultura: a) cultura Solo Lectura (SL); y b) cultura Lectura Escritura (LE). A continuación, se mencionará cómo Lessig define cada una de estas culturas, pues de sus características se puede entender el remix (así como otras creaciones de internet) y su relación con las obras preexistentes:

La analogía se establece con los permisos que puede incorporar un determinado archivo de un ordenador. Si el usuario cuenta con permisos de «Lectura/ Escritura» (LE), entonces se le permite tanto leer el archivo como efectuar cambios sobre él. Si solamente tiene permisos de «Solo Lectura» (SL), lo único que se le permite es leer el archivo. (Lessig, 2012, pág. 56)

#### ***La cultura solo lectura (SL).***

La cultura solo lectura (SL) refiere a las obras creadas por profesionales, las cuales se ofrecen para su consumo de forma íntegra, sin el propósito de que ésta sea modificada, pues es en la integridad de la obra que conserva su sentido (Lessig, 2012). Entre las características de la cultura solo lectura, Lessig menciona:

“Esta forma de cultura es crucialmente importante, tanto para la difusión de la cultura como del conocimiento” (Lessig, 2012, pág. 119) , pues garantiza la existencia de una fuente con autoridad, fidedigna y especializada, de la cual proceda esta cultura profesional.

La cultura solo lectura (SL) permite la existencia de una economía de base cultural y derivar beneficios económicos de las obras. Lo cual fomenta la producción creativa, gracias a la certeza

de retribución por el esfuerzo intelectual. Este mercado de base cultural se ha favorecido por un sistema legal de derecho de autor que permite otorgar licencias respecto de los derechos patrimoniales derivados de la obra e impedir infracciones sobre los derechos de carácter económico y moral derivados de ésta. “Esta es la auténtica función de la legislación de copyright, y su única justificación válida. Allá donde veamos que la creatividad quedaría obstaculizada por la ausencia de ese privilegio especial, dicho privilegio tiene sentido.” (Lessig, 2012, pág. 120)

La cultura solo lectura (SL) permite conservar la integridad de la obra, para que ésta sea presentada y consumida tal y como fue concebida por su creador. En otras palabras, la cultura Solo lectura permite control sobre la obra, mediante la gestión de los derechos morales y patrimoniales derivados de ésta. (Lessig, 2012)

***Cultura lectura escritura (LE).***

La cultura lectura escritura (LE) refiere a las obras creadas por amateurs o no profesionales, creaciones que se inspiran en los componentes de la cultura preexistente, por lo general solo lectura, a fin de crear nuevas obras que intencionalmente remezclan elementos preexistentes de la cultura junto a las aportaciones de su creador, pues éstas le aportan un contenido especial a la obra. La cultura lectura escritura comprende las obras resultantes de la intención de los consumidores de contribuir al entorno que rodea la cultura preexistente, haciendo de la producción creativa un diálogo que enseña el valor del esfuerzo intelectual y considera la producción no profesional. (Lessig, 2012)

Igualmente, Lessig (2012) expone las características de la cultura lectura escritura (LE) a partir de sus contrastes con la cultura solo lectura:

He aquí pues la primera diferencia entre la cultura SL y la cultura LE. Una enfatiza el aprendizaje, y la otra enfatiza el aprendizaje mediante el habla. Una preserva la integridad, la otra enseña la integridad. Una enfatiza la jerarquía, y la otra la oculta. Nadie defendería que necesitamos menos cultura SL, pero cualquiera que la haya visto realmente está convencido de que necesitamos mucha más cultura LE. (pág. 122).

Otras características de la cultura lectura escritura (LE) que menciona Lessig (2012) son:

Valor económico: la cultura lectura escritura (LE) promueve el valor económico, gracias a todo el mercado que rodea la labor creativa, es decir, todas aquellas inversiones necesarias para poder llevar a cabo la creación de una obra.

Lessig (2012) reconoce el potencial económico del mercado que rodea la cultura solo lectura (SL), pero también habla del valor de la cultura LE:

Pero el valor económico de este consumo es minúsculo comparado con el potencial económico del contenido generado por los consumidores. Pensemos en todos los dispositivos que necesitamos para filmar ese video casero de nuestro hijo haciendo de Superman -la cámara, el micrófono, el disco duro para almacenar los 500 gigabytes de tomas, la computadora veloz para hacer soportable el procesamiento de la imagen-, y luego pensemos en la banda ancha que necesitaremos para compartir esta creatividad con nuestra familia y amigos. (pág. 123).

Igualmente menciona que esto puede agregar valor económico al incentivar la competencia.

Calidad: es cierto que no hay punto de comparación entre la calidad o el nivel del mérito artístico de una obra hecha por un profesional y la obra creada por un amateur, pero a través de la prueba y error, mediante la técnica de la remezcla, es posible para los amateurs crear obras cada vez más pulidas. (Lessig, 2012)

Obras dotadas de contenido: el remix hace referencia a segmentos particulares de la cultura preexistente, pues es su uso el que brinda un sentimiento y significado especial a la obra. Por ello, la elección de estos fragmentos y su remezcla con las aportaciones originales de su creador, no son al azar y de hecho implican un conocimiento específico del sentimiento y sentido que tienen las referencias usadas. (Lessig, 2012)

Sobre las críticas de falta de contenido y originalidad de las obras remezcladas, Lessig (2012) menciona que:

No obstante, cualquiera que crea que los remixes o los mash-ups ni son originales ni son creativos tiene muy poca idea de cómo se realizan o de lo que los hace geniales. Se necesita un conocimiento extraordinario de una cultura para remezclarla bien. (pág. 128).

Vale mencionar que el remix no es patrimonio exclusivo de la cultura lectura escritura y que esta se puede dar en el ámbito de la cultura solo lectura, por lo tanto, la obra remezclada tendrá una u otra característica según la cultura en la que se circunscriba.

### **Economía de mercado, economía de compartición y economía híbrida.**

Ambas culturas, tanto la cultura solo lectura como la cultura lectura escritura tienen cierta relevancia en la economía. De hecho, estas culturas se desarrollan en las economías denominadas: a) comercial; b) de compartición; c) híbrida (Lessig, 2012). En la economía comercial es el dinero o el precio el que juega el papel central del intercambio entre las partes. En la economía de compartición, el dinero o el precio resulta innecesario e incluso perjudicial, los motivos que mueven este tipo de economía no tienen ánimo de lucro, más bien pueden ser individualistas o bien altruistas. Por último, la economía híbrida vincula las economías de compartición y comercial, pero manteniendo un estricto equilibrio entre las dos, donde se puede identificar claramente qué parte de la dinámica pertenece a una y otra economía. Todas estas

economías existen de forma paralela y, de hecho, un mismo sujeto puede ingresar en cada una de estas de diferentes maneras. Los ejemplos pasan desde Amazon, Netflix y Google, para la economía comercial; Wikipedia, el software libre y código abierto, para la economía de compartición; Flickr, YouTube, Second Life y ejemplos de software libre como Linux y Ubuntu, para la economía híbrida. Como se puede apreciar, estos son ejemplos de estas economías en el entorno digital, existen otras experiencias por fuera de éste, pero las nuevas tecnologías permiten democratizar y potenciar el acceso a estas economías. Además, incluso los exponentes de las economías comercial y de compartición también tienen ejemplos de éxito en la economía híbrida (Lessig, 2012).

### **Importancia del remix.**

Las obras remezcladas, desde su creación hasta su consumo, reportan beneficios. Lessig (2012) menciona dos:

El beneficio de la comunidad: “las remezclas se producen en el seno de una comunidad de remezcladores. En la era digital, esa comunidad puede expandirse por todo el mundo.” (Lessig, 2012, pág. 111). Las comunidades de remezcladores pueden girar en torno a la afición a una obra en particular o a un género y de esta afición se deriva todo un ecosistema de referencias culturales que permite darle un discurso específico a la comunidad y compartir su gusto en común. Como parte de ello sus miembros tienen la posibilidad de expresar su interés por dicha obra o género mediante la remezcla, a efectos de extender el universo de una obra preexistente mientras se cuenta su propia historia inspirada en ella. En el argot de la cultura popular se encuentran algunas expresiones que se asocian a la actividad de esta comunidad, como arte hecho por fans y ficción hecha por fans.



El beneficio de la educación: “el remix es también a menudo, como lo describe Mimi Ito, una estrategia para provocar el ‘aprendizaje basado en intereses’.” (Lessig, 2012, pág. 114). El acto de remezclar elementos de la cultura preexistente es un excelente modo de aprender de ella, pues implica apropiarse de ésta y comprender el sentido de las referencias y cómo complementarlas con sus propias aportaciones, al tiempo que se pule la habilidad creativa (Lessig, 2012).

Por último, se debe advertir que el remix o, mejor dicho, las obras que toman elementos de obras preexistentes para crear una nueva, no son esencialmente recientes o novedosas. “Lo único que es nuevo es la técnica y la facilidad con que puede compartirse el producto de dicha técnica” (Lessig, 2012, pág. 116).

### **El remix y la legislación de derecho de autor.**

Ahora bien, ¿el remix, sampling, y mash-up o, mejor dicho, las obras que toman elementos originales de obras de terceros para crear una nueva, son legales? La respuesta es sí, siempre que se valgan de una autorización previa y expresa de sus respectivos titulares o bien estén amparados bajo una autorización legal por una limitación o excepción. Es decir, siempre que la obra sea considerada: a) una obra derivada; b) una obra independiente amparada por una autorización legal mediante una limitación o excepción.

Sin embargo, como se mencionó anteriormente, debido a la sencillez y acceso que permiten las nuevas tecnologías y el entorno digital, la participación en la producción de obras consumibles por el público en general, deja de limitarse al ámbito profesional y permite la proliferación de la creación amateur. Este gran volumen de creaciones, profesionales y amateur, difundidas en el entorno digital, pueden valerse de formas de expresión como el sampling, mash-up, y remix.

Ahora bien, puede suceder que la creación remezclada no cumpla con los requisitos de la obra, y por ello infrinja derecho de autor y conexos de terceros.

La incertidumbre sobre el tratamiento de estas obras y su legalidad genera frustración para sus creadores y afecta la producción creativa y la forma en que se pueden reportar beneficios de ésta.

Para entender la relación de este tipo de creaciones con la legislación del derecho de autor, se puede hacer referencia a las comparaciones que hace Lessig (2012) entre las culturas solo lectura (SL) y lectura escritura (LE) con la legislación del copyright.

Lessig (2012) afirma que la legislación de copyright “ampara las prácticas de la cultura SL y se opone a las de la cultura LE” (Lessig, 2012, pág. 132). La legislación respecto a estas formas de cultura implica regular el control sobre las obras y los permisos sobre la utilización y acceso a éstas, aspectos que se ven influenciados por las posibilidades técnicas de control, acceso y utilización que permite la tecnología.

Al respecto de la cultura Solo Lectura (SL), como se ha descrito anteriormente, la esencia de esta cultura es que al usuario o consumidor se le concede permiso para consumir la cultura que compra. Más allá de eso, carece de todo permiso legal. Además, durante la historia analógica de la cultura SL, tampoco disponía fácilmente de la capacidad técnica para ir más allá. (Lessig, 2012, pág. 133)

El desarrollo de las nuevas tecnologías y el entorno digital modificaron dicha capacidad técnica, de hecho, la legislación también ha cambiado. Pero todos estos cambios han estado “orientados a reforzar el control sobre el contenido, no a debilitarlo” (Lessig, 2012, pág. 133). Pues por el avance de las capacidades técnicas se aumentó la posibilidad de que los consumidores puedan mezclar y remezclar la cultura solo lectura (SL), sin que necesariamente tengan permiso legal para hacerlo, y, por otro lado, gracias a la lógica de la legislación de

derecho de autor, amplió el número de situaciones en las que es aplicable la legislación, es decir, se amplía la capacidad de control otorgada a los titulares de derechos de autor sobre la obra:

La legislación de copyright respalda este control en la era digital debido a un hecho aparentemente simple de su arquitectura, y también de la arquitectura de la tecnología digital. Dicha legislación regula las “reproducciones” o “copias”, pero cada vez que usamos una obra creativa en un contexto digital, la tecnología está efectuando una copia. (Lessig, 2012, pág. 133)

Tal como afirma Lessig (2012): “La cultura SL, aplicada a un mundo donde cada uso de la cultura produce una copia, exigía el permiso de los propietarios del copyright para poder ser reelaborada” (pág. 133). Por lo tanto, se reafirma que para poder acceder y hacer uso de la cultura solo lectura (SL), es necesario justificarse, bien mediante la autorización que otorga una licencia, o bien mediante autorizaciones legales conforme a los usos honrados, que en la legislación del derecho de autor se relaciona con las licencias legales otorgadas por las conductas protegidas por una limitación o excepción.

En el mundo físico, el control que le otorga la legislación de derecho de autor a sus titulares sobre el uso de las obras, se limita a los usos no ordinarios de la obra, mientras que los usos ordinarios están prácticamente libres de regulación (Lessig, 2012). En otras palabras:

En el mundo físico, la legislación de copyright no otorgaba a los propietarios del copyright de un libro ningún control sobre cuantas veces era leído. Ello se debía a que cuando leemos un libro en el espacio real, esa “lectura” no produce una copia. Y dado que en ese caso no se aplica la legislación de copyright, nadie necesita permiso para leer, prestar, vender o usar el libro para impresionar a sus amigos. En el mundo físico, la legislación de copyright es de aplicación cuando llevamos el libro a una copistería y le sacamos 50 copias para nuestros amigos-un uso

posible, sin duda, pero no ordinario. Los usos ordinarios del libro están libres de regulación legal, permaneciendo irregulados. (Lessig, 2012, pág. 134)

En cambio, en el mundo digital tanto los usos ordinarios como no ordinarios son regulados por la legislación del derecho de autor. Pues, cualquier uso es una copia que exige una autorización previa y expresa, o bien operar bajo una limitación o excepción. (Lessig, 2012).

Con relación a la cultura lectura escritura, cabe mencionar que esta se puede realizar de forma legal, tanto en el mundo analógico como digital, sin embargo, existen situaciones en las cuales la conformidad de estas creaciones al derecho de autor no es del todo clara, lo cual resulta ser relevante si se afirma que en el mundo digital tanto los usos ordinarios como no ordinarios son regulados por la legislación del derecho de autor. Lessig (2012) habla al respecto, y menciona cómo las dificultades de obtener una licencia y la dificultad de alegar un “uso justo” (salvadas las proporciones, similar a los usos honrados) tornarían por defecto a la cultura lectura escritura como ilegal. Sin embargo, se advierte que la cultura lectura escritura solo es ilegal en supuestos específicos y no por defecto (Lessig, 2012).

Al respecto Lessig (2012) menciona que:

La relación de la ley con la cultura LE es diferente. Pues, una vez más, el acto de reescribir en un contexto digital produce una copia, y a ella se aplica la legislación de copyright, que exige una licencia o una alegación válida de “uso justo”. Las licencias son escasas, y defender una alegación de “uso justo” sale caro. Por defecto, la cultura LE viola la ley de copyright y, por tanto, es presuntamente ilegal. (pág. 135).

O, en otras palabras:

La situación jurídica incierta del remix y mash-up genera mucha frustración entre el público. La mayoría de la gente no entiende por qué cuando sube algún remix de creación propia a

YouTube automáticamente lo quitan o lo bloquean. Muchas de estas personas desconocen los pormenores de la legislación de derecho de autor y consideran que se está censurando su creatividad. Tal como observa el profesor Lessig, la legislación vigente de derecho de autor se redactó en gran medida con el objetivo principal de regular las relaciones en el mundo profesional y no las actividades de los ciudadanos de a pie. Sin embargo, todo esto ha cambiado en el entorno digital: “Por primera vez la legislación [de derecho de autor] se aplica a los ciudadanos de a pie. Por primera vez trasciende lo profesional y controla lo amateur, sometiéndolo a un control que la legislación reservaba históricamente para los profesionales” (Rostama, 2015).

Otra perspectiva de este problema se da cuando se considera el conflicto de intereses que se da cuando se realiza la obra remezclada, o la obra derivada en general, dentro del entorno digital, pues entran en disputa los intereses de los titulares de los derechos y la comunidad que desea crear contenidos con base en las obras preexistentes que están a su disposición en la red, por ejemplo, adaptándolas. En otras palabras:

Objeto de considerable debate en los últimos años ha sido el alcance del derecho de adaptación, habida cuenta de las posibilidades hoy sumamente mayores de adaptar y transformar obras en formatos digitales. Con las tecnologías digitales, los usuarios pueden manipular fácilmente textos, sonido e imágenes para crear contenidos generados por los usuarios. Los debates en cuestión se han centrado en lograr un equilibrio adecuado entre los derechos del autor a controlar la integridad de una obra, y a autorizar modificaciones, y los derechos de los usuarios a efectuar cambios en la medida en que formen parte de lo que se entiende por utilización normal de una obra en formato digital. Algunas de las cuestiones que se debaten giran en torno a si es necesaria la autorización del titular del derecho para crear nuevas obras en las que se utilicen

partes de obras previamente existentes, por ejemplo, mediante el sistema de muestreo o de mezclas musicales. (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 2016, pág. 13)

### **El tipo de obra que es la obra remezclada.**

Es preciso detenerse a precisar cómo debe considerarse cada una de las obras remezcladas. Es decir, las obras que usan elementos originales de obras preexistentes para crear una nueva, son:

a) obras derivadas; b) obras autónomas amparadas por una justificante.

Distinción que plantean Rychlicki & Zieliński (2009) cuando evalúan la legalidad del sampling. preguntándose cómo puede ser considerado el sampling:

¿Puede considerarse que las obras en las que se hace sampling son obras derivadas?

¿Puede considerarse que las obras en las que se hace sampling son obras nuevas, basándose en el derecho de cita? (Rychlicki & Zieliński, 2009)

Para poder determinar cómo deben considerarse este tipo de obras se debe partir de la pregunta ¿Qué se está haciendo con la obra preexistente?

### ***Obra derivada.***

Será considerada como obra derivada, si la nueva creación que incluye elementos de obras preexistentes realiza una labor transformativa sobre éstas. Es decir, si la nueva obra realiza una a) traducción; b) adaptación; c) arreglos; y d) cualquier otra transformación de la obra original.

Por lo tanto, estas creaciones serán objeto de protección, como obras derivadas, y se les otorgarán derechos de carácter patrimonial y moral a sus titulares, sin perjuicio de los derechos de autor o conexos sobre la obra preexistente, siempre y cuando se cumplan con los requisitos de la obra derivada.

También como lo señalan Rychlicki & Zieliński (2009) evaluando el sampling:

Por consiguiente, las obras en que se utiliza el sampling pueden considerarse obras derivadas que contienen elementos de obras artísticas tomados de una fuente original pero que son, no obstante, la obra de creación de sus autores. En este caso, el autor original debe ser mencionado como creador o autor junto con el creador de la nueva obra, y la obra derivada debe citar el nombre del tema original que se haya sampleado. Una obra derivada contiene tanto las características creativas de la obra original como los esfuerzos innovadores de otra persona, y ambos deben ser reconocidos. (Rychlicki & Zieliński, 2009)

***Obra autónoma amparada por una justificante.***

Será considerada como una obra autónoma, si la nueva creación que incluye elementos de obras preexistentes no realiza una labor transformativa sobre esta, y tal uso se encuentra justificado por una limitación o excepción al derecho de autor.

Entre las justificantes aplicables se podrían considerar: a) el derecho de cita; b) el uso con fines educativos. Para lo cual es indispensable cumplir los requisitos de estas limitaciones.

Respecto de la justificación mediante el derecho de cita, Rychlicki & Zieliński (2009) señalan lo siguiente:

(...) Por extrapolación, las nuevas obras que contienen fragmentos muestreados como parte de la obra de creación de un artista, pero que no son simplemente mezclas o remezclas de otras obras, pueden reconocerse como casos de cita legítima.

Dicho de otro modo, una obra creada de esta manera puede reconocerse como obra independiente que incorpora citas. (...) (Rychlicki & Zieliński, 2009)

**Legalidad e ilegalidad de la obra remezclada**

Creaciones como el remix, mash-up, y sampling, en fin, aquellas creaciones propiciadas por el entorno digital, que toman elementos originales de obras preexistentes para hacer una nueva

creación, podrían llegar a infringir derechos de autor. Por otro lado, también existen situaciones en las cuales se pueden realizar de forma legal.

### **La ilegalidad de la obra remezclada: infracción al derecho de autor**

Dichas obras pueden infringir los derechos patrimoniales y morales de los titulares de los derechos sobre las obras preexistentes. En particular se pueden mencionar los derechos patrimoniales de: a) reproducción; b) comunicación al público; y c) transformación. Así como los derechos morales de: a) integridad; y b) paternidad.

Es posible afirmar que este tipo de obras infringen los derechos de autor:

En efecto, los remix infringen el derecho de autor de las obras ya existentes por cuanto al crear una segunda obra que contiene elementos de una obra original se infringen tanto el derecho de reproducción (artículo 9 del Convenio de Berna) como el derecho de comunicación al público (artículo 8 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor) del autor original. Además, interviene también el derecho moral del autor. Conforme al artículo 6bis del Convenio de Berna, “el autor conservará el derecho de reivindicar la paternidad de la obra y de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación [...] que cause perjuicio a su honor o a su reputación”. Si se hace un remix de una canción determinada de tal manera que se descontextualice por completo su significado, el autor de la obra original puede alegar que se ha infringido su derecho moral. (Rostama, 2015)

Las infracciones del derecho de autor comprenden aquellas conductas que afectan los derechos patrimoniales y morales concedidos a sus titulares, pues estas conductas carecen de la autorización previa y expresa de los titulares de los derechos patrimoniales y morales que les permitan obrar de forma legal, o bien éstas no se encuentran amparadas por la autorización legal que concede obrar bajo una causal de limitación o excepción al derecho de autor. Ante la



presencia de estas conductas infractoras se concede al titular de los derechos vulnerados la posibilidad de prohibirlas y detenerlas mediante los mecanismos necesarios.

El glosario de la OMPI sobre derecho de autor y derechos conexos define la infracción o lesión de los derechos de autor sobre una obra como:

Es toda utilización no autorizada de una obra protegida por derecho de autor cuando la autorización para tal utilización es necesaria en virtud de una ley. La infracción del derecho de autor consiste característicamente en la propia utilización no autorizada (p.e., exposición, reproducción, representación o ejecución, o cualquiera otra transmisión o comunicación de una obra al público hechas sin permiso; la transmisión (distribución), la exportación, la importación de ejemplares de una obra, que no hayan sido autorizadas; el plagio; el uso de una obra derivada sin el consentimiento del autor, etc.); en los países en que se concede protección a los derechos morales, la infracción de los derechos de autor puede consistir también en la deformación de una obra, omisión de la mención de paternidad, etc. (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 1980)

Correlativo a los derechos de autor también se otorgan a ciertos derechos a sujetos conocidos como artistas intérpretes y ejecutantes; productores de grabaciones sonoras, también denominadas fonogramas; y organismos de radiodifusión. La protección de sus aportes creativos para la puesta a disposición de obras preexistentes, es mediante la concesión de derechos conexos o afines de carácter patrimonial y moral, los cuales igualmente pueden ser objeto de violación o vulneración.

El glosario de la OMPI sobre derecho de autor y derechos conexos define la violación de derechos conexos sobre una obra como:

Se entiende que esta expresión se refiere a cualquier acto transgresor de las normas de la legislación que protege a los artistas intérpretes o ejecutantes, a los productores de fonogramas y a los organismos de radiodifusión. Esta expresión se emplea también para diferenciar respecto de [sic] infracción del derecho de autor. (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 1980)

A continuación, se explicará como la obra remezclada puede llegar a infringir los derechos patrimoniales y morales señalados:

### **Derecho de reproducción.**

El entorno digital y las nuevas tecnologías representan un nuevo reto para la comprensión de los límites de la aplicación del derecho patrimonial de reproducción. Como se ha mencionado anteriormente, cualquier acto dentro de la red puede considerarse una copia, por lo tanto, para actos como el de reproducción, es preciso contar con la autorización del titular de este derecho sobre la obra preexistente, si sus derechos patrimoniales están vigentes, o bien obrar bajo una limitación o excepción que lo permita.

El derecho patrimonial de reproducción comprende un espectro bastante amplio, que para efectos de reproducir la obra comprende cualquier forma o procedimiento conocido o por conocer, entre ellos, los que ofrece el entorno digital. De hecho, puede considerarse que la digitalización del todo o parte de una obra analógica al medio digital, puede considerarse como reproducción. Igualmente puede considerarse como tal el cargar, compartir y descargar contenidos dentro del entorno digital, sea el todo o una parte, de forma individual o remezclada. (Vergara, 2000)

Las obras remezcladas pueden representar una infracción a este derecho patrimonial en la medida que la inclusión de una parte o el todo de la obra preexistente podría representar una reproducción no autorizada de ésta. Por lo tanto, considerando el concepto amplio de

reproducción y que cada uso en la red constituye una copia, puede decirse que cada remezcla no autorizada constituye una infracción al derecho de autor.

### **Derecho de comunicación al público.**

El problema de la comunicación pública en el entorno digital es la falta de control por parte de su titular sobre la difusión y accesibilidad que ésta comprende.

Así como en el derecho de reproducción, la remezcla del todo o parte de la obra preexistente en la nueva creación remezclada, constituye una reproducción, la comunicación pública de la obra remezclada que incluye el todo o parte de la obra preexistente, constituye la comunicación pública de la misma obra, permitiendo su accesibilidad en cualquier momento y lugar que desee el público, en especial cuando se trata del entorno digital.

### **Derecho de transformación.**

La realización de estas creaciones derivadas de la obra preexistente ya no se limita al ámbito profesional, de hecho, por las facilidades técnicas del entorno digital, ésta se realiza tanto por profesionales como por amateurs. Entre las obras que involucran esta actividad se encuentran las obras remezcladas, dentro de las cuales se encuentran creaciones denominadas como remix, mash-up y sampling.

Los avances tecnológicos y el entorno digital, junto a las obras remezcladas, representan retos para el ejercicio del derecho patrimonial de transformación, en sus variantes de traducción, adaptación, arreglo y otras transformaciones, debido que: a) no resulta sencillo para el titular de los derechos de la obra preexistente controlar las transformaciones o modificaciones a su obra; b) bien sea por desconocimiento de los requisitos legales o porque lo consideran innecesario, cuando los creadores de obras remezcladas emplean obras preexistentes con derechos de autor vigentes, no solicitan la autorización previa y expresa a su titular; c) por la naturaleza o

características de los medios usados en el entorno digital no siempre es posible respetar los derechos morales de paternidad e integridad de los autores de las obras preexistentes; d) por las facilidades que ofrecen los medios digitales y las comunidades que pueden girar alrededor de una obra preexistente, la producción de obras remezcladas que la emplean resulta ser masiva y constante.

La infracción a este derecho patrimonial se da cuando la obra remezclada, que puede ser considerada obra derivada, no cumple con los requisitos de la obra derivada.

### **Derecho de paternidad.**

Las nuevas tecnologías y el entorno digital facilitan la manipulación de las obras preexistentes de distintas formas. Los actos que permiten los métodos y herramientas del entorno digital, comprenden la reproducción; comunicación pública, y, claro, traducción, adaptación, arreglo o cualquier otra transformación de la obra.

Ahora bien, como parte del respeto al derecho moral de paternidad, al realizarse las conductas anteriormente señaladas, es indispensable hacer mención del autor de la obra preexistente, es decir, dar cuenta del vínculo entre el autor y la obra de la forma en que éste lo ha hecho. Sin embargo, bien sea por la naturaleza de la obra o las características y posibilidades técnicas del método, existen ocasiones en las que no es posible señalar la paternidad de la obra de la misma forma que se hace en el mundo analógico, ocurriendo que la mención al autor no es fácilmente perceptible o ésta es inexistente.

Las obras remezcladas, pueden representar una infracción al derecho moral de paternidad en la medida en que éstas: a) no señalen de forma clara la autoría de las obras usadas; b) señalen de forma errónea o incompleta la autoría de la obra; c) no hagan mención alguna de la autoría de la

obra; d) por la forma en que se remezclan los elementos de las obras preexistentes, puedan llegar a inducir a error sobre la autoría de las referencias hechas.

Entonces, el riesgo de las obras remezcladas, consumidas en el entorno digital, es que no den crédito a los autores de las obras preexistentes.

### **Derecho de integridad.**

La obra remezclada puede llegar a constituir un atentado contra la integridad de las obras de las que hace uso, para ello se debe analizar la nueva creación en su conjunto, teniendo presente cómo se relacionan las distintas referencias que se hacen junto a los aportes originales del creador de la obra remezclada, y cómo ésta puede ser percibida por los titulares de los derechos sobre las obras preexistentes y el público en general.

Así, las obras remezcladas pueden atentar contra la integridad de las obras preexistentes si se considera que las modificaciones hechas causan un perjuicio al decoro de la obra o a la reputación del autor, porque, por ejemplo: a) las obras junto a las que se remezcla la obra afectada tienen un sentido y mensaje distinto al que pretende comunicar ésta y, por lo tanto, estar remezclada junto a ellas puede llegar a asociarla con aquel mensaje distinto que afecta la integridad de la obra; b) a pesar de que las otras obras junto a las que se remezcla la obra afectada no sean perjudiciales para ésta, suceda que los aportes originales a la remezcla, la forma en que se remezclan y el mensaje que se comunica sea perjudicial para la integridad de la obra; c) considerando el público al cual estaba dirigida originalmente la obra preexistente, la obra remezclada está dirigida a un público distinto y este cambio afecta la integridad de la obra; d) considerando el mérito artístico de la obra preexistente, la obra remezclada en su conjunto tiene un mérito artístico que podría llegar a ser considerado como inferior y el hecho de que la obra preexistente pueda ser asociada con tal nivel de calidad afecta la integridad de la obra.

Entonces, el riesgo de la obra remezclada para el derecho moral de integridad es que esta obra pueda hacer uso de la obra preexistente de tal forma que pueda afectar la integridad de ésta.

### **Ejemplos mediante los cuales las obras remezcladas infringen los derechos de autor en el entorno digital**

Una vez explicado en qué consisten las infracciones a los derechos morales y patrimoniales por las obras remezcladas, es preciso plantear algunos ejemplos que mostrarán con mayor claridad cómo se dan tales infracciones y permitirán comprender algunos fenómenos del internet que influyen en esta situación.

#### **La regla 34.**

La regla 34 o “rule 34” es un fenómeno de internet que pertenece a la producción de contenido hecha por la comunidad alrededor de una obra preexistente, bien sea de forma profesional o amateur.

La regla 34 impone que “si existe, hay porno de ello. Sin excepciones” o, en otras palabras, “toda obra existente, sin excepción, puede tener una adaptación pornográfica”. (Cero, 2016)

Este tipo de contenidos que pueden ser dibujos o animaciones, se comparten a través de internet en foros y páginas web y existe una comunidad alrededor de esto, que por un lado produce este tipo de contenido y por otro lo consume. De hecho, en la red existen artistas que producen contenido de la regla 34 por encargo y obtienen una remuneración por esto o cobran por acceder a este contenido, pero también este tipo de contenido se comparte sin ánimo de lucro. (Cero, 2016)

Las obras que suelen ser adaptadas aplicando esta regla son series animadas, comic o manga, pero también se incluyen otras creaciones culturales. La regla 34 toma los personajes y entorno de estas obras y las adapta a la pornografía (o situaciones eróticas) respondiendo a la pregunta

“¿Qué tal si...?”, por ejemplo, “¿Qué tal si este personaje y este otro se emparejaran y estuviesen en el acto sexual?”, “¿qué tal si este personaje estuviese desnudo y en esta u otra situación erótica?” (Cero, 2016). En fin, la regla 34 es una forma de expresión que gira alrededor de una obra preexistente.

Ahora bien, piénsese en una serie animada para niños o adolescentes muy popular y que entre el repertorio de personajes que tiene la serie siempre se ha resaltado la relación afectiva, amorosa, que se tienen dos de sus protagonistas. Luego la comunidad que gira alrededor a la obra aplica la regla 34 y ponen a estos personajes en distintas situaciones eróticas o pornográficas, ¿hacer esto implica una infracción de los derechos de autor, por ejemplo, de transformación, en particular adaptación, e integridad?

Aplicar la regla 34 implica la adaptación de la obra preexistente, pues crea una nueva obra mediante la modificación de una obra preexistente, pasando una obra de un género a otro o bien variando la obra sin necesidad de cambiar de género, pero con el objetivo de utilizarla con otros fines o para un público distinto. En este caso, al trasladar una animación al dibujo o viceversa, o un texto a la animación, e incluso conservar el mismo formato animado o de dibujo, pero en todo caso enfocando la adaptación a la pornografía o el erotismo.

Debe recordarse que la transformación de una obra preexistente, en este caso adaptación, cuyos derechos de autor siguen vigentes, exige que se obtenga la autorización previa y expresa del titular de la obra original para realizar la adaptación en los términos que éste autoriza y en todo caso respetar la paternidad e integridad de la obra. Las creaciones que aplican la regla 34 infringen el derecho patrimonial de transformación en la media que no cuenten con una autorización previa y expresa para realizarlo.

En lo que respecta a la infracción de los derechos morales de paternidad e integridad, las obras que apliquen la regla 34 infringirán el derecho de paternidad si éstas no reconocen la autoría de la obra. En cambio, la vulneración del derecho moral de integridad dependerá de la opinión que tenga el autor de la obra originaria respecto de la adaptación de su obra a connotaciones pornográficas u eróticas, pues si éste considera tal adaptación afecta su reputación como creador o le resta valor a su obra, habrá una infracción al derecho moral de integridad.

**Traducción por fans de series animadas, series de tv, libros, comic, manga, videojuegos y otras creaciones.**

La globalización, las nuevas tecnologías y el entorno digital permiten el acceso a un gran número de obras de carácter científico, literario y artístico provenientes de todas partes del mundo. El acceso al contenido alojado en la red se logra de forma casi inmediata y sencilla gracias a las facilidades del medio digital. Sin embargo, a pesar de la accesibilidad que ofrece el entorno digital, el idioma en el que se encuentra publicada la obra original sigue representado un obstáculo para su consumo.

La decisión de solo ofrecer la obra en su idioma original o pasarla a uno o más idiomas distintos al de la obra original, obedece a muchas razones, entre ellas: a) Rentabilidad económica, pues, por ejemplo, el público objetivo representa un verdadero ingreso o en realidad éste no es un mercado muy representativo; b) la obra para ser consumida no necesita ser traducida, pues la forma en que se consume no necesita de su traducción; c) el público objetivo de la obra se limita exclusivamente a los hablantes del idioma en el que se publicó la obra original; d) la obra para poder ser consumida por parte del nuevo público es necesario traducirla, pues las diferencias entre el idioma de la obra original y el idioma del nuevo público hacen imposible consumir la obra sin traducirla; e) la traducción permite que la experiencia de



consumir el producto sea más completa e inmersiva, pues adapta la obra a las necesidades del contexto donde se ofrece el producto (Vodafone, 2018).

El ofrecer un producto cultural a un contexto determinado que se encuentra atado a un idioma implica una labor que incluye la traducción y va más allá, exige la localización de la obra. La localización es un ejercicio de adaptación cultural de la obra considerando el contexto donde se dirige el producto, implicando la traducción y la modificación de otros elementos de la obra, a efectos de que sea bien recibida la obra para un público culturalmente distinto, pero, aun así, se conserve la esencia de la obra original (Vodafone, 2018).

En todo caso, por las razones mencionadas es posible que las obras no sean traducidas o que sean traducidas a ciertos idiomas, pero excluyendo otros idiomas, y el derecho de realizar, autorizar, o prohibir la traducción de la obra es de exclusividad del titular del derecho patrimonial.

Ahora bien, sobre un tipo determinado de obras o de una obra en particular existe una comunidad que comparte el gusto por consumirla. Paralelo a las obras existe una cultura y universo en los cuales quienes participan en ella consumen y aportan al contenido atado a estos.

Frente a la situación en que las obras que la comunidad gusta consumir no se encuentren traducidas a su propio idioma o bien se encuentren disponibles en idiomas en los que les resulta difícil o imposible acceder a ésta, puede suceder que la misma comunidad decida traducir la obra para poder disfrutarla.

Esta es una actividad esencialmente colaborativa, que reúne a varios miembros de la comunidad, quienes aplican sus conocimientos en idiomas, técnicos y de la propia obra original para poder traducirla, e incluso puede ser una traducción posterior de una traducción hecha por otros miembros de la comunidad a un idioma más accesible, por ejemplo, del idioma original

japonés al inglés y luego se toma la traducción en inglés al español. En todo caso, la traducción amateur en internet es una actividad más o menos organizada que pretende hacer accesible un contenido que por distintas razones su versión original no está disponible para cierto público diferenciado por el idioma.

Entre las traducciones no oficiales o realizadas por la comunidad que pueden ser encontradas en internet, se pueden mencionar algunos ejemplos:

- a. Traducción de libros
- b. Subtitulación de series animadas japonesas o anime
- c. Subtitulación de series animadas occidentales
- d. Traducción de mangas
- e. Traducción de comics
- f. Subtitulación de series de televisión o películas: por ejemplo, subtitular series de televisión japonesas o coreanas, subtitular series de televisión occidentales, subtitulación de películas.
- g. Traducción de videojuegos
- h. Subtitulación de canciones

Debe recordarse que el derecho de realizar, autorizar o prohibir la traducción de una obra es exclusivo de su titular. Y que la originalidad de la traducción recae en la forma particular de expresar la obra preexistente en el idioma distinto. Además, las traducciones deben respetar el contenido y el estilo de la obra original, exigiéndole al traductor manejar de forma creativa sus conocimientos en el idioma, la cultura atada a ambos idiomas y de la obra original (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), 1996).

Las traducciones no oficiales vulneran el derecho patrimonial de traducción en la medida que no media la autorización previa y expresa para realizarla. Además, implica el riesgo de la pérdida de sentido de la obra original al trasladarla al nuevo idioma. Se infringe el derecho patrimonial de reproducción, pues el cargar y compartir en la red el todo o parte de la obra traducida, es en realidad reproducir la obra original. Se infringe el derecho de comunicación pública, pues el cargar o compartir en la red la obra traducida se constituye en un medio idóneo para comunicar la obra que la hace accesible en cualquier momento y lugar a una pluralidad de personas, de forma simultánea o no.

De hecho, las traducciones amateurs o las traducciones no oficiales afectan la economía que existe relacionada a la traducción profesional e igualmente afectan la decisión o necesidad del titular del derecho patrimonial de traducir la obra, pues existe la posibilidad de que otros lo hagan gratis, claro, bajo el riesgo de la pérdida de sentido de la obra. (Vodafone, 2018)

**Arte creado por fans (fan art), ficción creada por fans (fan fiction), y otras creaciones hechas por la comunidad.**

De un tipo especial de obras o una obra en particular se deriva una comunidad de personas que gustan de consumir la cultura que se asocia a éstas. Esta cultura incluye una variedad de referencias, tópicos, en fin, toda una historia o universo que en principio es nutrido por el autor de la obra respectiva, pero que es ampliado por las contribuciones que realiza la misma comunidad. Esta comunidad comparte sus propias opiniones y creaciones basadas en las obras preexistentes que siguen, a efectos de crecer en su afición y extender el universo de estas creaciones.

Entre las creaciones hechas por la comunidad que pretenden expandir el universo de las creaciones preexistentes con nuevas narrativas se encuentran las creaciones conocidas como arte

hecho por fans (fan art) y la ficción hecha por fans (fan fiction). Ambos toman personajes y el entorno, a efectos de crear nuevas obras que amplían la narrativa de la obra preexistente y son compartidas en la comunidad aficionada a la obra. El arte hecho por fans refiere a creaciones visuales tales como dibujos, animaciones y fotografías. Por otro lado, la ficción hecha por fans refiere a creaciones literarias de todo tipo tales como libros, comics o mangas, igualmente puede incluir creaciones multimedia.

El arte hecho por fans y la ficción hecha por fans se pueden hacer sobre una gran variedad de obras preexistentes, de forma individual o hasta remezclarlas. Entre éstas se pueden considerar novelas, series de televisión, caricaturas, comics, mangas, películas, videojuegos, entre otras, las cuales son compartidas a través de la red.

Piénsese en dibujos, fotografías o animaciones que se inspiran en personajes o escenarios de películas, series o novelas populares, que reproducen momentos icónicos de éstas o crean nuevas imágenes a partir de ese universo preexistente. También pueden ser creaciones literarias de cualquier tipo o creaciones multimedia, que presenten nuevas historias, den un giro o final diferente, desarrollen relatos a partir de un personaje existente, introduzcan un nuevo personaje, introduzcan o desarrollen un entorno, todo esto basándose en obras de terceros.

Este tipo de creaciones pueden representar una infracción a los derechos de autor, en particular al derecho patrimonial de transformación, pues éstas, sin contar con la autorización previa y expresa del titular de los derechos, consisten en crear una nueva obra mediante la adaptación de una obra preexistente, pasando una obra de un género a otro o bien variar la obra sin necesidad de cambiar de género, pero que en todo caso aportan una nueva narrativa basada en aquella obra. La adaptación debe conservar la esencia de la obra original, por lo menos como inspiración para la creación de la nueva obra, y este tipo de creaciones no autorizadas pueden

tergiversar la esencia de la obra preexistente, lo cual no solo afecta el derecho de transformación, sino también el derecho moral de integridad, siempre que cause un perjuicio al honor o reputación del autor o bien cause un perjuicio al decoro de la obra o ésta se desmerite o disminuya su valor.

### **Memes.**

El concepto de meme tiene su origen desde 1976 en la obra “El gen egoísta: las bases biológicas de nuestra conducta” de Richard Dawkins (Dawkins, 1993), el término se emplea para referir a toda idea, comportamiento, estilo que se transmite de una persona a otra, admitiendo pequeñas variaciones (mutaciones) en el proceso, al igual que lo hacen los genes (Dawkins, 1993). El meme refiere a los elementos de la cultura que se transmiten de forma continuada en el genoma de la sociedad humana (Dawkins, 1993). El meme es una unidad de información, de carga cultural, que se transmite de persona a persona, con la característica de ser fácilmente replicable, lo cual lo hace accesible, comprensible y transmisible. (Dawkins, 1993).

Según Dawkins (1993):

El nuevo caldo es el caldo de la cultura humana. Necesitamos un nombre para el nuevo replicador, un sustantivo que conlleve la idea de una unidad de transmisión cultural, o una unidad de imitación. «Mímeme» se deriva de una apropiada raíz griega, pero deseo un monosílabo que suene algo parecido a «gen». Espero que mis amigos clasicistas me perdonen si abrevio mímeme y lo dejo en meme. Si sirve de algún consuelo, cabe pensar, como otra alternativa, que se relaciona con «memoria» o con la palabra francesa *même*. En inglés debería pronunciarse «mi:m». Ejemplos de memes son: tonadas o sones, ideas, consignas, modas en cuanto a vestimenta, formas de fabricar vasijas o de construir arcos. Al igual que los genes se propagan en un acervo génico al saltar de un cuerpo a otro mediante los espermatozoides o los

óvulos, así los memes se propagan en el acervo de memes al saltar de un cerebro a otro mediante un proceso que, considerado en su sentido más amplio, puede llamarse de imitación. Si un científico escucha o lee una buena idea, la transmite a sus colegas y estudiantes. La menciona en sus artículos y ponencias. Si la idea se hace popular, puede decirse que se ha propagado, esparciéndose de cerebro en cerebro. (pág. 218)

Pero la idea del meme ha evolucionado y ha tomado una dirección distinta, con la aparición de los “memes de internet”, estos memes no sufren mutaciones o variaciones aleatorias por el paso del tiempo, como lo harían los genes, los memes de internet son modificados intencionalmente por el hombre para dotarlos de un significado y contexto específico, haciendo que los memes sean objeto de diseño y no de mutación. (Showcase, 2013)

Los memes de internet toman ideas, imágenes y situaciones pertenecientes a la cultura popular, luego las extraen, modifican y las cargan de un significado y contexto especial para ser utilizado como signo en la comunicación por internet. Entendiendo signo como aquel “objeto, fenómeno o acción material que, por naturaleza o convención, representa o sustituye a otro” (Real Academia Española, s.f.).

Entre los elementos de la cultura popular de los cuales se pueden extraer memes, se encuentran las obras que tienen sus derechos de autor vigentes y, por lo tanto, son objeto de protección del derecho de autor.

Piénsese en una serie de televisión, una caricatura, una película o un videojuego, de éstos se pueden extraer imágenes, frases, situaciones que se convierten en memes de internet con un significado y contexto especial. El contenido que se le otorga al meme puede ser acorde a la obra preexistente, pero también puede tergiversarlo, afectar la reputación del autor y el mérito de la obra.

Este tipo de creaciones pueden representar una infracción al derecho de autor, en particular los derechos de transformación y adaptación, en la medida que no se cuente con autorización para realizar las transformaciones y adaptaciones sobre la obra. Puede afectar el derecho de reproducción, en la medida que se reproduce el todo o parte de la obra, sin autorización. Puede infringir el derecho de comunicación pública, pues el cargar y compartir memes en internet implica poner a disposición y hacer accesible todo o parte de la obra. Puede afectar el derecho moral de paternidad si ésta no es reconocida. También puede afectar el derecho moral de integridad, si el significado y contexto que se le otorga al fragmento usado para elaborar el meme afecta la reputación del autor de la obra original o demerita el valor de ésta.

#### **Las creaciones que emplean la técnica de la remezcla.**

La técnica de la remezcla consiste en crear nuevas obras tomando elementos originales de obras preexistentes y combinándolas entre sí junto a aportaciones originales. El hecho de hacer uso de dichas obras de terceros tiene un objetivo concreto, pues las referencias hechas tienen un significado y carga emocional en particular. Por ello, la forma como se remezclan el todo o parte de las obras de terceros junto a los aportes originales, crean una nueva obra que tienen sentido por la inclusión de ambos elementos y cómo éstos se emplean (Lessig, 2012).

La obra remezclada puede ser creada tanto en el ámbito profesional como en el ámbito amateur. Para este último, el amateur, las nuevas tecnologías y el entorno digital han permitido que sea más fácil poder realizar este tipo de creaciones. De hecho, las obras remezcladas se pueden encontrar fácilmente en el medio audiovisual y las plataformas donde se comparten.

Entre los ejemplos de obras remezcladas se pueden mencionar las siguientes:

Videojuegos comentados: en internet se pueden encontrar creaciones audiovisuales o videos que consisten en la reproducción parcial o completa de un videojuego mientras quien lo juega

agrega su aporte original consistente en: a) comentar consejos para jugar de forma eficiente o enseñando trucos de éste; b) narrar la historia mientras interpreta simultáneamente la obra o agrega su propio doblaje; c) narrar la historia o juega mientras agrega su propios comentarios y opiniones que aportan comedia o cambian la historia del juego para narrar su propia versión; d) igualmente puede agregar otras creaciones propias o de terceros como imágenes y música. En todo caso, estas obras necesitan basarse en una obra preexistente, en este caso un videojuego.

Los videojuegos son obras complejas compuestas por tres elementos creativos básicos: a) código: el código fuente y todo el componente informático que permite el funcionamiento del software; b) visual: comprende el texto, imágenes y animaciones; c) sonoro: comprende la música, efectos y voces (Haza, 2014). Tanto la obra en conjunto como sus elementos individuales pueden llegar a ver sus derechos de autor infringidos por creaciones como las señaladas.

El derecho de comunicación pública puede ser infringido, pues a través de los medios audiovisuales se pone a disposición y se hace accesible (desde el aspecto audiovisual, pero no el interactivo) parte o todo del videojuego. También puede ser infringido el derecho moral de integridad, pues los comentarios adicionales y los cambios a la historia podrían demeritar la obra.

Remix, mash-up y sampling propiamente dichos: como se mencionó anteriormente, el remix, mash-up y sampling, son creaciones que emplean la técnica de la remezcla, que por lo general se desenvuelven dentro del medio artístico, en especial el musical, y están íntimamente relacionadas con los métodos y posibilidades que ofrecen las nuevas tecnologías y el entorno digital. No obstante, estas expresiones se hacen extensibles a creaciones dentro del ámbito literario, artístico y científico en todas sus formas de expresión.



Este tipo de creaciones se dan en el ámbito profesional y amateur. Piénsese en una canción que remezcla varias pistas musicales para crear un nuevo ritmo; o un video que remezcla varias escenas de una o más series animadas, películas y demás, para crear un relato audiovisual entretenido; o un comic que reúne a personajes de distintas historias para formar una nueva aventura. En fin, todos los posibles “collages” que se pueden elaborar gracias a las facilidades de las nuevas tecnologías y el entorno digital.

Este tipo de obras pueden infringir los derechos de reproducción, comunicación pública, y transformación, en la medida que se hagan sin autorización y efectivamente reproduzcan, comuniquen y transformen la obra o las obras remezcladas. También pueden infringir el derecho de paternidad si ésta no es reconocida. Finalmente, podría infringir el derecho de integridad si se considera que la remezcla afecta la reputación de sus respectivos autores y demerita la obra.

Otras creaciones que hacen referencia a obras de terceros: En este tipo de creaciones se debe observar cuál es el papel que representa la o las obras remezcladas, pues existen dos posibilidades: a) que la obra preexistente sea sobre la cual se centra la creación, en este apartado caben las reseñas, parodias y críticas, en las cuales se desea hablar sobre la obra original y por ello es necesario extraer fragmentos de ésta, también se puede remezclar con fragmentos de otras obras, además de los aportes originales que conforman la parodia o comentario; b) que la obra preexistente no sea el elemento central de la creación, sino un elemento accesorio, en este caso se emplean fragmentos de la obra original y se pueden remezclar con los de otras obras, pues las referencias a la obra original tienen una carga conceptual y emocional que sirve como signo que complementa el discurso presentado por el creador en la obra, sin que esta creación se centre en las referencias hechas.

Un ejemplo de este tipo de creaciones se puede encontrar en los blogs, video blogs, y análisis de videojuegos o películas. En los cuales la utilización de las obras de terceros representa un papel principal o secundario.

Para este tipo de creaciones las infracciones al derecho de autor se pueden dar por la reproducción y comunicación al público del todo o parte de obras de terceros sin autorización. También pueden infringir el derecho de paternidad si no reconoce el crédito de la obra utilizada.

El problema de las creaciones remezcladas es que puede suceder que éstas infrinjan derechos patrimoniales y morales de autor y no cumplan con los requisitos legales para ser consideradas como obras. Pues el todo o las partes que componen la nueva creación pueden afectar derechos de terceros.

### **Otras conductas ilícitas relacionadas con la obra remezclada**

Además de la infracción al derecho de autor y derechos conexos, la realización de este tipo de obras sin el cumplimiento de los requisitos legales podría conllevar a eludir las medidas tecnológicas de protección, suprimir o alterar información sobre gestión electrónica de derechos y hasta constituir una conducta punible.

#### **La prohibición de eludir las medidas tecnológicas de protección.**

Le es permitido a los titulares de los derechos de autor y conexos aprovechar las ventajas de la tecnología o las limitaciones del medio para impedir que sus derechos sobre la obra se vean vulnerados. Estas medidas de autotutela, que generalmente se hacen sobre el soporte material de la obra o el medio donde ésta se reproduce, se conocen como medidas tecnológicas de protección.

Respecto a la finalidad de estas medidas tecnológicas, Séverine Dusollier (2010) menciona que:

La finalidad de tales medidas es controlar el uso de la obra, por ejemplo, impidiendo el acceso a la misma por personas no autorizadas, impidiendo la ejecución de copias o permitiendo únicamente los usos por los que se ha pagado una tasa, o también imponiendo que una obra se vea o escuche mediante un dispositivo específico o en una región determinada. (págs. 42-43)

Así como la tecnología permite robustecer el ejercicio efectivo de los derechos exclusivos de explotación sobre la obra, los avances tecnológicos también permiten eludir los mecanismos de seguridad impuestos (Dusollier, 2010). Por ello, la legislación de derecho de autor permite aplicar medidas de bloqueo a los productos creativos y también sanciona el anular o eludir estos mecanismos (Dusollier, 2010).

El artículo 11 del WCT (similar disposición que el artículo 18 del WPPT y el artículo 15 del Tratado de Beijing) regula la obligación de los estados sobre las medidas tecnológicas de protección:

#### Artículo 11. Obligaciones relativas a las medidas tecnológicas

Las Partes Contratantes proporcionarán protección jurídica adecuada y recursos jurídicos efectivos contra la acción de eludir las medidas tecnológicas efectivas que sean utilizadas por los autores en relación con el ejercicio de sus derechos en virtud del presente Tratado o del Convenio de Berna y que, respecto de sus obras, restrinjan actos que no estén autorizados por los autores concernidos o permitidos por la Ley. (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), 1996)

La obligación de los Estados de permitir la inclusión de estas medidas tecnológicas y sancionar su anulación, se ve reflejada en sus leyes de derecho de autor o en sus legislaciones de derecho penal. En el caso de Colombia, esta protección se materializa en el artículo 272 de la Ley 599 de 2000 (Código Penal Ley 599 de 2000, 2013).

Sin embargo, no todas las conductas que lleven a eludir las medidas tecnológicas se considerarán ilícitas, pues se exige que no cuente con autorización de sus titulares o no se encuentre autorizado por las excepciones previstas por la ley.

Por lo tanto, las obras que emplean elementos de obras de terceros, según la forma como se obtuviesen dichos fragmentos, podrían llegar a eludir las medidas tecnológicas de protección, siempre que no cuente con autorización de sus titulares o no se encuentre autorizado por las excepciones previstas por la ley.

**La prohibición de suprimir o alterar información sobre gestión electrónica de derechos.**

Según el numeral 2 del artículo 12 de la WCT, la información sobre la gestión de derechos comprende: a) la información que identifica a la obra, al autor de la obra, al titular de cualquier derecho sobre la obra; b) información sobre los términos y condiciones de utilización de la obra; c) todo número o código que represente tal información; siempre que cualesquiera de estos elementos de información estén adjuntos a un ejemplar de una obra o figuren en relación con la comunicación al público de una obra (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), 1996).

Como se verá más adelante, le es permitido a los titulares de derechos sobre la obra gestionar los derechos exclusivos que la legislación les concede (configurar los permisos) mediante las licencias copyleft y creative commons. Estas licencias, y en especial las creative commons, permiten marcar las obras de tal forma que los terceros puedan identificar qué permisos concede el autor sobre su obra y bajo qué condiciones.

La forma en que las licencias creative commons comunican los permisos relevantes se da en tres niveles: a) código legal: es la licencia con todos sus detalles legales, especial para abogados; b) escritura de procomún o escritura humanamente legible: resumen breve de los aspectos

esenciales de la licencia, empleando imágenes y frases sencillas, especial para no abogados; c) código legible por máquinas o código digital: un resumen de los aspectos clave de la licencia, de tal forma que los sistemas informáticos puedan entender, para efectos que los motores de búsqueda y otras tecnologías puedan identificar qué obras están bajo una licencia creative commons. (Creative Commons, s.f.)

Según Lessig (2012):

Todas las licencias expresan las libertades relevantes en tres capas separadas: la primera es una “escritura de procomún” (“commons deed”) que expresa las libertades asociadas al contenido de forma legible por humanos; la segunda es el “código legal”, que constituye la licencia efectiva de copyright; y la tercera corresponde a los metadatos que envuelven el contenido y expresan las libertades que lleva aparejada la licencia de copyright en un lenguaje comprensible por ordenadores. Estas tres capas funcionan conjuntamente para clarificar las libertades asociadas a la obra creativa. No todas las libertades sino algunas. No “todos los derechos reservados” sino algunos derechos reservados. (pág. 324).

El artículo 12 del WCT (similar disposición que el artículo 19 del WPPT y 16 del Tratado de Beijing) regula las obligaciones relativas a la información sobre la gestión de derechos:

Artículo 12. Obligaciones relativas a la información sobre la gestión de derechos

Las Partes Contratantes proporcionarán recursos jurídicos efectivos contra cualquier persona que, con conocimiento de causa, realice cualquiera de los siguientes actos sabiendo o, con respecto a recursos civiles, teniendo motivos razonables para saber que induce, permite, facilita u oculta una infracción de cualquiera de los derechos previstos en el presente Tratado o en el Convenio de Berna:

(i) suprima o altere sin autorización cualquier información electrónica sobre la gestión de derechos;

(ii) distribuya, importe para su distribución, emita, o comunique al público, sin autorización, ejemplares de obras sabiendo que la información electrónica sobre la gestión de derechos ha sido suprimida o alterada sin autorización.

A los fines del presente Artículo, se entenderá por “información sobre la gestión de derechos” la información que identifica a la obra, al autor de la obra, al titular de cualquier derecho sobre la obra, o información sobre los términos y condiciones de utilización de las obras, y todo número o código que represente tal información, cuando cualesquiera de estos elementos de información estén adjuntos a un ejemplar de una obra o figuren en relación con la comunicación al público de una obra (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), 1996).

La obligación de los estados de sancionar la supresión o alteración de la información sobre gestión de derechos se ve reflejada en sus leyes de derecho de autor o en sus legislaciones de derecho penal. En el caso de Colombia esta protección se materializa en el artículo 272 de la Ley 599 de 2000 (Código Penal Ley 599 de 2000, 2013).

Por lo tanto, las creaciones que empleen obras de terceros y en dicha utilización sin autorización supriman o alteren la información sobre la gestión de derechos, cometerán una conducta ilícita que afecta las medidas de protección impuestas sobre la obra para informar la titularidad, licencias e identificación electrónica.

### **Delitos contra los derechos de autor.**

Además de los mecanismos civiles que pretenden proteger a los titulares de los derechos de autor y conexos contra infracciones, estas conductas también pueden ser castigadas por el

sistema de derecho penal, mediante los tipos penales que protegen los bienes jurídicos de los derechos de autor y conexos.

Para el caso de la legislación colombiana, en la Ley 599 de 2000 se encuentran los siguientes delitos que pretenden castigar las conductas que: a) afectan los derechos morales (artículo 270); b) afectan los derechos patrimoniales y conexos (artículo 271); c) se saltan las medidas tecnológicas de protección (artículo 272); d) alteran o suprimen la información sobre gestión electrónica de derechos (artículo 272) (Código Penal Ley 599 de 2000, 2013).

El artículo 270 refiere a la violación a los derechos morales de autor, en particular el numeral 3 castiga las conductas que afecten el derecho moral de integridad:

Artículo 270. Violación a los derechos morales de autor. Incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a noventa (90) meses y multa de veinte seis puntos sesenta y seis (26.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes quien:

(...)

3. Por cualquier medio o procedimiento compendie, mutile o transforme, sin autorización previa o expresa de su titular, una obra de carácter literario, artístico, científico, audiovisual o fonograma, programa de ordenador o soporte lógico.

parágrafo. Si en el soporte material, carátula o presentación de una obra de carácter literario, artístico, científico, fonograma, videograma, programa de ordenador o soporte lógico, u obra cinematográfica se emplea el nombre, razón social, logotipo o distintivo del titular legítimo del derecho, en los casos de cambio, supresión, alteración, modificación o mutilación del título o del texto de la obra, las penas anteriores se aumentarán hasta en la mitad. (Código Penal Ley 599 de 2000, 2013)

El artículo 271 refiere a la violación a los derechos patrimoniales de autor y derechos conexos, en particular con sus siete (7) numerales castiga las conductas que afectan los derechos patrimoniales de reproducción y comunicación pública:

Artículo 271. Violación a los derechos patrimoniales de autor y derechos conexos. Incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de veintiséis puntos 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 o cinematográfico, fonograma, videograma, soporte lógico o programa de ordenador, o, quien transporte, almacene, conserve, distribuya, importe, venda, ofrezca, adquiera para la venta o distribución, o suministre a cualquier título dichas reproducciones.

2. Represente, ejecute o exhiba públicamente obras teatrales, musicales, fonogramas, videogramas, obras cinematográficas, o cualquier otra obra de carácter literario o artístico.

3. Alquile o, de cualquier otro modo, comercialice fonogramas, videogramas, programas de ordenador o soportes lógicos u obras cinematográficas.

4. Fije, reproduzca o comercialice las representaciones públicas de obras teatrales o musicales.

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.

6. Retransmita, fije, reproduzca o, por cualquier medio sonoro o audiovisual, divulgue las emisiones de los organismos de radiodifusión.



7. Recepcione, difunda o distribuya por cualquier medio las emisiones de la televisión por suscripción. (Código Penal Ley 599 de 2000, 2013)

El artículo 272 refiere a la violación de los mecanismos de protección de derecho de autor y derechos conexos, en particular este artículo comprende las conductas que afectan las medidas tecnológicas de protección y la información esencial para la gestión electrónica de derechos:

Artículo 272. Violación a los mecanismos de protección de derecho de autor y derechos conexos, y otras defraudaciones. Incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de veintiséis puntos sesenta y seis (26.66) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, quien:

1. Supere o eluda las medidas tecnológicas adoptadas para restringir los usos no autorizados.
2. Suprima o altere la información esencial para la gestión electrónica de derechos, o importe, distribuya o comunique ejemplares con la información suprimida o alterada.
3. Fabrique, importe, venda, arriende o de cualquier forma distribuya al público un dispositivo o sistema que permita descifrar una señal de satélite cifrada portadora de programas, sin autorización del distribuidor legítimo de esa señal; o, de cualquier forma, eluda, evada, inutilice o suprima un dispositivo o sistema, que permita a los titulares del derecho controlar la utilización de sus obras o fonogramas, o les posibilite impedir o restringir cualquier uso no autorizado de estos.
4. Presente declaraciones o informaciones destinadas directa o indirectamente al pago, recaudación, liquidación o distribución de derechos económicos de autor o derechos conexos, alterando o falseando, por cualquier medio o procedimiento, los datos necesarios para estos efectos. (Código Penal Ley 599 de 2000, 2013)

Sobre las legislaciones que regulan las conductas que afectan las medidas tecnológicas de protección, Séverine Dusollier (2010) menciona que:

Por otra parte, la legislación contra la elusión prohíbe tanto los actos de elusión de medidas tecnológicas como las actividades preparatorias de tales actos, esto es, cualquier acto de distribución o fabricación de dispositivos que posibiliten o faciliten la elusión de la protección. Normalmente, dicha prohibición no debería tener efecto alguno en el acceso a los contenidos del dominio público y su libre utilización, ya que el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor y los países que lo aplican limitan la prohibición de actividades de elusión a las medidas tecnológicas aplicadas a obras protegidas por derecho de autor. (...) (pág. 44).

### **La legalidad de la obra remezclada: Propuestas de solución**

Es posible crear obras que toman elementos originales de obras de terceros para crear una nueva, entre ellas las creaciones mencionadas, sin infringir derechos patrimoniales y morales de autor, siempre que se verifique que:

- a. Se está amparado por una limitación o excepción al derecho de autor;
- b. Se cumple con los requisitos de la obra derivada;
- c. Se emplean obras que son de libre utilización o sus derechos de autor ya no están vigentes.

A continuación, se explicarán algunas de las formas en que puede justificarse este tipo de creaciones.

### **Limitaciones y excepciones al derecho de autor y conexos.**

Las limitaciones o excepciones refieren a aquellas disposiciones legales que se ocupan de limitar los derechos (patrimoniales) exclusivos del autor, así como de los artistas intérpretes y ejecutantes; productores de grabaciones sonoras o fonogramas; y organismos de radiodifusión.

Las limitaciones y excepciones se encuentran reguladas en instrumentos internacionales, comunitarios y nacionales. Salvo el derecho de cita en la Convención de Berna, las limitaciones y excepciones consagradas en los instrumentos internacionales y comunitarios, por lo general, son facultativas para los Estados que los suscriben o ratifican. Por lo tanto, es preciso acudir a la ley nacional para poder identificar cuáles son las limitaciones y excepciones aplicables.

Debe recordarse que para el sistema de derecho de autor las limitaciones y excepciones son taxativas, es decir, obedecen al principio del *numerus clausus*, pues se limitan de forma taxativa a los supuestos que contempla la norma aplicable, e igualmente son de aplicación restrictiva.

Ahora bien, tratándose de creaciones que toman elementos de obras de terceros para crear una nueva, como lo hacen las que aplican la técnica de la remezcla, y se ven favorecidas por el entorno digital y las nuevas tecnologías, también le son aplicables las limitaciones y excepciones.

A continuación, se abordarán las limitaciones y excepciones que pueden ser aplicables al tipo de obras que se están estudiando y que pueden denominarse “utilizaciones permitidas” o “excepciones a la protección” o “usos libres y gratuitos”, que permiten utilizar las obras preexistentes sin necesidad de solicitar autorización ni pagar una remuneración, las cuales se fundamentan en el principio de los usos honrados y con éste, la regla de los tres pasos. Es decir, el derecho de cita y los usos con fines educativos.

### ***El derecho de cita.***

Respecto de las creaciones que toman elementos originales de obras preexistentes, estas podrán hacer uso de dichas obras sin necesidad de solicitar autorización ni pagar una remuneración a su titular, si el uso de la obra preexistente se hace en forma de cita. Para ello la cita realizada debe cumplir con los requisitos mencionados anteriormente y, además, es importante recordar que el

uso que se haga con la obra preexistente no debe ser transformativo (a excepción de la traducción y adaptación), pues es de la esencia de la cita que sea para efectos de referencia o fundamento de una opinión o argumento, es decir, “para demostrar o hacer más inteligibles los enunciados de un autor, o para referirse a opiniones de otro autor de una forma auténtica.” (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 1980).

Entre los requisitos que se deben cumplir para poder acceder a esta limitación, se debe tener presente que se cumplan con los usos honrados, pues si se verifica que la obra remezclada atenta contra la explotación normal de la obra citada, o causa un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o el titular del derecho de la obra citada, no será posible aplicar esta limitación. Lo cual está íntimamente relacionado a la extensión de la cita, la reproducción de lo estrictamente necesario, y el respeto a la paternidad.

Entonces, las obras remezcladas, pueden valerse del derecho de cita. Respecto de la naturaleza de estas obras, estas pueden ser consideradas como obras autónomas que emplean la cita. Lo cual es claro cuando se trata de la cita textual en obras que comparten el mismo formato que la original. Pero también es válido cuando se trata de las obras citadas que son traducidas o cuando las obras usadas tienen un formato distinto al de la obra en que se cita, pues los fines y características de la cita son distintos a los de la obra derivada, por lo tanto, no es acertado decir que una obra que contenga este tipo de citas hace que en conjunto sea considerada como una obra derivada.

#### ***Utilización para fines de enseñanza.***

Respecto de las creaciones que toman elementos originales de obras preexistentes, éstas podrán hacer uso de dichas obras sin necesidad de solicitar autorización ni pagar una remuneración a su titular, si el uso de la obra preexistente se hace con fines de enseñanza. Para

ello la utilización debe cumplir con los requisitos mencionados. Entonces, las obras remezcladas pueden hacerlo valiéndose de esta limitación o excepción.

Entre los requisitos que se deben cumplir para poder acceder a esta limitación, se debe tener presente que se cumplan con los usos honrados, pues de lo contrario no será posible aplicar esta limitación. Lo cual está íntimamente relacionado con que realmente se use con propósitos de enseñanza, que se haga sin ánimo de lucro, y que se respete la paternidad.

Respecto de la naturaleza de las obras que hacen uso de esta limitación, es preciso determinar: ¿qué se está haciendo con la obra preexistente?, pues si existe una labor transformativa pueden ser consideradas obras derivadas, de lo contrario serán consideradas obras autónomas amparadas por una limitación al derecho de autor. Por lo tanto, es posible la existencia de obras derivadas, entre ellas las que emplean la técnica de la remezcla, amparadas por esta limitación.

#### **Cumplimiento de los requisitos de la obra derivada.**

Es posible para el tipo de creaciones mencionadas cumplir con los requisitos de la obra derivada, y, por lo tanto, ser objeto de protección del derecho de autor.

Además de cumplir con los requisitos de originalidad de cada una de las obras derivadas en particular, es necesario obtener la autorización previa y expresa del titular de los derechos sobre la obra preexistente, al igual que respetar la paternidad e integridad de la obra.

#### ***Autorización previa y expresa del titular de los derechos sobre la obra preexistente.***

Cuando los derechos de autor sobre la obra preexistente siguen vigentes, es necesario obtener la autorización de su titular para poder realizar cualquier obra derivada sobre ésta. Sin embargo, existen situaciones en las que no es necesario obtener una autorización previa y expresa para poder realizar una obra derivada:

*La obra preexistente no tiene sus derechos de autor vigentes y por lo tanto pertenece al dominio público.*

El dominio público refiere a aquellas creaciones: a) que no están protegidas por el derecho de autor; b) cuyos derechos de autor no están vigentes, pues la protección ha caducado al haber vencido el plazo de la protección, o bien se ha renunciado a los derechos patrimoniales sobre la obra.

Las obras pertenecientes al dominio público carecen de la protección de los derechos exclusivos de autor, que limitan la explotación de la obra, a cambio, permite el libre acceso y disposición de la obra, facilitando que llegue a un público mayor. El dominio público se define de forma negativa, incluyendo todo aquello que no está protegido por el derecho de autor.

(Dusollier, 2010)

Según la Ley 23 de 1982, pertenecen al dominio público las siguientes obras:

Artículo 187. Pertenecen al dominio público:

1. Las obras cuyo período de protección esté agotado.
2. Las obras folclóricas y tradicionales de autores desconocidos.
3. Las obras cuyos autores hayan renunciado a sus derechos.
4. Las obras extranjeras que no gocen de protección en la República. (Colombia, Congreso de

la republica, 1982)

Es posible utilizar creaciones que se encuentren en el dominio público para realizar obras derivadas. Con lo cual, no será necesario solicitar autorización ni, por lo general, pagar una remuneración. Pero en todo caso, se debe respetar la paternidad e integridad de la obra.

La Ley 23 de 1982, en sus artículos 14 y 16, regula la utilización de obras pertenecientes al dominio público para realizar obras derivadas. Señala que: a) es posible realizar traducciones,

adaptaciones, transformaciones, y cualquier otra modificación a la obra preexistente; b) quien realiza la obra derivada es el titular exclusivo de su propia creación; c) el que realiza la obra derivada basada en la obra perteneciente al dominio público, no le es posible oponerse a otras obras derivadas que usen la misma obra preexistente, siempre que sean trabajos originales, distintos del suyo (Colombia, Congreso de la republica, 1982).

*La licencia de la obra preexistente permite que se realicen obras derivadas sobre ésta.*

La forma como está configurado el derecho de autor se basa en derechos exclusivos, pues solo son de sus titulares, y excluyentes, pues permiten autorizar y prohibir a terceros la explotación y acceso a la obra (Echavarría, 2016). El derecho de autor por defecto reserva todos los derechos a su titular, es decir, prohíbe a terceros la explotación de la obra, a menos que se cuente con la autorización previa y expresa del titular de los derechos, o se esté amparado por una limitación o excepción. Por lo tanto, las libertades que se otorgan sobre la obra protegida se someten a un régimen legal, pues están sometidas al control del titular de los derechos, y a las limitaciones determinadas por la ley.

La protección de la obra la otorga exclusivamente la ley, sin embargo, es posible controlar de forma voluntaria el acceso, la utilización y destinación de la obra, así como las condiciones en que ésta se hará. Esto refiere a los permisos que concede la obra o, mejor dicho, las licencias a las que está sujeta, permitiéndole al autor determinar hasta dónde llega el control que la ley le concede sobre su creación.

Entonces, frente al régimen de restricciones concedida por el derecho de autor, es posible a los autores por su propia iniciativa aplicar estrategias o herramientas jurídicas que le permiten configurar los permisos que sobre la obra se aplican, son licencias en las cuales se regulan las autorizaciones, prohibiciones y condiciones a las cuales se sujeta la obra. Este tipo de licencias

no están en contra de los derechos exclusivos otorgados por la ley, sino que son consecuencia de una forma especial de ejercer estos derechos exclusivos de realizar, autorizar y prohibir.

Se puede hacer referencia a tres tipos de licencias (configuración de permisos sobre la obra):

Licencia tradicional o por defecto del derecho de autor: refiere a la protección que por defecto se les otorga a los titulares de los derechos exclusivos y excluyentes que la regulación de derecho de autor concede. Esta es la forma de control que la ley concede al autor desde el momento mismo de la creación de la obra.

Entre las características de este tipo de licencia se puede mencionar como trata las autorizaciones, prohibiciones, y el respeto por la autoría:

- a. Autorizaciones: los permisos que concede son los previstos por la ley y la autorización previa y expresamente concedidas por el titular de los derechos.
- b. Prohibiciones: por defecto todos los derechos están reservados a su titular, las prohibiciones están dadas por los derechos exclusivos concedidos a sus titulares, los cuales limitan por defecto a terceros.
- c. Crédito o autoría: siempre se debe reconocer la paternidad de la obra.

Licencia copyleft: las licencias de copyleft están directamente relacionadas con los movimientos de licencias de programas de código abierto o software libre. Esta licencia permite explotar la obra con el compromiso que el trabajo derivado de ésta sea liberado con una licencia igual a la obra utilizada, es decir, impone la obligación de compartir igual.

Respecto a la finalidad de las licencias copyleft como una estrategia jurídica para configurar los permisos de la obra, Séverine Dusollier (2010) comenta que:

Tanto en el plano del derecho de autor como en el de las patentes, la estrategia copyleft permite crear una esfera de libre uso sin renunciar a la exclusividad sobre la creación intelectual.



Además, a veces impide que otros se apropien de la creación para su usufructo en calidad de propietarios, ya que les impone la ulterior distribución de las obras bajo las mismas condiciones de concesión de licencia (véase infra). En tal sentido, frustra todo intento de mercantilización, fenómeno que muchas veces atenta contra los elementos colocados en el dominio público. (pág. 50)

Según la página web de la iniciativa del código abierto (The Open Source initiative), el código abierto no significa solamente el acceso al código fuente, para poder lograr dicho acceso las licencias de código abierto deben cumplir con 10 principios o criterios: 1) libre redistribución: la licencia no prohíbe los usos gratuitos y comerciales, la licencia no puede exigir regalías ni tasas por la comercialización del programa; 2) código fuente: la licencia permite el acceso al código fuente sin ninguna limitación y su redistribución también es libre; 3) obras derivadas: la licencia debe permitir la realización de obras derivadas y además obliga a que estas obras derivadas sean licenciadas en los mismos términos que la obra original; 4) integridad del código fuente del autor: es posible restringir la distribución del código fuente si esta licencia permite la distribución de parches sobre el código fuente, puede exigirse que se nombre o numere las sucesivas modificaciones al código fuente; 5) no discriminación a ninguna persona o grupo ; 6) no discriminación en contra del campo de trabajo o desarrollo; 7) distribución de licencia: no es necesario una licencia adicional o accesorio para poder ejecutar la licencia *copyleft*; 8) la licencia no debe ser específica para un producto; 9) la licencia no debe restringir otros softwares; 10) la licencia debe ser tecnológicamente neutral: la licencia no debe preferir una tecnología o interfaz en particular. (The Open Source Initiative, s.f.)

Con relación a los principios mencionados Séverine Dusollier (2010) señala los cuatro principios básicos que rigen este tipo de licencias:

(...) El concepto de “código abierto”, con el que, en lugar de hacer hincapié en la libertad de uso, destacaban la necesidad de poner a disposición el código fuente del programa. La iniciativa también dio a luz la Open Source Definition (OSD), que define los elementos y disposiciones fundamentales que una licencia debería contener para merecer el atributo de código abierto. La definición consta de diez “mandamientos”, que constituyen una especie de certificación del sello. Estos principios combinan cuatro libertades básicas que han de estar presentes en toda licencia de código abierto: 1) libertad de explotar el programa, por cualquier usuario y cualquiera sea su cometido (ya sea con fines comerciales o no); 2) derecho de acceso al código fuente; 3) libertad de redistribuir copias del programa, y 4) libertad de introducir mejoras al programa y publicarlas, si así lo desea. (pág. 51).

Al igual que el punto anterior de este tipo de licencia se puede mencionar como configura las autorizaciones, prohibiciones y el respeto por la autoría, teniendo como nota característica el deber de compartir igual:

- a. Autorizaciones: se autoriza todas las formas de utilización, permite los uso comerciales y no comerciales, y permite la realización de obras derivadas.
- b. Prohibiciones: según las previstas por el tipo de licencia, siempre sometido a la condición de que toda obra derivada debe estar sujeta a la misma licencia de copyleft.
- c. Crédito o autoría: siempre se debe reconocer la paternidad de la obra.

Licencia creative commons: inspirada en las licencias copyleft, las licencias creative commons permiten la configuración de permisos sobre cualquier tipo de obras, más allá del software, y permite distintas configuraciones de los permisos sobre la obra con varios tipos de licencias posibles.

Las licencias creative commons se basan en cuatro grupos de condiciones:

a) atribución o reconocimiento de la autoría (BY): siempre se debe respetar la paternidad de la obra, esta exigencia se encuentra en toda licencia de creative commons; (Creative Commons, s.f.)

b) permitir usos comerciales/no permitir usos comerciales (NC): permite que se reproduzca, comunique públicamente, ejecute, interprete y modifique la obra (si así se autorizó), y puede condicionar que se use comercialmente o que no se use comercialmente; (Creative Commons, s.f.)

c) permitir obras derivadas/no permitir obras derivadas (ND): permite que se reproduzca, comunique públicamente, ejecute o interprete la obra, y puede condicionar que se puedan hacer obras derivadas de ésta o que no se puedan hacer obras derivadas; (Creative Commons, s.f.)

d) compartir igual (SA): se puede permitir a otros la realización de obras derivadas, pero éstas deben estar sometidas al mismo tipo de licencia que la obra original. (Creative Commons, s.f.)

De este grupo de condiciones es posible combinarlas de tal forma que se pueda elegir entre seis tipos posibles de licencias de creative commons:

Reconocimiento (CC BY): permite que se reproduce, comunique públicamente, ejecute, interprete, la obra bajo cualquier medio o formato. También permite hacer obras derivadas. También permite los usos comerciales. Exige reconocer la paternidad de la obra.

Según el sitio web de creative commons:

Esta licencia permite a otros distribuir, mezclar, ajustar y construir a partir de su obra, incluso con fines comerciales, siempre que le sea reconocida la autoría de la creación original. Esta es la licencia más servicial de las ofrecidas. Recomendada para una máxima difusión y utilización de los materiales sujetos a la licencia. (Creative Commons, s.f.)

Reconocimiento-Compartir Igual (CC BY-SA): permite que se reproduzca, comunique públicamente, ejecute, interprete, la obra bajo cualquier medio o formato. También permite hacer obras derivadas. También permite los usos comerciales. Exige reconocer la paternidad de la obra. Exige que la obra derivada creada a partir de la original sea licenciada de la misma forma que esta.

Según el sitio web de creative commons:

Esta licencia permite a otros re-mezclar, modificar y desarrollar sobre tu obra incluso para propósitos comerciales, siempre que te atribuyan el crédito y licencien sus nuevas obras bajo idénticos términos. Esta licencia es a menudo comparada con las licencias de "copyleft" y las de software "open source". Cualquier obra nueva basada en la tuya, lo será bajo la misma licencia, de modo que cualquier obra derivada permitirá también su uso comercial. Esta licencia es la utilizada por Wikipedia y se recomienda para aquellos materiales que puedan beneficiarse de la incorporación de contenido proveniente de Wikipedia u otros proyectos licenciados de la misma forma. (Creative Commons, s.f.)

Reconocimiento-Sin Obra Derivada (CC BY-ND): permite que se reproduzca, comunique públicamente, ejecute, interprete, la obra bajo cualquier medio o formato. También permite los usos comerciales. Exige que se reconozca la paternidad de la obra. No permite que se hagan obras derivadas.

Según el sitio web de creative commons: “Esta licencia permite la redistribución, comercial y no comercial, siempre y cuando la obra no se modifique y se transmita en su totalidad, reconociendo su autoría.” (Creative Commons, s.f.)

Reconocimiento-No Comercial (CC BY-NC): permite que se reproduzca, comunique públicamente, ejecute, interprete, la obra bajo cualquier medio o formato. También permite que

se hagan obras derivadas. Exige que se respete la paternidad de la obra. No permite que se hagan usos comerciales de la obra.

Según el sitio web de creative commons:

Esta licencia permite a otros entremezclar, ajustar y construir a partir de su obra con fines no comerciales, y aunque en sus nuevas creaciones deban reconocerle su autoría y no puedan ser utilizadas de manera comercial, no tienen que estar bajo una licencia con los mismos términos.

(Creative Commons, s.f.)

Reconocimiento-No Comercial-Compartir Igual (CC BY-NC-SA): permite que se reproduzca, comunique públicamente, ejecute, interprete, la obra bajo cualquier medio o formato. También permite que se hagan obras derivadas. Exige que se respete la paternidad de la obra. No permite que se hagan usos comerciales de la obra. Exige que la obra derivada creada a partir de la original sea licenciada de la misma forma que esta.

Según el sitio web de creative commons:

Esta licencia permite a otros entremezclar, ajustar y construir a partir de su obra con fines no comerciales, siempre y cuando le reconozcan la autoría y sus nuevas creaciones estén bajo una licencia con los mismos términos. (Creative Commons, s.f.)

Reconocimiento-No Comercial-Sin Obra Derivada (CC BY-NC-ND): permite que se reproduzca, comunique públicamente, ejecute o interprete la obra bajo cualquier medio o formato. Exige que se respete la paternidad de la obra. No permite que se hagan usos comerciales de la obra no permite que se hagan obras derivadas.

Según el sitio web de creative commons:

Esta licencia es la más restrictiva de las seis licencias principales, sólo permite que otros puedan descargar las obras y compartirlas con otras personas, siempre que se reconozca su

autoría, pero no se pueden cambiar de ninguna manera ni se pueden utilizar comercialmente.

(Creative Commons, s.f.)

Toda conducta no contemplada en los términos de la licencia necesita obtener la autorización previa y expresa del titular de los derechos.

Si bien ya se señaló en qué consisten cada una de las combinaciones posibles para este tipo de licencia, también se puede hacer referencia a las características comunes de las licencias creative commons respecto de las autorizaciones, prohibiciones, y reconocimiento de la autoría:

- a. Autorizaciones: deben ser expresamente concedidas.
- b. Prohibiciones: los derechos no expresamente eximidos están reservados, igualmente se pueden prohibir expresamente ciertas conductas.
- c. Crédito o autoría: siempre se debe respetar la paternidad de la obra.

Es posible realizar obras derivadas sin tener que pedir autorización previa y expresa a su titular siempre que la licencia de la obra preexistente lo permita. Se exige verificar el tipo de licencia aplicable a la obra, en especial si la obra derivada pretende remezclar varias obras preexistentes pues éstas pueden tener permisos diferentes.

### ***Reconocimiento del crédito.***

Siempre se deberá respetar la paternidad de las obras preexistentes, de la misma forma como el autor se ha hecho relacionar con la obra.

### **Una limitación y excepción especial.**

Una vez expuestas las diferentes posibilidades que ofrece el sistema de derecho de autor para poder realizar de forma legal obras remezcladas, en este punto se puede plantear una limitación o excepción especial que permita realizar obras remezcladas en el ámbito amateur con propósitos no comerciales, siguiendo a Lessig (2012).

Vale mencionar que no es el propósito de esta obra propiciar la creación de obras remezcladas que afecten de forma injustificada los derechos de los titulares de obras preexistentes, ni que se realicen en contra de los usos honrados, pues como se ha mencionado anteriormente, para el caso de las limitaciones del derecho de cita y la utilización para fines de la enseñanza, es preciso que la obra remezclada no afecte la explotación normal, ni atente contra los intereses del autor o los titulares de los derechos sobre la obra. Los usos honrados no conducen obligatoriamente a los usos no comerciales, pero para efectos de una limitación o excepción, éste puede ser un ámbito razonable.

El propósito de crear una limitación especial para las obras remezcladas creadas con propósitos no comerciales, es favorecer la producción amateur dentro de la cultura lectura escritura.

Lessig (2012) propone cinco (5) modificaciones legales que mejorarían la relación entre la cultura lectura escritura (LE) y el sistema de copyright: a) desregular la creatividad amateur; b) clarificar derechos; c) simplificar; d) dejar de criminalizar la copia; e) dejar de criminalizar el intercambio de archivos. (Lessig, 2012)

Puntualmente sobre permitir la obra remezclada con fines no comerciales, Lessig (2012) propone desregular la creatividad amateur y concentrar los esfuerzos de la regulación al ámbito comercial y a la creación profesional, excluyendo de las restricciones legislativas a la obra remezclada con fines no comerciales. “Esa regulación podría evitarse simplemente eximiendo los usos «no comerciales» del alcance de los derechos concedidos por el copyright.” (Lessig, 2012, pág. 300). Es decir, “Esta exención debería aplicarse como mínimo a la remezcla no comercial, o remix amateur.” (Lessig, 2012, pág. 300).

Al hablar de desregular, Lessig (2012) menciona que no se refiere a la aplicación de la doctrina del fair use, pues afirma que el fair use es un parámetro que debe conservarse para la producción profesional, y lo que propone es que la legislación exima de las restricciones del copyright y del análisis posterior ante tribunales que implica el fair use, a cierto tipo de obras, como lo es la remezcla con propósitos no comerciales, es decir, crear una limitación y excepción especial:

¿Qué hay del «fair use»? Al hablar de «desregular» no me refiero a la doctrina del uso justo. El uso justo representa una válvula de seguridad de una importancia crucial dentro de la legislación de copyright. No obstante, sigue siendo, quizá necesariamente, un acto de equilibrio extraordinariamente complicado, y un lastre totalmente inadecuado para la mayoría de creadores amateur. Mi recomendación es que el Congreso exima un área de obras creativas de los requisitos del uso justo y de la restricción del copyright, no que los tribunales busquen maneras de equilibrar el sistema con los usos libres. En contraste, el uso justo permanecería como una parte crucial de cualquier creatividad profesional. (Lessig, 2012, pág. 301)

Tal como se mencionó cuando se explicó el tema de los usos honrados, estos son los parámetros que los Estados deben seguir para poder crear limitaciones y excepciones en sus legislaciones nacionales, obligación que contemplan los instrumentos internacionales y comunitarios señalados.

En el sistema de copyright del Canadá se encuentra una limitación y excepción especial que se ocupa de permitir la utilización de obras preexistentes en la creación de nuevas obras, sin necesidad de solicitar autorización previa y expresa a sus titulares o de pagar remuneración alguna siempre que la utilización se haga sin fines de lucro. Esta disposición se encuentra en el artículo 29.21 de la ley de copyright del Canadá:



### **Contenido no comercial generado por el usuario**

29.21 (1) No es una infracción de los derechos de autor que un individuo utilice un trabajo existente u otro objeto o copia de uno, que haya sido publicado o puesto a disposición del público, en la creación de un nuevo trabajo u otro objeto en el que subsiste el derecho de autor y para el individuo (no será una infracción) utilizar el nuevo trabajo u otro material o autorizar a un intermediario a difundirlo- con la autorización del aquel, o un miembro de su hogar-, si

(a) el uso de, o la autorización para diseminar, el nuevo trabajo u otro material se realiza únicamente con fines no comerciales;

(b) se menciona la fuente y, si figura en la fuente, el nombre del autor, artista intérprete o ejecutante, creador o emisor, del trabajo existente u otro material o copia del mismo, si es razonable hacerlo en estas circunstancias;

(c) el individuo tenía motivos razonables para creer que el trabajo existente u otro tema o copia del mismo, según sea el caso, no estaba infringiendo los derechos de autor; y

(d) el uso de, o la autorización para diseminar, el nuevo trabajo u otro objeto no tiene un efecto sustancialmente adverso, financiero o de otro tipo, sobre la explotación o explotación potencial de la obra existente u otro materia - o una copia del mismo, o en un mercado existente o potencial para él, incluyendo que el nuevo trabajo u otro material no sea un sustituto del existente. (Copyright Act, 1985)

de la lectura de esta disposición se pueden hacer los siguientes comentarios:

- a. es una limitación y excepción que para casos especiales realmente autoriza la creación de la obra remezclada: al permitir la utilización de obras preexistentes para la creación de una nueva obra, ello facilita la creación de obras derivadas y dentro de estas se pueden comprender las obras que emplean la técnica de la remezcla, a saber, remix, mash-up,

- sampling y demás. También permite hacer interpretaciones y ejecuciones, por ejemplo, hacer un video en que se realice una coreografía mientras se escucha una canción cuyos derechos están vigentes.
- b. Es una limitación y excepción que protege el derecho de autor y los derechos conexos de aquellas creaciones cuyos derechos siguen vigentes: cuando la norma menciona hace referencia a las obras preexistentes y otros materiales cuyos derechos siguen vigentes, la norma refiere a las creaciones protegibles por el derecho de autor y conexos respectivamente. Por otro lado, deja claro que se ocupa de las creaciones objeto de protección y no a las que carecen de esta.
  - c. Es una limitación a los derechos patrimoniales de reproducción, comunicación pública y transformación: al permitir la utilización de obras preexistentes para crear una nueva y permitir su distribución, realmente limita los derechos patrimoniales de reproducción, comunicación pública y transformación, pues la lógica de la obra remezclada, en especial en el entorno digital, involucra dichos derechos.
  - d. La autorización que concede la limitación y excepción se limita a los usos no comerciales: exige que la utilización sea sin fines de lucro, es decir, limita la creación al ámbito no comercial. Este es uno de los puntos de mayor importancia de la limitación pues fomenta la creatividad amateur en un ámbito que no debería afectar los intereses de los titulares de las obras preexistentes.
  - e. Se debe respetar la paternidad de las obras utilizadas: exige que se respete el derecho moral de paternidad de las obras utilizadas, mediante la cita de la fuente, y señala que si se encuentra en la fuente y es razonable hacerlo también deberá mencionar el nombre del autor, artista intérprete o ejecutante, creador o emisor de las obras utilizadas.

- f. Conciencia de que el material utilizado no infringe derechos de autor: este requisito tiene que ver con que el material utilizado en la nueva creación se obtuviese de forma legal. Lo cual es muy importante, pues en la red se pueden encontrar el todo o parte de obras preexistentes distribuidas de forma legal o ilegal. Por ello se exige que el individuo tenga los motivos razonables para creer que el material usado no infringe derechos de terceros desde su procedencia. Este requisito se conecta directamente con la exigencia de que las obras utilizadas hayan sido publicadas o puestas a disposición del público.
- g. Se debe respetar los usos honrados: al exigir que la nueva creación no “provoque un efecto perjudicialmente adverso”, refiere que no atenten con la explotación normal de la obra y no cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o titular del derecho.

Ahora bien, inspirado en el ejemplo anterior, la limitación y excepción especial que se propone es la siguiente:

**La utilización de obras preexistentes con propósitos no comerciales**

No será una infracción al derecho de autor y derechos conexos el que se use una obra preexistente (o material protegible por derechos conexos) cuya protección se encuentra vigente, que haya sido lícitamente accesible al público, sin necesidad de solicitar la autorización del autor y sin el pago de remuneración alguna, para la creación de una nueva obra que remezcle, traduzca, adapte, arregle o haga cualquier otra transformación sobre la obra preexistente, para posteriormente ser reproducida y comunicada públicamente. Siempre que:

- la misma no sea objeto de venta u otra transacción a título oneroso, ni tenga directa o indirectamente fines de lucro.
- respete la paternidad de la obra.

- quien realiza la obra tengan motivos razonables para creer que la obra preexistente o el material protegible por derechos conexos, fue obtenido de tal forma que no infrinja derechos de autor, es decir, fue legalmente obtenida.
- sea conforme a los usos honrados, es decir, que no afecte la explotación normal de la obra, ni atente contra los intereses del autor y los titulares de los derechos sobre la obra.
- registre la obra ante la autoridad competente de derecho de autor, señalando expresamente que esta obra se somete a esta limitación y excepción.

La obra derivada creada valiéndose de esta limitación y excepción, siempre impondrá que todas las obras derivadas de ésta misma se hagan con propósitos no comerciales.

Parágrafo. En caso de que se desee emplear la obra creada mediante esta limitación y excepción con propósitos comerciales, es necesario que: a) pasen 2 años contados desde el día que se registre la obra ante la autoridad de registro de derecho autor, señalando que se está cobijado bajo esta limitación; b) se debe contar con la autorización del autor y/o los titulares de los derechos de la obra preexistente, tantos como antecedan en la cadena hasta llegar a la obra que se desea explotar comercialmente, y hacerlos partícipes económicamente de las ganancias en la proporción que acuerden las partes.

La limitación y excepción expuesta tiene las siguientes características y requisitos:

- a. Es una limitación al derecho de autor y conexos: con la expresión “No será una infracción al derecho de autor y derechos conexos”, se quiere hacer referencia a que se protegen tanto las obras protegidas por el derecho de autor, como las prestaciones de los derechos conexos. Pues ambas pueden ser utilizadas en el proceso de remezcla. Igualmente se hace énfasis que se trata de aquellas obras y prestaciones que aún son objeto de protección del

derecho de autor y conexos, por ello se dice “se use una obra preexistente (o material protegible por derechos conexos) cuya protección se encuentra vigente”.

- b. Es una limitación clasificable como de libre utilización: esta es una limitación que pretende que no sea necesario solicitar autorización previa y expresa al titular de la obra ni pagar remuneración alguna por su utilización, por ello puede ser clasificable como una limitación de libre utilización.
- c. Es una limitación a los derechos patrimoniales de reproducción, comunicación pública y transformación: como se ha mencionado anteriormente la obra remezclada puede afectar los derechos patrimoniales de reproducción, comunicación pública y transformación, y esta limitación pretende permitir la remezcla no comercial limitando estos derechos. Por esto la limitación menciona que es lícito usar obras preexistentes en una nueva creación que remezcle, traduzca, adapte, arregle o haga cualquier otra transformación sobre la obra preexistente, para posteriormente ser reproducida y comunicada públicamente. Lo cual es compatible con la dinámica de la obra remezclada en el entorno digital, pues esta limitación no pretende emular la copia privada, sino que pretende permitir que estas obras sean compartidas en la red.
- d. Esta limitación regula la obra remezclada considerada como obra derivada: esta limitación contempla aquella obra remezclada que se considera obra derivada por la inclusión de una labor propiamente transformativa. Esto es así porque ya existe la limitación del derecho de cita, que permite la existencia de la obra remezclada como obra independiente. Lo mismo sucede con la limitación de utilización para fines de la enseñanza y, si bien se mencionó que esta limitación es aplicable tanto para la remezcla como obra independiente como obra derivada, esta limitación no se restringe a los propósitos de la enseñanza.

- e. La obra preexistente debe estar lícitamente accesible al público: en este punto se remite a las observaciones hechas al derecho de cita.
- f. Debe hacerse sin ánimo de lucro: al igual que la limitación de utilización para la enseñanza, se exige que la obra remezclada sea sin ánimo de lucro. Lo cual se hace de forma completa imitando lo dicho por el artículo 22 de la Decisión 351 cuando refería a la limitación de utilización para la enseñanza “la misma no sea objeto de venta u otra transacción a título oneroso, ni tenga directa o indirectamente fines de lucro”. (Comunidad Andina de Naciones (CAN), 1993).

El motivo de exigir que la obra remezclada sea sin ánimo de lucro, es que esta limitación pretende favorecer la cultura lectura escritura y el acto de crear y compartir dentro de ésta.

Por lo tanto, la intención no es crear un mercado basado en obras derivadas que compita directamente con el mercado de las obras preexistentes en las que se basan.

- g. Debe respetar la paternidad de la obra preexistente: es necesario que la obra creada bajo esta limitación respete la paternidad de la obra utilizada. Lo cual exige hacer mención del título de la obra y mencionar al autor de la misma forma como éste se ha hecho asociar a la obra, respetando si la obra es seudónima o anónima.
- h. Conciencia de no infringir derechos de autor: al igual que lo hace la limitación y excepción de la ley de derecho de autor del Canadá (Copyright Act, 1985), se exige que quien realiza la obra tenga motivos razonables para creer que las obras preexistentes utilizadas se obtuvieron de forma legal. Este requisito es relevante en la medida que se considera que las obras preexistentes distribuidas por internet se pueden encontrar en sitios autorizados y no autorizados por el autor o los titulares de los derechos de autor, es

decir, se deben obtener las obras en las plataformas donde fueron lícitamente puestas a disposición al público.

- i. Sea conforme a los usos honrados: quiere decir que los usos honrados son un parámetro de interpretación que se aplica a esta limitación y que tiene en cuenta sus requisitos especiales. En todo caso la obra no debe afectar la explotación normal de la obra preexistente, ni atentar contra los intereses del autor y los titulares de los derechos sobre la obra.
- j. Registrar la obra ante la autoridad competente de derecho de autor, señalando expresamente que esta obra se somete a esta limitación y excepción: esta exigencia responde a unas necesidades de control, conocimiento y acceso, pertinentes para los sujetos involucrados en esta dinámica. El registro de la obra ante la autoridad competente le permite al autor de la obra preexistente identificar cuáles son las obras que utilizan la suya mediante esta limitación, mismo control también se le concede al autor de la obra remezclada. Por otro lado, el registro permite a la comunidad identificar el tipo de obras que estarían disponibles para ser igualmente utilizadas en nuevas creaciones.
- k. La obra derivada creada valiéndose de esta limitación y excepción, siempre impondrá que todas las obras derivadas de esta misma se hagan con propósitos no comerciales: esto hace que toda la producción creativa que esté relacionada con las obras permitidas por esta limitación, continúe usándose dentro del ámbito no comercial.
- l. Posibilidad de explotar comercialmente la obra: la posibilidad que se concede para poder explotar comercialmente la obra, es un método que permite incluir en el mercado cultural aquellas creaciones contando con el apoyo del titular de la obra preexistente. Este método permitiría reconocer beneficios económicos para ambas partes según el acuerdo a que

estas lleguen. Igualmente se impone un periodo de dos (2) años contados desde la fecha de registro, este es un término caprichoso cuyo objetivo es asegurarse que la obra realmente se mantenga dentro del ámbito no comercial, durante ese término.

Vale aclarar que no es una limitación perfecta y que podría tener algunos puntos flacos, por ejemplo: a) ¿qué pasa cuando la obra preexistente tiene una licencia que expresamente prohíbe las obras derivadas?; b) exigir el registro puede ser una carga para el creador amateur. En todo caso, esta y las propuestas anteriores son aproximaciones a la realización legal de la obra remezclada en el entorno digital.

### **Conclusiones**

La obra remezclada, bien sea como obra autónoma amparada por una limitación o excepción o bien como una obra derivada, representa un reto para la regulación del derecho de autor. Pues cuando esta se ve involucrada en el entorno digital, puede representar un problema para la gestión de los derechos patrimoniales y morales sobre las obras preexistentes que son usadas en estas obras derivadas, debido al gran volumen de obras que son producidas gracias a las facilidades que ofrecen las nuevas tecnologías y el entorno digital, obras producidas por profesionales y amateurs, que en ciertas condiciones pueden llegar a infringir los derechos de autor y conexos sobre las obras preexistentes y afectar la economía en la que se encuentran estas creaciones, así como los intereses de sus titulares.

La obra remezclada o remix, como se define en este estudio, corresponde a la técnica de combinar, adaptar, transformar diferentes componentes culturales mientras se adicionan las aportaciones y perspectivas propias de su autor, quien realiza la remezcla. La cual, como lo menciona Lessig (2012) se nutre de dos culturas diferentes, la cultura solo lectura y la cultura lectura escritura, siendo esta última el espacio idóneo para estas obras. Entonces, en palabras de



Lessig (2012): “Sea textual o vaya más allá del texto, la remezcla es *collage*; proviene de la combinación de elementos de la cultura SL, y funciona ampliando el sentido creado mediante la referencia para construir algo nuevo” (pág. 111).

Cuando la obra remezclada, y en general la obra derivada, no cumple los requisitos legales de conformidad con la legislación de derecho de autor, puede llegar a infringir derechos patrimoniales y morales de terceros. Entre los derechos patrimoniales que se pueden llegar a ver vulnerados se encuentran los derechos de reproducción, comunicación pública y transformación. Mientras que entre los derechos morales que pueden llegar a ser vulnerados se encuentran los derechos de paternidad e integridad. Por otro lado, la realización de la obra remezclada en el entorno digital también puede implicar otras conductas que afectan el derecho de autor y hasta pueden llegar a ser castigadas por el derecho penal. Es decir, se puede llegar a saltar las medidas tecnológicas de protección impuestas sobre la obra para salvaguardar sus derechos y también se puede llegar a alterar o suprimir información sobre gestión electrónica de derechos.

Sin embargo, es posible la realización de remezclas y otras obras derivadas en el entorno digital sin infringir derechos de terceros. Entre las opciones que se proponen se encuentra acudir a una limitación y excepción de libre utilización que permita utilizar las obras preexistentes sin necesidad de solicitar una autorización previa y expresa o pagar una remuneración, entre ellas se proponen el derecho de cita y la utilización para fines de enseñanza. También se propone buscar alternativas en el cumplimiento de los requisitos de la obra derivada consistente en la selección de las obras que se utilizan, para poder abordar de forma correcta el requisito de la autorización previa y expresa, pudiendo preferir obras que se encuentran dentro del dominio público u obras cuyos términos de licencia permiten la realización de obras derivadas.

Por otro lado, uno de los principales problemas de la obra remezclada en el entorno digital es la afectación a la explotación económica de la obra preexistente. Cuando ello se da, es necesaria y razonable la aplicación de la legislación del derecho de autor a efectos de impedir estas conductas. Sin embargo, la obra remezclada también se encuentra asociada a la creatividad amateur y a los usos no comerciales. En estas últimas situaciones debería permitirse libremente la realización de este tipo de creaciones, siempre que se mantengan en el ámbito no comercial y no afecten la normal explotación de las obras preexistentes o atenten contra los intereses de sus autores o titulares de derechos sobre estas. Por ello, al final de esta obra se propone una limitación y excepción especial que pretende equilibrar los intereses de los autores y titulares de derechos por el control sobre las obras y el interés de la comunidad de participar de una cultura lectura escritura que rodea estas obras.

Finalmente, el propósito de este estudio fue exponer la existencia de una gran variedad de obras que se encuentran en la red, entre ellas las que se valen de obras preexistentes para su creación y si bien pueden representar un reto para la legislación del derecho de autor, pueden ser clasificables como obras derivadas o bien como obras primigenias, que pueden realizarse de forma legal. Además, estas obras tienen una gran relevancia para la producción creativa, pues extienden la actividad creadora del campo profesional al amateur, dentro de una cultura que el profesor Lessig (2012) denomina cultura lectura escritura.

### Referencias

- Antequera Parilli, R. (2005). *Las limitaciones y excepciones al derecho de autor y los derechos conexos en el entorno digital*. Asuncion: Organizacion Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). Obtenido de [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/lac/es/ompi\\_sgae\\_da\\_asu\\_05/ompi\\_sgae\\_da\\_asu\\_05\\_2.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/lac/es/ompi_sgae_da_asu_05/ompi_sgae_da_asu_05_2.pdf)
- Aragón, E. (2004). Contenido del derecho de autor. el autor, la obra, limitaciones y excepciones. *Tercer seminario regional sobre propiedad intelectual para jueces y fiscales de América Latina* (págs. 1-23). Antigua: Organizacion Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). Obtenido de [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/es/ompi\\_pi\\_ju\\_lac\\_04/ompi\\_pi\\_ju\\_lac\\_04\\_18.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/es/ompi_pi_ju_lac_04/ompi_pi_ju_lac_04_18.pdf)
- Cavelier, G. (1962). *Marcas de fábrica y nombres comerciales*. Bogotá: Temis.
- Cero, L. Z. (18 de Diciembre de 2016). Hablemos de Rule 34 FT Khazoo! | LA ZONA CERO. Obtenido de <https://www.youtube.com/watch?v=SIPhBy2iSOI>
- Challis, B. (Noviembre de 2009). La canción sigue sonando: Examen de los aspectos legales del muestreo musical. *Revista de la OMPI*. Obtenido de Organizacion Mundial de la Propiedad Intelectual: [http://www.wipo.int/wipo\\_magazine/es/2009/06/article\\_0006.html](http://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2009/06/article_0006.html)
- Código Penal Ley 599 de 2000. (2013). *11*.
- Colombia, Congreso de la republica. (28 de Enero de 1982). Ley 23. *Ley Sobre derechos de autor*. Bogota, Colombia: Diario Oficial.
- Comunidad Andina de Naciones (CAN). (17 de Diciembre de 1993). Decision 351 Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos. Lima.

Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas. (9 de Septiembre de 1886). Berna.

Copyright Act. (1985). Canadá. Obtenido de [www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file\\_id=423197](http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=423197)

Creative Commons. (s.f.). *Creative Commons*. Obtenido de <https://creativecommons.org/share-your-work/licensing-considerations/>

Creative Commons. (s.f.). *Creative Commons*. Obtenido de Licensing types:

<https://creativecommons.org/share-your-work/licensing-types-examples/>

Creative Commons. (s.f.). *Creative Commons*. Obtenido de Sobre las licencias:

<https://creativecommons.org/licenses/>

Dawkins, R. (1993). *El gen egoísta Las bases biológicas de nuestra conducta*. (J. R. Suárez, Trad.) Barcelona: Salvat Editores SA.

Dusollier, S. (2010). *Estudio exploratorio sobre el derecho de autor y los derechos conexos y el dominio público*. Ginebra: Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.

Echavarria, M. A. (Mayo de 2016). Notas de clase, Propiedad Intelectual . Medellín , Colombia .

Edmondson, R. (2004). *Filosofía y principios de los archivos audiovisuales* . Paris: Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura .

Haza, A. R. (2014). Videojuegos: ¿programas informáticos u obras creativas? *Revista de la*

*OMPI*. Obtenido de [http://www.wipo.int/wipo\\_magazine/es/2014/04/article\\_0006.html](http://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2014/04/article_0006.html)

Jaramillo, A. V. (2010). *Manual de derecho de autor*. Bogota: Dirección Nacional de Derecho de Autor. Obtenido de

<http://www.derechodeautor.gov.co/documents/10181/331998/Cartilla+derecho+de+autor+%28Alfredo+Vega%29.pdf/e99b0ea4-5c06-4529-ae7a-152616083d40>

Leal, J. L. (2004). Principios generales en materia de derecho de autor y derechos conexos.

Marco normativo internacional. *Tercer seminario regional sobre propiedad intelectual para jueces y fiscales de América Latina* (págs. 1-22). Antigua: Organizacion Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). Obtenido de [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/es/ompi\\_pi\\_ju\\_lac\\_04/ompi\\_pi\\_ju\\_lac\\_04\\_38.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/es/ompi_pi_ju_lac_04/ompi_pi_ju_lac_04_38.pdf)

Lessig, L. (2012). *REMIX Cultura de la remezcla y derechos de autor en el entorno digital*

(Primera ed.). (N. B. Maryam Itatí Portillo, Trad.) Barcelona: Icaria editorial, s.a.

Obtenido de [http://icariaeditorial.com/pdf\\_libros/REMIX.pdf](http://icariaeditorial.com/pdf_libros/REMIX.pdf)

Organización de la Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO).

(s.f.). *OFICINA DE LA UNESCO EN SANTIAGO Oficina Regional de Educación de la UNESCO para América Latina y el Caribe*. Obtenido de Industrias creativas:

[www.unesco.org/new/es/santiago/culture/creative-industries/](http://www.unesco.org/new/es/santiago/culture/creative-industries/)

Organizacion Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). (1996). La obra como objeto del derecho de autor autoría y titularidad. *Seminario regional de la OMPI sobre derecho de autor para editores de America latina* (págs. 1-28). La paz: Organizacion Mundial de la Propiedad Intelectual.

Organizacion Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). (20 de Diciembre de 1996). Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT). Ginebra.

Organizacion Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). (20 de Diciembre de 1996). Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT). Ginebra.

Organizacion Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). (24 de Junio de 2012). Tratado de Beijing sobre Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales. Beijing.

Organizacion Mundial de la Propiedad Intelectual. (1980). *OMPI Glosario De Derecho de Autor y Derechos Conexos*. Ginebra: Organizacion Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI).

Organizacion Mundial de la Propiedad Intelectual. (2016). *Principios básicos de la propiedad industrial*. Ginebra: Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. Obtenido de [www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo\\_pub\\_895\\_2016.pdf](http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo_pub_895_2016.pdf)

Organizacion Mundial de la Propiedad Intelectual. (2016). *Principios básicos del derecho de autor y los derechos conexos*. Ginebra: Organizacion Mundial de la Propiedad Intelectual. Obtenido de [http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo\\_pub\\_909\\_2016.pdf](http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo_pub_909_2016.pdf)

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (2016). *Principios básicos del derecho de autor y los derechos conexos*. Ginebra, Suiza: Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. Obtenido de [http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo\\_pub\\_909\\_2016.pdf](http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo_pub_909_2016.pdf)

Organización Mundial del Comercio (OMC). (1994). Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (ADPIC).

Oxford University Press. (12 de 11 de 2017). *English Oxford Living Dictionaries*. Obtenido de <https://en.oxforddictionaries.com/definition/mash-up>

Oxford University Press. (12 de 11 de 2017). *English Oxford Living Dictionaries*. Obtenido de <https://en.oxforddictionaries.com/definition/sampling>

Oxford University Press. (12 de 11 de 2017). *English Oxford Living Dictionaries*. Obtenido de <https://en.oxforddictionaries.com/definition/remix>

Parilli, R. A. (2000). Propiedad intelectual, derecho de autor y derechos conexos. *Séptimo curso académico regional de la OMPI sobre derecho de autor y derechos conexos para países de América Latina: Los derechos de autor y los derechos conexos desde la perspectiva de*

*su gestión colectiva* (págs. 1-26). San Jose: (OMPI), Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.

Pooley, J. (2013). El secreto comercial: el otro derecho de propiedad intelectual. *Revista de la OMPI*. Obtenido de [http://www.wipo.int/wipo\\_magazine/es/2013/03/article\\_0001.html](http://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2013/03/article_0001.html)

Proceso 80-IP-2007 Interpretación prejudicial, PROCESO 80-IP-2007 (Tribunal de justicia de la comunidad andina 4 de Julio de 20077).

Real Academia Española . (s.f.). *Diccionario de la lengua española*. Obtenido de <http://dle.rae.es/?id=XrXR2VS>

Real Academia Española . (s.f.). *Diccionario de la Real Academia Española* . Obtenido de <http://dle.rae.es/?id=9o3ErmX>

Ricketson, S. (2003). Estudio sobre las limitaciones y excepciones relativas al derecho de autor y a los derechos conexos en el entorno digital. *Comité permanente de derecho de autor y derechos conexos* (págs. 1-93). Ginebra: ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL. Obtenido de [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/sccr\\_9/sccr\\_9\\_7.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/sccr_9/sccr_9_7.pdf)

Rostama, G. (2015). Cultura de la remezcla (remix) y creatividad amateur: el dilema del derecho de autor. *Revista de la OMPI*. Obtenido de

[http://www.wipo.int/wipo\\_magazine/es/2015/03/article\\_0006.html](http://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2015/03/article_0006.html)

Rychlicki, T., & Zieliński, A. (2009). ¿Supone el sampling una infracción del derecho de autor en todos los casos? *Revista de la OMPI*. Obtenido de

[http://www.wipo.int/wipo\\_magazine/es/2009/06/article\\_0007.html](http://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2009/06/article_0007.html)

Showcase, S. &. (22 de Junio de 2013). Just for Hits - Richard Dawkins. Obtenido de

<https://www.youtube.com/watch?v=GFn-ixX9edg>

The Open Source Initiative. (s.f.). *The Open Source Initiative*. Obtenido de

<https://opensource.org/docs/definition.html>

Tratado sobre la Propiedad Intelectual respecto de los Circuitos Integrados. (26 de Mayo de 1989). Wáshington, Estados Unidos de Norte America.

Vergara, S. S. (2000). Derechos de reproduccion y transformacion de las obras. *Septimo curso academico regional de la OMPI sobre derecho de autor y derechos conexos para paises de america latina: "Los derechos de autor y los derechos conexos desde la perspectiva de su gestion colectiva"* (págs. 1-30). San Jose: Organizacion Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI).

Villalba, C. A. (1997). El derecho moral antes y después del acuerdo sobre los ADPIC. *Curso regional de la OMPI sobre derecho de autor y derechos conexos para países de América Latina* (págs. 1-28). Punta del Este: Organizacion Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). Obtenido de

[http://www.wipo.int/mdocsarchives/OMPI\\_DA\\_PDE\\_97/OMPI\\_DA\\_PDE\\_97\\_9\\_S.pdf](http://www.wipo.int/mdocsarchives/OMPI_DA_PDE_97/OMPI_DA_PDE_97_9_S.pdf)

Villarejo, A. M. (2002). Los derechos de los artistas interpretes o ejecutantes en el entorno digital: un enfoque para su reconocimiento. *IV Congreso iberoamericano sobre derecho de autor y derechos conexos: La propiedad intelectual, un canal para el desarrollo* (págs. 1-26). Panama: Organizacion Mundial de la Propiedad intelectual (OMPI).

Vodafone, E. (31 de Enero de 2018). Doblaje y traducción: Localízame ese juego

#EncuentrosGarage. Obtenido de <https://www.youtube.com/watch?v=xi08ih4xFQ8>