

Publicación de los cuadernillos de preguntas en las páginas web del ICFES y su utilización indebida.

1.- Los derechos de autor tienen por objeto la protección de las obras literarias, científicas o artísticas creadas por las personas, y se encuentran regulados por la ley 23 de 1989.

Dicha protección surge a partir del momento de la creación de la obra, según lo dispuesto por el artículo 9 de la ley 23 de 1989¹.

Las obras pueden ser inscritas en el Registro Nacional de Derechos de Autor para efectos de su publicidad.

Para poder determinar el alcance de estos derechos y las acciones que pueden ser interpuestas para su efectiva protección, ante todo se requiere determinar el concepto de *obra*.

2.- De acuerdo con el artículo 2 de la ley 23 de 1989, deben entenderse como obras *“todas las creaciones del espíritu en el campo científico, literario y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión y cualquiera que sea su destinación”*.

La anterior definición legal de obra, al no tener un carácter taxativo en cuanto a su contenido o naturaleza, permite incluir dentro de ella las más diversas creaciones, como los libros, las conferencias, las composiciones musicales, los videogramas; y así mismo concebir como obras las creaciones elaboradas mediante los nuevos avances de la tecnología.

En esta dirección, nuestro ordenamiento jurídico ha reconocido expresamente la extensión de los derechos de autor sobre el *software*, las *bases de datos* y los *sitios web*.

3.- Con relación a la protección de los derechos de autor sobre el *software* encontramos en nuestro ordenamiento jurídico las siguientes disposiciones:

El artículo 1º del decreto 1360 de 1989:

¹ “**ARTÍCULO 9.** La protección que esta ley otorga al autor, tiene como título originario la creación intelectual, sin que se requiera registro alguno. Las formalidades que en ella se establecen son para la mayor seguridad jurídica de los titulares de los derechos que se protegen.”

“ARTÍCULO 1. De conformidad con lo previsto en la Ley 23 de 1982 sobre Derechos de Autor, el soporte lógico (software) se considera como una creación del dominio literario.”

El artículo 4 del tratado de la OMPI² sobre derechos de autor, aprobado por la ley 565 de 2000:

“ARTÍCULO 4. Programas de ordenador. Los programas de ordenador están protegidos como obras literarias en el marco de lo dispuesto en el Artículo 2 del Convenio de Berna. Dicha protección se aplica a los programas de ordenador, cualquiera que sea su modo o forma de expresión.”

El artículo 23 de la decisión andina 351 de 1993, relativa al régimen común sobre derecho de autor y derechos conexos:

“ARTÍCULO 23.- Los programas de ordenador se protegen en los mismos términos que las obras literarias. Dicha protección se extiende tanto a los programas operativos como a los programas aplicativos, ya sea en forma de código fuente o código objeto.

En estos casos, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 6 bis del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, referente a los derechos morales.

Sin perjuicio de ello, los autores o titulares de los programas de ordenador podrán autorizar las modificaciones necesarias para la correcta utilización de los programas.”

4.- Así mismo, resaltamos las siguientes disposiciones que protegen expresamente los derechos de autor sobre las *bases de datos*:

Los artículos 4 y 28 de la decisión andina 351 de 1993:

“ARTÍCULO 4. La protección reconocida por la presente Decisión recae sobre todas las obras literarias, artísticas y científicas que

² Organización Mundial de Propiedad Intelectual.

puedan reproducirse o divulgarse por cualquier forma o medio conocido o por conocer, y que incluye, **entre otras, las siguientes:**

(...)

11) Las antologías o compilaciones de obras diversas y **las bases de datos**, que por la selección o disposición de las materias constituyan creaciones personales."

"ARTÍCULO 28. Las bases de datos son protegidas siempre que la selección o disposición de las materias constituyan una creación intelectual. La protección concedida no se hará extensiva a los datos o información compilados, pero no afectará los derechos que pudieran subsistir sobre las obras o materiales que la conforman."

El artículo 5 del tratado de la OMPI³ sobre derechos de autor, aprobado por la ley 565 de 2000:

"ARTÍCULO 5. Compilaciones de datos (bases de datos).

Las compilaciones de datos o de otros materiales, en cualquier forma, que por razones de la selección o disposición de sus contenidos constituyan creaciones de carácter intelectual, están protegidas como tales. Esa protección no abarca los datos o materiales en sí mismos y se entiende sin perjuicio de cualquier derecho de autor que subsista respecto de los datos o materiales contenidos en la compilación."

5.- Finalmente, en lo concerniente a la protección de los derechos de autor sobre los *síntos web*, debemos resaltar el oficio No 4197 de 2000, proferido por la Dirección de Derechos de Autor, en el cual se lee:

"La cuestión radica en establecer si un sitio web puede constituir una obra protegible por el derecho de autor. Esto significa verificar la concurrencia de dos situaciones: establecer i) si puede un sitio web constituir una expresión original de la creatividad intelectual y ii) si es

³ Organización Mundial de Propiedad Intelectual.

susceptible de ser divulgada o reproducida por algún medio.

"i) En cuanto a lo primero, el diseño del sitio web perceptible por el usuario, constituye un elemento visual equivalente a la presentación gráfica de una publicación en soporte físico, expresando la creatividad artística original del diseñador que busca a través suyo transmitir un mensaje y crear en el receptor una sensación estética. **Esta expresión creativa original no desaparece por el hecho de que el diseñador del sitio web** se sirva de herramientas informáticas para su desarrollo que incorpora modelos prediseñados.

"La expresión creativa original del diseñador de un sitio web, puede expresarse a través de la selección y disposición de los diferentes contenidos (textos, ilustraciones, fotografías, secuencias de sonido, secuencias de video) que el sitio web incorpora. En este sentido, el reconocimiento de la protección del derecho podría derivarse del carácter de compilación que puede tener un sitio web.

Finalmente un tercer elemento creativo involucrado en el diseño de un sitio web, es el de la propuesta de interactividad o navegabilidad para el visitante. Como hemos visto, un sitio web consiste en una o varias páginas, organizadas de manera muy simple, en una jerarquía que puede ir desde la información general, a la específica; o pueden ser complejos, con páginas que parecen estar unidas al azar con otras páginas en el sitio. Estas diferentes formas de organizar las páginas en un sitio web se identifican bajo denominaciones como "de árbol", "lineal" y "al azar".

ii) **La existencia de uno de estos elementos creativos (apariencia visual, compilación de contenidos y propuesta de interactividad) o la concurrencia de varios de ellos, conduce al hecho que el sitio web y cada uno de sus contenidos, son susceptibles de divulgación entendida como la comunicación a un público, puesto que, por definición Internet constituye un medio de comunicación y una**

puesta a disposición del público de información digitalizada.

“En los anteriores términos, el sitio web puede ser considerado como una obra protegida por el derecho de autor en la medida que, a través de los elementos referidos exprese la creatividad intelectual original del autor.”⁴

6.- Ahora bien, en el caso de las bases de datos y de los sitios web se debe tener en cuenta que a través de estas herramientas informáticas es posible la publicación de distinta clase de contenidos, algunos de los cuales podrán catalogarse como creaciones intelectuales de los propietarios de estas herramientas informáticas o páginas de Internet, y otros que serán referencias o publicaciones autorizadas de obras cuyos derechos de autor pertenecen a terceras personas.

Tenido en cuenta lo anterior, la extensión de los derechos de autor sobre los contenidos de las bases de datos y de los sitios web será posible sólo en la medida en que los contenidos publicados mediante estos instrumentos sean creaciones intelectuales atribuibles a sus autores.

7.- Para ilustrar en que casos es posible la extensión de los derechos de autor sobre los contenidos de un sitio web, proponemos los siguientes ejemplos:

i) La empresa vendedora de discos “Tower Records”, ostenta los derechos de autor sobre el sitio web “www.towerrecords.com”, en el se pueden reproducir los extractos de las canciones contenidas en los discos compactos que dicha empresa vende.

En este ejemplo, los derechos de autor de la empresa “Tower Records” solamente recaen sobre el sitio web y su estructura, más no sobre los contenidos que mediante esta herramienta son publicados o pueden ser reproducidos, toda vez que dichos contenidos no son creaciones intelectuales de la empresa y sus derechos de autor pertenecen a terceras personas.

ii) La Corte Interamericana de Derechos Humanos es titular de los derechos de autor del sitio web “www.corteidh.or.cr”, en el cual es posible tener acceso gratuito a los distintos textos y conferencias publicadas por esa Corporación.

⁴ Dirección de Derechos de Autor. Oficio No 4197, del 29 de junio de 2000.

En este segundo caso, los derechos de autor de la Corte Interamericana de Derechos Humanos abarcan tanto el sitio web, como sus contenidos, debido a que estos últimos son creaciones intelectuales de la misma Corte.

8.- Lo anterior, permite precisar:

La publicación de un contenido calificado de *obra* en la página web, permite su utilización pública con el destino allí previsto. En cualquier caso en que ella se transcriba, o sirva de base para una obra derivada, quien así lo haga estará obligado a reconocer su autor, indicando claramente la fuente de donde se toma. La voluntad de quien publica una obra en un sitio con acceso general a cualquier persona es su intención de que sea utilizada en los términos y con los estrictos fines allí previstos.

El respeto de la autoría implica que:

a.- En cualquier caso que se haga utilización de ella deba citarse su fuente;

b.- Que la obra no sea utilizada con fines *comerciales*. Su autor al determinar el acceso al público si restricciones está claramente evidenciando su voluntad de que ella sea utilizada sin ningún tipo de contraprestación; por lo tanto resulta ilícito que un tercero la utilice con tales fines y obtenga el lucro que sólo podría haber obtenido su autor o propietario.

9.- A partir de lo expuesto, debemos concluir que en nuestro ordenamiento jurídico:

i) La legislación asimila los *software*, las *bases de datos* y los *sitios web* a obras que gozan de una protección especial en materia de derechos de autor; y

ii) En el caso de las *bases de datos* y de los *sitios web*, los derechos de autor que las cobijan se hacen extensivos a sus contenidos, sólo cuando dichos contenidos representen una creación de carácter intelectual atribuible al autor de la *base de datos* o del *sitio web*.

9.- Los *software*, las bases de datos y los sitios web, al tener carácter de obras protegidas por los derechos de autor, otorgan a sus titulares los derechos patrimoniales y morales consagrados en los artículos 3 y 30 de la ley 23 de 1989⁵.

⁵ "ARTÍCULO 3. Los derechos de autor comprenden para sus titulares las facultades exclusivas:

a) De disponer de su obra a título gratuito u oneroso bajo las condiciones lícitas que su libre criterio les dicte;

Sobre la distinción entre los derechos patrimoniales y morales derivados de los derechos de autor, ha sostenido la doctrina:

“Los derechos de autor son de dos clases: morales y patrimoniales (artículo 3 ley 23 de 1982).

“Los primeros protegen tanto al autor como a su creación. Al autor, reconociéndole perpetuamente la paternidad de la obra y brindándole los derechos para reivindicarla, y a su creación, rodeándola de garantías para conservarla auténtica e íntegra...

“Los segundos hacen alusión a las facultades que tienen los autores y los demás titulares para aprovechar o explotar económicamente la obra, con fines de lucro o sin ellos...La expresión “derecho moral” alude a las

b) De aprovecharla, con fines de lucro o sin él, por medio de la imprenta, grabado, copias, molde, fonograma, fotografía, película cinematográfica, videograma, y por la ejecución, recitación, traducción, adaptación, exhibición, transmisión, o cualquier otro medio de reproducción, multiplicación, o difusión conocido o por conocer, y

c) De ejercer las prerrogativas, aseguradas por esta ley, en defensa de su “derecho moral” como se estipula en el capítulo II, sección segunda, artículo 30 de esta ley.

De obtener una remuneración a la propiedad intelectual por ejecución pública o divulgación, en donde prime el derecho de autor sobre los demás, en una proporción no menor del sesenta por ciento (60%) del total recaudado.”

“ARTÍCULO 30. El autor tendrá sobre su obra un derecho perpetuo, inalienable, e irrenunciable para:

a) Reivindicar en todo tiempo la paternidad de su obra y, en especial, para que se indique su nombre o seudónimo cuando se realice cualquiera de los actos mencionados en el artículo 12 de esta ley;

b) A oponerse a toda deformación, mutilación u otra modificación de la obra, cuando tales actos puedan causar o acusen perjuicio a su honor o a su reputación, o la obra se demerite, y a pedir reparación por éstos;

c) A conservar su obra inédita o anónima hasta su fallecimiento, o después de él cuando así lo ordenase por disposición testamentaria;

d) A modificarla, antes o después de su publicación, y

e) A retirarla de la circulación o suspender cualquier forma de utilización aunque ella hubiese sido previamente autorizada.

Parágrafo 1º. Los derechos anteriores no pueden ser renunciados ni cedidos.

Los autores al transferir o autorizar el ejercicio de sus derechos patrimoniales no conceden sino los de goce y disposición a que se refiere el respectivo contrato, conservando los derechos consagrados en el presente artículo.

Parágrafo 2º. A la muerte del autor corresponde a su cónyuge y herederos consanguíneos el ejercicio de los derechos indicados en los numerales a) y b) del presente artículo. A falta del autor, de su cónyuge o herederos consanguíneos, el ejercicio de estos derechos corresponderá a cualquier persona natural o jurídica que acredite su carácter de titular sobre la obra respectiva.

Parágrafo 3º. La defensa de la paternidad, integridad y autenticidad de las obras que hayan pasado al dominio público estará a cargo del Instituto Colombiano de Cultura cuando tales obras no tengan titulares o causahabientes que puedan defender o tutelar estos derechos morales.

Parágrafo 4º. Los derechos mencionados en los numerales d) y e) sólo podrán ejercitarse a cambio de indemnizar previamente a terceros los perjuicios que se les pudiere ocasionar.”

prerrogativas que competen al autor, por el hecho de haber creado la obra...

“(Los derechos patrimoniales) Consisten en la facultad exclusiva que tienen el autor o sus causahabientes para permitir la reproducción, la transformación o cualquier forma de explotación económica de la obra, a fin de que la producción intelectual genere una retribución patrimonial para el autor, sin que obste que éste autorice tales conductas sin fines de lucro.

Los derechos patrimoniales constituyen el aspecto económico o comercial de la obra.”⁶

10.- Ante la violación de los derechos patrimoniales y morales otorgados por los derechos de autor, el afectado podrá reclamar sus derechos ante la jurisdicción:

i) A través de un proceso verbal de única instancia ante los juzgados civiles municipales, de conformidad con lo dispuesto en el capítulo XVIII de la ley 23 de 1989, cuya finalidad será la obtención del *reestablecimiento* del derecho vulnerado, es decir la cesación del daño hacia el futuro, y su *reparación*.

ii) A través de un proceso penal, con fundamento en los delitos consagrados en los artículos 257, 271, 272 y 306 del actual Código Penal, reformados por la ley 1032 de 2006⁷, en el cual la persona afectada podrá constituirse como parte civil para solicitar la indemnización de los perjuicios causados por la comisión del delito.

Respuestas.

Con base en las anteriores consideraciones procedemos a dar respuesta a los interrogantes formulados.

1. ¿El registro de derechos de autor otorgado al sitio “www.icfesinteractivo.gov.co” se extiende a sus contenidos? Vale decir, a las preguntas del examen del estado publicadas en dicho sitio y que

⁶ María Yolanda Álvarez; Luz María Restrepo. *El derecho de autor y el software*. Biblioteca Jurídica Dike. Primera Edición. Pág. 100 – 112.

⁷ Estos artículos corresponden respectivamente a los delitos “de la prestación, acceso o uso ilegales de los servicios de telecomunicaciones”, “violación a los derechos patrimoniales de autor y derechos conexos”, “violación a los mecanismos de protección de derecho de autor y derechos conexos, y otras defraudaciones” y “usurpación de derechos de propiedad industrial y derechos de obtentores de variedades vegetales”.

concretamente corresponden con el “EXAMEN ICFES INTERACTIVO”, el cual como ya dije tiene es un registro de marca.

El “EXAMEN ICFES INTERACTIVO” es una herramienta informática creada por el ICFES, conformada por *“un banco de preguntas clasificadas por áreas, a través de la cual los usuarios pueden realizar simulaciones que les permitirán auto evaluarse en las diferentes materias”*.

De acuerdo con esa descripción, dicha herramienta informática es una creación intelectual de autoría del ICFES y por lo tanto una obra que puede ser protegida mediante los derechos de autor desde el momento mismo de su creación, sin importar que su acceso sea por medio de una página web.

Así mismo, los derechos de autor que el ICFES tiene sobre la página web “www.icfesinteractivo.gov.co” se hacen extensivos a sus contenidos, especialmente a la herramienta “EXAMEN ICFES INTERACTIVO”, toda vez que esta última es una creación del Instituto.

De acuerdo con lo anterior, el ICFES es titular de los derechos patrimoniales y morales previstos por la ley 23 de 1992, tanto sobre el sitio web como sobre la herramienta informática “EXAMEN ICFES INTERACTIVO”.

2.- ¿Si los cuadernillos de preguntas se publican además en la web, la cual no tiene ningún tipo de protección en cuanto a derechos de autor o marca, pueden ser utilizados por cualquier persona y con cualquier finalidad?

Se debe destacar que los derechos de autor surgen al partir del momento de la creación de la obra, y su reconocimiento no deriva de la inscripción que se haga de las obras en el Registro Nacional de Derechos de Autor, la cual sólo tiene efectos de difusión y publicidad.

En ese sentido, el ICFES también es titular de los derechos de autor sobre la página web del Instituto, por el simple hecho de ser una creación intelectual de su autoría.

En ejercicio de esos derechos de autor, el ICFES podrá decidir que contenidos publicar en su sitio web, ya sea de manera abierta o ya sea mediante un acceso restringido al público.

Si los cuadernillos de las preguntas de los exámenes realizados por el ICFES son publicados en los sitios web de esa entidad, sin restricciones para su acceso y con autorización del Instituto, podrán acceder a ellos cualquier tipo

de persona. En ese sentido, la decisión del ICFES de publicar unos determinados contenidos en sus sitios web, permite inferir la voluntad de esa entidad de autorizar su acceso a cualquier persona.

Si bien el acceso a los cuadernillos de preguntas es público, es decir que pueden ser usados por cualquier persona que tenga acceso a las páginas web del ICFES; su utilización debe limitarse a usos de carácter personal, razón por la cual las personas que accedan a los cuadernillos no podrán emplearlos con fines comerciales.

3.- *¿Qué mecanismos se sugieren legalmente para proteger las publicaciones de propiedad del ICFES, efectuadas en cualquiera de los mencionados sitios web?*

En primer lugar, se recomienda que las obras del ICFES que puedan ser catalogadas como creaciones del intelecto de su autoría, sean inscritas en el Registro Nacional de Derechos de Autor, de conformidad con lo dispuesto en la ley 44 de 1993, para efectos de su publicidad. Se recuerda que esta inscripción no es la que otorga los derechos de autor a su artífice, sino que es simplemente un mecanismo de información.

En segundo lugar, se advierte que tanto la herramienta informática “EXAMEN ICFES INTERACTIVO” como los cuadernillos de preguntas son creaciones intelectuales del ICFES, y por lo tanto, obras amparadas por los derechos de autor. En ejercicio de los derechos de autor, el ICFES puede decidir hacer públicas sus obras mediante cualquier medio de comunicación, como la Internet.

Por lo tanto, si esas obras forman parte de los contenidos de los distintos sitios web del Instituto, cualquier persona podrá tener acceso a ellas, aunque estén protegidas por los derechos de autor previstos en la ley 23 de 1989, y podrán ser utilizadas para fines personales, respetando su autoría y particularmente sin fines comerciales.

Se recomienda que el ICFES incluya una advertencia para quien acceda a dicha información en las páginas web (www.icfes.gov.co y/o www.icfesinteractivo.gov.co), en la que señale expresamente que dichos contenidos son creación del ICFES y que por tanto están protegidos por los derechos de autor, estando prohibida su utilización con fines comerciales.

En tercer lugar, el ICFES podrá iniciar los respectivos procesos civiles o penales en contra de las personas que hayan utilizado los contenidos de las

páginas web del Instituto, para fines distintos de su uso personal, como su comercialización a terceros (ofrecimiento de programas PRE-ICFES).

4.- ¿En las condiciones descritas puede el ICFES formular denuncias penales y constituirse luego en parte civil, por la presunta violación a las normas que consagran los derechos de Autor, contra las personas naturales o jurídicas que utilizan sin previa autorización del ICFES las bases de datos del “ICFES INTERACTIVO”, o las preguntas de los diferentes exámenes que elabora el Instituto?

Como se ha señalado, a pesar que tanto la herramienta informática “EXAMEN ICFES INTERACTIVO” como los cuadernillos de preguntas puedan considerarse como creaciones intelectuales del ICFES protegidas por los derechos de autor, la publicación sin restricciones de estas obras que el ICFES ha realizado en los sitios web del Instituto, debe ser entendida como una autorización general para que cualquier persona pueda acceder a ellas.

Por lo tanto, el simple acceso a esos contenidos sin previa autorización del ICFES no es un motivo suficiente para adelantar las acciones previstas en nuestro ordenamiento jurídico para la protección de los derechos de autor, toda vez que se trata de contenidos públicos, para cuyo acceso no se requiere de una autorización previa y específica.

El ejercicio de las acciones judicial dependerá de la demostración del uso ilegítimo de las obras publicadas en los sitios web del ICFES, en los términos anteriormente señalados, más no de su simple acceso, caso en el cual el Instituto podrá escoger entre la interposición de una acción civil o de la formulación de una denuncia penal y constituirse posteriormente como parte civil.