



TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

Quito, 14 de junio de 2018

Proceso : 143-IP-2017

Asunto : Interpretación Prejudicial

Consultante : Quinta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo con Subespecialidad en Temas de Mercado de la República del Perú

Expediente interno del Consultante : 1949-2015-01801-JR-CA-24

Referencia : La obra fotográfica en materia de derecho de autor

Magistrado Ponente : Hugo Ramiro Gómez Apac

VISTOS:

El Oficio 1949-2015-0/5^{TA}SECA-CSJL-PJ del 9 de mayo de 2017, recibido vía correo electrónico ese mismo día, mediante el cual la Quinta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo con Subespecialidad en Temas de Mercado de la República del Perú solicitó interpretación prejudicial del Literal i) del Artículo 4 y Literal a) del Artículo 22 de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, a fin de resolver el proceso interno 1949-2015-01801-JR-CA-24; y,

El Auto del 26 de junio de 2017, mediante el cual este Tribunal admitió a trámite la presente interpretación prejudicial.

A. ANTECEDENTES

Partes en el Proceso Interno

Demandante : Editora Novolexis S.A.C.

Demandado : Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual – INDECOPI– de la República del Perú

Tercero interesado : Miguel Cano Alva Vidal

B. ASUNTOS CONTROVERTIDOS

De la revisión de los documentos remitidos por la Sala consultante respecto del proceso interno, este Tribunal considera que los temas controvertidos son los siguientes:

- a) Si una fotografía puede ser objeto de protección por el derecho de autor.
- b) Los derechos morales y patrimoniales correspondientes a una obra protegida por el derecho de autor.
- c) Requisitos para ejercer válidamente el derecho a cita en materia de derecho de autor.
- d) Usos con fines informativos de obras que no requieren autorización de su titular.

C. NORMAS A SER INTERPRETADAS

1. La Sala consultante solicitó la interpretación prejudicial del Literal i) del Artículo 4 y Literal a) del Artículo 22 de la Decisión 351¹ de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, los cuales se interpretarán por ser pertinentes.
2. De oficio se interpretarán los Artículos 11 y 13 de la Decisión 351² de la

¹ **Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.-**

“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:

(...)

i) Las obras fotográficas y las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía;

(...)”

“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;

(...)”

² **Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.-**

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

a) Conservar la obra inédita o divulgarla;

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

Comisión del Acuerdo de Cartagena, referidos a los derechos morales y patrimoniales, respectivamente, de una obra protegida por el derecho de autor; así como también lo establecido en el Literal f) del Artículo 22 de la Decisión 351³ de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, referido a los usos con fines informativos de obras que no requieren autorización de su titular, por ser relevantes en los hechos controvertidos dentro del procedimiento interno.

D. TEMAS OBJETO DE INTERPRETACIÓN

1. La obra fotográfica.
2. Derechos patrimoniales y morales.
3. Las citas como excepción al derecho exclusivo de reproducción de la obra.
4. La reproducción de obras con fines informativos.

E. ANÁLISIS DE LOS TEMAS OBJETO DE INTERPRETACIÓN

1. La obra fotográfica

- 1.1. Dado que en el proceso interno se discute si la fotografía propiedad de Miguel Cano Alva Vidal se encuentra protegida por el derecho de autor, corresponde analizar el tema propuesto.

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

A la muerte del autor, el ejercicio de los derechos morales corresponderá a sus derechohabientes, por el plazo a que se refiere el Capítulo VI de la presente Decisión. Una vez extinguido el derecho patrimonial, el Estado u otras instituciones designadas, asumirán la defensa de la paternidad del autor y de la integridad de su obra.”

“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;*
- b) *La comunicación pública de la obra por cualquier medio que sirva para difundir las palabras, los signos, los sonidos o las imágenes;*
- c) *La distribución pública de ejemplares o copias de la obra mediante la venta, arrendamiento o alquiler;*
- d) *La importación al territorio de cualquier País Miembro de copias hechas sin autorización del titular del derecho;*
- e) *La traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra.”*

³ **Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.-**

“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:*

(...)

- 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;*

(...)”

- 1.2. El Artículo 4 de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena establece que el derecho de autor protege las obras literarias, artísticas y científicas susceptibles de ser divulgadas o reproducidas por cualquier forma o medio conocido o por conocer. Del mismo modo, dicha disposición hace una enumeración ejemplificativa, mas no taxativa, de las obras protegidas, consignando en su Literal i) a las obras fotográficas y las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía.
- 1.3. Siendo ello así, la normativa comunitaria otorga al titular de una obra fotográfica la protección de su creación en el ámbito del derecho de autor.
- 1.4. Al respecto, sobre la protección de una fotografía como obra artística en materia de derecho de autor, Ricardo Antequera Parilli, sostiene lo siguiente:

*“(...) **la fotografía** y otras formas expresadas por procedimiento análogo, **constituyen obras del ingenio en la medida en que guarden los requisitos de las demás producciones protegidas, es decir, una manifestación creativa con características de individualidad.**”*

*Esa originalidad no está únicamente en el aparato fotográfico –como tampoco en la cámara de filmación, respecto del cine–, ya que **supone un talento en el fotógrafo que puede residir en el sentido de la oportunidad** –de lo que son ejemplo las fijaciones fotográficas de carácter documental donde se capta el momento preciso de grandes acontecimientos de la historia–, **o en la sensibilidad artística al elegir la distancia, el ángulo, la luz, la ocasión, el enfoque las figuras o el mensaje**, por ejemplo.*

Y poco importa si el autor es un profesional o un aficionado, o que la fijación se haya tomado con un aparato simple o una máquina altamente sofisticada”.⁴ (Énfasis agregado)

- 1.5. En la misma línea del pensamiento, Delia Lipszyc también manifiesta lo siguiente:

“(...) la fotografía es arte.

***El fotógrafo selecciona el material sensible que va a utilizar, observa, elige el motivo, encuadra o compone la imagen, busca el ángulo preciso, mide la luz, prepara la cámara fotográfica y dispara, una y otra vez, desde el mismo ángulo o desde distintos. Emplea técnicas diversas** como, por ejemplo, la exposición múltiple de un mismo negativo, lo cual le permite construir una historia en el cuadro, “fabricar” la imagen de quienes están protagonizando el evento que quiere retratar. **A veces parte de un boceto**, de un dibujo de la imagen antes de empezar las tomas.*

⁴ ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. *Derecho de Autor*. Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual de la Dirección Nacional de Derecho de Autor, 2da Edición, Caracas, 1994, pp. 354-355.

También **hay muchas “instantáneas”** en las que tanto el fotógrafo profesional como el aficionado no han hecho más que enfocar y disparar y, sin embargo, **ofrecen tanto o más interés artístico que una obra cuidadosamente elaborada.**

En el laboratorio el fotógrafo utiliza sustancias químicas, obtiene los negativos, observa cada toma, justiprecia su expresividad, su plasticidad, analiza su calidad bajo la lupa, positiva o revela los negativos, puede hacer retoques, acentuar detalles y efectos, amplifica la imagen en distintas formas. Puede usar trucos como el fotomontaje, la sobreimpresión, la interrupción del proceso de revelado con un golpe de luz con lo que se logra un extraño efecto de coloración (...) hasta llegar al resultado final hay una gran cantidad de pasos.

Las fotografías que presentan alguna originalidad en el encuadre o en la composición o en cualquier otro elemento importante de la imagen, sin lugar a dudas son acreedoras, al igual que las demás obras artísticas, a la protección del derecho de autor⁵. (Énfasis agregado)

- 1.6. De acuerdo con lo anterior, una fotografía podrá ser protegida por el derecho de autor si es que cumple con el requisito de originalidad para ser considerada como una obra fotográfica.
- 1.7. Sobre las características generales para que algo sea considerado como obra, la doctrina menciona algunas, las cuales se detallan a continuación:⁶
 - “1. Que el resultado de la obra debe ser el resultado del talento creativo del hombre, en el dominio literario, artístico o científico.
 2. Que esa protección es reconocida con independencia del género de la obra, su forma de expresión, mérito o destino.
 3. Que ese producto del ingenio humano, por su forma de expresión, exige características de originalidad”.
- 1.8. De acuerdo con lo anterior, la protección de un derecho de autor no depende del mérito de la obra o de su destino, ni de la complejidad del trabajo intelectual o de los recursos para producirla, sino de que posea elementos demostrativos de una diferencia sensible, absoluta o relativa, que individualice el pensamiento representativo o la subjetividad de su autor, lo cual deberá valorarse como una cuestión de hecho en cada caso.
- 1.9. En el caso de una obra fotográfica, su originalidad deberá reflejar cierta

⁵ LIPSZYC, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*. Edit. UNESCO, CERLALC y ZAVALIA; Buenos Aires; 1993; 1ª ed.; p. 61.

⁶ ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. *El Nuevo Régimen del Derecho de Autor en Venezuela*. Autoralex, Venezuela, 1994, p. 32.

singularidad o particularidades del autor en la propuesta artística contenida en la imagen capturada sea a través del encuadre o el ángulo de la fotografía, la iluminación al capturar la imagen, el contraste de luces, colores, retoques, efectos o trucos utilizados para acentuar la imagen capturada y de esta manera lograr el producto final esperado por el autor.

- 1.10. Asimismo, tal como se indicó líneas arriba, el creador de una obra fotográfica no necesariamente tiene que ser un fotógrafo profesional sino que puede ser cualquier persona natural y el aparato con el cual capturó o elaboró la referida obra no tiene que ser necesariamente una máquina profesional para que pueda ser catalogada como una obra fotográfica protegida.
- 1.11. La originalidad de una fotografía no radica en el objeto o lugar fotografiado, sino en los elementos contenidos en la imagen capturada que permitan distinguirla del resto de fotografías.
- 1.12. En consecuencia, una mera fotografía que no cuente con el requisito de originalidad no podrá ser considerada como una obra fotográfica por lo que no se encontrará protegida por el derecho de autor⁷.

2. Derechos patrimoniales y morales

- 2.1. Teniendo en cuenta el objeto de protección del derecho de autor, corresponde en este punto mencionar aquellos derechos con los que cuenta el autor de una obra, los cuales se pueden catalogar en dos grupos: los derechos morales y los derechos patrimoniales.
- 2.2. Los **derechos morales** protegen la correlación autor-obra sobre la base de los intereses intelectuales y espirituales del autor en relación con su obra. El Artículo 11 de la Decisión 351 plasma las características de los derechos morales: inalienables, inembargables, imprescriptibles e irrenunciables.
- 2.3. Aunque la norma no lo diga expresamente, los derechos morales en atención a su naturaleza son ilimitados en el tiempo y, por lo tanto, a la muerte de su autor no se extinguen, ya que estos continúan en cabeza de sus causahabientes y posteriormente su defensa estará a cargo del Estado y otras instituciones designadas para el efecto en relación con el derecho de paternidad e integridad de la obra. (Párrafo segundo del Artículo 11 de la Decisión 351).
- 2.4. El mismo artículo consagra también ciertas facultades que se enmarcan

⁷ La mera fotografía, a diferencia de una obra fotográfica, capta la imagen conforme se encuentra en ese momento, sin aportar ni transmitir nada del autor en esta, pues únicamente se confina a captar y pulsar el disparador de la cámara fotográfica, como por ejemplo pudiera ser el caso de las fotografías tomadas para cumplir un trámite determinado (fotografía tamaño carné, pasaporte, etc.) o aquellas imágenes captadas en cabinas automáticas, entre otros supuestos.

dentro del grupo de derechos morales. Siguiendo la pertinente clasificación que Delia Lipszyc hace en su libro *“Derecho de Autor y Derecho Conexos”*⁸, se tiene que las facultades pueden ser positivas o negativas (defensivas). Las primeras engloban todas las acciones que el titular del derecho de autor puede hacer con su obra; ahí se encuentran las facultades de divulgar la obra, modificarla y retirarla (Literal a) del Artículo 11 de la Decisión 351). Las segundas, son todas aquellas acciones tendientes a defender la paternidad de la obra (Literales b) y c) del Artículo 11 de la Decisión 351).

- 2.5. De conformidad con el Artículo 12 de la Decisión 351, los países miembros pueden reconocer otros derechos de carácter moral, diferentes a los enunciados en el Artículo 11 de la Decisión 351.
- 2.6. Los **derechos patrimoniales**, por su parte, agrupan todas aquellas facultades que posee el autor de la obra en relación con las diferentes utilizaciones económicas de la misma. El Artículo 13 de la Decisión 351 lista en categorías muy generales las posibles acciones a realizar: autorizar o prohibir la reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento; la comunicación pública de la obra por cualquier medio que sirva para difundir las palabras, los signos, los sonidos o las imágenes; la distribución pública de ejemplares o copias de la obra mediante la venta, arrendamiento o alquiler; la importación al territorio de cualquier país miembro de copias hechas sin autorización del titular del derecho; y, la traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra.
- 2.7. De conformidad con su naturaleza, los derechos patrimoniales son transferibles, renunciables y temporales. En relación con la última de las características, el derecho patrimonial no es ilimitado en el tiempo y, por lo tanto, la Decisión 351 en su Artículo 18 establece que la duración de los mismos será por el tiempo de la vida del autor y 50 años más después de su muerte. Si el titular es una persona jurídica, el plazo de protección será de 50 años contados a partir de la realización, divulgación o publicación de la obra, según el caso. Asimismo, el Artículo 20 de la misma Decisión establece que el plazo de protección empezará a contarse desde el primero de enero del año siguiente al de la muerte del autor o al de la realización, divulgación o publicación de la obra según proceda.

3. Las citas como excepción al derecho exclusivo de reproducción de la obra

- 3.1. Dado que en el proceso interno, Editora Novolexis S.A.C. sostuvo que no infringió ningún derecho patrimonial del tercero interesado pues la reproducción de la fotografía en su artículo periodístico se habría

⁸ LIPSYC, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*. Ediciones UNESCO, Buenos Aires, 1993, p. 61.

realizado en virtud al derecho a cita, el cual se encuentra establecido en el Artículo 22 de la Decisión 351, concretamente en el Literal a) cuyo tenor es el siguiente:

“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;*
(...)”

3.2. Conforme lo ha determinado este Tribunal anteriormente, se establece que los requisitos que deben contener las citas para ser consideradas como una excepción al derecho patrimonial exclusivo de reproducción de la obra, conforme a continuación se detalla, son los siguientes⁹:

- Que la cita sea de una obra publicada. Si una obra no se encuentra publicada pertenece a la esfera íntima del autor y, en consecuencia, citarla sería desconocer los derechos morales del mismo, específicamente el derecho a divulgarla (Literal a) del Artículo 11 de la Decisión 351). Cuando la norma se refiere a que la obra se encuentre publicada, se debe entender que dicha publicación se hizo con autorización del autor.
- Se debe indicar la fuente y el nombre del autor. Lo anterior es de suma importancia ya que, con esto, por un lado, se respeta el derecho moral de paternidad del autor y, por otro, se separan las opiniones propias con las del autor citado, lo que genera transparencia y hace que el destinatario de la obra pueda distinguir claramente el pensamiento de los autores.
- Citar lo estrictamente necesario. La cita debe ser complementaria para el fin perseguido, esto es, citar aquella parte de la obra que resulte imprescindible para exponer la idea del autor.

3.3. La falta de cumplimiento de los requisitos antes señalados conlleva a que la reproducción efectuada no se encuentre dentro de la excepción prevista en el Literal a) del Artículo 22 de la Decisión 351.

3.4. En el presente caso, se deberá determinar si la reproducción de la fotografía de titularidad del tercero interesado efectuado por Editora Novolexis S.A.C. en su artículo periodístico, cumple con o no con los requisitos antes señalados a fin de que se configure el ejercicio legítimo

⁹ Ver Interpretación Prejudicial recaída en el Proceso 110-IP-2007 del 4 de diciembre de 2007.

del derecho a cita.

4. La reproducción de obras con fines informativos

- 4.1. La demandante argumentó que la utilización de la fotografía materia de conflicto fue realizada con fines informativos por lo que no habría vulnerado los derechos patrimoniales del tercero interesado, en ese sentido resulta pertinente analizar el Artículo 22 de la Decisión 351, concretamente la excepción al ejercicio de los derechos patrimoniales del autor establecida en el Literal f) cuyo tener es el siguiente:

*“**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:*

(...)

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;

(...)”

- 4.2. Del tenor de la norma antes mencionada se desprende que uno de los requisitos para que la reproducción y puesta al alcance del público de una obra que sea vista u oída en un acontecimiento de actualidad sea considerada como una limitación al derecho de autor, es necesario que la referida obra esté relacionada con dicho acontecimiento.
- 4.3. Asimismo, el uso de la obra, para que sea considerada dentro de la referida limitación, solo puede ser realizada por medio de la fotografía, la cinematografía o por la radiodifusión o transmisión pública por cable, toda vez que al ser una norma restrictiva de derechos no podrían considerarse por analogía otros supuestos.
- 4.4. El uso de la obra con fines informativos debe darse en la medida justificada por el fin de la información. Esto quiere decir que el uso de la obra debe ser realizado de manera accesoria respecto al acontecimiento de actualidad que ha ocurrido o que está ocurriendo.
- 4.5. En virtud de lo anterior, se deberá determinar si el uso de la fotografía materia de conflicto por parte de Editora Novolexis S.A.C. ha sido realizado con fines informativos o no de conformidad con el Literal f) del Artículo 22 de la Decisión 351.

En los términos expuestos, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina deja consignada la presente interpretación prejudicial para ser aplicada por la Sala consultante al resolver el proceso interno **1949-2015-01801-JR-CA-24**, la que

deberá adoptarla al emitir el correspondiente fallo de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 35 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en concordancia con el Artículo 128 párrafo tercero de su Estatuto.

La presente interpretación prejudicial se firma por los Magistrados que participaron de su adopción de acuerdo con lo dispuesto en el último párrafo del Artículo 90 del Estatuto del Tribunal.

Cecilia Luisa Ayllón Quinteros
MAGISTRADA

Luis Rafael Vergara Quintero
MAGISTRADO

Hernán Rodrigo Romero Zambrano
MAGISTRADO

Hugo Ramiro Gómez Apac
MAGISTRADO

De acuerdo con el Artículo 90 del Estatuto del Tribunal, firman igualmente la presente interpretación prejudicial el Presidente y el Secretario.

Luis Rafael Vergara Quintero
PRESIDENTE

Gustavo García Brito
SECRETARIO

Notifíquese a la Sala consultante y remítase copia de la presente interpretación prejudicial a la Secretaría General de la Comunidad Andina para su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.