

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

PROGRAMA DE MAESTRIA EN CIENCIAS

TESIS:

LA TEORÍA ECLÉCTICA PARA DETERMINAR LA ORIGINALIDAD DE LA OBRA EN EL DERECHO DE AUTOR, EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

Para optar el Grado Académico de

MAESTRO EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO CIVIL Y COMERCIAL

Presentada por:

Bachiller: NANCY ISABEL LUICHO SOTO

Asesor:

Dr. JOEL ROMERO MENDOZA

Cajamarca, Perú

2023

COPYRIGHT © 2023 by
NANCY ISABEL LUICHO SOTO
Todos los derechos reservados

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

PROGRAMA DE MAESTRIA EN CIENCIAS

TESIS APROBADA:

LA TEORÍA ECLÉCTICA PARA DETERMINAR LA ORIGINALIDAD DE LA OBRA EN EL DERECHO DE AUTOR, EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

Para optar el Grado Académico de

MAESTRO EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO CIVIL Y COMERCIAL

Presentada por:

Bachiller: NANCY ISABEL LUICHO SOTO

JURADO EVALUADOR

Dr. Joel Romero Mendoza
Asesor

Dra. María Isabel Pimentel Tello
Jurado Evaluador

Dr. Glenn Joe Serrano Medina
Jurado evaluador

M.Cs. Marcia Patricia Rodríguez Urteaga
Jurado evaluador

Cajamarca, Perú

2023



Universidad Nacional de Cajamarca
LICENCIADA CON RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 080-2018-SUNEDU/CD
Escuela de Posgrado
CAJAMARCA - PERU




PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS

ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TESIS


Siendo las 17:30 horas, del día 27 de enero de dos mil veintitres, reunidos en el Auditorio de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, el Jurado Evaluador presidido por la **Dra. MARÍA ISABEL PIMENTEL TELLO, Dr. GLENN JOE SERRANO MEDINA, M.Cs. MARCIA PATRICIA RODRÍGUEZ URTEAGA** y en calidad de Asesor el **Dr. JOEL ROMERO MENDOZA**, Actuando de conformidad con el Reglamento Interno y el Reglamento de Tesis de Maestría de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, se dio inicio a la Sustentación de la Tesis titulada **“LA TEORÍA ECLÉCTICA PARA DETERMINAR LA ORIGINALIDAD DE LA OBRA EN EL DERECHO DE AUTOR, EN LA LEGISLACIÓN PERUANA”**, presentada por la **Bachiller en Derecho NANCY ISABEL LUICHO SOTO**.

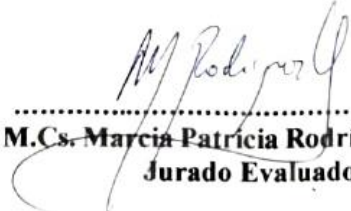
Realizada la exposición de la Tesis y absueltas las preguntas formuladas por el Jurado Evaluador, y luego de la deliberación, se acordó APROBAR con la calificación de Quince (15) la mencionada Tesis; en tal virtud, la **Bachiller en Derecho NANCY ISABEL LUICHO SOTO**, está apta para recibir en ceremonia especial el Diploma que la acredita como **MAESTRO EN CIENCIAS**, de la Unidad de Posgrado de la Facultad de la Derecho y Ciencias Políticas, con Mención en **DERECHO CIVIL Y COMERCIAL**.

Siendo las 18:30 horas del mismo día, se dio por concluido el acto.


.....
Dr. Joel Romero Mendoza
Asesor


.....
Dra. María Isabel Pimentel Tello
Jurado Evaluador


.....
Dr. Glenn Joe Serrano Medina
Jurado Evaluador


.....
M.Cs. Marcia Patricia Rodríguez Urteaga
Jurado Evaluador

A:

Mis padres, quienes a lo largo de su vida, siempre me han apoyado y motivado, tanto en mi formación profesional y personal, por su amor y paciencia, por sus sabios consejos que han hecho de mí, una persona de bien. A mi esposo e hijo que han estado allí, para ayudarme y darme fuerza para conseguir mis metas

Agradecimiento

A Dios, por haberme permitido llegar hasta esta etapa de mi vida, concediéndome bienestar y salud.

A nuestros docentes de la Universidad Nacional de Cajamarca, por haberme permitido adquirir los conocimientos necesarios y la experiencia suficiente para realizar el presente trabajo de investigación.

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

Johann W. Von Goethe.

CONTENIDO

DEDICATORIA	v
AGRADECIMIENTO	vi
EPÍGRAFE.....	vii
TABLA DE CONTENIDO	viii
GLOSARIO	xi
RESUMEN.....	xiii
<i>ABSTRACT</i>	xiv
INTRODUCCIÓN	xv
CAPÍTULO I: ASPECTOS METODOLÓGICOS	1
1.1. EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN.....	1
1.1.1. Planteamiento del problema.....	1
1.1.2. Formulación del problema	3
1.2. JUSTIFICACIÓN.....	3
1.3. OBJETIVOS	4
1.3.1. Objetivo general	4
1.3.2. Objetivos específicos	4
1.4. ÁMBITO DE LA INVESTIGACIÓN.....	4
1.5. TIPO DE INVESTIGACIÓN	5
1.5.1. De acuerdo al fin que se persigue	5
1.5.2. De acuerdo al diseño de investigación	5
1.5.3. De acuerdo a los métodos.....	6
1.6. HIPÓTESIS	7
1.7. VARIABLES.....	7

1.8. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN.....	8
1.8.1. Métodos generales.....	8
1.8.2. Métodos propios del derecho	8
1.9. TÉCNICAS INSTRUMENTOS	9
1.10. UNIDADES DE ANÁLISIS	10
1.11. POBLACIÓN Y MUESTRA	11
1.12. ESTADO DE LA CUESTIÓN	11
CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO.....	12
2.1. La Propiedad Intelectual	12
2.1.1. Concepto.....	12
2.1.2. Alcances	12
2.2. El Derecho de autor.....	14
2.2.1. Concepto.....	14
2.2.2. Historia	15
2.2.3. Protección Jurídica Nacional sobre Derecho de autor	18
2.3. El autor	21
2.4. La obra	22
2.5. La originalidad de la obra.....	24
2.5.1. Concepto.....	24
2.5.2. Teorías sobre originalidad de la obra	27
A) Teoría objetiva	27
B) Teoría subjetiva	30
C) Teoría ecléctica.....	34
2.6. La originalidad de la obra en el Derecho Comparado	38
2.6.1. España	38
2.6.2. Argentina.....	41
2.6.3. Francia	41
2.6.4. Estados Unidos	42
2.7. La originalidad de la obra en el Perú.....	43

CAPÍTULO III: CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS.....	52
3.1. Forma de contrastación de hipótesis	52
3.1.1. Precisiones sobre la forma de contrastación de hipótesis	52
3.1.2. Procedimiento de contrastación de hipótesis.....	53
3.2. La ineficiencia del criterio subjetivo.....	54
3.3. La inexistencia de un criterio legal único.....	65
3.4. La inseguridad jurídica por aplicación de criterios disímiles	80
CAPÍTULO VI: FORMULACIÓN DE PROPUESTA.....	87
4.1. Propuesta legislativa.....	87
4.1.1. Fundamentos	87
4.1.2. Fuentes	90
CONCLUSIONES	93
RECOMENDACIONES	95
LISTA DE REFERENCIAS.....	96
ANEXOS.....	98
Anexo 1: Resolución 286-1998, Exp. 663-96/INDECOPI	99
Anexo 2: Casación1686-2011-Lima	112

Glosario

Autor: Persona física que crea una obra, ya sea, artística, intelectual, o científica.

Derecho de autor: Es aquella protección jurídica otorgado a quien crea una obra artística o literaria, como consecuencia del ingenio, la inventiva o intelecto, que nace por el simple hecho de crear la obra y no por el reconocimiento de una autoridad administrativa, a través del registro de dicha creación.

Eficacia: Conseguir el objetivo propuesto o que se propone.

Eficiencia: Lograr el objetivo propuesto utilizando los recursos menos posibles, en la investigación, se le otorga el significado de lograr la protección de la obra sin generar muchos costos.

Propiedad Intelectual: Propiedad especial, no ordinaria que recae sobre cosas inmateriales o incorporales, producto del intelecto, imaginación, genialidad o talento de las personas.

Obra: Es aquella creación producida por el hombre, en cualquier ámbito del conocimiento, las ciencias, las letras, las artes, no importa la forma en que pueda ser reproducida. Creación que, para gozar de protección legal, debe ser original.

Originalidad como novedad absoluta: Una obra goza de novedad absoluta cuando no es idéntica a una anterior.

Originalidad como novedad relativa: Una obra posee novedad relativa cuando el autor reorganiza elementos preexistentes de una obra conocida.

Originalidad como personalidad del autor: Se refiere a aquella obra que posee la individualidad de su creador o autor, su sello propio su fuero interno.

Teoría ecléctica de la originalidad de una obra: Una obra resulta ser original cuando posee novedad y a la vez, lleva el sello personal de su autor.

Resumen

Proteger jurídicamente una obra, de cualquier índole, requiere, según la normativa (Decisión 351, Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, Decreto Legislativo No. 822, ley sobre el Derecho de Autor) que regula el Derecho de Autor, que la misma sea original. Y es precisamente que dicho concepto jurídico, debido a que la norma no ha regulado expresamente su conceptualización jurídica, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia nacional ha sido tratado desde tres vertientes, es decir, mientras que para unos, una obra es original, cuando es nueva, para otros, cuando lleva el sello personal del autor o cuando es nueva y a la vez expresa la personalidad del autor, generando inseguridad jurídica, pues cuando algún autor pretenda registrar su obra, al no existir un concepto único de originalidad, su obra puede o no ser registrada. Frente a ello, se ha propuesto establecer en la normativa sobre Derecho de Autor, la teoría ecléctica, a fin de determinar la originalidad de la obra a efectos de su protección jurídica por el Derecho de autor, porque la teoría de la personalidad del autor, implicaría entrañar el ámbito subjetivo del creador para valorar si su obra corresponde a su personalidad, y por ende, todas las obras al poseer un poco de la personalidad del autor resultarían protegidas, resultando ello ineficiente, generando inseguridad jurídica.

Palabras clave:

Obra original, teoría de la personalidad del autor, teoría objetiva y teoría ecléctica.

Abstract

Legally protecting a work, of any kind, requires, according to the regulations (Decision 351, Common Regime on Copyright and Related Rights, Legislative Decree No. 822, Law on Copyright) that regulates Copyright, that the itself is original. And it is precisely that said legal concept, because the norm has not expressly regulated its legal conceptualization, both in doctrine and in jurisprudence Legally protecting a work, of any kind, requires, according to the regulations (Decision 351, Common Regime on Copyright and Related Rights, Legislative Decree No. 822, Law on Copyright) that regulates Copyright, that it is original. And it is precisely that said legal concept, because the norm has not expressly regulated its legal conceptualization, both in doctrine and in national jurisprudence it has been treated from three aspects, that is, while for some, a work is original, when it is new, for others, when it bears the personal stamp of the author or when it is new and at the same time expresses the personality of the author, generating legal uncertainty, because when an author tries to register his work, as there is no single concept of originality, his work may or may not be registered. Faced with this, it has been proposed to establish in the regulations on Copyright, the eclectic theory, in order to determine the originality of the work for the purposes of its legal protection by copyright, because the theory of the personality of the author, It would imply involving the subjective scope of the creator to assess whether his work corresponds to his personality, and therefore, all works, by possessing a bit of the author's personality, would be protected, resulting in ineffectiveness, thus generating legal uncertainty. It has been treated from three aspects, that is, while for some, a work is original, when it is new, for others, when it bears the personal stamp of the author or when it is new and at the same time expresses the personality of the author, generating legal uncertainty, because when an author intends to register his work, since there is no single concept of originality, his work may or may not be registered. Faced with this, it has been proposed to establish in the regulations.

Keywords:

Original work, author's personality theory, objective theory and theory

Introducción

El presente trabajo de investigación, tiene como objetivo, determinar las razones jurídicas para establecer la teoría ecléctica como criterio que determine la característica de originalidad de una obra de cualquier índole a fin de que sea protegida por el Derecho de autor en nuestra legislación.

La legislación sobre Derecho de autor, ha regulado expresamente que una obra, es una creación intelectual y original, que puede ser divulgada y reproducida en cualquier forma, sin embargo, no ha establecido el criterio a tener en cuenta cuando se alude a obra original, dejando dicha interpretación jurídica a la discrecionalidad de cada intérprete del derecho. Y ello precisamente ha ocurrido, pues, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, se ha concebido distintas formas de interpretar la originalidad de una obra, reduciéndose a tres criterios. algunos señalan que una obra es original cuando lleva la personalidad de su autor, su sello personal; otros indican que una obra original es aquella que lleva característica de novedad; mientras unos últimos argumentan que una obra es original cuando refleja la individualidad de su creador y a la vez, tiene características de novedad. Todo ello genera no solo incertidumbre, sino inseguridad jurídica, pues cualquier autor o creador que tenga la necesidad de proteger su obra, no tendrá la certeza de que su obra será protegida, pues dicha protección dependerá del criterio que adopte el intérprete del derecho en el momento de la inscripción.

Por ello, es que en el presente trabajo se busca brindar un alcance para que nuestros legisladores se percaten de ello, y establezcan un criterio que determine

la originalidad de una obra, que dicho criterio precisamente sea de la teoría ecléctica, que une el criterio de la personalidad del autor y, de la novedad, protegiendo las obras de la manera más justa posible, pues adoptar de manera independiente cualquiera de los dos criterios nos llevaría a resultados equívocos porque nos resultaría muy difícil desentrañar la personalidad del autor y por otro lado, considerar que una obra original es aquella novedosa, implicaría no reconocer que toda creación proviene de un creador o de un autor.

En el capítulo I, se comprende las cuestiones metodológicas del presente trabajo de investigación, que incluye el problema de investigación, formulación del problema, justificación, objetivos, tipo de investigación, hipótesis, métodos de investigación, técnicas e instrumentos.

En el capítulo II, se abordan las cuestiones teóricas que sustentan el planteamiento del presente problema de investigación. Comprende tres subcapítulos, en el primero, se definen concepciones sobre propiedad intelectual, derecho de autor y la protección jurídica del derecho de autor en nuestra legislación; en el segundo, se abarca la originalidad de la obra, su conceptualización, las tres teorías que han sido establecidas a nivel doctrinal y jurisprudencial, sobre originalidad de la obra, esto es, la teoría objetiva (originalidad como novedad), la teoría subjetiva (originalidad como personalidad del autor) y la teoría ecléctica; finalmente, en el tercero, se trata la originalidad de la obra en el derecho comparado de España, Argentina, Francia y Estados Unidos, asimismo, de manera minuciosa se analiza el tratamiento legislativo y jurisprudencial de la originalidad de la obra en nuestro país, revisando la Ley

sobre Derecho de Autor, Decreto Legislativo 822, y resoluciones emitidas por el Tribunal de INDECOPI.

En el capítulo III, se contrasta la hipótesis, para ello, se analiza las tres razones que permiten establecer la teoría ecléctica como criterio que determine la originalidad de la obra en nuestra legislación. En cuanto a la ineficiencia del criterio subjetivo de la originalidad de la obra, se analiza las resoluciones emitidas por el Tribunal del Indecopi, se deslinda las concepciones de eficiencia y eficacia, y se proyecta un análisis del por qué la teoría subjetiva resultaría ineficiente para establecer la originalidad de una obra. inexistencia de un criterio legal único sobre la originalidad de la obra; por otro lado, en lo referido a la inexistencia de un criterio legal único sobre la originalidad de la obra, se analiza tanto la legislación, doctrina y jurisprudencia nacional a fin de vislumbrar que en nuestro sistema existen tres criterios que caracterizan la originalidad de una obra. Por último, en lo que atañe a la inseguridad jurídica por aplicación de criterios disímiles sobre la originalidad de la obra, teniendo como base la doctrina y jurisprudencia nacional, se analiza la aplicación fáctica de los criterios sobre originalidad de la obra y los efectos que ha desencadenado su aplicación.

Para finalizar, en el Capítulo IV, se propone una iniciativa legislativa, basada en la teoría ecléctica de la originalidad de la obra, de tal manera, una obra será original cuando refleje la personalidad expresa de su autor y a la vez, se base en la cultura preexistente, logrando así, una adecuada aplicación de la norma y una solución más justa a la diferente realidad práctica.

CAPÍTULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1. EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1.1. Planteamiento del problema

La protección de una obra de cualquier índole, por nuestro Derecho de Autor, requiere que la obra sea original, presupuesto que ha sido regulado por la Decisión 351, Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, en su artículo 3, donde señala que “la obra, es toda creación intelectual, original de naturaleza artística, científica o literaria, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma”. A su vez, ello ha sido regulado en el Decreto Legislativo 822, ley sobre el Derecho de Autor, donde se establece que, “la obra, es toda creación intelectual personal y original, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma, conocida o por conocerse”; mientras que en el artículo 5, prescribe que, “están comprendidas entre las obras protegidas, las siguientes: (...) n. en general, toda otra producción del intelecto en el dominio literario o artístico, que tenga características de originalidad y sea susceptible de ser divulgada o reproducida por cualquier medio o procedimiento conocido o por conocerse”.

Ello también ha sido establecido por nuestra jurisprudencia, de ello se tiene, la Resolución 598-1998-TPI/INDECOPI, expediente 663-96-ODA-AI, donde el Tribunal del INDECOPI, considera:

“La originalidad de la obra, reside en la expresión creativa e individualizada de la obra, por mínimas que sean, esa creación y esa individualidad”; y también la Casación 1686-2011, Lima, emitida por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, donde, ha establecido que, “el requisito de originalidad, desde un ámbito subjetivo, se refiere a la personalidad del autor y desde un ámbito objetivo, implica únicamente la ausencia de copia de una obra anterior, y que no implica necesariamente la novedad de la creación, sino que exige necesariamente la existencia de un rasgo de individualidad en la obra obtenida por el autor (...)”

En la *praxis* jurídica, en el supuesto que una persona indistinta, desee proteger su obra, ésta debe poseer la característica de original, tal como, lo ha establecido, tanto la Decisión 351, Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, y el Decreto Legislativo 822, Ley sobre Derecho de Autor. Sin embargo, dichos cuerpos normativos, no han establecido, el concepto y/o definición de obra original, generándose inseguridad y/o incertidumbre jurídica respecto a tal concepto, dentro del régimen sobre Derecho de Autor, ya que de ello, depende la protección jurídica de una obra, y sobre todo, permitir conocer los límites y los ítems que permitan diferenciar una obra original, más aún cuando a nivel jurisprudencial, tanto el INDECOPI como nuestra judicatura, ha establecido criterios disímiles que determinen la originalidad de una obra. En ese sentido, sería importante fijar a nivel legislativo un criterio único que determine la originalidad de una obra, basado específicamente en aspectos

objetivos y no subjetivos, que generan incertidumbre e inseguridad jurídica, por ende, generen una decisión insuficientemente motivada.

1.1.2. Formulación del problema

¿Cuáles son las razones jurídicas para establecer la teoría ecléctica, como criterio determinante de la originalidad de la obra para su protección jurídica por el Derecho de Autor en la legislación peruana?

1.2. JUSTIFICACIÓN

La presente investigación, desde un ámbito doctrinario, resulta ser de suma importancia, pues si bien existe noción del término “obra original”, habiéndose tratado tanto desde un ámbito subjetivo como objetivo, no se ha considerado exhaustivamente la teoría que pueda unir ambos criterios, lo cual ayude salvar las falencias que se observa en el Derecho de Autor, siendo directriz en la interpretación realizada por nuestros operadores jurídicos en el caso concreto, cuando se tenga que analizar la vulneración de Derechos de autor en una obra.

Legislativamente, se pretende cubrir el vacío normativo, existente en el Decreto Legislativo 822, Ley de Derecho de Autor, al proponerse una modificación al numeral referido al término “obra original”, en base a un criterio que unifique el criterio subjetivo y objetivo de originalidad de la obra, es decir, en base a la teoría ecléctica de originalidad de la obra.

Jurisprudencialmente, al cubrirse el vacío normativo respecto a la originalidad de la obra, nuestros operadores del Derecho, aplicarán de manera más factible la norma al caso en concreto, salvaguardando en todo momento la protección jurídica de una obra, generando convicción en los autores, con la emisión de sus resoluciones, teniendo siempre como base la legislación y la doctrina imperante.

1.3. OBJETIVOS

1.3.1. Objetivo general

Determinar las razones jurídicas para establecer la teoría ecléctica, como criterio determinante de la originalidad de la obra, para la protección jurídica por el Derecho de Autor en la legislación peruana.

1.3.2. Objetivos específicos

- a.** Analizar el criterio subjetivo de la personalidad del autor como criterio para determinar la originalidad de una obra en la doctrina y jurisprudencia nacional.
- b.** Examinar cómo se aplican los criterios jurídicos de determinación de la originalidad de la obra, revisando la jurisprudencia nacional y el Derecho Comparado.
- c.** Analizar el criterio de la teoría ecléctica, para la determinación de la originalidad de la obra, en la doctrina y jurisprudencia nacional.
- d.** Proponer la modificación del artículo 2 inciso 17 del Decreto Legislativo 822, Ley sobre Derecho de Autor, respecto a

utilizar el criterio ecléctico para entender lo que significa obra original.

1.4. ÁMBITO DE INVESTIGACIÓN: Delimitación del problema

La presente investigación abarca la legislación y jurisprudencia nacional vigente sobre Derecho de Autor.

1.5. TIPO DE INVESTIGACIÓN

1.5.1. De acuerdo al fin que se persigue

A. Básica

Pues, se revisó teorías sobre el concepto de obra, originalidad de una obra, y se obtuvo información sobre las características que debe tener una obra a efectos de ser protegida por el Derecho de Autor, asimismo se revisó sobre los criterios que ha establecido nuestra jurisprudencia nacional sobre la originalidad de una obra, sus ventajas y desventajas en su aplicación práctica, estableciendo la teoría ecléctica de la originalidad de la obra, como criterio determinante con parámetros delimitados.

1.5.2. De acuerdo al diseño de investigación

A. Correlacional

Debido a que, se estudió la institución jurídica de obra, su naturaleza jurídica, sus características, su desarrollo histórico, así como también se estudió el término de originalidad, su naturaleza jurídica, desarrollo normativo y doctrinal, asimismo se

analizó la teoría ecléctica sobre la originalidad de la obra, la relación de dichas instituciones jurídicas y poder establecer dicha teoría como criterio único que permita determinar de manera indubitable la originalidad de una obra.

B. Propositiva

Puesto que, con el presente trabajo, lo que se busca es la creación de una norma legal que determine y delimite de manera única y objetiva, la originalidad de una obra, proponiendo la teoría ecléctica, es decir luego de evaluada sus pros y contras, la incorporación en el régimen sobre Derecho de Autor, como ya existe en nuestro Derecho de marcas y patentes.

1.5.3. De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan

A. Cualitativa

Porque, se analizó los textos de la legislación, pero sobre todo nuestra jurisprudencia nacional para argumentar sobre las razones jurídicas que harían factible establecer la teoría ecléctica de originalidad de la obra con parámetros delimitados, a efectos de su protección jurídica; de la misma manera se revisará y estudiará la doctrina existente respecto al tema en cuestión.

1.6. HIPÓTESIS

Las razones jurídicas para establecer la teoría ecléctica, como criterio determinante de la originalidad de la obra, para la protección jurídica por el Derecho de Autor en la legislación peruana, son:

- a. La ineficiencia del criterio subjetivo de la personalidad del autor como criterio que determina la originalidad de una obra.
- b. La inexistencia de un criterio único que, determine la originalidad de una obra.
- c. La inseguridad jurídica que genera en la *praxis*, la aplicación de criterios disímiles sobre la originalidad de una obra, a efectos de su protección jurídica.

1.7. VARIABLES

No resulta aplicable en la presente investigación, por ser de tipo cualitativa.

1.8. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN

1.8.1. Métodos generales

A) Inductivo-Deductivo

Porque partiendo de las diferentes teorías sobre la originalidad de la obra, se pretendió establecer la teoría ecléctica, como criterio único que delimite cierto concepto, más ello no inhibe que se analice desde el dispositivo legal la característica de originalidad de la obra.

B) Análisis-Síntesis

Porque se estudió detalladamente la figura jurídica de obra, su concepto, características, peculiaridades, los criterios que determinan la originalidad de una obra, tanto en la jurisprudencia nacional y en la doctrina, asimismo se revisó y estudió el Derecho comparado, para establecer el criterio de la teoría ecléctica.

1.8.2. Propios del Derecho

A) Método dogmático

Porque, se trabajó con los dogmas relativos al Derecho de Autor, específicamente al concepto de obra, recurriendo a la jurisprudencia nacional y a la doctrina, asimismo se revisó el Derecho Comparado, para determinar dichos dogmas, respecto a las características de originalidad de una obra.

B) Método funcional

Se indagó por la naturaleza jurídica de obra, originalidad de obra, asimismo, los conceptos de Derecho de Autor y Propiedad intelectual, a fin, de poder entender el funcionamiento de dichas instituciones, en la realidad fáctica y jurídica.

C) Método sociológico

Pues, a través del análisis de los diversos casos que se han presentado en la realidad, se conoció los criterios jurídicos que determinan la originalidad de una obra, y en base a razones suficientes se proponga como criterio único, la teoría ecléctica.

D) Método de la argumentación jurídica

En el desarrollo del presente trabajo, se buscó indicar y fundamentar las razones jurídicas favorables que permitan adoptar como criterio único, la teoría ecléctica de originalidad de la obra.

1.9. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS

1.9.1. Técnicas

En el presente trabajo de investigación, se utilizó el Análisis Documental, pues se seleccionará material documental proveniente de fuentes históricas como las primeras leyes sobre el Derecho de autor, específicamente sobre la obra, en la legislación peruana, asimismo, se recopiló diversa jurisprudencia, respecto a la originalidad de la obra en nuestro sistema peruano. De la misma manera, se seleccionó bibliografía pertinente sobre derecho de autor.

1.9.2. Instrumentos

Para el presente análisis documental se ha utilizado el fichaje, en sus siguientes modalidades:

A. Fichas bibliográficas

Se anotaron los datos identificatorios de los libros recopilados, respecto a la institución jurídica de Derecho de autor, obra, originalidad de la obra, etc., asimismo se anotó los datos de la diferente jurisprudencia que haya tratado sobre la originalidad de la obra.

B. Fichas hemerográficas

Puesto que, se revisó información en los sitios web, identificando posibles revistas, que traten sobre derecho de autor, en el derecho nacional y comparado.

C. Fichas de transcripción

Pues se ha transcrito aquello que es de utilidad, ya sea de nuestra jurisprudencia y legislación nacional y/o de la doctrina, respecto al derecho de autor.

D. Fichas de anotación

Se ha realizado un resumen de la diferente bibliografía respecto a derecho de autor. Asimismo, se hizo un resumen de las distintas sentencias relacionadas al derecho de autor que han podido ubicarse.

1.10. UNIDADES DE ANÁLISIS O UNIDADES DE OBSERVACIÓN

En la presente investigación, por el tipo de investigación, no resulta aplicable.

1.11. POBLACIÓN Y MUESTRA

No resulta de aplicación, debido al tipo de investigación.

1.12. ESTADO DE LA CUESTIÓN

No se ha encontrado ningún antecedente directo de la investigación que se pretende desarrollar, así en la Escuela Académico Profesional de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y en la Escuela de Postgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca hasta la fecha no existe trabajo alguno sobre el tema que es motivo de la presente investigación. Asimismo, en las diferentes universidades de la ciudad de Cajamarca como son; Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo, Universidad Privada San Pedro, ni en la Universidad Privada del Norte existe trabajo similar a la presente investigación. Asimismo, se ha realizado una búsqueda en la página web del Registro Nacional de Trabajos de Investigación (RENATI) de la Superintendencia Nacional de Educación Superior Universitaria (SUNEDU) con la finalidad de encontrar investigaciones con temas afines o similares a la presente investigación, sin embargo, no se ha encontrado investigación alguna.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. La propiedad intelectual

2.1.1. Concepto

La propiedad intelectual, según Canaval Palacios (2008), “es aquella que recae sobre cosas inmateriales o incorpóreas, tales como las ideas o pensamiento, producto del intelecto, imaginación, genialidad o talento de las personas. Es una propiedad distinta o especial, que no regula cosas corporales o materiales (...)” (p. 29).

En ese sentido, siendo la propiedad intelectual una propiedad especial, no ordinaria o común, se hace necesario distinguir dos tipos de propietarios, un propietario de la cosa intelectual y otro, de la cosa material.

Se debe diferenciar entre ser propietario de lo que se genera con la capacidad intelectual y ser dueño de una cosa material o corporal, pues la idea materializada en el libro es propiedad de quien lo creó, mientras que, el libro, como cosa corporal en la que se desarrolló la idea, es susceptible de ser comercializada en la propiedad común, por ser una cosa corporal, en tal sentido, la idea que dio origen a la creación solo puede ser comercializada o reproducida por el autor o la persona que lo autorice. (Canaval Palacios, 2008, p. 30)

2.1.2. Alcances

Según Sumarriva Gonzales (2005), citando a Delia Lipsyc, “Bajo esa rúbrica común, se hace referencia a un amplio espectro de derecho de distinta naturaleza, pues, mientras algunos se originan en un acto de creación intelectual, otros (...), se otorgan con la finalidad de regular la competencia entre productores” (p. 19).

La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, divide a la propiedad intelectual en dos categorías, como son: la propiedad industrial, que incluye las patentes de invenciones, las marcas, los diseños industriales y las indicaciones geográficas; y el derecho de autor, que incluye obras literarias como las novelas, los poemas y las obras de teatro, películas, obras musicales, obras artísticas, tales como los dibujos, las pinturas, las fotografías, las esculturas y diseños arquitectónicos; asimismo de la misma manera, los derechos conexos al derecho de autor incluyen los derechos de los artistas intérpretes y ejecutantes sobre sus interpretaciones o ejecuciones, los de los productores de fonogramas y los de organismos de radiodifusión, respecto de sus programas de radio y televisión.

Sin embargo, la diferencia entre ambas propiedades, estriba en que la primera, comprende creaciones de aprovechamiento, es decir con una finalidad lucrativa en el comercio o de aplicación en la industria agrícola, pecuaria, artesanal, química, electrónica, etc.; en el derecho de autor, si bien éste, crea para obtener un provecho económico con su obra, más la finalidad es la satisfacción íntima de quien crea. A su vez, en la propiedad industrial, las creaciones deben contener el requisito de novedad para la ciencia o la tecnología, más en el derecho de autor se denomina, originalidad de la obra, la cual debe poseer a efectos de su protección jurídica por el Estado.

2.2. El derecho de autor

2.2.1. Concepto

En lo que concierne al derecho de autor, se necesita acudir a sus más ilustres representantes, por ejemplo, hay quienes señalan lo siguiente:

El derecho de autor, es la rama del Derecho que regula los derechos subjetivos del autor sobre las creaciones que presentan individualidad resultante de su actividad intelectual, que son enunciadas como obras literarias, musicales, teatrales, artísticas, científicas y audiovisuales. Reconoce en el autor, facultades exclusivas oponibles erga omnes, las cuales son, de carácter personal, extrapatrimonial y de duración ilimitada, concernientes a la tutela de la personalidad del autor en relación con su obra, destinadas a garantizar intereses intelectuales, que conforman el derecho moral; y de carácter patrimonial, de duración limitada, que concierne a la explotación de la obra, posibilitando al autor la obtención de un beneficio económico y constituyen el llamado derecho patrimonial. (Lipszyc, 1993, p. 11-12)

Borda (1984), concluye: “el Derecho de Autor, es un derecho sui géneris, una tercera categoría de los derechos patrimoniales, que puede definirse como un derecho a la explotación económica temporaria de la obra o idea intelectual, distinta a la propiedad como tal” (p. 29-30).

Caballero Leal (2004), afirma: “el derecho de autor puede definirse como el poder jurídico que corresponde al creador intelectual para ejercer derechos de naturaleza moral y patrimonial respecto de sus obras, independientemente del género a las que pertenezcan” (p. 1).

Teniendo como punto de partida, las concepciones anteriormente señaladas sobre el derecho de autor, se podría establecer que, el

derecho de autor, es aquella protección jurídica otorgado a quien crea una obra artística -pintura- o literaria -poema-, como consecuencia del ingenio, la inventiva o intelecto, un derecho que nace por el simple hecho de crear la obra y no por el reconocimiento de una autoridad administrativa (INDECOPI), a través del registro de dicha creación. Dicho derecho de autor, contiene un derecho moral que reconoce ser autor de la obra o creación frente a los demás, y un derecho patrimonial, por medio del cual, el autor puede, por sí mismo o persona autorizada, sacar provecho económico a su creación, mediante la publicación, reproducción o divulgación. En conclusión, una propiedad sui géneris o única en su especie, que se diferencia de la propiedad ordinaria o común, regulada por nuestro derecho civil o común.

2.2.2. Historia

En cuanto a la evolución del Derecho de autor, se puede hablar de sus manifestaciones en el mundo antiguo:

Los autores romanos tenían conciencia del hecho de que la publicación y la explotación de la obra pone en juego intereses espirituales y morales. El autor, era quien tenía la facultad para decidir la divulgación de su obra y los plagiaros eran mal vistos por la opinión pública. (...) Este derecho existía *in abstracto*, se manifestaba en las relaciones de los autores con los bibliópolas – vendedor de libros- y los organizadores de los juegos, más las necesidades sociales de la época no habían impuesto que entrara a formar parte de la esfera del derecho. (Lipszyc,1993, p. 28-29)

Los libros eran copiados en forma manuscrita, lenta y trabajosamente, rigiéndose la creación intelectual por el derecho de propiedad común, de tal manera que una obra literaria se enajenaba como cualquier bien

material. Es con la imprenta (siglo XV) que se produce y reproduce los libros en grandes cantidades y a bajos costos, de tal manera que, la posibilidad de utilizar la obra se independiza de la persona de su autor, siendo imperiosa la necesidad de regular el derecho de reproducción de la obra, dando origen a los denominados privilegios, derecho exclusivo por un plazo limitado, para imprimir copias de las obras y venderlas, así como para perseguir a los infractores mediante medidas coactivas y obtener la reparación de los daños ocasionados. Posteriormente, con su derogación, nace el derecho de autor y la moderna legislación sobre la materia, la cual comenzó en Inglaterra, por la influencia de la teoría y filosofía de Jhon Locke, tal es así que, desde fines del siglo XVII, apareció un movimiento que avalaba la libertad de imprenta y a los derechos de los autores (Lipszyc, 1993).

En 1710, se convirtió en Ley, el proyecto del Estatuto de la Reina Ana, que reemplazó el derecho perpetuo al *copyright* [instituido por un Privilegio Real de 1557 en favor de la *Stationers Company*, quien se había asegurado el monopolio de la publicación de libros en el país], y reconoció el derecho exclusivo de los autores a imprimir o disponer de copias de cualquier libro [*copyright*]-. El reconocimiento del derecho individual del autor a la protección de la obra se afianzó a fines del siglo XVIII, a través de la legislación dictada en Estados Unidos de América y Francia. En Estados Unidos, se dictó en 1790 la primera ley federal sobre *copyright*, este sistema siguió el modelo inglés. La *Federal Copyright Act* estableció en todo el país un sistema

uniforme de protección legal de las obras publicadas, dejando intacto los sistemas estatales; mientras que, en Francia, en los años 1791 y 1793, se sancionaron los decretos 13-19 y 19-24 que reconocieron el derecho de los autores a la representación y reproducción de sus obras como un derecho de propiedad. El *copyright* angloamericano, de orientación comercial, nacido en el Estatuto de la Reina Ana, y el *droit d'auteur*, de orientación individualista, nacido en los decretos de la Revolución Francesa, constituyeron el origen de la moderna legislación sobre derecho de autor en los países de tradición jurídica basada en el *common law* y de tradición jurídica continental europea o latina. Sin embargo, la protección del derecho dentro de los límites del propio Estado no alcanzaba para asegurar su vigencia. El don de ubicuidad que caracteriza a las obras del espíritu y la internacionalización de los mercados del libro y de la música hicieron que el derecho de autor se reconociera en todos los lugares donde la obra se utilice, generándose la protección internacional, mediante tratados bilaterales de reciprocidad, incorporación en las leyes nacionales de normas de protección de las obras extranjeras y las grandes convenciones multilaterales, el Convenio de Berna de 1886 y la Convención Universal de 1952. Con posterioridad a las normas del siglo XVIII, muchos países incluyeron en sus Constituciones Nacionales, los derechos de autor entre los derechos fundamentales del individuo, tanto así que, en el siglo XX, el derecho de autor es reconocido como derecho humano, tanto en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos

Económicos, Sociales y Culturales, y en las Constituciones Nacionales (Lipszyc, 1993).

En tal sentido, se puede desprender que, la evolución de nuestra legislación sobre Derecho de autor, ha sido en función de la evolución de la sociedad, ha dependido de los cambios culturales, avance tecnológico y científico, pues las normas surgidas en una época no servían para proteger las expresiones creativas que se estaban dando, haciendo necesario regular las nuevas formas de creación, pero a su vez que exista una entidad especializada que se encargue de ello, generando la creación del INDECOPI; y ello es así, pues los seres humanos somos tan complejos, y creativos, de tal manera que muchas de la obras que resultan protegidas hoy, con la legislación de Derechos de autor, quizás en un futuro dejen de serlo. O incluso, con el avance mayor de la ciencia y tecnología, surgirán otro tipo de obras, que merezcan protección, y la actual legislación no dé cabida a ello.

2.2.3. Protección Jurídica Nacional sobre Derecho de Autor

La protección jurídica del derecho de autor, ha sido reconocida nacionalmente, por varios textos normativos nacionales, como, por ejemplo, nuestra Constitución Política, el Código Civil, el Código Penal, el Decreto Legislativo 822.

Nuestra Constitución Política, en su artículo 2 inciso 8, reconoce como derecho fundamental de toda persona, la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica, así como a la propiedad sobre dichas creaciones y a su producto, lo que genera los denominados derechos morales y patrimoniales del autor.

El Código Civil de 1984, en el libro de personas, en el artículo 18 [solo por señalar algunos de ellos, pues a lo largo de nuestra normatividad civil existen más dispositivos legales que regulan aspectos sobre el derecho de autor, como el artículo 302, 886 inciso 6 y otros] prescribe que, los derechos de autor o del inventor, cualquiera que sea la forma o modo de expresión de su obra, gozan de protección jurídica de conformidad con la ley de la materia. Cabe señalar que, quizás éste es uno de los dispositivos legales más importantes, pues reconoce el derecho de autor como un derecho personalísimo.

Nuestro Código Penal de 1991, incluye los delitos contra los derechos intelectuales, cuyo titular de la acción penal es el autor, de tal manera que, se reprime a quien copia, reproduce, exhibe o difunde al público, en todo o en parte, por impresión, videogramas, fijación u otro medio, una obra o producción literaria, artística, científica o técnica, sin la autorización escrita del autor, productor o titular de los derechos correspondientes, constituyendo agravante si se suprime o se sustituye el nombre del autor de una obra.

Ahora, respecto a la legislación en sí, sobre el derecho de autor, debemos considerar lo siguiente:

En cuanto a la legislación específica sobre la materia, nuestro país fue el segundo en contar con esta normatividad en América Latina. En 1849, en el primer gobierno de Castilla, se promulgó la primera ley de propiedad intelectual, complementada en 1922, 1946 y 1954 con disposiciones adicionales y aleatorias. En 1961, la Ley 13714 sobre Derechos de Autor, fue una de las más modernas de América Latina. (Sumarriva Gonzales, 2005, p. 114)

En el Perú, antes de la promulgación del Decreto Legislativo 822, norma que rige desde el 25 de abril de 1996, la Ley 13714 era la que regulaba los aspectos normativos para la protección de los Derechos de Autor, concordada con la Ley supranacional, Decisión Andina 351, Decisión Común sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos, es decir, en base a ellas, los creadores intelectuales interponían acciones relativas al tema de la materia, sin embargo, la protección era escasa. Existían dispositivos que fueron bien elaborados, más no eran apropiados para la situación que se presentaba a mediados del siglo XX (Sumarriva Gonzales, 2005).

Con posterioridad, el avance de la ciencia y la tecnología, las nuevas corrientes de la economía y el derecho, así como la realidad social contemporánea hizo necesario contar con una nueva legislación, más aún, por la adherencia al Convenio de Berna en 1988; la entrada en vigencia de la Decisión 351, como parte del acuerdo de Cartagena; las nuevas tecnologías desarrolladas en las diversas áreas vinculadas o la protección de los bienes del intelecto [cine, radio, fonogramas, y otro]; las implicancias sociales y culturales que estimulan la creación

intelectual en el mundo actual, vinculados con la protección y el desarrollo cultural globalizado; la importancia de la economía y el marketing que tienen las autoridades industriales y comerciales vinculadas a la difusión de las obras y demás productos protegidos; y la creación del INDECOPI, todo ello, hizo necesario la aprobación del Decreto Legislativo 822 del 23 de abril de 1996 (Sumarriva Gonzales, 2005).

2.3.El autor

Para brindar un concepto de autor, necesitamos tener en cuenta lo siguiente:

Autor, es el individuo que ha creado una obra literaria o artística. El carácter de autor solo puede atribuirse a una persona física, dado que es la única capaz de expresar emociones, de plasmarlas en diversas formas, lenguajes y soportes materiales, y de divulgarlas a terceros, mediante muy variadas formas o mecanismos. (Caballero, 2004, p. 1)

Se concuerda con esta acepción de autor brindada, porque autor no podría ser otra que una persona física, libre de expresar sus sentimientos, pensamientos y emociones, de las más diversas formas posibles.

En la concepción jurídica latina, se reconoce la calidad de autor y, la de titular originario del derecho, a la persona física que crea la obra, y solo por excepción se admite que la titularidad originaria nazca en cabeza de otras personas, (...) mientras que, en los países del sistema angloamericano, cuando se trata de autores que crean obras en virtud de una relación contractual laboral, por encargo o para producciones cinematográficas, se considera al empleador, comitente o productor como titular originario del derecho de autor por atribución de titularidad originaria establecida en la ley, por cesión de pleno derecho o por una presunción legal de cesión. (Lipszyc, 1993, p, 42-44)

Muy aparte de lo que considere como autor, el sistema angloamericano, en nuestro sistema, el autor será aquella persona física que crea una obra, ya

sea, artística, intelectual, o científica, y que se expresará de distintas formas, lo cual merece protección por el Derecho de Autor.

2.4. La obra

Según Sumarriva Gonzales (2005), “la obra es una creación intelectual, original, susceptible de ser reproducida o divulgada por medios conocidos o por conocerse, por ejemplo, reproducciones fotográficas, programas informáticos, etc”. (p. 45)

Las múltiples concepciones de obra, se ubican tanto en la legislación internacional como nacional. A nivel internacional, se tiene, la Decisión 351, sobre Derechos de autor y derechos conexos, que establece, la obra es toda creación, intelectual, original, de naturaleza científica, artística o literaria, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma.

En nuestra legislación, el Decreto Legislativo 822, en su artículo 3, señala que, la protección del derecho de autor, recae sobre todas las obras del ingenio, en el ámbito literario o artístico, cualquiera sea su género, forma de expresión, mérito o finalidad (...). Y en su artículo 2, define a la obra, como toda creación intelectual, personal y original, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma, conocida o por conocerse.

En ese orden de ideas, la obra, puede ser entendida como aquella creación producida por el hombre –único y capaz de poder crear- en cualquier ámbito del conocimiento, las ciencias, las letras, las artes, no importa la forma en

que pueda ser reproducida. Sin embargo, para que una creación califique como obra, bajo el régimen de Derecho de Autor, y consecuentemente goce de protección legal, debe ser una creación original.

Existen criterios aplicables al derecho de autor que lo distingue del derecho de propiedad intelectual:

La protección de las obras está sujeta a los siguientes criterios: a) el derecho de autor protege las creaciones formales y no las ideas, es decir, protege la forma representativa, la exteriorización de su desarrollo en obras concretas aptas para ser reproducidas, representadas, ejecutadas, exhibidas, radiodifundidas, etc., según su género y a regular su utilización; b) la originalidad o individualidad, como condición necesaria para la protección de una obra; c) la protección de una obra no depende del valor o mérito de la obra, de su destino o de su forma de expresión; y d) la protección no está sujeta al cumplimiento de formalidades, pues es la sola creación, el título originario del derecho de autor, en tal sentido, a diferencia de lo que ocurre con el derecho de propiedad industrial, el derecho de autor nace del acto de creación y no del reconocimiento de la autoridad administrativa. (Lipszyc, 1993, p. 61-68)

Resulta muy importante lo señalado por esta autora, pues cuando se habla de obras se trata, se debe entender aquella exteriorización de creatividad, emanada de una persona física, no sujeta al cumplimiento de formalidades, y que tenga las características de originalidad, a efectos de su protección jurídica. Creación que nace con el hecho mismo de la creación, no necesitando título alguno para su protección jurídica por el Derecho de Autor.

2.5. La originalidad de la obra

2.5.1. Concepto

Para Baylos Corroza (1993):

La originalidad significa que, pertenezca efectivamente al autor, que sea obra suya y no copia de la obra de otro. La originalidad es a la obra intelectual lo que la capacidad distintiva a la marca o la novedad respecto del estado de la técnica a la patente. (p. 534).

Con ello, se puede evidenciar, mientras que en el Derecho de marcas, impera la novedad, en el Derecho de Autor, impera el término original, generando diferencias entre ambas figuras, pues original y novedad no podrían ser lo mismo.

Parafraseando a Delia Lipszyc, quien ha abordado exhaustivamente respecto al presente tema, la originalidad de la obra, en materia de Derecho de autor, reside en la expresión creativa e individualizada de la obra, por mínimas que sea. La obra no necesita ser novedosa, como sucede en las invenciones, donde la novedad es un requisito para acceder a la protección del derecho de patentes, pues quien presenta primero su invención, es el primero que la patenta. En el campo del Derecho de Autor, la obra también puede ser novedosa, porque alguien puede sacar algo de la nada, pero no se exige esa novedad para su protección jurídica. La originalidad se concibe más como una noción subjetiva o individual, por hacer referencia a que la obra tenga algo individual y propio de su autor, lo cual se verifica en el plano fáctico, pues no se puede apreciar de la misma manera en unas obras, científicas que literarias, obras sinfónicas, obras

originarias y derivadas, entre otras. Pero a su vez, si de novedad se trata, no se debe dejar de lado que en el Derecho de autor también, opera la novedad, pero una novedad relativa, pues la inspiración del autor, no puede estar libre de influencia ajena, solo se exige que no sea copia de otra anterior para que merezca protección por nuestro Derecho de Autor (Lipsyc, 1993).

El concepto de originalidad, no equivale a novedad, en el sentido que solo se protege lo inédito, lo nuevo o lo único, como sucede en el caso de las invenciones, en donde la novedad es requisito indispensable para su patentamiento. De hecho, afirma que, la originalidad se satisface plenamente cuando la obra en cuestión refleja de cualquier modo, la personalidad del autor que la ha creado, por contener la forma de expresión que éste ha elegido. El requisito de originalidad se cumple igualmente por el hecho de que la obra en cuestión no sea copia de otra preexistente. (Caballero, 2004, p. 90)

Antequera y Ferreyros (1996), señalan: “la originalidad de una obra debe entenderse en el sentido de individualidad y no de novedad, pues de lo que se trata es que el producto tenga sus características propias, a fin de distinguirlo de otros del mismo género” (p. 68).

La novedad no es una condición necesaria, pero originalidad o individualidad es requisito insustituible, y se puede decir que la obra es original cuando expresa de alguna manera el espíritu creador del autor sobre un tema o idea, novedosa o no (Fernández Delpech, 2001).

La originalidad como requisito para la protección por el derecho de autor, surge incluso del Convenio de Berna, cuando la propia denominación del Convenio se refiere a la protección de las obras literarias y artísticas, y la obra, en cualquiera de sus acepciones,

trae de suyo el elemento de la originalidad. (...) La originalidad de las obras, apunta a su individualidad [y no a la novedad stricto sensu, propia del derecho invencional], es decir, que el producto creativo por su forma de expresión, debe tener características propias que lo distinguan de otras del mismo género, a diferencia de la copia, total o parcial, de la creación de otros, sin una interpretación o sello personal; o de la simple técnica que solo requiere de la habilidad manual en la ejecución. Agrega que, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, ha señalado, 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. (Antequera Parilli, 2007, p. 50-51)

Resultaría errado brindar prematuramente un concepto sobre originalidad de la obra, porque precisamente el tema de investigación, se circunscribe a esa dificultad que existe tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, respecto al concepto de originalidad de la obra. Y es que existe discrepancia sobre lo que debe entenderse por obra original, o qué criterio debería tomarse en cuenta para proteger de manera adecuada una obra, un criterio que, si bien no subsumiría a todos los supuestos de obras, si ayudaría a crear uniformidad en nuestra jurisprudencia y llenar el vacío legal de nuestro Decreto Legislativo 822, Ley sobre Derecho de Autor.

Por ello, en el presente acápite, se ha pretendido colocar aquel criterio que comparten tanto la mayoría de los autores y el mismo Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual comparten, un criterio que ha traido de unir los extremos de asumir la teoría subjetiva u objetiva de la originalidad de la obra, criterio que si bien ha sido desarrollada, su desarrollo ha sido

de manera implícita en el criterio subjetivo, por ello, convendría tratarlo como un criterio independiente, que a su vez, permita una adecuada protección a las obras por el Derecho de Autor.

A más abundamiento, en el siguiente acápite se abordará lo relativo a las teorías que, en la doctrina, jurisprudencia y en la legislación comparada se han propuesto sobre la originalidad de la obra.

2.5.2. Teorías sobre la originalidad de la obra

A. Teoría objetiva (originalidad como novedad)

Esta teoría considera que originalidad y novedad objetiva de la obra son lo mismo. Sin embargo, no debe entenderse este requisito como novedad absoluta, igual que se exige a las invenciones patentables, ya que, todos los autores toman consciente o inconscientemente elementos creativos que procede de su acervo cultural, lo cual lo reflejan en su obra. Por ello en relación con las creaciones intelectuales, no puede exigirse que todo elemento expresivo de la obra sea novedoso. De lo contrario, habrá de entenderse que la obra es original cuando, en conjunto, se presente como un objeto diferente y nuevo dentro del campo de las creaciones intelectuales. (De Román Perez, 2003, p. 40-41)

A criterio de este autor, la postura que entiende la originalidad como novedad resulta más adecuada desde una perspectiva práctica, ya que, ante un caso concreto, resulta dificultoso buscar en la obra la impronta personal de su autor, mientras que, si se compara una obra con las anteriores, estudiando los elementos que coinciden y los que son diferentes entre ellas, constituye una vía más sencilla para constatar la existencia o no de originalidad. Pues resulta más fácil, comprobar si hubo copia de una obra o de parte de ella,

comparándola con la presuntamente plagiaria, buscando los elementos diferenciados y los idénticos, del mismo modo que, la forma de determinar la originalidad de una creación, cuando la creatividad desarrollada por el autor sea escasa, será examinar sus elementos expresivos para ver si representa una aportación creativa suficiente al campo de la creación intelectual, configurado por todas las obras preexistentes.

Al respecto se citan dos sentencias francesas, la sentencia de 9 de enero de 1970, del *Tribunal de Grande Instance de París*, que aprecia copia de dos obras musicales de un fonograma poniéndolas en comparación con las de otro fonograma, señalando que, respecto de la primera, se revela identidad en el ritmo y la misma armonización, y en cuanto a la letra, se constata que determinadas expresiones se colocan en los mismos lugares, consiguiendo un efecto sonoro parecido, incluso la interpretación es idéntica; y en el caso de la segunda, se observa que, a pesar que las melodías difieren, hay similitud de las obras en cuanto al ritmo, siendo el elemento preponderante en este tipo de canción, también hay similitudes en la interpretación y se utilizan incluso palabras iguales. En otra sentencia del 19 de noviembre de 1985 de la *Cour d Appel de París*, se constata el plagio de una canción porque se aprecia coincidencias en la parte musical de la obra plagiada y la plagiaria, tanto en la melodía como en la armonía y el ritmo (De Román Pérez, 2003).

Rodríguez Tapia y Bondía Román (1999), afirman: “la originalidad objetiva de una creación es la que permite diferenciar esa creación de las demás” (p. 55). Es decir, solo si la creación es nueva, diferente de las demás de su misma clase, será una obra original, protegible por el Derecho de Autor.

Existen dos corrientes que sustentan el grado de novedad, la primera, la novedad absoluta, donde para que la obra sea original y protegible, no debe existir ninguna otra obra anterior idéntica (Espín Alba, 1999). Este criterio, se ha seguido en las patentes, donde para otorgarse protección a la invención, entre otros requisitos, éstos deben ser objetivamente nuevos; y la segunda, la novedad relativa, donde, son originales, las creaciones relativamente nuevas, es decir no es necesario que la creación sea diferente a la cultura preexistente, sino que, el autor haya reorganizado algunos elementos preexistentes de una obra ya conocida (Valero, 2000).

En tal sentido, para el citado autor, una obra es original, cuando no exista una obra anterior idéntica, o cuando existiendo una obra anterior, el autor haya reorganizado los elementos de dicha obra preexistente, con lo que se asemeja al criterio de la teoría subjetiva, en donde se propugna que si bien existiendo una obra anterior, es original una obra, cuando lleva la impronta de la personalidad del autor.

No es necesario que la obra sea objetivamente nueva, sino que, la novedad subjetiva será suficiente. En tal sentido, no constituye 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. (Bercovitz Rodríguez y Cano, 2007, p. 161)

Más difícil aún, resulta la concepción asumida por el autor anteriormente citado, decir que una obra es original cuando tiene una novedad subjetiva, la cual consiste en que autor no use la obra preexistente ni consciente ni inconscientemente, es decir, atribuye la originalidad de la obra, nuevamente al fuero interno del autor.

Hasta aquí, comparto la idea de que existe una novedad absoluta y otra relativa y que ambas, pueden aplicarse en el supuesto de originalidad de la obra, tal como se ha mencionado anteriormente, mas no comparto la idea de que existiría una novedad subjetiva porque se estaría ante la teoría subjetiva de originalidad de la obra, que se abordará a continuación.

B. Teoría subjetiva (originalidad como personalidad del autor)

Conocida como teoría de la originalidad subjetiva, la cual postula:

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. Algunos han entendido a esta teoría como la posibilidad de reconocer quien es el autor de la creación por haber reconocido las características de su estilo. (Valero, 2000, p. 152-153)

Dado la confusión de esta teoría, otros autores como Lipszyc, señalada por Valero (2000), ha indicado, “una obra es original cuando refleja la individualidad del autor” (p. 65).

Al respecto, debe agregarse que cada doctrinario, al explicar la teoría subjetiva de la originalidad de la obra, lo realiza con sus propios matices.

Los ingleses ponen énfasis en el esfuerzo creador del autor de la obra, de manera que su trabajo y laboriosidad determinaría la originalidad de la obra y su tutela. Los franceses exigen que, la creación intelectual revele la personalidad del autor, que recoja su impronta. Contraponen la originalidad con la novedad, que se circunscribe a la propiedad industrial. (De Román Pérez, 2003, p. 40).

Parafraseando a Antequera Parilli, cuando se refiere a la presente teoría, no se debe confundir la novedad, exigible a las soluciones técnicas patentables con la originalidad, propia del derecho de autor, traducida al sello de la personalidad del autor, sin pretender una creación novedosa, siendo este criterio aceptado por la doctrina mayoritaria, respaldado por la jurisprudencia comparada. (Antequera Parilli, 2007).

En tal sentido, a criterio de esta teoría, no se requiere que la obra sea novedosa, lo que es propio de las invenciones. En este campo, la novedad es un requisito para acceder a la protección que el derecho otorga a las patentes. La invención debe ser nueva en sentido objetivo, lo cual consiste en que, el solicitante debe ser el

primero que presente la invención para su patentamiento. Las obras también pueden ser novedosas, pero el derecho de autor no exige la novedad como una condición necesaria de la protección. Es suficiente con que la obra tenga originalidad o individualidad, que exprese lo propio de su autor, que lleve la impronta de su personalidad (Lipszyc, 1993).

La novedad alude a contenidos, y por ello, las invenciones son patentables en cuanto constituyan una solución técnica novedosa y no por la manera como se exterioricen, la originalidad apunta a formas de expresión, en su caso a selección o disposición de contenidos. Cuando se refiere a obras originales, añade ejemplos, indicando que todas las obras literarias se expresan a través del lenguaje y muchas, coinciden en el género, el estilo, la temática y no por ello dejan de ser originales (...) todos los programas de ordenador dirigidos a lograr un mismo fin utilitario carecen por ello de novedad, incluso siguen muchos de ellos algunas rutinas ya conocidas pero en el producto resultante cada uno tiene un sello personal, aunque no sea novedoso; innumerables fotografías hacen tomas de paisajes similares y hasta del mismo objeto, con lo cual, la novedad no aparece por ninguna parte, pero hay una impronta personal en el enfoque, la luz, la distancia, etc. (Antequera Parilli, 2007).

Es evidente, que el ser humano en tanto libre y social por naturaleza, es único y por tanto únicas son sus ideas, y sus creaciones, por ello resultaría errado sostener que una obra es original cuando lleva la individualidad de su autor o la impronta de su personalidad, pues se hace difícil indagar por el fuero interno del autor y qué es lo que le hace especial y único, o como lo mencionan los críticos de esta teoría, por el simple hecho de ser una persona, tenemos algo de particular y con ello, todo lo que expresamos es individual, haciendo que todas las obras sean originales y por ende protegibles por el derecho de autor.

Con ello, no estoy refutando del todo lo sostenido por esta teoría, la cual tiene mucho de acierto pero también, como ya se mencionó mucho desacierto, sin embargo a fin de analizar lo que se ha propuesto en la presente investigación, sería necesario escoger con pinzas lo que nos sirve, tanto de la teoría subjetiva como de la teoría objetiva, para sí proponer un criterio único, que si bien no resultaría del todo eficiente, ayudaría a salvar aquellas contradicciones en que ha incurrido nuestra jurisprudencia nacional y sobre todo a llenar el vacío legal que presenta la legislación sobre derecho de autor, respecto a la originalidad de la obra.

Por otro lado, no se debe dejar de hacer mención que la misma teoría subjetiva de la originalidad de la obra (según lo que sostienen sus propulsores), resulta confusa, al considerar que una obra es

original cuando lleva la impronta de la personalidad de su autor o tiene altura creativa, por más mínimas que resulte dicha creatividad, es decir, a efectos de evaluar la originalidad de la obra, necesitamos primero entender a qué se refiere con altura creativa, si es cuantificable dicha creatividad, y desde que grado se puede decir que una obra presenta altura creativa ergo resulte protegible por la normatividad sobre derecho de autor.

C. Teoría ecléctica

Para esta teoría, la obra es original cuando refleja la impronta de la personalidad del autor y no es copia de otra anterior.

Según Otero Lastres (2008), “la originalidad debe considerarse como una noción objetiva y subjetiva, objetiva en la medida en que es una característica de la obra protegible y subjetiva, en la medida en que en sí misma es una consecuencia de la capacidad creadora del autor” (p. 414).

La solución en cuanto al requisito de la originalidad puede incluir ambas posturas, objetiva y subjetiva. Es evidente que, la tutela encuentra su origen en la expresión subjetivamente original y personal. Pero si bien, en la interpretación, ejecución plástica concreta del objeto, no habrá dudas en cuanto a la protección y será siempre tutelada (porque será nueva objetiva y subjetivamente), la concepción plástica que refleja queda protegida solo de modo relativo en aquello que sea auténticamente personal, novedoso, que encuentre su origen en aquel autor. (Bercovitz Álvarez, 1997, p. 121)

Por otro lado, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, interpretando el articulado de la Decisión 351, Decisión Común sobre Derechos de autor y derechos conexos, en el proceso 121-IP-2013, señaló que, una obra está dotada de originalidad, cuando se puede diferenciar claramente de obras de terceros, es decir, que no sea copia o reproducción de otras en cabeza de terceros. Esto es posible, ya que el autor le ha impreso elementos propios de su espíritu. Aunque haya dos obras parecidas, se podrían considerar originales cuando no es reproducción de la otra, y tiene elementos que logran diferenciarlas o individualizarlas claramente (Liza, 2017).

La Corte de Casación en Roma, dictaminó:

La obra del espíritu está protegida por la ley, en tanto que ella sea original, que una obra, debe ser tenida por original cuando ella representa un contenido de novedad, pero no de novedad absoluta, atento a que toda creación artística implica la utilización de elementos preexistentes, pertenecientes al patrimonio común, y que, en tales condiciones, basta que, el artista haya sabido organizar esos elementos de una manera nueva, imprimiéndoles el sello característico de su personalidad. (Antequera Parilli, 2007, p. 56)

De la misma manera, el mismo autor, Antequera Parilli, citando a José de Oliveira Ascensáo, en *Direito autorail*, editorial Renovar Rio de Janeiro, señaló que, respecto al mérito de una obra, es difícil determinar el quantum de esta creación, y no se puede confundir obra con obra de calidad. Y, por otro lado, citando a Carreau Caroline, indica que la eliminación de variables de orden cualitativo, como el género, la forma de expresión, el mérito o el destino, deja

el campo libre, a una sola exigencia, de originalidad de la obra del ingenio, de modo que, la calificación de la obra del ingenio reposa exclusivamente sobre la existencia de una creación de forma personal. (Antequera Parilli, 2007, p. 54)

Según esta teoría, la originalidad de una obra reposa tanto en el aspecto objetivo como subjetivo, es decir, una obra será original cuando sea novedosa y cuando represente la personalidad del autor, o creador, su individualidad, su sello propio.

Lo que busca esta teoría es evitar los extremos y buscar un equilibrio entre las dos teorías tratadas anteriormente, es decir, la objetiva y subjetiva, es decir, rescatar lo bueno de ambas y matizarla en una sola teoría.

Sin embargo, cuando se alude a que la obra tiene que ser novedosa, se refiere tanto a la novedad absoluta como relativa, novedad absoluta en el sentido de que una obra no debe asemejarse a una preexistente y novedad relativa, en que, si bien el autor se basa en obras precedentes, le imprime su sello personal y su individualidad, lo que da entender que para esta teoría no importa si es una novedad absoluta o relativa, una obra es original cuando es nueva y goza de la personalidad de su creador.

Y en este aspecto es necesario, referirnos a las teorías sobre el origen del conocimiento, el racionalismo y el empirismo, la primera que propugna que el conocimiento deriva de la razón y la segunda, que el conocimiento se obtiene mediante la experiencia aprehendida a través del contacto directo con la realidad, mediante los sentidos, y necesariamente, se tiene que referir a dichas teorías, puesto que, si se analiza exhaustivamente la figura de la novedad, según lo propuesto por los autores anteriormente señalados, cuando se refieren a la novedad absoluta, están aludiendo a que el autor de una obra, y precisamente conviene llamarle creador, realiza una obra, ya sea artística, literaria o científica, sin tener como precedente alguna obra anterior, es decir, la obra es nueva en el sentido estricto del término. Por otro lado, cuando se alude al término novedad relativa, significa que, el autor mediante los sentidos, ha aprehendido algo de una obra preexistente, sino que a ello le agrega su sello personal y entonces se hablará de una novedad relativa.

Es de recalcar que, el Decreto Legislativo 822, Ley sobre Derechos de Autor, en su artículo 2 numeral 1, señala que el autor, es aquella persona natural que realiza la creación intelectual, no haciendo ninguna distinción entre creador y autor, sin embargo, se podría decir que un creador es tal si crea una obra, sin tener como base alguna obra preexistente, y por tal es autor, concluyendo que, todo creador es autor, pero no todo autor es creador. Ahora señalar ello,

es un absurdo, puesto que cualquier persona en el instante que pretenda realizar una obra ya tiene conocimientos preexistentes, que son adquiridos ya sea de manera consciente o inconsciente, a través de los sentidos, por tanto, no puede decirse, que una persona es una tabla rasa que recién adquiere el conocimiento cuando realiza su obra, ya sea artística, literaria o científica.

2.6. La originalidad de la obra en el Derecho Comparado

2.6.1. España

Comentando el término originalidad que aparece por primera vez en la derogada Ley 22/87, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual en el párrafo 1 del artículo 10:

En nuestra LPI no es seguro atenerse a la literalidad del artículo 10 cuando emplea la expresión creaciones originales, puesto que, la más probable función del adjetivo parece ser la de establecer un contraste con otros grupos de obras protegidas, conforme a los artículos 11 y 12 de la LPI, caracterizados por ser obras derivadas. Por ello, la construcción de la originalidad como criterio de protección debe realizarse en nuestro sistema a partir de la jurisprudencia. (Sánchez Arísti, 1999, p.251)

Dando a entender que, la legislación española, no brinda un concepto sobre obra original, sino solamente se dedica a establecer categorías de obras, por lo que establecer el término de obra original le han dejado a la jurisprudencia española.

(...) el Tribunal ha señalado que la Ley Española de Propiedad Intelectual no establece ningún principio ni criterio para valorar la originalidad. El artículo 10 se limita a enumerar una lista larguísima de soportes posibles que puedan servir como medio para expresar una idea: folletos impresos, coreografías, planos, maquetas, fotografías, etc. Esta minuciosidad no aclara nada, ya que puede

haber planos, maquetas o películas de cine que carezcan de originalidad por completo. El medio no determina la existencia de originalidad y no todo libro es objeto de propiedad intelectual. Al hablar de derechos de autor, se piensa en los libros, en el cine y en los discos. Sin embargo, existen otras obras intelectuales que pueden ser protegidas en base a su originalidad, incluso si se realiza una mera recopilación de datos o citas y se procede a ordenarlos, el resultado queda automáticamente protegido. La introducción de listados no es una idea original del legislador español y prácticamente todas las leyes de propiedad intelectual en países de nuestro entorno incluyen dichos listados en sus legislaciones, pues ello también ocurre en la legislación alemana. Concluyendo se podría decir que, existe una tendencia generalizada en los diferentes países a utilizar la misma técnica legislativa, consistente en la determinación del concepto de obra a través de la plasmación de un concepto general, que luego se concreta a través de un catálogo no exhaustivo de obras protegibles por el derecho de autor. (Ruipérez Ascarate, 2012, p. 47,48, 51)

Lo cual no es ajeno, en nuestra legislación sobre derecho de autor, pues si se revisa la diferente normativa sobre Derecho de autor, en nuestro país, también se ha adoptado la misma metodología de ejemplificar las obras, sin detenerse a establecer cuando estaríamos ante una obra original.

Por otro lado, respecto a la originalidad subjetiva, la Audiencia Provincial de Barcelona en la Sentencia de fecha, 25 de setiembre de 2005 señala:

“(…) entrando más en concreto sobre la discusión doctrinal existente en torno a si esa originalidad ha de ser subjetiva [singularidad, no haber copiado una obra ajena] u objetiva [novedad, haber creado algo distinto a lo ya existente], refiere, si bien tradicionalmente imperó la concepción de originalidad subjetiva por parecer criterio aceptable para las obras clásicas [literatura, música, pintura, escultura, etc.] ya que la creación implica cierta altura creativa, hoy día, sin embargo, debido a que

los avances técnicos permiten una aportación mínima del autor, [hay obras en las que no se advierte un mínimo rastro de personalidad de su autor] y unido al reconocimiento del autor de derechos de exclusiva, la tendencia es hacia la idea objetiva de originalidad, que precisa una novedad en la forma de expresión de la idea”

Así también, la doctrina española hace alusión al criterio intermedio de originalidad o lo que se conoce como teoría ecléctica de la originalidad de la obra.

Puede ocurrir que una obra carezca del requisito de novedad u originalidad absoluta y, sin embargo, deba ser tutelable. En este supuesto, como el efecto de la novedad puede ser mínimo, se requiere que tal carisma radique en la forma de exteriorizar el concepto que pudiera pertenecer al común de la sociedad o a alguna persona en concreto. Así, mediante Sentencia del Tribunal Supremo, el derecho moral estriba en la aportación individual que se hace a la obra preexistente. (...) De este modo, (...) la catalogación como objeto de propiedad intelectual exige también una cierta altura creativa. En ese sentido, la última jurisprudencia identifica la noción legal de creación original con la originalidad creativa exigiendo a la obra artística una mínima originalidad y altura creativa, (...). El grado de altura creativa habrá de depender del tipo de obra y del margen de libertad con el que cuente el autor. En este sentido, la exigencia de altura creativa no ha de suponer un problema conceptual para reconocer como dignas de protección por el derecho de autor a las denominadas obras menores siempre que medie en ellas un mínimo de tratamiento que denote un mérito creativo. (Bercovitz Rodríguez-Cano, 2007, p. 209)

De ello, se puede colegir que, para España, la protección de una obra o una creación, necesita de la originalidad o del sello personal que le pueda imprimir su autor, sin embargo, existe [como también se presenta en nuestro país] criterios discordantes, pues en una sentencia del Tribunal Supremo Español del año 2004, parece que los jueces cambian el criterio para proteger una obra y es que señalan:

Según autorizada doctrina científica, el presupuesto primordial para que la creación humana merezca la consideración de obra, es que sea original, cuyo requisito en su perspectiva objetiva, consiste en

haber creado algo nuevo, que no existía anteriormente, es decir, la creación que apunta y constituye una novedad objetiva frente a cualquier otra preexistente: es original la creación novedosa, y esa novedad objetiva es la que determina su reconocimiento como obra y la protección por la propiedad intelectual que se atribuye sobre ella a su creador. (Antequera Parilli, 2007, p. 52)

2.6.2. Argentina

La Cámara Nacional de Casación Penal, ha sentenciado que a cualquier definición que se recurre sobre la obra intelectual, se encontrará como constante que ella está referida de una u otra forma a una creación de la inteligencia con notas de originalidad y significación personal. De la misma manera, la Corte de Apelaciones de Québec, se acoge a este criterio, cuando señala que, el requerimiento legislativo de originalidad no implica inventiva o formalidad. (Antequera Parilli, 2007, p. 51).

Con ello se puede decir que, jurisprudencialmente, los órganos de justicia de Argentina, se acogen como la mayoría de la doctrina, a entender por originalidad, la impronta de la personalidad del autor.

2.6.3. Francia

La Jurisprudencia francesa ha manifestado, “para que las obras sean protegidas por el derecho de autor [al resolver un caso sobre traducciones], solamente es necesario que lleven el sello del aporte intelectual y personal del autor, de manera que [en la especie, unas adaptaciones musicales], para que una obra del espíritu pueda acceder a la protección del derecho de autor, debe llevar la marca del aporte intelectual y personal del autor, importando poco el grado de originalidad de la obra” (Antequera Parilli, 2007, p. 51-52).

2.6.4. Estados Unidos.

La jurisprudencia estadounidense, mínimamente, exigió por muchos años, como equivalente a originalidad de la obra que, la misma fuera el simple resultado del sudor de la frente, es decir, como fruto de la habilidad-trabajo y no de la habilidad creativa, sin embargo un fallo, relativamente reciente de la Suprema Corte de Justicia de ese país, se acercó a lo que siempre fue acogido por la tradición latina, en el sentido de que la obra debe contener elementos de individualidad, en la forma de expresión, que de alguna manera reflejen la personalidad del autor. En esta sentencia, con motivo del juicio interpuesto por el supuesto derecho de autor de una guía telefónica, el Alto Tribunal señaló, (...) la originalidad se mantiene como el requisito sine qua non del derecho de autor, de acuerdo a ello, la protección por el derecho de autor solo puede ser entendida a aquellos componentes de la obra que son originales de su autor. La doctrina del sudor de la frente tenía numerosos defectos ... bajo esa doctrina, la única defensa en juicio de infracción era probar que se trataba de una creación independiente. Un compilador posterior estaba no facultado para tomar una palabra de la información previamente publicada y tenía que trabajar el asunto de forma independiente y por su cuenta, como para conseguir el mismo resultado desde la misma fuente común de información (Antequera Parilli, 2007).

2.7. La originalidad de la obra en el Perú

En nuestro país, en 1961, se promulgó la Ley 13714, sobre Derechos de Autor, sin embargo, debido al avance científico y tecnológico, la entrada en vigencia de la Decisión 351, Derecho Común sobre Derecho de Autor y Derechos conexos, y la creación del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), hizo necesario contar con una nueva legislación respecto a esta materia, por ello, contándose con el especialista venezolano, Ricardo Antequera Parilli, se dio origen al Decreto Legislativo 822, Ley sobre Derecho de Autor, el 23 de abril de 1996.

El Decreto Legislativo 822, Ley sobre Derecho de Autor, en su artículo 2 señala:

“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”. En su artículo 5, establece, “están comprendidas entre las obras protegidas, las siguientes: (...) n. En general, toda otra producción del intelecto en el dominio literario o artístico, que tenga características de originalidad y sea susceptible de ser divulgada o reproducida por cualquier medio o procedimiento conocido o por conocerse”.

La Decisión. 351, Derecho común sobre Derecho de autor y derechos conexos, señala en su artículo 3:

“A los efectos de esta Decisión, se entiende por: 4. Obra: Toda creación intelectual original de naturaleza, artística, científica o literaria, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma (...)”.

En ambos preceptos normativos, se regula explícitamente que toda obra, es una creación intelectual cualquiera sea su naturaleza, y que deberá ser original, sin hacer mención al significado de dicho término.

Es la jurisprudencia que define el concepto de originalidad de la obra, pues mediante Resolución 286-1998/TPI-INDECOPI, de fecha, 23 de marzo de 1998, recaída en el expediente 663-96 ODA AI, donde Agrotrade S.R. L.T.D.A. (PERÚ), interpone denuncia por infracción a la legislación de derechos de autor contra la empresa Infutecsa E.I.R.L., porque esta última plagió íntegramente y sin consentimiento parte del texto de la etiqueta publicitaria correspondiente al producto ALPHA CPL 10 CE, de titularidad de la denunciante, la Sala de Propiedad Intelectual del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del INDECOPI, ha establecido como precedente de observancia obligatoria, lo siguiente, “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 individualidad 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 solo 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, aún, cuando

exista certeza de que una creación, carente de individualidad, ha sido copiada textualmente, tal circunstancia no convierte a ésta en obra". Dicha Resolución, en el numeral 2, indica textualmente, "Según el artículo 3 de la Decisión 351, concordado con el artículo 2 del Decreto Legislativo 822, se entiende por obra, toda creación intelectual original de naturaleza artística, científica o literaria, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma. A diferencia de los países de tradición jurídica anglosajona, en la cual se exige que la obra provenga del autor y que no haya sido copiada, en los países de tradición jurídica latina como el nuestro, se exige que la obra refleje la personalidad del autor, sea individual y tenga altura creativa. En ese contexto, la Sala es de opinión que, la originalidad de la obra reside en la expresión [o forma representativa] creativa e individualizada de la obra, por mínimas que sean esa creación y esa individualidad. Si bien toda obra es el producto del esfuerzo de su creador, no todo lo producido con el esfuerzo merece protección por derechos de autor. Ello solo será posible en la medida que la creación tenga elementos de originalidad suficientes para ser considerado como obra. Admitir lo contrario implicaría proteger incluso aquello que no es objeto de protección por derechos de autor, como la elaboración de la lista de películas que se exhiben en los cines. El requisito de originalidad o individualidad implica que, para la creación de la obra, debe existir un espacio para el desarrollo de la personalidad de su autor. En consecuencia, lo que ya forma parte del patrimonio cultural, no puede ser individual. Igualmente, la originalidad sirve para diferenciar las obras protegidas por derechos de autor de las banales, de la vida diaria, rutinarias. Tampoco puede decirse que una creación es original si la forma de expresión

se deriva de la naturaleza de las cosas o es una mera aplicación mecánica de lo dispuesto en algunas normas jurídicas o por lógica, si la forma de expresión se reduce a una simple técnica que solo requiere de la habilidad manual para su ejecución. Sin embargo, de acuerdo a las circunstancias de un caso particular, un pequeño grado de creatividad intelectual puede ser suficiente para determinar que la obra sea original o individual. Así en la lista enunciada de manera ejemplificativa en el artículo 4 de la Decisión 351 concordado con el artículo 5 del Decreto Legislativo 822 de las obras que merecen una protección por derechos de autor, la originalidad constituye un filtro para la concesión de protección en el caso en concreto. Pero el requisito de originalidad o individualidad no solo sirve para determinar qué cosa es una obra y qué no, sino también para determinar el alcance de la protección del derecho de autor. Solo se protege contra plagio aquella parte de la obra que refleje la individualidad del autor. Ahora bien, la determinación de si una obra es original constituye una cuestión de hecho. Se trata además de una noción subjetiva, en la medida que la originalidad no puede apreciarse de la misma manera en todas las obras. En ese orden de ideas, para el derecho de autor, el término creación no tiene el significado corriente de sacar algo de la nada y la originalidad de la obra no tiene que ser absoluta, por lo tanto, no es necesario que la inspiración del autor esté libre de toda influencia ajena”.

De la misma manera, la Resolución 0348-2010/CDA-INDECOPI, emitida dentro del Expediente 000784-2010/DDA, por el INDECOPI, de fecha, 11 de junio de 2010, señala “El artículo 3 del Decreto Legislativo 822 señala que 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. En la doctrina comparada, existen distintos conceptos de originalidad, por lo tanto, quien efectúe un análisis para determinar la originalidad de una obra, debe en principio, delimitar en su análisis el concepto de originalidad usado, puesto que no todas las obras pueden pasar el examen de originalidad partiendo de un solo concepto, así en el caso de establecerse un concepto de originalidad muy riguroso o un estándar muy alto en su apreciación, muchos géneros de obras quedarán al margen de la protección”. Asimismo, hace referencia al precedente de observancia obligatoria emitido mediante Resolución 286-1998-TPI-INDECOPI [señalado anteriormente]; pero más adelante, indica “en el caso en concreto de las obras plásticas, dada su vasta tipología, encontramos ambos extremos, así por ejemplo, se encontrarán obras que plasmen en su forma de expresión, la impronta de la personalidad del autor, así como su individualidad y otras en las que el margen otorgado al autor sea tan reducido que éste no pueda plasmar la impronta de su personalidad, puesto que dichas obras son creadas para fines concretos o determinados o para ser parte de un objeto útil [obras publicitarias, etc.], por otra parte, al no establecer el Convenio de Berna un concepto estándar de originalidad o por lo menos, los criterios mínimos para que la legislación pueda determinarlo, los países miembros de Berna no se encuentran obligados a aplicar un estándar uniforme en su evaluación, por lo que siempre existirá la posibilidad de que sobre la base de interpretaciones judiciales o administrativas diversas, algunas obras, en especial el software, las obras de arte aplicado,

las obras fotográficas, las obras televisivas, algunos personajes, entre otras, se encuentren protegidas en algunos países y en otros no. La Comisión considera que los diversos conceptos de originalidad, entendida como la expresión de la impronta de la personalidad del autor o el de individualidad que exige que la obra plástica tenga cierta peculiaridad o particularidad creativa hasta llegar al grado extremo, propugnado por la doctrina alemana, de exigir cierto grado de particularidad o nivel creativo, pueden emplearse siempre y cuando sirvan para otorgarle a la obra la protección necesaria y no para excluirlas de dicha protección. Así ciertas categorías de obras no puedan pasar por ninguno de los exámenes de acuerdo a los criterios antes descritos y en estricta aplicación del principio fundamental expresado por el jurista Satanowsky, la Comisión se apartará del precedente de observancia obligatoria establecido por la Sala de Propiedad Intelectual del INDECOPI, por lo tanto, presumirá la originalidad de las obras por mínima que ésta sea y solo analizará la originalidad de una obra en el supuesto caso que la denunciada alegue la falta de originalidad. En estos casos, con la finalidad de proteger la obra como resultado de la actividad creativa, sin importar su género, mérito o finalidad, la Comisión considera que el concepto de originalidad que debe emplearse dependerá del tipo de obra, objeto de análisis en cada caso en concreto. En el presente procedimiento, la Comisión debe señalar que el personaje BARBIE, cumple con el requisito de originalidad a efectos de su protección por el Derecho de Autor”.

Por otro lado, se tiene la Resolución 1352-2015/TPI-INDECOPI, emitida dentro del Expediente 1040-2013/DDA, de fecha, 30 de marzo de 2015, por

la Sala Especializada en Propiedad Intelectual del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, donde además de hacer referencia al precedente vinculante emitido por la misma Sala, mediante Resolución 286-1998-TPI-INDECOPI, de fecha, 23 de marzo de 1998, en su página 2 y 3, citando a Delia Lipszyc, refiere “El derecho de autor, propugna la creación de obras, ya que solo protege las creaciones formales y no las ideas contenidas en la obra. Las ideas no son obras y por ende, su uso es libre. No se puede adquirir sobre ellas protección o propiedad alguna, aún, cuando sean novedosas. Si se otorgaran derechos exclusivos sobre las ideas consideradas en sí mismas, se obstaculizaría su difusión y con ello se impediría el desenvolvimiento de la creatividad intelectual, es decir, se trabaría la creación de una ilimitada cantidad de obras diferentes. Una misma idea, una misma investigación, un mismo tema son retomados infinidad de veces. En su desarrollo cada autor aporta la impronta de su personalidad, su individualidad. En ocasiones, el resultado es altamente enriquecedor, en otras trivial, pero lo que permite que cada generación impulse el lento avance de la civilización es la posibilidad de trabajar sobre lo existente, de proseguir el camino sin tener que rehacer todo y comenzar desde un inicio”. Más adelante indica, “(...) Ahora bien, el hecho que sea irrelevante el objeto, la utilidad, el valor económico, el buen o mal gusto de la obra, no significa que la Administración debe renunciar a todo tipo de enjuiciamiento a efectos de otorgar una protección por Derecho de Autor. Para proteger o no una obra por Derechos de Autor, es necesario determinar qué grado de creatividad personal ha sido expresado por el autor. En estos casos, tampoco se

analizarán las características estéticas o calidades artísticas de la obra, sino si la obra tiene el sello de creación individual”.

La Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en su Casación 1686-2011, Lima, donde en función a la originalidad de la obra, señaló que, “el requisito de originalidad, desde un ámbito subjetivo, se refiere a la personalidad del autor y desde un ámbito objetivo, implica, únicamente, la ausencia de copia de una obra anterior, y que no implica necesariamente la novedad de la creación, sino que exige necesariamente, la existencia de un rasgo de individualidad en la obra obtenida por el autor (...).”.

Como se puede evidenciar, es la jurisprudencia nacional, quien se ha explayado en tratar el tema de originalidad de la obra, ya sea en el ámbito administrativo o en el judicial, y ello, debido a la necesidad de resolver los distintos casos que se presenten con el fin de proteger las obras por el Derecho de Autor, sin embargo, dicha interpretación que han realizado sobre la originalidad de la obra, ha sido en base a la análisis dogmático que han realizado diversos autores de otros países, siendo la más notable, la autoralista Delia Lipszyc, quien ha abordado el tema a mayor profundidad, tratando el ámbito subjetivo y objetivo de la originalidad de la obra, pero a la vez sin reconocerlo explícitamente, ha considerado la idea de que ambos criterios puedan unirse en uno solo, puesto que el autor no puede crear algo de la nada, ya que siempre se basa en la cultura preexistente, pero de darse que el autor saque algo de la nada, también merece tutela por el Derecho de

Autor, puesto que son el reflejo de la personalidad del autor. Es en función a esa unión de criterios que se abarca en la presente investigación, sobre todo, a las razones que existen para que la teoría ecléctica sea la que sirva como criterio que determine la originalidad de una obra, para su protección por el Derecho de Autor peruano.

CAPÍTULO III

CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

3.1. Forma de contrastación de hipótesis

3.1.1. Precisiones sobre la forma de contrastación de hipótesis

En este capítulo se debe establecer que la discusión de resultados y la contrastación de hipótesis forman un solo conjunto, pues los objetivos trazados en la presente investigación se encuentran inmersos en el Marco Teórico de la presente investigación.

En ese sentido, respecto a la forma de contrastación de hipótesis, se aclara, en primer lugar, que la elección de las hipótesis planteadas en la presente investigación, se ha realizado considerando las razones que ayudan a establecer la teoría ecléctica para determinar la originalidad de una obra, en base al análisis dogmático de la jurisprudencia nacional y la doctrina predominante, en segundo lugar, en la discusión de los argumentos, se proponen las razones para establecer la teoría ecléctica, como determinante de la originalidad de la obra, no solo considerando los aspectos prácticos presentados en las resoluciones, tanto del Tribunal del Indecopi, como del Poder Judicial, sino también teniendo como base o afianzándose en la doctrina predominante, doctrina que también es acogida en las distintas resoluciones analizadas y señaladas dentro del Marco Teórico de la presente investigación, y a partir de allí, tratar a lo largo del presente capítulo nuestros propios argumentos, en función a las distintas posiciones que asumen nuestros juristas nacionales.

En tal sentido, con esta forma de contrastación de hipótesis lo que se busca es que quede establecido las razones para establecer la teoría ecléctica como criterio que determine la originalidad de una obra, en nuestra Legislación sobre Derecho de Autor, a efectos de su protección jurídica.

3.1.2. Procedimiento de contrastación de hipótesis

Teniendo en cuenta lo establecido en el Planteamiento del problema y en el capítulo II de la presente investigación, referente al Marco Teórico, en esta parte de la investigación se debe establecer cuáles son las razones jurídicas que permitirían establecer la teoría ecléctica como criterio que conceptualice lo que debe entenderse por originalidad de la obra, a efectos de su protección jurídica por el Derecho de Autor.

En tal sentido en el Marco Teórico se señaló, los criterios que asumen tanto la jurisprudencia nacional como la doctrina predominante respecto a la noción que debe entenderse por obra original, a efectos de que sea protegida por el Derecho de Autor, criterios dentro de los que consideran el criterio subjetivo, por ello en primer lugar, se tiene que contrastar la hipótesis, si el criterio subjetivo de la originalidad de la obra, resulta eficiente o ineficiente para proteger una obra, y ello se contrastará teniendo en cuenta la casuística presentada, por ello se analizará las resoluciones más importantes del Tribunal del Indecopi

y del Poder Judicial, precisamente aquéllas que fueron sentadas como precedentes vinculantes.

En segundo lugar, se contrastará la hipótesis, si precisamente en nuestro sistema jurídico nacional, existen diversos criterios sobre lo que debe entenderse por obra original, y ello, será en función al análisis dogmático de nuestra jurisprudencia nacional, partiendo de análisis de la doctrina imperante en nuestro sistema sobre Derecho de Autor.

Por último, en tercer lugar, y como consecuencia de lo anterior, se contrastará si la existencia de posturas diferentes en función a lo que debe entenderse por obra original, genera inseguridad jurídica de los autores y desconfianza en nuestro sistema de protección jurídica de obras, basándonos exclusivamente en la casuística nacional, analizando nuestra jurisprudencia nacional.

3.2. La ineficiencia del criterio subjetivo de la originalidad de la obra.

Con la finalidad de entender esta razón jurídica, es necesario comentar brevemente, sobre el procedimiento y los requisitos para la inscripción de una obra en nuestra legislación sobre derecho de autor y derechos conexos. Tal es así que, mediante Resolución Jefatural 0276-2033/ODA-INDECOPI, de fecha, 05 de diciembre de 2005, se aprueba el Reglamento del Registro Nacional del Derecho de Autor y Derechos Conexos, en cuyo artículo 6 define a la obra, a efectos de su inscripción como toda creación intelectual,

personal y original, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma, conocida o por conocerse, prácticamente, la misma definición que establecen nuestra Ley sobre Derecho de Autor. En dicho cuerpo normativo, precisamente en su artículo 7, establece los requisitos de inscripción de una obra, particularmente, llenar debidamente el formato de solicitud, presentar un ejemplar de la obra, producción o documento que contenga el derecho a registrarse, acreditar el pago del derecho registral, entre otros. Asimismo, en los artículos 27 y 28 señala que, la calificación registral es la evaluación de los requisitos de forma de la solicitud de registro, consignados en el Texto Único de Procedimientos Administrativos del INDECOPI, y los requisitos de fondo, este último referido a que el acto o derecho se ajuste a las disposiciones legales sobre la materia y el cumplimiento de los requisitos establecidos por la Ley sobre derecho de autor, caso contrario, según, lo establecido en el artículo 35 de dicha normativa, se denegará el registro de una obra.

Particularmente, con este análisis lo que se quiere mostrar es que el registrador de la Oficina de Derecho de Autor, denegará la inscripción de una obra, cuando no cumpla con el requisito de la originalidad tan propugnada no solamente en las leyes nacionales, sino también, en las supranacionales.

Pero precisamente, la originalidad, como requisito de fondo, de vital importancia [ya que conlleva a la inscripción de una obra], no está definida legalmente tanto en la legislación nacional como en la supranacional, haciendo alusión al Decreto Legislativo 822, Ley sobre Derecho de Autor y

Derechos Conexos y la Decisión 351, Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos.

Por tal sentido, y a fin de llenar el vacío legal existente en nuestra legislación sobre derecho de autor, nuestro Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, a través de sus órganos competentes, mediante diversa jurisprudencia y apoyado en la doctrina predominante, ha establecido lo que debe entenderse por originalidad de una obra, y ello lo ha hecho en la Resolución 286-1998/TPI-INDECOPI, donde la Sala de Propiedad Intelectual del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del INDECOPI, donde incluso establece un precedente de observancia obligatoria y señala que, “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. (...) A diferencia de los países de tradición jurídica anglosajona, en la cual se exige que la obra provenga del autor y que no haya sido copiada, en los países de tradición jurídica latina como el nuestro, se exige que la obra refleje la personalidad del autor, sea individual y tenga altura creativa. En ese contexto, la Sala es de opinión que, la originalidad de la obra reside en la expresión [o forma representativa] creativa e individualizada de la obra, por mínimas que sean esa creación y esa individualidad”. Es decir, nuestro sistema sobre derecho autor, a efectos de registrar una creación, ya sea literaria, artística, científica, o sea del género de fuera, debe gozar de originalidad, en el sentido de que refleje la

personalidad de su autor o creador, que lleve la impronta de su personalidad, refleje su individualidad. Lo que se conoce en doctrina como la teoría subjetiva de la personalidad del autor, o el criterio subjetivo de la originalidad de la obra, criterio predominante, según lo manifiestan algunos autores citados anteriormente.

Y resulta que, este criterio subjetivo de la originalidad de la obra, según lo expresado por la doctrina, es ineficiente a efectos de que se registre una obra. En tal sentido, se podría decir compartiendo el significado que otorga el Diccionario de la Real Academia Española, algo es eficiente cuando tiene la capacidad de cumplir su función con el mínimo de recursos posible, que no se debe confundir con eficacia, pues implica alcanzar el resultado querido. Es decir, el criterio subjetivo de la personalidad del autor resulta ser ineficiente pues no cumple su función. Al respecto, el acoger la teoría sobre la originalidad de una obra, debe guiar a que una creación, ya sea artística, literaria, científica o de cualquier índole se registre, pero se registre sobre la base de que el autor o creador de una obra, al momento de presentar su solicitud de registro tenga la convicción -bajo los parámetros de la ley- de que su obra es original y por ello acude al registro para que inscriba, y pueda ser protegida por el derecho de autor. Significa entonces que un autor o creador con la menor cantidad de recursos posibles logre –siempre y cuando cumpla con el requisito de originalidad- la inscripción de su obra. Algo tan simple, que no implique un costo excesivo, y pueda hacer que infinidad de obras permanezcan en el anonimato, lo cual ayuda al desarrollo cultural de una nación.

Y porqué se señala que este criterio subjetivo de la personalidad del autor resulta ineficiente, pues veamos dos jurisprudencias emitidas tanto a nivel del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual como de los órganos jurisdiccionales del poder Judicial.

En la Resolución 1352-2015/TPI-INDECOPI, del expediente 1040-2013/DDA, de fecha, 30 de marzo de 2015, la Sala Especializada en Propiedad Intelectual, deniega un pedido de inscripción de una obra, por falta de originalidad que precedentemente la Dirección de Derecho de Autor, había denegado el registro por considerar que dicho formulario, eran preguntas usuales en cuestionarios que buscan obtener similar información. En este supuesto, la Asociación Peruana de Empresas de Investigación de Mercado, con fecha, 28 de mayo de 2013, solicita el registro, como obra literaria, del texto, Formulario de NSE APEIM, indicando que el autor es Hernán Felipe Chaporro Melo. Obra derivada de otra obra Formulario NSE APEIM, que ya se había registrado anteriormente, teniendo como autor a Luis Humberto Gullen Grados. Y precisamente, la Sala denegó el registro, porque consideró que el cuestionario estaba conformado de 7 interrogantes y respuestas construidas con un lenguaje y redacción simple que no reviste particularidad, advirtiendo que existen distintas encuestas o formularios con preguntas y respuestas alternativas idénticas o similares a las contenidas en el formulario presentado a registro. Asimismo, se encuentra diseñado en tablas simples o recuadros dentro de las cuales se encuentran contenidas las respuestas alternativas y el valor de las mismas, no desprendiéndose algún elemento creativo. Y, por último, añade que el hecho que el formulario

contenga una puntuación por cada respuesta no constituye una característica única del formulario, habiendo otras encuestas que incorporan también estas puntuaciones. Por todo ello, el elemento que se presentó a registro careció de originalidad.

Asimismo, mediante Casación. 1686-2011, Lima, de fecha, 18 de setiembre de 2014, la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, revocan la sentencia apelada, y declaran infundada la demanda de impugnación de resolución administrativa, estableciendo incluso precedente vinculante. En el presente supuesto, el señor David Alfonso Ramos López, en mayo de 2005, firmó un contrato de compraventa de bien inmueble futuro con la empresa H&V Sociedad Anónima Contratistas. De tal manera que, al revisar el plano de distribución sobre el cual se construiría el futuro inmueble, realizó, en calidad de arquitecto, algunas observaciones a la distribución del espacio, llevada a cabo por la firma de ingenieros que estuvo a cargo del proyecto. Siendo así, remitió a la empresa inmobiliaria un nuevo plano con una serie de modificaciones al modelo original del inmueble que mejoró la distribución del espacio, solicitando que esta modificación se tuviere en cuenta en la construcción del inmueble. Sin embargo, en agosto toma conocimiento que H&V Sociedad Anónima Contratistas se había apropiado indebidamente de las modificaciones que efectuó al modelo original, incorporándolas no solo al inmueble adquirido, sino a todas las viviendas del condominio “Mar Adentro”, por lo que consideró que se apropiaron indebidamente de su creación, recurriendo ante el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la

Propiedad Intelectual, a fin de que tutele dicho derecho, lo cual fue declarado improcedente por esa misma instancia. Ante ello, el denunciante apela, siendo que la Sala declara fundada la apelación, argumentando que la sola modificación de una obra, determina per se el requisito de originalidad de una obra. Ante ello, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, casa la sentencia de vista, y la Sala Suprema le otorga la razón. Dentro de los argumentos, la Sala Suprema, señala que una obra es una creación personal y original, la originalidad exige la existencia de un rasgo de individualidad en la obra obtenida por el autor y que reflejan la huella creativa del mismo, en tanto que constituye el resultado de su esfuerzo creador, es decir, mantenga suficientes características propias que permitan distinguirla de cualquier otra de su mismo género. Añade que a diferencia de lo que ocurre en el resto de ámbitos creativos, que se mueven absolutamente en el campo del capricho del autor, en la arquitectura, el diseño de las construcciones se encuentra informado en elementos técnicos y funcionales, que son guiados por normas de la técnica y los parámetros urbanísticos-normativos que dirigen el diseño de las construcciones. Por ello, para contar con originalidad, la obra arquitectónica debe tener elementos que no solo respondan a la funcionalidad o naturaleza del bien, sino que implique la impregnación de la individualidad o personalidad del autor, a través de actos creativos, como sería la incorporación de formas o disposiciones caprichosas en el diseño de un puente, que logren dotar de una individualidad artística, independientemente del mérito estilístico o valor concreto que se le pueda atribuir, se habla entonces de personalidad artística del autor. A su vez alude a lo que se entiende por obra derivada, regulado

en el artículo 2 del Decreto Legislativo 822, donde señala que se encuentra basada en una obra ya existente, cuya originalidad radica en el arreglo, la adaptación o transformación de la obra preexistente, es decir, señala que una obra arquitectónica derivada es aquella adicionada a un modelo arquitectónico existente previamente, cuyos cambios pueden responder a exigencias técnicas o a que se quiere dotar de personalidad a la creación, esto último es lo que debe ser protegido por el derecho de autor. Concluyendo entonces que, la originalidad de una obra arquitectónica, se debe buscar en los rasgos creativos, individuales, particulares, que atañen a la personalidad del autor, distanciados de los fines propios del modelo utilizado, de las normas técnicas y urbanísticas, y en cuanto a la obra arquitectónica derivada, a fin de que sea protegida por el derecho de autor, también deberá responder a la personalidad del autor o creador. Por tanto, la Sala Suprema, señala que los planos originales del inmueble tipo ofertado por la empresa inmobiliaria H&V Sociedad Anónima Contratistas, han contribuido a la mejora significativa del ingreso a la vivienda, en relación al modelo original, otorgando un mayor valor al inmueble en cuanto a su funcionalidad y que si bien se atribuye a la labor creativa del arquitecto que las propuso, provocando una mayor utilidad del espacio y por ende, un mayor valor del inmueble, sin embargo, ello no significa que dichos planos sean originales, ya que esas mejoras no significa la incorporación de la personalidad del autor en la obra, o más aún, no dotan a la construcción de individualidad frente al resto de construcciones de su especie, a través de elementos caprichosos que doten de espíritu creativo a la vivienda, sino que

solo muestra fines funcionales, por ende, dichos planos no puede ser protegido por el derecho de autor.

En ambos casos, se observa que las instancias de mérito han señalado que una creación sería una obra original cuando el autor dote de personalidad e individualidad a la creación, es decir goce de aspectos creativos que lo haga único en su especie. Y precisamente ello resulta confuso, pues los términos, personalidad, individualidad, particularidad y creatividad, no son términos jurídicos sino comunes, entonces uno piensa que el significado que se le otorgaría a cada término sería el que cualquier diccionario de términos señale, así, por ejemplo, para la Real Academia, la creatividad es la facultad de crear, y crear, es producir algo de la nada, es decir, en términos sencillos es hacer algo nuevo.

Pero nuestra jurisprudencia peruana, e incluso lo han establecido como precedente vinculante, la obra original es aquella que es personal, individual y creativa. Y es nuestra judicatura, tanto el Instituto Nacional de Defensa de Competencia y de la Propiedad Intelectual, como los diferentes órganos jurisdiccionales con competencia para ello, quienes valoran cuando una obra es creativa, individual y personal. Es decir, son ellos quienes se adentrarán el ámbito subjetivo del creador para valorar si su obra corresponde a sus características personales y creativas, olvidando que todo ser humano, por ser tal, somos únicos, indivisibles y libres, no copias de otros. Por tal motivo, se caería en el absurdo de decir, si todos los seres humanos somos únicos,

todas las obras son creativas, individuales y personales y como tal son originales, lo cual resulta, a todas luces, erróneo.

Y más absurdo es que, en los casos que se señaló anteriormente, las instancias solo se detienen a señalar que una obra no es original porque no es personal ni creativa, e incluso indican que la obra debe tener espíritu creativo, es decir, lo que se pretende es indagar el ámbito de lo subjetivo, lo inconsciente, lo consciente, en lo que piensa el autor, o como es el autor o como debería ser.

En conclusión, y analizando las resoluciones planteadas en el presente acápite, nuestros juristas se inclinan por adoptar y apoyar la teoría que postula como obra original aquella, que refleja la personalidad del autor, su creatividad, su sello personal, su impronta de la personalidad, sin embargo, dicho criterio resulta ser ineficiente, porque en un sinnúmero de casos (como los analizados anteriormente) los autores no logran la anhelada protección jurídica a su obra, precisamente porque recurren a las instancias administrativas y/o judiciales argumentando vulneración al derecho de autor, y por tanto se proteja su obra por ser de su autoría, pero en primera instancia, puede ser, que se le declare fundada o infundada la pretensión y todo ello adoptando el criterio subjetivo de originalidad de una obra (por ser precedente vinculante), pero como se indica “subjetivo”, el que resuelve, evaluará el caso en función a su arbitrio, a la noción que tenga por criterio subjetivo de obra original, no se basará en un estándar en específico, precisamente porque criterio subjetivo, alude a lo personal de un autor, y

cómo se podría vislumbrar en el plano objetivo esa subjetividad de un autor, qué debería considerar nuestros operadores del sistema judicial (abarcando también el nivel administrativo), cuando pretendan resolver un caso que se base solo en la subjetividad de un autor. Y ello, acarrea que, en primera instancia, muchas veces se declare fundada la pretensión de vulneración de derecho de autor de una obra porque la obra es original. Mientras que en segunda instancia se declare infundada dicha pretensión, porque adoptando el criterio subjetivo, la obra carece de originalidad y por tanto no debe ser protegida por el Derecho de Autor, generando con ello, mayores costos, sea de tipo pecuniario, logístico y de tiempo, en nuestros autores, que tendrán que recurrir incluso a instancias del Poder Judicial, a efectos de que su obra, sea protegida por el Derecho de Autor.

Hablamos precisamente de costos, porque no es lo mismo recurrir a la Oficina de Derecho de Autor, que, a la Sala de Derecho Constitucional de la Corte Suprema, ello genera a parte de un costo económico, un costo en el tiempo, pues cuánto tiempo debe pasar o bien para que una obra sea protegida o bien para que no sea protegida por el Derecho de Autor.

Por ello, es que este criterio resulta ser ineficiente para proteger una obra y adoptar ello, resultaría caer en el absurdo de decir que todas las obras son originales, porque todos los autores tienen su propia personalidad.

Con ello, se puede decir que la primera hipótesis del presente trabajo resulta ser verdadera.

3.3. La inexistencia de un criterio único sobre la originalidad de la obra.

La salvaguarda y protección de una obra, necesita como requisito de fondo, que la misma sea original, y ello nos da a entender la normatividad referida a la protección del derecho de autor y derechos conexos.

En primer lugar, se tiene la Decisión 351, Derecho común sobre Derecho de autor y derechos conexos, en cuyo artículo 3, señala que se entiende por obra, toda creación intelectual original de naturaleza, artística, científica o literaria, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma.

De la misma manera, nuestro Decreto Legislativo 822, Ley sobre Derecho de Autor, en su artículo 2 señala que el significado de obra alude a toda creación intelectual, personal y original, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma, conocida o por conocerse; y en su artículo 5, establece como norma clausus que serán obras protegidas, todas aquellas producciones del intelecto en el dominio literario o artístico, que tengan características de originalidad y sean susceptible de ser divulgadas o reproducidas por cualquier medio o procedimiento conocido o por conocerse.

Aunado a ello, el Reglamento del Registro Nacional del Derecho de Autor y Derechos Conexos, probado mediante Resolución Jefatural 0276-2003/ODA-INDECOPI, en su artículo 6, define a la obra, a efectos de su inscripción, como toda creación intelectual, personal y original, susceptible

de ser divulgada o reproducida en cualquier forma conocida o por conocerse, es decir copia la definición que establece la Ley sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos.

Como se puede observar, en los cuerpos normativos mencionados anteriormente, en cuanto a la definición de obra, señalan que se debe entender como obra a toda creación intelectual, personal y original, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma conocida o por conocerse. En tal sentido, dicha normatividad, señala que la obra es una creación intelectual, personal y original, no encontrándose en ningún acápite de los mismos textos normativos, referencia alguna a lo que debe entenderse por originalidad, lo cual vislumbraría en un vacío normativo del sistema sobre protección del derecho. Y resulta de vital importancia la definición o a menos cierto entender sobre el término, originalidad, pues el Reglamento del Registro Nacional de Derechos de Autor y Derechos Conexos, prescribe que a efectos que una obra se registre y por ende adquiera protección por el derecho de autor, necesita cumplir con los requisitos de fondo establecidos por la normatividad pertinente, aludiendo precisamente al Decreto Legislativo 822, Ley sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos y a la Decisión 351, Decisión Común sobre Derechos de Autor y derechos Conexos, siendo un requisito esencial el que la creación sea original.

Como se desprende la originalidad, resulta ser un concepto clave, para definir lo que es obra, sin embargo al carecer la normatividad pertinente de dicha definición o tal vez de lineamientos que ayuden a determinar cuándo

una obra es original, es que, muchas de las veces, la Dirección de Derechos de Autor y la Sala de Defensa de Propiedad Intelectual del Tribunal de la Defensa de la Competencia y de Protección de la Propiedad Intelectual, cuando se han presentado solicitudes de registro de obras; y por otro lado cuando se han presentado, ante el Poder Judicial, demandas de impugnación de resoluciones administrativas, por uso indebido de obras que le corresponden a tal autor, dichas instancias administrativas y judiciales, han optado en resolver teniendo como base la jurisprudencia comparada y la diversa doctrina.

Sin embargo, la tarea de resolver estos casos prácticos, resulta difícil, ya sea para el registrador como para el juez, precisamente porque dependiendo del sistema normativo, a efectos de determinar la originalidad de una obra, se ha adoptado hasta tres criterios, dos, que a simple vista sería opuesto y uno, que trata de juntar los dos criterios opuestos. En síntesis, se entiende que una obra es original cuando atañe a la personalidad del autor, teoría subjetiva de la originalidad, cuando es nueva, teoría objetiva de la originalidad y por último cuando atañe a la personalidad del autor y es nueva a la vez, teoría ecléctica de la originalidad de la obra.

Autores como Martín Valero (2000), Raquel de Román Pérez (2003), Delia Lipszyc (1993), Ricardo Antequera Parilli (2007), en que existe originalidad, cuando la creación, expresa lo propio del autor, lleva la impronta de su personalidad, al margen de si la creación es nueva o no. Al autor de la creación se le reconocer por las características de su estilo, o también han

dicho que una obra es original cuando refleja la individualidad del autor, su esfuerzo creador, debiéndose dejar la novedad a la propiedad industrial, pues no debe confundirse la novedad, exigible a las soluciones técnicas patentables con la originalidad, propia del derecho de autor, la cual se traduce en el sello de la personalidad del autor. La novedad es propia de las invenciones. La invención debe ser nueva en sentido objetivo, es decir que, el solicitante debe ser el primero que presente la invención para su patentamiento, más ello no quiere decir que las obras no puedan ser novedosas, sin embargo, el derecho de autor no exige la novedad como una condición necesaria de la protección. Se puede decir por ejemplo que la mayoría de obras literarias coinciden en el género, el estilo, la temática, careciendo de novedad, pero en el resultado, tiene un sello personal, aunque no sea novedoso.

Por otro lado, autores como la misma Raquel de Román Pérez (2003), José Miguel Rodríguez Tapia y Fernando Bondía Román (1999), Martín Valero (2000) y Rodrigo Bercovitz Rodríguez Cano (2007), aunque con sus diferentes particularidades, comparten la idea que originalidad y novedad objetiva de la obra son lo mismo.

Sin embargo, para Raquel de Román Pérez (2003), añade que esa novedad no es absoluta, la cual se exige para las invenciones patentables, ya que, los autores toman consciente o inconscientemente elementos creativos que proceden de su acervo cultural, lo cual lo reflejan en su obra, es decir, se habla de una novedad relativa, en el sentido que toda persona no es una tabla rasa

sino que al momento de realizar alguna creación toma algo de lo que ya conoce precedentemente. Este autor es el que indica que, para determinar la originalidad de una obra, se deben comparar la obra plagiada y plagiaria y encontrar diferencias y similitudes.

José Miguel Rodríguez Tapia y Fernando Bondía Román (1999), señalado anteriormente afirma que, solo si la creación es nueva, diferente de las demás de su misma clase, será una obra original, protegible por el Derecho de Autor, lo cual es compartido por Isabel Espín Alba, quien añade que no debe existir ninguna otra obra anterior que le sea idéntica.

Al respecto es Martín Valero, quien también refiere respecto a la novedad absoluta o relativa, donde indica que, en las patentes, se exige que deben ser objetivamente nuevos [novedad absoluta], mientras en el derecho de autor se exige la novedad relativa, es decir, son obras originales, las creaciones relativamente nuevas, basadas en la cultura preexistente.

Por último. hay autores que, al momento de conceptualizar la originalidad de la obra, asumen una postura ecléctica, es decir, para ellos, una obra es original cuando la creación ya sea literaria, artística, científica o de otra índole lleva impresa la personalidad de su autor y a la vez, es nueva.

Así, por ejemplo, José Manuel Otero Lastres (2008), la originalidad de una obra, es una noción objetiva y subjetiva, objetiva porque es una característica de la obra protegible y subjetiva porque es consecuencia de la capacidad

creadora del autor. A ello se le suma, Germán Bercovitz Álvarez (1997), quien, respecto a la originalidad, agrega que puede incluir ambas posturas, objetiva y subjetiva, pues si bien la tutela se origina en la expresión subjetivamente original y personal, la obra [aludiendo a concepción plástica], queda protegida auténticamente en cuanto sea personal y novedoso.

Por otro lado, Roselina Liza (2017), basándose una sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, agrega que una obra es original, cuando se puede diferenciar claramente de obras de terceros, es decir, no es copia de otras, y es así, puesto que el autor le ha impreso elementos propios de su espíritu que la diferencia o individualiza.

Así también, Ricardo Antequera Parilli (2007), aludiendo a la Corte de Casación en Roma, señala que una obra es original y por ende está protegido por la ley cuando representa un contenido de novedad, pero no de novedad absoluta, ya que toda creación artística implica la utilización de elementos preexistentes, pertenecientes al patrimonio común, y siendo ello así, basta que, el artista haya sabido organizar esos elementos de una manera nueva, imprimiéndoles el sello característico de su personalidad. Lo importante de este autor es que, citando a José de Oliveira Ascensáo, hace referencia al quantum de la creación o lo que es una obra de calidad, recalcando que, la obra por el hecho de ser obra, resulta protegida, no requiriendo la ley cuánto de creación debe tener.

Como se puede observar, a nivel doctrinario, existen diversas posturas, criterios, dogmas, etc., respecto a la originalidad de la obra, y ello, no termina allí, puesto que precisamente basándose en esas teorías o criterios nuestra jurisprudencia nacional, también establecen sus propios criterios cuando se presentan registros de obra, o cuando se presenta alguna litis, donde se tenga que vislumbrar la originalidad de una obra. A ello se hará alusión a continuación.

En la Resolución 1352-2015/TPI-INDECOPI, de fecha, 30 de marzo de 2015, del expediente 1040-2013/ODA, la Sala Especializada en Propiedad Intelectual del Tribunal de Defensa de la Competencia y de La Propiedad Intelectual, donde la Asociación Peruana de Empresas de Investigación de Mercados, solicitó el registro, como obra literaria del texto “Formulario de NSE APEIM”, cuyo autor era Hernán Felipe Chaporro Melo, la Sala de manera contradictoria señala que, de conformidad al artículo 1 de la Decisión 351 concordante con el artículo 3 del Decreto Legislativo. 822, están protegidas todas las obras del ingenio, cualquiera sea su género, forma de expresión, mérito o finalidad. Señala que para el derecho de autor, la calidad de la obra no representa un criterio para distinguir entre las obras protegidas y las que no son susceptibles de protección, sin embargo, a su consideración, el hecho que sea irrelevante el objeto, la utilidad, el valor económico, el buen o mal gusto de la obra, no significa que la Administración deba renunciar a todo tipo de enjuiciamiento a efectos de otorgar una protección por Derecho de Autor; por ello para proteger o no una obra por Derechos de Autor, es necesario determinar qué grado de creatividad

personal ha sido expresado por el autor, no analizándose las características estéticas o calidades artísticas, sino si la obra tiene el sello de creación individual.

En la resolución 0030-2009/CDA-INDECOPI, recaída en el expediente 001174-2008/ODA, en el procedimiento iniciado por el señor José Manuel Ramírez Caldas, contra Juan Carlos Paz Cárdenas, por presunta infracción al derecho moral de paternidad, la Dirección de Derecho de Autor, cuando analiza las condiciones para proteger una obra, señala como uno de ellas, a la originalidad, y citando a Ricardo Antequera Parilli (2007) y a Delia Lipszyc (1993), establece que la originalidad radica en el sentido de la individualidad y no de la novedad, pues lo exigido es que el producto sea creativo, por su forma de expresión, tenga rasgos propios que lo diferencien de cualquier otro de su mismo género. O también que la originalidad reside en la expresión o forma representativa creativa o individualizada de la obra, por mínimas que sean esa creación y esa individualidad, no habiendo obra, si ese mínimo no existe. Asimismo, indica que, en la doctrina comparada, existen distintos conceptos de originalidad, por lo tanto, quien efectúe un análisis para determinar la originalidad de una obra, debe previamente definir el concepto de originalidad usado, pues en el caso de establecerse un concepto de originalidad muy riguroso o un estándar muy alto en su apreciación, muchos géneros de obras podrían quedar al margen de la protección.

Muy interesante resulta la Resolución 0348-2010/CDA-INDECOPI, emitida dentro del expediente 00784-2010/ODA, de fecha, 11 de junio de 2010, en el procedimiento iniciado por MATTEL INC., contra la empresa BLACK & WHITE INVESTMENT S.A.C., por presunta infracción al derecho de importación de obras artísticas, donde la Comisión de Derecho de Autor, señala que, siguiendo a Ricardo Antequera Parilli (2007), la originalidad radica en el sentido de la individualidad y no de la novedad, sin embargo citando a Isidro Satanowsky, refiere que la originalidad se presume y quien la niega debería probarla. Pero asimismo establece, de una forma muy particular que, al no establecer el Convenio de Berna, un concepto estándar de originalidad o por lo menos los criterios mínimos para que la legislación pueda determinarla, los países miembros de Berna, no se encuentran obligados a aplicar un estándar uniforme en su evaluación, por lo que siempre existirá la posibilidad de que sobre la base de interpretaciones judiciales o administrativas diversas, algunas obras, en especial el software, las obras de arte aplicado, las obras fotográficas, las obras televisivas, algunos personajes, entre otras, se encuentren protegidas en algunos países y en otros, no. Agrega que, los diversos conceptos de originalidad, como la impronta de la personalidad del autor, o el de individualidad, que exige que la obra plástica tenga cierta particularidad o peculiaridad creativa hasta llegar al grado extremo, propugnado por la doctrina alemana, de exigir cierto grado de particularidad o nivel creativo, pudiendo emplearse siempre y cuando sirvan para otorgarle a la obra la protección necesaria y no para excluirlas de dicha protección. Así, si ciertas categorías de obras no pueden pasar por ninguno de los exámenes, antes descritos, la Comisión se apartará del

precedente de observancia obligatoria, establecido por la Sala de Propiedad Intelectual del INDECOPI, por tanto, presumirá la originalidad de la obra por mínima que sea y solo analizará la originalidad de una obra, en el supuesto que la denunciada alegue falta de originalidad. En tal sentido, con la finalidad de proteger la obra como resultado de la actividad creativa, sin importar su género, mérito o finalidad, la Comisión considera que el concepto de originalidad que debe emplearse dependerá del tipo de obra, objeto de análisis en cada caso en concreto.

Ahora bien, a nivel administrativo, ya el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, emitió mediante Resolución 286-1998/TPI-INDECOPI, de fecha, 23 de marzo de 1998, recaída en el expediente 663-96 ODA AI, donde Agrotrade S.R. L.T.D.A. (PERÚ), interpone denuncia por infracción a la legislación de derechos de autor contra la empresa Infutecsa E.I.R.L., porque esta última plagió íntegramente y sin consentimiento parte del texto de la etiqueta publicitaria correspondiente al producto ALPHA CPL 10 CE, de titularidad de la denunciante, pues la Sala de Propiedad Intelectual del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del INDECOPI, señaló que, 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 individualidad lo que ya forma parte del patrimonio cultural, 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 la forma de expresión que se reduce a una simple técnica o a instrucciones simples que solo 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. Continúa señalando que, a diferencia de los países de tradición jurídica anglosajona, en la cual se exige que la obra provenga del autor y que no haya sido copiada, en los países de tradición jurídica latina como el nuestro, se exige que la obra refleje la personalidad del autor, sea individual y tenga altura creativa, por ello la originalidad de la obra reside en la expresión creativa e individualizada de la obra, por mínimas que sean esa creación y esa individualidad. Si bien toda obra es el producto del esfuerzo de su creador, no todo lo producido con el esfuerzo merece protección por derechos de autor, pues solo será posible en la medida que la creación tenga elementos de originalidad suficientes para ser considerado como obra. Admitir lo contrario implicaría proteger incluso aquello que no es objeto de protección por derechos de autor, como la elaboración de la lista de películas que se exhiben en los cines. Igualmente, la originalidad sirve para diferenciar las obras protegidas por derechos de autor de las banales, de la vida diaria, rutinarias. Sin embargo, de acuerdo a las circunstancias de un caso particular, un pequeño grado de creatividad intelectual puede ser suficiente para determinar que la obra sea original o individual. Siendo ello así, la originalidad constituye un filtro para la concesión de protección en el caso en concreto. Pero el requisito de originalidad o individualidad también sirve para determinar el alcance de la protección del derecho de autor. Solo se protege contra plagio aquella parte de la obra que refleje la individualidad del autor.

Ahora bien, la determinación de, si una obra es original constituye una cuestión de hecho. Se trata además de una noción subjetiva, en la medida que la originalidad no puede apreciarse de la misma manera en todas las obras. En ese orden de ideas, para el derecho de autor, el término creación no tiene el significado corriente de sacar algo de la nada y la originalidad de la obra no tiene que ser absoluta, por lo tanto, no es necesario que la inspiración del autor esté libre de toda influencia ajena.

Por otro lado, también a nivel de nuestros órganos del poder judicial, se ha establecido como precedente vinculante, lo relativo a la originalidad de una obra arquitectónica, ello se puede observar en la Casación 1686-2011, Lima, de fecha, 18 de setiembre de 2014, sobre impugnación de resolución administrativa por uso indebido de una creación, donde la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, señaló que una obra es una creación personal y original, la originalidad exige la existencia de un rasgo de individualidad en la obra obtenida por el autor y que refleja la huella creativa del mismo, en tanto que constituye el resultado de su esfuerzo creador, es decir, posee suficientes características propias que permitan distinguirla de cualquier otra de su mismo género. Añade que a diferencia de lo que ocurre en el resto de ámbitos creativos, que se mueven absolutamente en el campo del capricho del autor, en la arquitectura, el diseño de las construcciones se encuentra informado en elementos técnicos y funcionales, que son guiados por normas de la técnica y los parámetros urbanísticos-normativos que dirigen el diseño de las construcciones. Por ello, para contar con originalidad, la obra

arquitectónica debe tener elementos que no solo respondan a la funcionalidad o naturaleza del bien, sino que implique la impregnación de la individualidad o personalidad del autor, a través de actos creativos, como sería la incorporación de formas o disposiciones caprichosas, que logren dotar de una individualidad artística, independientemente del mérito estilístico o valor concreto que se le pueda atribuir, se habla entonces de personalidad artística del autor. Concluyendo entonces que, la originalidad de una obra arquitectónica, se debe buscar en los rasgos creativos, individuales, particulares, que atañen a la personalidad del autor, distanciados de los fines propios del modelo utilizado, de las normas técnicas y urbanísticas, y en cuanto a la obra arquitectónica derivada, a fin de que sea protegida por el derecho de autor, también deberá responder a la personalidad del autor o creador.

Revisado algunas de las jurisprudencias -anteriormente mencionadas-, tanto del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, como de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de la República del Perú, se puede observar que a pesar de existir dos precedentes de observancia obligatoria, dados con la finalidad de uniformizar la jurisprudencia en lo que al tema atañe, los diversos órganos administrativos y jurisdiccionales se han apartado de ello, e incluso hay quienes han establecido apartarse de dichos precedentes vinculantes y establecer su propio criterio, porque precisamente, en cuanto al tema de originalidad de la obra, existe en la doctrina distintos criterios y posiciones y

como no están obligados a resolver de tal o cual forma, consideran en virtud al criterio discrecional, resolver de la manera que mejor les corresponda.

Antes de comentar sobre las resoluciones en cuestión, sería necesario recalcar que, si bien se ha establecido como hipótesis, la inexistencia de un criterio legal único sobre la originalidad de la obra, lo que se pretende demostrar es la inexistencia de un criterio único sobre la originalidad de la obra, no legal, precisamente por nuestra legislación sobre derecho de autor, presenta un vacío normativo, en cuanto al concepto de originalidad, pues solo ha establecido de manera literal, que la obra es la creación personal y original.

Por otro lado, se señala también, por un lado que una obra debe tener un mínimo de creatividad para que pueda ser protegida como obra original, asimismo se indica que no todo lo creado por el ser humano puede merecer tutela por derechos de autor, pues se protegería lo banal, y lo que llama la atención es que han llegado al extremo de decir que la originalidad se presume y quien alegue falta de originalidad, debe probarlo, trayendo como consecuencia lógica que toda obra pueda ser registrada por ser original.

Ello es lo que sucede en la jurisprudencia, otro tanto se ve en la doctrina, donde cada autor que fue citado tiene su propio criterio, pero aun así no deja de opinar que sea de otra forma, es decir, si bien la originalidad podría aludir a la personalidad del autor, también podría aludir a la novedad, aunque sea relativa, o pueden ser ambas.

Y como se mencionó en la Resolución 0348-2010/CDA-INDECOPI, emitida dentro del expediente 00784-2010/ODA, cada quien asumirá su propio criterio sobre la originalidad de la obra y de ello dependerá la protección o no de determinada creación, generando una total arbitrariedad.

Haciendo un recuento, y contrastando la presente hipótesis, se debe tener en cuenta que, analizando cada resolución planteada en el presente acápite, nuestros operadores del Derecho, si bien al fundamentar el concepto de obra original en el caso concreto, aluden a la teoría subjetiva o de la personalidad del autor, y hacen una argumentación extensiva referente a ello, pero implícitamente reconocen otros criterios para entender el término obra original. Por ejemplo, mencionando una de las tantas que ya se señaló anteriormente, en la resolución 286-1998/TPI-INDECOPI, de fecha, 23 de marzo de 1998, la Sala de Propiedad Intelectual del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del INDECOPI, señaló que, 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 (...). (...) Se trata además de una noción subjetiva, en la medida que la originalidad no puede apreciarse de la misma manera en todas las obras. “En ese orden de ideas, para el derecho de autor, el término creación no tiene el significado corriente de sacar algo de la nada y la originalidad de la obra no tiene que ser absoluta, por lo tanto, no es necesario que la inspiración del autor esté libre de toda influencia ajena”. Como se puede ver en esta resolución, la Sala si bien alude en un principio a la teoría subjetiva de originalidad de una obra, al terminar la

fundamentación, alude a la teoría objetiva, que considera como obra original aquella que es nueva, pero no precisamente a una novedad absoluta, sino a una novedad relativa, pues alude a que ninguna obra está libre de influencia ajena, y no implica sacar algo de la nada. Y lo mismo ocurre en la doctrina predominante, pues defienden la teoría objetiva o de la personalidad del autor, la teoría objetiva o de la novedad de una obra, o la teoría ecléctica, como se pudo ver en esta última resolución, incluso se deja la posibilidad que los operadores judiciales en función a tal o cual posición que tenga adopten el criterio que más se acomode al caso en concreto.

Con ello, queda establecido que, tanto en nuestra jurisprudencia nacional como en la doctrina, no existe un solo criterio que determine la originalidad de una obra, sino que existen a parte de los criterios señalados en el acápite del Marco Teórico, otros como, por ejemplo, el de altura creativa, sello personal, tinte personal, novedad absoluta y otros. Por tanto, la segunda hipótesis de la presente investigación, de que existen tanto en la doctrina como en la jurisprudencia nacional (amparada en la doctrina vigente), distintos criterios sobre lo que debe entenderse por obra original, queda demostrada, siendo verdadera.

3.4. La inseguridad jurídica por aplicación de criterios disímiles sobre la originalidad de la obra.

Nuestro sistema jurídico, precisamente al ser un sistema es un todo, donde sus partes están relacionados unos con otros, conformando una unidad

sistemática, o al menos se piensa que debería ser así, es por ello que en un sistema se presume la no existencia de lagunas o vacíos legales, sin embargo, nadie puede negar que nuestro ordenamiento jurídico presenta vacíos legales, y ello es lo que se observa en nuestra legislación sobre derecho de autor y derechos conexos, cuando nuestro legislador no reguló lo que debería entenderse por obra original, y podría suponer que ello fue así, por lo confuso de dicha noción, debido a la existencia tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial de distintos criterios sobre obra original, o tal vez porque comprendió que el ser humano en su complejidad, crearía un sinfín de obras, que un concepto único de originalidad, tal vez como dicen los anteriores autores, daría cabida a dejar de proteger algunas de ellas.

Muy aparte de ello, lo que debería tenerse presente es que, cada individuo integrante de una sociedad, que se rige por un sistema normativo, tiene la confianza en dicho sistema normativo, por ende, cuando dicho sistema no funciona tal como debería, el mismo individuo tiene incertidumbre por lo que pueda suceder más adelante.

Para ejemplificar ello, primero véase la resolución 286-1998/TPI-INDECOPI, de fecha, 23 de marzo de 1998, sobre Agrotrade S.R. L.T.D.A. (PERÚ), y la empresa Infutecca E.I.R.L., donde la Sala de Propiedad Intelectual del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del INDECOPI, señala que la 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 (...). Si bien toda obra es el producto del esfuerzo de su creador, no todo lo producido con el esfuerzo merece protección por derechos de autor, pues solo será posible en la medida que la creación tenga elementos de originalidad suficientes para ser considerado como obra. Sin embargo, de acuerdo a las circunstancias de un caso particular, un pequeño grado de creatividad intelectual puede ser suficiente para determinar que la obra sea original o individual. El requisito de originalidad o individualidad también sirve para determinar el alcance de la protección del derecho de autor. Solo se protege contra plagio aquella parte de la obra que refleje la individualidad del autor. Ahora bien, la originalidad no puede apreciarse de la misma manera en todas las obras. En ese orden de ideas, para el derecho de autor, el término creación no tiene el significado corriente de sacar algo de la nada y la originalidad de la obra no tiene que ser absoluta, por lo tanto, no es necesario que la inspiración del autor esté libre de toda influencia ajena.

También se tiene la Casación 1686-2011, Lima, de fecha, 18 de setiembre de 2014, donde la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, establece que una obra es una creación personal y original, la originalidad exige la existencia de un rasgo de individualidad en la obra obtenida por el autor y que refleja la huella creativa del mismo, en tanto que constituye el resultado de su esfuerzo creador, es decir, posee suficientes características propias que permitan distinguirla de cualquier otra de su mismo género. Añade que a diferencia de lo que ocurre en el resto de ámbitos creativos, que se mueven absolutamente

en el campo del capricho del autor, en la arquitectura, el diseño de las construcciones se encuentra informado en elementos técnicos y funcionales, que son guiados por normas de la técnica y los parámetros urbanísticos-normativos que dirigen el diseño de las construcciones. Por ello, para contar con originalidad, la obra arquitectónica debe tener elementos que no solo respondan a la funcionalidad o naturaleza del bien, sino que implique la impregnación de la individualidad o personalidad del autor, a través de actos creativos, como sería la incorporación de formas o disposiciones caprichosas, que logren dotar de una individualidad artística, independientemente del mérito estilístico o valor concreto que se le pueda atribuir, se habla entonces de personalidad artística del autor. En síntesis, la originalidad de una obra arquitectónica, se debe buscar en los rasgos creativos, individuales, particulares, que atañen a la personalidad del autor, distanciados de los fines propios del modelo utilizado, de las normas técnicas y urbanísticas, y en cuanto a la obra arquitectónica derivada, a fin de que sea protegida por el derecho de autor, también deberá responder a la personalidad del autor o creador.

Mediante Resolución 0348-2010/CDA-INDECOPI, de fecha, 11 de junio de 2010, en el procedimiento iniciado por MATTEL INC., contra la empresa BLACK & WHITE INVESTMENT S.A.C., la Comisión de Derecho de Autor, señala que, la originalidad radica en el sentido de la individualidad y no de la novedad, sin embargo, citando a Isidro Satanowsky, refiere que la originalidad se presume y quien la niega debería probarla. Pero asimismo establece, de una forma muy particular que, al no establecer el Convenio de

Berna, un concepto estándar de originalidad o por lo menos los criterios mínimos para que la legislación pueda determinarla, los países miembros de Berna, no se encuentran obligados a aplicar un estándar uniforme en su evaluación, por lo que siempre existirá la posibilidad de que sobre la base de interpretaciones judiciales o administrativas diversas, algunas obras, en especial el software, las obras de arte aplicado, las obras fotográficas, las obras televisivas, algunos personajes, entre otras, se encuentren protegidas en algunos países y en otros, no. Agrega que, los diversos conceptos de originalidad, como la impronta de la personalidad del autor, o el de individualidad, que exige que la obra plástica tenga cierta particularidad o peculiaridad creativa hasta llegar al grado extremo, propugnado por la doctrina alemana, de exigir cierto grado de particularidad o nivel creativo, pudiendo emplearse siempre y cuando sirvan para otorgarle a la obra la protección necesaria y no para excluirlas de dicha protección. Así, si ciertas categorías de obras no pueden pasar por ninguno de los exámenes, antes descritos, la Comisión se apartará del precedente de observancia obligatoria, establecido por la Sala de Propiedad Intelectual del INDECOPI, por tanto, presumirá la originalidad de la obra por mínima que sea y solo analizará la originalidad de una obra, en el supuesto que la denunciada alegue falta de originalidad. En tal sentido, con la finalidad de proteger la obra como resultado de la actividad creativa, sin importar su género, mérito o finalidad, la Comisión considera que el concepto de originalidad que debe emplearse dependerá del tipo de obra, objeto de análisis en cada caso en concreto.

A entender de las resoluciones señaladas anteriormente, la originalidad de una obra reside en la individualidad del autor, en la impronta de su personalidad y en su creatividad, y al ser establecidas como precedente vinculante, resulta su obligatorio observancia en los distintos casos que se presenten, es decir, cualquier conflicto de intereses donde se busque la protección jurídica de una obra, el operador jurídico, al momento de evaluar los requisitos de fondo de una obra, cuando se refiera a que si la obra posee originalidad, aplicará la teoría subjetiva o de la personalidad del autor para decidir si una obra es original o no, lo que podría evidenciar que no existe problema alguno respecto de ello, sin embargo, es la misma omisión de Derecho de Autor del Indecopi, quien ha señala en numerosas jurisprudencias que, al no existir un criterio estándar de originalidad de la obra, y siendo de la Convención de Berna no lo ha establecido, deja al arbitrio de cada juzgador, según el caso en concreto, aplicar cualquier criterio de originalidad de obra, el que considere adecuado, y lleva al extremo de indicar que todas las obras son originales y quien niegue lo contrario debería probarlo. Ello genera pues que, en los autores no exista la convicción de tal o cual forma resolverá el operador del Derecho, pues en ciertas ocasiones la obra será protegida por ser original y en otras no, debido a que en algunos casos se aplicará la teoría subjetiva o de la personalidad del autor, en otros la teoría objetiva o de la novedad, por resultar más beneficiosa objetivamente, y en unos últimos, la teoría ecléctica, porque se valorará que la obra exprese la personalidad del autor y a su vez, que si bien se base en la cultura preexistente no tenga similitudes a ella. Por último, en algunas oportunidades, o faltará algún juzgador que señale que la obra es original y

quien niegue esa falta de originalidad, debe probarlo, llegando al absurdo de proteger todas las obras del ingenio por más banales que fueran.

A ello nos referimos cuando hacemos alusión a la inseguridad jurídica que genera este sistema de protección de una obra por nuestro Derecho de Autor, pues en las resoluciones analizadas en el presente acápite, los autores han recurrido a la protección de su obra, alegando la vulneración de Derechos de Autor, y la Comisión de Derecho de Autor, en algunas oportunidades ha amparado su derecho en otras no, mientras que en Sala les ha revocado dichas pretensiones o en sentido contrario. Ello es así, en cualquier área del Derecho, sin embargo, establecer un criterio, haría más factible la resolución de estos casos, sin generar mayor fundamentación.

Por todo, lo anteriormente expuesto, nuestra tercera hipótesis de la inseguridad jurídica que genera en la *praxis*, la aplicación práctica de distintos criterios, queda demostrada, siendo verdadera.

CAPÍTULO IV

FORMULACIÓN DE PROPUESTA

4.1. Propuesta legislativa, respecto a incorporar la teoría ecléctica, con el fin de determinar la originalidad de la obra en el Decreto Legislativo, N° 822, Ley sobre Derecho de Autor.

4.1.1. Fundamentos.

Tal como se ha establecido en el acápite 2.5.2. del marco teórico de la presente investigación, el término, obra original, ha sido concebida, tanto por la doctrina como la jurisprudencia nacional, desde distintas posiciones; desde un ámbito subjetivo, si se quiere entender a la originalidad de la obra, como la personalidad o creatividad del autor, desde un ámbito, objetivo, si se considera a una obra que se basa en lo establecido con anterioridad (cultura preexistente), y desde una posición intermedia, si se quiere entender a la obra como el reflejo de la personalidad del autor y a su vez, que se haya basado en la cultura preexistente.

Nuestra Legislación sobre Derecho de Autor, al referirse al término “obra”, solo ha indicado que es una creación artística, científica o literaria, que tenga características de originalidad, sin hacer incapié a lo que debe entenderse por obra original, sobre todo cuando, la originalidad resulta ser un requisito de fondo para determinar la vulneración a los Derechos de autor de una obra. Dicha falencia ha querido ser salvada por la jurisprudencia nacional, y en los

innumerables casos sobre vulneración a los Derecho de Autor de una obra, se ha interpretado desde distintas posiciones el término de obra original, siendo que en algunos casos, se ha protegido una obra, mientras que en otros, ha quedado desprotegida; por ello, y para unir criterios, tanto la Sala de Propiedad Intelectual del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del INDECOPI, como la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, han establecido como precedente vinculante que “cuando se verse la protección de una obra, debe entenderse por obra original, la personalidad del autor, o su creatividad”, dando a entender que nuestra jurisprudencia nacional se inclina por entender como obra original lo que señale la teoría subjetiva. Sin embargo, la interpretación dada a dicho criterio, según la instancia donde se ventile la vulneración de Derechos de autor de una obra, no ha sido uniforme, pues, para proteger o desproteger una obra, han ido más lejos, desde concebir como obra original, lo que refleja la personalidad de su autor, su creatividad, su fuero interno, su sello personal, a indicar que debe existir un mínimo de creatividad y en todo caso, como el Convenio de Berna no establece una concepción de originalidad de obra, cada país, interpretará de la manera que más le resulte, cayendo en el absurdo de decir que todas las obras son originales y quien niegue ello, está obligado a probarla. Es decir, a pesar de existir precedente vinculante sobre la interpretación que se debe dar al término originalidad de una obra, nuestras Salas, en el caso en

concreto pueden apartarse de ello y fundamentar en otro sentido, pues no existe una obligación de fundamentar en tal o cual manera.

Por ello, es que se ha pretendido, no solo uniformizar las distintas posiciones sobre originalidad, en una sola, que vendría a ser la teoría ecléctica, sino enfatizar en aquellas razones jurídicas que permitan establecer dicha teoría a efectos de determinar la originalidad de una obra, y por último, proponer una alternativa legislativa sobre la conceptualización que debe tener el término original en el Derecho de Autor Peruano.

Dicha concepción de teoría ecléctica de originalidad de la obra, no es más que una aportación en el presente trabajo de investigación, pero en sí, solo el término, puesto que su conceptualización o noción deriva del mismo análisis dogmático, que se ha realizado tanto de la jurisprudencia como de la doctrina, y que implica la unión de las dos teorías (subjetiva y objetiva relativa), a fin de poder salvaguardar las obras de muchos autores, dejando de lado las interpretaciones arbitrarias realizadas por los distintos operadores del Derecho.

En tal sentido, sería necesario la modificación del artículo 2 inciso 17 del Decreto Legislativo 822, Ley sobre Derecho de Autor.

Texto vigente

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***

(eliminado) y original, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma conocida o por conocerse.

Texto modificado

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 original, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma conocida o por conocerse. **La obra es original cuando refleja la personalidad expresa de su autor y cuando se basa en la cultura preexistente.***

4.1.2. Fuentes

El término “originalidad” en el ámbito del Derecho de Autor, no ha sido abordada por legislación alguna, ni nacional ni supranacional, tanto así que, en la legislación comparada (países como Francia, España, Argentina y otros), se ha limitado o bien, a especificar lo que debe entenderse por obra, o bien, hacer un listado de las clases de obras que puedan existir, sin embargo, no se han detenido a analizar la noción de obra original, más aún, cuando resulta de vital importancia para la protección de las innumerables obras que hoy en día, buscan tutela. Es la jurisprudencia, -basándose en la doctrina imperante- quien se ha encargado de definir dicho término, en los distintos casos que se han presentado sobre protección de obras. Siendo ello así, para la jurisprudencia, existe más de un criterio sobre originalidad de obra, ya sea que se defienda la personalidad del autor, la cultura preexistente que tenga el autor, el sello creativo, la altura creativa u otros. Sin embargo, para la presente investigación, a efectos de uniformizar criterios, se ha considerado oportuno unir el criterio subjetivo y objetivo de la originalidad de la obra, dando origen a la

teoría ecléctica de la originalidad de la obra, teniendo como base el precedente vinculante, establecido mediante Resolución 286-1998/TPI-INDECOPI, recaída en el expediente 663-96 ODA AI, donde la Sala de Propiedad Intelectual del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del INDECOPI, estableció:

“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. (...) La Sala es de opinión que, la originalidad de la obra reside en la expresión [o forma representativa] creativa e individualizada de la obra, por mínimas que sean esa creación y esa individualidad. En ese orden de ideas, para el derecho de autor, el término creación no tiene el significado corriente de sacar algo de la nada y la originalidad de la obra no tiene que ser absoluta, por lo tanto, no es necesario que la inspiración del autor esté libre de toda influencia ajena (...).”

Así como también, el precedente vinculante establecido por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, mediante Casación 1686-2011, Lima, donde, estableció que:

Como se puede apreciar, del análisis de estos dos precedentes vinculantes (siendo los únicos)

“El requisito de originalidad, desde un ámbito subjetivo, se refiere a la personalidad del autor y desde un ámbito objetivo, implica únicamente la ausencia de copia de una obra anterior, y que no implica necesariamente la novedad de la creación, sino que exige necesariamente la existencia de un rasgo de individualidad en la obra obtenida por el autor (...).”

Como se puede apreciar, del análisis de estos dos precedentes vinculantes (siendo los únicos), nuestra jurisprudencia nacional

implícitamente propugna la tesis de la teoría que une tanto el criterio subjetivo de la originalidad de la obra, como el criterio objetivo –en su matiz relativa- de la originalidad de la obra, lo que viene a ser (a criterio del autor) la teoría ecléctica de la originalidad de la obra. Por lo tanto, y es en función a ello que se ha esbozado la propuesta antes indicada.

Conclusiones

1. En la doctrina y jurisprudencia nacional, se utiliza reiteradamente el criterio subjetivo de la personalidad del autor, haciendo referencia a que una obra posee características de originalidad cuando posea la personalidad y el sello creativo de su autor, sin embargo, resulta ser ineficiente pues no cumple con su función de alcanzar los resultados deseados por los autores, generando un sinnúmero de costos.
2. En la doctrina, jurisprudencia nacional y el Derecho comparado, existe tres criterios que determinan la originalidad de la obra, siendo que, una obra será original cuando, refleje la personalidad del autor (teoría subjetiva), sea novedosa (teoría objetiva), o refleje la personalidad de su autor y a su vez sea novedosa relativamente (teoría ecléctica).
3. En innumerables resoluciones del Tribunal del INDECOPI, se observa que existe la aplicación de manera arbitraria de los tres criterios sobre originalidad de una obra, siendo que en algunos casos se inclinan por la teoría subjetiva, otras veces, por la teoría objetiva y en unas últimas por la teoría ecléctica, generando desconfianza en los autores respecto a la protección de su obra.
4. En la jurisprudencia nacional, nuestros juristas, si bien defienden a teoría subjetiva de la personalidad del autor, cuando resuelven los distintos casos presentados, en su interpretación y análisis del caso en concreto terminan por fundamentar haciendo alusión a la teoría ecléctica de la originalidad de la

obra. Por ello, se busca la incorporación de esta teoría ecléctica como significado de la originalidad de la obra en el articulado correspondiente, en nuestra legislación sobre Derecho de Autor.

Recomendaciones

1. De tipo teórico.

Se recomienda a los estudiosos de Derecho, que investiguen en el ámbito del Derecho de Autor, específicamente, en temas relacionados en la protección jurídica de una obra, por ejemplo, en las consecuencias jurídicas que acarrearía la incorporación de un artículo que determine lo que debe entenderse por originalidad de una obra.

2. De tipo práctico.

2.1. Se recomienda a los actores jurídicos, que cuando analicen un caso que tenga que ver con la protección jurídica de una obra, tenga en cuenta lo establecido en la presente investigación, pues, la originalidad de una obra no debe ser entendida de otra manera que cuando refleja la personalidad de su autor y cuando se basa en la cultura preexistente.

2.2. Se recomienda a nuestros legisladores, regular en materias que no solo conciernan al Derecho Civil y/o Penal, sino también, en Derecho de autor, respecto a la protección jurídica sobre las obras de nuestros autores, a fin de que sus obras sean tuteladas de la manera más favorable posible, evitando generar la desconfianza en nuestro sistema sobre Derecho de Autor.

LISTA DE REFERENCIAS

Libros

Antequera Parilli, R. (2007). *Estudios de Derecho de Autor y Derechos afines*.

Madrid: Reus.

Antequera Parilli, R., & Ferreyros Castañeda, M. (1996). *Nuevo Derecho de Autor en el Perú*. Lima: Reporting.

Baylos Corroza, H. (1993). *Tratado de Derecho Industrial*. Madrid: Civitas.

Bercovitz Álvarez, G. (1997). *Obra plástica y derechos patrimoniales de su autor*. Madrid: Tecnos.

Bercovitz Rodríguez-Cano, R. y. (2007). *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Madrid: Tecnos.

Borda, G. (1984). *Tratado de Derecho Civil*. Buenos Aires: Perrot.

Caballero Leal, J. L. (2004). *Derecho de Autor para autores*. México: Cerlalc.

Canaval Palacios, J.P. (2008). *Manual de Propiedad Intelectual*. Argentina.

Universidad del Rosario.

De Román Pérez, R. (2003). *Obras musicales, compositores, intérpretes y nuevas tecnologías: colección de propiedad intelectual*. Madrid: Reus S.A.

Espín Alba, I. (1999). *La originalidad en la protección de las obras fotográficas: actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*. Madrid.

Fernández Delpech, H. (2001). *Manual de los Derecho de Autor*. Buenos Aires: Heliasta.

- Lipszyc, D. (1993). *Derecho de Autor y derecho conexos*. Buenos Aires: UNESCO/CERLAC/ZAVALIA.
- Liza, R. (2017). *Creyendo y creando. Obra y originalidad*.
- Otero Lastres, J. M. (2008). La Originalidad de las obras plásticas y las nuevas tecnologías. *Revista Jurídica del Perú*.
- Ramos Néstor, A. (2011). *La Filosofía de Miguel Reale*. Argentina: Universidad Fasta Ediciones.
- Rodríguez Tapia, J. M., & Bondía Román, F. (1999). *Comentarios a la Ley de Propiedad Industrial*. Madrid: Civitas.
- Rodríguez, R. M. (2007). *Los Nuevos Desafíos de los Derechos de Autor en Ecuador*. Quito: Corporación Editora Nacional.
- Ruipérez Azcárate, C. (2012). *Colección de propiedad intelectual: Las obras del espíritu y su originalidad*. Madrid: Reus.
- Sánchez Aristi, R. (1999). *La Propiedad Intelectual sobre las Obras Musicales*. Granada: Comares.
- Sumarriva Gonzales, V. (2005). *Derecho de Autor*. Lima: edial.
- Valero, M. (2000). *Obras fotográficas y meras fotografías*. Valencia: Tirant to Blanch.

ANEXOS

ANEXO I

RESOLUCIÓN N° 286-1998-TPI-INDECOPI

EXPEDIENTE N° 663-96 ODA/AI

DENUNCIANTE: AGROTRADE S.R.LTDA.

DENUNCIADO: INFUTECSA E.I.R.L.

Lima, veintitrés de marzo de mil novecientos noventa y ocho.

I. ANTECEDENTES

Con fecha 24 de mayo de 1996, Agrotrade S.R.Ltda. (Perú) interpone denuncia por infracción a la legislación de derechos de autor contra la empresa InfuteCSA E.I.R.L. (Perú). La denuncia se fundamenta en el hecho que la firma InfuteCSA E.I.R.L. plagió íntegramente y sin consentimiento parte del texto de la etiqueta publicitaria correspondiente al producto ALPHA CPL 10 CE de titularidad de la denunciante, en cuanto a su diseño, descripción y redacción.

Con fecha 4 de junio de 1996, InfuteCSA E.I.R.L. absolvió el traslado de la denuncia, manifestando que la Ley de Derechos de Autor no ampara como obra literaria o artística el recetario e indicaciones de un producto químico como es el caso de la "Alfacypermetrina", nombre genérico de un insecticida. En tal sentido, sostuvo que la composición química, propiedades, precauciones, instrucciones de uso, dosificación y aplicación están compuestas por una serie de elementos genéricos y descriptivos en relación al producto, y por lo tanto, los mismos no pueden ser exclusivos de una firma comercial, sino más bien todos ellos son de uso común. Finalmente, señaló que no ha actuado con el ánimo de competir deslealmente con empresa alguna, dado que la redacción literaria de su producto es la más usual en el mercado nacional, no obstante, lo cual, precisa que, si las Autoridades lo creen conveniente, estarían dispuestos a efectuar una modificación del contenido literario. Adjuntó copia de las etiquetas de los productos CIPERMEX y POINT ALPHAMAX.

Con fecha 18 de junio de 1996, se llevó a cabo la diligencia de comparendo, a la que asistió únicamente el representante de la empresa denunciante, Julio Paredes Maceda. El Sr. Paredes solicitó que se le imponga una multa al denunciado y el pago de los derechos de autor devengados, precisando que en caso de haber solicitado su autorización para el uso de la etiqueta habría pedido una compensación económica que se hubiera reflejado en el 50% del precio de venta del producto. Pidió asimismo, el cese de la actividad ilícita y la entrega de las etiquetas para su destrucción.

Mediante Resolución Jefatural N° 157-96-ODA-INDECOPI de fecha 20 de junio de 1996, la Oficina de Derechos de Autor estableció que la redacción sobre las propiedades de un insecticida contenida en la etiqueta publicitaria del producto ALPHA CPL 10 CE implica una forma de expresión determinada, es consecuencia de un esfuerzo creativo, y por tanto protegible dentro de la esfera del derecho de autor. Asimismo, se acreditó con las pruebas aportadas por la

accionante que Infutecsa E.I.R.L. plagió dicha redacción al difundirla como propia en la etiqueta del producto VECCIPER 10 CE. En tal sentido, también se señala que no se ha demostrado en autos que la forma de expresión de las cualidades del producto químico materia de la denuncia posea el carácter de genérico o usual en diversos productos de la misma especie, toda vez que en los casos de las etiquetas publicitarias de los productos CIPERMEX y POINT ALPHAMAX, éstas aparecen con un esquema y redacción diferente.

Por lo anterior, se determinó lo siguiente:

- Declarar fundada la denuncia administrativa por infracción a la Decisión Andina 351 y al Decreto Legislativo 822.
- Imponer a Infutecsa E.I.R.L. una multa equivalente a 5 UIT.
- Establecer como remuneraciones devengadas por la utilización no autorizada de la obra materia de la denuncia la cantidad de 2 UIT.
- Disponer el cese de la actividad ilícita, prohibiéndose reproducir, utilizar y/o publicar la etiqueta materia de la denuncia, incorporada o no al producto a través de cualquier tipo de material, sea o no publicitario, así como la destrucción de aquéllas que se hubieren producido o existan a la fecha de notificación de la Resolución.

Con fecha 1º de julio de 1996, Infutecsa E.I.R.L. interpone recurso de apelación, manifestando que:

- La Oficina de Derechos de Autor no se pronunció sobre el plazo de 30 días útiles solicitado el 4 de junio de 1996 para la presentación de pruebas.
- Ha demostrado que es comercializadora del producto VECCIPER 10 CE materia de la denuncia, más no fabricante del mismo. Dicho producto se publicita en base al contenido de la etiqueta que contiene la descripción de sus propiedades.
- La accionante no ha acreditado la titularidad de la obra literaria materia de la denuncia.
- De existir una falta debía ser sancionado con una amonestación y no con multas exhuberantes. Al efecto, adjunta una serie de recortes periodísticos con los que pretende demostrar que terceras personas comercializan productos e indican sus propiedades sin tener necesidad de autorización de los titulares de las marcas (sic).

El 11 de julio de 1996, Infutecsa E.I.R.L. solicitó la suspensión de ejecución de la Resolución de Primera Instancia, en razón a que sus ingresos o utilidades no alcanzan el 50% de una UIT.

Mediante Resolución N° 013-96-TRI-SPI de fecha 2 de agosto de 1996, la Sala de la Propiedad Intelectual declaró infundada la solicitud presentada por Infutecsa E.I.R.L., en razón a que no se acreditó la incapacidad económica en la que se encontraba dicha empresa.

Con fecha 2 de agosto de 1996, Agrotrade S.R.Ltda. absolvió el traslado de la apelación, manifestando que ha quedado demostrado que Infutecca E.I.R.L. sin derecho ni autorización plagió el íntegro del contenido literario de la etiqueta de su producto ALPHA CPL 10 CE, debidamente registrado en el Ministerio de Agricultura

con el número de registro 878, a diferencia del producto VECCIPER que fabrica y comercializa la denunciada y no se encuentra registrado conforme a ley. Sostuvo que al haberse plagiado el contenido literario de la etiqueta, se ha engañado al usuario pues se le hace creer que el producto VECCIPER tiene las mismas características que el ALPHA CPL 10 CE. También señaló, que basta apreciar las etiquetas de los productos CIPERMEX y POINT ALPHA-MAX para darse cuenta que su redacción es diferente.

II. CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

Revisado el expediente, corresponde a la Sala de Propiedad Intelectual:

- a) Determinar si el contenido literario de la etiqueta del producto ALPHA CPL 10 CE constituye una obra en los términos prescritos en la legislación sobre derechos de autor.
- b) De ser el caso, si hubo o no plagio por parte de Infutecca E.I.R.L. en cuanto a la utilización del texto que aparece en la etiqueta del producto denominado VECCIPER10 CE que comercializa.
- c) Pronunciarse sobre el plazo de 30 días útiles solicitado por la denunciada en su escrito de fecha 4 de junio de 1996 para presentar pruebas y que no fue atendido por la Oficina de Derechos de Autor.
- d) Pronunciarse sobre las sanciones impuestas por la Oficina de Derechos de Autor y los pedidos de Agrotrade S.R.Ltda. para que se aumente en 2 UIT el pago de los derechos de autor devengados, se disponga el pago de éstos en los mismos términos y apercibimiento establecidos para la multa, y se ordene el inmediato acopio y destrucción del material literario.

III. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

1. La protección con independencia del género, forma de expresión, mérito o destino

Conforme al artículo 1° de la Decisión 351 concordado con el artículo 3° del Decreto Legislativo 822 están protegidas todas las obras del ingenio, “cualquiera que sea su género, forma de expresión, mérito o finalidad”.

Como indica Antequera Parilli¹, ello implica que la protección por derechos de autor es independiente del género o modalidad creativa (literaria, de ciencia ficción, plástica pura o aplicada, musical, escénica, informática); de la forma de expresión (a través de signos, palabras o imágenes); de su mérito (porque la

valoración de la obra no le corresponde a la ley, sino a la crítica); o de su destino (creada para ser divulgada o para permanecer inédita, utilizada para expresar su contenido estético o con el fin de promocionar un producto comercial).

Ahora bien, el hecho que sea irrelevante el objeto, la utilidad, el valor económico, el buen o mal gusto de la obra, no significa que la Administración deba renunciar a todo tipo de enjuiciamiento a efectos de otorgar una protección por derechos de autor. Para proteger o no una obra por derechos de autor, es necesario determinar qué grado de creatividad personal ha sido expresado por el autor. En estos casos, tampoco se analizará las características estéticas o calidades artísticas de la obra, sino si la obra tiene el sello de creación individual.

2. La originalidad como requisito de protección por derechos de autor

Según el artículo 3° de la Decisión 351 concordado con el artículo 2° del Decreto Legislativo 822 se entiende por obra toda creación intelectual original de naturaleza artística, científica o literaria, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma.

A diferencia de los países de tradición jurídica anglosajona, en la cual se exige que la obra provenga del autor y que no haya sido copiada (como la jurisprudencia inglesa lo formula: la obra es el resultado de “judgement, skill and labour”), en los países de tradición jurídica latina como el nuestro, se exige que la obra refleje la personalidad del autor, que sea individual y tenga altura creativa.

En este contexto, la Sala es de opinión que la originalidad de la obra reside en la expresión - o forma representativa - creativa e individualizada de la obra, por mínimas que sean esa creación y esa individualidad.²

1 Antequera Parilli, El nuevo régimen del Derecho de Autor en Venezuela, Edición Falcón 1994, p. 75.

2 Como señala Lipszyc (Derecho de autor y derechos conexos, Ediciones UNESCO 1993, p. 65) algunos autores prefieren utilizar el término de individualidad en lugar de originalidad por considerar que expresa más adecuadamente la condición que el derecho impone para que la obra goce de protección.

Si bien toda obra es el producto del esfuerzo de su creador, no todo lo producido con esfuerzo merece protección por derechos de autor. Ello sólo será posible en la medida que la creación tenga elementos de originalidad suficientes para ser considerada como obra. Admitir lo contrario, implicaría proteger incluso aquello que no es objeto de protección por derechos de autor, como la elaboración de la lista de películas que se exhiben en los cines de Lima.

El requisito de originalidad o individualidad implica que para la creación de la obra debe existir un espacio para el desarrollo de la personalidad de su autor. En consecuencia, lo que ya forma parte del patrimonio cultural - artístico, científico o literario - no puede ser individual. Igualmente, la originalidad sirve para diferenciar las obras protegidas por derechos de autor de las banales, de la vida diaria, rutinarias.

Tampoco puede decirse que una creación es original si la forma de expresión se deriva de la naturaleza de las cosas o es una mera aplicación mecánica de lo dispuesto en algunas normas jurídicas o por lógica o si la forma de expresión se reduce a una simple técnica que sólo requiere de la habilidad manual para su ejecución. Sin embargo, de acuerdo a las circunstancias de un caso particular, un pequeño grado de creatividad intelectual puede ser suficiente para determinar que la obra sea original o individual.

Así, en la lista enunciada de manera ejemplificativa en el artículo 4° de la Decisión 351 concordado con el artículo 5° del Decreto Legislativo 822 de las obras que merecen una protección por derechos de autor, la originalidad constituye un filtro para la concesión de la protección en el caso en concreto.

Pero el requisito de originalidad o individualidad no sólo sirve para determinar qué cosa es una obra y qué no, sino también para determinar el alcance de la protección del derecho de autor. Sólo se protege contra plagio aquella parte de la obra que refleje la individualidad del autor.

Ahora bien, la determinación de si una obra es original constituye una cuestión de hecho. Se trata además de una noción subjetiva, en la medida que la originalidad no puede apreciarse de la misma manera en todas las obras. En ese orden de ideas, para el derecho de autor el término creación no tiene el significado corriente de sacar algo de la nada y la originalidad de la obra no tiene que ser absoluta, por lo tanto no es necesario que la inspiración del autor esté libre de toda influencia ajena.

3. Aplicación al caso concreto

3.1 Contenido de la etiqueta correspondiente al producto denominado ALPHA CPL 10 CE

Agrotrade S.R.Ltda. es distribuidor del producto ALPHA CPL 10 CE. Sobre el producto aparece una etiqueta autorizada y registrada por el Ministerio de Agricultura de la siguiente forma:

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

Infutecca E.I.R.L. comercializa el producto VECCIPER 10 CE. Para ello coloca sobre el envase del producto la siguiente etiqueta:

“VECCIPER 10 CE es un insecticida piretroide constituido por 100% de isómero alfacypermetrina 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 alfacypermetrina 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.”

La Sala concuerda con la Oficina de Derechos de Autor en que la elaboración del texto contenido dentro de una etiqueta demanda costos y esfuerzos en la creación, aun cuando éstas se realizan siguiendo lo establecido en una norma regulatoria. Sin embargo, a criterio de esta Sala, este texto sólo gozará de protección por derechos de autor si tiene una particularidad individual, si la personalidad del autor se ha plasmado en la forma de expresión, ordenación, distribución de la información contenida en la etiqueta.

a) En el Perú, la información que deben contener las etiquetas de plaguicidas agrícolas estaba regulada por el Decreto Supremo N° 27-91-AG que fue derogado por el Decreto Supremo N° 15-95-AG - publicado el 16 de junio de 1995 - Reglamento sobre el Registro, Comercialización y Control de Plaguicidas Agrícolas y Sustancias Afines, anexo 6. En ambas normas se establece la información mínima que deben contener todas las etiquetas de plaguicidas, tales como marca de fábrica; nombre común de los ingredientes activos; clase; tipo de formulación; número de registro del producto; cuerpo de texto informativo con indicativos de uso, sistemas de preparación y aplicación, cuadro de dosificaciones por unidad; entre otros. El productor o comerciante deberá elegir qué palabras emplea para cumplir con esta obligación.

Analizada la etiqueta del producto ALPHA CPL 10 CE se aprecia que ésta describe las propiedades del producto que distingue de manera similar a lo expresado en las etiquetas y en los folletos publicitarios de otros productos agroindustriales, conforme se puede apreciar en las etiquetas de CIPERMEX y POINT ALPHAMAX (fojas 24 y 25), así como en los folletos de los productos CIPERMEX SUPER 10 CE y FASTAC (fojas

86, 87 y 102).

Así, por ejemplo, el folleto del producto FASTAC señala lo siguiente: “Fastac, de inmediata acción de contacto e ingestión”. La etiqueta sustento de la denuncia señala que: “ALPHA CPL 10 CE... actúa por contacto o ingestión con una excelente acción inmediata ...” Por otro lado, el texto sobre precauciones que aparece en la etiqueta del denunciante es casi idéntico al texto que se aprecia en la etiqueta del producto CIPERMEX.

Asimismo, cabe agregar que la denunciante para describir las propiedades y ventajas de su producto ha utilizado una redacción similar a la empleada en textos especializados sobre productos químicos, farmacéuticos, etc., entre los que se puede citar el Vademécum Clínico del diagnóstico al tratamiento, de Vittorio Fattorusso y Otto Ritter, 8va. edición, donde se describen algunos productos químicos haciendo mención de sus componentes principales, su posología e incluyendo notas farmacológicas de los mismos, en las cuales se hace referencia a sus características, propiedades, ventajas y su equivalencia con otros medicamentos, cuya redacción es semejante a la empleada en el texto de la etiqueta de ALPHA CPL 10 CE.

Así, cuando el Vademécum describe el Corlambucilo dice: “... es una mostaza nitrogenada que posee una acción citostática lenta ... se absorbe por la vía digestiva”, o cuando se refiere a la Digoxina la describe como “... es un glucósido purificado obtenido a partir de la hoja Digitalis Lanata ... su acción se prolonga por seis días...”. Por su parte, la etiqueta sustento de la denuncia señala que: “ALPHA CPL 10 CE es un insecticida piretroide ... que le confiere una actividad mucho mayor.... actúa por contacto o ingestión... de excelente acción inmediata y largo poder ...”.

En consecuencia, 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.

b) De otro lado, la originalidad de la etiqueta puede ser apreciada además en relación con otros elementos, tales como la especial distribución y disposición de la información y el diagramado de la etiqueta así como por los títulos que pueda contener.

La Sala conviene en precisar que al momento de interponerse la presente denuncia no existía norma legal que impusiese un modelo de etiqueta para los plaguicidas agrícolas, por lo que existía libertad para su creación.

En el presente caso, las etiquetas en conflicto - ALPHA CPL 10 CE y VECCIPER 10 CE - así como las etiquetas presentadas por el denunciado en el trámite del presente expediente - CIPERMEX y POINT ALPHAMAX -, son las siguientes:

ETIQUETA DEL DENUNCIANTE

PRECAUCIONES

- Lea detenidamente la etiqueta, antes de utilizar el producto.
- No comer, fumar ni beber durante el manejo y aplicación del producto.
- Utilice ropa protectora, guantes, botas y mascarilla durante la aplicación.
- Evite contacto con los ojos, piel y ropa, cambiándose la ropa contaminada y bañese con abundante agua y jabón después de cada aplicación.
- No contamine las aguas arrojando sobranes del producto o envases usados.

NO EXPLOSIVO INFLAMABLE
NO CORROSIVO

PROPIEDADES

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

Los isómeros puros con 100% de la forma CIS, además de la alta pureza son fotostables y termostables 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 requiere de un control inmediato y permanente tanto de adultos como estadios inmaduros de insectos y ácaros.



(ALFACYPERMETRINA)
INSECTICIDA
CONCENTRADO EMULSIONABLE

Combinación Química:
ALFACYPERMETRINA: 119 CIS % + 119 CIS R% isómeros por esterificación del ciclo-3 fenilacetato-3 - (2,2-dicloroetil) 2,2-dimetil octanoato-1-ol-1-ol

Neto: 100 gr / 500 gr

Tecnología:
DL₅₀ Oral aguda: 833 mg/Kg
DL₅₀ Dermal aguda: > 500 gr/Kg

CONTENIDO NETO: 1 Litro
Reg. Min. de Agr. N° 878 PRODUCTO PERUANO

DISTRIBUIDOR EXCLUSIVO:
AGROTRADE S.R.L.
Nicolás Amada 501
Urb. Santa Catalina
Telefax 472-9118

USOS ESPECIFICOS

PLAGA	DOSES EN CONCENTRACION	TOLERANCIA DE RESIDUO ppm
Mosca de los establos Stomoxys calcitrans	0.25 %	0.1
Carpas de la materia orgánica Aedes triseriatus	0.25 %	0.1
Carpas de los granos Sitona sp.	0.25 %	0.1
Acaro de las harinas Troglyphus formicarius	0.25 %	0.02

Volumen de aplicación: 1 litro de solución por 50 m² de superficie.

Lote N°: _____
Fecha de Exp.: _____

Se Distribuye por
AGROTRADE
TEL. 729118



MANTÉNGASE ALJABO DE LAS PERSONAS, ANIMALES, PRODUCTOS ALIMENTICIOS Y MEDICINALES.

MODERADAMENTE TOXICO CUIDADO



DESTRUYA ESTE ENVASE INMEDIATAMENTE DESPUÉS DE USAR EL PRODUCTO.

ETIQUETA DEL DENUNCIADO

PROPIEDADES

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

VECCYPER 10 C.E. Es un alfacipermetrina para el control de vectores, en salud pública, saneamiento ambiental e higiene industrial y óvulos.

Los isómeros puros con 100% de la forma CIS, además de la alta pureza son fotostables y termostables 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 requiere de un control inmediato y permanente tanto de adultos como estadios inmaduros de insectos y ácaros.

NO EXPLOSIVO INFLAMABLE
NO CORROSIVO

PRECAUCIONES

- Lea detenidamente la etiqueta antes de utilizar el producto.
- No comer, fumar, ni beber durante el manejo y aplicación del producto.
- Utilice ropa protectora, guantes, botas y mascarilla durante la aplicación.
- Evite contacto con los ojos, piel y ropa, cambiándose la ropa contaminada y bañese con abundante agua y jabón después de cada aplicación.
- No contamine las aguas arrojando sobranes del producto o envases usados.



(ALFACYPERMETRINA)
INSECTICIDA
CONCENTRADO EMULSIONABLE

Combinación Química:
ALFACYPERMETRINA: 119 CIS % + 119 CIS R% isómeros por esterificación del ciclo-3 fenilacetato-3 - (2,2-dicloroetil) 2,2-dimetil octanoato-1-ol-1-ol

Neto: 100 gr / 500 gr

Tecnología:
DL₅₀ Oral aguda: 833 mg/Kg
DL₅₀ Dermal aguda: > 500 gr/Kg

CONTENIDO NETO: 1 Litro
Reg. Min. N° 939

Distribuido por:
Vectorial Insectice E.I.R.L.
Teléfono: 9-962230

USOS ESPECIFICOS

PLAGAS	
MOSCA DE LOS ESTABLOS Stomoxys calcitrans	MOSCA DOMESTICA Musca domestica
GORGUJO DE LA MATERIA ORGANICA Aedes triseriatus	CUCANCHA ALEMANA Drosophila obscura
GORGUJO DE LOS GRANOS Sitona sp.	MOSQUITO DEL PALUDISMO Anopheles
ACARO DE LAS HARINAS Troglyphus formicarius	PULGA DE LA PESTE Xenopsylla cheopis

DOSIFICACION
5 a 10 ml. x litro de agua.
Las dosificaciones pueden variar según el vector y el grado de infestación.

LOTE N° 02031
FECHA DE EXP.: 14 - 02 - 08



MANTÉNGASE ALJABO DE LAS PERSONAS, ANIMALES, PRODUCTOS ALIMENTICIOS Y MEDICINALES.

MODERADAMENTE TOXICO



DESTRUYA ESTE ENVASE INMEDIATAMENTE DESPUÉS DE USAR EL PRODUCTO.

ETIQUETAS DE PRODUCTOS IDENTICOS

COMPOSICION QUIMICA:
 Insecticida activo: Permetrina (50%) (50%)
 adyuvantes: emulsionantes, estabilizantes, etc.
 Insecticida activo: Permetrina (50%) (50%)
 adyuvantes: emulsionantes, estabilizantes, etc.

INDICACIONES Y APLICACIONES:
 Para el control de las plagas de la agricultura y el hogar.
 Para el control de las plagas de la agricultura y el hogar.
 Para el control de las plagas de la agricultura y el hogar.

TIPO DE PLAGA		CONCENTRACION	FRUCCION
Triaxial	Mosca doméstica	0.05	0.05
Mosca del hogar	Triaxial	0.05	0.05
Mosca común	Triaxial	0.05	0.05
Triaxial de la casa	Triaxial	0.05	0.05
Triaxial de la casa	Triaxial	0.05	0.05

Point ALPHAMAX 5% PM

Alfacypermetrina

**AMPLIO ESPECTRO DE ACCION Y
PROLONGADO EFECTO RESIDUAL A
MINIMAS CONCENTRACIONES**

Salud Pública
Higiene Industrial Saneamiento Ambiental

Point Enterprise S.A.
 21, Route de la Chapelle CH-1811 Nyon, SWITZERLAND

GENERALIDADES:
 Este producto es un insecticida de acción rápida y de amplio espectro, que actúa sobre el sistema nervioso de los insectos, provocando su muerte por asfixia y parálisis.

PRECAUCIONES:
 Evitar el contacto con la piel y la ropa.
 Evitar el contacto con los ojos.
 Evitar el contacto con la boca.

PRIMEROS AUXILIOS:
 En caso de contacto con la piel, lavar con abundante agua y jabón.
 En caso de contacto con los ojos, lavar con abundante agua y jabón.

NOTA AL COMPRADOR:
 Este producto garantiza que el producto contenido en esta etiqueta es de alta calidad y que cumple con las normas de seguridad.

PRECAUCIONES:

- Lea detenidamente la etiqueta antes de utilizar el producto.
- No comer, fumar ni beber durante el manejo y aplicación del producto.
- Utilice ropa protectora, guantes, botas y máscara durante la aplicación, transporte y lavado de ropa contaminada.
- Evite el contacto con los ojos, la piel y ropa.
- Bañese con abundante agua y jabón después de cada aplicación.
- Daño a las peces y crustáceos. No emplee sobrantes del producto o empuje caseros en acuarios, piscinas, ríos y lagos, para evitar su contaminación.

PRIMEROS AUXILIOS:
 Si el producto fuese ingerido, no inducir vómito, debido a que puede producirse daño pulmonar por aspiración del producto. Lo más indicado es al lavado gástrico con carbon activado.

En caso de contacto, lavar profusamente los ojos con agua y la piel con abundante agua y jabón. No existe antidoto específico por lo que el tratamiento es sintomático.

NO EXPLOSIVO INFLAMABLE
NO CORROSIVO

NOTA AL COMPRADOR:
 El vendedor garantiza que el producto contenido en esta etiqueta es de alta calidad y que cumple con las normas de seguridad.

CONTENIDO NETO: 1 Litro

Importado y distribuido por
FARMEX S.A.
 Francisco Masera 272 Piso 3,
 San Isidro, Lima Perú
 Teléfono: 4-01-0000 Fax: 4-01-0000

PRODUCTO FABRICADO POR POINT INTERNATIONAL LTD. HIND
 HOUSE 87, POLSINGH CHIPPING ROAD,
 SINGAPORE 119 070, SINGAPORE

**MODERADAMENTE
TOXICO
CUIDADO**

INSTRUCCIONES DE USO:
 CIPERMEX SUPER 10 CE es un insecticida perteneciente a la segunda generación de piretroides. Actúa por contacto e ingestivo y con prolongado efecto residual contra insectos plaga y plagas de importancia económica.

CIPERMEX SUPER 10 CE puede ser aplicado con cualquier equipo convencional terrestre o aéreo, siendo lo más importante lograr una cobertura uniforme de acuerdo al desarrollo vegetativo del cultivo.

CIPERMEX SUPER 10 CE es compatible con la mayoría de insecticidas y fungicidas, pero no con productos de acción sistémica. Usar siempre agua limpia y no almacenar o guardar el producto diluido en agua.

USOS ESPECIFICOS:

CULTIVO	PLAGA	CONCENTRACION	FRUCCION
MAIZ	MOSCA DEL MAIZ	0.05	0.05
MAIZ	MOSCA DEL MAIZ	0.05	0.05
MAIZ	MOSCA DEL MAIZ	0.05	0.05
MAIZ	MOSCA DEL MAIZ	0.05	0.05
MAIZ	MOSCA DEL MAIZ	0.05	0.05
MAIZ	MOSCA DEL MAIZ	0.05	0.05
MAIZ	MOSCA DEL MAIZ	0.05	0.05
MAIZ	MOSCA DEL MAIZ	0.05	0.05
MAIZ	MOSCA DEL MAIZ	0.05	0.05
MAIZ	MOSCA DEL MAIZ	0.05	0.05

DIAS ENTRE LA ÚLTIMA APLICACIÓN Y COSECHA: 14 DIAS

Para aplicaciones terrestres con equipo manual aplicar 100 ml - 200 ml por hectárea de 200 litros de agua.

Conforme se puede apreciar, 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.

Actualmente, todas las etiquetas de plaguicidas agrícolas deben seguir el modelo único de etiqueta que aparece en el anexo 6º del Decreto Supremo N° 15-95-AG, por lo que el contenido, la ubicación y el orden de los elementos que deben incluir las etiquetas, así como su disposición y el diagramado están establecidos por ley, no pudiendo los fabricantes modificar tal estructura, por lo que las etiquetas carecen de todo rasgo de originalidad. Así el modelo de etiqueta es el siguiente:

PARTE I	PARTE II	PARTE III
PRECAUCIONES	NOMBRE COMERCIAL	INDICATIVOS DEL USO
PRIMEROS AUXILIOS	NOMBRE TÉCNICO	
NOTA AL MEDICO DL 50 ORAL	CLASE Y FORMULAC.	SISTEMAS DE PREPARACIÓN Y AMPLIACIÓN
EXPLOSIVO INFLAMABLE CORROSIVO	COMPOSICIÓN QUÍMICA	
NOTA AL COMPRADOR	LOGOTIPO DE LA EMPRESA	
	REG. DEL PRODUCT N° ...	
	REGISTRO UNIFICADO	CUADRO DE DOSIFICACIONES USO ESPECÍFICO DEL PRODUCTO
	PROCEDENCIA PAIS ... (Nombre, dirección y teléfono del fabricante y País de origen importador y/o distribuidor Dirección. Teléfono	CULTIVO NOMBRE DE LA PLAGA DOSIS U.A.C. L.M.R. Y/O ENFERMEDAD O DIAS P.P.M. CONCENCIÓN NOMBRE COMÚN NOMBRE CIENTIFICO
	CONTENIDO NETO... PVP N° DE LOTE Fecha Expirac.	
	TEXTOS, PICTOGRAMAS Y COLOR DE ACUERDO A LA DOSIS LETAL MEDIA	

c) La Sala reconoce que la forma de expresión o el texto de las instrucciones para los productos agroindustriales no está determinado ni por el Decreto Supremo N° 15-95- AG ni el Vademécum Clínico como para justificar que el contenido de las etiquetas de dos plaguicidas idénticos sea textualmente igual. Sin embargo, ello no es suficiente para admitir que la etiqueta del demandante sea una creación individual.

En virtud de las consideraciones anteriores, la Sala concluye que el contenido de la etiqueta relativa a las propiedades del producto ALPHA CPL 10 CE no denota ni en su conjunto ni respecto a los elementos que la integran características individuales especiales que permitan calificarlo de original, no siendo por tanto susceptible de ser protegido por la legislación sobre derechos de autor de acuerdo a lo establecido por el artículo 5 inciso a) concordado con el artículo 3 numeral 17 del Decreto Legislativo 822. En tal sentido, aunque resulte difícil de creer que dos diferentes autores, uno independiente de otro, hayan encontrado casualmente la misma formulación, redacción y distribución, ésto no constituye un argumento para admitir la existencia de la creación de una obra literaria.

5. Infracción a la Ley de Derechos de Autor e imposición de sanciones

Para analizar si un determinado acto constituye una infracción a la Ley de Derechos de Autor y por tal motivo deba imponerse a su ejecutor una sanción, es necesaria la existencia de una obra protegida por la normativa sobre derechos de autor.

Habiendo la Sala concluido, conforme lo establecido en el numeral anterior, que el texto literario, redacción y distribución que presenta la etiqueta sustento de la denuncia no es susceptible de ser protegida por derechos de autor por no constituir una obra literaria, no corresponde analizar si Infutecca E.I.R.L. ha infringido la Ley de Derechos de Autor en perjuicio de Agrotrade S.R.Ltda., así como tampoco pronunciarse sobre las sanciones impuestas.

Sin perjuicio de lo señalado, la Sala conviene en precisar que, si bien es cierto que el denunciado se ha ahorrado tiempo y esfuerzo en crear su propio texto para su etiqueta, no corresponde aquí determinar si tal acto ha constituido un aprovechamiento del fruto del trabajo del denunciante. Ello, por ejemplo, podría suceder si por esta razón el denunciado pudiese vender más baratos sus productos, por lo cual se deja a salvo el derecho del denunciante de hacer valer sus derechos por la vía correspondiente, siempre que concurren los requisitos previstos en la legislación de la materia.

6. Plazo de 30 días útiles solicitado el 4 de junio de 1996 por Infutecca E.I.R.L. a fin de presentar pruebas

El derecho de defensa recogido en el artículo 139 inciso 14) de la Constitución Política del Perú de 1993, y en concreto el derecho de contradicción, se sustenta en la posibilidad que tiene el demandado de defenderse de las acusaciones del demandante.

El derecho de contradicción se expresa en la imperiosa necesidad de que el demandado sea informado oportunamente de las incidencias que ocurran dentro del proceso en el que se está discutiendo un derecho que le puede afectar. Es tal la trascendencia de esta manifestación del derecho de contradicción, que un proceso - a pesar de haber concluido formalmente - no tendrá efectos contra aquella persona que no fue avisada de su existencia y que, en consecuencia, no pudo discutir su posición al interior de aquél.³

Toda Autoridad encargada de conducir un procedimiento donde exista un conflicto de intereses está impedida de resolver sobre el particular sin haber dado previamente a la otra parte (demandado) la posibilidad de ser escuchado, de alegar, de probar y una vez expedida la sentencia impugnar de ella. Debe precisarse que lo que se confiere al demandado es la posibilidad de defensa dentro del plazo señalado por ley, siendo él quien decidirá si ejerce o no tal derecho.

Revisado lo actuado, se aprecia que si bien la Autoridad administrativa no se pronunció sobre el plazo de 30 días útiles solicitado por la empresa denunciada en su escrito de fecha 4 de junio de 1996 a fin de presentar pruebas, en el

presente caso ello no afectó la tramitación del proceso ni transgredió el derecho de defensa de Infutecsa E.I.R.L., ya que tal como consta en el expediente el denunciado ha presentado, con posterioridad a su solicitud de un plazo adicional, las pruebas que ha considerado pertinentes para sustentar sus argumentos, conforme se aprecia a fojas 45, 46, 47, 86 y 87. En tal sentido, la Sala considera que en el presente procedimiento no se ha vulnerado el derecho de defensa de la parte denunciada.

7. Publicación de la resolución

El artículo 43 del Decreto Legislativo 807 señala que las resoluciones de las Comisiones, de las Oficinas y del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual que al resolver casos particulares interpreten de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación constituirán precedente de observancia obligatoria, mientras dicha interpretación no sea modificada por resolución debidamente motivada de la propia Comisión u Oficina, según fuera el caso, o del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual.

La Sala considera que la presente resolución constituye precedente de observancia obligatoria en relación al requisito de originalidad exigido por la ley para la protección de las obras por el Derecho de Autor, razón por la cual determina que se solicite al Directorio del INDECOPI su publicación en el Diario Oficial "El Peruano".

IV. RESOLUCIÓN DE LA SALA

Primero: REVOCAR la Resolución Jefatural N° 157-96-ODA-INDECOPI de fecha 20 de junio de 1996 y, en consecuencia, declarar INFUNDADA la denuncia administrativa interpuesta por Agrotrade S.R.Ltda. contra la empresa Infutecsa E.I.R.L.

Segundo: Establecer que la presente Resolución constituye precedente de observancia obligatoria en cuanto al requisito de originalidad contenido en el artículo 3 de la Decisión 351 concordado con el artículo 2 del Decreto Legislativo 822, en el sentido que:

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.

Tercero: Solicitar al Directorio del INDECOPI la publicación de la presente Resolución en el Diario Oficial “El Peruano”.

Con la intervención de los vocales: Ana María Pacón Lung, Víctor Revilla Calvo, Isaías Flit Stern y Juan Pedro van Hasselt Dávila.

ANEXO II

CASACIÓN Nº 1686-2011-LIMA

SUMILLA: La originalidad de la obra arquitectónica, para los efectos del derecho de autor, deberá buscarse esencialmente en los rasgos creativos que respondan, en forma particular o en su conjunto, a la individualidad o personalidad artística del autor. En el caso de la obra arquitectónica derivada, el examen de originalidad de las modificaciones introducidas al modelo inicial deberá ser más rigurosa, a efectos de determinar, con criterio más severo, si ellas han obedecido al cumplimiento de exigencias técnicas o funcionales para la construcción o a la intención de dotar de personalidad a la obra ya acabada.

Lima, dieciocho de setiembre de dos mil catorce. -

LA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA:

VISTA la causa; con el acompañado, de conformidad con el Dictamen Fiscal Supremo en lo Contencioso Administrativo; con el Informe de Interpretación Prejudicial; en audiencia pública llevada a cabo en el día de la fecha con los Vocales Supremos Walde Jáuregui - Presidente, Acevedo Mena, Rueda Fernández, Lama More y Malea Guaylupo; oídos los informes orales; se emite la siguiente sentencia:

RECURSO DE CASACIÓN:

Se trata del recurso de casación interpuesto por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI, de fecha nueve de setiembre de dos mil diez, obrante fojas cuatrocientos quince contra la sentencia de vista de fecha diez de junio de dos mil diez, obrante a fojas trescientos ochenta y siete, que confirmando la sentencia apelada de fecha veinticuatro de noviembre de dos mil ocho, obrante a fojas doscientos setenta y siete, fundada la demanda de impugnación de resolución administrativa;

CAUSALES DEL RECURSO:

Mediante resolución de fecha nueve de enero de dos mil doce, obrante a fojas ciento diecinueve del cuaderno de casación, esta Sala Suprema ha declarado procedente el recurso de casación interpuesto por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI, por la denuncia de los siguientes supuestos de infracción normativa:

a) Interpretación errónea de los artículos 2 numerales 17 y 25, y 3 del Decreto Legislativo Nº 822, la cual es sustentada por la parte recurrente argumentando que, independientemente de los graves problemas de motivación que evidencia la sentencia de vista, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República no ha señalado las razones por las cuales considera que las modificaciones introducidas por el demandante en los planos originales de la empresa inmobiliaria H&V Sociedad Anónima Contratistas constituyen una significativa mejora en la solución de ingreso a la vivienda en relación a la propuesta original, limitándose a sostener indebidamente que la sola

modificación de una obra preexistente determina per se la presencia del requisito de originalidad, pero sin tener en cuenta que las modificaciones que únicamente mejoren la funcionalidad a una creación arquitectónica anterior, o que guarden cierta novedad, no pueden ser suficientes per se para ser calificadas como obras, y reclamar la protección del derecho de autor; y ello debido a que el requisito de originalidad exige necesariamente que la obra, para ser tal, presente individualidad muy característica, que plasme la impronta de su autor de manera clara y evidente, sin limitarse a mejoras e adaptaciones de una idea previa; y b) Inaplicación del artículo 168 del Decreto Legislativo N° 822, la cual es sustentada señalando que, en virtud a lo previsto en esta disposición legal, se reconoce a la Oficina de Derechos de Autor del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI como la única autoridad competente en sede Administrativa para reconocer, cautelar y proteger los derechos de autor y los derechos conexos; por lo cual, ni el Gerente Regional del Colegio de Arquitectos del Perú, ni ningún arquitecto individualmente considerado poseen competencia para calificar una creación humana como original, y concluir que la misma tiene la categoría de obra protegida por la legislación de la materia.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: A partir del análisis de los autos, puede desprenderse que el presente proceso ha sido iniciado con motivo de la demanda contenciosa administrativa interpuesta a fojas ciento dieciséis por don David Alfonso Ramos López, a través de la cual pretende que el órgano jurisdiccional declare la nulidad de las Resoluciones Administrativas N° 163-2007/ODA-INDECOPI, de fecha cuatro de mayo de dos mil siete, y N° 2501-2007/TPI-INDECOPI, de fecha diez de diciembre de dos mil siete, a través de las cuales el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual-INDECOPI ha declarado improcedente la denuncia que interpuso contra las empresas H & V Sociedad Anónima Contratistas y TXP Sociedad Anónima Cerrada, por la infracción a la Ley sobre Derechos de Autor.

SEGUNDO: Para sustentar este petitorio, el actor explica que, en el mes de mayo de dos mil cinco, firmó -en representación de su hermana- un contrato de compraventa de bien inmueble futuro con la empresa H&V Sociedad Anónima Contratistas. Al revisar el plano de distribución sobre el cual se construiría el futuro inmueble, efectuó, en su calidad de arquitecto, algunas observaciones a la distribución del espacio llevada a cabo por la firma de ingenieros que estuvo a cargo del proyecto (TXP Sociedad Anónima Cerrada). Para ello, remitió a la empresa inmobiliaria, un nuevo plano con una serie de modificaciones al modelo original del inmueble, que mejoraron significativamente la distribución del espacio; solicitando que estas modificaciones se tuvieran en cuenta en la construcción del inmueble. Sin embargo, en el mes de agosto del mismo año tomo conocimiento circunstancialmente de que H&V Sociedad Anónima Contratistas se había apropiado indebidamente de las modificaciones que efectuó al modelo original, incorporándolas no solo al mueble que él adquirió, sino al diseño de todas las viviendas del condominio "MAR ADENTRO"; por lo

que considera que se han apropiado sin autorización de su creación, afectando con ello sus derechos de autor sobre dichas modificaciones. Sin embargo, al acudir al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI, denunciando la vulneración a los derechos de autor, esta entidad ha rechazado indebidamente su denuncia, sosteniendo que las modificaciones y mejoras que realizó a los planos iniciales no quedan comprendidas dentro de los derechos de autor, al carecer del requisito de originalidad.

TERCERO: Esta demanda ha sido amparada por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, por medio de la sentencia de vista objeto de impugnación, al considerar que, a partir de la comparación entre el plano originalmente realizado por TXP Sociedad Anónima Cerrada y el plano con las modificaciones efectuadas por el demandante, se puede apreciar que las modificaciones llevadas a cabo por este último, aunque aparentemente resultan mínimas, consiguen mejorar significativamente el ingreso a la vivienda proyectada, en relación al modelo inicial ideado por TXP Sociedad Anónima Cerrada, otorgándole un mayor valor al inmueble en cuanto a su funcionalidad; por lo que tales mejoras son propias del diseño interior y, en consecuencia, deben atribuirse a la labor creativa al arquitecto que las propone. Además, sostiene que la originalidad de las modificaciones se acredita por las mejoras que se han producido al modelo inicial, a través de la obtención de una mayor funcionalidad, lo que -a su criterio- redundaría en el diseño y el valor del inmueble, al punto que la empresa constructora decidió dejar de lado su diseño original y optar por el que fue propuesto por el demandante, incorporando estos cambios en los demás inmuebles.

CUARTO: En este contexto, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI denuncia ante esta Suprema Sala la infracción normativa de lo previsto en: i) Interpretación errónea de los artículos 2, numerales 17 y 25, y 3 del Decreto Legislativo N° 822, por cuanto la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República ha entendido erradamente los alcances del requisito de originalidad exigido en estas disposiciones legales para la protección de los derechos de autor, y, ii) Inaplicación del artículo 168 del Decreto Legislativo N° 822, en tanto que el referido órgano jurisdiccional ha tomado como válidas las conclusiones expresadas por el Gerente Regional del Colegio de Arquitectos del Perú respecto a la originalidad de las modificaciones alizadas por el actor, en desmedro de las facultades exclusivas que esta disposición legal atribuye al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI para el reconocimiento de los derechos de autor y los derechos conexos.

Meollo de la controversia

QUINTO: En estos términos, se desprende que el meollo de la controversia radica esencialmente en dilucidar los alcances que, dentro de nuestro ordenamiento normativo, tiene el requisito de originalidad, como elemento

configurador de las obras comprendidas bajo el ámbito de los derechos de autor, y en especial, en relación con las obras arquitectónicas derivadas; y ello con el propósito de determinar si las modificaciones efectuadas por don David Alfonso Ramos López a los planos originalmente elaborados por TXP Sociedad Anónima Cerrada para la inmobiliaria H&V Sociedad Anónima Contratistas cumplen con dicho requisito.

Adicionalmente a ello, deberá dilucidarse también si la consideración de opiniones especializadas, como las del Colegio de Arquitectos del Perú, para la determinación de la originalidad de la creación, vulneran la exclusividad atribuida por la ley al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI para el reconocimiento de los derechos de autor y los derechos conexos.

Derechos de autor y originalidad.

SEXTO: De acuerdo con lo declarado por el artículo 3 del Decreto Legislativo N° 822 -Ley sobre el Derecho de Autor-, 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. En este sentido, el ámbito de acción de los derechos de autor se encontrará decididamente condicionado por los términos bajo los cuales se atribuya el carácter de "obra" a una creación humana, en tanto que ésta no es solo un concepto más en su desarrollo, sino que constituye su objeto mismo.

SÉTIMO: En este contexto, el inciso 17 del artículo 2 la referida ley establece que, para efectos de los derechos de autor, debe entenderse por "obra" a toda creación intelectual personal y original, en tanto que sea susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma, conocida o por conocerse. Así, la esencia de la obra como acto creativo intelectual del ser humano marca el ámbito de acción de los derechos de autor, en la medida que esta creación posea una forma de expresión (no cabe protección a las ideas) o representación, ya que "el derecho de autor está destinado a proteger la forma representativa, la exteriorización de su desarrollo en obras concretas aptas para ser reproducidas, representadas, ejecutadas, exhibidas, radiodifundidas, etc., según el género al cual pertenecen, esto es, a las obras susceptibles de ser accesibles a la percepción.

OCTAVO: No obstante, la existencia de una creación intelectual y su posibilidad de representación no bastan por sí para configurar el campo de acción del derecho de autor, pues para ello es necesario adicionar, además, la exigencia del requisito de originalidad, reconocido pacíficamente en la normativa internacional como elemento esencial para este propósito, y recogido expresamente en las disposiciones legales invocadas por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI en su recurso de casación.

NOVENO: En relación a este requisito, se ha dicho, desde una óptica puramente subjetiva, que éste demanda esencialmente que la obra creativa que pretenda

acceder a la protección del derecho de autor refleje la personalidad de su autor, por contener la forma de expresión que éste ha elegido³ en tanto que, a partir de una visión puramente objetiva, se ha sostenido más bien que la originalidad implica únicamente la ausencia de copia de una obra anterior. Y si bien el asunto continúa siendo objeto de ardua discusión a nivel doctrinal, no cabe duda, en opinión de este Colegiado, que la originalidad, como elemento necesario para el despliegue de los derechos de autor, no equivale únicamente a la novedad de la creación, en el sentido de constituir un producto intelectual distinto de los ya existentes, pues la adopción de una idea como ésta no se lo implica una innecesaria confusión entre las ideas del derecho de autor y el de patentes", sino que también restringiría drásticamente el ámbito de protección del primero de ellos.

DÉCIMO: La originalidad exige necesariamente la existencia de un rasgo de individualidad en la obra obtenida por el autor, y que, de acuerdo a las características propias del ámbito en el que se desarrolla su actividad, reflejan la huella creativa del mismo, en tanto que constituye el resultado de su esfuerzo creador. Así, la originalidad se refiere, sobre todo, a la calidad de individualidad de la obra creada, considerada en la medida que su forma de expresión mantenga suficientes características propias que permitan distinguirla de cualquier otra de su mismo género.

UNDÉCIMO: Y si bien este rasgo de individualidad podrá ser apreciado en forma particular en cada caso, de acuerdo a las peculiaridades que éstos puedan presentar, siempre será exigible que la obra que reclame protección del derecho de autor refleje, por medio de rasgos, marcas o través de su composición u ordenación, la existencia de esta huella de personalidad que la dote de individualidad frente al resto de su especie. En este sentido, los alcances de la originalidad se acercan más a la singularidad de la obra que a su novedad (aún cuando comprende lógicamente a ésta).

DUODÉCIMO: En el campo de las obras arquitectónicas, el concepto de originalidad exige necesariamente mayores precisiones y exigencias que en la generalidad de los campos creativos, debido a que en él, la labor creativa del sujeto productor no se sirve únicamente de su espíritu inventivo o inspiración, pues este tipo de creaciones no solo se ven altamente influenciadas, sino que incluso son en su mayoría dependientes y resultantes de las formas y diseños comunes al género de construcción al que pertenecen. Así, por ejemplo, al fijar nuestra atención en la idea de un edificio de oficinas o una casa de campo, vienen a la mente una diversidad de formas que regularmente identifican este tipo de construcciones, no como producto de la personalidad artística del que las imagina, sino en razón a los parámetros que caracterizan su naturaleza.

DÉCIMO TERCERO: A diferencia de lo que ocurre en el resto de ámbitos creativos, que se mueven casi absolutamente en el campo del capricho del autor (como ocurre con la escultura, la pintura, etc.), en la arquitectura, el diseño de las construcciones se encuentra marcadamente informado e "inspirado" en elementos técnicos y funcionales, que, antes que ser guiados por la personalidad

del autor, son encausados por las normas de la técnica y los parámetros urbanísticos y normativos que dirigen el diseño de las construcciones; de tal forma que principalmente, la elaboración de las creaciones arquitectónicas responderá a los fines de la construcción realizada, su naturaleza, su contexto geográfico, paisajista y las exigencias funcionales del cliente, así como las normas técnicas y urbanísticas aplicables.

DÉCIMO CUARTO: En este sentido, para contar con originalidad, la obra arquitectónica debe tener, además de los elementos antes mencionados, otros que no respondan solamente a la funcionalidad o naturaleza del bien, sino que impliquen la impregnación de la individualidad o personalidad del autor a través de actos creativos, como podría ser la incorporación de formas o disposiciones caprichosas en el diseño de un puente, la disposición singular de una construcción o la elección o combinación de sus materiales, que logren dotar a las construcciones de individualidad artística frente al resto de su especie (como el caso del icónico Centro Acuático Nacional de Pekín de los Juegos Olímpicos de dos mil ocho), independientemente del mérito estilístico o valor concreto que se le pueda atribuir. De este modo, la originalidad de la creación arquitectónica deberá buscarse esencialmente en los rasgos creativos que se distancien en mayor medida de los factores mencionados en el párrafo precedente, y respondan más bien, en forma particular o en su conjunto, a la personalidad artística del autor. Para ello, el elemento individual de la construcción o el resultado de la apreciación conjunta de todas o algunas de sus partes, deberá ser sometido a análisis bajo el propósito de identificar si estos responden únicamente a elementos de funcionalidad o características naturales de la especie a la que pertenecen o, por el contrario, contienen rasgos que corresponden al capricho o personalidad artística propia que el autor ha querido atribuirles, más allá de su funcionalidad o rigurosidad técnica. Así, por ejemplo, la presencia de paredes y ventanas (al margen de los elementos que se empleen para su elaboración) en el diseño de un edificio puede calificarse como absolutamente necesaria de acuerdo a las características naturales de este género de construcciones; pero la disposición conjunta de estos elementos, de tal forma que representen a la vista una imagen que refleje la personalidad que el autor ha querido dar a su obra (como ocurre en el caso del Hotel Burj al Arab, en Dubái) dota a la creación del requisito de originalidad necesario para catalogarlo como obra, para los efectos de los derechos de autor.

DÉCIMO QUINTO: En cuanto a las obras arquitectónicas derivadas, cabe mencionar inicialmente que su significancia y reconocimiento para el campo de los derechos de autor derivan inicialmente del inciso 25 del artículo 2 del Decreto Legislativo N° 822, el cual reconoce, en términos generales, a la obra derivada como aquella que se encuentra basada en otra ya existente, y cuya originalidad radica en el arreglo, la adaptación o transformación de la obra preexistente, o en los elementos creativos de su traducción a un idioma distinto.

DÉCIMO SEXTO: En este sentido, conjugando esta primera aproximación de la obra derivada con lo ya expresado en relación a las exigencias de originalidad en la obra arquitectónica en general, puede desprenderse con meridiana claridad

que, para el caso de las obras arquitectónicas derivadas, esto es, aquellas que son adicionadas a un modelo arquitectónico existente previamente, el examen de originalidad deberá centrarse con mayor atención en el objeto que ha motivado la incorporación de las mejoras realizadas al diseño inicial. E incluso puede afirmarse válidamente que en estos casos, el origen o causa de las modificaciones introducidas al modelo original deberá ser más riguroso, dado que al generarse a partir de una creación arquitectónica que ya ha sido realizada en lo esencial, los cambios que puedan efectuarse en ella responderán de forma más marcada a una de dos razones esenciales: O bien al cumplimiento o perfeccionamiento de exigencias técnicas o funcionales o bien a la intención de dotar de personalidad a la creación original; de tal forma que el primer grupo de ellos quedarán dentro de aquellas creaciones motivadas puramente por la técnica, mientras que el segundo quedará albergado dentro del ámbito de protección del derecho de autor.

DÉCIMO SÉTIMO: En este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en la Interpretación Prejudicial solicitada por este Colegiado para mejor solución del caso; en la cual ha sostenido: "La obra arquitectónica puede ser derivada. Debe tener los requisitos de la obra derivada (...) pero el de originalidad tiene ciertas connotaciones particulares. Cuando la transformación de la obra originaria sea producto de elementos necesarios que se den por la funcionalidad, la naturaleza o normas técnica o de urbanismo, no se estaría en frente de una obra derivada. Esto es muy común cuando el constructor es diferente del que hace los planos, ya que en el proceso de construcción se podría transformar la obra inicial con miras a cumplir con los elementos necesarios que se citaron. Por el contrario, si la transformación es caprichosa y, por lo tanto, tiene impresa una actividad creativa, sí estaríamos hablando de una obra derivada protegible por el derecho de autor".

DÉCIMO OCTAVO: El análisis realizado hasta este punto de las normas invocadas por la parte recurrente, de cara a los requisitos de originalidad aplicables a las obras arquitectónicas, y en especial a las obras arquitectónicas derivadas, para su inclusión en el ámbito de protección del derecho de autor, permite desprender las siguientes reglas: a. La originalidad de la obra arquitectónica, para los efectos del derecho de autor, deberá buscarse esencialmente en los rasgos creativos que se distancien en mayor medida de los fines propios del modelo realizado, de su contexto geográfico, paisajista y las exigencias funcionales del cliente, así como las normas técnicas y urbanísticas aplicables al caso; y respondan más bien, en forma particular o en su conjunto, a la individualidad o personalidad artística del autor. Para ello, el elemento específico del modelo arquitectónico que es objeto de evaluación o el resultado de la apreciación conjunta de todas o algunas de sus partes, deberá ser sometido a análisis bajo el propósito de identificar si estos responden únicamente a elementos de funcionalidad o características naturales de la especie a la que pertenecen o, por el contrario, contienen rasgos que corresponden al capricho o personalidad propia que el autor ha querido atribuirles, más allá de su funcionalidad o rigurosidad técnica; logrando dotar de individualidad a la obra, en relación con el resto de construcciones de su especie; b. En el caso de la obra

arquitectónica derivada, el examen de originalidad de las modificaciones introducidas al modelo inicial deberá ser más riguroso, a efectos de determinar, con criterio más severo, si ellas han obedecido al cumplimiento de exigencias técnicas o funcionales para la construcción o a la intención de dotar de personalidad a la obra ya acabada.

DÉCIMO NOVENO: El análisis de las circunstancias antes descritas corresponderá indudablemente, dentro del proceso judicial, a las instancias de mérito que conocen el caso, quienes deberán analizar el caudal probatorio; no obstante, no cabe duda que una vez fijadas las conclusiones fácticas en cuanto a las particularidades que informan la reacción arquitectónica objeto de controversia, la aplicación de los criterios normativos necesarios para su calificación como obra, para los efectos del derecho de autor, podrá ser analizada y corregida, de ser el caso, por la Sala de Casación, conforme a los fines que le atribuye el artículo 384 del Código Procesal Civil, modificado por el artículo 1 de la Ley N° 29364.

VIGÉSIMO: En el presente caso, luego de analizar el caudal probatorio existente en los autos, las instancias de mérito han determinado que las modificaciones realizadas por el actor a los planos originales del inmueble tipo ofertado por la empresa inmobiliaria H&V Sociedad Anónima Contratistas han redundado esencialmente en la mejora significativa del ingreso a la vivienda, en relación al modelo original ideado por TXP Sociedad Anónima Cerrada, otorgando un mayor valor al inmueble en cuanto a su funcionalidad; precisando, además, que tales mejoras deben atribuirse a la labor creativa del arquitecto que las ropone y que han provocado la obtención de una mayor utilidad del espacio, incrementando el valor del inmueble, de acuerdo a la opinión técnica vertida por el Colegio de Arquitectos del Perú. Es decir, que las modificaciones han redundado fundamentalmente en dos ámbitos: i) mejoras funcionales al diseño, en cuanto al ingreso a la vivienda y su distribución; y, ii) incremento del valor del bien diseñado por medio de las mejoras introducidas.

VIGÉSIMO PRIMERO: Sin embargo, ninguna de estas circunstancias pueden satisfacer válidamente las exigencias de originalidad propia de las obras arquitectónicas derivadas, en los términos antes citados, pues las instancias de mérito no han evidenciado que las mejoras hayan significado la incorporación de la personalidad del autor en la obra o que se hayan dirigido a dotar a la construcción de individualidad frente al resto de construcciones de su especie, a través de la introducción de elementos caprichosos que doten de espíritu creativo a la vivienda; sino que, por el contrario, solo se ha identificado fines funcionales en ellas; por lo cual no pueden quedar comprendidas dentro del ámbito de protección de los derechos de autor.

Esto, evidentemente, no quiere decir que esta Sala Suprema consienta en modo alguno la explotación económica que la empresa inmobiliaria H&V Sociedad Anónima Contratistas y TXP Sociedad Anónima Cerrada han dado a las mejoras arquitectónicas realizadas por el actor, o que considere válido el aprovechamiento injustificado que aquellas han realizado de la labor de este

último; sino que únicamente éstos hechos no podrán ser amparados -como ya se ha explicado- bajo el ámbito de protección del derecho de autor. Razón por la cual, se evidencia la infracción a las normas invocadas por la parte recurrente en este extremo de su recurso, al haberse interpretado de forma indebida el requisito de originalidad exigido por los artículos 2 numerales 17 y 25, y 3 del Decreto Legislativo N° 822 para las obras comprendidas dentro del ámbito del derecho de autor.

VIGÉSIMO SEGUNDO: De otro lado, en cuanto a la segunda denuncia casatoria, es necesario recordar que, de acuerdo con lo prescrito por el artículo 168 del Decreto Legislativo N° 822, la competencia para la cautela y protección administrativa del derecho de autor y los derechos conexos corresponde a la Oficina de Derechos de Autor del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI, la cual, cuenta con las atribuciones necesarias para el reconocimiento y tutela de los mismos.

VIGÉSIMO TERCERO: Ahora bien, es necesario señalar que el reconocimiento de las facultades exclusivas atribuidas por el Decreto Legislativo N° 822 al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI para el reconocimiento administrativo de los derechos de autor, no debe llevar a desconocer las facultades con que cuenta el juez contencioso administrativo para someter a revisión las decisiones dictadas por esta entidad en este ámbito de acción; facultades para las cuales le es posible, sin duda alguna, hacer uso de opiniones técnicas especializadas que permitan formar su juicio en cuanto a la naturaleza de las obras creativas sometidas a su conocimiento, y a los criterios bajo los cuales deba evaluar la individualidad de la creación sometida a su conocimiento en cada caso, de acuerdo a lo prescrito por el artículo 188 del Código Procesal Civil.

VIGÉSIMO CUARTO: En este contexto, el empleo de la opinión del Colegio de Arquitectos del Perú como medio de prueba para determinar la naturaleza técnica de las modificaciones llevadas a cabo por el actor sobre los planos originales de la empresa H&V Sociedad Anónima Contratistas resulta del todo válido; dado que, al tratarse de una entidad especializada en la materia controvertida, su opinión puede ser considerada por el juzgador, bajo los principios que rigen la actividad probatoria, para dar luces en relación del papel que han jugado dichas modificaciones en la obra arquitectónica original, a efectos de brindar alcances técnicos en relación a si éstas responden a elementos caprichosos que la distinguen o individualizan frente a la generalidad de estructuras de su género o si, por el contrario, responden únicamente a necesidades funcionales o de parámetros normativos o urbanísticos, como en este caso ha ocurrido.

VIGÉSIMO QUINTO: La consideración de estas opiniones técnicas no afectan de ningún modo las competencias administrativas atribuidas al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI, dado que ellas no tienen como propósito el reconocimiento

administrativo de derechos a las partes, sino únicamente informar al juzgador sobre los aspectos técnicos en su evaluación; sin condicionar en modo alguno su decisión, ya que la facultad de declaración de originalidad se restringirá al Juez; por lo cual, en este extremo específico, no se advierte infracción normativa en la sentencia apelada.

VIGÉSIMO SEXTO: Empero, al haberse determinado en los párrafos precedentes la existencia de una infracción normativa material que afecta decididamente la decisión adoptada en el caso, resulta necesario para esta Suprema Sala actuar de conformidad con lo dispuesto en el artículo 396 del Código Procesal Civil, artículo modificado por la Ley N° 29364, declarando, en sede de instancia, el derecho correspondiente al caso.

VIGÉSIMO SÉTIMO: Finalmente, en atención a la numerosa incidencia con que se presentan ante la jurisdicción contencioso administrativa conflictos referidos al reconocimiento de obras creativas para los derechos de autor, y a la divergencia de criterios que se observa en las instancias de mérito en cuanto a su declaración, esta Sala Suprema hace uso de la facultad prevista en el artículo 37 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584, y establece como precedente vinculante las reglas contenidas en el fundamento décimo octavo de la presente resolución.

DECISIÓN: Por tales consideraciones, declararon: **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI, de fecha nueve de setiembre de dos mil diez, obrante fojas cuatrocientos quince; en consecuencia, **CASARON** la sentencia de vista de fecha diez de junio de s mil diez, obrante a fojas trescientos ochenta y siete, y, actuando en sede de instancia, **REVOCARON** la sentencia apelada de fecha veinticuatro de noviembre de dos mil ocho, obrante a fojas doscientos setenta y siete, que declaró fundada la demanda, y, **REFORMÁNDOLA**, declararon **INFUNDADA** la demanda de impugnación de resolución administrativa; **ESTABLECIERON** como precedente vinculante los criterios jurisprudenciales contenidos en el fundamento décimo octavo de la presente resolución, en atención a lo previsto por el artículo 37 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584; en los seguidos por don David Alfonso Ramos López contra el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI y otros sobre impugnación de resolución administrativa; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano", conforme a ley; y los devolvieron.

Vocal Ponente: Acevedo Mena. - S.S. WALDE JAUREGUI ACEVEDO MENA, RUEDA FERNÁNDEZ LAMA MORE