



## El derecho a la integridad de la obra artística: el mural del Centro Comercial San Diego como estudio de caso

Iván Vargas-Chaves<sup>1</sup>; César A. Varón-Vanegas<sup>2</sup>; Francisco J. Acevedo-Caicedo<sup>3</sup>

Recibido: 18 de mayo de 2020 / Aceptado: 21 de noviembre de 2020

**Resumen.** El artículo describe el derecho a la integridad de la obra a partir del conjunto de postulados doctrinales, jurisprudenciales y de la normatividad vigente en Colombia. Adicionalmente se lleva a cabo un estudio de caso a partir de la primera sentencia de la Dirección Nacional de Derecho de Autor, en funciones jurisdiccionales; caso que plantea una tensión entre la integridad como derecho moral de autor sobre una obra artística versus su temporalidad y limitaciones, y en relación al soporte donde se encuentra plasmada. La metodología empleada conllevó el análisis de las fuentes y el estudio descriptivo del caso. Como resultados, se presentan algunas reflexiones del alcance de este derecho, así como una serie de reflexiones críticas sobre el fallo de segunda instancia que está actualmente en firme.

**Palabras clave:** Derecho a la integridad de la obra; derecho de autor; derechos morales; limitaciones al derecho de autor; temporalidad.

### [en] The right to the integrity of the work: the mural of the San Diego Shopping Center as a case study

**Abstract.** This paper describes the right to the integrity of the work in the field of copyright, through normative, theoretical and jurisprudential sources in Colombian law. The authors also propose a case study of the first sentence of the Colombian Copyright Office. A case that demonstrates the existence of the tension between the integrity and perpetuity of a mural as a artistic work versus its temporality and the limitations of moral author rights. The methodology used involved the analysis of the sources cited, and the descriptive study of the case. As results, the authors present some reflections on the right to the integrity of the work, as well as a criticism of the second instance sentence that is currently in force.

**Keywords:** Copyright; moral rights; right to the integrity of the work; limitations of Copyright; temporality.

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Generalidades. 3. Del derecho a la integridad de la obra al corpus mysticum. 4. Caso Gabriel Calle Arango vs. Centro Comercial San Diego. 5. La integridad de una obra en el marco libre autonomía de las partes. 6. Temporalidad y perpetuidad del derecho moral de integridad de una obra. 7. Conclusiones. Referencias.

<sup>1</sup> Universidad Militar Nueva Granada (Colombia)  
E-mail: [ivan.vargas@unimilitar.edu.co](mailto:ivan.vargas@unimilitar.edu.co)  
<https://orcid.org/0000-0001-6597-2335>

<sup>2</sup> Escuela Latinoamericana de Propiedad Intelectual (Colombia)  
E-mail: [nuria.arauna@urv.cat](mailto:nuria.arauna@urv.cat)  
<https://orcid.org/0000-0002-3137-203X>

<sup>3</sup> Universidad La Gran Colombia (Colombia)  
E-mail: [francisco.acevedo@ugc.edu.co](mailto:francisco.acevedo@ugc.edu.co)  
<https://orcid.org/0000-0003-0925-7753>

**Cómo citar:** Vargas-Chaves, I.; Varón-Vanegas, C.A.; Acevedo-Caicedo, F.J. (2021) El derecho a la integridad de la obra artística: el mural del Centro Comercial San Diego como estudio de caso. *Arte, Individuo y Sociedad* 33(3), 723-737.

## 1. Introducción

El presente artículo busca analizar el derecho a la integridad de las obras como un derecho moral de autor en el ordenamiento colombiano. Para dicho fin, se desarrollarán postulados de derecho internacional, supranacional e interno –todos ellos aplicables en el caso colombiano– extraídos de normas de gran relevancia para la materia, tales como el Convenio de Berna de 1886, la Decisión Andina 351 de 199 o la Ley 23 de 1982.

De igual forma, se recurrirá a jurisprudencia y a la doctrina de donde se extraerán algunos supuestos de análisis que permitirán comprender las ideas planteadas. En particular, se tomará como estudio de caso el proceso que se adelantó por la obra ‘El líder’ en el caso Gabriel Antonio Calle Arango versus el Centro Comercial San Diego en la ciudad de Medellín. Éste por demás fue un fallo histórico en Colombia al ser la primera sentencia emitida por la Dirección Nacional de Derecho de Autor, quien asumió funciones jurisdiccionales a partir de la Ley 1564 de 2012.

El objetivo propuesto, además de estudiar a fondo el derecho moral de integridad, es determinar el alcance de la temporalidad y la perpetuidad del mismo, a partir de la normativa vigente y de la sentencia proferida en segunda instancia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en tanto que cambia las reglas de juego y genera una limitación para un derecho que por su carácter de derecho fundamental es perpetuo e imprescriptible.

La metodología empleada para el desarrollo del presente artículo es de corte analítico con un enfoque deductivo, teniendo a la vista cada una de las fuentes metodológicas-jurídicas, a saber, doctrina, jurisprudencia y normas para apoyar el desarrollo de postulados propios, acompañados por un estudio de caso descriptivo –no exploratorio– con el fin de ampliar esta visión de la teoría a la práctica.

Así, el orden seguido para cumplir con lo previsto nos llevó en primer lugar a esbozar las generalidades del régimen de derecho de autor, pasando por algunos conceptos y normas clave. A continuación se desarrolla el concepto del derecho a la integridad de la obra para así detenernos en el soporte material y en el *corpus mysticum* de la misma.

Con ello, se aborda ya con suficiencia el caso de estudio Gabriel Arango Calle versus Centro Comercial San Diego, de donde se extraen algunos elementos del debate que nos permiten adentrarnos en los supuestos de autorregulación de la integridad de la obra en el marco de la libre autonomía de la voluntad de las partes y, por último, en el debate sobre la temporalidad y la perpetuidad del derecho moral de integridad.

## 2. Generalidades

Con el fin de comprender la órbita del régimen del derecho de autor, es preciso centrarse en primer lugar en el objeto de protección del mismo: la obra, entendida como toda manifestación original fruto del espíritu creativo del autor. Para Bercovitz (2016) dicha manifestación susceptible de plasmarse en un soporte tangible o intangible es el resultado del talento creativo del autor, y cuya protección es reconocida con independencia del género, mérito o destinación en tanto proviene del ingenio humano.

La Decisión 351 de 1993 de la Comunidad Andina en su artículo 4 enuncia una lista de obras que se ajustan a esta caracterización, entre estas las obras artísticas de bellas artes tales como los dibujos, pinturas, esculturas, grabados y litografías, consignados en el literal g del artículo en mención.

Es importante mencionar en este punto que para el derecho de autor (*Cf.* Convenio de Berna de 1886, art. 5) la existencia de la obra inicia con la misma creación, por tanto el registro de las mismas no es necesario para constituir los derechos, sino más bien sirve como un acto declarativo ante terceros que tiene como fin darle publicidad. En este sentido, la autoría de la obra se reconoce en tanto se pruebe su existencia (Ley 23 de 1982, art. 9) a partir de los criterios de originalidad, percepción a los sentidos de terceros y encontrarse plasmada en un soporte tangible o intangible.

Por su parte los derechos de autor sobre la obra se dividen en dos tipos de derechos, los derechos morales y los derechos patrimoniales; siendo los primeros de carácter fundamental y los segundos de explotación económica. El reconocimiento de los mismos en el derecho comparado se da a partir de la visión otorgada por los sistemas nacionales y comunitarios.

Así para el derecho continental de tradición romano-germánica –al cual está adherido el derecho de autor en Colombia y de los estados miembros de la Comunidad Andina– se reconocen derechos morales y derechos patrimoniales sobre la obra, esto es, una concepción dualista. Para el derecho de tradición anglosajona los autores sólo tendrán una única clase de derechos: copyright, si bien en países como Estados Unidos es posible hablar de una dualidad –reconocimientos de derechos morales de autor– aunque por la vía del precedente judicial.

En relación a los derechos morales, en el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas del 9 de septiembre de 1886, artículo 6 bis numeral 1, se señala que:

(...) independientemente de los derechos patrimoniales del autor, e incluso después de la cesión de estos derechos, el autor conservará el derecho de reivindicar la paternidad de la obra y de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la misma o a cualquier atentado a la misma que cause perjuicio a su honor o a su reputación. (Convenio de Berna de 1996)

De esta forma se da así alcance a estos derechos que tienen un carácter inalienable, intransferible, inembargable e irrenunciable al autor de la obra. Así mismo en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 27 numeral establece que toda persona [natural] tiene derecho a que el Estado proteja sus intereses morales y materiales que le correspondan, a razón de su carácter de creador de las producciones científicas, literarias o artísticas.

En este orden de ideas, la autoría desde la óptica de los derechos morales se configura como un interés jurídico tutelado de orden superior en los escenarios supranacional, internacional e interno, así como un factor inherente a la expresión de la personalidad del ser humano y a su libertad de expresarse. En el caso colombiano, estos derechos morales se regulan –en el ámbito supranacional– desde la Decisión 351/1993 de la Comunidad Andina, en –el ámbito internacional– desde el ya referido Convenio de Berna de 1886, y –en el ámbito interno– en la Ley 23 de 1982.

Adicional a lo anterior, por vía jurisprudencial estos derechos morales han sido elevados a la categoría de derechos fundamentales por la Corte Constitucional de Colombia, que es el máximo órgano de la jurisdicción constitucional. Ello, en tanto que son derechos personalísimos inherentes a la naturaleza racional, creativa y libre de los autores.

La Corte considera necesario precisar que, tal como se predica de la Decisión 351, algunos de los preceptos del Convenio de Berna refieren efectivamente a los derechos morales de autor (como ocurre con el artículo 6 bis), los cuales, a la luz de la jurisprudencia, han sido identificados como derechos fundamentales. (Corte Constitucional, Sentencia C-069 de 2019)

Dicha categorización, de acuerdo a Bernal-Sánchez & Conde-Gutiérrez (2017) permite que estos derechos mantengan un carácter prevalente sobre otros derechos, como es el caso de los derechos patrimoniales de autor que a continuación se explicarán.

Los derechos patrimoniales como ya se mencionó son los derechos de explotación económica, o en otros términos, los derechos que posee el titular para exigir una retribución económica por la explotación de su obra. Los cuales así se transfieran a un tercero –transfiriendo la condición de titular– respecto a la obra permitirán que la autoría y por consiguiente los derechos morales se mantenga en cabeza de la persona natural que creó la obra.

En relación a la propiedad sobre la que recae la protección otorgada por el derecho de autor, y siguiendo a Lipszyc (1993), el derecho de autor “se ejerce sobre una creación intelectual –la obra– y no sobre una cosa, pues la propiedad sobre el cual está fijada la obra no se confunde con el derecho de autor sobre la obra misma” (p. 25), así el régimen aplicable reconoce que el acto de la creación de la obra es el punto de partida y no por las formalidades contempladas para adquirir el derecho de dominio.

Sostiene esta misma autora que estos derechos inmateriales, pese a ser distintos en su concepción en relación de los derechos sobre las categorías clásicas de bienes tangibles contempladas por el Código Civil, estos podrían entrar en un conflicto con los del propietario de un soporte material, es decir, el dueño del bien sobre el que reposa la obra, en cuanto a que ese soporte material puede disponerse de la forma que el dueño necesite para sus fines.

Si bien esta persona puede disponer del bien material en donde está soportada la obra, no puede en la práctica ejercer los actos de señor y dueño sobre la misma. En este sentido es necesario comprender que cualquier modificación sobre la obra deberá contar con la autorización previa y expresa del autor (Valicenti, 2017; Chinni, 1992).

Otro aspecto importante que debe tenerse presente como generalidad proviene del Tratado sobre Derecho de Autor de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual OMPI, por sus siglas en inglés WCT, que contempla en su artículo 3 la aplicación de la regla *mutatis mutandi* del latín “cambiando lo que se debía cambiar”. Se trata de un principio del derecho internacional que establece que los cambios que tenga ese articulado se llevarán a cabo bajo la enseña de las transformaciones sociales y políticas de los respectivos países en los que se apliquen (Reyes Moreno, 2007).

En el caso de Colombia el régimen de derecho de autor se encuentra regulado por la Convención de Berna, la cual se aplicaría con base en una serie de normativas que el mismo Estado –en este caso el Estado Colombiano– deberá procurar desarrollar en el campo de su legislación interna, y que para estos efectos se dan por una doble vía, por la vía del derecho comunitario con la Decisión 351 de 1993 de la Comunidad Andina, y por la del derecho interno con el conjunto de leyes y decretos que regulan aspectos específicos como la Ley 44 de 1993, Ley 1915 de 2018 o la misma Ley 23 de 1982.

En este sentido, el artículo 11 de la Decisión Andina 351 de 1993 cataloga los derechos morales de autor como aquellos que tiene el autor de atribuirse la paternidad de la misma [derecho moral de paternidad]; de conservar la obra inédita o divulgarla [derecho moral de ineditud] y de oponerse a toda deformación mutilación o modificación que atente contra el decoro de la obra o la reputación del autor [derecho moral de integridad].

El artículo 30 de la Ley 23 de 1982, establece a su vez un alcance aún superior a la Decisión Andina 351, y otorga adicionalmente los siguientes derechos: a modificar la obra en cualquier tiempo [derecho moral de modificación] y a retractarse de publicar la obra [derecho moral de retracto]. En ambos casos son derechos con repercusiones civiles en tanto que si el autor decide ejercerlos, el titular de derechos patrimoniales podría exigir una indemnización por daños y perjuicios en contra del autor.

### **3. Del derecho a la integridad de la obra al corpus mysticum**

Entrando en materia, el derecho de integridad se reconoce desde el Convenio de Berna de 1886 y la Decisión Andina 351 de 1993 como un derecho moral, por lo que tiene el carácter de ser irrenunciable, intransferible, inalienable e inembargable al igual que los otros derechos de esta categoría. Este derecho implica una potestad que tiene el autor a oponerse a toda deformación, mutilación u otra modificación de la obra, cuando tales actos puedan causar o acusen perjuicio a su honor o a su reputación o la obra se demerite (Treece, 1968; Heide, 1996).

El autor tendrá sobre su obra un derecho perpetuo, inalienable, e irrenunciable para: (... b) A oponerse a toda deformación, mutilación u otra modificación de la obra, cuando tales actos puedan causar o acusen perjuicio a su honor o a su reputación, o la obra se demerite, y a pedir reparación por éstos (...) (Ley 23 de 1982, art. 30)

Además de esto, puede solicitar una reparación por los agravios que se efectúen respecto de su obra, tal como se señala en el citado artículo 30 de la Ley 23 de 1982.

Así, tanto el autor como el titular podrán interponer las acciones judiciales que se tengan para defender su interés legítimo sobre la obra; pudiendo ser tipo civil y/o de tipo penal por la vía ordinaria. (Cf. Ley 23 de 1982, art. 242)

En este contexto el juez tiene un rol clave al ponderar los intereses jurídicos tutelados en un caso de posible vulneración del derecho moral de integridad, como puede ocurrir en un hipotético caso de la parodia de una obra en donde el límite entre el ejercicio de este derecho a expresarse libremente pueda llegar a afectar el decoro de la obra o la reputación del autor.

Por otra parte, con el fin de abordar el concepto de *corpus mysticum*, vale la pena aclarar que las obras son el objeto que el derecho de autor protege, y la expresión intelectual de quien lo crea se representa mediante la impronta de la originalidad en una forma reproducible por cualquier medio (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 1980). En este contexto para el derecho de autor el soporte material en donde está consignada la obra es independiente a él y tiene una protección especial (Chinni, 1992).

Por ejemplo, cuando se realiza una distribución de ejemplares de una obra literaria como una novela, la compraventa de ésta se realiza bajo las normas existentes en materia de compraventa de mercaderías, por lo que el comprador no se convierte *per se* en dueño de la obra, ya que está accediendo al soporte material, es decir al ejemplar adquirido, y no a la obra en sí. Igual situación ocurre con quién adquiere una película o una canción a través de una plataforma de distribución de contenidos digitales.

En tal sentido no es posible hablar de ‘comercializar los derechos de autor’ como sí de adquirir los derechos de explotación económica mediante los mecanismos de transferencia del derecho de dominio contemplados en el ordenamiento vigente. Con todo, recordemos que esto se da únicamente frente a estos derechos, no respecto a los derechos morales de autor.

Por tanto, el dominio sobre la obra solo se limitará a los derechos de explotación económica, y aquellos que los adquieran se denominarán titulares derivados de la obra, es decir, quienes solo tendrán los derechos patrimoniales que les ha concedido el titular originario o autor (Chinni, 1992). Por supuesto que el derecho de integridad como derecho moral no hace parte de esta categoría, siendo inalienable, imprescriptible, inembargable e irrenunciable.

Un caso célebre que nos permite comprender la distinción entre el soporte y los derechos patrimoniales versus la integridad y los derechos morales se dio con el mural ‘El hombre controlador del universo’ del artista Diego Rivera. Este mural fue un encargo para el Edificio Rockefeller en la ciudad de Nueva York, siendo destruido por orden de sus dueños –titulares de los derechos patrimoniales y propietarios del edificio– al contener imágenes alusivas a la ideología comunista.



Figura 1. Diego Rivera pintando su mural ‘El hombre controlador del universo’ en el Rockefeller Center, NY. Imagen extraída de PBS (s.f.).

Se trata de un caso que explica muy bien el alcance del ejercicio de derecho de dominio sobre un bien tangible respecto al derecho de integridad de una obra que fue plasmada sobre el mismo. Aunque el caso no se resolvió en un litigio sino con una compensación que fue el pago de la totalidad de la obra (Cf. Bruce, 2014), Diego Rivera pudo reproducirlo nuevamente en el Palacio de Bellas Artes de la ciudad de México donde se encuentra actualmente.

Una distinción muy importante que debe hacerse en este contexto es el de *corpus mechanicum* y *corpus mysticum*, siendo el primero el soporte material de una creación intelectual (Enciclopedia Jurídica, 2014) con un ámbito de protección delimitado por las reglas de la propiedad común, esto es, por las formas clásicas de transmitir el dominio conocidas por el derecho civil, por ejemplo compraventas, permutas, donaciones, usufructos, prendas etc. Se trata de bienes en los cuales pueden ir soportadas obras, como sería el caso del ejemplar físico –un libro– o una versión digital de una obra literaria, así como el hierro o la piedra de una estatua o el lienzo de una obra artística.

Por *corpus mysticum* nos referimos en cambio a un cuerpo intangible, no material, que se puede idealizar y comprender mediante la expresión o la impronta del creador (Vanbrabant, 2005). Éste se protege a través del conjunto de normas que configuran los sistemas de la propiedad intelectual. Es considerado un tipo de propiedad *sui generis* dentro del derecho civil y, para el caso que nos ocupa, la propiedad o el dominio del objeto que se protege por derecho de autor se verá sometida a la regulación propia de este ámbito.

A manera de conclusión preliminar, los derechos de autor como *corpus mysticum* pese a ser la materialización del derecho de dominio sobre el activo intangible que es la obra no son el soporte en sí y, dentro de los mismos, la categoría de derechos morales contempla la integridad como un derecho inalienable que tiene el autor de oponerse a cualquier modificación que atente contra la obra o su decoro (Vanbrabant, 2005).

De hecho el caso que a continuación se estudiará, contiene los elementos de análisis anteriormente descritos, planteando una clara tensión entre el interés del autor de una obra con el interés del dueño de un soporte sobre el que se plasma la misma.

#### 4. Caso Gabriel Calle Arango vs. Centro Comercial San Diego

La Dirección Nacional de Derecho de Autor (DNDA), como Unidad Administrativa especial adscrita al Ministerio del Interior y ente rector de la gestión de los derechos de autor en Colombia, cuenta con una oficina de asuntos jurisdiccionales desde donde asume el rol de administrar justicia. Sus fallos son vinculantes para las partes que –por factor de competencia– someten sus asuntos ante esta entidad.

Lo anterior a pesar que la DNDA pertenece a la rama ejecutiva y en tal sentido no podría en principio oficiar como juez. No obstante, la Corte Constitucional al hacer el respectivo control de constitucionalidad sobre la Ley 1564 de 2012 que le otorgó dicha facultad, consideró que la Dirección era en efecto competente por su especialidad (Corte Constitucional, Sentencia C-436 de 2013). Así, en el marco las facultades jurisdiccionales de la Dirección Nacional de Derechos de Autor, se analizará a continuación el caso Gabriel Calle Arango vs. Centro Comercial San Diego.

El Señor Gabriel Calle Arango es el autor de la obra “El líder”, una obra artística caracterizada dentro de la tipología de bellas artes, pintura y dibujo; plasmada en el Centro Comercial San Diego P.H. de la ciudad de Medellín (Colombia), que como persona jurídica era propietaria del soporte material –el inmueble– en donde dicha obra se fijó.

En el año 2006, la Alcaldía de Medellín autorizó la fijación del mural en el espacio público de esta ciudad. Una vez obtenidos todos los permisos, el autor procedió a plasmar en dicho soporte su obra sin que en ningún momento el autor ni el centro comercial suscribieran por escrito un contrato de obra por encargo.

Siete años después, el autor solicitó que se hiciera una restauración de la obra ya que por condiciones climáticas se había deteriorado. Ante esta petición, la administración no sólo no procedió con la restauración de la misma –tampoco se lo permitió al demandante quien se ofreció a realizarla por su cuenta–, sino que procedió posteriormente a borrar la obra del inmueble sin la autorización del autor; y sin tampoco permitirle conservar un reporte fotográfico de la misma para fines de conservación de la obra en un nuevo soporte.



Figura 2. Mural intervenido del Centro Comercial San Diego. Imagen extraída de El Colombiano (2013-05-10).

Frente a este agravio, el autor inicia el trámite correspondiente de conciliación con el Centro Comercial, cuyo representante se mantuvo en la negativa de acceder a resarcir los perjuicios ocasionados. Con lo cual, habiendo agotado este requisito de procedibilidad (Cf. Ley 1564 del 2012), le correspondió al Subdirector de Asuntos Jurisdiccionales de la Dirección Nacional de Derecho de Autor dictar sentencia.

En el fallo se hace alusión al alcance de los derechos morales y en particular a la integridad de la obra, con una remisión a los postulados que en este sentido se encuentran plasmados en la Sentencia C-155 de 1998 de la Corte Constitucional, en la cual se eleva por primera vez los derechos morales de autor a la categoría de derechos fundamentales.

En la sentencia, el Subdirector de Asuntos Jurisdiccionales caracterizó la infracción del derecho moral de integridad en la conducta negligente del administrador del Centro Comercial, ya que a su juicio debió actuar con diligencia en la conservación –ante el deterioro del que daba cuenta el demandante– para así tratar de resguardar la integridad de la obra.

En relación al daño, se especifica en la sentencia que los daños o perjuicios pueden ser patrimoniales y extra patrimoniales, y se establece que los daños extra patrimoniales o morales pueden derivar de una infracción a un derecho moral como lo es en este caso la integridad de la obra.

El daño que puede derivar de la lesión de un derecho moral puede ser de carácter patrimonial o moral, (...) existirá un daño moral cuando la lesión de un derecho moral no tenga repercusiones sobre el patrimonio del autor (Dirección Nacional de Derecho de Autor, Sentencia de 16 de agosto de 2016)

Si bien a juicio de la Dirección Nacional de Derecho de Autor un propietario de un bien inmueble o mueble puede disponer de la tangibilidad del mismo, esto es, del soporte sobre el que se plasma una obra intangible, este debe responder por salvaguardar su integridad en tanto QUE asume un rol como garante (*Íbidem*).

Y aunque los propietarios del Centro Comercial alegaron que estaban ejerciendo su derecho de dominio al disponer de la edificación en una condición de ruina tal como lo alegaban en la contestación, para la Subdirección de Asuntos Jurisdiccionales esto no era óbice para que su actuación hubiese dejado de ser arbitraria sin una autorización previa y expresa del autor originario.

La razón, no solo separaron la obra de su soporte material, sino que también destruyeron su expresión; elemento esencial para que una obra exista (Chinni, 1992). Por tanto, le da la razón al demandante fallando a su favor y ordenando el pago de los perjuicios ocasionados como consecuencia de la destrucción material de la obra.

Es importante mencionar a esta altura del debate que en Colombia, como estado miembro de la Comunidad Andina, se someten estos asuntos al régimen de derecho comunitario-andino por factor de competencia en los términos del Acuerdo de Cartagena de 1969 y demás normas de derecho originario modificatorias de este Acuerdo, entre estos el Protocolo de Trujillo de 1996, Protocolo de Cochabamba de 1996 y Protocolo de Sucre de 1997.

Ello implica que en materia de derechos de autor la labor de interpretar el rango de una norma comunitaria, como lo es la Decisión 351 de 1993, le corresponde al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en adelante TJCAN, a través de la interpretación prejudicial. De esta manera una sentencia –como la que acabamos de

analizar— de la Subdirección de Asuntos Jurisdiccionales de la Dirección Nacional de Derecho de Autor quedará en firme.

De oficio o a petición de parte, el juez nacional que conozca de un proceso en el cual la sentencia fuera de única o última instancia, que no fuere susceptible de recursos en derecho interno, en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, deberá suspender el procedimiento y solicitar directamente y mediante simple oficio, la interpretación del Tribunal. (Comunidad Andina, Decisión 500 del 2001, art. 123)

Por esta razón, y teniendo en cuenta que para dictar el fallo en única instancia o como *ultima ratio* de un proceso de dos instancias se tendrá que solicitar una consulta obligatoria, profiriendo así una interpretación prejudicial necesaria para dictar el fallo, le correspondió al TJCAN pronunciarse sobre el caso en cuestión (Gálvez Krüger, 2001).

De este modo, el TJCAN procedió en el caso *sub examine* con un estudio previo sobre el alcance de los derechos de autor de la obra de Gabriel Calle y su objeto de protección en relación al derecho moral de integridad. Cabe resaltar en este punto que la Decisión 351 de 1993 aunque no subroga o deroga lo dispuesto en la Ley 23 de 1982 si tiene un carácter preferente en su aplicación.

No hay que olvidar tampoco la primacía de la norma comunitaria sobre el ordenamiento interno así como su autonomía respecto del derecho internacional (Plata López & Yepes Ceballos, 2009), en la medida en que al ser un derecho de orden supranacional se encuentra integrado con las normas internacionales típicas (Alegre Martínez, 1993); en este caso el Convenio de Berna 1886 y el WCT.

Sobre el problema jurídico concluye el TJCAN que las obras no dependen del mérito o su destinación, como sí de los elementos demostrativos que individualicen el pensamiento representativo o a la subjetividad propia del autor (Cf. Bercovitz, 2016). Esto, bajo el entendido que el Derecho de autor no protege las ideas, sino la forma en cómo estas son descritas, explicadas o ilustradas.

## 5. La integridad de una obra en el marco libre autonomía de las partes

Señala el TJCAN en la citada interpretación prejudicial que la deformación, la mutilación y la modificación como afectaciones a la integridad de la obra deben darse como requisito de invocabilidad de la acción correspondiente, siempre y cuando atenten contra el decoro de la obra o la reputación del autor (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Interpretación Prejudicial del Proceso 65-IP-2004)

El Tribunal así mismo refiere que las obras pueden estar fijadas en soportes materiales de terceras personas, señalando en este punto que el derecho moral de integridad no es absoluto—aunque sí perpetuo— y, que en caso de conflicto, se deberán evaluar todas las circunstancias que confluyen en aras de determinar la existencia de la infracción (*Ídem.*).

Así, con el fin de lograr un justo equilibrio y evitar supuestos de infracción, propone se tengan en cuenta las siguientes consideraciones cuando se lleve a cabo una relación jurídico-negocial como un contrato de obra por encargo. Ello, desde luego en el marco de la libre autonomía de la voluntad de las partes.

(I) *Elaboración de la Obra.* En primer lugar debe establecerse si el autor tuvo la autorización por parte del propietario del soporte material o, si teniendo el permiso, no se ejecutó el contrato de obra por encargo como estaba principalmente pactado; manteniendo la integridad de la obra en un soporte de respaldo como ocurrió en el caso de la obra ‘El hombre controlador del universo’ de Diego Rivera. Tras ser destruido el soporte donde se encontraba plasmada, la fotografía que se le permitió tomar pudo ser replicada en el Palacio de Bellas Artes de Ciudad de México.

(II) *Material de la obra.* Debe especificarse si el material utilizado para plasmar la obra en un soporte físico puede mantenerse en el tiempo, es decir, si es duradero. En caso contrario, al ser perecedero, el autor deberá dejar constancia del deterioro que ésta podría sufrir con el paso del tiempo o, si se trata de una obra plasmada en un soporte fungible o consumible, deberá asumir que ésta se extinguirá por el uso habitual como ocurriría por ejemplo con un postre diseñado y preparado por un chef.

(III) *Carácter Permanente o Temporal.* El TJCAN infiere que los autores que creen obras con una vocación de permanencia deberán tomar todas las medidas que la protejan de factores externos, como pueden ser los factores climáticos, de lo contrario también deberán ser conscientes que esta obra tiene carácter temporal, esto es, que está destinada al deterioro como ocurriría con un tapete floral que se crea para ser presentado en la Feria de las Flores de la ciudad de Medellín, y cuya expectativa de temporalidad en el soporte utilizado es corto.

(IV) *Interés público.* Frente a esta consideración, señalan los magistrados que si el derecho de integridad entra en conflicto con el interés público, éste último tiene que prevalecer sobre el primero. Es el supuesto de una obra arquitectónica edificada que, por su ubicación o disposición, estuviere amenazando la seguridad de las personas que transiten cerca.

(V) *Riesgo de deterioro o pérdida de la Propiedad.* Por último, el Tribunal hace referencia al ejercicio del derecho que tiene el propietario del inmueble para hacer las modificaciones que estime necesarias, siempre que informe al autor de la obra, garantizándole el retiro de su obra del soporte material si esto fuera posible o, en caso contrario, permitiéndole plasmarla en otro soporte como una fotografía, sin que pierda calidad o se desmejore considerablemente.

## **6. Temporalidad y perpetuidad del derecho moral de integridad de una obra**

Tras la apelación interpuesta por el Centro Comercial San Diego de la sentencia en la que se le condenó al Centro Comercial, al pago de cien salarios mínimos legales mensuales vigentes tras determinar que desconoció el derecho moral de integridad del autor de la obra “Líder”, le correspondió al Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá en su Sala Civil pronunciarse como segunda instancia.

En la parte de fundamentación del fallo señala la Sala Civil del Tribunal que en la sentencia *a quo* la Dirección Nacional de Derecho de Autor no desarrolló el alcance del derecho de integridad en el contexto del caso, desconociendo el carácter temporal de la obra plasmada en el inmueble, y además, no valoró correctamente las pruebas aportadas por el demandado en tanto que el demandante no demostró con suficiencia que la obra iba a desaparecer por completo si se le separase de su soporte material.

Por estos motivos decide revocar la sentencia de primera instancia argumentando que aunque es innegable el interés jurídico tutelado por los derechos morales que

tiene el autor, no se puede inferir que la obra ‘El líder’ pueda ser tratada como una obra perpetua por su misma condición de temporalidad.

Se trata de una posición que resulta controversial, en tanto que implica admitir que –indistintamente de la temporalidad de la obra– el derecho de integridad no es perpetuo, lo cual desconoce el carácter de derechos fundamentales. Esto, en términos del alto tribunal constitucional implica que

En cuanto la facultad creadora del hombre, la posibilidad de expresar las ideas (...) y en general todas las formas de manifestación del espíritu, son prerrogativas inherentes a la condición racional propia de la naturaleza humana, y a la dimensión libre que de ella se deriva. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-155 de 1998)

En otro de sus fallos, señala la Corte Constitucional que la capacidad de disponer de la obra por parte de quien la financia, promueve y asume los riesgos no debe bajo ningún pretexto menoscabar los derechos morales de quienes participaron en su elaboración en calidad de autores (Corte Constitucional, Sentencia C-276 de 1996).

En efecto, desconocer el derecho [moral a la integridad de la obra] que tiene el autor sobre las obras que son fruto de su espíritu creativo o de su ingenio, es desconocer al ser humano en su condición de individuo, quien es capaz de expresar esta racionalidad y creatividad como manifestación de su naturaleza. Por tal razón, concluye el alto tribunal constitucional “los derechos morales de autor, deben ser protegidos como derechos que emanan de la misma condición de hombre.” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-155 de 1998).

El otro aspecto respecto al que debe generarse un escenario de discusión tiene que ver con la temporalidad. Vale la pena recordar que la temporalidad es un concepto bajo el que se considera que las obras, de acuerdo con su naturaleza, pueden perecer o consumirse según los materiales con los que fueron hechas y el deterioro ocasionado por el paso del tiempo o bien, por cuestiones ajenas a las partes.

Un segundo argumento nos remite a la temporalidad como una característica propia en los derechos patrimoniales de autor (Caballero Leal, 2004) no de los derechos morales, a razón de su carácter perpetuo, en tanto irrenunciables, intransferibles, inalienables e inembargables. Ampliar el alcance de dicha temporalidad a los derechos morales implica generar una limitación a los mismos.

Esto nos sugiere que el Tribunal Superior no consideró el carácter fundamental de los mismos que plantean la perpetuidad del derecho moral de autor en Colombia y lo que la Corte Constitucional ha desarrollado frente al tema. La razón, es que la temporalidad de los derechos morales a la que refiere el TJCAN se da únicamente en el supuesto de aquellos soportes que previsiblemente se extinguirán o deteriorarán por su uso habitual.

Preocupa por tanto que con este precedente se abre la puerta al desconocimiento del carácter perpetuo de los derechos morales, pese a que en el sentido del fallo también se encuentran consideraciones sobre las pruebas aportadas por las partes. Dicho esto en otras palabras, si el Tribunal Superior basó su fallo en criterios procesales y no de fondo –o simplemente no interpretó de debida forma la interpretación prejudicial–, terminó dejando un vacío jurídico sobre la perpetuidad de los derechos morales, sin tener en cuenta que estos derechos tienen unas características elevadas a rango fundamental.

## 7. Conclusiones

El derecho a la integridad de la obra es un derecho moral de naturaleza perpetua con connotación de inembargabilidad, inalienabilidad e irrenunciabilidad, por lo que –en el tiempo– siempre estará en cabeza del autor, a diferencia de los derechos patrimoniales o de explotación económica, los cuales tienen un término de protección limitado.

Es posible evidenciar que del caso analizado, se mantienen los criterios jurisprudenciales que dan cuenta de esta connotación de perpetuidad, la cual fue reconocida por la Corte Constitucional según se abordó en varias sentencias, al otorgarle a los derechos morales el carácter de derechos fundamentales. Se concluye que esta condición comprende una protección extendida e indeterminada en el tiempo a la integridad de la obra.

Volviendo al caso del mural en el Centro Comercial San Diego como obra artística, resulta claro que uno de los efectos prácticos que resultan de esta protección extendida e indeterminada, es que se admite la existencia y protección de la obra independientemente del soporte donde fue plasmada originalmente.

A su vez, de todo el análisis normativo, doctrinal y jurisprudencial realizado a partir de este caso, se vislumbra una tensión entre el ejercicio del derecho de dominio sobre un bien inmueble [*corpus mechanicum*] versus la integridad de la obra [*corpus mysticum*] que se encontraba plasmada en él. En el contexto del litigio entre el Centro Comercial San Diego y el señor Gabriel Arango, la tesis acogida por el Tribunal Superior que, en segunda instancia, aplica el criterio de la temporalidad para resolver el caso.

Esto, representa sin duda alguna un precedente que puede ser controversial al abrir una puerta para desconocer –en futuros casos– que los derechos morales son derechos fundamentales con carácter absoluto, toda vez que se contempla –por vía jurisprudencial y por primera vez– una limitación a un derecho moral como lo es la de la temporalidad. En este caso el derecho a la integridad de la obra. Ello, pese a que la temporalidad sólo es aplicable a los derechos patrimoniales tal como se logró demostrar en el artículo.

## Referencias

- Alegre Martínez, M. (1993). La primacía del derecho comunitario sobre el ordenamiento jurídico estatal: aspectos constitucionales. *Revista de Derecho Político*, 38, 93-173.
- Asamblea General de las Naciones Unidas, Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948.
- Bercovitz, R. (2016). *Estudios sobre la ley de propiedad intelectual. Últimas reformas y materias pendientes*. Madrid: Dykinson.
- Bernal-Sanchez, D., & Conde-Gutierrez, C. (2017). Los derechos morales de autor como derechos fundamentales en Colombia. *Revista La Propiedad Inmaterial*, 24, 53-66
- Bruce, C. (2014). The Controversy at Rockefeller Center: Phantom Publics, Aesthetic Barbarians. *Advances in the History of Rhetoric*, 17(1), 65-75.
- Caballero Leal, J. L. (2004). *Derecho de autor para autores*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica

- Chinni, C. L. (1992). Droit d'Auteur Versus the Economics of Copyright: Implications for American Law of Accession to the Berne Convention. *W. New Eng. L. Rev.*, 14, 145.
- Comunidad Andina, Acuerdo de Cartagena de 26 de mayo de 1969, por el cual se crea la Comunidad Andina. Recuperado de: <http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/DBasicos/DBasico1.doc>
- Comunidad Andina, Decisión 351/1993/CAN. Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos. Recuperado de: <http://www.sice.oas.org/trade/junac/decisiones/dec351s.asp>
- Comunidad Andina, Decisión 500/2001/CAN. Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Recuperado de: <http://www.sice.oas.org/trade/junac/decisiones/dec500s.asp>
- Comunidad Andina, Protocolo de Cochabamba de 28 de mayo de 1996. Recuperado de: [http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/doc2011/protocolo\\_cochabamba.doc](http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/doc2011/protocolo_cochabamba.doc)
- Comunidad Andina, Protocolo de Sucre de 25 de junio de 1997. Recuperado de: [http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/doc2011/protocolo\\_sucre.doc](http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/doc2011/protocolo_sucre.doc)
- Comunidad Andina, Protocolo de Trujillo de 10 de marzo de 1996. Recuperado de: [http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/doc2011/protocolo\\_trujillo.doc](http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/doc2011/protocolo_trujillo.doc)
- Comunidad Andina, Tribunal de Justicia, Auto del 24 de abril de 2017 del proceso 47-IP-2017. Recuperado de: [http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/Procesos/47\\_IP\\_2017.pdf](http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/Procesos/47_IP_2017.pdf)
- Comunidad Andina, Tribunal de Justicia, Interpretación Prejudicial del proceso N° 165-IP-2004. Recuperado de: <https://www.tribunalandino.org.ec/ips/Pr165ip04.pdf005-2015-34057-01>
- Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas del 9 de septiembre de 1886
- El Colombiano (2013-05-10). Autor del mural de San Diego, reclama porque su obra fue borrada sin autorización [Noticia]. Recuperado de: [https://www.elcolombiano.com/historico/autor\\_del\\_mural\\_de\\_san\\_diego\\_reclama\\_porque\\_su\\_obra\\_fue\\_borrada\\_sin\\_autorizacion-CBEC\\_241524](https://www.elcolombiano.com/historico/autor_del_mural_de_san_diego_reclama_porque_su_obra_fue_borrada_sin_autorizacion-CBEC_241524)
- Enciclopedia Jurídica (2014). Enciclopedia jurídica edición 2014. Recuperado de: <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/corpus-mechanicum/corpus-mechanicum.htm>
- Gálvez Krüger, M. A. (2001). Comentarios sobre la interpretación prejudicial del tribunal de justicia de la Comunidad Andina. *THEMIS: Revista de Derecho*, (42), 131-144.
- Heide, T. P. (1996). The Moral Right of Integrity and the Global Information Infrastructure: Time for a New Approach. *UC Davis J. Int'l L. & Pol'y*, 2, 211.
- Lipszyc, D. (1993). *Derecho de autor y derechos conexos*. Bogotá: Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (1980). *Glosario de la OMPI*. Ginebra: WIPO Press.
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Tratado sobre Derecho de Autor del 20 de diciembre de 1996.
- PBS (s.f.) Diego Rivera. Recuperado de <https://www.pbs.org/wgbh/americanexperience/features/rockefellers-rivera/>
- Plata López, L. C., & Yepes Ceballos, D. (2009). Naturaleza jurídica de las normas comunitarias andinas. *Revista de Derecho*, (31), 196-223.
- República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-155 de 1998. Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-155-98.htm>

- República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-276 de 1996. Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/c-276-96.htm>
- República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-436 de 2013. Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-436-13.htm>
- República de Colombia, Dirección Nacional de Derecho de Autor, Sentencia de 16 de agosto de 2016. Recuperado de: <http://derechodeautor.gov.co:8080/relatorias>
- República de Colombia, Ley 1564 del 2012 por medio de la cual se expide el Código General del Proceso. Diario Oficial No. 48.489 de 12 de julio de 2012. Recuperado de: [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1564\\_2012.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html)
- República de Colombia, Ley 23 de 1982 sobre los Derechos de Autor. Diario Oficial No. 35.949 de 19 de febrero de 1982. Recuperado de: <http://derechodeautor.gov.co:8080/documents/10181/182597/23.pdf/a97b8750-8451-4529-ab87-bb82160dd226>
- República de Colombia, Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, Sentencia de 17 noviembre de 2017. Recuperado de: [http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=jurcol&document=jurcol\\_0d4615d1d6dd4b5ead5ecf36745549d](http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=jurcol&document=jurcol_0d4615d1d6dd4b5ead5ecf36745549d)
- Reyes Moreno, L. E. (2007). Forma y sustancia en la argumentación en derecho internacional público. *Revista de derecho (Valdivia)*, 20(1), 149-173.
- Trecece, J. M. (1968). American Law Analogues of the Author's "Moral Right". *The American Journal of Comparative Law*, 487-506.
- Valicenti, E. (2017). Los usos creativos de obra protegida por el derecho de autor frente al derecho al acceso al arte ya la cultura. Razones para pensar una nueva excepción. *Cartapacio de Derecho*, 32, 1-19.
- Vanbrabant, B. (2005). Corpus mechanicum versus corpus mysticum: des conflits entre l'auteur d'une oeuvre et le propriétaire du support. *Revue de la Faculté de Droit de l'Université de Liège*, (4), 490-562.