

DEPARTAMENTO
ACADÉMICO DE
DERECHO



PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DEL PERÚ

**BREVES APUNTES SOBRE EL PROBLEMA
DE DEFINIR LA ORIGINALIDAD EN EL
DERECHO DE AUTOR**

Cuaderno de Trabajo N° 16

Alfredo Maraví Contreras
Departamento Académico de Derecho
Pontificia Universidad Católica del Perú

Julio, 2010

Décimo sexto Cuaderno de Trabajo del
Departamento Académico de Derecho de la PUCP

“Breves apuntes sobre el problema de definir la originalidad en el Derecho de Autor”

© Alfredo Maraví Contreras

© Pontificia Universidad Católica del Perú
Departamento Académico de Derecho
Av. Universitaria 1801, San Miguel
Lima 32, Perú

Primera Edición
Prohibida la reproducción de esta obra por cualquier medio,
total o parcialmente, sin permiso expreso del autor.

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú No. 2010-08451
ISBN: 978-612-4057-15-1

Impreso en Perú
Julio, 2010

INTRODUCCIÓN

Alfredo Maraví Contreras ()*

La originalidad no consiste en decir cosas nuevas, sino en decir las como si nunca hubiesen sido dichas por otro

Johann W. Goethe

El Derecho de la Propiedad Intelectual es el área que se encarga de proteger a la propiedad inmaterial o intangible que deriva del intelecto humano. Dentro del Derecho de la Propiedad Intelectual, el Derecho de Autor es el área específicamente encargada de proteger las expresiones artísticas o estéticas. Esta protección, entre otras facultades, le otorga al creador la posibilidad de explotar económicamente su obra, así como resguardarla de modificaciones.

Sin embargo, no todas las creaciones son protegibles por esta vía, dependerá de un criterio clave: la originalidad. Si la creación cuenta con originalidad, será considerada una obra y, por lo tanto, será amparada por el Derecho de Autor; de lo contrario, cualquiera podrá hacer copias de la misma o emplearla de cualquier manera, sin necesidad de solicitar autorización o realizar un pago por ese uso.

Sin embargo, pese a ser un elemento central del Derecho de Autor, se trata también de un elemento de muy difícil definición. Así, la tarea de esclarecer el concepto de la originalidad se vuelve un proceso de alta importancia pero también muy complejo, por ejemplo, para que una sea obra original ¿debe ser nueva?, ¿debe verificarse la originalidad en base a criterios objetivos o subjetivos?, etc.

La finalidad del presente cuaderno de trabajo es realizar una pequeña aproximación a dicho problema. Para tal fin, se iniciará señalando y comentando las principales características del Derecho de Autor para establecer el contexto de la discusión. Posteriormente, analizaremos las teorías que explican la originalidad como concepto jurídico. Por último, se estudiarán, parte por parte, los postulados que componen el precedente de observancia obligatoria del INDECOPI que actualmente determina qué debe entenderse por originalidad.

* El autor es abogado y profesor contratado de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), donde enseña cursos relacionados al Derecho Mercantil. Actualmente sigue la Maestría en Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia en la PUCP. Correo electrónico: maravi.a@pucp.edu.pe.

Las imágenes de este Cuaderno de Trabajo las puede ver en el Cuadernillo adjunto al presente.

I. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO DE AUTOR

El Derecho de Autor, como ya hemos mencionado, forma parte del Derecho de la Propiedad Intelectual al igual que el Derecho de Marcas y el Derecho de Patentes. En particular, el Derecho de Autor es el área que se encarga de proteger las obras, es decir, creaciones literarias y artísticas originales que sean producto del ingenio humano.

La protección de las obras tiene dos objetivos, por un lado beneficiar al creador para que él y hasta sus descendientes puedan disfrutar de la rentabilidad de la obra. Del mismo modo, el Derecho de Autor busca beneficiar a la sociedad en general para que más obras sean creadas y difundidas.

Para alcanzar el primer objetivo se le otorga al autor de la obra el derecho de percibir, por el uso de sus obras, una ventaja económica que le incentive a seguir creando. Esta ventaja económica es otorgada en la forma de derechos que identifican al autor como la única persona que tiene control sobre la explotación económica de la creación, debiendo contarse con su expresa autorización si es que se desea hacer uso de la misma. Como regla general, en Perú, el plazo de protección de las obras es de toda la vida del autor más 70 años luego de su fallecimiento, de modo que, con esta retribución que obtenga el autor, él y sus descendientes puedan subsistir.

La sociedad, por su parte, se beneficia cuando se incrementa y difunde la cultura. Mientras más autores sigan creando, la sociedad estará en mejores condiciones ya que la población tendrá mayores posibilidades de elegir entre diferentes libros, obras de teatro, películas, etc. Para alcanzar este objetivo de beneficiar a la sociedad, las normas sobre Derechos de Autor establecen límites y excepciones a los derechos exclusivos y excluyentes que tienen los autores de las obras; ello con el fin de promover o facilitar la difusión de la cultura, una tarea que sería imposible si todos los usos de una obra requirieran la autorización y pago al autor. Más adelante en el presente cuaderno nos encargaremos de señalar algunas de las principales limitaciones.

Dado que las creaciones literarias y artísticas son muy variadas, el Derecho de Autor posee un ámbito de protección muy amplio. A continuación, algunos ejemplos de creaciones que se encuentran dentro de su espectro, siempre que cumplan con el requisito de originalidad:

- Obras literarias expresadas en forma escrita: libros, revistas, folletos, etc.,

Como algunos ejemplos tenemos, los artículos publicados en las revistas de Derecho, los libros de homenaje y los folletos para anunciar conferencias. Asimismo, un lema o frase publicitaria o incluso el título de una obra, podrían ser considerados obras.

Cabe mencionar que, dada su corta extensión, uno de los pocos casos en que una solicitud de frase ha sido aceptada como obra corresponde a la del actor Ricardo Bonilla (intérprete del personaje infantil "Timoteo"). El mencionado artista registró su frase característica "De la Refurinfunflais"¹.

¹ En nuestra opinión esta frase no es original por guardar un gran parecido con la adaptación cómica de Roberto Gómez Bolaños de la historia de Blanca Nieves (bajo el título "Blanca Nieves y los 7 Churinchurinfunflais") pero reconocemos que en situaciones en las que la creación es de muy limitada extensión, como es el caso de las frases, un criterio válido para determinar si existe originalidad es la naturaleza fantástica o inventada de la misma (aunque eso no significa que toda palabra inventada sea necesariamente original).

Otra importante aclaración es que las obras literarias no tienen que estar culminadas en su totalidad para merecer protección. Un fragmento o primer manuscrito puede ser protegido siempre que cumpla con el requisito de originalidad. Precisamente, uno de los casos más conocidos en el Derecho de Autor, versaba precisamente sobre una obra inacabada.

En efecto, en los casos acumulados de Leonidas Yerovi contra Álvarez Calderón² parte de la discusión se centraba en la elaboración por el señor Alberto Álvarez Calderón Wells de un documento que acopiaba datos sobre un antepasado. En este proceso se determinó que sí constituía una obra el texto elaborado por el señor Álvarez.

- Conferencias, alocuciones, explicaciones didácticas,

Tanto las ponencias en los seminarios, las exposiciones de los alumnos, los discursos de bienvenida y las clases que imparten los profesores podrían ser considerados obras.

Cabe señalar que nuestra ley no exige que las manifestaciones orales (o de otro tipo) sean fijadas en un soporte (como una grabación sonora) para otorgar protección, sin embargo, será difícil probar la existencia de un plagio de una conferencia si ésta no fue recogida de alguna manera.

- Obras fotográficas,

La protección de las fotografías como obras fue originalmente motivo de cuestionamientos, pues para algunos se trataba de un simple acto mecánico, es decir, una situación donde lo esencial era la participación de la máquina y no de una persona.

Bajo nuestra Ley de Derecho de Autor (Decreto Legislativo No. 822) las fotografías sí pueden constituir obras, pero no se especifica en dónde puede residir la originalidad. Esta labor recayó en la jurisprudencia y, mediante la Resolución No. 378-2002/TPI-INDECOPI, se determinó que:

“(...) la originalidad en las fotografías puede radicar, por un lado, en el encuadre o en la composición o en cualquier otro elemento importante de la imagen (juego de luz, perspectiva, combinación de tonalidades) de la fotografía o de la toma fotográfica; y, por otro lado, en la fase de su ejecución, ello en la medida que la originalidad puede radicar en el procedimiento de revelado de la película, fotomontajes, retoques, etc.”

Aunque no cualquier fotografía cumple con el requisito de originalidad³, a nuestro parecer, las imágenes que señalamos como Figura 1 y Figura 2 pueden constituir ejemplos de obras fotográficas.

² Expedientes N° 227-1999/ODA y 000524-1999/ODA, acumulados al Expediente No. 1272-1998/ODA

³ Las fotografías poseen un régimen de protección particular. Si la foto cumple con el requisito de originalidad, entonces se le considera una obra y se protege a través del Derecho de Autor. Por el contrario, si la imagen no cumple con el requisito de originalidad, se le considera una “simple fotografía” y recibe protección a través de los Derechos Conexos. En base a estos Derechos Conexos, se le otorga a quien tomó la foto unos derechos similares a los que les correspondería a un autor de una obra. De esta manera, el autor de la “simple fotografía” puede, principalmente, controlar la explotación económica de la imagen que ha capturado. Las fotografías de un cumpleaños, un viaje e incluso la que figura en nuestros documentos de identidad, cuentan con Derechos Conexos a pesar de que su explotación económica es improbable.

En la **Figura 1** se encuentra una famosa fotografía de la revista National Geographic. La foto denominada “*La niña afgana*”⁴ fue tomada por el fotógrafo de Steve McCurry y publicada en junio de 1985.

Por su parte, en la **Figura 2** se representa la imagen denominada “*V-J day in Times Square*”⁵ del fotógrafo Alfred Eisenstaedt, publicada en la revista Life en agosto de 1945.

- Obras teatrales, cinematográficas y audiovisuales,

Como ejemplo de obra teatral podemos señalar “La Chunga” de Mario Vargas Llosa, mientras que un ejemplo de obra cinematográfica muy conocida es “Forrest Gump”, dirigida por Robert Zemeckis. Asimismo, como obra audiovisual podemos mencionar dos anuncios televisivos que dejaron una fuerte impresión en nuestro país: el comercial “Pásame la Manty”⁶ y, más recientemente, “El monstruo en computación”⁷.

Cabe destacar en este punto que, teniendo este tipo de obras varios elementos que las componen, habrá que determinar cual o cuáles poseen la característica de originalidad. De esta manera, en el caso de la empresa Lucchetti S.A. contra Molino Italia S.A. (antes Molitalia S.A.) se analizó el plagio de Molitalia del *spot* publicitario denominado “Las Profesiones de Mamá”. En la Resolución No. 074-2000/TPI-INDECOPI se determinó que la forma de expresar el concepto de madre organizadora del hogar, relacionado a las pastas, era original y merecedor de protección, en la medida que no se limitaba a mostrar imágenes de madres en un típico rol de ama de casa/cocinera. En efecto, se concluyó que Molitalia había cometido una infracción respecto de esas escenas, pero no en los casos en los que se mostraban los platillos de comida, ya que eso constituía una escena común a todos los anuncios sobre alimentos.

De manera similar, en la Resolución No. 1921-2006/TPI-INDECOPI se analizó si el programa concurso de canto, denominado “Superstar” era un plagio del programa “American Idol”. En la mencionada resolución se determinó que la forma de presentación inicial de “American Idol”, representada por la estatua de un cantante de pie que levantaba los brazos, tenía originalidad, habiendo sido plagiada esta presentación por Panamericana Televisión S.A. para su programa “Superstar”. El programa nacional contenía también la imagen de un cantante en posturas, colores y secuencias de movimientos muy similares, tal como se muestra en el *Cuadernillo de imágenes*.

⁴ Fuente: http://www.white-history.com/hwr5c_files/natgeog.jpeg (consulta: 15/11/09)

El nombre de la niña afgana que modeló par la fotografía es Sharbat Gula. Varios años después de haber tomado la foto, Steve McCurry fue en su búsqueda y, tras muchos esfuerzos, volvió a retratarla.

⁵ Fuente: http://www.michaelhoppengallery.com/artist,show,1,96,0,0,0,0,0,alfred_eisenstaedt.html (consulta: 27/03/10).

La expresión “V-J day” se refiere al día de la victoria de los Estados Unidos sobre Japón, evento con el cual terminó la Segunda Guerra Mundial.

⁶ En el mencionado comercial un grupo de niñas está reunida en un desayuno y sus voces y conversaciones corresponden a las de personas adultas, mientras que, constantemente, se piden unas a otras la mantequilla Manty para untarla. El comercial puede ser apreciado en:

<http://www.youtube.com/watch?v=s6ZGpDRCQMM>

⁷ El primero de estos anuncios y sus variantes promocionan al Instituto Superior Tecnológico IDAT. En ellos, siempre una persona que ha estudiado en dicho instituto se transforma en una criatura similar a un hombre lobo y demuestra sus grandes habilidades para solucionar problemas informáticos. En tal sentido, se emplea la palabra “monstruo” como jerga de “capaz”.

No obstante lo anterior, se determinó que el hecho de que el programa “Superstar” también tuviera estructurado un jurado que compartía las características físicas (así como la personalidad) del jurado propio del programa “American Idol”, no era protegible a través del Derecho de Autor, ya que las características físicas y de personalidad innatas al ser humano, no convierten a una persona natural en un personaje protegido por esta legislación.

- Obras de artes plásticas: bocetos, dibujos, pinturas, esculturas,

De acuerdo al artículo 2, inciso 28 de la Ley de Derechos de Autor, una obra plástica es *“aquella cuya finalidad apela al sentido estético de la persona que la contempla, como las pinturas, los bocetos, dibujos, grabados y litografías”*.

Como ejemplo de pintura, entre los muchos que se podrían mencionar, vale destacar el cuadro denominado “Mariacha” de Ricardo Flores⁸. Por su parte, como conocido representante de la escultura tenemos a Fernando Botero⁹ y su escultura denominada “Mano”¹⁰, de 1975, la cual, siguiendo su estilo característico, presenta una forma redondeada o rechoncha.

En cuanto a los bocetos¹¹, podemos apreciar en la **Figura 3** la imagen de uno que muestra rostro de una mujer, realizado por el pintor Sir Edward Burne-Jones¹². Cabe señalar que la imagen corresponde a un sketchbook del artista, del periodo de 1870 a 1880¹³.

Por su parte, en la **Figura 4** observaremos una pintura culminada del mismo artista y, dadas las similitudes entre la cabeza femenina de la pintura y el boceto, parece que la imagen de la Figura 4 corresponde a la obra finalizada. Esta pintura se denomina “The Wheel of Fortune” y puede ser ubicada en The National Gallery of Victoria, Melbourne¹⁴. Es importante recalcar que el boceto, cuando es original, también será protegido aunque no constituya una obra terminada.

En cuanto a los dibujos, para diferenciarlos de las pinturas, tenemos las imágenes, creadas por el dibujante de cómics¹⁵ Jack Kirby¹⁶. En la **Figura 5**¹⁷ se aprecia la portada de

⁸ Esta pintura destaca por su excepcional uso de la técnica denominada puntillismo, es decir, pintar empleando puntos en lugar de realizar trazos con el pincel. El cuadro se encuentra ubicada en el Banco Central de Reserva del Perú y puede apreciarse en el siguiente enlace: <http://www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/Revista-Moneda/Moneda-133/Revista-Moneda-133-09.pdf>

⁹ Artista colombiano dedicado a la pintura y escultura, esta última, generalmente en bronce. Sus trabajos se exponen en las plazas más famosas de todo el mundo.

¹⁰ La imagen puede apreciarse en: <http://www.artelatino.com/botero/galeria/esculturas/mano.asp>

¹¹ De acuerdo al Diccionario de la lengua española, boceto es “proyecto o apunte general previo a la ejecución de una obra artística.”. Fuente: www.rae.es

¹² El mencionado artista se caracterizó por realizar pinturas de estilo romántico con imágenes medievales, en donde los detalles minuciosos y los colores eran clave.

Fuente: <http://www.all-art.org/neoclassicism/burne-jones1.html> (consulta: 27/02/10).

¹³ Fuente:

http://www.artmuseums.harvard.edu/sketchbooks/enlarge.smvc?src=http:%2F%2Fnrns.harvard.edu%2Furn-3:HUAM:21260_mddl&psq=3 (consulta: 27/02/10).

¹⁴ Fuente: <http://www.victorianweb.org/painting/bj/paintings/13.html> (consulta: 27/02/10).

¹⁵ De acuerdo al Diccionario de la Lengua Española, un cómic se refiere a “serie o secuencia de viñetas con desarrollo narrativo” así como al “libro o revista que contiene estas viñetas”. Fuente: www.rae.es (consulta: 19/06/10)

¹⁶ Jack Kirby es uno de los más renombrados e influyentes artistas en materia de *comic books*. No solamente fue un gran dibujante sino que además fue co-creador, junto con el escritor Stan Lee, de varios personajes, incluyendo al Capitán América, Los cuatro fantásticos, los X-men y Hulk.

Fuente: <http://kirbymuseum.org/> (consulta: 27/02/10).

¹⁷ Fuente: http://www.comicartcommunity.com/gallery/details.php?image_id=4753 (consulta: 27/02/10).

un *comic book* de “Los Cuatro fantásticos”, creada por el mencionado artista, mientras que en la **Figura 6**¹⁸ se reproduce una página perteneciente a un *comic book* del “Capitán América”.

En cuanto a los grabados, según el diccionario esto se refiere a una “*estampa que se produce por medio de la impresión de láminas grabadas al efecto*”¹⁹, pudiendo tratarse de grabados al agua, al humo, al barniz, etc. En la **Figura 7** colocamos un ejemplo de grabado xilográfico²⁰. Esta pieza que se observa pertenece al Museo de Grabado de Toledo, el autor del grabado es Barrial y la imagen se denomina “Vista de San Juan de los Reyes”.

Por último, la litografía se considera el “*arte de dibujar o grabar en piedra preparada al efecto, para reproducir, mediante impresión, lo dibujado o grabado*”²¹, con lo cual constituye una técnica de grabado. Como ejemplo de litografía, en la **Figura 8**²² mostramos una correspondiente a Pablo Picasso. La obra se denomina “Jacqueline”, de 1958.

- Obras de arte aplicado,

De acuerdo al numeral 20 del artículo 2 del Decreto Legislativo No. 822, una obra de arte aplicado es “*una creación artística con funciones utilitarias o incorporada en un artículo útil, ya sea una obra de artesanía o producida en escala industrial*”.

En ese sentido, Ricardo Antequera señala que las artes aplicadas son aquellas que tienen un carácter artístico pero su destino es de utilización industrial, tales como la artesanía y otras producidas a escala industrial, como modelos de joyería, orfebrería, bisutería, mueblería, vestidos y decoración²³.

Tenemos entonces que, esta categoría de obras tiene, por su forma de expresión, una naturaleza artística, pero su destino es de utilización industrial.

Tal como señala el mencionado autor, las obras de arte aplicado se desplazan en un “terreno movedizo” entre el Derecho de Autor y la Propiedad Industrial, que a su vez protege al diseño industrial²⁴. Así, ambos tienen en común su forma de expresión, que puede ser bidimensional o tridimensional, que se incorpora a un producto industrial o de artesanía y su destino utilitario²⁵.

El artículo 4 del Decreto Legislativo No. 822 señala que el Derecho de Autor es compatible con los derechos de propiedad industrial, por lo que una obra de arte

¹⁸ Fuente: http://www.comicartcommunity.com/gallery/details.php?image_id=13902 (consulta: 27/02/10).

¹⁹ Fuente: Diccionario de la Lengua Española. Décimo segunda edición.

En: www.rae.es (consulta: 19/06/10)

²⁰ La imagen y mayores datos se encuentran disponibles en:

<http://www.museograbadotoledo.com/museo.html> (consulta: 19/06/10)

²¹ Fuente: Diccionario de la Lengua Española. Décimo segunda edición. En: www.rae.es (consulta: 19/06/10)

²² La imagen y mayores datos se encuentran disponibles en:

<http://www.passion-estampes.com/litho/picassojacqueline-es.html> (consulta: 19/06/10)

²³ Antequera Parrili, Ricardo y Ferreyros Castañeda, Marisol. El Nuevo Derecho de Autor en el Perú. Lima: Editorial Monterrico. 1996. p. 269

²⁴ A través de la patente de diseños industriales se protege un dibujo o forma que se incorpora a un producto industrial o de artesanía. La protección se otorgará cuando el diseño cumpla con ser novedoso y además posea una apariencia particular. La patente de diseño industrial otorga un plazo de protección por 10 años no renovables.

²⁵ Antequera Parrili, Ricardo y Ferreyros Castañeda, Marisol. Op cit. p. 269.

aplicado también podrá ser protegida como diseño industrial, siempre que el objeto reúna los requisitos establecidos en los regímenes respectivos.

- Obras de arquitectura,

Un conocido ejemplo de este tipo de obras lo constituye el Opera House de Sydney, en Australia. Esta creación, diseñada por el arquitecto danés Jorn Utzon, es una construcción fácilmente reconocible debido a su tejado en forma de olas.

De igual manera, estimamos que uno de los más recientes ejemplos de obra arquitectónica lo tenemos en el Estadio Nacional de Pekín, conocido como “Nido de pájaro”, debido a la forma irregular y entrelazada de sus vigas. El mencionado estadio fue empleado para las Olimpiadas de 2008 y concebido por los arquitectos Jacques Herzog y Pierre de Meuron. Al margen de sus destacadas características técnicas ecológicas²⁶, somos de la opinión que, por su aspecto estético, merece considerarse como una obra protegida por el Derecho de Autor.

Dado que la mayoría de los edificios suele mantener una forma definida (rectangular, ovoidal, etc.), las formas irregulares del Estadio Nacional de Pekín y del Opera House de Sydney cumplirían con el requisito de originalidad.

- Obras musicales con o sin letra,

Podemos señalar como obra musical sin letra las creadas por el compositor John Williams para las películas de Star Wars. Por su parte, Gianmarco Zignago es autor de la música y letra de varias de las canciones que interpreta. Es importante señalar que el Derecho de Autor no protege a los intérpretes o ejecutantes de obras (cantantes o actores por ejemplo), solo a los autores. Los intérpretes y ejecutantes tienen derechos a través de los Derechos Conexos, área que contiene disposiciones similares al Derecho de Autor²⁷.

También es necesario precisar que las composiciones musicales no son protegidas en su integridad. De acuerdo a la Resolución No. 074-2000/TPI, aunque las obras musicales comprenden tres elementos: melodía, armonía y ritmo, sólo se puede adquirir derechos exclusivos sobre la melodía (creación propiamente dicha), que es reconocible como la sucesión coherente de notas independiente del acompañamiento²⁸. La armonía la forman los acordes y su número limitado impide que sean apropiadas por alguien. Lo mismo sucede con el ritmo, que define el género musical (bolero, samba, etc.), por lo que debe quedar libre para la utilización de cualquiera.

- Programas de ordenador (software),

El Decreto Legislativo No. 822 en su artículo 2 y numeral 34, define al programa de ordenador como:

“la expresión de un conjunto de instrucciones mediante palabras, códigos, planes o en cualquier otra forma que, al ser incorporadas en un dispositivo de lectura automatizada, es capaz de hacer que un computador ejecute una tarea u obtenga un resultado (...)”.

²⁶ Las características técnicas no se protegen por el Derecho de Autor.

²⁷ Poseen Derechos Conexos, principalmente, los artistas intérpretes y ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión.

²⁸ Cuando tarareamos una canción estamos reproduciendo la melodía.

Solamente la forma de expresión estética de los programas de ordenador es protegida, no sus características técnicas.

Por ejemplo, pese a que el Messenger del correo Hotmail y el Messenger del correo Yahoo cumplen la misma función (conexión de chat), poseen algunas diferencias estéticas por la disposición de ciertos elementos que presentan. Podemos mencionar entre ellos la ubicación del botón para solicitar ayuda o el lugar donde se encuentra la pregunta de “¿se ha olvidado la contraseña?”. Si esta diferente colocación de los elementos puede considerarse original, entonces cada uno de estos diseños sería objeto de protección por el Derecho de Autor.

Un ejemplo concreto de plagio en software lo tenemos en el caso del sistema MSN Juku de Microsoft en China y el sistema Plurk. En ambos casos, MSN Juku y Plurk, al igual que Twitter, permiten el *microblogging*, es decir enviar mensajes breves e instantáneos a través de la web. Microsoft admitió en diciembre del año 2009 que su sistema MSN Juku, lanzado para el mercado Chino, había copiado entre otras cosas, el diseño del sistema Plurk²⁹.

La **Figura 9**³⁰ corresponde a una captura de imagen del sistema MSN Juku. En cuanto a la **Figura 10**³¹, ésta muestra el sistema Plurk. El lector podrá apreciar a simple vista que los diseños son muy parecidos, dado que la disposición de los elementos es extremadamente similar. En este caso, cabe señalar que el parecido no se justifica en una funcionalidad natural del sistema, es decir que no es necesario que todos los elementos se coloquen en la misma manera³².

Como prueba de lo anterior, en la **Figura 11**³³ puede verse la imagen del sistema Twitter, el cual sí presenta un diseño diferente al de los programas antes mencionados.

De esta manera, observando los ejemplos, se puede apreciar que el Derecho de Autor protege todas las obras del ingenio humano sin importar a qué género artístico pertenecen, tampoco la forma o medio a través del cual se expresen, ni el mérito de la creación³⁴ o la finalidad que ésta tenga.

Sin perjuicio de lo antes mencionado, ciertos esfuerzos intelectuales no son protegidos por el Derecho de Autor³⁵:

➤ Las ideas:

El Derecho de Autor no protege las ideas, protege la forma de expresión de las ideas. Se excluye del ámbito de protección a la idea en sí misma porque las ideas son la fuente de gran cantidad de obras diferentes, por tanto, deben quedar libres para ser utilizados por cualquiera.

Para comprender mejor la diferencia entre una idea y la forma de expresión de esa idea, imaginemos que en un salón de clase se les pide a los alumnos que, en base a la idea

²⁹ Fuente: <http://news.bbc.co.uk/2/hi/8415597.stm> (consultado el 01 de febrero de 2010)

³⁰ MSN Juku. Fuente: <http://news.bbc.co.uk/2/hi/8415597.stm> (consultado el 01 de febrero de 2010)

³¹ Sistema Plurk. Fuente: <http://news.bbc.co.uk/2/hi/8415597.stm> (consulta: 01/02/10)

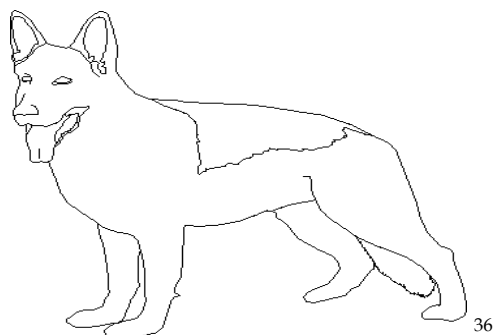
³² Antes estos hechos, Microsoft tuvo que suspender el servicio de MSN Juku.

³³ Fuente: <http://techlosofy.com/wp-content/imagen-semana-twitter.png> (consulta 12/04/10)

³⁴ Por mérito se hace referencia a la calidad de la obra, es decir si la obra es buena, regular o mala.

³⁵ La lista completa de elementos no protegibles se encuentra contemplada en el artículo 9 del Decreto Legislativo No. 822.

“perro”, realicen un dibujo. Es muy probable que cada alumno concretice la idea “perro” de una manera diferente, por ejemplo:



Perro jadeante de aspecto realista (trazo simple)



Perro jadeante caricatura (Pluto)



Perro grande acostado de aspecto realista (trazo complejo)



Perro pequeño de aspecto realista (silueta)

Todas las imágenes son expresiones de la idea “perro” y, si cumplen con el requisito de originalidad, cada una de estas formas de expresar la idea “perro”, será protegida por el Derecho de Autor. Por su parte, la idea “perro”, en sí misma, no es atribuible a ninguna persona en exclusividad.

Del mismo modo, en el terreno cinematográfico, la idea “Vampiros” ha sido empleada como trama central de películas muy diversas, entre las que tenemos “Nosferatu”, “Bram Stoker’s Drácula” “Entrevista con el Vampiro”, “Van Helsing”, “Blade”, “Buffy the Vampire Slayer”, “From Dusk Till Dawn”, “Underworld”, entre otros⁴⁰.

➤ Los simples hechos o datos:

³⁶ Fuente: <http://www.bibliocad.com/cad/biblioteca/animales/animales-2d/img/8017-perro-raza-pastor-aleman.gif> (consulta 14/03/09)

³⁷ Fuente: <http://dibujos.chiquipedia.com/images/dibujos-pluto-colorear-p.gif> (consulta 14/03/09)

³⁸ Fuente: http://www.google.com.pe/imgres?imgurl=http://fc04.deviantart.com/fs31/i/2008/218/c/c/Perro_Dog_by_ribujante.jpg&imgrefurl=http://new.taringa.net/posts/imagenes/3648292/Dibujos-de-perros-a-lapiz-entren.html&usq=__Du2RJRbKrrSjUmJfkydbRZfDe2A=&h=809&w=600&sz=99&hl=es&start=67&um=1&itbs=1&tbid=javl_NP2GuGgQM:&tbnh=143&tbnw=106&prev=/images%3Fq%3Ddibujo%2Bperro%26start%3D54%26um%3D1%26hl%3Des%26sa%3DN%26ndsp%3D18%26tbs%3Disch:1 (consulta 14/03/09)

³⁹ Fuente: <http://www.l-atelier.info/Tienda/img-tienda/img-pizarras/perro-silueta-6.JPG> (consulta 11/4/09)

⁴⁰ La lista de películas sobre vampiros es casi interminable. Para muestra, en el siguiente link se muestran las 70 mejores películas de todos los tiempos: <http://snarkerati.com/movie-news/top-70-vampire-movies-of-all-time/>.

Los simples hechos o datos no son protegibles por el Derecho de Autor. La recopilación de hechos o datos puede sin duda significar un esfuerzo grande e incluso tener valor económico. Por ejemplo, una lista con los nombres de todas las señoritas de familias acomodadas que estén en edad de casarse, podría ser muy valioso para que las empresas de servicios para matrimonio envíen su publicidad. Sin embargo, esa lista, por ser una mera recopilación de datos no podría ser considerada una obra.

No deben confundirse los simples hechos o datos con las bases de datos, ya que en este último caso sí existe la posibilidad de otorgar protección por la selección de los datos o por la especial disposición que sobre ellos se haya realizado⁴¹.

➤ Los procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí:

De un modo muy similar a las ideas, un mismo procedimiento o método puede ser la fuente de muchas obras, por lo que su uso debe estar permitido por cualquiera. Un ejemplo de ello es el uso de procedimientos para que una pintura refleje no solo el alto y el ancho sino también la profundidad, es decir, la perspectiva, de modo que la pintura posea un efecto más real⁴².

Por su parte, los conceptos o fórmulas matemáticas, pese a ser muchas veces producto de un gran esfuerzo intelectual, no se consideran obras; sin embargo, sí pueden ser aplicados a obras. Un buen ejemplo es el número áureo o de oro, conocido también como la “divina proporción”, representado por la letra griega φ (pronunciada “fi”) cuya fórmula es la siguiente:

$$\varphi = \frac{1 + \sqrt{5}}{2} \approx 1,618033988749894848204586834365638...$$

Esta fórmula, según sostienen algunos, posee una proporción matemática que ha sido voluntaria o involuntariamente utilizada en muchas obras de arte, tanto en pinturas como esculturas y arquitecturas, debido a que encierra en sí las proporciones de la belleza en base a la simetría⁴³. La cirugía estética es uno de los últimos campos en los que la “divina proporción” está empezando a ser considerada⁴⁴.

➤ Los sistemas o el contenido ideológico o técnico de las obras científicas, ni su aprovechamiento industrial o comercial:

Las obras literarias como los libros pueden ser objetos de aplicación práctica, por ejemplo, el manual de un programa informático. Mediante esta restricción se está indicando que el titular de los derechos sobre dicha obra literaria no puede oponerse a que el contenido práctico sea aplicado por quien adquiere el manual.

➤ Las noticias del día, pero en caso de reproducción textual, deberá citarse la fuente de donde han sido tomadas:

⁴¹ Así lo establece el artículo 78 del Decreto Legislativo No. 822, Ley de Derecho de Autor.

⁴² Uno de los cuadros más famosos que ha empleado la perspectiva como técnica es la “Última Cena” de Leonardo Da Vinci.

⁴³ Para mayor referencia ver: <http://goldennumber.net/phiformula.htm>

⁴⁴ Para mayor referencia ver: http://www.clinicaarquero.com/02_divinaproporcion.htm

Es importante diferenciar los artículos periodísticos y las noticias del día, ya que los artículos periodísticos sí pueden ser protegidos por el Derecho de Autor, mientras que las noticias del día no.

Las noticias del día se refieren a la información básica, por ejemplo: “vehículo se incendia de madrugada en la Avenida Javier Prado luego de un choque y fallece el conductor”. Este enunciado presenta los hechos y no puede ser apropiado por nadie pues se impediría su difusión en la comunidad. Sin embargo, sobre estos hechos es posible realizar una noticia, en cuya redacción se exprese mucho más que los hechos, por ejemplo: “nueva tragedia vehicular, a tempranas horas del día un vehículo sufrió un severo incendio cuyas causas aún no se determinan. El conductor no sobrevivió al penoso accidente, lo que solo reafirma nuestra permanente inseguridad vial”. En el primer caso estamos ante una noticia del día, en el segundo caso ante un artículo periodístico.

- Los textos oficiales de carácter legislativo, administrativo o judicial, ni sus traducciones oficiales, sin perjuicio de la obligación de respetar los textos y citar la fuente:

Si bien es cierto que sería rentable para el Estado el reclamar protección por las creaciones señaladas (en tanto sean originales y el creador ceda sus derechos al gobierno), con la finalidad de que la legislación y que las decisiones que resuelven conflictos sean lo más ampliamente conocidas, no recaen sobre ellas Derechos de Autor.

En cuanto a los tipos de derechos que se otorgan sobre la obra, la Ley de Derechos de Autor, Decreto Legislativo No. 822, reconoce dos, morales y patrimoniales.

Los derechos morales, corresponden solamente al autor de la misma, es decir, a la persona natural que realiza la creación intelectual. Tienen como finalidad proteger el aspecto artístico del autor, de modo que, a través de ellos, el autor evite que su creación sea modificada, que deje de reconocérsele como el autor de la obra, entre otros supuestos.

Estos derechos morales forman parte de una lista cerrada y tienen como características ser perpetuos⁴⁵, inalienables, inembargables, irrenunciables e imprescriptibles. Los siguientes son los derechos morales:

Divulgación: Es el derecho de hacer accesible la obra al público por primera vez, con el consentimiento del autor. También incluye el derecho de mantenerla inédita. La divulgación puede realizarse por cualquier medio o procedimiento conocido o por conocerse.

Por ejemplo, develar una escultura en una ceremonia.

Paternidad: Derecho a que se reconozca a la persona natural creadora como autora de la obra, también incluye el derecho a permanecer anónimo o figurar bajo seudónimo.

Integridad: el autor tiene, incluso frente al adquirente del soporte físico que contiene la obra, la facultad de oponerse a toda deformación, modificación, mutilación o alteración de la obra.

⁴⁵ Son derechos perpetuos porque duran toda la vida del autor. Adicionalmente, en el caso del derecho de paternidad y del derecho de integridad, sí son derechos que deben respetarse para siempre, pudiendo ser defendidos por los herederos del autor o incluso por el mismo Estado.

Según señala la Sala de Propiedad Intelectual del INDECOPI, el autor tiene derecho a que su pensamiento no sea modificado o desnaturalizado, y la comunidad tiene derecho a que los productos de la actividad intelectual creativa le lleguen en su auténtica expresión⁴⁶.

En tal virtud, el Derecho de Autor se impone sobre el derecho de propiedad, ya que si, por ejemplo, alguien me compra un cuadro o incluso me encarga hacer uno, ese resultado creativo no puede ser modificado, salvo que el mismo autor lo realice.

Modificación o variación: el autor, antes o después de la divulgación, tiene la facultad de modificar su obra, respetando los derechos adquiridos por terceros, debiendo previamente indemnizarlos por los daños y perjuicios que les pudiere ocasionar.

Por ejemplo, si un compositor o escritor se encuentra descontento con la canción o libro que ha culminado, puede corregirlo hasta quedar satisfecho con el resultado final, incluso si la empresa discográfica o editorial que obtuvieron los derechos patrimoniales, ya habían culminado con su proceso de grabación o edición. Lógicamente, para poder hacer uso de esta facultad, el autor deberá compensar los gastos y otros daños que les estuviere ocasionando.

Retiro de la obra del comercio: durante su vida, el autor tiene el derecho de suspender cualquier forma de utilización de la obra, indemnizando previamente a terceros los daños y perjuicios que pudiere ocasionar.

Es un caso más extremo, pero similar al anterior, donde el autor que no se encuentra satisfecho con la forma en que resultó su obra, puede solicitar que su libro, disco, etc. sea retirado de las tiendas y canales de comercialización, previa indemnización.

Acceso: el autor tiene la facultad de acceder al ejemplar único o raro de la obra, pero sin desplazarlo de su ubicación, cuando se halle en poder de otra persona, a fin de ejercitar sus demás derechos morales o los patrimoniales. El acceso a la obra debe realizarse en los tiempos y forma que menos inconvenientes le generen al poseedor de la misma.

Por ejemplo, un pintor cuyo único ejemplar se encuentra en un museo, no puede ser impedido de ingresar a la exhibición de la pintura para ejercer su derecho de modificación⁴⁷. También podría ingresar para poder realizar otra reproducción, es decir, otro ejemplar de la pintura o para usar la pintura como imagen de fondo para una entrevista que le estén realizando.

Por otro lado, los derechos patrimoniales corresponden al autor o al titular de los derechos, pudiendo ser este último una persona natural o jurídica que haya adquirido los derechos patrimoniales, ya sea porque la ley así lo establece o por medio de un contrato.

Los derechos patrimoniales otorgan el derecho exclusivo de explotar económicamente la obra bajo cualquier forma o procedimiento y, de obtener por ello beneficios, salvo en los casos de excepción legal expresa. La ley comprende una lista abierta de las facultades, por lo tanto se puede explotar de cualquier forma siempre que no esté incluida dentro de las excepciones y limitaciones al Derecho de Autor.

⁴⁶ Ver Resolución N° 1230-2003/TPI-INDECOPI, Expediente N° 11-2003/ODA.

⁴⁷ Como hemos visto, al modificar tendrá que indemnizar por los daños que generará.

De esta manera, los derechos patrimoniales comprenden, especialmente, el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir:

La reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento. La reproducción se refiere a cualquier forma de fijación u obtención de copias de la obra, de manera permanente o temporal. De esta manera, constituyen actos de reproducción tanto la fotocopia como el archivo temporal que se genera en la memoria de las computadoras al visualizar un archivo o página web en la pantalla.

La comunicación al público de la obra por cualquier medio. Se refiere a todo acto por el cual una o más personas, reunidas o no en un mismo lugar, puedan tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas.

Por ejemplo, existe comunicación al público a través de representaciones escénicas, proyecciones audiovisuales, transmisión análogas o digitales, exposiciones públicas, etc.

La distribución al público de la obra. Comprende la puesta a disposición del público, por cualquier medio o procedimiento, del original o copias de la obra, por medio de la venta, canje, permuta u otra forma de transmisión de la propiedad, alquiler, préstamo público o cualquier otra modalidad de uso o explotación.

La traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra. Esto incluye el doblaje y el subtitulado. El *merchandising*⁴⁸ también puede considerarse transformación.

La importación al territorio nacional de copias no autorizadas de la obra. Si se realiza en otro país una copia ilícita de la obra, lo que llamaríamos comúnmente “bamba” o “pirata”, el autor o titular de la obra puede oponerse a que esa copia ilegal ingrese a nuestro país. Esta facultad no se extiende a las copias lícitas que en el extranjero se hayan realizado, sobre ellas no cabe oponerse a la importación. Esto suele denominarse como la posibilidad de realizar importaciones paralelas cuando se ha agotado el Derecho de Autor.

Cabe mencionar que ninguno de estos derechos está supeditado al registro de la obra, ya que los derechos de Autor otorgan protección a las obras desde el momento de su creación, se encuentren o no registrados⁴⁹.

En cuanto a los límites y excepciones que se han establecido para asegurar la difusión de las obras, en la Ley se han contemplado circunstancias muy específicas⁵⁰ donde se podrá libremente utilizar la obra sin la necesidad de obtener la autorización de autor y/o sin realizarle pago alguno. Cada una de estas circunstancias debe cumplir con la “Regla de los tres pasos”:

⁴⁸ Merchandising.- A term of many varied and not generally adopted meanings. It can (1) relate to the promotional activities of manufacturers that bring about in-store displays, or (2) identify the product and product line decisions of retailers.

Fuente: http://www.marketingpower.com/_layouts/Dictionary.aspx?dLetter=M (consulta: 01/01/09)

⁴⁹ Así lo indica el artículo 3 del Decreto Legislativo No. 822, Ley sobre el Derecho de Autor.

Artículo 3.- La protección del derecho de autor recae sobre todas las obras del ingenio, en el ámbito literario o artístico, cualquiera que sea su género, forma de expresión, mérito o finalidad.

Los derechos reconocidos en esta Ley son independientes de la propiedad del objeto material en el cual está incorporada la obra y su goce o ejercicio no están supeditados al requisito del registro o al cumplimiento de cualquier otra formalidad.

⁵⁰ Las excepciones deben interpretarse de manera restrictiva, siguiendo literalmente lo expresado en ellas.

1. Deber tratarse de un caso especial que se encuentre expresamente establecido en la Ley.
2. Su aplicación no debe atentar contra la explotación normal de la obra.
3. Su aplicación no debe causar perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

Los siguientes supuestos, entre otros, se encuentran en la lista de límites o excepciones que figuran en la Ley de Derechos de Autor⁵¹. De esta manera, no requieren de autorización del titular ni pago alguno:

La comunicación de la obra en un ámbito exclusivamente doméstico, siempre que no exista un interés económico, directo o indirecto. Por ejemplo, disfrutar en familia de películas originales en el hogar.

- Las comunicaciones efectuadas en el curso de actos oficiales o ceremonias religiosas, de pequeños fragmentos musicales o de partes de obras de música, cuando el público pueda asistir a ellos gratuitamente y ninguno de los participantes en el acto perciba remuneración por su interpretación o ejecución.
- Comunicación de obras con fines exclusivamente didácticos, dentro de las actividades de una institución de enseñanza, por el personal y los estudiantes, siempre que no haya finalidad de lucro. Ejemplo de este supuesto es el empleo de una película por un profesor para explicar una materia.
- Las comunicaciones realizadas como indispensables para llevar a cabo una prueba judicial o administrativa.
- Se permite que las lecciones dictadas en público o en privado, por los profesores de las universidades, institutos superiores y colegios, puedan ser anotadas y recogidas en cualquier forma, por aquellos a quienes van dirigidas, pero nadie podrá divulgarlas o reproducirlas en colección completa o parcialmente, sin autorización previa y por escrito de los autores.
- Es permitido que bibliotecas o archivos públicos que no tengan fin de lucro, realicen una sola copia de una obra de su colección permanente con el objetivo de preservar el ejemplar y sustituirlo en caso de destrucción o extravío. Ello siempre que no resulte posible conseguir el ejemplar en un plazo y condiciones razonables.
- Está autorizado el realizar citas de cualquier tipo de obras (literarias, audiovisuales, etc.), con la obligación de indicar el nombre del autor y la fuente. La cita debe ser necesaria y estar relacionada con la creación donde se incorpora.
- De igual manera, realizar la parodia de una obra es algo permitido siempre que no exista riesgo de que se confunda con la obra parodiada, ni se infiera un daño a la obra original o a su autor y, sin perjuicio de pagar la remuneración que corresponda por esa utilización (siempre que se encuentre dentro del plazo de protección).

⁵¹ La lista completa de límites o excepciones puede encontrarse a partir del artículo 41° del Decreto Legislativo No. 822.

II. LAS TEORÍAS SOBRE EL CONCEPTO DE LA ORIGINALIDAD

Como ya hemos mencionado, no existe obra y, por lo tanto, no existen Derechos de Autor, si nos encontramos frente a una creación que carezca de originalidad, sin embargo, este concepto no es fácil de delimitar.

Para desentrañar su significado podemos acudir al Diccionario de la Lengua Española, el cual nos indica:

“original.

(Del lat. *originālis*).

1. adj. Perteneciente o relativo al origen.
2. adj. Dicho de una obra científica, artística, literaria o de cualquier otro género: Que resulta de la inventiva de su autor. *Escritura, cuadro original*. U. t. c. s. m. *El original de una escritura, de una estatua*.
3. adj. Dicho de cualquier objeto: Que ha servido como modelo para hacer otro u otros iguales a él. *Llave original*.
4. adj. Dicho de una pieza integrante de un aparato: Que procede de la misma fábrica donde éste se construyó.
5. adj. Dicho de la lengua de una obra escrita o de una película: Que no es una traducción. *La película se proyecta en su lengua original*.
6. adj. Que tiene, en sí o en sus obras o comportamiento, carácter de novedad. *Un peinado original*. Apl. a pers., u. t. c. s. *Es un original*.
7. m. Objeto, frecuentemente artístico, que sirve de modelo para hacer otro u otros iguales a él.
8. m. Escrito que sirve de modelo para sacar de él una copia.
9. m. Persona retratada, respecto del retrato.”⁵²

Como podemos apreciar, su acepción más usada es la relativa a la de “primero” o “primigenio”. Dada esta definición, no es extraño que una de las teorías sobre la originalidad propugne que se utilice un criterio de novedad, es decir, determinar la originalidad de una creación observando si es el primero de su clase, algo no conocido anteriormente.

1. Teorías que consideran a la originalidad como novedad:

Dentro de la concepción de la originalidad como algo novedoso, existen dos teorías: la originalidad como novedad objetiva y la originalidad como novedad subjetiva.

1.1 La novedad objetiva

La base de esta teoría señala que “la originalidad objetiva de una creación es la que permite diferenciar esa creación de las demás”⁵³. En tal sentido, se realiza un análisis de novedad para determinar si la creación es o no original y sólo si se considera nuevo, vale decir, diferente de las demás de su misma clase, será un obra original, protegible por el Derecho de Autor.

Dos corrientes de pensamiento se sustentan en el criterio de novedad objetivo, distinguiéndose entre ellas por el grado de novedad que exigen:

⁵²Fuente: Diccionario de la Lengua Española. Décimo segunda edición. En: www.rae.es (consulta: 6/10/09).

⁵³ Rodríguez Tapia, José Miguel y Bondía Román, Fernando. Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual. Cívitas Madrid, 1997. p. 55.

a) Exigencia de novedad absoluta

De acuerdo a la novedad absoluta, para que la obra sea considerada original y protegible, no debe existir ninguna otra obra anterior que le sea idéntica⁵⁴, de este modo, para otorgar protección deberá probarse que *“lo creado es distinto de la o las obras preexistentes”*⁵⁵, requiriendo *“la aportación al patrimonio cultural de algo que con anterioridad a la misma no existía”*⁵⁶.

Uno de sus defensores más renombrados es Rodrigo Bércovitz, quien afirma que la novedad objetiva debe ser al menos uno de los criterios a seguir al momento de determinar la originalidad de la creación⁵⁷.

Este criterio de la novedad absoluta es el que se ha seguido en otra área del Derecho de la Propiedad Intelectual: las patentes. En efecto, se acepta pacíficamente en el Derecho de Patentes que, para otorgarse protección a la invención o al modelo de utilidad⁵⁸, entre otros requisitos⁵⁹, éstos deben ser objetivamente nuevos⁶⁰, es decir, diferente a toda otra creación que les preceda.

Para ilustrar el criterio de novedad objetiva con un ejemplo, supongamos que soy el inventor de un componente electrónico que sirve para generar calor a través de la corriente eléctrica, es decir, una resistencia (o resistor). Mi resistencia inventada se caracteriza por generar mucho calor con poca energía eléctrica y no descomponerse con facilidad gracias a que es en forma de espiral y hecha de aluminio. Si las resistencias con forma de espiral y hechas de aluminio ya son conocidas, es decir si ya existen, entonces mi invención carece de novedad y no puede dársele una protección por el Derecho de Patentes⁶¹.

Lo que propone un sector de la doctrina es que el mismo tipo de razonamiento sea aplicado cuando se quiera determinar la originalidad en el Derecho de Autor. De acuerdo al criterio de novedad objetiva, por ejemplo un folleto anunciando una conferencia debería ser novedoso, muy diferente a los que tradicionalmente se aprecian, para poder ser considerado original por el Derecho de Autor.

⁵⁴ Espin Alba, Isabel. La originalidad en la protección de las obras fotográficas. Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor, Tomo XX, 1999. p. 128 a 129

⁵⁵ Bércovitz Rodríguez – Cano, Rodrigo “Manual de Propiedad Intelectual” Tirant Lo Blanch. Valencia 2003, 2da edición. p. 56.

⁵⁶ Montserrat Real Márquez. “El requisito de la originalidad en los derechos de autor”. Portal internacional de la Universidad de Alicante sobre Propiedad Industrial e Intelectual y Sociedad de la Información. p. 3. Disponible en: http://uaipit.com/files/publicaciones/0000001974_La%20originalidad-Art-uaipit2.pdf

⁵⁷ Bércovitz Rodríguez – Cano, Rodrigo “Manual de Propiedad Intelectual” Tirant Lo Blanch. Valencia 2003, 2da edición. p. 55-56.

⁵⁸ Las patentes de invención se otorgan solamente a aquellas creaciones tecnológicas nuevas que impliquen un avance en la ciencia. Se diferencian de las patentes de modelos de utilidad porque en estas últimas lo que se protege es una mejora que se le realiza a una invención ya conocida.

⁵⁹ Además de la novedad, para otorgarse una patente, la creación debe tener altura inventiva (no ser obvia o evidente) y tener la capacidad de ser aplicada industrialmente.

⁶⁰ La novedad en las patentes se verifica a nivel mundial, es decir, la creación para la cual se pide la patente debe ser nueva en relación con cualquier otra creación de ese tipo que se haya realizado y divulgado en el mundo.

⁶¹ El presente ejemplo es ficticio, sin embargo está inspirado en un ejemplo similar correspondiente al “Manual para el examen de solicitudes de patentes de invención en las oficinas de Propiedad Industrial de los países de la Comunidad Andina” elaborado en el año 2004 por la Secretaría General de la Comunidad Andina, la Organización Mundial de Propiedad Intelectual y la Oficina Europea de Patentes. La base para el ejemplo puede apreciarse en el ejemplo 2 de la página 67.

No es extraño que se planteara aplicar un criterio de novedad absoluta al Derecho de Autor tomándolo “prestado” del Derecho de Patentes, pero como veremos más adelante, esto no ha estado libre de críticas.

b) Exigencia de novedad relativa

Esta vertiente propugna que se consideren originales las creaciones que sean relativamente nuevas, vale decir, no sería necesario que la creación sea diferente a la cultura preexistente, sino que sería suficiente que el autor haya reorganizado algunos elementos preexistentes de una obra ya conocida⁶². En otras palabras, esta vertiente acepta que existen grados de originalidad, dejando de lado la exigencia de la novedad absoluta, para la cual, lo original es algo totalmente nuevo de lo anterior.

Una adaptación de una obra, por ejemplo, que la historia contenida en un libro sea transformada a un formato cinematográfico, sería un caso de esta vertiente, pues la película tendrá un cierto grado de novedad respecto al libro en el que se basa, pero nunca será completamente novedosa.

1.2 La novedad subjetiva

Bajo la teoría de la novedad subjetiva, se sostiene que no es necesario que la obra sea objetivamente nueva sino que la novedad subjetiva sería suficiente. En tal sentido, *“no constituiría pues una infracción del derecho de autor una obra igual a otra ya existente realizada por otro autor, siempre que este segundo autor no hubiese utilizado para nada, ni consciente ni inconscientemente, el modelo constituido por la obra preexistente.”*⁶³

Aunque no es sencillo establecer un ejemplo sobre esta teoría, podemos pensar en el caso de la traducción del inglés al español de un pequeño texto que cuente con originalidad, por ejemplo un lema publicitario. Dos personas sin ningún contacto entre sí, podrían llegar a traducir el lema de manera idéntica, debido a la limitada cantidad de palabras a escoger para un texto pequeño, pero se consideraría bajo esta teoría que ambas traducciones tienen originalidad debido a que no existió una copia de por medio.

Crítica a las teorías de la originalidad como novedad

Si bien la novedad absoluta establece una regla mucho más fácil de delimitar que la que existe en otras teorías sobre la originalidad, también es cierto que es un criterio mucho más restrictivo, con tendencia a limitar la cantidad de creaciones que se van a proteger. Precisamente, en este sentido se dirige una de sus principales críticas, ya que el Derecho de Autor tiene, como uno de sus objetivos, el fomentar el desarrollo cultural mediante los derechos de explotación que se otorgan sobre la obra y, al ser más restrictivo este criterio, este objetivo no se cumple. Por ejemplo, ante dos fotógrafos que toman fotografías artísticas al mismo paisaje solamente el primero de ellos sería protegido ya que el segundo no tendría una obra totalmente novedosa. De igual modo, la teoría de la novedad absoluta no permite proteger transformaciones de obras ya existentes, como es

⁶² Valero Martín. “Obras fotográficas y meras fotografías”. Tirant Lo Blanch, Valencia 2000, p. 142.

⁶³ Bércovitz Rodríguez – Cano, Rodrigo y otros. “Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual” Editorial Tecnos. Tercera edición, 2007, p 161.

el caso de las parodias, las adaptaciones, las traducciones, entre otras obras derivadas⁶⁴; ello debido a que carecerían de novedad en los términos indicados.

Otra crítica, pero relacionada con la anterior, señala que, aplicar un criterio de novedad absoluta es correcto dentro del Derecho de Patentes porque en materia tecnológica usualmente un crecimiento técnico implica desplazar a una invención de menor desarrollo. Pero en el área de las creaciones estéticas puede haber varias obras similares y consecutivas sin que la existencia de una haga que la otra pierda su valor artístico. En este sentido se pronuncia Monserrat Real, al mencionar que *“el Quijote sigue siendo único a pesar de que con el tiempo aparezcan más libros sobre caballerías”*⁶⁵.

Por su parte, la principal crítica contra la novedad relativa es que pierde la precisión de la novedad absoluta, ya que no queda claro cuál es el grado de novedad que deben tener las obras para ser consideradas como originales⁶⁶.

En ambos casos, tanto en la novedad objetiva absoluta como en la relativa, existe un severo problema de aplicación, ya que los registros de obras en el Derecho de Autor no siguen una lógica constitutiva de derechos, sino que se utilizan solamente como medio probatorio, dado que asignan una fecha cierta al momento de la creación.

En cuanto a la novedad subjetiva la falla es bastante evidente pues *“el gran problema que plantea esta opción es la dificultad de probar que no se copió, pero además nos encontramos con la posibilidad de proteger obras iguales con distinto titular”*⁶⁷. Evidentemente, que una misma obra tenga diferentes autores, sin que éstos hayan trabajado conjuntamente, desnaturaliza completamente el uso exclusivo y excluyente que otorga el Derecho de Autor.

2. Teoría que considera a la originalidad como personalidad:

Esta teoría, conocida como la teoría de la originalidad subjetiva, postula que existe originalidad en la creación si ésta expresa lo propio del autor o, en otras palabras, si lleva la impronta de su personalidad, al margen de si la creación es nueva o no.

El basar la originalidad de la obra en el hecho de que se refleje la personalidad del autor ha sido fuente de confusiones; algunos la han entendido como la posibilidad de reconocer quién es el autor de la creación por haber reconocido las características de su estilo. Como bien lo explica Martín Valero, aplicándolo al tema de la fotografía, *“nunca se puede hacer depender la protección de la posibilidad de determinar quién es el fotógrafo y, por supuesto, tampoco de que se pueda determinar a qué escuela pertenece. No es éste el significado de la originalidad entendida en sentido subjetivo. Si se ha plasmado la personalidad, la fotografía será protegida, independientemente de que se pueda o no determinar quién es el autor.”*⁶⁸

Dado que emplear como criterio el “reflejo de la personalidad” ha sido cuestionado, algunos autores prefieren definir a las obras originales como aquellas que reflejan la

⁶⁴ Una obra derivada es la que toma como base otra ya existente, sin que ello implique que se puedan violar los derechos del autor de la obra originaria (la creada primero), por ejemplo pidiendo la respectiva autorización y realizando el pago por el empleo de la misma. Son obras derivadas las traducciones, adaptaciones, revisiones y actualizaciones, resúmenes y extractos, arreglos musicales, entre otros.

⁶⁵ Monserrat Real Márquez. Op. Cit. p. 4.

⁶⁶ En tal sentido no parece resolver el problema de imprecisión que se presenta con la teoría de la originalidad subjetiva, la cual desarrollaremos en líneas posteriores.

⁶⁷ Monserrat Real Márquez. Op cit. p. 5.

⁶⁸ Valero Martín. Op cit. p. 152-153.

individualidad del autor. Sobre este empleo de la individualidad, Delia Lipszyc, importante defensora de esta teoría, señala que esto se debe a que la individualidad *“expresa más adecuadamente la condición que el derecho impone para que la obra goce de protección: que tenga algo individual y propio de su autor”*⁶⁹.

De este modo, bajo la teoría de la originalidad subjetiva, dos personas podrían, independientemente realizar la traducción del mismo libro pero, como por cada palabra en un idioma, usualmente existe más de una palabra equivalente en otro idioma, ambas traducciones tendrían diferencias que se explicarían en la selección aplicada por los traductores. Esa selección estaría reflejando la individualidad del traductor, es decir por qué a su criterio pensó o sintió que una palabra era mejor que la otra para traducir el mensaje del autor de libro.

Si bien esta teoría guarda semejanza con la teoría de la novedad objetiva relativa, la originalidad objetiva no se enfoca en la relación que una obra tiene con las demás creadas, sino que se concentra en la relación que tiene el autor con su creación.

Críticas a la teoría de la originalidad subjetiva

La búsqueda de la personalidad o individualidad del autor en la creación es un acto sumamente subjetivo que puede causar dos resultados.

Por un lado, si se entiende que las obras son producto de un ser humano y, por lo tanto, manifiestan en alguna medida un esfuerzo creativo, entonces siempre reflejan en algo la personalidad y singularidad del autor. En consecuencia, todas las obras podrían ser consideradas originales, convirtiéndolo en un requisito irrelevante. Claramente lo expresa Otero Lastres al indicar que *“si por personalidad se entiende gramaticalmente la diferencia individual que constituye a cada persona y la distingue de otra, no cabe afirmar que la obra de una persona no manifiesta su personalidad, su individualidad”*⁷⁰. En efecto, bajo este supuesto, para que haya una labor realizada por una persona y que no se considere que refleje su personalidad o individualidad, dicho esfuerzo debería ser prácticamente mecánico, no creativo, similar al que realizaría una máquina, como ser un mero ejecutor de instrucciones por ejemplo. Otra posibilidad es que, si dada la actividad, el espacio para desplegar la creatividad es extremadamente reducido, no podría manifestarse esta singularidad del autor.

El otro efecto posible es que se restrinjan severamente la cantidad de obras que pueden protegerse si es que verificamos que solamente las personalidades más fuertes o renombradas se imprimen en las creaciones artísticas. Nuevamente Otero Lastres presenta una buena explicación, señalando que *“si la personalidad hay que entenderla como el conjunto de características o cualidades originales que destacan en algunas personas, entonces la noción de personalidad adquiere un carácter infrecuente.”*⁷¹

3. Teoría ecléctica o intermedia:

Dadas las fallas que existen en considerar a la originalidad como novedad (por excesiva restricción) o como reflejo de la personalidad (por excesiva amplitud), se ha propuesto

⁶⁹ Delia Lipszyc. “Derecho de autor y derechos conexos” Ediciones UNESCO, CERLALC y ZAVALIA. 2001. p. 65.

⁷⁰ Otero Lastres, José Manuel. “La originalidad de las obras plásticas y las nuevas tecnologías”. Revista Jurídica del Perú. Lima: Normas Legales, 2008. p. 413.

⁷¹ Otero Lastres, José Manuel. Op. Cit. p. 413.

una alternativa intermedia, de acuerdo a la cual se protegen las creaciones que tienen la impronta de la personalidad del autor pero que, además, no son una copia de otras obras.

Tanto Monserrat Real como Otero Lastres se inclinan por este criterio. En el caso de la primera, señala que *“los criterios objetivos y subjetivos son complementarios, es decir, la impronta de la personalidad no está reñida con la actividad creativa, ambos aspectos confluyen en una misma obra (...)”*⁷² aunque se inclina por hacer prevalecer la teoría de la originalidad subjetiva cuando exista algún supuesto ambiguo, dado que sigue un criterio de protección más amplio. Por su parte, Otero Lastres afirma que la originalidad debe considerarse como una noción objetiva y subjetiva ya que *“es objetiva en la medida en que es una característica de la obra protegible y es subjetiva en la medida en que en sí misma es una consecuencia de la capacidad creadora del autor”*⁷³.

Crítica a la teoría ecléctica o intermedia

De todas las teorías es la que, desde el punto de vista lógico, presenta mayor congruencia, ya que reconoce las características de la creación (algún nivel de novedad) y las características del creador (plasmación de la personalidad). Sin embargo, no queda claro cuál es el balance que debe haber entre estas teorías al aplicarlo a un caso concreto, ni tampoco si este criterio debe aplicarse a todos los tipos de obras, sin importar qué tan diferentes pueden ser las unas de las otras. Asimismo, tampoco deja claro en qué etapa de la creación debe aplicarse esta teoría de la originalidad (si por ejemplo al inicio o en la etapa de ejecución).

III. EL CRITERIO DE ORIGINALIDAD EN EL PERÚ

En nuestro país se sigue la teoría de la originalidad subjetiva, es decir, se entiende que una obra es original cuando cumple con reflejar la impronta de la personalidad del autor.

El seguimiento a esta teoría no se contempla en las leyes que son pertinentes. En efecto el Decreto Legislativo No. 822, Ley sobre el Derecho de Autor, cuando define a las obras solamente señala:

“Artículo 2.- A los efectos de esta ley, las expresiones que siguen y sus respectivas formas derivadas tendrán el significado siguiente:

(...)

17. Obra: Toda creación intelectual personal y original, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma, conocida o por conocerse.

(...)”

El Decreto Legislativo No. 822 no llega a definir el concepto de originalidad y lo mismo sucede con la normativa andina, pues la Decisión No. 351, Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos tampoco posee mayores precisiones, limitándose a señalar:

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

(...)

⁷² Monserrat Real Márquez. Op Cit. p. 9.

⁷³ Otero Lastres, José Manuel. Op. Cit. p. 414.

4. **Obra:** *Toda creación intelectual original de naturaleza artística, científica o literaria, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma. (...)*”.

La jurisprudencia es la fuente que ha determinado qué debe entenderse por originalidad. Así, en el marco del Expediente No. 663-96-ODA-INDECOPI se determinó la definición de originalidad que seguimos en nuestro país.

En el mencionado caso, la empresa Agrotrade S.R.LTDA. denunció por plagio a su similar, Infutecca E.I.R.L., alegando que el diseño, descripción y redacción de su etiqueta correspondiente al producto ALPHA CPL 10 CE había sido copiado sin autorización por la denunciada para la etiqueta del producto VECCIPER 10 CE.

Por su parte Infutecca E.I.R.L. señaló que la etiqueta no constituía una obra protegible por el Derecho de Autor, por tratarse de una descripción y formato común el que se empleaba para las etiquetas de ese producto químico. Adjuntó como prueba de esta afirmación las etiquetas de los productos CIPERMEX y POINT ALPHAMAX, las cuales guardaban gran semejanza con las otras etiquetas, especialmente, en la distribución de sus elementos.

Las etiquetas involucradas aparecen en el *Cuadernillo de Imágenes* con los nombres de: **Etiqueta del denunciante y Etiqueta del denunciado.**

La Oficina⁷⁴ de Derechos de Autor del INDECOPI (Primera Instancia Administrativa) señaló en la Resolución No. 157-96-ODA⁷⁵ que la redacción sobre las propiedades del insecticida contenidas en la etiqueta del producto ALPHA CPL 10 CE constituía una obra que había sido copiada por la denunciada. Asimismo, señaló que las etiquetas aportadas como prueba por Infutecca E.I.R.L. no habían demostrado que la forma de expresión de las cualidades del producto químico fuera de carácter genérico o usual ya que tenían un esquema y redacción diferente.

Luego de que Agrotrade S.R.LTDA apelara este resultado, la Sala de Propiedad Intelectual del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del INDECOPI (Segunda Instancia Administrativa) analizó los textos de las etiquetas así como la distribución de sus elementos.

Determinó que los textos de ambas etiquetas eran prácticamente idénticos, tal como se aprecia a continuación:

“ALPHA-CPL 10 CE es un insecticida piretroide constituido por 100% de isómero alfacipermetrina que le confiere una actividad mucho mayor que las cypermetrinas clásicas por lo que es más estable y requiere de menores dosis para lograr un control eficiente.

Los isómeros puros son 100% de la forma CIS, además de la alta pureza son fotoestables y termoestables asegurando su actividad en un rango muy variado de condiciones climáticas.

Actúa por contacto e ingestión con una excelente acción inmediata y largo poder residual, especialmente sobre superficies inertes como pisos, paredes, techos, etc., por lo que está especialmente recomendado para el control de insectos de almacenes, establos,

⁷⁴ Hoy denominada Dirección de Derechos de Autor.

⁷⁵ De fecha 20 de junio de 1996.

granjas y otras instalaciones agroindustriales donde se requiera de un control inmediato y permanente, tanto de adultos como estados inmaduros de insectos ácaros."

"VECCIPER 10 CE es un insecticida piretroide constituido por 100% de isómero alfacipermetrina que le confiere una actividad mucho mayor que las cypermetrinas clásicas por lo que es más estable y requiere de menores dosis para lograr un control eficiente.

VECCIPER 10 CE.- Es un alfacipermetrina para el control de vectores, en salud pública, saneamiento ambiental e higiene industrial y afines.

Los isómeros puros son 100% de la forma CIS, además de la alta pureza son fotoestables y termoestables asegurando su actividad en un rango muy variado de condiciones climáticas.

Actúa por contacto e ingestión con una excelente acción inmediata y largo poder residual, especialmente sobre superficies inertes como pisos, paredes, techos, etc., por lo que está especialmente recomendado para el control de insectos de almacenes, establos, granjas y otras instalaciones agroindustriales donde se requiera de un control inmediato y permanente, tanto de adultos como estados inmaduros de insectos ácaros."

Analizando las etiquetas, la Sala determinó que en todas las etiquetas, incluyendo las de CIPERMEX y POINT ALPHAMAX, se describen las propiedades de productos de manera similar, empleando para ello redacciones semejantes a las que existen en textos especializados de productos químicos como el Vademécum Clínico del diagnóstico al tratamiento, de Vittorio Fattorusso y Otto Ritter. En consecuencia, determina que *"el texto contenido en la etiqueta del producto ALPHA CPL 10 CE no tiene una originalidad especial, sólo expresa en el lenguaje diario del sector agrario y agroquímico las características de un producto"*.

La Sala también analiza si la etiqueta del producto ALPHA CPL 10 CE puede ser original no por su contenido sino por la forma de distribución y disposición de la información y el diagramado de la etiqueta así como por los títulos que pueda contener. Sobre este punto, determina que *"si bien ambas etiquetas tienen cierta similitud respecto a estos elementos, analizadas las pruebas presentadas se puede apreciar que es usual en los plaguicidas agrícolas que el nombre del producto esté ubicado en el centro de la etiqueta y a los lados la información general del producto, así como las precauciones que deben tenerse al utilizar el mismo, indicaciones sobre primeros auxilios y notas para el comprador; siendo usual también que dentro de un recuadro se aprecie la relación de plagas para las que puede ser usado el producto junto con la dosificación, variando en cada caso la ubicación de tales elementos dentro de la etiqueta. A lo expuesto cabe agregar que los títulos que aparecen en la etiqueta sustento de la denuncia tampoco son originales ya que son iguales a los utilizados en las otras etiquetas"*. Asimismo, la Sala señaló que la causa de que todas las etiquetas de plaguicidas agrícolas fueran muy similares se explicaba en que debían seguir un modelo determinado legalmente, por lo que el contenido, la ubicación y el orden de los elementos que debían incorporarse en las etiquetas, así como su disposición y el diagramado no podían ser modificados por los fabricantes, careciendo totalmente de originalidad las etiquetas.

En consecuencia con lo anterior, la Sala de Propiedad Intelectual del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del INDECOPI, vía Resolución No. 286-1998/TPI- INDECOPI⁷⁶, establece como precedente de observancia obligatoria:

⁷⁶ De fecha 23 de marzo de 1998, Expediente No. 663-96-ODA.

“Debe entenderse por originalidad de la obra la expresión (o forma representativa) creativa e individualizada de la obra, por mínimas que sean esa creación y esa individualidad. La obra debe expresar lo propio del autor, llevar la impronta de su personalidad.

No será considerado individual lo que ya forma parte del patrimonio cultural - artístico, científico o literario - ni la forma de expresión que se deriva de la naturaleza de las cosas ni de una mera aplicación mecánica de lo dispuesto en algunas normas jurídicas, así como tampoco lo será la forma de expresión que se reduce a una simple técnica o a instrucciones simples que sólo requieren de la habilidad manual para su ejecución.

En consecuencia, no todo lo producido con el esfuerzo de su creador merece protección por derechos de autor. Igualmente aun cuando exista certeza de que una creación carente de individualidad ha sido copiada textualmente, tal circunstancia no convierte a ésta en obra.”

Este precedente, vigente hasta la actualidad, establece claramente la teoría de la originalidad subjetiva como el criterio para determinar la originalidad. Cabe también mencionar que se encuentra acorde con lo indicado en la Interpretación Prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 10-IP-99, en la que se señala que:

“Para que llegue a tener entonces el carácter de creación, es necesaria la originalidad, que no es sinónimo de novedad, sino de individualidad, vale decir, “que exprese lo propio de su autor, que lleve la impronta de su personalidad”, cuestión de hecho que debe examinarse en cada caso y, en el presente, por el juez nacional.”

A continuación procederemos a separar el precedente en sus postulados para analizarlos parte por parte.

1. Debe entenderse por originalidad de la obra la expresión (o forma representativa) creativa e individualizada de la obra.

Como ya se ha mencionado, las ideas no son objeto de protección pero sí la forma en que esas ideas se plasman, describen y expresan. Aun si la idea en sí misma es muy diferente o “nueva”, la misma no es objeto de protección; así sucedería con una serie televisiva muy innovadora o con una idea para realizar un nuevo tipo de negocio.

Por ejemplo, en nuestro país, hace relativamente poco empezamos a apreciar comerciales actuados en vivo en los paraderos y cruces peatonales.

De todos ellos probablemente el del producto Speedy Móvil de Telefónica del Perú (**Figura 12**⁷⁷) fue el más elaborado.

En el mencionado anuncio, transmitido por televisión, se veía un grupo de actores que colocaban en un cruce peatonal y, sobre un telón negro, simulaban la conexión de un dispositivo de Speedy Móvil de Telefónica, el cual, de acuerdo a la actuación, permitía que se viera un video con unas secuencias de fútbol.

Si bien esta idea rompió esquemas tradicionales para realizar publicidad, lo cierto es que ninguna persona podría haber impedido que otros utilizaran esta misma idea publicitaria para sus productos, es decir, realizar representaciones en las calles para fines promocionales.

⁷⁷ Fuente: <http://blogs.sugoi.com.pe/shigure/curiosidades/ping-pong-matrix-vs-speedy-movil.html> (consulta: 11/04/10)

De igual manera sucedió con una singular forma de promoción de la empresa Papa John's, que incluso fue merecedora de un premio Cannes en el año 2006. La idea fue simple e ingeniosa, colocar en la mirilla de las puertas una imagen en un cartón doblado, de manera que, cuando alguien observara a través de la puerta, apreciaría la imagen de un repartidor de Papa John's ofreciéndole una pizza con el número del servicio destacado en la caja del producto (**Figura 13**⁷⁸ y **Figura 14**⁷⁹).

Pese a ser algo bastante innovador⁸⁰, esta forma de promoción podía ser libremente empleado por otras empresas y, en efecto eso sucedió, sin que haya significado una violación de derechos de autor.

En efecto, la Revista Otto de Alemania utilizó un sistema idéntico al de Papa John's (**Figura 15**⁸¹) para promocionar los nuevos catálogos de su Revista.

En este caso, la mencionada revista utilizó también un cartón adherido a las mirillas de las puertas. Al acercarse la persona a observar, apreciaba la imagen de una atractiva modelo en ropas ligeras, sosteniendo precisamente un ejemplar de la Revista Otto. En pocas palabras, utilizó válidamente la misma idea que Papa John's.

De manera similar a los anteriores supuestos, la empresa Bazuca.com utilizó un cartón en la puerta de las casas con la imagen del personaje de terror "Jason" para promover la contratación de su servicio de envío de películas a domicilio⁸².

2. Por mínimas que sean esa creación y esa individualidad.

La individualidad del autor debe estar presente en la obra aunque sea en cantidades muy pequeñas.

Por ejemplo, un área donde aparentemente podría haber muy poco o ningún espacio para la originalidad es la señalética, es decir, la ciencia de la comunicación que estudia los signos gráficos para orientar a las personas en un lugar determinado de modo que accedan a los servicios de manera más rápida⁸³.

Un ejemplo típico de la señalética es la imagen compuesta de la silueta de un hombre o una mujer indicado en la puerta de los baños públicos de negocios (ver la **Figura 16**⁸⁴ y **Figura 17**⁸⁵).

⁷⁸ Fuente: http://2.bp.blogspot.com/_qQ7-B_f90LY/SO2HPTHZQRI/AAAAAAAAAfE/qOPS6XjECqw/s1600-h/1pj.bmp (consulta: 01/11/09)

⁷⁹ Fuente: http://2.bp.blogspot.com/_qQ7-B_f90LY/SO2HPTHZQRI/AAAAAAAAAfE/qOPS6XjECqw/s1600-h/1pj.bmp (consulta: 01/11/09)

⁸⁰ Sin perjuicio de ser muy creativo, cabe señalar que es discutible la legalidad de esta campaña ya que, a criterio de este autor, este podría ser un supuesto de venta agresiva.

⁸¹ Fuente: <http://blog.pucp.edu.pe/media/524/20061231-otto.jpg> (consulta: 01/01/10)

⁸² Fuente: <http://www.briefblog.com.mx/?s=bazuca> (consulta: 19/06/10)

⁸³ Quintana Orozco, Rafael. Diseño y sistemas de señalización y señalética. Universidad de Londres. p. 8. Disponible en: <http://www.astraph.com/udl/biblioteca/antologias/senaletica.pdf> (consulta: 11/04/10)

⁸⁴ Fuente: http://www.bradylatinamerica.com/bradyid/pdv/301642/BRADYID_LA_42755/Señales-de-Seguridad/Señales-de-Seguridad-y-Fábrica/Señal-de-Baños/Visualización.html (consulta: 01/04/10)

⁸⁵ Fuente: http://www.bradylatinamerica.com/bradyid/pdv/301642/BRADYID_LA_42768/Señales-de-Seguridad/Señales-de-Seguridad-y-Fábrica/Señal-de-Baños/Visualización.html (consulta: 01/04/10)

Debido a que la señalética utiliza códigos de lectura que son conocidos por los usuarios⁸⁶ sería fácil llegar a la conclusión que las imágenes deben ser simples y siempre iguales para que el signo cumpla su función de orientación. De ser esto cierto no habría espacio ni siquiera para un mínimo de la individualidad del creador.

Sin embargo, si bien es cierto que la señalética debe enviar un mensaje sencillo y eficaz que no sea malinterpretado, operando por tanto en un espacio muy reducido, consideramos que el mínimo de individualidad sí es posible de plasmarse.

Para ilustrar nuestro punto, consideramos que las imágenes de la **Figura 18**⁸⁷, la **Figura 19**⁸⁸ y la **Figura 20**⁸⁹ también identifican baños de hombres y mujeres, es decir, se estaría cumpliendo con la finalidad de indicar en un mensaje simple la presencia de un baño, pero plasmando, aunque sea en pequeña medida, la individualidad del autor de las señales.

3. La obra debe expresar lo propio del autor, llevar la impronta de su personalidad.

Aunque en los otros dos postulados ya se hacía referencia a la individualidad, en éste expresamente se contempla a la teoría de la originalidad subjetiva como el criterio a seguir.

Ya hemos señalado en párrafos anteriores las críticas que en general se le realiza a la teoría de la personalidad. En este punto vamos analizarlas más a fondo:

- **Crítica 1: considerar la originalidad en base a la impronta de la personalidad emplea un criterio muy subjetivo:**

Es evidente que determinar la originalidad en base a este criterio hace recaer en el funcionario público una gran responsabilidad ya que su apreciación es la que determinará si estamos o no ante una obra.

Es importante analizar esta crítica ya que no necesariamente basarse en criterios subjetivos es algo negativo. De hecho, existen dos conocidos supuestos de gran subjetividad en áreas afines al Derecho de Autor.

El primero es el derecho que reprime la Competencia Desleal. En esta área, para evaluar la lealtad de los comportamientos con impacto comercial se hace uso de la cláusula general^{90 91}. En tal sentido, si bien existe una lista de comportamientos desleales, se utiliza

⁸⁶ Quintana Orozco, Rafael. Op. Cit. p. 10.

⁸⁷ Fuente: <http://toiletsigns.blogspot.com/> (consulta: 01/04/10)

⁸⁸ Ibid.

⁸⁹ Fuente: http://www.zycu.com/modules/myalbum/tonteria.php?tonteria_id=1826&cid=2 (consulta: 01/04/10)

⁹⁰ Decreto Legislativo No. 1044. Artículo 6º.- Cláusula general.-

6.1.- *Están prohibidos y serán sancionados los actos de competencia desleal, cualquiera sea la forma que adopten y cualquiera sea el medio que permita su realización, incluida la actividad publicitaria, sin importar el sector de la actividad económica en la que se manifiesten.*

6.2.- *Un acto de competencia desleal es aquél que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe empresarial que deben orientar la concurrencia en una economía social de mercado.*

⁹¹ La descripción de las conductas reprimibles a través de una cláusula general es empleada también en el Derecho de la Libre Competencia, sin embargo, solamente nos estamos enfocando en la represión de la competencia desleal ya que se encuentra más relacionada al Derecho de Autor. La cercanía entre el Derecho que reprime la Competencia Desleal y el Derecho de Autor se corrobora en el artículo 10, inciso 2, del Decreto Legislativo No. 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal, en el cual se señala que *“los actos de explotación indebida de la reputación ajena pueden materializarse mediante la utilización de bienes protegidos por las normas de propiedad intelectual”*.

solamente a título de ejemplo. Si bien se ha discutido mucho si la cláusula general cumple o no con el principio de tipicidad, lo cierto es que el debate parece haberse inclinado a aceptar este mecanismo que, evidentemente, favorece un factor subjetivo.

¿Por qué sí puede aceptarse un mecanismo subjetivo en el Derecho de Represión de la Competencia Desleal pero es más cuestionable en el Derecho de Autor?

En realidad, aunque son áreas afines, presentan una importante diferencia. El Derecho de Autor genera un derecho de exclusiva por un plazo determinado, limita en algún grado la difusión y el uso de las obras. Por su parte, el Derecho que reprime la Competencia Desleal no otorga derechos de exclusiva, su finalidad es equilibrar los intereses públicos, los intereses de los consumidores y los intereses de los empresarios, sancionando y contrarrestando los comportamientos que no son deseables en el mercado. Añadido a lo anterior, como ya hemos mencionado, el Derecho de Represión de la Competencia Desleal posee como apoyo a la cláusula general una lista de ejemplificativa que describe los actos desleales más comunes, con lo cual la cláusula general, eminentemente subjetiva, en alguna medida, se “objetiviza” gracias a la lista de ejemplos.

La segunda área que también emplea un criterio subjetivo y que es cercana al Derecho de Autor es el Derecho de Marcas. De hecho el Derecho Marcario es bastante afín al Derecho de Autor no solamente porque forma parte del Derecho de la Propiedad Intelectual sino porque también otorga derechos de exclusiva.

En el Derecho de Marcas, los requisitos para otorgar el registro (y la protección) son: que el signo sea distintivo y, que sea capaz de ser representado gráficamente⁹². Un signo será considerado distintivo, básicamente cuando, desde la perspectiva de un consumidor medio o promedio, el signo sea capaz de identificar el producto o servicio para el cual se quiere emplear. Así, por ejemplo si el signo describe el producto totalmente, como es el caso de la palabra “leche” para emplearse en tarros de leche, no podrá ser registrado porque “leche” es una palabra que debe estar disponible para utilizarse en este tipo de productos, no puede ser apropiado por una sola empresa. Del mismo modo, si quisiera registrar la palabra “Idealita” para tarros de leche, este registro no podría ocurrir por el riesgo de que se confunda con la marca “Ideal”, que ya se encuentra registrada para tarros de leche.

De esta manera, en el Derecho de Marcas el funcionario tiene un amplio nivel de discreción al momento de decidir si un signo es o no descriptivo, si genera o no genera confusión, si es inmoral⁹³, etc.

Pese a este amplio nivel de discreción, en el Derecho Marcario existen parámetros que ayudan a determinar cuándo un signo es distintivo o no. Normalmente, el principal obstáculo para el registro de una marca consiste en la existencia de un signo similar que ya se encuentra registrado. Dado que esta labor corre el riesgo de ser muy subjetiva, se han desarrollado lineamientos para ayudar al examinador a estimar si un signo es confundible con otro ya registrado.

⁹²Decisión 486. Artículo 134.- *A efectos de este régimen constituirá marca cualquier signo que sea apto para distinguir productos o servicios en el mercado. Podrán registrarse como marcas los signos susceptibles de representación gráfica. La naturaleza del producto o servicio al cual se ha de aplicar una marca en ningún caso será obstáculo para su registro.*

⁹³ Una gran polémica se ha generado a raíz de que la Dirección de Signos Distintivos no permitió el registro de la marca “pezweon” por considerar que atenta contra la moral. El caso se encuentra actualmente en apelación.

Por ejemplo, si existe registrada la marca PLAX para usarse en productos de higiene dental, ¿se debe o no conceder el registro de ATEPLAX para higiene dental? Como hemos mencionado, el registro en este caso dependerá de si un consumidor medio podría o no caer en algún nivel de confusión entre ambos productos, pero la percepción sobre la confusión podría variar mucho, dependiendo del registrador que lo analice.

Para ello, el Decreto Legislativo 1075, en su artículo 45, ha establecido pautas para determinar si los signos son o no semejantes:

Artículo 45.- Determinación de semejanza

A efectos de establecer si dos signos son semejantes y capaces de inducir a confusión y error al consumidor, la Dirección competente tendrá en cuenta, principalmente los siguientes criterios:

- a) la apreciación sucesiva de los signos considerando su aspecto de conjunto, y con mayor énfasis en las semejanzas que en las diferencias;*
- b) el grado de percepción del consumidor medio;*
- c) la naturaleza de los productos o servicios y su forma de comercialización o prestación, respectivamente;*
- d) el carácter arbitrario o de fantasía del signo, su uso, publicidad y reputación en el mercado; y,*
- e) si el signo es parte de una familia de marcas.*

Estas pautas reducen el nivel de subjetividad al que está expuesta la decisión del registrador.

Sin embargo, en el Derecho de Autor, no existen pautas similares que alguna ley haya establecido, solamente en ciertos casos la jurisprudencia ha señalado algunos criterios a tomar en cuenta, como en los casos de las obras fotográficas y musicales que mencionamos al principio del presente Cuaderno de Trabajo.

En consecuencia, nos encontramos de acuerdo con la crítica que señala que la impronta de la personalidad es un criterio muy subjetivo. En nuestra opinión debe revertirse esta subjetividad en base a criterios establecidos jurisprudencialmente según el tipo de obra y sus características particulares.

- **Crítica 2: el derecho de autor sería muy restrictivo si entendemos que la personalidad es un rasgo que solamente se manifiesta en creaciones excepcionales o propias de artistas genios:**

En nuestra opinión, de una primera lectura, el postulado analizado parece exigir que la personalidad del autor sea muy fácilmente detectable en la obra.

La realidad nos indica que solamente se puede detectar la personalidad del autor en una obra cuando el creador posee una personalidad destacada, casi única, que plasma en una obra maestra.

Uno de estos raros casos donde la personalidad de un artista se refleja con claridad en su obra, lo constituye el pintor Vincent Van Gogh⁹⁴, específicamente su lienzo “Campo de trigo con vuelo de cuervos”, elaborado en sus últimos días de vida.

⁹⁴ Pintor holandés posimpresionista caracterizado por una personalidad solitaria y depresiva que incluso, según los entendidos, pudo llevarlo a automutilarse el lóbulo de la oreja izquierda. Para mayor información puede consultarse: <http://www.vangoghmuseum.nl/vgm/index.jsp?lang=en>.

Gracias a las cartas que le escribía a su hermano Theo⁹⁵, podemos corroborar el reflejo de su personalidad en este cuadro:

“He reemprendido el trabajo, aún cuando el pincel me caía casi de la mano; y, sabiendo muy bien lo que quería, he llegado a pintar tres telas grandes, son bastas extensiones bajo cielos tempestuosos, y no he tenido dificultades para intentar expresar la melancolía, la soledad extrema”⁹⁶.

Si solamente se otorgara protección a obras que demuestren una gran personalidad, ésta sería una de las pocas obras que cumplirían con tal requisito, debido a que el artista pudo reflejar su singular melancolía en el cuadro, que identificamos como la **Figura 21**⁹⁷.

- **Crítica 3: si por la personalidad se entiende lo que hace singular a una obra por haber sido creado por una persona, prácticamente todas las obras realizadas por un ser humano reflejan en alguna medida la personalidad del creador.**

Como ya hemos mencionado, emplear la anterior interpretación de “personalidad” sería muy restrictivo, por lo cual se suele señalar en las resoluciones del INDECOPI que “personalidad” puede interpretarse como “individualidad” o “singularidad”. Sin embargo, consideramos que, en los hechos, lo que se utiliza es un criterio de novedad relativa. Nuestra afirmación se basa en que, para determinar si la creación es “singular”, como proceso natural, se busca compararla con otras obras similares a ella, intentando detectar la mayor cantidad de diferencias. Como la “singularidad” de la obra es parte del aspecto interno del creador y por ello no puede ser evaluada, en los hechos se trata de detectar qué es diferente o “nuevo” entre las obras que se comparan. De esta manera, este proceso de búsqueda de la singularidad encierra un análisis de novedad relativa.

En nuestra opinión, un criterio más acertado para determinar la originalidad, sería adoptar la teoría intermedia. No solamente sinceraríamos el proceso de búsqueda de originalidad sino que este criterio permitiría además inclinarse por la originalidad objetiva cuando la obra sí lo permita⁹⁸.

4. No será considerado individual lo que ya forma parte del patrimonio cultural - artístico, científico o literario.

En este punto se hace referencia al patrimonio cultural, el cual es definido por la UNESCO⁹⁹ como las obras de arquitectura, escultura o pintura monumentales que tengan un valor excepcional desde el punto de vista de la historia, del arte o de la ciencia¹⁰⁰.

⁹⁵ Dada la personalidad solitaria de Vincent Van Gogh, el pintor usualmente compartía sus intereses y preocupaciones solamente con su hermano menor, Theo, a través de cartas. Muchas de las misivas subsisten hasta la actualidad. Para mayor información puede consultarse: <http://www.vangoghmuseum.nl/vgm/index.jsp?lang=en>

⁹⁶ Maestros de la Pintura. Van Gogh 2. Tomo III. No. 17 Editorial Anesa, Editorial Noguer y Editorial Rizzoli. 1973. No figuran las páginas en el documento.

⁹⁷ Vincent van Gogh “Campo de trigo con vuelo de cuervos”. Fuente: <http://www.ite.educacion.es/w3/eos/MaterialesEducativos/mem2006/impresionismo/img/05/trigo1.jpg> (consulta: 14/04/2010).

⁹⁸ En nuestra opinión, las obras de arte aplicado podían seguir un criterio objetivo como la de novedad relativa. Prueba de ello es que la protección que se otorga a los diseños industriales utiliza también un criterio de novedad y, prácticamente, son los mismos objetos sobre los que recae la protección por diseños industriales y por obra de arte aplicado.

⁹⁹ Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura.

¹⁰⁰ UNESCO. Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural. Aprobado el 16 de noviembre de 1972. Artículo 1. Disponible en: <http://whc.unesco.org/archive/convention-es.pdf>.

Asimismo el patrimonio cultural inmaterial se refiere a las tradiciones y expresiones orales o escritas, artes del espectáculo, usos sociales, conocimientos y técnicas relacionados con la artesanía, la naturaleza y el universo, que las comunidades reconozcan como parte integrante de su patrimonio cultural¹⁰¹.

Evidentemente, el patrimonio cultural, es decir los elementos que contribuyen a la identidad de un grupo humano, no pueden ser apropiados directa ni indirectamente por alguna persona.

De esta manera, obras que se basen en el patrimonio cultural, podrían estar exceptuados de la protección por el Derecho de Autor.

Por ejemplo, a finales del año 2008 fue motivo de varias noticias la elaboración de una gran escultura de chocolate que replicaba Machu Picchu¹⁰² (ver la **Figura 22**¹⁰³).

La mencionada escultura era realmente impresionante, 160 kilos de chocolate de 3.5 m de largo, 1.8 metros de ancho y 1.7 metros de altura. Fue una gran labor que tomó 45 días de arduo trabajo¹⁰⁴.

No obstante ello, ¿podría evitarse que otra persona realice también una escultura de Machu Picchu? No, pues evitar que otra persona realice la escultura sería una forma indirecta de apropiarse de un patrimonio cultural. En este caso, la reproducción escultórica de Machu Picchu no brinda espacio o libertad suficiente para que más de un escultor lo represente de manera original, pues todas las posteriores esculturas, necesariamente serían idénticas a la primera (que, a la vez, es idéntica al monumento).

Queda claro entonces que este punto del precedente quiere evitar que solamente el primer artista que haga uso en su obra de todo o parte del patrimonio cultural, sea el único capaz de emplearla, evitando que el resto haga uso libre de ella.

Cabe mencionar que sí podría ser considerado como una obra original y protegible, una fotografía artística de Machu Picchu. En este caso, la elección de la luz, ángulo, y demás elementos de su composición estarían incorporando (de acuerdo a nuestro actual sistema) la individualidad del autor. Aunque otro fotógrafo también realizara una toma artística de Machu Picchu, su selección de los componentes de esta segunda foto podrían ser diferentes a los elegidos por el primer fotógrafo. En tal sentido, ambos artistas contarían con imágenes de nuestro santuario histórico, originales y amparadas por el Derecho de Autor. Sería un supuesto similar a tener dos personas haciendo la traducción por separado del mismo libro. Sin duda cada uno llegará a resultados similares pero, en base a las selecciones realizadas, cada uno tendría un resultado en alguna medida distinto del otro, reflejando su propia individualidad.

5. *Ni la forma de expresión que se deriva de la naturaleza de las cosas.*

Este postulado se refiere principalmente a que ciertos objetos deben ser, por naturaleza, de una forma particular, no pudiendo reclamarse protección sobre esta forma natural.

¹⁰¹UNESCO. Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial. Aprobado el 17 de octubre de 2003. Artículo 2. disponible en: <http://www.unesco.org/culture/ich/index.php?pg=00022>.

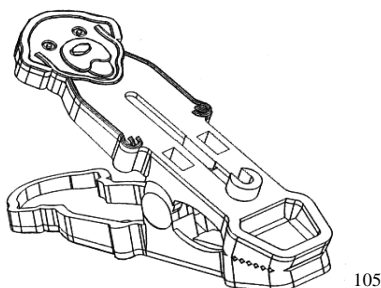
¹⁰² Fuente: <http://elcomercio.pe/ediciononline/html/2008-12-12/exhiben-deliciosa-replica-machu-picchu-hecha-chocolate.html> (consulta: 05/02/10).

¹⁰³ Fuente: <http://www.larepublica.pe/files/image/2008/diciembre/04/dire041208cheff.jpg> (consulta: 05/02/10).

¹⁰⁴ Fuente: <http://elcomercio.pe/ediciononline/html/2008-12-12/exhiben-deliciosa-replica-machu-picchu-hecha-chocolate.html> (consulta: 05/02/10).

Una pelota por ejemplo, al margen de su tamaño, siempre será redonda y un rodillo siempre será cilíndrico. Si se les alterara esta forma tendríamos que considerarlos otro tipo de objetos pero ya no podrían ser consideradas “pelota” ni “rodillo” porque su forma de expresión natural está en esas formas.

Para hacer el ejemplo más gráfico, veamos la siguiente imagen sobre ganchos para ropa:



Si se pretendiera proteger por Derecho de Autor alguno de estos ganchos para ropa, el análisis de originalidad se debería centrar en la imagen del animal que ha sido tallada al aparato, pero bajo ninguna circunstancia se podría proteger a la forma del gancho, ya que ésta deriva de la funcionalidad natural de este objeto.

6. Ni de una mera aplicación mecánica de lo dispuesto en algunas normas jurídicas.

Lógicamente, si las normas determinan cómo debe realizarse algún acto, entonces no existe creatividad, solamente se están siguiendo instrucciones. En el caso que da origen a este precedente, es precisamente lo que sucedió, ya que las etiquetas solamente seguían lo dispuesto en la normativa correspondiente y, por ello, carecían de originalidad.

De igual manera, en la Resolución No. 0361-2006/TPI-INDECOPI¹⁰⁶, la Sala de Propiedad Intelectual del Tribunal del INDECOPI, confirmó el pronunciamiento de la Oficina de Derechos de Autor¹⁰⁷ respecto de la solicitud del señor Simeon Huancahuari Flores. En el mencionado caso, el señor Huancahuari solicitó el registro como obra literaria del texto titulado “Modelo De Demanda De Indemnización Por Responsabilidad Contractual De Trabajo (Por Causar Enfermedad Profesional)”. Sin embargo, tanto la Oficina de Derechos de Autor como la Sala de Propiedad Intelectual, coincidieron en que el mencionado documento simplemente seguía los requisitos establecidos en el Código Procesal Civil.

En particular la mencionada Sala señaló que, en el texto:

“(...)se aprecian las formalidades y estructura exigidas por el Código Procesal Civil, por lo que al tratarse del cumplimiento de lo dispuesto en una norma legal no puede reconocerse originalidad en este aspecto (...) de la lectura del documento presentado se advierte que en la elaboración del mismo se ha utilizado como forma de expresión un lenguaje simple sin mayor nivel creativo, resultando muy similar al empleado en el texto de otros formatos de

¹⁰⁵ Expediente No. 254-2006/OIN. Solicitud de diseño industrial realizada por el señor Luciano Falcón Tafur. En este caso se denegó el pedido del solicitante, posiblemente por existir otro gancho de ropa con un diseño similar (en diseños industriales la protección depende de la novedad y apariencia particular del objeto).

¹⁰⁶ De fecha 16 de marzo de 2006. Expediente No. 1149-2005/ODA.

¹⁰⁷ Ver la nota la pie 74.

demanda por indemnización por daños y perjuicios, por lo que no permite individualizar a su creador”.

7. Así como tampoco lo será la forma de expresión que se reduce a una simple técnica o a instrucciones simples que sólo requieren de la habilidad manual para su ejecución.

Tradicionalmente se ha señalado que, las recetas de cocina, individualmente consideradas, son el típico ejemplo de instrucciones simples de aplicación mecánica que no son protegibles por el Derecho de Autor.

Usualmente se señala que, para que las recetas puedan tener alguna posibilidad de protección, los expertos cocineros deberían incluir en las recetas sugerencias para la presentación, consejos sobre los vinos que pueden acompañar el platillo o incluso la música apropiada para disfrutar la comida. Asimismo, podrían incorporarse relatos sobre su origen histórico o étnico¹⁰⁸.

Aunque nos encontramos de acuerdo en que muchas recetas son simples instrucciones y, por lo tanto no son protegibles por el Derecho de Autor, no descartamos la posibilidad de que algunas recetas sí puedan ser protegidas.

En tal sentido, compartimos la apreciación de Paz Soler, cuando indica que no podrían ser consideradas originales las recetas tradicionales, pero sí podrían protegerse *“ciertas creaciones culinarias indiscutibles, en la medida en que resultarían particularmente inspiradas y novedosas, representarían un salto cualitativo relevante respecto de lo exigible a un maestro cocinero diligente y responderían a un esfuerzo creativo superior al del sector”*¹⁰⁹.

Consideramos importante que nuestro país, dada su diversidad gastronómica no se cierre a la posibilidad de que las recetas e incluso los platillos en sí mismos cuenten con una protección por el Derecho de Autor o por alguna otra vía.

8. En consecuencia, no todo lo producido con el esfuerzo de su creador merece protección por derechos de autor.

Por ejemplo, en nuestra opinión, la restauración de las películas es un trabajo importante y valioso, pero no parece tener espacio suficiente para que se manifieste la personalidad del restaurador.

Un material fílmico hecho de nitrato puede estar pegado formando un solo bloque. La restauración en este caso implicará el despegar y secar la película en condiciones especiales que se adapten al soporte. También puede ser necesario, según el nivel de encogimiento, roturas o daños en la imagen o en el soporte, producir un nuevo negativo, manteniendo las mismas características de luz, contraste y color de la película¹¹⁰.

De esta manera, los tratamientos para restaurar una película involucran una serie de pasos y procedimientos, algunos de ellos de naturaleza digital, otros son análogos, pero

¹⁰⁸ Broussard, J Austin. “An Intellectual Property Food Fight: Why Copyright Law Should Embrace Culinary Innovation”. Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law. Spring 2008. p. 9.

¹⁰⁹ Soler Masota, Paz. “La protección de las ideas por Derecho de Autor”. En: Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor. Tomo XXII. 2001. p. 502-503.

¹¹⁰ Fuente: <http://www.cinencuentro.com/2007/11/05/entrevista-a-irela-nunez-del-pozo-restauradora-filmica/> (consulta: 01/02/10)

probablemente ninguno de ellos permita proteger el acto de restauración vía Derechos de Autor.

9. Igualmente aun cuando exista certeza de que una creación carente de individualidad ha sido copiada textualmente, tal circunstancia no convierte a ésta en obra.

Como solamente aquello que reviste de originalidad puede ser protegido, aunque la creación implique un esfuerzo considerable, copiarla no genera una infracción al Derecho de Autor.

Como ejemplo de ello podemos mencionar la Resolución No. 0972-2006/TPI-INDECOPI¹¹¹. En este procedimiento la Sala de Propiedad Intelectual del Tribunal del INDECOPI declaró improcedente la denuncia de la empresa Dominio Consultores En Marketing S.A.C. contra el señor Jorge Fernández Baca. La mencionada empresa consideraba que el señor Fernández Baca había vulnerado sus derechos de reproducción y divulgación al utilizar cuadros de titularidad de la empresa, referidos a la industria del sector informático.

Tanto la Sala como la Oficina de Derechos de Autor establecieron que dichos cuadros carecían de originalidad al estar simplemente constituidos por cifras y datos sobre ventas de hardware, software, etc. y, que por lo tanto, no se configuraba una infracción pese al esfuerzo que significaban dichos cuadros estadísticos.

Sin perjuicio de lo antes señalado, aunque copiar una creación sin originalidad no implica una infracción al Derecho de Autor, sí es posible que esa copia sea sancionada como un acto de competencia desleal. Ejemplo de esta situación la tenemos en el caso del Estudio Caballero Bustamante S.R.L. contra el Instituto de Investigación El Pacífico E.I.R.L. (Resolución No. 0455-2004/TDC-INDECOPI, del 10/09/04). En este caso, seguido bajo nuestra anterior normativa de represión de competencia desleal, se sancionó al Instituto de Investigación El Pacífico E.I.R.L. por infracción a la cláusula general, al haberse copiado un texto que sintetizaba normas tributarias. El texto fue declarado no original por la Oficina de Derechos de Autor del INDECOPI.

Pese a que este acto de copia no significaba un plagio, la Sala de Competencia del Tribunal del INDECOPI estimó que la copia violaba la cláusula general, causando un aprovechamiento desleal del esfuerzo del Estudio Caballero Bustamante S.R.L.

¹¹¹ De fecha 18 de julio de 2006. Expediente No. 1538-2005/ODA.

CONCLUSIONES

De acuerdo a nuestra regulación, la originalidad es el concepto central para determinar si una creación puede ser protegida por el Derecho de Autor. Sin embargo, el concepto de originalidad carece de una definición satisfactoria.

En el Perú hemos optado, a través de un precedente de observancia obligatoria, por interpretar la originalidad como “la impronta de la personalidad”, “individualidad” o “singularidad” que se manifiesta en la obra, es decir, hemos privilegiado la teoría de la originalidad subjetiva.

La teoría de la originalidad subjetiva cuenta con severas críticas por convertir el criterio de la originalidad en casi irrelevante. En tal sentido, consideramos más adecuado seguir la teoría intermedia, la cual señala que las obras son originales cuando reflejan la individualidad del autor y no son copias de otras obras.

La teoría intermedia incorpora tanto la teoría de la originalidad subjetiva como la teoría de la novedad relativa. Esto genera como ventaja un proceso de análisis de originalidad más sincero con la realidad y la posibilidad de que se examine las obras también bajo un criterio más objetivo.

No obstante lo anterior, el cambio de teoría en nuestro sistema no será suficiente para mejorar nuestras normas sobre Derecho de Autor, es necesario un gran trabajo jurisprudencial que ayude a determinar cómo detectar la originalidad en cada tipo de obra.

Estos dos cambios ayudarían a tener un concepto más sólido y fiable de la originalidad, acercándonos a la solución que se ha dado en áreas afines y con criterios subjetivos como el Derecho Marcario y el Derecho de Represión de la Competencia Desleal.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS Y REVISTAS:

- ANTEQUERA PARILLI, Ricardo y Marysol FERREYROS CASTAÑEDA. "El nuevo Derecho de autor en el Perú". Lima: Editorial Monterrico S.A., 1996,
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ - CANO, Rodrigo "Manual de Propiedad Intelectual". Tirant Lo Blanch. Valencia 2003, 2da edición.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ - CANO, Rodrigo y otros. "Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual". Editorial Tecnos. Tercera edición, 2007.
- BROUSSARD, J. Austin. "An Intellectual Property Food Fight: Why Copyright Law Should Embrace Culinary Innovation". Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law. Spring, 2008.
- ESPIN ALBA, Isabel. "La originalidad en la protección de las obras fotográficas". En: Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor, Tomo XX, 1999.
- FERREYROS Castañeda, Marysol. "La etérea aspiración del plagiarlo: la originalidad." En: Revista Jurídica del Perú No. 86. Abril 2008.
- LIPSZYC, Delia. "Derecho de autor y derechos conexos". París: UNESCO, 1993.
- OTERO LASTRES, José Manuel. "La originalidad de las obras plásticas y las nuevas tecnologías". En: Revista Jurídica del Perú No. 86. Abril 2008.
- QUINTANA OROZCO, Rafael. "Diseño y sistemas de señalización y señalética". Universidad de Londres. p. 10. Disponible en: <http://www.astraph.com/udl/biblioteca/antologias/senaletica.pdf>
- RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel y BONDÍA ROMÁN, Fernando. "Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual". Cívitas Madrid, 1997.
- SOLER MASOTA, Paz "La protección de las ideas por Derecho de autor". En: Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor. Tomo XXII, 2001.
- VALERO, Martín. "Obras fotográficas y meras fotografías". Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.
- VIDAL BUZZI, F. "Maestros de la Pintura. Van Gogh 2". Tomo III. No. 17 Editorial Anesa, Editorial Noguer y Editorial Rizzoli. 1973.

NORMAS Y RESOLUCIONES:

- UNESCO. Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural. Aprobado el 16 de noviembre de 1972.
- UNESCO. Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial. Aprobado el 17 de octubre de 2003.
- Decisión No. 351
- Decisión No. 486
- Decreto Legislativo No. 822
- Decreto Legislativo No. 1075
- Decreto Legislativo No. 1044
- Resolución No. 286-1998/TPI- INDECOPI
- Resolución No. 378-2002/TPI-INDECOPI
- Resolución No. 0361-2006/TPI-INDECOPI
- Resolución No. 0455-2004/TDC-INDECOPI
- Resolución N° 1230-2003/TPI-INDECOPI
- Resolución No. 0972-2006/TPI-INDECOPI

OTRAS FUENTES:

- <http://www.rae.es>
- <http://kirbymuseum.org/>
- <http://toiletsigns.blogspot.com/>
- <http://news.bbc.co.uk/2/hi/8415597.stm>
- <http://goldennumber.net/phiphormula.htm>
- <http://khatucai.com/catalog/images/pinzas.jpg>
- <http://blog.pucp.edu.pe/media/524/20061231-otto.jpg>

<http://www.all-art.org/neoclassicism/burne-jones1.html>
http://www.white-history.com/hwr5c_files/natgeog.jpeg
http://www.clinicaarquero.com/02_divinaproporcion.htm
<http://www.victorianweb.org/painting/bj/paintings/13.html>
<http://techlosofy.com/wp-content/imagen-semana-twitter.png>
<http://www.urbanity.biz/fotocubo/blog/fotonidopajaropekin.jpg>
<http://dibujos.chiquipedia.com/images/dibujos-pluto-colorear-p.gif>
http://www.marketingpower.com/_layouts/Dictionary.aspx?dLetter=M
<http://www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/Revista-Moneda/Moneda-133/Revista-Moneda-133-09.pdf>
http://www.comicartcommunity.com/gallery/details.php?image_id=4753
http://www.comicartcommunity.com/gallery/details.php?image_id=13902
<http://www.cinencuentro.com/2007/11/05/entrevista-a-irela-nunez-del-pozo-restauradora-filmica/>
<http://blogs.sugoi.com.pe/shigure/curiosidades/ping-pong-matrix-vs-speedy-movil.html>
<http://elcomercio.pe/ediciononline/html/2008-12-12/exhiben-deliciosa-replica-machu-picchu-hecha-chocolate.html>
http://2.bp.blogspot.com/_qQ7-B_f90LY/SO2HPTHZQRI/AAAAAAAAAfE/qOPS6XjECqw/s1600-h/1pj.bmp
<http://www.l-atelier.info/Tienda/img-tienda/img-pizarras/perro-silueta-6.JPG>
<http://www.larepublica.pe/files/image/2008/diciembre/04/dire041208cheff.jpg>
http://www.zycu.com/modules/myalbum/tonteria.php?tonteria_id=1826&cid=2
<http://www.bibliocad.com/cad/biblioteca/animales/animales-2d/img/8017-perro-raza-pastor-aleman.gif>
http://www.michaelhoppengallery.com/artist,show,1,96,0,0,0,0,0,alfred_eisenstaedt.html
http://www.artmuseums.harvard.edu/sketchbooks/enlarge.s.mvc?src=http:%2F%2Fnrns.harvard.edu%2Furn-3:HUAM:21260_mddl&psq=3
http://2.bp.blogspot.com/_PxSadk24RCQ/SVK2GdocmMI/AAAAAAAAABrc/bCYv5r0BORA/s1600-h/Papa_Johns_I.jpg
http://www.bradylatinamerica.com/bradyid/pdv/301642/BRADYID_LA_42755/Señales-de-Seguridad/Señales-de-Seguridad-y-Fábrica/Señal-de-Baños/Visualización.html
http://4.bp.blogspot.com/_ulNim_PatZM/R1Bziq_fahI/AAAAAAAAA-k/I6dD0I4p-po/s1600-R/perro.jpg