



Bogotá, D.C.

C-1.1.

87347

Asunto: Generalidades- Derecho de Imagen – contenidos digitales - Comunicación Publica - Licencias Creative Commons

I. GENERALIDADES DEL DERECHO DE AUTOR

El Derecho de Autor consiste en un conjunto de normas que protegen los derechos subjetivos del creador o autor de la obra, entendida esta como *“toda creación intelectual, original, expresada en una forma reproducible”*¹, en este mismo sentido la Decisión Andina 351 de 1993 en su artículo 3º define a la obra como *“toda creación intelectual originaria, de naturaleza artística, científica o literaria susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma”*².

La protección que se concede al autor de la obra, tiene origen desde el momento mismo de la creación de la obra, sin que para ello se requiera formalidad jurídica alguna.

De la autoría se desprenden dos tipos de derechos: los Derechos Morales y los Derechos Patrimoniales.

Los derechos morales facultan al autor para reivindicar en todo tiempo la paternidad de la obra, oponerse a toda deformación que demerite su creación, publicarla o conservarla inédita, modificarla y a retirarla de circulación; estos derechos se caracterizan por ser intransferibles, irrenunciables e imprescriptibles.

Específicamente los derechos morales consagrados en nuestro ordenamiento jurídico son los siguientes:

¹ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). Glosario del Derecho de Autor y Derechos Conexos. Autor Principal György Boyta. Ginebra, 1980. Voz 262., p. 268.

² Comunidad Andina. Decisión Andina 351 de 1993, artículo 3.



- **Derecho de paternidad:** es la facultad que tiene el autor para exigir a un tercero que se le reconozca siempre como creador de su obra, indicando su nombre o seudónimo en todo acto de explotación o utilización.
- **Derecho de integridad:** es la facultad que tiene el autor para oponerse a toda deformación o mutilación de la obra que atente contra el decoro de la misma o la reputación del autor.
- **Derecho de ineditud:** es la facultad que tiene el autor para dar a conocer o no su obra al público.
- **Derecho de modificación:** es la facultad que permite al autor hacer cambios a su obra antes o después de su publicación.
- **Derecho de retracto:** es la facultad que tiene el autor de retirar de circulación una obra o suspender su utilización, aun cuando hubiera sido previamente autorizada.

Por su parte, **los derechos patrimoniales** son el conjunto de prerrogativas del autor que le permiten explotar económicamente la obra. En ejercicio de estos *derechos patrimoniales*, los autores o los terceros que por virtud de alguna transferencia sean los titulares de los *derechos patrimoniales*, tienen la facultad exclusiva, de realizar, autorizar o prohibir la utilización de su obra, que implique actos de reproducción, comunicación pública, distribución y/o transformación.

Específicamente los derechos patrimoniales consagrados en nuestro ordenamiento jurídico son los siguientes:

- **Reproducción:** es el acto que consiste en fijar la obra o obtener copias, de toda o parte de ésta, por cualquier medio o procedimiento, conocido o por conocer.
- **Comunicación pública:** es el acto por el cual un grupo de personas reunidas o no en un mismo lugar, puede tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares de cada una de ellas.
- **Distribución:** es el acto de puesta a disposición al público de ejemplares tangibles de la obra mediante la venta, arrendamiento o alquiler.
- **Transformación:** es acto de adaptación, arreglo o cualquier otra transformación de la obra.

P:\Jurídica\PRAX\conceptos\Generalidades, licencias, fotografía, derecho de imagen, Rad. 81012, AVARELA, gcjajvilca, diciembre de 2015.docx

[2]



Así las cosas, cuando un tercero pretenda utilizar una obra protegida por el derecho de autor, necesita de la **autorización** del titular de los derechos patrimoniales de manera **previa** (anterior al uso) y **expresa** (no tácita) para tal efecto y **puede ser concedida a título gratuito u oneroso**.

II. LA PROTECCIÓN DE LAS OBRAS EN FORMATO DIGITAL

En relación con las obras protegidas por derecho de autor, creadas en formato digital, es importante precisar que todas disposiciones contenidas en la Decisión Andina 351 de 1993 y en la Ley 23 de 1982, son aplicables a este tipo de obras.

En el ejercicio de derechos patrimoniales, el autor, o de ser el caso, el titular de la obra puede de manera exclusiva autorizar o prohibir que la obra sea comunicada al público, reproducida, distribuida o transformada.

Ahora bien, teniendo en cuenta el objeto de su consulta es pertinente traer a colación la declaración concertada del Tratado OMPI de 1996, en relación con el derecho de reproducción donde se establece: *“El derecho de reproducción, tal como se establece en el artículo 9 del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas de 1886, y las excepciones permitidas en virtud del mismo, son totalmente aplicables en el entorno digital, en particular a la utilización de obras en forma digital. Queda entendido que el almacenamiento en forma digital en un soporte electrónico de una obra protegida, constituye una reproducción en el sentido del artículo 9 del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas de 1886”*. (Negrilla fuera de texto).

Del mismo modo, en el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA)³, en su artículo 8 se dispuso, en favor de los autores, la facultad de autorizar cualquier forma de comunicación pública de sus creaciones por medios alámbricos o inalámbricos, aclarando que una forma de comunicación al

³ Ley 565 de 2000



público es la denominada *puesta a disposición*, la cual se presenta cuando los miembros del público pueden acceder a las obras “*desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija*”. De manera que quien pretenda poner a disposición del público obras, deberá contar con la previa y expresa autorización de su autor o titular.

Por su parte, el artículo 4 de la Decisión Andina 351 de 1993, establece protección a las obras de una manera amplia, cuando fija el objeto del derecho de autor, así:

“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, (...).” (Negrilla fuera de texto).

Adicionalmente, el Glosario de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, OMPI, al definir el derecho de autor, señala:

“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 comunicarla al público de cualquier manera o por cualquier medio, y también para autorizar a otros a que la utilicen de maneras definidas. (...)”⁴ (Negrilla fuera de texto).

No obstante, el artículo 77 de la Ley 23 de 1982⁵, señala que cada forma de uso es independiente de las demás, es decir que cada una de ellas requiere de una autorización diferente o expresa de manera autónoma, toda vez que la concesión de uso por una de ellas no faculta al usuario para las demás. Vale decir que si un usuario o licenciataria adquiere la autorización para reproducir una obra, no podrá llevar a cabo otra forma de uso distinta de aquella.

⁴ OMPI GLOSARIO de Derecho de Autor y Derechos Conexos, Published by the World Intellectual Property Organization, Geneva, 1980, p.59

⁵ “Las distintas formas de utilización de la obra son independientes entre ellas; la autorización del autor para una forma de utilización no se extiende a las demás.”



En este sentido, es necesario resaltar que la protección otorgada por el derecho de autor es independientemente del medio en que son difundidas las creaciones, tal como lo dispone el artículo 2º de la Ley 23 de 1982, el cual señala:

“Artículo 2º. Los derechos de autor recaen sobre las obras científicas, literarias y artísticas en las cuales se comprenden todas las creaciones del espíritu en el campo científico, literario y artístico, cualquiera sea el modo de expresión y cualquiera que sea el modo o forma de expresión y cualquiera que sea su destinación, (...) 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 medio conocido, o por conocer”.

Es claro entonces que, la disciplina jurídica del derecho de autor en alguna medida ha vaticinado que con el arribo de los avances tecnológicos seguramente aparecerán nuevas formas de explotar las obras literarias y artísticas, así como multifacéticos medios en virtud de los cuales podrán ser reproducidas, transformadas, distribuidas o comunicadas al público. Por tanto, la legislación autoral ha optado por no restringir las facultades de los titulares con respecto a los avances tecnológicos.

En consecuencia, tenemos que aun cuando una obra literaria, musical o artística sea difundida a través de internet, ello no significa que dichas creaciones se encuentren desprotegidas. Por el contrario, la legislación autoral se aplica indistintamente del medio por el cual se difunda la obra.

III. EL DERECHO DE PUESTA A DISPOSICIÓN

El derecho de autor a lo largo de su historia ha tenido que adaptarse a los avances tecnológicos y a las nuevas formas de explotación de las obras, sin que ello signifique una disminución de las prerrogativas reconocidas a los autores.

Así por ejemplo, en el año 1996 se adoptaron al interior de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) dos tratados internacionales, los



cuales tenían como objeto otorgar claridad jurídica en lo que respecta a la protección de las obras explotadas en Internet.

Para el caso de su consulta, es interesante observar como el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA)⁶, en su artículo 8 dispuso a favor de los autores la facultad de autorizar cualquier forma de comunicación pública de sus creaciones por medios alámbricos o inalámbricos, aclarando que una forma de comunicación al público es la denominada “puesta a disposición”, la cual se presenta cuando los miembros del público pueden acceder a las obras “desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija”. De tal manera que quien pretenda poner a disposición del público obras protegidas por derecho de autor, deberá contar con la previa y expresa autorización de su autor o titular.

IV. OBRA DERIVADA

La obra derivada es el resultado de la autorización que concede el autor para transformar o modificar su obra originaria, de tal manera, que en la creación de aquella, se toma como base el aporte intelectual de una obra preexistente.

De acuerdo con el Convenio de Berna, artículo 2, numeral 3) las obras derivadas “(...) **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”.

De otra parte la Decisión Andina 351 de 1993, establece en su 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”.

Así mismo, el artículo 5° de la Ley 23 de 1982 establece que:

⁶ Ley 565 de 2000



“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, (...)*

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

(...)

Parágrafo.- 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”.

Una obra derivada será protegida por el derecho de autor en tanto y en cuanto sea una creación intelectual original y tenga la autorización del autor de la obra original, siempre que dicha transformación se realice con base en una obra protegida.

La creación intelectual⁷ de este tipo debe entenderse en la medida en que se incorporan o se aportan nuevos elementos que convierten la obra en una distinta, de tal suerte que **la obra de primera mano y la obra derivada reciben una protección en forma independiente una de otra.**

En razón de esto, se concluye que aún en algunos casos en que obras originales hayan pasado al dominio público es posible que sus traducciones, adaptaciones o nuevas ediciones actualmente disponibles aún permanezcan en el dominio privado en virtud de su naturaleza de obras derivadas protegidas de forma autónoma, de modo que toda utilización de las mismas deba contar con la autorización previa y expresa de los titulares de derechos sobre éstas.

No obstante, se podrán crear traducciones, adaptaciones o ediciones de las obras originales en dominio público y respecto de tales, gozarán de la totalidad de los derechos.

⁷ El doctrinante Isidro Satanowsky en su obra Derecho Intelectual. Tomo I en la página 420 expresa " *el autor modifica la obra inicial, aportando además elementos originales. No copia, no calca. Hay una manifestación de personalidad, una vocación de creador (...)*".



V. LIMITACIONES Y EXCEPCIONES DEL DERECHO DE AUTOR

El principio fundamental sobre el cual se erige el Derecho de Autor, consiste en la facultad exclusiva de autorizar o prohibir cualquier tipo de utilización que se pretenda adelantar sobre las obras literarias o artísticas. Pese a ser un monopolio de utilización, el Derecho de Autor en su aspecto patrimonial comporta ciertas limitaciones y excepciones, sin que ellas puedan ser predicadas de los derechos morales, los cuales son irrenunciables, inalienables y perpetuos.

Las limitaciones al Derecho de Autor son figuras legales de carácter taxativo, por medio de las cuales se busca un equilibrio entre una efectiva y razonable protección del derecho patrimonial de los autores por una parte y del interés público a la información, la educación y el acceso a la cultura por otra. De tal manera, las limitaciones comprenden la facultad para que el usuario pueda utilizar la obra lícitamente sin autorización del autor y sin el pago de remuneración alguna, solo en casos expresamente señalados en la Ley.

En ese sentido, un principio que rige las limitaciones y excepciones es que su ejercicio se adelante teniendo en cuenta el uso honrado, haciendo referencia a aquellos actos que *“no interfieren con la explotación normal de la obra ni causan un perjuicio irrazonable a los intereses legítimos del autor”*⁸.

En el ámbito colombiano, las limitaciones y excepciones deben estar siempre enmarcadas dentro de los parámetros establecidos por los artículos 21 de la Decisión Andina 351 de 1993, 10 del TODA⁹, 16 del TOIEF¹⁰ y 13 del Acuerdo sobre los ADPIC¹¹, los cuales obligan a los países en el momento de establecer excepciones al Derecho de Autor, a observar la llamada regla de los tres pasos, que se enuncia a continuación: a) que se trate de un caso

⁸ Comunidad Andina de Naciones. Decisión Andina 351 de 1993, artículo 3.

⁹ Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor.

¹⁰ Tratado del OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas.

¹¹ Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, 1994.



especial, b) que no se atente contra la normal explotación de la obra y c) que no se cause perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular o titulares de los derechos¹².

Así las cosas, la Decisión Andina 351 de 1993 consagra como limitaciones al Derecho de Autor las siguientes:

“Artículo 22.- Sin perjuicio de lo dispuesto en el Capítulo V y en el artículo anterior, será lícito realizar, sin 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 de que tales citas se hagan conforme a los usos honrados y en la medida justificada por el fin que se persiga;

b) 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 las 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;

c) Reproducir en forma individual, una obra por una biblioteca o archivo cuyas actividades no tengan directa o indirectamente fines de lucro, cuando el ejemplar respectivo se encuentre en la colección permanente de la biblioteca o archivo, y dicha reproducción se realice con los siguientes fines:

- 1) Preservar el ejemplar y sustituirlo en caso de extravío, destrucción o inutilización; o,
- 2) Sustituir, en la colección permanente de otra biblioteca o archivo, un ejemplar que se haya extraviado, destruido o inutilizado.

d) Reproducir una obra para actuaciones judiciales o administrativas, en la medida justificada por el fin que se persiga;

¹² Comunidad Andina de Naciones. Decisión Andina 351 de 1993, artículo 21.



e) *Reproducir y distribuir por la prensa o emitir por radiodifusión o transmisión pública por cable, artículos de actualidad, de discusión económica, política o religiosa publicados en periódicos o colecciones periódicas, u obras radiodifundidas que tengan el mismo carácter, en los casos en que la reproducción, la radiodifusión o la transmisión pública no se hayan reservado expresamente;*

f) *Reproducir y poner al alcance del público, con ocasión de las informaciones relativas a acontecimientos de actualidad por medio de la fotografía, la cinematografía o por la radiodifusión o transmisión pública por cable, obras vistas u oídas en el curso de tales acontecimientos, en la medida justificada por el fin de la información;*

g) *Reproducir por la prensa, la radiodifusión o la transmisión pública, discursos políticos, así como disertaciones, alocuciones, sermones, discursos pronunciados durante actuaciones judiciales u otras obras de carácter similar pronunciadas en público, con fines de información sobre los hechos de actualidad, en la medida en que lo justifiquen los fines perseguidos, y conservando los autores sus derechos a la publicación de colecciones de tales obras;*

h) *Realizar la reproducción, emisión por radiodifusión o transmisión pública por cable, de la imagen de una obra arquitectónica, de una obra de bellas artes, de una obra fotográfica o de una obra de artes aplicadas, que se encuentre situada en forma permanente en un lugar abierto al público;*

i) *La realización, por parte de los organismos de radiodifusión, de grabaciones efímeras mediante sus propios equipos y para su utilización en sus propias emisiones de radiodifusión, de una obra sobre la cual tengan el derecho para radiodifundirla. El organismo de radiodifusión estará obligado a destruir tal grabación en el plazo o condiciones previstas en cada legislación nacional;*

j) *Realizar la representación o ejecución de una obra en el curso de las actividades de una institución de enseñanza por el personal y los estudiantes de tal institución, siempre que no se cobre por la entrada ni tenga algún fin lucrativo directo o indirecto, y el público esté compuesto exclusivamente por el personal y estudiantes de la institución o padres o tutores de los alumnos y otras personas directamente vinculadas con las actividades de la institución;*



k) *La realización de una transmisión o retransmisión, por parte de un organismo de radiodifusión, de una obra originalmente radiodifundida por él, siempre que tal retransmisión o transmisión pública, sea simultánea con la radiodifusión original y que la obra se emita por radiodifusión o se transmita públicamente sin alteraciones*¹³. (Negrilla fuera del texto).

Al respecto, cabe recordar que cualquier conducta que no se encuentre dentro de las excepciones taxativamente señaladas en las disposiciones legales transcritas, requieren de la previa autorización del titular o titulares de los derechos.

VI. LIMITACIONES CON FINES DE ENSEÑANZA

Tanto la Decisión Andina 351 de 1993, como la Ley 23 de 1982, señalan ciertos casos específicos en virtud de los cuales, quien reproduzca una obra a título de ilustración con fines de enseñanza, no requiere la expresa y previa autorización por parte de su titular.

Por lo tanto, a fin de invocar una limitación al derecho de reproducción, tendremos que remitirnos en primer lugar al literal b) del artículo 22 de la Decisión Andina 351 de 1993, que plantea la posibilidad de reproducir una obra con fines de enseñanza, en los siguientes términos:

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

b) 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 las 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**".

¹³ Comunidad Andina de Naciones. Decisión Andina 351 de 1993, artículo 22.



Por su parte, el artículo 32 de la Ley 23 de 1982, señala lo que sigue:

“Artículo 32º.- 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”.

Estas limitaciones se encuentran relacionadas con el derecho de autor, las limitaciones a los derechos conexos las podemos encontrar en el artículo 178 de la Ley 23 de 1982, el cual establece:

“No son aplicables los artículos anteriores de la presente Ley cuando los actos a que se refieren estos artículos tienen por objeto:

- A. El uso privado;*
- B. Informar sobre sucesos de actualidad, a condición de que solo se haga uso de breves fragmentos de una interpretación o ejecución, de un fonograma o de una emisión de radiodifusión;*
- C. La utilización hecha únicamente con fines de enseñanza o de investigación científica;*
- D. Hacer citas en forma de breves fragmentos de una interpretación o ejecución de un fonograma o de una emisión de radiodifusión, siempre que tales citas estén conformes con las buenas costumbres y estén justificadas por fines informativos”.*

VII. LICENCIAS O AUTORIZACIONES DE USO

Las autorizaciones de uso, comúnmente conocidas con el nombre de licencias, licencias de uso o autorizaciones, pueden ser concedidas por el titular de los derechos, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, bien sea a título gratuito u oneroso.



A través del contrato de licencia, el autor o titular derivado de los derechos de una obra, conocido como el licenciante, tiene la potestad de autorizar, *sin desprenderse de sus derechos*, la utilización de su creación, bajo las condiciones de tiempo, modo y lugar establecidas en dicha licencia, a un licenciatario o usuario.

Se aclara, que uno de los principios fundamentales del derecho de autor es la **independencia de las utilizaciones**, es decir: la autorización para utilizar una creación en una modalidad de explotación no faculta para utilizarla en otra modalidad distinta (artículo 77 Ley 23 de 1982)¹⁴.

En este orden de ideas es preciso señalar que al momento de autorizar el uso de una obra, resulta importante establecer la obra sobre la cual recaerá el contrato, las partes contratantes (licenciante y licenciatario), el costo, de ser el caso, el ámbito territorial, el término de duración, los usos autorizados, y las demás condiciones de tiempo, modo y lugar bajo las cuales se concederá la referida licencia.

Por lo anteriormente expuesto, el contrato de licencia no puede ser confundido con la cesión o transferencia de derechos patrimoniales de autor, ya que este no implica el desprendimiento de los derechos, sino que simplemente faculta al o los licenciarios para utilizar la obra, bajo las condiciones allí pactadas. Como no hay desprendimiento de los derechos, el titular puede seguir disponiendo de estos, bien sea a través de otros contratos de licencia o incluso a través de contratos que impliquen la transferencia, tomando, obviamente, las previsiones del caso para no vulnerar derechos o intereses de terceros, como por ejemplo de anteriores licenciarios.

VIII. LICENCIAS CREATIVE COMMONS

Como se había manifestado antes, el titular del derecho patrimonial respecto de la obra tiene el control sobre las formas de utilización, en consecuencia está

¹⁴ La disposición comentada consagra el ya mencionado principio de la independencia de la protección. A su tenor: "*las distintas formas de utilización de la obra son independientes entre ellas; la autorización del autor para una forma de utilización no se extiende a las demás*".



facultado para autorizar o prohibir cualquier explotación que sobre su obra se realice.

La licencia de uso es el mecanismo jurídico a través del cual el autor o titular de derechos permite, bajo las condiciones de modo tiempo y lugar que considere convenientes, que otras personas utilicen su obra. A través de una licencia el autor puede autorizar que un tercero efectúe cualquier acto de utilización de la obra, como por ejemplo la reproducción, la comunicación pública, la distribución de ejemplares, la transformación, la adaptación o modificación de la creación.

Igualmente el autor o titular de derechos a través de la licencia puede exigir una contraprestación monetaria o en especie por el uso de su obra (caso en el cual estaremos ante una licencia onerosa) o también está en la potestad de renunciar a cualquier tipo de contraprestación (evento en el cual estaremos frente a una licencia gratuita).

Ahora bien, es menester precisar que uno de los principios fundamentales del derecho de autor es la independencia de las utilidades, es decir que la autorización para utilizar una creación en una modalidad de explotación no faculta para utilizarla en otra modalidad distinta (artículo 77 Ley 23 de 1982), así por ejemplo, si el titular de los derechos patrimoniales sobre una obra literaria concede una licencia para usar la obra en un territorio geográfico determinado, en virtud de tal acto no es posible que el usuario explote la obra en un territorio diferente, pues el uso legítimo de la obra se agota con los parámetros señalados en la licencia. En otras palabras la licencia constituye el límite que el usuario tiene para explotar legalmente la obra.

Como se puede observar, prácticamente son infinitas las diferentes condiciones que el creador puede establecer en una licencia de uso sobre sus obras. De allí que habrá que remitirse al caso concreto cuando se pretenda realizar un análisis de dichas autorizaciones.

Así las cosas debemos señalar que el término *creative commons* hace referencia a un tipo especial de licencias con las cuales los autores pueden autorizar la utilización de sus obras bajo ciertos parámetros preestablecidos.

P:\Jurídica\PRAX\conceptos\Generalidades, licencias, fotografía, derecho de imagen, Rad. 81012, AVARELA, gcjajvilca, diciembre de 2015.docx

[14]



Usualmente este tipo de licencias otorgan al usuario un ámbito de explotación de la obra sumamente amplio, permitiendo por ejemplo la reproducción, la comunicación pública y la distribución de ejemplares, así como las transformaciones de la obra.

Igualmente, estas licencias se caracterizan, habitualmente, por ser de carácter gratuito, es decir, el autor renuncia a obtener una remuneración económica por la explotación que el usuario haga de su obra.

En este punto es pertinente aclarar que *creative commons* no es un concepto opuesto al derecho de autor, por el contrario, como mencionamos anteriormente, identifica modelos de licenciamiento para explotar obras en el marco del régimen autoral.

Si usted quiere conocer más acerca de las características de cada una de este tipo de licencias lo invitamos a consultar páginas como www.creativecommons.org, o la página colombiana co.creativecommons.org/.

No debe perderse de vista que las licencias *creative commons* son opciones de licenciamiento o modelos para autorizar el uso de las obras, por lo cual los autores están en posibilidad de licenciar sus obras bajo estos modelos o por medio de otros que satisfagan sus intereses personales y económicos, es más, los autores pueden crear sus licencias específicas para las diferentes actividades en las que pretendan explotar sus obras.

IX. COMPETENCIA DE LA DIRECCIÓN NACIONAL DE DERECHO DE AUTOR

La Dirección Nacional de Derecho de Autor (DNDA), es una Unidad Administrativa Especial adscrita al Ministerio del Interior, creada mediante el Decreto 2041 de 1991, a su vez modificado por el Decreto 4835 de 2008, con personería jurídica, autonomía administrativa y presupuestal. Esta Dirección es la autoridad administrativa competente en el tema del **Derecho de Autor y los Derechos Conexos** en la República de Colombia y sus funciones principales se enmarcan en el registro de las obras literarias y artísticas, el registro de los actos, contratos y decisiones jurisdiccionales relacionados con el derecho de autor y los derechos conexos; la elaboración de conceptos

P:\Jurídica\PRAX\conceptos\Generalidades, licencias, fotografía, derecho de imagen, Rad. 81012, AVARELA, gcjajvilca, diciembre de 2015.docx

[15]



respecto de las consultas efectuadas por el público en general, **relacionadas con el tema del derecho de autor**; la inspección, vigilancia y control a las sociedades de gestión colectiva; y las funciones jurisdiccionales en asuntos de materia de Derecho de Autor.

Teniendo en cuenta lo anterior, frente al caso planteado en su comunicación debemos aclarar que la DNDA carece de competencia para pronunciarse sobre asuntos marcarios o de diseños industriales, propios del área de la Propiedad Industrial, competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC). En razón de lo anterior, le sugerimos contactarse con la entidad mencionada, si su deseo es hacer una consulta relacionada con los signos distintivos de empresas.

X. DERECHO A LA IMAGEN

El menester aclarar que el derecho de imagen no forma parte del Derecho de Autor, por tanto, el uso de una obra artística con el debido respeto de los derechos de autor, debe efectuarse sin perjuicio de los derechos a la imagen, intimidad o buen nombre de las personas, reconocido en el artículo 15 de la Constitución Política de la siguiente forma:

“Artículo 15. Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.

En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución.

La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley.

Para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros de



contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley”.

Es así como cuando se pretenda utilizar una fotografía o video en la cual se encuentra fijada la imagen de una persona es recomendable contar con su autorización a fin de conjurar un posible reclamo por la situación anteriormente descrita.

Sobre este aspecto la Ley 23 de 1982 establece:

“Artículo 36: La publicación del retrato es libre cuando se relaciona con fines científicos, didácticos o culturales en general o con hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieren desarrollado en público.

(...)

Artículo 39: Será permitido reproducir por medio de pinturas, dibujos, fotografías o películas cinematográficas, las obras que estén colocadas de modo permanente en vías públicas, calles o plazas, y distribuir y comunicar públicamente dichas reproducciones u obras. En lo que se refiere a las obras de arquitectura esta disposición sólo es aplicable a su aspecto exterior.

(...)

Artículo 87: Toda persona tiene derecho a impedir, con las limitaciones que se establecen en el artículo 36 de la presente ley, que su busto o retrato se exhiba o exponga en el comercio sin su consentimiento expreso, o habiendo fallecido ella, de las personas mencionadas en el artículo 88 de esta ley. La persona que haya dado su consentimiento podrá revocarlo con la correspondiente indemnización de perjuicios.

Artículo 88: Cuando sean varias las personas cuyo consentimiento sea necesario para poner en el comercio o exhibir el busto o retrato de un individuo y haya desacuerdo entre ellas, resolverá la autoridad competente.

Artículo 89: El autor de una obra fotográfica, que tenga mérito artístico para ser protegida por la presente ley, tiene derecho a reproducirla, distribuirla,



exponerla y ponerla en venta, respetando las limitaciones de los artículos anteriores y sin perjuicio de los derechos de autor cuando se trate de fotografías de otras obras de las artes figurativas. Toda copia o reproducción de la fotografía llevará impresos de modo visible el nombre de su autor, y el año de su realización.

Artículo 90: La publicación de las fotografías o películas cinematográficas de operaciones quirúrgicas u otras fijaciones de carácter científico serán autorizadas por el paciente o sus herederos o por el cirujano o jefe del equipo médico correspondiente". (Negrilla fuera de texto).

Sobre éstas normas, debemos decir que la utilización del retrato para fines comerciales no es libre y, por lo tanto, para su reproducción se requiere la autorización previa y expresa de la persona que aparece en él o de sus causahabientes.

XI. CONCLUSIONES

Descendiendo al objeto de su consulta, y de acuerdo con las consideraciones anteriormente expuestas, es válido deducir las siguientes conclusiones:

- El objeto de protección del Derecho de Autor son las obras artísticas o literarias, entendiendo por estas toda creación intelectual, original, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma.
- Por regla general, la utilización de obras protegidas por el Derecho de Autor (como la publicación en Internet o la acción compartirla en una red social) **requieren** autorización previa y expresa por parte del titular, independientemente del tipo de utilización o finalidad que persiga.
- La utilización de obras protegidas por el Derecho de Autor, requieren autorización previa y expresa del titular del derecho patrimonial, salvo que se encuentre amparado por una de las limitaciones o excepciones contempladas en la ley.



- Una de las limitaciones y excepciones del derecho de autor es la reproducción por fines de enseñanza, la cual debe cumplir unos requisitos específicos (la reproducción debe ser por medio reprográfico, en instituciones educativas, en la medida justificada por el fin que se persiga, 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). De no cumplirse tan solo una de estas condiciones debe solicitarse autorización previa y expresa al titular de los derechos. Aun cuando la utilización pretendida se encuentre en alguna de las limitaciones anteriormente expuestas, se deben respetar las prerrogativas morales de los autores.
- El **derecho patrimonial de transformación** consiste en la facultad patrimonial del autor de **explotar su obra autorizando la creación de obras derivadas de ella**. Como ejemplos de transformaciones se pueden mencionar: traducciones, resúmenes, revisiones, compilaciones, adaptaciones, entre otros.
- La **obra derivada** producto de la correspondiente autorización de transformación emitida por el autor o titular de derechos patrimoniales, **será protegida** por el derecho de autor en tanto y en cuanto además de la referida autorización, **se trate de una creación intelectual original y sea el producto de una transformación realizada con base en una obra protegida**.
- La licencia de uso es el mecanismo jurídico a través del cual el autor o titular de derechos permite, bajo las condiciones de modo, tiempo y lugar que considere convenientes, que otras personas utilicen su obra, en consecuencia, las autorizaciones deben constar por escrito, en el formato que considere quien la otorga.
- Las licencias *Creative Commons* no son un concepto opuesto al derecho de autor, por el contrario, identifica modelos de licenciamiento para explotar obras en el marco del régimen autoral.

P:\Jurídica\PRAX\conceptos\Generalidades, licencias, fotografía, derecho de imagen, Rad. 81012, AVARELA, gcjajvilca, diciembre de 2015.docx

[19]



- Al autor o titular de los derechos patrimoniales sobre una obra artística o literaria es a quien le corresponden determinar las condiciones en las cuales autorizara el uso de su obra, en consecuencia si un tercero incurre en incumplimiento de la licencia *Creative Commons* otorgada o en la vulneración de sus derechos de autor, el titular de éstos se encuentra facultado para emprender la defensa de sus intereses frente a terceros que puedan afectarlos.
- La DNDA carece de competencia para pronunciarse sobre asuntos marcarios como los signos distintivos de productos o empresas, propios del área de la Propiedad Industrial, competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC).

Acorde con el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituido en su título II por el artículo 1° de la Ley 1755 de 2015, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución.

Cordialmente,

ANDRÉS VARELA ALGARRA
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Rad. 1-2015-81012