

**Problemática en la Regulación de los Derechos Morales en las Obras
Funcionales**

Problems in the Regulation of Moral Rights In Functional Works

Leydi Yamile Barrientos Escobar
Luz Fary Jiménez Acevedo

Docente
Sol Beatriz Calle D'Aleman.

Asignatura
Seminario Trabajo de Grado

Especialización en Derecho Comercial.
Universidad Pontificia Bolivariana
Medellín 2013

Problemática en la Regulación de los Derechos Morales en las Obras Funcionales

Problems in the Regulation of Moral Rights In Functional Works

Leydi Yamile Barrientos Escobar, Abogada, estudiante del programa de especialización en derecho comercial de la Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, Colombia. Correo electrónico: leydibarrientos@hotmail.com

Luz Fary Jiménez Acevedo, Abogada, estudiante del programa de especialización en derecho comercial de la Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, Colombia. Correo electrónico: farisita26@hotmail.com.

Palabras Clave: Derechos morales, obras funcionales, renuncia de derechos, transferencia de derechos, armonización legislativa.

Key Words: Moral rights, functional works, waiver of rights, transfer of rights, legislative harmonization.

Tabla de Contenido

	pág.
Resumen	3
Abstract	4
Introducción	5
1. Obras Funcionales	6
2. Derechos Morales en el Derecho Comparado	9
2.1 Estados Unidos	9
2.2 Europa	10
3. Derechos Morales en Colombia	11
3.1 Derecho de Ineditud	12
3.2 Derecho de Paternidad	13

3.3 Derecho de Integridad	14
3.4 Derecho de Modificación	14
3.5 Derecho de Retracto	15
4. Excepciones a Los Derechos Morales	16
5. Software Libre	17
6. Regulación de los Derechos Morales	18
7. Conclusiones	22
Bibliografía	25

Resumen

Los avances tecnológicos hacen que cada día se tenga la posibilidad de replantear la forma de proteger algunos derechos, sobre todo, los de aquellos que han empleado dichos avances para crear obras, ya que no siempre con dicha protección, se está beneficiando a los autores o a otras personas involucradas en la obra. Es por esto, que se analizarán algunas soluciones jurídicas con el fin de encontrar un equilibrio entre la protección de los derechos morales de los autores de las obras funcionales y la protección de derechos de la sociedad tales como a la educación, el acceso a la cultura y a la información. Para esto, se analizaron los derechos morales reconocidos en Colombia con el fin de identificar los obstáculos que los autores de las obras funcionales confrontan. Además se investigó la regulación de los derechos morales en los países europeos y en los Estados Unidos, encontrando grandes diferencias entre la regulación de dichos derechos morales en ambas legislaciones, ya que mientras en la primera se les da una protección total a los autores, en la segunda casi se desprotege completamente a los mismos, siendo ninguna de las dos regulaciones conveniente para satisfacer las necesidades de los autores y a la vez, para propender por el progreso de la sociedad. Es por esto, que se concluye que para lograr ese equilibrio entre los derechos de los autores, productores, editores, y la sociedad en general, se debe flexibilizar la regulación en materia de derechos morales y el primer paso a dar,

debe ser concederle a los autores la facultad de renunciar o transferir sus derechos morales de modificación e integridad a favor de un tercero, cuando por la esencia de la obra se requiera, o cuando con dicha transferencia se pueda obtener un beneficio para el autor, terceros involucrados en la obra y/o la sociedad misma.

Abstract

Technological advances force us every day to rethink the way we protect certain rights, above all, the rights of those who have employed these advances to produce creations, since that protection does not always benefit those authors or people involved in the work. It is for this reason that several legal solutions will be analyzed in order to find a balance between the protection of the moral rights of the authors of functional works and the protection of the rights of society, such as education and access to culture and information. In order to do this, the moral rights recognized in Colombia were analyzed to identify the obstacles that the authors of functional works confront. Also, the regulation of moral rights in European countries and the United States was investigated, and large differences between the regulation of those moral rights in these legal frameworks were found, since while the former gives total protection to authors, the latter leaves them almost completely unprotected. But neither of the two legal frameworks is suitable to satisfy the needs of the authors and simultaneously foster the progress of society. Therefore, it is concluded that in order to achieve a balance between the rights of authors, producers, editors and society in general, our regulations with respect to moral rights must be made more flexible, and the first step towards this must be to grant authors the right to waive or transfer their moral rights of modification and integrity to a third party, when the essence of a work requires it, or when this transfer benefits the author, third parties involved with the work and/or society itself.

Introducción

Si bien Colombia ha tratado de estar a la vanguardia en cuanto a la regulación jurídica de los derechos morales de autor, y como prueba de ello se tiene la ratificación del Convenio de Berna y las leyes existentes en la materia, también es cierto, que debido a los cambios tecnológicos a los que la sociedad todos los días se enfrenta, no sólo Colombia sino muchos otros países deben comenzar por analizar la aplicación de dichas normas a las nuevas obras, para poder llegar a dar soluciones jurídicas a los inconvenientes que diariamente sufren los autores de dichas obras.

En primer lugar, los Estados deben darse cuenta que ahora existe una nueva clase de obras, que son aquellas que no pertenecen al mundo análogo y que por tanto, no deben ser tratadas como tal. Estas son las obras funcionales, en especial, las que son creadas directamente desde un ordenador y que tienen características totalmente opuestas a las de las obras reguladas en la legislación como las obras literarias, características como la facilidad y conveniencia de modificación y alteración y como ejemplo de ellas se tiene el software.

Sólo con analizar cada derecho moral en particular se puede dar cuenta que, en muchas ocasiones dichos derechos morales más que proteger a los autores, lo que hace es enfrentarlos a muchos retos antes y después de finalizar su obra, debido a que dichas obras tienen como virtud la de poder modificarse fácilmente y adaptarse a las necesidades del usuario, pero por el contrario, la protección de dichos derechos morales lo que busca es evitar que las obras sean modificadas o alteradas por alguien diferente al autor.

Para enfrentar todos los desafíos que diariamente impone la tecnología al momento de proteger los derechos morales a los autores, es que se debe realizar un análisis con el fin de encontrar soluciones jurídicas que posibiliten la protección

de dichos derechos, pero que también satisfagan las necesidades de dichos autores a quienes dicha protección tan estricta no siempre les reportará beneficios y que al mismo tiempo, beneficie a la sociedad en general. Es por esto que se analizarán soluciones como la renunciabilidad, la cesión y/o transferencia de los derechos morales, para lo cual se necesitará un estudio detallado de cada derecho moral en particular, con el fin de identificar la mejor manera de proteger efectivamente dichos derechos a los autores del siglo XXI.

1. Obras Funcionales

Para definir el objeto del presente trabajo, el cual son las obras funcionales se debe acudir a la clasificación de las obras mencionada por el autor, Javier Villate (2001), en su artículo “La propiedad intelectual en la nueva era digital”. En dicho artículo se hace mención a la diferenciación que hizo Richard Stallman en una conferencia el 7 de Julio de 2000 en la Universidad de Burdeos, en la cual distinguió tres tipos de trabajo intelectual: trabajos funcionales, trabajos que expresan una posición personal y trabajos fundamentalmente estéticos.

Son trabajos funcionales las recetas culinarias, el software informático, los libros de texto, los diccionarios y otras obras de consulta, todo lo que se usa para hacer bien una tarea. Para los trabajos funcionales la gente necesita una libertad muy amplia, incluyendo la libertad de publicar versiones modificadas. Lógicamente, esto debe incluir la exigencia de las acreditaciones de los autores y editores originales. Si alguien tiene una mejora que proponer en un diccionario, un libro de texto, un manual de instrucciones, una receta culinaria o un programa informático, debería tener libertad para hacer la modificación y publicar su versión mejorada --de forma gratuita o con precio--, dejando claro siempre quiénes son los autores y editores originales y de cada parte modificada. Es así como se están distribuyendo, por ejemplo, los manuales y la documentación del software de GNU (2001, p. 12 - 13).

Stallman (2000) por otra parte, habla de que para los *trabajos que expresan una posición personal* como los ensayos, las reseñas y comentarios de libros, películas o restaurantes, etc, y para los *trabajos estéticos* como las novelas, las obras de teatro, los poemas, las pinturas, la música, el cine, etc, no hay razón para que la gente tenga la facultad de modificarlos y mejorarlos, por lo tanto, deben conservar su integridad.

Siguiendo la línea que propone Stallman, el análisis de la problemática en el ejercicio de los derechos morales, se debería enfocar solo en el primer grupo, es decir, en los trabajos funcionales, ya que es donde le interesaría al público o a terceros, modificar la obra y a la vez, el autor estaría interesado en que su obra sea mejorada. Pero antes de adentrarse en el análisis del ejercicio de los derechos morales en las obras funcionales, se deben clasificar dichas obras con el fin de identificar cuales generan más inconvenientes para el derecho de autor constituyendo el objeto de estudio.

En primer lugar se debe hacer claridad respecto a que el reconocimiento absoluto de los derechos morales a los autores genera discusión en cuanto a las obras funcionales informáticas y digitales, y no respecto de otras obras funcionales como las del mundo análogo. Es por esto que la investigación se basa en las primeras, pero con la salvedad de que el objeto de estudio no lo constituye todas las obras digitales, sino aquellas que nacen, que son creadas desde un dispositivo tecnológico donde es necesario un programa de ordenador, entre las cuales se tienen las fotografías digitales, los gráficos, etc.

Se considera que esta diferenciación es importante, ya que no genera ninguna duda o discusión, que a los autores de los libros o documentos que son convertidos en archivos digitales mediante un scanner por ejemplo, se les debe proteger todos los derechos morales que se le reconocerían a otro autor cuya obra se encuentra materializada en papel. No quiere decir, que por el simple hecho de

que una obra se encuentre en un medio digital, se le deba restringir los derechos morales a su autor. Sería totalmente descabellado afirmar, que la obra del maestro Gabriel García Márquez por convertirse en un libro electrónico, pasaría a ser una obra digital y por tanto, terceros deberían tener la facultad de modificarla.

Por todo lo anterior, se analizará la problemática de la regulación de los derechos morales en las obras funcionales (digitales e informáticas) ya que la principal virtud de dichas obras es la facilidad de ser modificadas por el autor mismo y por terceras personas. En este tipo de obras es donde se necesita analizar la conveniencia o no de proteger todos los derechos morales a los autores, ya que, en muchas ocasiones, dicha protección tan estricta en vez de reportar un beneficio, puede generar perjuicios para el autor, la obra misma y para el público en general. Tal es el caso de un creador de software, quien lo último que quiere y necesita, es que su obra no se modifique, por el contrario, en aras de que su obra no se vuelva obsoleta, el autor necesita que los usuarios lo desarrollen y lo mejoren.

Además de esto, se debe hacer claridad de que la problemática del ejercicio de los derechos morales toma más relevancia cuando se habla de que dichas obras funcionales están disponibles en la red (internet), ya que cuando las obras son privadas, es decir, se piensa en el creador de software que por alguna razón sólo lo comparte con su familia o sus colegas en la empresa, en este caso, es más difícil que el creador vea vulnerados sus derechos morales, ya que solo pocas personas tendrían acceso a su obra, por lo que le resultaría más fácil ejercer control sobre éstas. Cuando a diferencia del caso anterior y como sucede en la mayoría de los casos, la obra se encuentra en internet, ejercer derechos morales se convierte en un reto por lo que, el objeto de esta investigación serán las obras informáticas y digitales, es decir, las creadas directamente desde un ordenador o software, pero que además de dicha condición, sean obras funcionales y que por último, se encuentren en internet.

2. Derechos Morales en el Derecho Comparado

Respecto al reconocimiento de los derechos morales existen dos corrientes: la *corriente dualista* proveniente del derecho francés, la cual reconoce que hay dos tipos de derechos independientes, los patrimoniales (económicos) y los morales (personales). Para dicha corriente los derechos morales son inalienables, intransferibles, irrenunciables y perpetuos. Por otra parte, está la *corriente monista* proveniente de la legislación alemana, la cual predica que el derecho de autor es solo uno, en el cual, los intereses patrimoniales y morales del autor, se entrecruzan. Según esta teoría, los derechos morales pueden ser renunciables y su protección durará la misma cantidad de tiempo de la protección de los derechos patrimoniales.

2.1 Estados Unidos

Estados Unidos ha sido uno de los países más reacios en proteger los derechos morales de los autores, por considerar que los mismos bloquean el crecimiento económico del país y entorpecen el mercado de dichas obras. Dicho país sólo se adhirió a la Convención de Berna, hasta el año de 1988 y luego de esto se promulgó el Visual Artist Rights Act en 1990. Posteriormente, ante el temor de los titulares de *copyright*, Estados Unidos da a conocer el Libro Blanco, mediante el cual trató de adaptar las normas existentes y contenidas en el *copyright*, replanteando los derechos de autor principalmente los derechos de contenido patrimonial. Como consecuencia de los hallazgos del Libro Blanco, en el cual se evidenció la necesidad de implementar algunas modificaciones que permitieran la existencia de un balance entre los derechos protegidos y las limitaciones a éstos, Estados Unidos promulgó en 1998 el Digital Millennium Copyright Act, el cual introdujo modificaciones necesarias con el fin de desarrollar los tratados de la OMPI de 1996.

A pesar de que los Estados Unidos cuentan con una legislación más avanzada en materia de derechos de autor que muchos otros países, en la práctica se puede evidenciar que no existe protección para los derechos morales de los autores, ya que dicho país le da más importancia a la obra que al creador, su finalidad es obtener logros económicos y una eficiencia en el mercado, dándole en muchas ocasiones, más importancia al interés general que al particular. Ellos consideran que la protección de los derechos morales puede ser un obstáculo al crecimiento de la economía y por esto, le dan la facultad al creador de una obra, de renunciar, transferir o enajenar los derechos morales.

2.2 Europa

Respecto al impacto de las nuevas tecnologías en el derecho de autor, Europa ha tenido también un amplio desarrollo legislativo comenzando por el Libro Blanco publicado en 1985 mediante el cual se evidenció la necesidad de una armonización en materia de derechos de autor y derechos afines. Luego de esto, se publicó el Libro Verde sobre Derechos de Autor y Desafío tecnológico en el año de 1988, el cual sirvió de base al Libro Verde sobre el Derecho de Autor y los Derechos Conexos en la Sociedad de la Información, el cual, “sintetiza el debate entre titulares de derechos, cesionarios, instituciones comunitarias, estados miembros, demás sectores afectados e interesados en abordar el tema de los retos que plantean las nuevas tecnologías a los derechos de autor y afines”. (Rodríguez Moreno, S. p.. 207), la era digital y las excepciones y limitaciones al derechos de autor.

A pesar de que el Libro Verde regule principalmente los derechos patrimoniales y todo lo concerniente a la reproducción, comunicación y transmisión pública, y deje de lado a los derechos morales, se debe precisar que los países europeos son muy proteccionistas de dichos derechos, reconocen su importancia de tal forma, que tienen la categoría de irrenunciables, inalienables e

intransferibles al igual que ocurre en la legislación colombiana.

Respecto a las dos posiciones distantes en cuanto al reconocimiento de los derechos morales, en el artículo “La propiedad intelectual en la nueva era digital” Villate, Javier (2001) cita a J.A.L. Sterling quien ha hecho un resumen de las principales diferencias entre ambas posiciones: la europea y el *copyright* norteamericano, entre las cuales se tiene que el sistema norteamericano está fundamentado en consideraciones económicas, mientras que en el sistema europeo el derecho de autor está vinculado a un concepto de derecho de la personalidad. Además, en el sistema de *copyright*, el autor puede ser una persona física o jurídica, mientras que en el sistema europeo, el autor debe ser una persona natural. A diferencia de lo que ocurre con el sistema norteamericano, en el sistema europeo, los derechos morales ocupan una posición preeminente. Por otra parte, el autor afirma que:

... en cuanto a los derechos conexos a los de autor, en Estados Unidos solo los trabajos originales de autor se protegen mediante *copyright*. Los derechos conexos gozan de una protección minorada o incluso, a veces, de ninguna en especial. En el sistema de derechos de autor, en cambio, está generalmente clara la distinción entre derechos de autor en las obras de creación y los derechos conexos o vecinos de los ejecutantes, productores de fonogramas, productores televisivos u otros.

3. Derechos Morales en Colombia

Son derechos que no tienen como finalidad directa asegurar un beneficio económico al autor de la obra, sino proteger su honra, su reputación y proteger el vínculo existente entre el autor y su obra. Los derechos morales “son derechos personalísimos. Salvaguardan el vínculo que se genera entre el autor y su obra. Son perpetuos, inalienables, inembargables, intransferibles e irrenunciables. No

pueden ser vendidos ni transferidos”. (Martínez Gómez R. y Robayo Cruz, E. C., 2006).

En cuanto a las obras funcionales (informáticas), cada día es más difícil hablar del reconocimiento de los derechos morales a los autores, ya que el mundo actual, los avances tecnológicos y las nuevas necesidades que diariamente la sociedad impone, obstaculizan la materialización de la protección a los autores respecto de sus derechos. A continuación se analizará cada derecho moral en particular:

3.1 Derecho de Ineditud

Aunque en la doctrina y en la Ley 23 de 1982, siempre se comienza hablando del derecho de paternidad e integridad, se ha querido comenzar a analizar el derecho de ineditud, ya que si el autor decide conservar su obra inédita o anónima, es decir, no darla a conocer al público, no se causan los derechos patrimoniales y deja sin sentido el reconocerle derechos como el de paternidad, integridad, modificación y retracto. En otras palabras, si la obra se conserva inédita, no habría riesgo de que las personas pudieran hacer mal uso de ésta u obtener algún lucro sin la autorización del creador. Al respecto el artículo 72 de la Ley 23 de 1982 estatuye: “El derecho patrimonial del autor se causa desde el momento en que la obra o producción, susceptible de estimación económica y cualquiera que sea su finalidad, se divulgue por cualquier forma o modo de expresión”.

Independientemente que la obra sea funcional (informática) o no, éste es un derecho que se le debe reconocer a todos los autores y que por lo tanto, no genera ninguna discusión, ya que sólo el creador de una obra es la única persona que puede determinar si se divulga o no su obra.

3.2 Derecho de Paternidad

Este derecho moral al igual que el derecho de integridad son los únicos derechos morales reconocidos a las obras en la Convención de Berna. Está consagrado en el numeral a) del artículo 30 de la Ley 23 de 1982. En el artículo “Lo que usted debe saber sobre el derecho de autor, los doctores Rodrigo Martínez Gómez y Elsa Cristina Robayo Cruz lo definen así:

Es el derecho que tiene el autor a que se reconozca la obra como suya y a vincular o no su nombre a ella. El autor puede comunicar su obra al público con su propio nombre, con un nombre ficticio (seudónimo) o de manera anónima. El nombre del autor se debe mencionar cada vez que su obra se utilice en ejemplares impresos o publicados, se anuncie (en los casos de representación o ejecución pública o de radiodifusión) o cuando se hagan citaciones de su obra (2006, p. 11).

Respecto a este derecho moral no existe duda que su reconocimiento se debe dar independientemente del tipo de obra de que se esté tratando; inclusive el movimiento de Software Libre, reconoce dicho derecho a los autores. La doctora María Cecilia Ricardo Ayerbe en su tesis Medidas Tecnológicas de Protección de Derechos de Autor en el Entorno Digital a la Luz de la Realidad Colombiana afirma:

En este sentido siempre que una obra sea puesta a disposición del público en cualquier medio, tomemos en este caso Internet, debe ser claro que debe indicarse el autor de la obra, y si a su vez es tomada parte o la totalidad de la obra para ser redistribuida por un usuario o para utilizarla en algún trabajo debe igualmente, reconocerse el derecho de paternidad del autor. (2004, p. 144).

Teniendo en cuenta que una de las virtudes de las obras funcionales (informáticas y digitales) es que estas pueden ser transferidas fácilmente y pueden ser compartidas en internet, se hace cada día más difícil controlar que no se

vulneren derechos como el de paternidad del autor, ya que sucede frecuentemente que la información del autor se pierde al descargar un documento de internet, o que el usuario envíe un archivo como si fuera de su autoría. Sin embargo, debe considerarse que la misma tecnología ofrece algunas medidas que logran obstaculizar al máximo la vulneración de este derecho.

3.3 Derecho de Integridad

Es el derecho que tiene el autor “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 esto...”. Numeral b) del artículo 30 de la Ley 23 de 1982.

Cuando se habla de las características de las obras funcionales (informáticas) respecto de la facilidad de modificación y alteración, se ve que existe un gran desafío para conservar íntegra una obra que circula en internet, a pesar de las medidas tecnológicas que puedan existir para evitar la vulneración de este derecho.

3.4 Derecho de Modificación

Es la facultad que tiene el autor de modificar su obra antes o después de darla a conocer al público. Numeral d) del artículo 30 de la Ley 23 de 1982.

Se considera que el reconocimiento de este derecho en el mundo informático y digital sí puede tener muchos desafíos ya que como se ha mencionado, la esencia de las obras funcionales informáticas es que puedan ser maleables, modificables, alterables con facilidad. En ello es que radica la diferencia con las obras análogas. Si bien es cierto, que es posible que muchos autores no deseen que sus obras sean modificadas por un tercero, también hay que reconocer que hay muchos otros autores que necesitan de otra persona(s) para que modifiquen y adapten su obra antes de publicarla. Un ejemplo de ellos

sería un fotógrafo quien necesita entregar su obra a un editor para que la modifique ya que son los efectos de la fotografía lo que la hacen diferente de las demás.

Si bien los autores celebran contratos con los editores para la correspondiente edición de sus obras, en muchas ocasiones, dichos contratos traspasan las fronteras respecto a las facultades de modificación de una obra, vulnerando así los derechos morales de los autores e incurriendo en un delito penal. Teniendo en cuenta la inseguridad jurídica que puede llegar a generar este tipo de prácticas, es que se deben encontrar soluciones que protejan los intereses, no sólo del autor de la obra, sino también de quienes intervienen de una u otra manera en el producto final que se entrega al consumidor.

También existen otros casos en los que el autor no desea conservar la exclusividad en la modificación de su obra, y que por el contrario, lo que quiere es conocer las ideas de otras personas para mejorar su producto. Dicho creador, aunque quisiera, no puede bajo la legislación actual colombiana, desprenderse del derecho moral de modificación. Tal es el caso de los creadores de bases de datos, de obras audiovisuales, software, etc. Es por esto, que la legislación debe permitirle al autor, como propietario de su obra, disponer de esta cuando lo considere necesario y/o conveniente, y no, ponerle obstáculos que imposibiliten el crecimiento y desarrollo de la obra misma en beneficio del autor mismo y de la sociedad en general, quien en últimas, siempre será quien disfrute del progreso cultural, científico, etc., que pueda generar dicha obra.

3.5 Derecho de Retracto

Es el derecho que tiene exclusivamente el autor de retirar o suspender la circulación de su obra cuando lo considere conveniente, aún después de haber autorizado su circulación. En este caso debe indemnizar a quienes haya causado perjuicios con su actuar. Numeral e) del artículo 30 de la Ley 23 de 1982.

Hablar del ejercicio del derecho de retracto en las obras funcionales informáticas que circulan en internet es casi imposible, ya que sería muy difícil que el autor pueda recuperar su obra y asegurarse de que nadie más la use. Se considera que a medida que se flexibilice la protección de los derechos morales en la legislación colombiana, este derecho cada día irá perdiendo más vigencia e irá desapareciendo por la imposibilidad de materializarlo en la práctica.

4. Excepciones a los Derechos Morales

En nuestra legislación existen pocas excepciones a los derechos morales. Una de ellas está contenida en el inciso 2 del art. 126 de la Ley 23 de 1982 según la cual el editor puede contratar con un tercero la preparación de los nuevos originales de las obras que por su carácter deban ser actualizadas, cuando el autor no pueda hacerlo. Aquí se plantea una excepción al derecho moral de modificación que bien podría ser utilizado en las obras funcionales, cuando tales deban ser sometidas a cambios, pero siempre y cuando sean obras que, como el mismo artículo lo menciona, por su carácter deban ser actualizadas. Sin embargo, esta excepción tiene un ámbito de aplicación muy estrecho.

Hay quienes afirman que existe otra excepción la cual está contenida en el inciso 3 del art. 91 de la Ley 23 de 1982 mediante la cual se restringen los derechos morales de los autores para proteger los derechos de las entidades públicas, cuando la obra fue creada por empleados o funcionarios públicos, en cumplimiento de las obligaciones constitucionales y legales de su cargo. Esta excepción nos muestra que los derechos morales no son totalmente absolutos como en teoría se propone, ya que se pueden limitar con el fin de proteger los derechos de las entidades públicas.

Por otra parte, respecto al software, la Decisión 351 de 1993, artículo 27 establece que el usuario puede adaptar un programa de ordenador a sus

necesidades para su exclusiva utilización y que ello no constituye una modificación. Dicha excepción se contrapone a los fines perseguidos por el movimiento de software libre, según el cual, el usuario debe tener el derecho no sólo de modificar, de adaptar un programa de ordenador sino también a publicar el mismo con las modificaciones, para que otros usuarios se puedan beneficiar de las mejoras realizadas.

5. Software Libre

Desde hace varias décadas, han surgido varios movimientos que propugnan por darles libertad a los usuarios de software para modificarlos e inclusive, publicar sus versiones mejoradas con el fin de que otros puedan beneficiarse de él, con la condición de que el programa resultante de una modificación, se distribuya bajo las mismas condiciones del original, es decir, con las mismas libertades. Richard Stallman ha sido la primera persona en promover la idea del software libre, es el creador del sistema operativo GNU/Linux y el fundador de la Free Software Foundation.

La página oficial del sistema operativo GNU define el software libre y explica las libertades que otorga a los usuarios de la siguiente manera: “«Software libre» significa que el software respeta la libertad de los usuarios y la comunidad. En términos generales, los usuarios tienen la libertad de copiar, distribuir, estudiar, modificar y mejorar el software. Con estas libertades, los usuarios (tanto individualmente como en forma colectiva) controlan el programa y lo que hace”.

Stallman (s.f) considera que las personas debemos tener derecho a usar, copiar y distribuir software libremente, porque eso es bueno para todos, beneficia a la sociedad en general. No solo extiende el uso de software, sino que extiende, también, el espíritu de cooperación que toda sociedad necesita”. Javier Villate. Artículo “La propiedad intelectual en la nueva obra digital.

En la Guía práctica sobre software libre su selección y aplicación local en América Latina y el Caribe publicada por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, (2007) se explican los motivos por los cuales es importante usar un Software Libre en la Educación, entre los cuales están la reducción de costos en la compra de las licencias, las seguridad y confiabilidad del software libre, la posibilidad de copiar y difundir el software sin incurrir en un delito, la estimulación a los alumnos de apropiarse de la tecnología y adaptarla a sus necesidades. En ese mismo sentido afirman:

Pero además le estamos enseñando al estudiante que hay muchas cosas por hacer, que la obra nunca está acabada y que puede colaborar en su construcción, que su aporte es bienvenido, que puede cooperar con otros, que puede difundir el conocimiento, todo ello participando en la construcción, modificación y difusión del software. p. 54.

Se considera que los mismos argumentos para permitir facultades a los usuarios, tales como la modificación del software, son totalmente aplicables a otras obras funcionales, en las cuales sea necesario que el autor se desprenda de algunos de sus derechos, con el fin de que otros usuarios puedan desarrollar y mejorar la obra. Un ejemplo de este tipo de obras funcionales (informáticas) lo constituyen las bases de datos, la cuales son objeto no sólo de constante actualización de información sino que también sobre las cuales, terceras personas pueden desarrollar nuevos sistemas que puedan mejorar dicha base de datos.

6. Regulación de los Derechos Morales

La Corte Constitucional de Colombia mediante sentencia C 155 de 1998 le dio a los derechos morales la categoría de derechos fundamentales y como tal, son irrenunciables, inalienables, imprescriptibles y perpetuos. Pero, ¿Será posible seguir tratando a los derechos morales como derechos fundamentales en la época actual? Respetuosamente se considera que la Corte se extralimitó al otorgarle a

los derechos morales la categoría de derechos fundamentales y dicha extralimitación es más notoria cuando hablamos del ejercicio de esos derechos en obras funcionales, especialmente las informáticas.

Se precisa que en primer lugar la protección no debe ser absoluta y que se debe adaptar la legislación a los nuevos cambios de la tecnología y la sociedad. Desde tiempos atrás, la propiedad ha obedecido a cumplir con una función social de la cual no debe ser ajena la propiedad intelectual, ya que debe existir la posibilidad de que la creación llegue a estar al servicio de la comunidad. Esta ideología no pretende desproteger al creador de una obra funcional, sino tratar de que la finalidad de las obras no involucre sólo los intereses del creador, sino también que satisfaga la necesidad de la sociedad de nutrirse de conocimiento, de acceder a la cultura. Las obras funcionales, principalmente las informáticas obedecen también a un espíritu de dinamismo y de intercambiar conocimientos de manera simultánea e inclusive, de cotejar la veracidad de la información y someterla a un juicio de valor. El dinamismo de las obras funcionales lleva implícito la posibilidad de seguir desarrollando lo creado, de mejorarlo y de ponerlo al servicio de la comunidad.

Si bien, el artículo 27 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos reconoce la protección de los derechos morales y materiales a los autores sobre sus obras, dicho reconocimiento se ve limitado por el reconocimiento de los derechos a favor de la sociedad tales como el derecho al acceso a la cultura, la información y el derecho de educación, el mismo artículo reconoce también el derecho de todos los individuos a “tomar parte en la vida cultural de la comunidad, gozar de las artes y participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten”. Son precisamente las producciones intelectuales las que integran y promueven la vida cultural, las artes y el desarrollo científico en la sociedad. Por lo tanto la Declaración Universal de los Derechos Humanos ha consagrado el derecho de autor como un derecho no absoluto, pues junto a él existen las prerrogativas que tiene la sociedad para disfrutar libremente

de las creaciones intelectuales, las cuales no pueden ser desconocidas.” Rodríguez Moreno, Sofía. 2004. pp. 48 - 49. “La era digital y las excepciones y limitaciones al derechos de autor”..

Definitivamente, los tiempos implican cambio y el mundo moderno plantea hoy la necesidad de reevaluar, de redimensionar frente a las obras funcionales la aplicación de una protección total de los derechos morales inherentes al autor. Para muchos tratar de dar un tratamiento a las obras funcionales (informáticas y digitales) igual que a las obras materiales, contraviene el sentido para el cual son desarrolladas dichas obras. Es por esto, que países como los Estados Unidos, al darse cuenta de que su regulación para esa época no era apropiada para las obras digitales, se vio obligado a legislar sobre la materia, dando un avance con respecto al copyright al expedir leyes como *Visual Artist Rights Act* y *Digital Millenium Copyright Act*, leyes que aunque han sido criticadas por algunos, por lo menos han tratado de estar a la vanguardia con el desarrollo tecnológico y las necesidades que dicho desarrollo trae consigo.

Se podría considerar que Colombia debe hacer lo propio para flexibilizar su regulación en cuanto a la protección de los derechos morales de los autores respecto de las obras funcionales, especialmente las informáticas, ya que debe tenerse en cuenta que una protección ilimitada de ellos, puede conllevar a limitar derechos esenciales de la sociedad como al acceso a la cultura y a formar parte del progreso científico de ésta.

Se debe tener presente siempre que en todo este asunto de las obras funcionales no sólo debemos proteger los derechos de los autores y de la sociedad, sino también de otros sujetos, que de una u otra manera, hacen parte integral del proceso de creación de una obra, como los editores, productores y empresarios. Al respecto la doctora Sofía Rodríguez Moreno, en su obra “La era digital y las excepciones y limitaciones al derechos de autor” afirma que:

El derecho de autor no es un derecho absoluto. Al igual que los otros derechos,

también está sometido a ciertos límites que garantizan prerrogativas no menos significativas, que impiden considerar al autor como el único protagonista en un ámbito en el que se encuentra aislado con una creación que le pertenece. El punto esencial de la creación radica precisamente en la posibilidad de compartirla y de que existan unos destinatarios capaces de disfrutarla. El derecho de autor involucra diversos intereses, no sólo los que corresponden a los creadores, sino también los de los empresarios (editores, productores, etc.) y por supuesto los del público. (Rodríguez, 2004. p. 61).

Si se analiza todo lo anterior, se encuentra que debe dársele un tratamiento jurídico especial a las obras funcionales especialmente a las informáticas, ya que éstas tienen características diferentes a otras obras análogas y por tanto, se deben regular de un manera tal que no restrinjan los derechos del público en general, pero que además, favorezcan al autor de las obras, y a todo aquel que contribuye a la obra. Es decir, se necesita una regulación que encuentre el equilibrio entre el reconocimiento de los derechos del público y de los autores de las obras, con la finalidad de lograr siempre un progreso en la sociedad. La idea no es sólo tratar de proteger los derechos morales de autor respecto a las obras funcionales, con medidas tecnológicas que protejan derechos morales como el de modificación y, con legislación que sancione a quienes infrinjan la norma, ya que ambas medidas además de que pueden llegar a ser innecesarias, también pueden desconocer otros derechos del público en general, como por ejemplo, los derechos a la información, a la educación, al conocimiento y a acceder a la cultura.

“Son los intereses sociales los que justifican la utilización libre de las obras protegidas y lo son también los derechos de la sociedad a la cultura, a la información, a la educación, a la participación en los resultados de la producción creativa. Esta participación estimula además a los miembros de la comunidad a convertirse en gestores de esa actividad productiva”. (Rodríguez, 2004. p. 64 Y 65) Moreno, Sofía. “La era digital y las excepciones y limitaciones al derechos de autor”. pp. 64, 65.

7. Conclusiones

Con el fin de dar un paso adelante en la flexibilización de los derechos morales en las obras funcionales en Colombia, se podría otorgar a los autores de dichas obras la facultad de renunciar, ceder o enajenar el derecho moral de modificación cuando lo consideren conveniente, cuando dicha acción les pueda generar más ingresos económicos, cuando por la naturaleza misma de la obra sea esencial desprenderse de dichos derechos. Lo anterior se hace necesario para lograr el desarrollo mismo de las obras funcionales, las cuales deben estar sujetas a un continuo cambio y evolución, ya que de lo contrario se volverían obsoletas. Con dicha medida no sólo se beneficiaría al autor de las obras sino también a los terceros involucrados en ella (productores, editores, empresarios, etc) y a la sociedad en general.

Se considera que no es suficiente con que el autor pueda enajenar o ceder su derecho patrimonial de transformación, ya que dicho derecho otorga facultades muy limitadas al adquirente, con las cuales no sería posible desarrollar, modificar y mejorar la obra funcional (informática), por lo tanto, se hace necesario otorgarle la facultad al autor de ceder, renunciar y enajenar el derecho moral de modificación sobre su obra funcional, ya que de lo contrario, se estaría yendo en contra de la esencia misma de ésta. Además, es totalmente viable, que el autor de una obra como propietario de la misma, sea quien decida, por una u otra razón, si es conveniente y/o necesario desprenderse de su derecho moral de modificación.

Lo anterior se podría realizar mediante licencias concedidas por los autores a terceros, para que modifiquen o alteren las obras sin el riesgo de que, por ignorancia o la permisibilidad del mismo autor, puedan estar incurriendo en la comisión de un delito penal, como actualmente sucede. Dichas licencias generarán seguridad jurídica entre los autores, los editores, productores y el usuario final, quienes podrán hacer un uso libre de la obra.

Lo que si se considera conveniente recalcar, es que quien tenga la facultad de modificar la obra, lo puede hacer pero condicionado a siempre respetar el derecho de paternidad del autor. Por lo tanto, en la obra modificada, deberá informar al público quien es el autor original de la obra, el lugar donde se pueda adquirir ese original y la indicación de qué parte de la obra fue modificado. De esta manera, se protege el derecho de paternidad del autor, el cual consideramos es inherente a la persona humana ya que representa ese vínculo entre el autor y su obra.

Ahora bien, se sabe que controlar el uso de las obras funcionales (informáticas), una vez que éstas son publicadas a través de internet por el autor, es una tarea cada vez más difícil, a pesar de las medidas tecnológicas que se puedan implementar o de la drástica legislación que se pueda tener en un lugar. La violación del derecho de paternidad en las obras que circulan en internet es una práctica común entre los usuarios, quienes creen que sólo por estar la obra en internet, es una obra pública carente de autor. Pero así como el derecho de autor debe tener limitantes, el uso o la manipulación de dichas obras también lo deben tener, ya que principalmente se debe respetar el derecho de paternidad que tiene el autor así como salvaguardar su honra y reputación. Dichas restricciones tendrían que ser estudiadas y reguladas por el legislador con el fin de proteger los derechos del autor así como también, garantizar a la sociedad el ejercicio de derechos tan importantes como la educación, información, acceso a la cultura, etc.

La invitación es para que todos los países se enfrenten al reto de armonizar las legislaciones, encontrando un punto de equilibrio en el que se logre la protección de los derechos de los autores en la era informática pero en el que también, se incentive el ejercicio de otros derechos igualmente importantes para el progreso de la sociedad. Los derechos de autor no trascienden fronteras sino que no conocen de fronteras, es por esto, que ambos sistemas, el anglosajón y el europeo tendrán que conciliar sus diferencias respecto a su regulación en la protección de los derechos morales, lo que implicaría un mayor compromiso en

dicha protección por parte de quienes comparten la filosofía del sistema anglosajón, y una flexibilización en dicha protección por parte de los países que acogen los preceptos del sistema europeo. En este sentido, se considera que Europa ya ha dado un gran paso al reconocer que debido al desarrollo tecnológico su legislación debe adaptarse con el fin de responder a las nuevas necesidades que trae consigo, y consecuentemente, reconoce la importancia de una armonización legislativa entre los Estados europeos, por lo cual expidió la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de mayo de 2001 relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información.

Al respecto los autores Fernández-Molina J. C y Peis, Eduardo en su artículo "The moral rights of Authors in the Age of Digital Information" afirman en sus conclusiones que el entorno digital requiere buscar un balance entre las dos fuerzas opuestas: la aplicación estricta de los derechos morales de los autores (en los países europeos), y la flexibilidad o irrelevancia de esos derechos (en los países anglosajones). Afirman además, que debemos resaltar que las características de inalterabilidad e irrenunciabilidad en algunas ocasiones causan perjuicios a los autores, a quienes se les podrá pagar menos por sus obras si los editores no adquieren derechos morales. Esta es la razón por la cual más y más expertos europeos consideran que ceder ciertos atributos morales a los editores puede beneficiar a los autores, ya que el sector de los editores puede estar en una mejor posición para defender los derechos morales en el mercado de hoy. Afirman además, que también necesitamos regular la alteración y subsecuente difusión de los contenidos de la obra del autor, sin interferir con su creatividad y libertad de expresión. Sostienen que una manera de asegurar un mínimo de protección, sería exigir que se ponga una nota en la obra indicando que ha sido alterada y, enseñando la manera de obtener la original. Esto ayudaría a evitar la transmisión de información falsa a la misma vez que se protege la honra y reputación del autor.

El hecho de que Colombia le llegue a otorgar a los autores la facultad de renunciar, transferir o enajenar el derecho moral de modificación es una gran paso pero sólo el primero para lograr esa armonización legislativa. El esfuerzo deberá ser conjunto, para que algún día en materia de derechos morales de autor, todos podamos estar hablando en un mismo idioma.

Bibliografía

Corte Constitucional de Colombia (1998). Santafé de Bogotá D.C. Sentencia C - 155. Magistrado Ponente: Doctor Vladimiro Naranjo Mesa.

Fernandez-Molina, J. C. and Peis, E. (2001), The moral rights of authors in the age of digital information. Recuperado en agosto de 2013 de [http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1002/1097-4571\(2000\)9999:9999%3C::AID-ASI1060%3E3.0.CO;2-B/abstract;jsessionid=4D0A5DC37781CF7BAF48A18E410D24B9.f02t02?deniedAccessCustomisedMessage=&userIsAuthenticated=false](http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1002/1097-4571(2000)9999:9999%3C::AID-ASI1060%3E3.0.CO;2-B/abstract;jsessionid=4D0A5DC37781CF7BAF48A18E410D24B9.f02t02?deniedAccessCustomisedMessage=&userIsAuthenticated=false)

Herrera Bravo, Rodolfo. Algunas Obras Digitales Y Su Protección Jurídica. s.f. Recuperado en agosto de 2013 de: <http://www.galeon.com/rodolfoherrera/obrasdigitales.pdf>
<http://www.bu.edu/law/central/jd/organizations/journals/international/volume24n2/documents/213-282.pdf>

Martínez Gómez R. y Robayo Cruz, E. C. lo que usted debe saber sobre el derecho de autor. 2006. Recuperado en septiembre de 2013 de: <http://www.usergioarboleda.edu.co/fondo/lo%20que%20usted%20debe%20saber%20sobre%20el%20derecho%20autor.pdf>

Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura.

Guía práctica sobre software libre su selección y aplicación local en América Latina y el Caribe. 2007. Recuperado en octubre de 2013 de:

<http://unesdoc.unesco.org/images/0015/001560/156096s.pdf>

Ricardo Ayerbe M. C. Tesis Medidas Tecnológicas de Protección de Derechos de Autor en el Entorno Digital a la Luz de la Realidad Colombiana. 2004. (Tesis de grado, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia. Recuperado en octubre de 2013 de:

<http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere6/DEFINITIVA/TESIS82.pdf>

Rodríguez Moreno, S. La Era Digital y las Excepciones y Limitaciones al Derecho de Autor, 2004. Universidad Externado de Colombia. Falta la ciudad y la editorial.

Villate, J. 2001. La propiedad intelectual en la nueva era digital. Recuperado en agosto de 2013 de:

http://www.reddebibliotecas.org.co/News/Documents/La_propiedad_intelectual_en_la_nueva_era_digital.pdf

<http://www.gnu.org/philosophy/free-sw.es.html>

<http://www.derechodeautor.gov.co>

<http://www.wipo.int/portal/en/index.html>

<http://www.sic.gov.co>