



TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

Quito, 21 de septiembre de 2022

Proceso:	191-IP-2021
Asunto:	Interpretación prejudicial (consulta facultativa)
Consultante:	Subdirección Técnica de Asuntos Jurisdiccionales de la Dirección Nacional de Derechos de Autor
Expediente interno del Consultante:	1-2020-16002
Referencia:	Presunta infracción al derecho de autor del señor Peter John Liévano Amézquita respecto de la publicación, sin su autorización, de la obra « FOTOGRAFÍA PANORÁMICA DE BOGOTÁ » por parte de Omnicon S.A.
Normas a ser interpretadas:	Artículos 11, 30, 31 y Literal a) del Artículo 57 de la Decisión 351
Temas objeto de interpretación:	<ol style="list-style-type: none">1. La obra fotográfica2. Derechos morales. Derecho de paternidad3. Derechos morales. Derecho moral a la integridad de la obra4. Derechos patrimoniales. Facultad exclusiva para realizar, autorizar o prohibir la reproducción y comunicación pública de una obra5. Naturaleza de la responsabilidad al calificar un acto como infracción a los derechos de autor sobre una obra6. Indemnización por daños y perjuicios en los casos de derechos de autor
Magistrado Ponente:	Hugo R. Gómez Apac

VISTO:

El Oficio S/N del 24 de agosto de 2021, recibido vía correo electrónico el 25 del mismo mes y año, mediante el cual la Subdirección Técnica de Asuntos Jurisdiccionales de la Dirección Nacional de Derechos de Autor solicitó al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en adelante, el **Tribunal** o el **TJCA**) la Interpretación Prejudicial de los Artículos 1, 4 (Literal i), 11 (Literales b y c), 13 (Literales a y b), 14, 15 (Literal i), 54 y 57 (Literales a y b) de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena (en adelante, la **Decisión 351**), a fin de resolver el proceso interno N° 1-2020-16002; y,

El Auto del 20 de septiembre de 2021, mediante el cual se admitió a trámite la solicitud de interpretación prejudicial.

A. ANTECEDENTES

Partes en el proceso interno

Demandante: Peter John Liévano Amézquita

Demandada: Omnicon S.A.

B. ASUNTOS CONTROVERTIDOS

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

1. Si la obra «**FOTOGRAFÍA PANORÁMICA DE BOGOTÁ**» se encuentra protegida por el derecho de autor.
2. Si Omnicon S.A. infringió o no los derechos morales de integridad y paternidad del señor Peter John Liévano Amézquita por la supuesta modificación de la obra al recortarla dentro de un contorno circular y publicarla sin reconocer su autoría.
3. Si Omnicon S.A. infringió o no los derechos patrimoniales del señor Peter John Liévano Amézquita por la presunta reproducción y comunicación de la obra «**FOTOGRAFÍA PANORÁMICA DE BOGOTÁ**» sin su autorización.
4. Si el señor Peter John Liévano Amézquita tendría el derecho de indemnización, al presuntamente haber sido afectado en sus derechos patrimoniales y morales de autor.

C. NORMAS A SER INTERPRETADAS

La autoridad consultante solicitó la interpretación prejudicial de los Artículos 1, 4 (Literal i), 11 (Literales b y c), 13 (Literales a y b), 14, 15 (Literal i), 54 y 57 (Literales a y b) de la Decisión 351. Únicamente se realizará la interpretación de los Artículos 4 (Literal i), 11 (Literales b y c), 13 (Literales a y b), 14, 15 (Literal i) y 57 (Literal a) de la Decisión 351¹, por ser pertinentes.

No procede realizar la interpretación de los Artículos 1, 54 y 57 (Literal b) de la Decisión 351, por cuanto no es objeto de controversia la finalidad de las disposiciones contenidas en la Decisión 351 sobre la responsabilidad solidaria, ni el cobro de las costas procesales.

¹ Decisión 351.-

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

(...)

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

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

(...).»

«**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;

(...).»

«**Artículo 14.-** Se entiende por reproducción, la fijación de la obra en un medio que permita su comunicación o la obtención de copias de toda o parte de ella, por cualquier medio o procedimiento.»

«**Artículo 15.-** Se entiende por comunicación pública, todo acto por el cual una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar, pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas, y en especial las siguientes:

(...)

i) En general, la difusión, por cualquier procedimiento conocido o por conocerse, de los signos, las palabras, los sonidos o las imágenes.»

«**Artículo 57.-** La autoridad nacional competente, podrá asimismo ordenar lo siguiente:

a) El pago al titular del derecho infringido de una reparación o indemnización adecuada en compensación por los daños y perjuicios sufridos con motivo de la violación de su derecho;

(...).»

D. TEMAS OBJETO DE INTERPRETACIÓN

1. La obra fotográfica.
2. Derechos morales. Derecho de paternidad.
3. Derechos morales. Derecho moral a la integridad de la obra.
4. Derechos patrimoniales. Facultad exclusiva para realizar, autorizar o prohibir la reproducción y comunicación pública de una obra.
5. Naturaleza de la responsabilidad al calificar un acto como infracción a los derechos de autor sobre una obra.
6. Indemnización por daños y perjuicios en los casos de derechos de autor.

E. ANÁLISIS DE LOS TEMAS OBJETO DE INTERPRETACIÓN

1. La obra fotográfica

- 1.1. Dado que la controversia gira en torno a una presunta infracción de derechos morales y patrimoniales de autor por el uso no autorizado de la obra «**FOTOGRAFÍA PANORÁMICA DE BOGOTÁ**», en la que se discute si esta sería genérica o sería una obra de arte, corresponde analizar de manera independiente los alcances de la obra fotográfica como objeto de protección del derecho de autor, por ser pertinente.
- 1.2. El Artículo 4 de la Decisión 351 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, esta 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 fotografía².
- 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. Respecto de 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

² De modo referencial, ver Interpretación Prejudicial N° 47-IP-2017 de fecha 7 de julio de 2017, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3118 del 20 de octubre de 2017.

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».³

(Énfasis agregado)

1.5. En la misma línea de pensamiento, Delia Lipszyc 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.

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

³ Ricardo Antequera Parilli, *Derecho de Autor*, 2da. Edición, revisada y actualizada de la obra “El nuevo Régimen del Derecho de Autor en Venezuela”, y su correspondencia con la legislación, la jurisprudencia y la doctrina comparadas, Dirección Nacional del Derecho de Autor- Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual, Caracas, 1998, Tomo I, p. 354.

derecho de autor»⁴.

(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 originalidad⁵ para ser considerada como una obra fotográfica.
- 1.7. La doctrina menciona algunas de las condiciones generales para que algo sea considerado como obra, entre las cuales se tiene:
- «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».⁶
- 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.⁷

⁴ Delia Lipszyc, *Derecho de autor y derechos conexos*, Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) – Centro Regional para el Fondo del Libro en América Latina y el Caribe (CERLALC) – Víctor P. de Zavalía S.A., Buenos Aires, 1993, p. 61.

⁵ En la Interpretación Prejudicial N° 358-IP-2017 de fecha 1 de febrero de 2019, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3575 del 27 de marzo de 2019, respecto de la originalidad se estableció lo siguiente:

«Conforme a lo dispuesto en el Artículo 3 de la Decisión 351, la "Obra" es: "Toda creación intelectual original de naturaleza artística, científica o literaria, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma".

La originalidad implica que una obra se pueda diferenciar de otras obras de terceros. En su obra el autor ha impreso elementos propios de su espíritu. Dos obras ser podrían considerar originales si una no es una reproducción de la otra, y si cada una tiene elementos que logran diferenciarlas o individualizarlas.

La originalidad exige que la obra presente una individualidad muy característica, que plasme la impronta de su autor de manera clara y evidente. La originalidad supone un aporte individual y creativo, es decir, producto de un pensamiento independiente»

⁶ Ricardo Antequera Parilli, *El Nuevo Régimen del Derecho de Autor en Venezuela, (Y su correspondencia con la legislación, la jurisprudencia y la doctrina comparadas)* Autoralex, Venezuela, 1994, p. 32.

⁷ Ver Interpretación Prejudicial N° 14-IP-2016 de fecha 9 de marzo de 2017, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 2994 del 21 de abril de 2017.

- 1.9. En el caso de una obra fotográfica, su originalidad deberá reflejarse en cierta 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 autor⁸.
- 1.10. Asimismo, 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. De igual manera, el aparato con el cual se capturó o elaboró la referida obra no tiene que ser necesariamente una máquina profesional para que la ilustración pueda ser catalogada como una obra fotográfica protegida. De hecho, en la actualidad, con teléfonos móviles inteligentes (*smartphones*) se pueden tomar fotografías con alta nitidez, los cuales incluso permiten manipular elementos de la fotografía como la exposición, la luminosidad, las sombras, el contraste, el brillo, la saturación y agudeza de las tonalidades fuertes y vibrantes de los colores, etc.
- 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 autor⁹.

2. Derechos morales. Derecho de paternidad

- 2.1. Dado que en el proceso interno el señor Peter John Liévano Amézquita alega que se ha violado su derecho moral de paternidad de la obra por haber sido publicada su obra fotográfica «**FOTOGRAFÍA**

⁸ Al respecto, ver Delia Lipszyc, *Derecho de autor y derechos conexos*, Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO)- Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe (CERLALC)- Víctor P. de Zavalía S.A., Buenos Aires, 1993, pp. 83-86; Ricardo Antequera Parilli, *Derecho de Autor*, 2da. Edición, revisada y actualizada de la obra "El nuevo Régimen del Derecho de Autor en Venezuela", y su correspondencia con la legislación, la jurisprudencia y la doctrina comparadas, Dirección Nacional del Derecho de Autor- Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual, Caracas, 1998, Tomo I, pp. 354-357; y, Ricardo Antequera Parilli, *Estudios de Derecho de Autor y Derechos Afines*, Fundación AISGE- Editorial Reus S.A., Madrid, 2007, p. 73. .

⁹ 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.

PANORÁMICA DE BOGOTÁ» sin reconocer su autoría, se hace necesario precisar en qué consiste la protección a dicho derecho moral.

- 2.2. Teniendo en cuenta cuál es 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. Sobre el particular, en esta sección se desarrollará únicamente el tema de los derechos morales toda vez que el caso versa sobre la afectación al derecho moral de paternidad de la obra.

Derechos morales

- 2.3. Los **derechos morales** protegen la correlación autor-obra sobre la base de los intereses intelectuales y espirituales del autor en relación con su obra. Aunque la norma no lo diga expresamente, los derechos morales, en atención a su naturaleza, no son limitados 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 en el grupo de derechos morales. Siguiendo la pertinente clasificación que Delia Lipszyc hace en su libro «*Derecho de Autor y Derecho Conexos*»¹⁰, 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, como 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.

Derecho moral de paternidad de la obra

- 2.6. El Artículo 11 de la Decisión 351 se refiere al derecho moral que tiene un autor sobre su obra, cuyas características son su imprescriptibilidad, inalienabilidad, inembargabilidad e irrenunciabilidad. **El goce de este derecho faculta al autor, entre otras cosas, para reivindicar la paternidad de la obra en cualquier momento.** Al respecto, este Tribunal ha sostenido que el autor es el gestor de la creación intelectual,

¹⁰ Delia Lipszyc, *Op. Cit.*, p. 61.

por lo cual tiene el derecho de que cuando la obra se dé a conocer al público, a través de cualquier medio, esta contenga su nombre, derecho que se conoce como paternidad de la obra¹¹.

- 2.7. Respecto del derecho de paternidad, con base en un análisis doctrinal se tiene en cuenta lo siguiente:

«La paternidad es una potestad jurídica inherente a la personalidad del autor, que le atribuye el poder de hacerse reconocer en todo momento como tal y hacer figurar sobre la obra su propio nombre, en su condición de creador que no nace, precisamente, de la inscripción de la misma en el Registro respectivo, sino cuando el autor la materializa como suya (...)»¹².

“La facultad de reivindicar la obra, busca impedir que otra persona quiera pasar por autor de la obra, y le permite al verdadero autor obtener que se reemplace el nombre del falso autor por el suyo propio”¹³.»

- 2.8. En la misma línea, el Tribunal ha manifestado que el autor es el gestor de la creación intelectual, por lo cual tiene el derecho de que cuando la obra se dé a conocer al público, a través de cualquier medio, esta contenga su nombre¹⁴, por lo que el derecho de paternidad de la obra otorga la posibilidad de exigir que se mencione al autor cuando se ha omitido hacerlo y, por otro lado, defender la autoría de la obra cuando esta ha sido cuestionada.
- 2.9. Se advierte que lo que realmente protege este derecho es la relación obra – autor de la manera como este ha escogido, y por medio de la cual la autoría de su obra es conocida. En consecuencia, se protegerá el verdadero nombre, el seudónimo, o anónimo, de conformidad con la voluntad del autor de la obra. De esta manera, el Artículo 8 de la Decisión 351 establece que: «se presume autor, salvo prueba en contrario, la persona cuyo seudónimo u otro signo que la identifique, aparezca indicado en la obra.»¹⁵
- 2.10. Finalmente, 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 Decisión 351. Asimismo, una vez extinguido el derecho

¹¹ Ver Interpretación Prejudicial N° 139-IP-2003 de fecha 17 de marzo de 2004, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1057 del 21 de abril de 2004.

¹² Guillermo Ledesma, *Derecho Penal Intelectual*, Editorial Universidad, Primera Edición, 1992, Argentina, p. 113.

¹³ Manuel Pachón Muñoz, *Manual de Derechos de Autor*, Editorial Temis, Colombia, 1998, p. 54.

¹⁴ Ver Interpretación Prejudicial N° 139-IP-2003 de fecha 17 de marzo de 2004, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1057 del 21 de abril de 2004.

¹⁵ Ver Interpretación Prejudicial N° 02-IP-2018 de fecha 26 de febrero de 2019, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3637 del 16 de mayo de 2019.

patrimonial, el Estado u otras instituciones designadas asumirán la defensa de la paternidad del autor y de la integridad de su obra.¹⁶

3. Derechos morales. Derecho moral a la integridad de la obra

- 3.1. Dado que en el presente caso se alega la violación de la integridad de la obra del señor Peter John Liévano Amézquita por parte Omnicon S.A. por la supuesta modificación de la obra «**FOTOGRAFÍA PANORÁMICA DE BOGOTÁ**» al habérsela recortado dentro de un contorno circular, en este acápite se analizará el derecho moral a la integridad de la obra.

Derecho moral a la integridad de la obra

- 3.2. Ahora bien, respecto del derecho moral a la integridad de la obra, el Literal c) del Artículo 11 de la Decisión antes referida establece que el autor tiene el derecho inalienable, inembargable, imprescriptible e irrenunciable de oponerse a toda deformación, mutilación o modificación que atente contra el decoro de la obra o la reputación del autor.
- 3.3. Respecto a la integridad de la obra, la autora Marisela González López señala lo siguiente:

«Otra de las facultades personales que la LPI reconoce expresamente al autor es la de 'exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación' (art. 14.4). Se trata del denominado por la doctrina francesa 'derecho al respeto' (droit au respect), cuyo reconocimiento tiene como fundamento el hecho de ser la obra expresión de la personalidad del autor y como finalidad el protegerlo contra las modificaciones o alteraciones de la obra por terceros.

Ciertamente, no se considera lícito que terceros que actúen por lucro, mala fe, negligencia o inconsciencia atenten contra la creación genuinamente concebida por el autor, y de ahí que éste resulte legitimado por la ley para tutelar la integridad de su obra contra maniobras abusivas que desacrediten su personalidad como creador (...)»¹⁷

- 3.4. Por su parte, la Organización Mundial de Propiedad Intelectual - OMPI señala lo siguiente:

«(...)»
c. Derecho a la integridad de la obra

¹⁶ Juan Carlos Monroy Rodríguez *Derecho de Autor y Derechos Conexos. Legislación, Doctrina y Jurisprudencia concordada y comentada*. 2da Edición, 2015, p. 58.

¹⁷ Marisela González López, *Monografías Jurídicas: El derecho moral del autor en la ley española de propiedad intelectual*, Marcial Pons, Madrid, 1993, p. 179.

El derecho a la integridad de la obra es el derecho que tiene el autor a impedir que su obra sufra una modificación o deformación sin su consentimiento. Este derecho está estrechamente relacionado con el derecho de divulgación, pues garantiza al autor la facultad de vigilar, tras su divulgación, que su obra no sea desnaturalizada. Por ejemplo, en una obra literaria, la supresión de capítulos, sin autorización del autor, o en una obra cinematográfica, el coloreado de las películas en blanco y negro.

Este derecho viene definido en la Convención de Berna como el derecho que tiene el autor a “oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la obra o a cualquier atentado a la misma que cause perjuicio a su honor o a su reputación”.»¹⁸

3.5. En ese sentido, el derecho moral a la integridad de la obra faculta al autor de esta a oponerse a toda deformación, mutilación o modificación de la obra, entendiéndose por dichos supuestos, los siguientes¹⁹:

- Por **deformación** debe entenderse algo que pierde su forma regular o natural, dando lugar a una interpretación errónea. Este supuesto se verifica cuando se trastoca el contenido de la obra;
- Por **mutilación** debe entenderse cuando se corta o cercena una parte del cuerpo de la obra, eliminando una parte o porción de esta; y,
- Por **modificación** debe entenderse una transformación o cambio en el contenido de la obra.

3.6. Por tanto, en primer lugar, deberá analizarse si la actividad que supuestamente vulnera el derecho moral a la integridad de la obra entra en alguno de los tres supuestos antes referidos (deformación, mutilación o modificación). En segundo lugar, de encajar en alguno de dichos supuestos, se exigirá como requisito adicional que se atente contra el decoro de la obra o la reputación del autor.

¹⁸ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. *Contenido del derecho de autor. El autor, la obra, limitaciones y excepciones* (documento preparado por Emilia Aragón), OMPI/PI/JU/LAC/04/18, 2014, p. 7.

En: http://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/es/ompi_pi_ju_lac_04/ompi_pi_ju_lac_04_18.doc (Consulta: 26 de agosto de 2022).

¹⁹ Ver Interpretaciones Prejudiciales números 59-IP-2014 de fecha 22 de julio de 2014, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 2384 de 28 de agosto de 2014 y 147-IP-2015 de fecha 7 de diciembre de 2015, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 2681 de 14 de marzo de 2016.

- 3.7. Respecto del decoro de la obra, es preciso indicar que este se encuentra vinculado a la honra, pureza, honestidad o recato de esta²⁰. En este sentido, una deformación, mutilación o modificación de una obra no puede atentar la honra, pureza, honestidad o recato de esta.
- 3.8. Respecto de la reputación del autor, cabe señalar que esta se encuentra vinculada a la opinión o consideración que se tiene de él, así como de su prestigio y estima²¹. Al respecto Ignacio Vidal Portabales señala:

«[E]n lo que respecta a la reputación, el término debe considerarse referido a la reputación artística y profesional del autor, pudiendo conceptuarse como el sentimiento personal del autor sobre la propia capacidad creativa en relación a una obra determinada (...) cuando se habla de menoscabo a la reputación nos estamos refiriendo a elementos como convicciones, los ideales, la conciencia, y los sentimientos del autor, con independencia de su naturaleza moral, religiosa, política artística o científica.»²²

4. Derechos patrimoniales. Facultad exclusiva para realizar, autorizar o prohibir la reproducción y comunicación pública de una obra

- 4.1. En el procedimiento interno, el demandante señaló que Omnicon S.A., a través de la página web www.omnicon.co, reprodujo y comunicó la obra «**FOTOGRAFÍA PANORÁMICA DE BOGOTÁ**». En virtud de lo anterior, corresponde analizar el tema propuesto.
- 4.2. 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.

²⁰ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (RAE). *Diccionario de la Lengua Española*. Definición de “Decoro”:
Del lat. decōrum.
1. m. Honor, respeto, reverencia que se debe a una persona por su nacimiento o dignidad.
2. m. Circunspección, gravedad.
3. m. Pureza, honestidad, recato.
4. m. Honra, pundonor, estimación.
(...)”

En: <http://dle.rae.es/srv/fetch?id=Byz2tNB|ByzF6MM>. (Consulta: 26 de agosto de 2022).

²¹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (RAE). *Diccionario de la Lengua Española*. Definición de “Reputación”:
Del lat. reputatio, -ōnis.
1. f. Opinión o consideración en que se tiene a alguien o algo.
2. f. Prestigio o estima en que son tenidos alguien o algo.”

En: <http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=reputaci%C3%B3n>.(Consulta: 26 de agosto de 2022).

²² Ignacio Vidal Portabales, *Comentario a la sentencia de la AP Alicante (Sección 8) de 11 de marzo de 2011 Núm 112/2010(AC/2011/1159) (Sobre la vulneración del derecho a la integridad de la obra plástica por cambio del contexto espacial y otras cuestiones)*. En: Actas de derecho industrial y derecho de autor. Tomo 32, Madrid, 2011-2012, p. 584.

- 4.3. Al respecto, en este acápite se analizarán únicamente los derechos patrimoniales del derecho de autor, específicamente, el derecho que tiene el titular de una obra para realizar, autorizar o prohibir su reproducción y comunicación pública, toda vez que el caso versa sobre estas presuntas afectaciones.

Derechos patrimoniales

- 4.4. Los derechos patrimoniales protegen la explotación económica a la cual tiene derecho el autor, en relación con sus obras, los cuales se encuentran contemplados en el Capítulo V de la Decisión 351.
- 4.5. Sobre su definición, Alfredo Vega Jaramillo sostiene lo siguiente:

«Los derechos patrimoniales son las facultades exclusivas que le permiten al autor controlar los distintos actos de explotación económica de la obra, sea que el autor explote directamente la obra o que, como es lo usual, autorice a terceros a realizarla, y participe en esa explotación obteniendo un beneficio económico.

Los derechos patrimoniales son oponibles a todas las personas (erga omnes), son transmisibles, su duración es temporal y las legislaciones establecen algunas limitaciones y excepciones al derecho de autor.»²³

(Énfasis agregado).

- 4.6. Los derechos patrimoniales, contrariamente a los derechos morales, en atención a su propia naturaleza, son exclusivos, de contenido ilimitado, disponibles, expropiables, renunciables, embargables y temporales²⁴.
- 4.7. El Artículo 13 de la Decisión 351 establece una lista enunciativa, mas no taxativa, sobre los derechos exclusivos que le permiten al autor o sus derechohabientes realizar, autorizar o prohibir los siguientes actos de explotación:

- 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;

²³ Alfredo Vega Jaramillo, *Manual de Derecho de Autor*, Dirección Nacional de Derecho de Autor - Unidad Administrativa Especial del Ministerio del Interior y de Justicia de Colombia, Bogotá, 2010, p. 35.

²⁴ Ricardo Antequera Parilli, *Derecho de Autor*, 2da. Edición, revisada y actualizada de la obra "El nuevo Régimen del Derecho de Autor de Venezuela", y su correspondencia con la legislación, la jurisprudencia y la doctrina comparadas, Dirección Nacional de Derecho de Autor- Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual, Caracas, 1998, Tomo I, p. 395.

- 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.»

(Subrayado agregado)

4.8. De conformidad con el Artículo 17 de la Decisión 351, los países miembros pueden reconocer otros derechos de carácter patrimonial, diferentes a los contemplados en el Artículo 13 del mencionado cuerpo normativo.

4.9. A continuación, se analizará cada una de las figuras antes señaladas en el párrafo 4.7., a fin de que se pueda determinar si existió o no infracción al derecho de autor dentro del procedimiento interno.

Facultad exclusiva para realizar, autorizar o prohibir la reproducción de una obra

4.10. El Literal a) del Artículo 13 de la Decisión 351 dispone que el autor tiene el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir la reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento.²⁵

4.11. Lo anterior guarda correspondencia con lo dispuesto en el Artículo 9 del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, el cual dispone que los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar la reproducción de sus obras por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma.²⁶

²⁵ **Decisión 351.-**

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

- a) La reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento; (...)

²⁶ **Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas. -**

«Artículo 9

Derecho de reproducción: 1. En general; 2. Posibles excepciones; 3. Grabaciones sonoras y visuales]

- 1) Los autores de obras literarias y artísticas protegidas por el presente Convenio gozarán del derecho exclusivo de autorizar la reproducción de sus obras por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma.
- 2) Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras en determinados casos especiales, con tal que esa

4.12. Asimismo, el Artículo 14 de la Decisión 351 define a la reproducción como: «(...) la fijación de la obra en un medio que permita su comunicación o la obtención de copias de toda o parte de ella, por cualquier medio o procedimiento.»

4.13. Con relación a este derecho en específico, Delia Lipszyc señala lo siguiente:

«(...)

El derecho de reproducción es la facultad de explotar la obra en su forma original o transformada, mediante su fijación material en cualquier medio y por cualquier procedimiento que permita su comunicación y la obtención de una o de varias copias de todo o parte de ella.³⁷

(...)

Se entiende por reproducción la realización de uno o más ejemplares de una obra o de partes de ella en cualquier forma material, con inclusión de la grabación sonora y visual (...)

³⁷ Vid. España, arts.18 y 19.

(...)»²⁷

4.14. En consecuencia, el derecho patrimonial de reproducción tiene como objetivo que el autor o titular pueda generar copias totales o parciales de la obra original o transformada, por cualquier medio o procedimiento, lo que implica la facultad de explotar la obra. Siendo ello así, cualquier persona que no cuente con la autorización del titular de la obra para su reproducción infringe este derecho, por lo que esta conducta constituirá una infracción al derecho de autor y, en consecuencia, deberá ser sancionada.²⁸

reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

- 3) Toda grabación sonora o visual será considerada como una reproducción en el sentido del presente Convenio.»

(Subrayado agregado)

²⁷ Delia Lipszyc, *Derecho de autor y derechos conexos*, Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) – Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe (CERLALC) – Víctor P. de Zavalía S.A., Buenos Aires, 1993, p. 179.

²⁸ De modo referencial ver Interpretación Prejudicial N° 180-IP-2014 de fecha 12 de marzo de 2015, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 2501 de 18 de mayo de 2015.

Facultad exclusiva para realizar, autorizar o prohibir la comunicación pública de una obra

4.15. El Literal b) del Artículo 13 de la Decisión 351 reconoce al autor y, en su caso, a sus herederos, el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir, entre otros, la comunicación pública de la obra por cualquier medio que sirva para difundir las palabras, los signos y las imágenes, tal como se puede apreciar a continuación:

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

(...)

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

(...)

4.16. Se entiende por comunicación pública todo acto por el cual una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar, pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas, de conformidad con lo establecido en el Artículo 15 de la Decisión 351.

4.17. Sobre la noción de comunicación pública, Delia Lipszyc sostiene lo siguiente:

«Se entiende por comunicación pública de una obra todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a todo o parte de ella, en su forma original o transformada, por medios que no consisten en la distribución de ejemplares.

La comunicación se considera pública, cualesquiera que fuera sus fines, cuando tiene lugar dentro de un ámbito que no sea estrictamente familiar o doméstico y, aun dentro de este, cuando está integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo...»²⁹

(Subrayado agregado)

4.18. Existen dos elementos que deben presentarse para que se configure un acto de comunicación pública de una obra protegida por el derecho de autor, de manera indebida: (i) el primero, el que un tercero, que no cuenta con la autorización del autor o titular de una obra, la ponga a disposición de una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar o permita que estas tengan acceso a ella; y, (ii) el segundo, que no haya existido una previa distribución de ejemplares de la obra a dichas personas³⁰.

²⁹ Delia Lipszyc, *Derecho de autor y derechos conexos*, Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) – Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe (CERLALC) – Víctor P. de Zavalía S.A., Buenos Aires, 1993, p. 183.

³⁰ Tercer Seminario Regional sobre Propiedad Intelectual para jueces y fiscales de América Latina. Organizado por la OMPI conjuntamente con la Oficina Europea de Patentes (OEP) y la Oficina

Asimismo, el acto de comunicación será público cuando se produzca para una colectividad, exceptuándose el ámbito familiar o doméstico.³¹

4.19. El Artículo 15 de la Decisión 351, adicionalmente al supuesto indicado en el párrafo anterior, contempla una lista enunciativa de las formas de comunicación pública de una obra. Dichas modalidades han sido desarrolladas por este Tribunal mediante Interpretación Prejudicial recaída en el Proceso 398-IP-2016 del 5 de abril de 2017, donde se ha manifestado que son las siguientes:

- a) **Representación y ejecución pública.-** Constituye uno de los procedimientos para hacer comunicar las obras artísticas y literarias a varias personas, a través de medios distintos de la distribución de ejemplares. Sus principales requisitos consisten en la inexistencia de un vehículo material para que se pueda acceder a la obra y en la destinación de la comunicación a una pluralidad de personas calificadas como “público”.

La noción estricta de representación se refiere a las obras dramáticas, dramático-musicales, coreográficas o pantomímicas, comunicadas a través de la escenificación.

- b) **Recitación o declamación.-** Hablamos de dicho derecho cuando se hace la lectura de obras literarias, en alta voz, para un público presente o con la utilización de procedimientos diferentes de la radiodifusión, sin que medie la previa distribución de ejemplares.

Las obras comunicadas al público en forma oral, expresamente mencionadas en el Convenio de Berna (Artículo 2.1), también están protegidas por el derecho de autor: las conferencias, alocuciones, sermones y otras de la misma naturaleza, inclusive las clases que se dictan, en el marco de las actividades docentes.

- c) **Exhibición o proyección cinematográfica.-** Entre las modalidades del derecho de comunicación pública indirecta se encuentra la facultad reservada al autor de autorizar o prohibir la proyección o exhibición públicas de las obras cinematográficas, asimiladas a estas las obras expresadas por un proceso análogo a la cinematografía, así entendidas las secuencias de imágenes y/o sonidos grabados en toda clase de soportes materiales, para proyección ante un público

Española de Patentes y Marcas (OEPM). Documento preparado por Emilia Aragón. *Contenido del Derecho Autor. El Autor, la Obra, Limitaciones y Excepciones*, p. 13.

Disponible en:

http://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/es/ompi_pi_ju_lac_04/ompi_pi_ju_lac_04_23.pdf

(Consulta: 26 de agosto de 2022)

³¹ Ver Interpretación Prejudicial N° 33-IP-1999 de fecha 22 de marzo de 2000, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 565 del 12 de mayo de 2000.

presente.

- d) **Exposición.-** El derecho de exposición de las obras de arte plásticas es un derecho similar al derecho de representación.

El acceso público a las obras, o a una copia de la obra, puede darse de forma «**directa**», denominada genéricamente de «exposición», o «**indirecta**» mediante la utilización de un dispositivo que puede ser una película, un dispositivo, presentado por lo general en una pantalla. Con la aparición de nuevas técnicas que utilizan medios electrónicos, la forma indirecta de presentación de las obras de arte y fotografías ha adquirido importancia creciente, poniendo de relieve la necesidad de una protección expresa y efectiva, en salvaguardia de los derechos exclusivos del autor.

- e) **Transmisión.-** «Se entiende por transmisión el acto de enviar a distancia obras, datos, informaciones o la representación, ejecución o recitación de la obra, sin trasladarla materialmente, por medios idóneos, alámbricos o inalámbricos.»³²

En ese sentido, la transmisión se puede hacer por **radiodifusión**, que se entiende a la comunicación a distancia de sonidos y/o imágenes para su recepción por el público en general por medio de ondas radioeléctricas, a través de la radio, la televisión, o de un satélite³³; y, por cable **distribución**, el cual consiste en la distribución de señales portadoras de imágenes y/o sonidos, para el público a través de hilo, cable, fibra óptica, entre otros³⁴.

- 4.20. En consecuencia, dentro del proceso interno se deberá determinar si existió una vulneración del derecho patrimonial de comunicación pública por parte de la demandada, respecto de la obra fotográfica «**FOTOGRAFÍA PANORÁMICA DE BOGOTÁ**» presuntamente de titularidad del demandante, tomando en consideración lo analizado en el presente acápite.

³² X Congreso Internacional sobre la Protección de los Derechos Intelectuales (del autor, el artista y el productor), Primera Edición, 29 de noviembre a 2 de diciembre de 1995, Quito, pp. 77, 78, 79 y 80.

³³ Ver Interpretación Prejudicial N° 39-IP-99 de fecha 1 de diciembre de 1999, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 522 del 11 de enero de 2000.

³⁴ *Ibidem*.

5. Naturaleza de la responsabilidad al calificar un acto como infracción a los derechos de autor sobre una obra

- 5.1. Como en el caso en concreto se discute la presunta infracción de derechos de autor, es preciso desarrollar en este acápite este tema.
- 5.2. Para verificar la existencia de una infracción al derecho de autor, la autoridad competente debe analizar el hecho denunciado o demandado en su integridad, apreciando todas las circunstancias, conductas y relaciones que dan contexto al referido hecho.
- 5.3. El Artículo 13 de la Decisión 351 establece el derecho del autor o de sus derechohabientes, a realizar, autorizar o prohibir: i) la reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento; ii) la comunicación pública de la obra por cualquier medio que sirva para difundir las palabras, los signos, los sonidos o las imágenes; iii) la distribución pública de ejemplares o copias de la obra mediante la venta, arrendamiento o alquiler; iv) la importación al territorio de cualquier País Miembro de copias hechas sin autorización del titular del derecho; v) la traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra. En concordancia con ello, los Artículos 56 y 57 de la misma Decisión mencionan las medidas que la autoridad puede adoptar en contra del infractor.
- 5.4. Independientemente de si la acción por infracción del derecho de autor se conduce a través de un procedimiento administrativo o un proceso jurisdiccional, la autoridad competente debe aplicar el criterio de la responsabilidad objetiva, al momento de verificar si la conducta denunciada o demandada constituye uno o más de los supuestos de hecho previstos en el Artículo 13 de la Decisión 351.
- 5.5. Dado que la responsabilidad por la infracción del derecho de autor es objetiva, la autoridad administrativa o jurisdiccional que está conociendo la denuncia o demanda, no necesita demostrar que el investigado ha actuado con dolo o culpa para acreditar la existencia de la infracción, sino que bastaría con verificar que la conducta del investigado encaja en uno o más de los supuestos de hecho, de los tipos infractores previstos en la norma antes citada.
- 5.6. En consecuencia, las únicas eximentes en la determinación de la responsabilidad por infracción de derechos de autor son: las limitaciones al derecho de autor contenidas en el Artículo 22 de la Decisión 351, el caso fortuito, la fuerza mayor o el hecho exclusivo y determinante de un tercero³⁵, los cuales tienen que ser imprevisibles e irresistibles. La

³⁵ Se agrega lo referido al hecho exclusivo y determinante de un tercero, pese a no recogerlo de modo expreso la Decisión 486, debido a que dicha eximente de responsabilidad es propia de cualquier escenario de fractura del nexo causal, lo que es aplicable tanto en la responsabilidad civil como en la administrativa.

autoridad nacional competente no tiene la obligación de entrar a analizar si el investigado actuó con dolo o culpa en la realización de la conducta señalada en la norma referenciada para la existencia de la imputación, limitándose a la verificación del nexo causal.

- 5.7. Tampoco resulta relevante al análisis de la autoridad administrativa o jurisdiccional el que la infracción haya cesado al momento en que la denuncia o demanda fue presentada. En efecto, bien podría ocurrir que la parte infractora cese su conducta y alegue esta circunstancia como un eximente de responsabilidad. La infracción investigada puede generar daños a los derechos morales y patrimoniales del autor y estos deben poder ser declarados por la autoridad pertinente. Por lo tanto, bajo los parámetros que la normativa nacional imponga, la parte agredida deberá poder interponer la denuncia o demanda correspondiente por infracción a sus derechos de autor, incluso si la conducta ha cesado. Esto, a fin de que los daños puedan ser indemnizados.
- 5.8. Ahora bien, aunque se demuestre la existencia de una infracción de derechos de autor, la autoridad nacional competente debe considerar el contexto en el que esta tuvo lugar, así como la actitud del infractor. A partir de estas consideraciones, la autoridad podrá declarar la presencia de condiciones atenuantes o agravantes de la infracción. En otras palabras, la responsabilidad objetiva del infractor se mantendrá, pero la sanción que le corresponda podrá ser modulada dependiendo de las circunstancias que rodeen su conducta específica.
- 5.9. Refiriéndonos concretamente a las condiciones atenuantes de una infracción de derechos de autor, puede ser que el infractor dé pruebas de no haber actuado de mala fe, tenga claro propósito de enmienda o haya tomado inmediatas medidas correctivas. De esta manera, es evidentemente más reprochable la actitud de quien deliberadamente extrae una obra no publicada de la base de datos personal de su autor, la altera y publica como suya, que la de quien por impericia cita mal o de manera incompleta una obra publicada³⁶. Asimismo, será más noble la

³⁶ Sobre el particular, este Tribunal ha señalado que:

«...La facilidad con que la información puede estar al alcance de muchas personas constituye un riesgo al derecho de autor. Es bastante sencillo copiar un texto ajeno colgado en internet y hacerlo pasar como uno propio. Las obras, como es el caso de los textos literarios, tienen un autor. Es cierto que existen las obras anónimas, caso en el cual el investigador debe indicar como fuente que el autor es anónimo. Lo que es errado es considerar que la información que obra en internet se puede utilizar libremente.

...En el ámbito de la investigación académica la responsabilidad es mayor. Un investigador debe desconfiar si encuentra en internet un texto sin autor, situación en la cual puede presumir que la persona que colgó el referido texto ha omitido, por la razón que fuere, el nombre del autor. Por tanto, debe realizar, diligentemente, un esfuerzo mayor en buscar al autor del texto, utilizando para tal efecto otras fuentes de bases de información. Lo anterior, sin perjuicio de, siempre, citar la dirección específica de la ubicación del texto en internet (URL) y la fecha en que efectuó la descarga.»

Ver Interpretación Prejudicial N° 215-IP-2018 de fecha 29 de marzo de 2019, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3637 del 16 de mayo de 2019.

actitud del infractor que por su propia cuenta cese su conducta y pida disculpas públicas al percatarse de su error, ofreciendo compensar al titular de la obra cuanto antes, que la de aquel que tiene que esperar a recibir un reclamo formal del autor para cesar su conducta y aun así demora injustificadamente la implementación de medidas correctivas.

- 5.10. Los casos propuestos representan infracciones al derecho de autor, pero describen también contextos y actitudes diferentes por parte de los infractores, consideración que, en justicia, deberá tomarse en cuenta a la hora de aplicar sanciones a los involucrados u ordenar el pago de indemnizaciones. La autoridad nacional competente deberá analizar estas variables caso por caso siguiendo un estricto estándar de proporcionalidad.
- 5.11. Con lo anterior no se pretende justificar el descuido o impericia de los infractores. Quien pretenda hacer uso del contenido de un tercero debe procurar al máximo respetar sus derechos de autor mediante el uso adecuado de citas o la obtención del permiso correspondiente al uso que se quiere hacer de la obra. Este cuidado debe ser especialmente elevado tratándose de contenidos disponibles en internet por la facilidad con que pueden ser reproducidos y alterados. Siempre será errado considerar que la información que obra en internet se puede utilizar libremente, a menos que expresamente su autor lo permita o la disponibilice en bases de datos de acceso libre o *royalty free*.³⁷

6. Indemnización por daños y perjuicios en los casos de derechos de autor

- 6.1. Dado que en el proceso interno el señor Peter John Liévano Amézquita solicitó en su demanda al demandante el pago de una indemnización por perjuicios toda vez que se habría vulnerado sus derechos morales y patrimoniales, corresponde analizar el presente tema.
- 6.2. El Artículo 57 de la Decisión 351 señala lo siguiente:

«**Artículo 57.-** La autoridad nacional competente, podrá asimismo ordenar lo siguiente:

- a) El pago al titular del derecho infringido de una reparación o indemnización adecuada en compensación por los daños y perjuicios sufridos con motivo de la violación de su derecho;
(...)

- 6.3. En anteriores pronunciamientos, este Tribunal ha dicho que la indemnización por daños y perjuicios debe ser integral y, por tanto, incluir el daño emergente, el lucro cesante y el daño moral.³⁸

³⁷ *Ibidem.*

³⁸ Ver Interpretaciones Prejudiciales números 07-IP-2014 de fecha 3 de julio de 2014, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 2380 del 22 de agosto de 2014 y 124-IP-2014 de

- 6.4. La doctrina sostiene que el daño emergente es la pérdida patrimonial sufrida efectivamente por la víctima. En tal sentido, se habla de daño emergente cuando un bien económico sale efectivamente de la esfera patrimonial de la víctima.
- 6.5. El lucro cesante es el conjunto de ganancias que la víctima habría obtenido en caso de no haberse realizado la afectación, lo que equivale a decir que es aquella parte del patrimonio que la víctima dejó de percibir como consecuencia de la afectación.
- 6.6. Por su parte, el daño moral o extrapatrimonial es la afectación a aquellos bienes que son difíciles de valorar en dinero y que están relacionados directamente con la vida personal y afectiva de cada persona, tales bienes pueden ser la libertad, la intimidad, la tranquilidad, entre otros.
- 6.7. El concepto de reparación o indemnización es mucho más amplio que el simple pago compensatorio de las remuneraciones dejadas de percibir (lucro cesante), pues también incluye la reparación pecuniaria por lo que efectivamente perdió (daño emergente) y la reparación por la afectación de ciertos bienes que pertenecen a la esfera personal o subjetiva (daño moral).
- 6.8. Ahora bien, la reparación o indemnización del daño, sea cual fuere el tipo de afectación que se haya realizado (daño emergente, lucro cesante o daño moral) implica el traslado de la afectación a aquella persona que la produjo. En esa línea se ha pronunciado la doctrina al señalar que «...la reparación del daño no es otra cosa que trasladar las consecuencias negativas que sufre el damnificado por las pérdidas sufridas a causa del daño».³⁹
- 6.9. Corresponde a los países miembros regular, mediante su legislación interna, las vías (sede administrativa o instancia judicial) a través de las cuales las personas pueden obtener la reparación o indemnización por los daños generados por la configuración de infracciones contra sus derechos de autor.

En los términos expuestos, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina deja consignada la presente interpretación prejudicial para ser aplicada por la autoridad consultante al resolver el proceso interno **N° 1-2020-16002**, 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

fecha 10 de abril de 2015, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 2511 del 5 de junio de 2015.

³⁹ Gisela María Pérez Fuentes, *El Daño Moral en Iberoamérica*. Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, México, 2006, p. 205.

la Comunidad Andina, en concordancia con el Artículo 128 párrafo tercero de su Estatuto.

El suscrito Secretario del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en ejercicio de la competencia prevista en el Literal c) del Artículo 19 del Estatuto del Tribunal y en el Literal e) del Artículo Segundo del Acuerdo 02/2021 del 5 de marzo de 2021, certifica que la presente interpretación prejudicial ha sido aprobada por los Magistrados Gustavo García Brito, Luis Rafael Vergara Quintero, Hernán Rodrigo Romero Zambrano y Hugo R. Gómez Apac en la sesión judicial de fecha 21 de septiembre de 2022, conforme consta en el Acta 38-J-TJCA-2022.

Luis Felipe Aguilar Feijoó
Secretario

Notifíquese a la autoridad 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.