EL DERECHO DE CITA

1. CONCEPTO:

Es principio universalmente aceptado aquel que le confiere al autor o a su causahabiente, el monopolio o derecho exclusivo de autorizar o prohibir el uso de la obra, en forma total o parcial.[1] Sin embargo, una vez publicada la obra, necesidades sociales de difusión de la cultura y de la información, han llevado al legislador Internacional y a la mayoría de las legislaciones nacionales, a consagrar restricciones o limitaciones a este reconocido principio para satisfacer las mencionadas exigencias sociales.

Uno de los límites del derecho de autor admitido con mayor generalidad por las legislaciones vigentes sobre derechos de autor es la licitud de la cita o reproducción, en una obra propia, de fragmentos o partes de obra ajena, con finalidad de crítica, reseña, opinión o comentario, sin necesidad de autorización previa y expresa del titular, ni reconocimiento de precio o remuneración alguna.

Citar es reproducir o repetir textualmente lo que alguien ha expresado en el lenguaje oral, en el escrito, en el sonoro o en el audiovisual. En derechos de autor, en consecuencia, citar es insertar o reproducir, en obra propia, partes o extractos de obra ajena, con algunas condiciones que se analizarán más adelante.

2. CONSAGRACIÓN JURÍDICA:

La Decisión 351 de 1993 de la Comunidad Andina de Naciones, norma de preferente aplicación sobre el artículo 31 de la Ley 23 de 1982[2], dispone con relación al derecho de cita:

> *"Artículo 22.- Sin perjuicio de lo dispuesto en el Capítulo V y en el artículo anterior, será lícito realizar, sin la autorización del autor y sin el pago de remuneración alguna, los siguientes actos:*

---

[1] Artículo 13 de la Decisión Andina 351 de 1993: "*El autor o, en su caso, sus derechohabientes, tienen el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir: a) La reproducción de la obra ... b) La comunicación pública de la obra ... c) La distribución pública de ejemplares ... d) La importación al territorio de cualquier País Miembro de copias ... e) La traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra.*"

[2] Artículo 31 de la Ley 23 de 1982: "*Es permitido citar a un autor transcribiendo los pasajes necesarios, siempre que éstos no sean tantos y seguidos que razonadamente puedan considerarse como una reproducción simulada y sustancial, que redunde en perjuicio del autor de la obra de donde se toman . En cada cita deberá mencionarse el nombre del autor de la obra citada y el título de dicha obra. Cuando la inclusión de obras ajenas constituya la parte principal de la nueva obra, a petición de parte interesada, los tribunales fijarán equitativamente y en juicio verbal, la cantidad proporcional que corresponda a cada uno de los titulares de las obras incluidas.*"

a) Citar en una obra, otras obras publicadas, siempre que se indique la fuente y el nombre del autor, a condición que tales citas se hagan conforme a los usos honrados y en la medida justificada por el fin que se persiga;"

Esta norma es la consagración en la legislación interna del artículo 10 (I) del Convenio de Berna[3] sobre la libre utilización de obras en casos concretos, especialmente en cuanto al derecho de cita, sin restringirla a usos académicos o educativos. Al decir obras, nos referimos a todas las artísticas, literarias, científicas, técnicas o prácticas, al advertir que la disposición citada no distingue ni limita su naturaleza, género o especie.

Comentarios:

Tres condiciones impone la norma transcrita para que el derecho de cita sea ajustado a la ley:

1. Que la obra de la cual se cita haya sido publicada con anterioridad, en forma lícita;

2. Que en la obra en que se incluya la cita se indique la fuente y el nombre del autor citado; y

3. Que la cita se haga conforme a los usos honrados y en la medida justificada por el fin que se persiga.

Lo primero quiere señalar que la obra objeto de la cita haya sido fijada, publicada o se encuentre en el mercado con la autorización de su legítimo titular o de la ley (licencias obligatorias).

Lo segundo reivindica el respeto al derecho moral sobre la paternidad de la obra[4], el cual exige que el nombre de su autor siempre figure en su obra, con referencia a la fuente o el origen de la cita. El nombre, el seudónimo o la calidad de anónima en cabeza del editor, son menciones suficientes para cumplir la obligación legal.

Lo tercero, en caso de litigio, se debe acudir a la apreciación del juez, quien debe interpretar el contenido de la reproducción, con ayuda del perito

---

[3] Artículo 10 del Convenio de Berna: *"1) Son lícitas las citas tomadas de una obra que se haya hecho lícitamente accesible al público, a condición de que se hagan conforme a los usos honrados y en la medida justificada por el fin que se persiga, comprendiéndose las citas de artículos periodísticos y colecciones periódicas bajo forma de revista de prensa."*

[4] Artículo 11 de la Decisión Andina 351 de 1993: *"El autor tiene el derecho inalienable, inembargable, imprescriptible e irrenunciable de: ... b) Reivindicar la paternidad de la obra en cualquier momento ... ".*

experto, para analizar en cada supuesto si se ha actuado o no dentro de los límites legales, conforme al criterio de la utilización del fragmento o cita *en la medida justificada* por la finalidad de esa incorporación y realizada conforme a los *usos honrados.*

En consecuencia:

1. Se deja establecido que una cita[5] cobijada por aquella excepción al derecho de autor conocida como "derecho de cita"[6], existe cuando en una obra se transcribe o utiliza, con una finalidad ilustrativa, demostrativa o probatoria, un fragmento de obra diferente, acreditándose explícitamente que ese fragmento trascrito o utilizado, hace parte de otra obra.

2. Ahora bien, cuando la trascripción o utilización efectuada no es de *fragmentos* de otra obra sino que es una trascripción o utilización de *parte sustancial* de esa obra diferente, no existe una cita sino una *reproducción parcial* de la obra utilizada.[7]

   De igual forma, cuando la trascripción o utilización efectuada no tiene por finalidad *ilustrar*, *demostrar* o *comprobar*, a través del fragmento de la otra obra utilizada, un determinado contenido de la propia obra, no existe una cita sino una *reproducción parcial* de la obra utilizada.[8]

   En el mismo sentido, cuando la trascripción o utilización efectuada no hace *explícito*, sino que *oculta* intencionalmente que el fragmento trascrito hace *parte de otra obra* publicada, no existe una cita sino un *plagio parcial* de la obra utilizada.[9]

---

[5] *Cita*: *"Nota de ley, doctrina, autoridad o cualquier otro instrumento que se alega para prueba de lo que se dice o refiere*" (Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, Décimo Novena Edición, 1993, página 308).

[6] Literal a) del artículo 22 de la Decisión Andina 351 de 1993 y el artículo 31 de la Ley 23 de 1982.

[7] *"Es permitido citar a un autor transcribiendo los pasajes* ***necesarios, siempre que estos no sean tantos y seguidos que razonadamente puedan considerarse como una reproducción simulada y sustancial****…*" (artículo 31 de la Ley 23 de 1982, negrilla fuera del texto).

[8] "*…será lícito realizar, sin la autorización del autor y sin el pago de remuneración alguna, los siguientes actos: a) Citar en una obra, otras obras publicadas, siempre y cuando se indique la fuente y el nombre del autor, a condición que tales citas se hagan conforme a los usos honrados y* ***en la medida justificada por el fin que se persiga***." (literal a del artículo 22 de la Decisión Andina 351 de 1993, negrilla fuera del texto).

[9] "*En cada cita deberá mencionarse* ***el nombre del autor de la obra citada y el título de dicha obra***" (Artículo 31 de la Ley 23 de 1982). "*…será lícito realizar, sin la autorización del autor y sin el pago de remuneración alguna, los siguientes actos: a) Citar en una obra, otras obras publicadas,* ***siempre y cuando se indique la fuente y el nombre del autor****.*" (literal a del artículo 22 de la Decisión Andina 351 de 1993, negrilla fuera del texto).

Entonces, si la mencionada trascripción o utilización, en los términos arriba postulados, *es efectivamente una cita* y no una *reproducción*, un *plagio* o una *transformación*, parciales, de la obra trascrita o utilizada, sobre dicha cita necesariamente debe aplicarse la excepción al derecho de autor conocida comúnmente como "*derecho de cita*" y, en razón de esto, el autor citante, para ello, no requerirá autorización ni pago de remuneración alguna.[10]

Los postulados de la doctrina y la jurisprudencia imperante especialmente en el exterior, obliga al juez a adoptar una postura analítica frente al tipo, la naturaleza, sustancia y originalidad de ambas obras, la propia y la ajena, de manera que los elementos sustraídos de la obra matriz u original pasen a un plano secundario, es decir, que asuman una mera función subordinada en la nueva obra. En otras palabras: que la cita constituya lo accesorio de la obra y no la razón de ser de su publicación.

Podría afirmarse, en forma general, que la obra en la cual los fragmentos, extractos o citas textuales han sido utilizados o reproducidos, pueda sobrevivir con la supresión de ellos y conservar, con su retiro, una fisonomía y un interés propio. Lo contrario sería, para el autor de la nueva obra, enfrentar el riesgo tanto de la reproducción ilícita como de la ejecución pública indebida ante la ley de derechos de autor, o de una conducta desleal hacia la obra ajena de la cual se ha extraído el fragmento, en la legislación comercial.

La referencia a los *"usos honrados"* de las citas incluidas en la nueva obra se debe interpretar en el sentido que ellas –las citas- no deben interferir la explotación normal de la obra citada, ni ocasionar perjuicios irrazonables a los intereses patrimoniales de su autor.

Se puede afirmar, en consecuencia, con fundamento en lo comentado, que no bastará para eximirse de la autorización previa y expresa del titular de la obra reproducida, la circunstancia objetiva de que la cita fuese corta o mínima, sino que habrá que valorar su sentido, significado, fundamento y uso honrado de su inclusión o incorporación en el texto.

Como antecedente útil basta citar aquel texto de antaño, el de la ley 86 de 1946, formalista y taxativo, el cual limitaba el derecho de cita a que *"en ningún caso la transcripción puede exceder de mil palabras de obras científicas o literarias o cuatro compases de las musicales*". Aquella apreciación objetiva y medible del derecho de

---

"*…será lícito realizar,* ***sin la autorización del autor y sin el pago de remuneración alguna****, los siguientes actos: a) Citar en una obra, otras obras publicadas* (literal a del artículo 22 de la Decisión Andina 351 de 1993, negrilla fuera del texto).[10]

cita, fue modificada, con la nueva ley, al disponerse una estimación subjetiva y analítica por parte de la jurisprudencia y de la doctrina.

LAS GRABACIONES EFÍMERAS

1. CONCEPTO:

Conforme al principio universalmente aceptado y antes mencionado que le confiere al autor o a su causahabiente, el monopolio o derecho exclusivo de autorizar o prohibir el uso de la obra, en forma total o parcial, y que las diferentes formas de utilización son independientes entre ellas, ha de entenderse, sin embargo, que una vez autorizado el uso de la radiodifusión[11] de la obra, necesidades técnicas de difusión como la emisión diferida y la prestación eficiente del servicio, han llevado a la mayoría de las legislaciones nacionales a consagrar restricciones o limitaciones a estos reconocidos principios para satisfacer las mencionadas exigencias técnicas del servicio de radiodifusión.

Otro de los límites del derecho de autor admitidos por las legislaciones vigentes sobre derechos de autor es el de las *reproducciones o grabaciones efímeras* de las obras, sin necesidad de autorización previa y expresa del titular, ni reconocimiento de precio o remuneración alguna por este posterior uso de *"reproducción efímera"*, diferente al de la radiodifusión.

Por grabación efímera, en los términos de la ley, hemos de entender aquella *"fijación sonora o audiovisual de una representación o ejecución o de una emisión de radiodifusión, realizada por un período transitorio por un organismo de radiodifusión, utilizando sus propios medios, y empleada en sus propias emisiones de radiodifusión".(Decisión 351/93, art. 3)*

2. CONSAGRACIÓN JURÍDICA:

La Decisión 351 de 1993 de la Comunidad Andina de Naciones, dispone:

"Artículo 22.- Sin perjuicio de lo dispuesto en el Capítulo V y en el artículo anterior, será lícito realizar, sin la autorización del autor y sin el pago de remuneración alguna, los siguientes actos:

i) La realización, por parte de los organismos de radiodifusión, de grabaciones efímeras mediante sus propios equipos y para su utilización en sus propias

[11] Radiodifusión: "*Emisión radiotelefónica destinada al público*" (Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, Décimo Novena Edición, 1979, página 1108). Artículo 3 de la Decisión Andina 351 de 1993: "*...Emisión: Difusión a distancia de sonidos o de imágenes y sonidos para su recepción por el público.*"

emisiones de radiodifusión, de una obra sobre la cual tengan el derecho para radiodifundirla. El organismo de radiodifusión estará obligado a destruir tal grabación en el plazo o condiciones previstas en cada legislación nacional;".

Tal disposición hace remisión expresa, en su parte final, a lo consagrado en la legislación nacional, la que, para los expresados efectos, dispone en el artículo 179 de la ley 23 de 1982:

"Artículo 179.- Los organismos de radiodifusión podrán realizar fijaciones efímeras de obras, interpretaciones y ejecuciones cuyos titulares hayan consentido con su transmisión, con el único fin de utilizarlas en sus propias emisiones por el número de veces estipulado, y estarán obligados a destruirlas inmediatamente después de la última transmisión autorizada."

Resaltamos que la norma citada de la Decisión 351 de 1993 se refiere a grabaciones efímeras de solo "obras", mientras que el referido artículo 179 de la ley 23 de 1982 amplía el concepto a "obras, interpretaciones y ejecuciones...", es decir, comprende no solo los derechos de autor sobre obras sino los derechos conexos sobre interpretaciones y ejecuciones.

Al mencionar tales disposiciones el concepto de obras, se refieren a todas las artísticas, literarias, científicas, técnicas o prácticas, al advertir que la disposición citada no distingue ni limita su naturaleza, género o especie[12].

No se refiere a fonogramas, explicablemente, porque éstos, al tenor de lo dispuesto en las disposiciones del Convenio de Roma, aplicadas en cada legislación interna, establece en su artículo 12, que *"Cuando un fonograma publicado con fines comerciales o una reproducción de ese fonograma se utilicen directamente para la radiodifusión o para cualquier otra forma de comunicación al público, el utilizar abonará una remuneración equitativa y única a los artistas intérpretes o ejecutantes, o a los productores de fonogramas, o a unos y otros."* (Se subraya).

El organismo de radiodifusión al grabar el fonograma -reproducirlo- en sus propios equipos con la finalidad de comunicación pública tanto de la obra como de la interpretación y de las fijaciones sonoras, estaría ejerciendo la forma de utilizar directamente una reproducción del fonograma, bajo licencia legal, sin requerir la previa autorización de su titular, como excepción al derecho del productor de autorizar o prohibir la reproducción de su fonograma dispuesta en el artículo 10 del Convenio.

[12] Artículo 3 de la Decisión Andina 351 de 1993: *"... Obra: Toda creación intelectual original de naturaleza artística, científica o literaria, susceptible de ser reproducida o divulgada en cualquier forma."*

Así ha de interpretarse tal disposición, en nuestra opinión, pues de aplicarse en sentido contrario, se estaría afectando o menoscabando la protección del derecho de autor a radiodifundir su obra, en violación al principio tutelar dispuesto en el artículo 1 de dicho Convenio.

COMENTARIOS:

Cuatro condiciones imponen las normas transcritas para que el derecho a las grabaciones efímeras se ajuste a la ley:

1. Que el organismo de radiodifusión tenga autorizada, previa y expresamente, la radiodifusión de la obra objeto de la fijación efímera;

2. Que la fijación efímera sea realizada en los propios equipos del organismo de radiodifusión;

3. Que una vez realizada esa fijación efímera, sea utilizada en las propias emisiones del organismo de radiodifusión; y

4. Que la fijación efímera sea realizada en las condiciones impuestas por la legislación nacional.

Lo primero quiere señalar el respeto al principio general de autorizar o prohibir el uso de sus obras otorgado a los diferentes titulares de derechos de autor, en este caso, el uso de la radiodifusión.[13] En nuestro país ese derecho de radiodifusión lo ejercen sus titulares, generalmente, a través de las denominadas sociedades de gestión colectiva.

Lo segundo condiciona la realización de esa fijación efímera en los propios equipos técnicos del organismo de radiodifusión, sea en soportes materiales, electrónicos o tecnología analógica o digital, por tratarse de satisfacer una exigencia técnica y propia del servicio de ese organismo de radiodifusión, no de un tercero.

Lo tercero somete la fijación efímera a que sea utilizada en las propias emisiones del organismo de radiodifusión que haya sido autorizado previa y expresamente para radiodifundir las obras pertinentes, pues es muy común que esas fijaciones sean utilizadas en emisiones diferidas en el tiempo, no para terceros.

---

[13] Artículo 13 de la Decisión Andina 351 de 1993: "*El autor o, en su caso, sus derechohabientes, tienen el derecho exclusivo de realizar,* ***autorizar*** *o prohibir: ... b) La comunicación pública de la obra por cualquier medio que sirva para difundir las palabras, los signos, los sonidos o las imágenes ...*"

Lo cuarto, según la remisión mencionada de la Decisión 351 de 1993, obliga a que esa fijación efímera sea realizada en las condiciones establecidas por la legislación interna de cada país de la Comunidad Andina de Naciones.

Esta última condición nos merece las siguientes observaciones:

El citado artículo 179 de la ley 23 de 1982 dispone que las fijaciones efímeras sean realizadas en las propias emisiones del organismo de radiodifusión, en un estipulado número de veces, para ser destruidas después de la última transmisión autorizada.

El acuerdo sobre el número de utilizaciones que tiene como consecuencia la destrucción de las grabaciones efímeras se realiza, obviamente, entre el titular del derecho de autorizar la radiodifusión y el organismo de radiodifusión o sus representantes.

Hemos expresado ya que en nuestro país la titularidad de ese derecho de radiodifusión se encuentra, por lo general, en las sociedades de gestión colectiva. El derecho de reproducción o grabación lo ejercen, en forma general, las empresas conocidas como editoras de obras musicales, con la excepción de este analizado caso de limitación al derecho de autor.

Estas sociedades de gestión colectiva tienen celebrados con la mayoría de los organismos de radiodifusión del país unos acuerdos sobre la radiodifusión de las obras e interpretaciones musicales por ellas representadas. Nuestras informaciones nos señalan que en tales acuerdos no se han fijado las condiciones anotadas sobre el número de veces de utilización de las obras, aunque sí un plazo para la terminación del contrato respectivo.

Ha de interpretarse, en consecuencia, que las partes han expresado de esta manera su autonomía privada, entendiendo por tal la facultad o poder en virtud del cual el particular puede autorregular sus intereses, ejercer sus derechos y contraer obligaciones.[14] La autonomía privada se puede ejercer en forma activa o pasiva, entendiendo por esta última la facultad de no ejercer sus derechos ni de adquirir obligaciones. Si nada se ha dicho en los contratos sobre esta particular cuestión de las fijaciones efímeras, la "destrucción" de ellas ha de realizarse a la terminación de tales acuerdos.

Las grabaciones efímeras realizadas en el desarrollo de tales contratos permanecen, para su conservación y uso, en los archivos de los organismos de

---

[14] "*... uno de los principios fundamentales que inspiran el Código Civil es el de la autonomía de la voluntad, conforme al cual ... los particulares pueden realizar actos jurídicos, con sujeción a las normas que los regulan en cuanto a su validez y eficacia, principio este que en materia contractual alcanza expresión legislativa en el artículo 1602 del Código Civil...*". (Corte Suprema de Justicia, Casación Civil, Sentencia de mayo 17 de 1995). Artículo 1602 del Código Civil: "*Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales*."

radiodifusión, hasta que sus titulares ejerzan activamente, mediante contratos válidamente celebrados, los derechos que sobre ellas les otorga la ley. Ha de entenderse, entonces, que tales grabaciones efímeras solo pueden ser *reproducidas* por los organismos de radiodifusión para los fines de sus propias emisiones.

Cuando se trata de grabaciones efímeras de obras musicales realizadas por emisoras de radio o de televisión, se presentan problemas jurídicos a resolver como consecuencia de la autorización de reproducción efímera que la ley, en igualdad de circunstancias ante el derecho de radiodifusión, dispone para unas y otras.

Las grabaciones efímeras en la radio:

Del uso directo en las consolas de las emisoras de radio de los antiguos discos de acetato y cintas grabadas, se ha evolucionado, con las nuevas tecnologías, a la *grabación* o *reproducción* de las obras musicales en cintas magnetofónicas especiales, luego en medios electrónicos (computadores) y ahora en tecnología digital, con fines exclusivos de radiodifusión, por parte de las emisoras de radio.

Esa reproducción realizada por las emisoras de radio, necesaria y permitida por razones técnicas y de servicio, la cual por principio general es un derecho diferente e independiente al de radiodifusión (el cual exigiría una previa, expresa y remunerada autorización), es simple y llanamente la aplicación y aceptación generalizada del consagrado derecho a las grabaciones efímeras aquí analizadas.

Que se tenga noticia, nadie, ni autores o editores, han reclamado ante la radio ese "otro" derecho de reproducción de obras musicales, ni solicitado una remuneración por ello. No ocurre lo mismo con este uso en las emisoras de televisión.

Las grabaciones efímeras en la televisión:

En televisión el uso de obras musicales realizado a través de fijaciones audiovisuales, puede devenir ora de su grabación o fijación, ora de su radiodifusión. Esta última, la radiodifusión, especialmente en la programación en diferido, como en la radio, requiere de la grabación o fijación efímera de la obra musical por razones técnicas o de servicio. Dilucidar cuando estamos en presencia de uno o del otro uso es tarea que emprenderemos al exponer la siguiente tesis.

La obra audiovisual[15], entendida como la fijación de sonidos sincronizados con imágenes, requiere usualmente de su musicalización, la cual se realiza mediante obras musicales creadas "por encargo"[16] o por el uso de obras musicales preexistentes, las que se incluyen, reproducen o fijan en el correspondiente audiovisual. En las primeras, por tratarse de un encargo, pertenecen, por presunción de ley, al productor del audiovisual, mientras que las segundas, las preexistentes, deben contar con la previa y expresa autorización de su titular, para ser reproducidas[17], fijadas, incluidas o sincronizadas en el audiovisual.

Las obras musicales así utilizadas hacen parte integrante e indispensable del audiovisual, conforman con otras prestaciones intelectuales como la dirección, el guión o la fotografía, el acervo corriente, común o natural de la obra audiovisual.[18] Esas prestaciones, concebidas desde el guión o libreto como partes integrantes de la obra audiovisual, no pueden dividirse o separarse sin alterar la fisonomía y la naturaleza propia de la producción audiovisual[19], creada por un conjunto de contribuciones de muchos titulares, por cuenta y riesgo de su productor[20].

Tales los casos de las obras musicales que hacen parte del "cabezote" del audiovisual o de otras que conforman las "cortinillas" musicales o la denominada "música incidental", entendiendo por tal: (i) las obras originarias

---

[15] Artículo 3 de la Decisión Andina 351 de 1993: *"... Obra audiovisual: Toda creación expresada mediante una serie de imágenes asociadas, con o sin sonorización incorporada, que esté destinada esencialmente a ser mostrada a través de aparatos de proyección o cualquier otro medio de comunicación de la imagen y de sonido, independientemente de las características del soporte material que la contiene."*

[16] Artículo 20 de la Ley 23 de 1982: "*Cuando uno o varios autores, mediante contrato de servicios, elaboren una obra según plan señalado por persona natural o jurídico y por cuenta y riesgo de esta, sólo recibirán en la ejecución de ese plan, los honorarios pactados en dicho contrato. Por ese sólo acto se entiende que el autor o autores transfieren los derechos sobre la obra*."

[17] Artículo 14 de la Decisión Andina 351 de 1993: "*Se entiende por reproducción, la fijación de la obra en un medio que permita su comunicación o la obtención de copias de toda o de parte de ella, por cualquier medio o procedimiento*."

[18] Artículo 95 de la Ley 23 de 1982: "*Son autores de la obra cinematográfica: a) El director o realizador, b) el autor del guión o libreto cinematográfico: c) El autor de la música; d) El dibujante o dibujantes, si se tratare de un diseño animado."*

[19] Artículo 8 de la Ley 23 de 1982: *"...c) Obra en colaboración: la que sea producida, conjuntamente, por dos o más personas naturales cuyos aportes no puedan ser separados."* Artículo 81 de la Ley 23 de 1982: *"El contrato entre los demás colaboradores y el productor deberá contener salvo disposición expresa en contrario, la cesión y transferencia a favor de este, de todos las derechos patrimoniales sobre la obra cinematográfica..."*

[20] Artículo 98 de la Ley 23 de 1982: *"El productor cinematográfico es la persona natural o jurídica legal o económicamente responsable de los contratos con todas las personas y entidades que intervienen en la realización de una obra cinematográfica."* Artículo 99 de la Ley 23 de 1982: *"Los derechos patrimoniales sobre una obra cinematográfica se reconocerán, salvo estipulación en contrario, a favor del productor."*

instrumentales, creadas a partir de cada uno de sus personajes (música de identificación de personajes); (ii) las obras creadas para la ambientación musical de cada una de las escenas o situaciones del citado audiovisual; y (iii) Las obras genéricas de suspenso, nostalgia, persecución, pánico, tristeza, amor, entre otros.

En los términos generales analizados, el uso de la obra musical en la producción audiovisual es el de la sincronización, *fijación* o *reproducción*, con sentido de permanencia dentro de ella, para el cual es necesaria la autorización previa y expresa, como la correspondiente remuneración a su titular, configurándose de esta manera un uso independiente y diferente al de la radiodifusión, como ya se analizó.

Sin embargo, en la obra audiovisual puede darse el uso de obras musicales a mero título de *radiodifusión*, para lo cual es necesaria su previa fijación o reproducción *efímera,* en los términos y condiciones legales analizados.

Cuando el uso de las obras musicales no se encuentra concebido desde el guión o argumento como parte integrante de ellas; cuando esas obras no hacen parte de la naturaleza del audiovisual; cuando pueden ser reemplazadas por otras sin afectar tal naturaleza; cuando pueden ser excluidas de la obra audiovisual sin que ésta pierda su fisonomía; o cuando no conforman el acervo natural de contribuciones intelectuales del audiovisual, constituyen jurídicamente un solo uso por radiodifusión, *sin necesidad de solicitar permiso o autorización previa y expresa para su fijación o reproducción*, *ni reconocer remuneración alguna por tal uso,* en los términos y condiciones legales ya analizados.

Es el caso, por ejemplo, de una obra musical que se ejecuta o suena casualmente en una escena del audiovisual, sin estar preconcebida desde su guión o argumento, como ocurre, también, en aquella escena que se desarrolla en un establecimiento abierto al público donde "suena" una obra cualquiera que hace parte de la discoteca de ese establecimiento, sin interés para el desarrollo de la trama. Estas obras pueden ser separadas, excluidas del audiovisual, sin alterar su naturaleza. Pasan a un plano secundario, son accesorias e intrascendentes como contribución creativa dentro de la obra, son *efímeras*.

Y por grabación efímera, útil es el colofón, hemos de repetir y entender como:

Aquella *"fijación sonora o audiovisual de una representación o ejecución o de una emisión de radiodifusión, realizada por un período transitorio por un organismo de radiodifusión, utilizando sus propios medios, y empleada en sus propias emisiones de radiodifusión".(Decisión 351/93, art. 3)*

Y la misma Decisión 351 de la Comunidad Andina de Naciones, complementa, al disponer:

"Artículo 22.- ... será lícito realizar, sin la autorización del autor y sin el pago de remuneración alguna, los siguientes actos:

> *i). La realización, por parte de los organismos de radiodifusión, de grabaciones efímeras mediante sus propios equipos y para su utilización en sus propias emisiones de radiodifusión, de una obra sobre la cual tengan el derecho para radiodifundirla. El organismo de radiodifusión estará obligado a destruir tal grabación en el plazo o condiciones previstas en cada legislación nacional;".*

Paradójicamente, a la aceptada y reconocida grabación *efímera* en la radio, hay quienes interpretan semejantes hechos o fundamentos, como una grabación *permanente* en la televisión, con desconocimiento del principio jurídico que afirma que *"a los mismos hechos se le aplican las mismas disposiciones."*

"Non sunt judicandae leges". (La ley no se juzga, sino que se cumple)