



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Comercial

**CONCEPCIÓN DEL ESPACIO Y FUNCIONALIDAD DE LA OBRA
ARQUITECTÓNICA EN EL ÁMBITO DE LA PROTECCIÓN DEL
DERECHO DE AUTOR. POSIBLES FRONTERAS.**

Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales

FERNANDA MOSQUERA ARAYA

PROFESOR GUÍA: SANTIAGO SCHUSTER VERGARA

Santiago de Chile
2016

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I	
CONSIDERACIONES RELEVANTES PARA EL DERECHO DE AUTOR EN TORNO A LA OBRA ARQUITECTÓNICA. FUNDAMENTOS TEÓRICOS.....	7
1. Aproximación a la noción de obra de arquitectura.....	7
1.1. Concepto de obra arquitectónica.....	7
1.1.1. Obra arquitectónica en <i>lato sensu</i>	8
1.1.2. Obra arquitectónica en <i>stricto sensu</i>	9
1.1.3. Aceptación de obra arquitectónica que se empleará en lo sucesivo.....	10
1.2. Estados en que puede hallarse la arquitectura.....	11
1.2.1. Arquitectura no construida.....	11
1.2.2. Arquitectura construida.....	13
2. Triada Vitruviana. Elementos que componen la arquitectura.....	13
2.1. <i>Fírmitas</i>	14
2.2. <i>Utilitas</i>	15
2.3. <i>Venustas</i>	15
3. Activos de propiedad intelectual presentes en la obra arquitectónica.....	16
3.1. Trabajos preparatorios.....	16
3.1.1. Croquis o bocetos.....	16
3.1.2. Planos.....	17
3.1.3. Maquetas o modelos.....	18
3.1.4. Visualizaciones.....	19
3.2. Obra construida.....	19
CAPÍTULO II	
CREACIÓN ARQUITECTÓNICA COMO RESULTADO DE UNA ACTIVIDAD INTELLECTUAL.....	21
1. Obra arquitectónica en el marco de nuestra LPI.....	21
1.1. Obra arquitectónica como objeto protegible por el derecho de autor.....	21

1.2. Limitaciones al derecho de autor de una obra arquitectónica.....	24
1.2.1. Art. 71 F LPI.....	24
1.2.2. Art. 71 G LPI.....	25
2. Infracciones al derecho de autor que constituyen vulneraciones a la ética profesional.....	28
3. Requisitos de la obra arquitectónica para ser protegida en el ámbito del derecho de autor.....	29
3.1. Obra plástica protegida por el solo hecho de su creación.....	29
3.2. Expresada o fijada en un soporte.....	30
3.3. Irrelevancia del mérito o valor estético, de la moral y del orden público.....	32
3.4. Obra arquitectónica original.....	33
3.4.1. Originalidad en nuestra LPI.....	34
3.4.2. Originalidad según la doctrina.....	35
3.4.3. Criterio de originalidad aplicable a la obra arquitectónica.....	37
3.4.3.1. Decisión creativa independiente.....	39

CAPÍTULO III

IMPORTANCIA DE LOS TRABAJOS PREPARATORIOS DE LA OBRA ARQUITECTÓNICA.....

1. Trabajos preparatorios y representación de la idea arquitectónica.....	42
1.1. Idea en el derecho de autor.....	42
1.2. Desprotección de la idea arquitectónica.....	44
2. Protección de los trabajos preparatorios como formas de expresión de la concepción arquitectónica.....	47
2.1. Concepción arquitectónica.....	47
2.2. Trabajos preparatorios y representación de la concepción arquitectónica.....	50
2.2.1. Regulación de las consecuencias derivadas de la enajenación de los trabajos preparatorios.....	52
2.2.2. El croquis como expresión de la concepción arquitectónica.....	54
2.2.3. El plano como expresión de la concepción arquitectónica.....	56
2.2.4. Cuándo se protegen los trabajos preparatorios.....	58
3. Posibles efectos jurídicos en relación con los trabajos preparatorios ejecutados personalmente por su autor.....	59
3.1. Aplicación del <i>droit de suite</i>	61

CAPÍTULO IV

LA FUNCIONALIDAD COMO ELEMENTO CONDICIONANTE DE LA ORIGINALIDAD EN LA OBRA ARQUITECTÓNICA..... 64

1. Funcionalidad como presupuesto de existencia de la obra arquitectónica..... 64
 - 1.1. Destino de la obra como factor restrictivo de las opciones creativas..... 66
2. Funcionalidad como factor determinante de la originalidad de la obra arquitectónica..... 69
 - 2.1. Composición original de la obra arquitectónica..... 69
 - 2.1.1. Paralelo entre originalidad de la obra arquitectónica y de las compilaciones..... 70
 - 2.2. Situaciones en que los elementos funcionales se hallan desprotegidos..... 71
 - 2.3. Situaciones en que los elementos funcionales se hallan protegidos..... 73
 - 2.3.1. Protección de elementos funcionales según su combinación..... 75
 - 2.3.2. Protección de diseños arquitectónicos cuya forma sigue a la función..... 77
3. Rol de la funcionalidad en el análisis de la expresión original de la obra arquitectónica..... 80
 - 3.1. Análisis de la originalidad que prescinde de los elementos funcionales de la obra..... 80
 - 3.2. Análisis de la originalidad que considera los aspectos funcionales de la obra... 81

CONCLUSIÓN..... 85

BIBLIOGRAFÍA..... 89

ANEXO I

PRINCIPIOS WA ADOPTADOS POR EL COMITÉ DE EXPERTOS GUBERNAMENTALES SOBRE OBRAS DE ARQUITECTURA..... 98

ANEXO II

TRATAMIENTO QUE RECIBEN LAS CREACIONES ARQUITECTÓNICAS EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA..... 103

RESUMEN

Advirtiendo que las creaciones arquitectónicas han sido escasamente estudiadas por la doctrina (especialmente nacional), a pesar de que tienen particularidades que las hacen atractivas desde la óptica de la propiedad intelectual, se decide analizar las obras de arquitectura con especial énfasis en aquellas cuestiones cuya tutela es de difícil determinación.

Los trabajos preparatorios constituyen las primeras manifestaciones de la concepción arquitectónica y en la actualidad son indispensables para construir un edificio. Por otro lado, la funcionalidad es un presupuesto de existencia de toda obra arquitectónica pues, mediante el diseño de espacios habitables, está destinada a servir de marco a las actividades del hombre. Pero tradicionalmente los trabajos preliminares no se valoran de igual forma que el edificio que proyectan y se considera que la funcionalidad es irrelevante para efectos de dotar de protección a una obra.

Mediante un análisis normativo, dogmático, jurisprudencial y de ejemplos destacados de la arquitectura, la presente investigación responde si los trabajos preparatorios y la funcionalidad deben o no ser tutelados por el derecho de autor, delimitando así las posibles fronteras de una protección autoral de las obras arquitectónicas.

INTRODUCCIÓN

La propiedad intelectual, según dispone el art. 584 del CC, es una especie de propiedad cuya particularidad consiste en que recae sobre cosas inmateriales, esto es, sobre producciones del talento o del ingenio que son reconocibles por medio del espíritu o intelecto y no a través de los sentidos como acontece con las cosas materiales (Alessandri, 1997, pp. 36-37). Como tal, y en virtud del texto expreso del art. 1º de la Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual (LPI) de 1970, tiene por objeto dar protección a las obras de la inteligencia por el solo hecho de su creación.

Las obras susceptibles de tutela son tan variadas y profusas como lo es la capacidad intelectual humana, razón por la cual nuestra normativa vigente ha optado por fijar una regulación amplia y no taxativa de las creaciones que quedan bajo su halo de protección, lo que se desprende de la frase “[q]uedan **especialmente protegidos** con arreglo a la presente ley” del art. 3º de la LPI (énfasis agregado). A pesar del prácticamente inagotable número de creaciones protegibles, tanto la ley como la dogmática nacional se han focalizado en solo algunas de ellas. Si bien actualmente -debido al importante desarrollo que han experimentado las nuevas tecnologías- obras tales como los programas computacionales han comenzado hace ya algún tiempo a captar la atención de teóricos, otras, que no se ven tan influenciadas por los avances tecnológicos,¹ han quedado simplemente exceptuadas de mayor análisis. Es por este motivo que nos preguntamos ¿qué sucede con el ejercicio efectivo del derecho de autor respecto de aquellas obras que no cuentan con mayor profundización doctrinaria y de las que sus titulares disponen de menor cantidad de información para hacer valer sus intereses?

Creemos que aquellas obras olvidadas por los teóricos merecen ser objeto de estudio pues, como es de suponer, una regulación tan amplia como la brindada por nuestra LPI es insuficiente para tratar íntegramente las diferentes clases de obras, sus distintas aristas, circunstancias y contextos creativos. Ahora bien, teniendo absolutamente claro que abarcar todas las obras postergadas en examinación constituye un despropósito en la elaboración de

¹ Aun cuando las nuevas tecnologías no solo han dado lugar a la aparición de nuevas clases de obras sino que también han influido en todas las categorías de obras, la repercusión que dichos avances han tenido en ellas es relativo, siendo posible distinguir creaciones respecto de las cuales las nuevas tecnologías han tenido un predominio sin parangón y otras que, en cambio, han sido trascendidas en solo algunos aspectos (v. gr. reproducción de obras plásticas por medio de internet).

una investigación pormenorizada de cada una de ellas, proponemos profundizar en el análisis de las obras de arquitectura.

Motivaciones.

Habiendo cursado un par de años la carrera de arquitectura en la Facultad de Arquitectura y Urbanismo de esta casa de estudios y manteniendo hasta el día de hoy contacto con arquitectos, la decisión de focalizar nuestro interés en esta clase de obras no solo se erige sobre la base de una motivación personal, sino que además se fundamenta en los siguientes argumentos fácticos: (i) la relevancia de la arquitectura como disciplina en la vida del hombre: la cual se remonta a miles de años en la historia pues ha servido a la Humanidad desde su origen y ha evolucionado a la par suya para satisfacer sus necesidades sobrevinientes; (ii) la cotidianeidad con que nos enfrentamos a la arquitectura: vivimos en un medio construido en que gran parte de lo que nos rodea es arquitectura, siendo prácticamente imposible abstraerse de este tipo de creaciones, salvo en lugares aún vírgenes -cada vez más escasos-; y (iii) la riqueza autoral de estas obras: dada su complejidad -como tendremos ocasión de ver a lo largo de este estudio- la creación arquitectónica se presenta como una obra digna de ser examinada.

Problema de investigación.

De todas las disciplinas plásticas, la arquitectura es la que tiene mayor potencial en cuanto a responsabilidad social y desarrollo cultural (Lobos, Juul & Gómez-Guillamón, 2010, p. 14). Además, es posible constatar que a nivel global se ve fuertemente influenciada por las situaciones políticas (Cantis, 2010, p. 52) y que impacta en las economías de los contextos en los cuales se desarrolla.²

Pese a la importancia social y económica de la arquitectura, la exploración de la disciplina desde la óptica del derecho de autor ha sido exigua tanto legislativa como

² Según el Consejo Nacional de la Cultura y las Artes, en el plano local, las empresas creativas del sector de la arquitectura se encuentran en constante crecimiento, así lo demuestran sus niveles de ventas, la cantidad de oficinas que se dedican a ella, el alto número de profesionales que se titulan año a año en el país, y el inicio de la exportación de servicios de arquitectura nacional (2014, p. 213).

doctrinariamente en el ámbito extranjero³ -salvo notorias excepciones como los casos de Estados Unidos y España-, llegando a ser prácticamente nula en el contexto nacional,⁴ de modo que temas relativos a la propiedad intelectual tan relevantes como las primeras expresiones formales que asume la obra arquitectónica y el rol que le corresponde a la funcionalidad han sido escasamente profundizados.

Hipótesis.

1. La idea no es protegible por el derecho de autor, solo se tutela la forma sensible en que aquélla se manifiesta (Lipszyc, 1993, p. 62). Pero el complejo proceso creativo a partir del cual las obras de arquitectura dejan de ser solo ideas y adquieren una particular forma de expresión puede suscitar interrogantes relativas al momento en que la creación arquitectónica surge como tal. Creemos que las obras arquitectónicas tienen protección aún antes de su edificación, e incluso sin que ésta necesariamente se lleve a cabo.

- Hipótesis 1:

En relación a este asunto, la investigación evidenciará que los trabajos preparatorios como primeras formas de expresión que adopta la obra de arquitectura, son tutelados por el derecho de autor. Además, se demostrará que pueden producirse ciertos efectos jurídicos a su respecto en cuanto sean realizados personalmente por su autor.

2. La funcionalidad -según se ha sostenido por la doctrina- constituye un criterio ajeno a la protección de las obras por parte del derecho de autor (Lipszyc, 1993, p. 67). Tanto es así que su presencia ha llegado a poner en duda si las obras de arquitectura deben ser consideradas como objeto de tutela por el derecho de autor (Ortega, 2005, pp. 24-25, 84),⁵ haciendo de su protección un asunto controvertido. Sin perjuicio de lo

³ Concuera en este punto con nosotros la abogada española Cristina Troya, quien expresa que las obras de arquitectura son “unas obras que, pese a su relevancia social, están poco tratadas tanto por la legislación como por la doctrina” (s.f., p. 4).

⁴ Mientras esta memoria se desarrollaba, en Noviembre de 2015 se publicó en esta misma facultad la tesis “Derecho de autor y arquitectura” de Juan Pablo Klenner, con la cual el autor se adjudicó un proyecto FONDART de investigación para el año 2016.

⁵ En un texto más reciente, Jorge Ortega reafirma esta idea señalando que “la arquitectura ha provocado tanta controversia a lo largo de los tiempos” y que “no siempre se ha reconocido como digna de protección por el derecho de autor” (2011, p. 12).

anterior, la funcionalidad -como presupuesto de existencia de las obras de arquitectura que define a éstas como tales y las distingue de otras semejantes (por ejemplo, de las esculturas)- cumple un importante rol en relación a la originalidad pues, al desarrollar este tipo de obras su autor posee menos autonomía creativa que otros, debiendo dar cumplimiento a necesidades habitacionales y teniendo presente que su creación, ante todo, ha de ser funcional.

- *Hipótesis 2:*

En este sentido, se demostrará que en el caso de la obra arquitectónica, la funcionalidad –aspecto considerado irrelevante para la protección por parte del derecho de autor (Antequera, 2007, p. 28)- tiene un impacto sobre su expresión original -presupuesto de protección del derecho de autor- y se advertirá que si bien en la mayoría de los casos el carácter utilitario de la obra puede reducir las posibilidades de originalidad, esta última puede también encontrarse en la combinación de los aspectos funcionales de la obra.

Objetivo general.

Por medio de este trabajo de investigación se pretende profundizar en el análisis de la propiedad intelectual sobre las obras arquitectónicas con especial énfasis en dos de sus aspectos centrales y cuya protección es de difícil determinación: los trabajos preparatorios como primeras formas en que se manifiesta la obra arquitectónica y la funcionalidad como presupuesto de existencia de estas creaciones.

Objetivos específicos.

1. Exponer conceptos claves de la disciplina arquitectónica que son esenciales para comprender estas obras.
2. Desarrollar los principales aspectos de las obras arquitectónicas entendidas como creaciones protegidas por el derecho de autor.
3. Resolver de qué manera se protegen los trabajos preparatorios de la obra arquitectónica.
4. Determinar en qué medida la funcionalidad de la creación arquitectónica condiciona la expresión original de la obra.

Con miras a alcanzar estos objetivos, se revisará bibliografía relativa a la arquitectura y doctrina jurídica para construir una base teórica y respaldar los planteamientos de la investigación. Se analizará -en lo pertinente a las obras de arquitectura- nuestra Ley de Propiedad Intelectual así como también algunas legislaciones latinoamericanas que han sido seleccionadas debido a su cercanía y semejanzas culturales, sociales, políticas y económicas con Chile, las principales legislaciones europeas de tradición romana porque constituyen referentes para nuestro país en materia de derecho de autor y una muestra de legislaciones de tradición anglosajona que permite graficar la manera en que el *copyright* aborda estas obras. Asimismo, se expondrán algunos de los Principios WA⁶ adoptados en la reunión del Comité de Expertos Gubernamentales sobre Obras de Arquitectura -ocurrida en Ginebra entre el 20 y 22 de octubre del año 1986- que tienen por finalidad orientar en la protección de estas creaciones. Además, se estudiarán casos relacionados con los temas a demostrar en este trabajo.

Se desarrollará el marco teórico en los dos primeros capítulos. El primero de ellos abordará algunas nociones de la obra arquitectónica que estimamos relevantes para el derecho de autor a la vez que identificará los principales activos de propiedad intelectual reconocibles en ella. El segundo, ya desde una óptica jurídica, se referirá a la manera en que nuestra LPI incorpora a estas obras en el catálogo de obras especialmente protegidas y analizará los requisitos que debe reunir la obra de arquitectura en el marco del derecho de autor. De esta forma, delimitaremos nuestro campo de estudio y contextualizaremos al lector en los temas fundamentales para un mejor entendimiento del análisis de la creación intelectual en cuestión.

En el tercer capítulo se manifestará que, si bien en algunos casos los trabajos preparatorios solo representan una idea que no reviste expresión tutelable por el derecho de autor, en otros son susceptibles de protección en tanto formas de expresión de una concepción arquitectónica mínimamente original. Además se planteará que, al ser elaborados personalmente por su autor, pueden generarse importantes efectos jurídicos que pueden significar la aplicación de figuras como el derecho de participación.

⁶ La sigla WA corresponde al inglés “*Works of Architecture*” que en español significa “Obras de Arquitectura”.

El cuarto capítulo analizará el vínculo que existe entre la originalidad y la función. Por un lado, determinará cómo la funcionalidad puede restringir las posibilidades de originalidad de la obra y, por otro, cómo la originalidad puede residir precisamente en los elementos funcionales de la obra arquitectónica, señalando de qué manera debe entenderse la originalidad respecto de las obras de arquitectura, así como el rol que debe asignársele a la funcionalidad en un examen de su carácter original.

Finalmente, reflexionaremos sobre la importancia que poseen los trabajos preparatorios en la manifestación de la concepción arquitectónica y el rol que le cabe a la funcionalidad en el ámbito del derecho de autor sobre obras arquitectónicas.

CAPÍTULO I

CONSIDERACIONES RELEVANTES PARA EL DERECHO DE AUTOR EN TORNO A LA OBRA ARQUITECTÓNICA. FUNDAMENTOS TEÓRICOS

Para comprender de mejor manera el objeto de estudio de esta memoria, en este capítulo se definirá aquello que debe entenderse por “obra de arquitectura” u “obra arquitectónica”, además de abordarse los elementos que la componen y que deben estar siempre presentes en ella. Asimismo, se presentarán los estados en que puede hallarse la arquitectura y se explicará en qué consiste el partido general, el anteproyecto y el proyecto. Finalmente, se identificarán cuáles son los principales activos de propiedad intelectual en estas creaciones.

1. Aproximación a la noción de obra de arquitectura.

1.1. Concepto de obra arquitectónica.

Ante la ausencia de definiciones o conceptos normativos en torno a esta materia,⁷ a continuación, procuraremos resolver si la obra de arquitectura abarca solo a la construcción o edificación, o si también incluye los trabajos previos a ella.

La Real Academia Española (RAE) otorga tres acepciones para la palabra “arquitectura”,⁸ señalando que es “1. Arte de proyectar y construir edificios. 2. Diseño de una construcción. 3. Conjunto de construcciones y edificios” (2014a); no obstante, ello no permite determinar en qué consiste una obra de arquitectura. Por su parte, tampoco existe consenso al interior de la disciplina arquitectónica sobre qué debe entenderse por obra arquitectónica, es decir, si debe ser interpretado en un sentido lato o estricto. En razón de lo anterior, es

⁷ Recordar que el art. 3º de nuestra LPI no define qué se entiende por “obra”, sino que se limita a enunciar un catálogo de creaciones que en consideración del legislador deben quedar “especialmente protegidas”. Por su parte, el art. 5º de la misma normativa se encarga de otorgar ciertas definiciones para los efectos de la ley, pero no define las obras que declara especialmente protegidas, salvo excepciones como las letras p) videogramas, s) diaporamas y t) programa computacional, de la referida norma.

⁸ Arquitectura proviene del griego *arch* (“jefe” o “autoridad”) y *tektion* (“constructor”).

preciso exponer ambas interpretaciones para luego explicar el sentido por el que se opta en este trabajo.

1.1.1. Obra arquitectónica en lato sensu.

Bajo una perspectiva amplia, la obra arquitectónica comprende no solo la obra construida sino que también las fases anteriores a ella, desde el momento en que la creación se exterioriza y abandona el campo de las ideas.

Según un documento elaborado por el Colegio de Arquitectos de Chile, las obras de arquitectura “comprenden básicamente las siguientes 4 etapas: Etapa A Trabajos preparatorios Etapa B Proyecto Etapa C Estructura Etapa D Construcción” (2007, p. 6), a partir de lo cual es posible concluir que dicho ente colegiado se inclina por una interpretación *lato sensu* del concepto de obra de arquitectura.

En el ámbito del derecho, autores como Rodrigo Bercovitz optan por esta acepción extensiva, señalando al efecto que “[e]n lo sucesivo, y por simplificar, utilizaré el término <<obra arquitectónica>> en sentido amplio, comprendiendo tanto los proyectos, planos, diseños y maquetas preliminares como la obra ya construida” (s.f., p. 5). Delia Lipszyc también entiende que “[o]bras de arquitectura protegidas por el derecho de autor son tanto los edificios o construcciones similares, como los proyectos, diseños, croquis, planos y maquetas elaborados para la edificación” (1993, p. 79).

En 2004, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) establece que obra de arquitectura es una “[c]reación en el campo en el arte de construcción de edificios, puentes y estructuras similares. Normalmente, se entiende que estas creaciones comprenden tanto los planos, dibujos, croquis y modelos que sirven de base para la construcción, como los edificios, puentes y estructuras similares acabadas” (p. 306). En la misma línea se halla la sección §101 del Título 17 del *United States Code* (USC) que define a la obra arquitectónica como “el diseño de un edificio expresado en cualquier medio tangible de expresión, incluyendo el edificio, los planos y dibujos arquitectónicos. La obra incluye la

forma en su conjunto así como el arreglo y composición de los espacios y elementos en el diseño, pero no incluye los elementos estándares individuales”.⁹

1.1.2. Obra arquitectónica en stricto sensu.

En un sentido restringido, la obra arquitectónica se identifica con la obra construida o edificada, exceptuando por consiguiente a las etapas creativas previas en la labor del arquitecto,¹⁰ las cuales se consideran obras distintas de la obra de arquitectura.

Se inclina por esta visión el arquitecto español Alberto Campo Baeza, para quien “[l]a IDEA es el QUÉ se quiere hacer. Dando respuesta a las cuestiones del contexto, de la Historia, de la función. Con el hombre como centro.

La CONSTRUCCIÓN es el CÓMO materializar aquellas ideas. Geométricamente con la Composición, con los espacios proporcionados con la escala. Físicamente con la Construcción, con los materiales acordados con las estructuras.

PENSAR: idear construcciones.

CONSTRUIR: levantar ideas.

La ARQUITECTURA es siempre IDEA CONSTRUIDA [...]

PROYECTAR Arquitectura es CREAR.

CREAR es PENSAR. PENSAR, como bien decía Sullivan, es CREAR en nuestro pensamiento” (199-, p. 41).

⁹ “An ‘architectural work’ is the design of a building as embodied in any tangible medium of expression, including a building, architectural plans, or drawings. The work includes the overall form as well as the arrangement and composition of spaces and elements in the design, but does not include individual standard features”.

Cabe señalar que en un principio la definición del término se acotó al diseño de un edificio o de cualquier otra estructura tridimensional, diferenciando conceptualmente la obra de arquitectura construida de los modelos, planos y dibujos arquitectónicos (Dremann, 1995, p. 337).

¹⁰ Nos referimos al arquitecto porque lo habitual es que estas obras sean autoría de estos profesionales; no obstante, conviene aclarar que “la clasificación de una creación no deja de ser ‘arquitectónica’, ni deja de estar protegida por la Propiedad Intelectual, en caso que sea realizada por alguien que construye casas no siendo titulado formalmente” (Bugallo, 2014, p. 6).

Sigue esta tendencia interpretativa el Principio WA.1 del Comité de Expertos Gubernamentales sobre Obras de Arquitectura, el cual señala: “1. La obra de arquitectura significa todo edificio o construcción similar en la medida en que contiene elementos originales tales como su forma, su diseño o sus ornamentos, con independencia de la destinación misma del edificio o construcción similar. 2. Por obra relativa a la arquitectura se entiende el diseño y el modelo en tres dimensiones sobre la base del cual la obra de arquitectura puede ser construida” (Ortega, 2005, p. 28).¹¹

1.1.3. Acepción de obra arquitectónica que se empleará en lo sucesivo.

Si bien los Principios WA buscan servir de criterios rectores al uniformar ciertos aspectos básicos de estas obras para brindarles una adecuada protección, creemos que el Principio WA.1 en particular no satisface el concepto de obra de arquitectura por cuanto lo limita únicamente a la edificación. Compartimos lo afirmado en 2002 por el arquitecto Juan María Moreno Seguí, ya que “la arquitectura no se agota con la construcción, sino que la trasciende, va más allá de la simple materialización del edificio” (p. 13) pero como más adelante precisa, “no significa, sin embargo, que la componente artística de la arquitectura quede agotada, cumplimentada desde el momento en que el concepto aparece, de hecho esta discusión ya se constituyó en objeción al arte conceptual, sino que la idea ha de ser construida, materializada, para alcanzar la plenitud de su artisticidad. También la arquitectura sin la construcción queda coja” (pp. 23-24).

En lo personal, y teniendo en cuenta que los Principios WA carecen de fuerza vinculante (OMPI, 1986, p. 404), preferimos ocupar el término en su interpretación amplia por estimar que ésta es más comprensiva de la actividad creadora del arquitecto y porque no hay razón para escindir a la obra construida de sus etapas preparatorias, sobretodo si se tiene en consideración que en la actualidad -según dispone el art. 119 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones (LGUC) de 1975- no se admite la construcción de un edificio sin la existencia de planimetría o proyecto previo. Además, como este criterio no distingue entre las diferentes etapas del diseño arquitectónico, permite hablar de obra arquitectónica aun cuando no exista -y nunca llegue a existir- la obra construida, cuestión que es habitual dentro

¹¹ “Principle WA.1 (1) ‘Work of architecture’ means any building and similar construction, provided it contains original elements as to its form, design or ornaments, irrespective of the purpose of the building or similar construction.

(2) ‘Work relative to architecture’ means any drawing and three-dimensional model on the basis of which a work of architecture can be constructed” (OMPI, 1986, p. 406).

de este campo profesional y que resulta justo con las demás fases creativas; así por ejemplo, siguiendo esta postura, en un concurso de arquitectura existirán tantas obras arquitectónicas como propuestas se presenten, pero solo una obra será construida.

De esta forma, para efectos de la presente investigación, todo cuanto diga relación con la obra de arquitectura u obra arquitectónica debe ser entendido en un sentido amplio o lato, salvo expresa referencia *stricto sensu*.

1.2. Estados en que puede hallarse la arquitectura.¹²

Si optamos -como lo hemos hecho en esta memoria- por utilizar la acepción amplia de obra arquitectónica, se pueden reconocer al menos dos etapas que la componen: la arquitectura no construida y la arquitectura construida.

1.2.1. Arquitectura no construida.

Prescindiendo de la idea arquitectónica,¹³ es posible distinguir una primera etapa en que la obra arquitectónica podrá estar resuelta en cuanto a su diseño mas no construida, no obstante lo cual es reconocible como una creación original de momento en que por medio de ella la idea se exterioriza. En efecto, “[c]uando se trata de una obra artística, el plan (maqueta, esbozo, etc.) es, por sí mismo, susceptible de recibir protección, pues, ya en esa fase, la idea se encuentra concretada y su expresión se realizará mediante líneas o colores” (OMPI, 1978, p. 13).

En la actualidad, la arquitectura no construida es imprescindible para que la edificación se concrete; señala en este sentido el art. 119 de la LGUC que “[t]oda obra de urbanización o edificación deberá ejecutarse con sujeción estricta a los planos, especificaciones y demás antecedentes aprobados por la Dirección de Obras Municipales”.

Dentro de esta fase pueden distinguirse sub-etapas claves como el partido general, el anteproyecto y el proyecto.

¹² Las etapas que a continuación se desarrollan no responden a una clasificación teórica uniforme, siendo posible encontrar en otros textos clasificaciones más complejas o que admiten denominaciones diferentes.

¹³ A pesar de que la idea es la base de toda obra, ésta no se protege por el derecho de autor. Solo se protege la forma en que las ideas se comunican (Lipszyc, 1993, p. 62).

El **partido general** es la primera aproximación formal y de relaciones espaciales en una propuesta arquitectónica sin que necesariamente esté definido el terreno en el cual se implantará, el programa y las necesidades precisas de los futuros usuarios (Reglamento de Honorarios para los Trabajos de Arquitectura, 1989, Colombia). Es el esquema que contiene los principales lineamientos a partir de los cuales se desarrolla la obra, por lo tanto, las etapas siguientes son concordantes con ésta. Generalmente, se expresa a través de croquis y diagramas, así como de maquetas explorativas.

Al partido general le sigue el **anteproyecto**, momento en que se ilustra y clarifica el volumen del edificio, la distribución de sus distintos espacios y se expresa la manera en que se articulará en su contexto (Bielefeld & Skiba, 2010, pp. 31-32). Aquí se fijan los criterios de diseño de la obra de acuerdo a sus requerimientos programáticos, estableciéndose dimensiones, proporciones y escalas (Ching, 2014, p. 42), así como la lógica estructural y la expresión material, todo lo cual debe sujetarse a las condiciones técnicas y restricciones normativas aplicables a la creación (art. 1.1.2. Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones [OGUC], 1992).

La profundización del anteproyecto se conoce como **proyecto** y tiene por propósito fundamental servir de guía para la eventual construcción de la obra (Ching, 2014, p. 42), desarrollándose detalladamente para dar cuenta de cada uno de los materiales y elementos constructivos que en su conjunto la componen (Bielefeld & Skiba, 2010, p. 52). Además, se caracteriza por requerir de la coordinación con otras especialidades afines,¹⁴ tales como mecánica de suelos, cálculo estructural, instalaciones sanitarias, eléctricas, climáticas, acústicas, etc., que, en definitiva, permitirán el adecuado funcionamiento de la creación una vez construida. Aun cuando se expresa principalmente mediante planimetría,¹⁵ el art. 1.1.2. de la OGUC lo ha definido como el “[c]onjunto de antecedentes de una obra que incluye planos, memorias, especificaciones técnicas y, si correspondiere, presupuestos”.

¹⁴ La cantidad de especialidades que intervienen en la etapa de proyecto depende de la envergadura y el tipo de obra.

¹⁵ En la planimetría de proyecto se presenta toda la información necesaria para comprender cómo debe materializarse la creación, por lo cual abundan las acotaciones y nomenclaturas, especialmente si se trata de planos de detalles o escantillones.

1.2.2. Arquitectura construida.

Por su parte, la arquitectura construida se identifica con la obra edificada y será el grado de concreción máximo que alcance la obra de arquitectura a partir de las directrices conferidas por el proyecto. Esto será así cuando el proyecto arquitectónico adquiera materialidad real y concreta a escala habitable para los destinatarios.

Si bien es cierto, el fin último de la arquitectura es crear espacios habitables destinados a satisfacer necesidades humanas -razón por la cual esta fase es la que más se suele identificar con el término obra de arquitectura-, ésta no siempre llegará a implementarse, siendo perfectamente posible que solo exista una obra arquitectónica no construida, y esto no solo debido a imprevistos circunstanciales (v. gr. asuntos presupuestarios que impidan su materialización) sino que muchas veces porque la obra no ha sido diseñada con la intención de convertirse en construcción (como sucede con la mayoría de los proyectos desarrollados por alumnos de arquitectura en su etapa de formación).

2. Triada Vitruviana.¹⁶ Elementos que componen la arquitectura.

Juan María Moreno Seguí señala que “[d]esde muy antiguo, aquellos que han teorizado sobre la arquitectura han venido coincidiendo en establecer dentro de ella tres enfoques complementarios, tres ingredientes que, juntos, forman lo que llamamos arquitectura y tales que faltando uno de ellos deja de existir la arquitectura [...]”

Son a saber:

El dominio de la tecnología.

El dominio de la función.

El dominio del arte.

¹⁶ Se habla de “triada vitruviana” para hacer referencia a los conceptos de *fírmitas*, *utílitás* y *venustas* pues éstos fueron acuñados por vez primera por el tratadista y arquitecto romano Marco Vitruvio Polión en su obra *De Architecturae*. En este mismo sentido se han expresado, en diversas épocas, otros grandes arquitectos (entre otros: Alberti y Mies Van Der Rohe), aunque haciendo uso de términos distintos.

Constituyen la famosa triada vitruviana” (2002, p. 16).

2.1. Fírmitas.

Este elemento ha sido denominado de las más variadas formas, a saber: solidez, firmeza, etc.; y consiste en el conocimiento acabado de los materiales, sus especialidades y cualidades, la manera en que se utilizan, se unen entre sí y estructuran (Moreno, 2002, p. 17).

En relación a los avances y al desarrollo que experimenta el hombre en el ámbito constructivo, Alvar Aalto -connotado arquitecto finlandés-, señala en 1982 que “[e]n lugar de los <<materiales extraídos directamente de la naturaleza>>, hallamos materiales de construcción que ya no son tan rudimentarios ni naturales, sino que han sido sometidos a diferentes métodos de tratamiento que se crearon en los procesos arquitectónicos y que se recrearán una y otra vez.

En cierto sentido, puede afirmarse que la arquitectura ha creado sus propios materiales y métodos, ya que [...] se crean continuamente nuevas soluciones, nuevas formas, nuevos materiales de construcción y constantes cambios en las ideas constructivas” (p. 8).

Con respecto a este componente de la arquitectura cabe hacer dos menciones ligadas a la propiedad intelectual. La primera de ellas dice relación con que los métodos no se protegen de forma alguna por el derecho de autor; “la propiedad intelectual no incluye en su objeto más que la obra, no el método o el estilo o la técnica de la creación. Lo contrario constituía un freno para el desarrollo artístico, literario o intelectual” (Bercovitz, R. “et al”., 2003, p. 60). La segunda de ellas, tiene que ver con las ideas, materiales y soluciones constructivas al interior del diseño arquitectónico como actividad creativa, puesto que éstos no son tutelables en sí mismos por el derecho de autor, sino tan solo en la medida en que integran la obra, esto es, en cuanto participan en el diseño final de la misma, contribuyendo a dotarla de una particular forma de expresión que la individualiza respecto de otras obras semejantes. Solo en este último aspecto el elemento *fírmitas* es relevante para el derecho de autor.

2.2. Útilitas.

Cuando hablamos de *útilitas* nos referimos a la utilidad, función o finalidad delimitadora de espacios que confieren habitabilidad a la obra (Troya, s.f., p. 18). En otras palabras, aludimos a “la arquitectura como creación de límites y con ello como creación de ámbitos” (Moreno, 2002, p. 17).

Las soluciones de habitabilidad de la obra arquitectónica son muy importantes por cuanto caracterizan a este tipo de creaciones; esto es así porque la finalidad última de la obra de arquitectura es proporcionar espacios habitables para el ser humano. Siendo la funcionalidad el elemento fundamental de toda obra de arquitectura, permite distinguir a estas obras de otras igualmente protegibles por el derecho de autor (como la escultura); en consecuencia, no existiendo utilidad podrá haber una escultura monumental, mas no arquitectura.

A pesar de que el destino utilitario de la obra no es condición determinante para la protección de la misma (OMPI, 1978, p. 13), y como sostiene Delia Lipszyc, “[l]a obra se encuentra protegida con independencia de que esté destinada a un fin cultural o utilitario” (1993, p. 67), dedicaremos un capítulo de esta investigación para desarrollar el vínculo de este elemento con la originalidad de las obras arquitectónicas.¹⁷

2.3. Venustas.

Este elemento de la obra arquitectónica hace referencia a su diseño o carácter artístico y, por ende, de él dependerá si la obra merece ser protegida por el derecho de autor. En este orden de ideas, la OMPI plantea que “las obras de arquitectura figuran en medio de la lista de obras que se designan en el párrafo anterior como ‘obras de arte’. Sin embargo, estas obras tienen ciertas características especiales que justifican que se las separe para constituir el séptimo grupo. Esas características se relacionan con el hecho de que las obras de arquitectura están al servicio de objetivos utilitarios y son construcciones técnicas. Es significativo que se las mencione entre las auténticas obras de arte; esto apunta

¹⁷ La relación entre la originalidad y la función de la obra arquitectónica ha sido reconocida, entre otros teóricos por Rodrigo Bercovitz (s.f.); Jorge Ortega (2005); Vanessa Scaglione (1992); David Shipley (1986, 2010).

al hecho de que es por su aspecto artístico y no por ser soluciones técnicas por lo que son pertinentes desde el punto de vista de la protección por el derecho de autor” (2004, p. 27).

A pesar de que la voz *venustas* ha sido vinculada a la belleza y estética de la obra, rechazamos apriorísticamente dicha ligazón por cuanto belleza y estética no son más que apreciaciones subjetivas en torno al carácter artístico de la obra y -como se expondrá más adelante- el mérito estético carece de importancia en un análisis autoral.

3. Activos de propiedad intelectual presentes en la obra arquitectónica.

Como se ha dicho, la obra arquitectónica no solo se refiere a la edificación, sino que también a otros trabajos que no obstante ser la antesala del edificio, asumen una forma de expresión particular y distinta de la obra construida por lo cual deben estar igualmente provistos de protección por el derecho de autor.

En virtud de lo expuesto, los activos de propiedad intelectual que pueden identificarse en una obra de arquitectura pueden resumirse de la siguiente manera: los croquis o bocetos; la planimetría; las maquetas o modelos; las visualizaciones; y la obra construida. Todos, salvo esta última, pueden hallarse en fase de partido general, anteproyecto y proyecto - etapas directamente relacionadas con el desarrollo de la arquitectura no construida-, pudiendo ser elaborados de manera manual, digital (mediante el uso de *softwares*) o por una mezcla de ambas.

3.1. Trabajos preparatorios.¹⁸

3.1.1. Croquis o bocetos.

Marcelo Vizcaíno afirma que “[d]ibujar es el acto creativo propio del arquitecto. Se encarna en el croquis, sin antesalas” (2008, p. 11). Los croquis pueden definirse como dibujos o representaciones gráficas a mano alzada realizadas por medio de trazos sencillos

¹⁸ Si bien los trabajos preparatorios descritos a continuación corresponden a las formas más características y usuales de representar la arquitectura en su fase previa a la construcción, existen otras maneras de expresar este tipo de creaciones que escapan a lo tradicional. Ejemplo de esto es lo que realizan los arquitectos del estudio chileno Pezo Von Ellrichshausen, quienes -además de los croquis, maquetas y planos- se valen de la pintura y la escultura para expresar sus obras. Del mismo modo sucede con el estudio catalán RCR *Arquitectes*, los cuales han explotado el uso de la acuarela en la representación de sus obras.

hechos a lápiz, tinta o carboncillo que expresan la idea general de la creación -lo sustancial de la misma- sin mayores detalles, configurándose, como dice Moreno (2002), en “un puente tendido entre la idea y la materialidad física de la arquitectura” (p. 24).

Por lo general, los croquis suponen el primer acercamiento a la obra, pero ello no obsta a que se hagan nuevos dibujos en el desarrollo posterior de la creación, o que en algunas ocasiones sea posible reconocer bocetos realizados con la intención de comunicar la espacialidad proyectada tanto al mandante como a terceros. Para María Inés Arribas “[e]n la vida del arquitecto el croquis puede surgir en distintos momentos de la generación de la obra [...] y, por supuesto, para exponer la primera idea donde ese croquis es el testimonio de una interrogante de un espacio arquitectónico futuro” (2008, p. 14).

Es importante mencionar que si bien los bocetos arquitectónicos constituyen la mayor de las veces un trabajo o acto preparatorio¹⁹ para la realización posterior de una edificación que alcanza manifestación corporal en el mundo real, y por lo mismo pueden considerarse como un medio para la consecución de aquélla, “en la obra plástica, los bocetos previos tienen, por lo que a creación y aportación personal del autor se refiere, naturaleza independiente respecto de la obra final” (Troya, s.f., p. 6).²⁰

3.1.2. Planos.

El plano es un dibujo técnico escalado que tiene sus fundamentos en la geometría descriptiva. Francis Ching (2014) afirma que en arquitectura el plano “se basa en la capacidad de expresar el efecto tridimensional de un espacio o edificio con una composición de líneas trazada sobre un formato bidimensional” (p. 5), que permite entender las relaciones formales y las proporciones (p. 43). Según el Colegio de Arquitectos de Chile se trata de “un documento gráfico expresado bidimensionalmente, que representa a una escala adecuada, un anteproyecto o proyecto de arquitectura. Debe contener todos los requerimientos propios de su etapa de desarrollo, identificar claramente lo que representa y las partes que responsablemente intervienen” (2007, p. 26).

¹⁹ El Colegio de Arquitectos de Chile (2007) considera a los croquis como “trabajos preparatorios” de la obra arquitectónica, mientras que Cristina Troya (s.f.) los comprende dentro de los “actos preparatorios” de la misma. En lo sucesivo de esta investigación emplearemos la terminología “trabajos preparatorios” o “trabajos preliminares” para referirnos a las formas de expresión que anteceden a la obra arquitectónica construida o edificación.

²⁰ Esta doble cualidad del dibujo -y en particular del croquis-, que lo convierte a la vez en medio para otra obra y en obra acabada, será abordada en el tercer capítulo de este trabajo.

La planimetría se manifiesta principalmente mediante proyecciones ortogonales, tales como plantas, secciones, elevaciones o alzados y axonometrías; dibujos abstractos que representan conceptualmente el diseño arquitectónico (Ching, 2014, p. 43). Se caracteriza por la precisión y el empleo de signos convencionalmente establecidos respecto de la manera en que se representan los elementos que componen la obra (como grosores y tipos de líneas, nomenclaturas y simbologías específicas, etc.), lo que facilita su entendimiento para el arquitecto y los demás profesionales que participarán en la eventual etapa de construcción (calculistas, técnicos de instalaciones, etc.). Si se dibuja manualmente requiere la utilización de implementos especiales como lápices e instrumentos técnicos; en cambio, si se dibuja por medio de programas computacionales que asisten en el diseño -como ocurre mayormente en la actualidad-, el *software* incorpora estas herramientas bajo las opciones de comandos.

3.1.3. Maquetas o modelos.

Las maquetas o modelos son prototipos a menor escala de la creación arquitectónica que tienen por objeto expresar el espacio diseñado en tres dimensiones. Suelen utilizarse para exponer el diseño final de un proyecto -ya sea al cliente o a terceros- y como medio experimental para expresar volumétricamente la creación durante el proceso de desarrollo de la misma. En opinión de Karina Duque (2014) son “parte muy importante durante la generación del proyecto, al ser un objeto, que construido a escala proporcional, sirven como estudio de detalles constructivos, estética del proyecto y funcionamiento”. El grado de detalle que éstas presenten dependerá de la etapa en la que se encuentre la creación, pudiendo distinguirse maquetas conceptuales (de partido general), de anteproyecto y proyecto.

Ahora bien, cabe hacer una distinción al interior de este activo de propiedad intelectual, pues podemos encontrar tanto modelos físicos como digitales. En el caso de las maquetas físicas, la forma en que éstas se construyen es tan amplia como la cantidad de materiales que existen para ello, siendo la única limitante la capacidad de los mismos y la imaginación de quien la elabora. Sin embargo, cuando una maqueta de este tipo se ha terminado, resulta complejo modificarla. Las maquetas digitales en cambio, resultan más versátiles ya que pueden ser intervenidas rápidamente a efectos de cambiar el diseño. Como destaca Antoine Picon, “[l]as herramientas digitales han permitido a los arquitectos manipular

formas extremadamente complejas e imaginar con mayor libertad modificaciones durante la proyectación” (2006, p. 11), lo cual ha contribuido enormemente a facilitar la labor del arquitecto y a ampliar las posibilidades de diseño.

3.1.4. Visualizaciones.

Corresponden a formas de representación que expresadas sobre un formato bidimensional se basan en el uso de imágenes, las cuales pueden ser creadas mediante técnicas manuales tradicionales -tomadas de la pintura- o a través de programas computacionales de diseño. Su principal función es dar cuenta de la intención espacial o “atmósfera” que el arquitecto quiere lograr, cuestión que resulta compleja de comunicar mediante dibujos lineales (croquis y planos) o maquetas. En este grupo encontramos principalmente los *renders*²¹ y los *collages* arquitectónicos, entre otros.

De la misma forma que una fotografía captura en dos dimensiones una parte de la realidad tridimensional, los *renders* -mediante el desarrollo de ambientes virtuales- permiten comunicar la espacialidad de una obra arquitectónica de manera realista, dando la posibilidad de transmitir fidedignamente las cualidades que ésta pretende lograr antes de ser edificada por medio de su contextualización en el espacio y de la incorporación de materialidades, texturas, iluminación, ambientación, etc. Por su parte, el *collage* arquitectónico es una forma de representación que se basa en el uso de diferentes formas y texturas bidimensionales que por medio de la superposición en capas (Dernie, 2010, p. 200) recrean una visión de la obra de arquitectura (Santibáñez, 2016). A diferencia del *render*, el *collage* tiene un enfoque mucho más conceptual en donde el objetivo no siempre es emular la realidad.

3.2. Obra construida.

La obra construida o edificación, es la fase con que se identifica cotidianamente el término “obra de arquitectura”. Se configura como la decantación de los demás activos de

²¹ Sin perjuicio de que la renderización se refiere, *stricto sensu*, a un proceso informático en el que se genera una imagen a partir de un modelo 3D, en esta investigación empleamos el término “*render*” para referirnos a un tipo específico de visualización arquitectónica.

propiedad intelectual, como la realización final del proyecto,²² momento en que éste se hace materialmente sensible en un tiempo y espacio determinados (Bize, 2008, p. 4). Como asegura Jorge Sainz, “[e]n el campo de la arquitectura, ni el más exhaustivo conjunto de planos, vistas, fotos, películas y maquetas podrá reemplazar nunca a la experimentación real y personal de los valores arquitectónicos de un edificio concreto” (2005, p. 26).

En Estados Unidos, la *United States Copyright Office* ha indicado que los edificios consisten en “estructuras que son habitables por humanos y destinadas a ser tanto permanentes como estacionarias, tales como casas y edificios de oficinas y otras estructuras permanentes y estacionarias diseñadas para la ocupación humana, incluyendo, pero no limitado a, iglesias, museos, miradores, y pabellones de jardines” (2010, p. 1).²³

²² Recordar que, a pesar de que la arquitectura tiene como fin la creación de espacios habitables, la edificación no siempre se lleva a cabo.

²³ “structures that are habitable by humans and intended to be both permanent and stationary, such as houses and office buildings and other permanent and stationary structures designed for human occupancy, including, but not limited to, churches, museums, gazebos, and garden pavilions”.

CAPÍTULO II

CREACIÓN ARQUITECTÓNICA COMO RESULTADO DE UNA ACTIVIDAD INTELLECTUAL

La obra arquitectónica es el resultado de una actividad intelectual humana y en virtud de ello merece ser protegida por la propiedad intelectual. No obstante, son tantos los campos creativos en que el hombre se ha desarrollado que cabe preguntarse a qué grupo de creaciones pertenece y cuáles son sus características.

Por medio de este capítulo estudiaremos la protección que se otorga a las obras arquitectónicas en nuestro país, así como los requisitos que deben concurrir para que éstas se protejan por el derecho de autor, haciendo especial énfasis en el requisito de la originalidad.

1. Obra arquitectónica en el marco de nuestra LPI.

1.1. Obra arquitectónica como objeto protegible por el derecho de autor.

El texto completo del art. 3º de nuestra LPI dispone que “[q]uedan especialmente protegidos con arreglo a la presente ley: 1) Los libros, folletos, artículos y escritos, cualesquiera que sean su forma y naturaleza, incluidas las enciclopedias, guías, diccionarios, antologías y compilaciones de toda clase; 2) Las conferencias, discursos, lecciones, memorias, comentarios y obras de la misma naturaleza, tanto en la forma oral como en sus versiones escritas o grabadas; 3) Las obras dramáticas, dramático-musicales y teatrales en general, así como las coreográficas y las pantomímicas, cuyo desarrollo sea fijado por escrito o en otra forma; 4) Las composiciones musicales, con o sin texto; 5) Las adaptaciones radiales o televisuales de cualquiera producción literaria, las obras originalmente producidas por la radio o la televisión, así como los libretos y guiones correspondientes; 6) Los periódicos, revistas u otras publicaciones de la misma naturaleza; 7) Las fotografías, los grabados y las litografías; 8) Las obras cinematográficas; 9) **Los proyectos, bocetos y maquetas arquitectónicas** y los sistemas de elaboración de mapas;

10) Las esferas geográficas o armilares, así como los trabajos plásticos relativos a la geografía, topografía o a cualquiera otra ciencia, y en general los materiales audiovisuales; 11) Las pinturas, dibujos, ilustraciones y otros similares; 12) Las esculturas y obras de las artes figurativas análogas, aunque estén aplicadas a la industria, siempre que su valor artístico pueda ser considerado con separación del carácter industrial del objeto al que se encuentren incorporadas; 13) Los bocetos escenográficos y las respectivas escenografías cuando su autor sea el bocetista; 14) Las adaptaciones, traducciones y otras transformaciones, cuando hayan sido autorizadas por el autor de la obra originaria si ésta no pertenece al patrimonio cultural común; 15) Los videogramas y diaporamas; y 16) Los programas computacionales, cualquiera sea el modo o forma de expresión, como programa fuente o programa objeto, e incluso la documentación preparatoria, su descripción técnica y manuales de uso; 17) Las compilaciones de datos o de otros materiales, en forma legible por máquina o en otra forma, que por razones de la selección o disposición de sus contenidos, constituyan creaciones de carácter intelectual. Esta 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; 18) Los dibujos o modelos textiles” (énfasis agregado).

La íntegra reproducción del precepto tiene por objeto demostrar, por un lado, que solo algunos de los trabajos preparatorios que integran la obra en análisis reciben expresa tutela en el numeral 9 y, por otro, que dicho artículo no hace mención expresa a la “obra arquitectónica” u “obra de arquitectura” (como sí lo hacen ciertas legislaciones extranjeras), con lo cual podría suponerse que la obra de arquitectura *stricto sensu* carece de tutela autoral en nuestro país. ¿Qué explicación y qué consecuencias traen consigo estas omisiones por parte del legislador nacional?

No puede concluirse que -pese a las referidas omisiones normativas- algunos de los trabajos preparatorios y las obras arquitectónicas construidas se encuentran exentos de protección en nuestro ordenamiento jurídico, por los motivos que a continuación pasan a exponerse.

En primer lugar, el Convenio de Berna (CB) en su art. 2.1) sí les otorga expresa protección al disponer que “[l]os términos «obras literarias y artísticas» comprenden todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma

de expresión, tales como [...] **las obras de** dibujo, pintura, **arquitectura**, escultura, grabado, litografía; [...]; las ilustraciones, mapas, **planos, croquis y obras plásticas relativos** a la geografía, a la topografía, **a la arquitectura** o a las ciencias” (énfasis agregado). De esta forma, aun cuando el texto del art. 3º de la Ley N° 17.336 no los menciona explícitamente, el Convenio de Berna sí lo hace y como Chile adhiere a dicho instrumento internacional, sus disposiciones tienen aplicación en nuestro ordenamiento, encontrándose por tanto protegidos no solo los “proyectos, bocetos y maquetas arquitectónicas” sino que también las “obras de arquitectura, planos, croquis y obras plásticas relativos a la arquitectura”. Además, si se tiene en consideración que las obras de arquitectura son una especie de obra plástica,²⁴ éstas se encuentran tuteladas como tales por el mismo art. 2.1) del convenio.

En segundo lugar, cabe señalar que el art. 3º de la LPI (del mismo modo que pasa con las demás legislaciones extranjeras sobre la materia) en ningún caso establece un *numerus clausus* de creaciones a las que se extiende la protección por parte del derecho de autor. Por el contrario, en virtud del mismo tenor de la disposición -en particular de la frase “[q]uedan especialmente protegidas”- se desprende que la enumeración está lejos de ser taxativa, quedando por tanto abierta su aplicación a obras que no se encuentran expresamente normadas.²⁵ Otra razón suficiente para afirmar que la protección de la ley se extiende también a los demás trabajos preliminares y a la obra de arquitectura *stricto sensu* (Colombet, 1997, p. 25).

En el caso de la ley española, que presenta una regulación muy similar a la nuestra en cuanto a la protección de las obras en análisis (el art. 10º del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI) no incluye a las obras arquitectónicas construidas),²⁶ Rodrigo Bercovitz afirma que la obra de arquitectura edificada está tutelada, entre otras razones, porque el art. 10.1 TRLPI constituye un *numerus apertus*, por tanto, la enumeración es solo ilustrativa, y porque recibe protección indirecta a partir de la protección de planos y proyectos de la letra f) del citado precepto por ser aquélla una reproducción de los planos (s.f., pp. 3-5); argumentos que son extrapolables a nuestra normativa local.²⁷

²⁴ Esta materia será tratada en la sección 3.1. del presente capítulo.

²⁵ Entre otros autores, Bercovitz, R., “et al”. (2003, p. 53); Lipszyc (1993, p. 69).

²⁶ El art. 10º letra f) del TRLPI menciona solo a “[l]os proyectos, planos, maquetas y diseños de obras arquitectónicas y de ingeniería”.

²⁷ Si bien coincidimos con Rodrigo Bercovitz en que la edificación puede considerarse una reproducción de los planos, no existe consenso doctrinario en torno a esta aseveración, ya que para otros autores se trata de una transformación. Personalmente, creemos que deben distinguirse dos modalidades de explotación, dependiendo de si la edificación se verifica con sujeción estricta a los planos o no. Si la edificación se ciñe fielmente a los

1.2. Limitaciones al derecho de autor de una obra arquitectónica.

1.2.1. Art. 71 F LPI.

El Principio WA.7 establece que “[l]a reproducción de la imagen externa de una obra de arquitectura por medio de la fotografía, el cine, la pintura, la escultura, los diseños o un método similar, no debería requerir la autorización del autor si ha sido realizada con fines privados o incluso si se ha realizado con fines comerciales cuando la obra de arquitectura se halla situada en un lugar público, en una carretera, en una plaza o en cualquier otro lugar normalmente accesible al público” (Ortega, 2005, p. 29).²⁸

En la misma línea con el reseñado principio -aunque con algunos matices- el inciso primero del art. 71 F de la LPI dispone que “[l]a reproducción de obras de arquitectura por medio de la fotografía, el cine, la televisión y cualquier otro procedimiento análogo, así como la publicación de las correspondientes fotografías en diarios, revistas y libros y textos destinados a la educación, es libre y no está sujeta a remuneración, siempre que no esté en colección separada, completa o parcial, sin autorización del autor”.

De acuerdo a la historia de la ley, a la referencia del inciso segundo a los “lugares públicos” y a lo indicado por el Principio WA.7, la norma se aplica únicamente a los casos de reproducción de obras situadas en espacios públicos y, consiguientemente, solo a la obra construida. Cabe indicar además que este es el tenor con que se ha regulado la materia en legislaciones comparadas. Pero a diferencia de otras normas como el art. 39 N° 4 de la Ley sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos de Paraguay (1998) que limita la reproducción a las fachadas exteriores de los edificios,²⁹ y el art. 39 de la Ley sobre Régimen General de

planos y demás trabajos preliminares, entonces habrá una reproducción tridimensional de tales trabajos; en cambio, si la edificación no sigue por completo a dichos trabajos pues incorpora modificaciones, habrá una transformación tridimensional de aquéllos.

²⁸ “Principle WA.7. *The reproduction of the external image of a work of architecture by means of photography, cinematography, painting, sculpture, drawing or similar methods should not require de authorization of the author if it is done for private purposes or, even if it is done for commercial purposes, where the work of architecture stands in a public street, road, square or other place normally accessible to the public*” (OMPI, 1986, p. 411).

²⁹ Art. 39 N° 4 de la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos de Paraguay (1998): “Respecto de las obras ya divulgadas, es permitida sin autorización del autor ni pago de remuneración: [...] 4. la reproducción de una obra de arte expuesta permanentemente en las calles, plazas u otros lugares públicos, o de la fachada exterior de los edificios, **realizada por medio de un arte diverso al empleado para la elaboración del original**, siempre que se indique el nombre del autor si se conociere, el título de la obra si lo tuviere y el lugar donde se encuentra” (énfasis agregado).

Derechos de Autor de Colombia (1982) que solo permite la reproducción del aspecto exterior de obras de arquitectura,³⁰ nuestra ley no es clara en cuanto a si las reproducciones solo podrán ser externas o si también podrán ser de los espacios interiores de la construcción.

En relación a los medios permitidos para reproducir las obras de arquitectura, el legislador menciona “la fotografía, el cine, la televisión y cualquier otro procedimiento análogo”. El empleo de la frase “cualquier otro procedimiento análogo” tiene una importante consecuencia ya que se imposibilita la reproducción por medio del mismo procedimiento ocupado para la elaboración del original, de tal manera que no será lícita la reproducción a través de otra edificación que no cuente con la autorización del autor.³¹ Sin perjuicio de ello, creemos tiene el inconveniente de impedir la reproducción libre y gratuita de la obra por medio de una maqueta (por no ser un procedimiento equivalente a los indicados por el precepto) de modo que esta reproducción sí se encontraría sujeta a la obtención del consentimiento del autor pese a que tampoco pone en riesgo el derecho de explotación que le corresponde al titular de derechos sobre la obra construida.³²

Si bien la reproducción y publicación bajo ese contexto es libre y no remunerada, la norma establece una contra excepción en virtud de la cual se impone la obligación de remunerar al autor si la obra se explota en colección separada.

1.2.2. Art. 71 G LPI.

Aun cuando las normas del Título III de nuestra ley tienen por objeto limitar los derechos patrimoniales que los autores tienen sobre sus obras, el art. 71 G LPI establece una limitación al derecho moral de integridad aplicable únicamente respecto de las obras de arquitectura. Afirma Ricardo Antequera que “[e]l derecho a la defensa de la integridad de la

³⁰ Art. 39 del Régimen General de Derechos de Autor de Colombia (1982): “Será permitido reproducir por medio de pinturas, dibujos, fotografías o películas cinematográficas, las obras que estén colocadas de modo permanente en vías públicas, calles o plazas, y distribuir y comunicar públicamente dichas reproducciones u obras. En lo que se refiere a las obras de arquitectura esta disposición sólo es aplicable a su aspecto exterior”.

³¹ En un sentido similar el art. 39 N° 4 de la ley paraguaya. Ver texto destacado en nota al pie 29.

³² Cuestión similar sucede con la redacción de la sección §120(a) del Título 17 del USC que dispone: “El derecho de autor sobre una obra de arquitectura que se ha construido no incluye el derecho a prohibir la fabricación, la distribución o la presentación pública de imágenes, de pinturas, de fotografías o de otras representaciones pictóricas de la obra, si la construcción que incorpora la obra está situada en un lugar público o en un sitio normalmente visible desde un lugar público” (“*The copyright in an architectural work that has been constructed does not include the right to prevent the making, distributing, or public display of pictures, paintings, photographs, or other pictorial representations of the work, if the building in which the work is embodied is located in or ordinarily visible from a public place*”).

obra se ve disminuido en algunos ordenamientos nacionales con relación a las obras arquitectónicas, sobre las cuales se han planteado algunas fórmulas legislativas especiales” (2000, p. 11), tal es el caso de nuestra ley, de la ley estadounidense³³ y el de otras leyes latinoamericanas como la colombiana,³⁴ y peruana.³⁵

Según el art. 71 G LPI, “[e]n las obras de arquitectura, el autor no podrá impedir la introducción de modificaciones que el propietario decida realizar, pero podrá oponerse a la mención de su nombre como autor del proyecto”. Esta norma se encuentra en sintonía con lo orientado por los Principios WA.4 y WA.6 párrafo tercero; señala el primero que “[e]l autor de una obra de arquitectura debería disfrutar del derecho exclusivo de autorizar modificaciones realizadas en su obra salvo cuando el tipo de modificaciones presente una gran importancia para el propietario del edificio u otra construcción similar y que no resulte una deformación, mutilación u otra modificación que sería perjudicial al honor o a la reputación del autor de la obra de arquitectura”; y el segundo indica que “[c]uando su obra ha sido modificada sin su consentimiento, el autor de una obra de arquitectura debería tener el derecho de prohibir la asociación de su nombre a su obra” (Ortega, 2005, p. 29).³⁶

Al igual que sucede con el art. 71 F LPI, este precepto se aplica exclusivamente a las obras construidas, aconsejando -ante eventuales conflictos que podrían generarse entre el propietario de la edificación y el arquitecto autor de la obra- “la limitación del derecho de

³³ Sección 120(b) del Título 17 del USC: “Sin perjuicio de las disposiciones de la sección 106(2), los propietarios de un edificio que incorpora una obra arquitectónica pueden, sin el consentimiento del autor o del titular del derecho de autor sobre la obra arquitectónica, realizar o autorizar la modificación y destruir o autorizar la destrucción de tal edificación”. (*Notwithstanding the provisions of section 106(2), the owners of a building embodying an architectural work may, without the consent of the author or copyright owner of the architectural work, make or authorize the making of alterations to such building, and destroy or authorize the destruction of such building*”).

³⁴ Art. 43 del Régimen General de Derechos de Autor de Colombia (1982): “El autor de un proyecto arquitectónico no podrá impedir que el propietario introduzca modificaciones en él, pero tendrá la facultad de prohibir que su nombre sea asociado a la obra alterada”.

La existencia de esta limitación en Colombia (muy parecida a la chilena) ha derivado en una demanda de inconstitucionalidad. Para mayor información consultar el artículo “La obra de arquitectura y los proyectos arquitectónicos y su protección en la legislación sobre derecho de autor: comentarios a la sentencia de constitucionalidad C-871-10, sobre la exequibilidad del artículo 43 de la ley 23 de 1982” (Ríos, 2011).

³⁵ Art. 80 de la Ley sobre el Derecho de Autor de Perú (1996): “El autor de obras de arquitectura no puede oponerse a las modificaciones que se hicieren necesarias durante la construcción o con posterioridad a ella, o a su demolición.

Si las modificaciones se realizaren sin el consentimiento del autor, éste podrá repudiar la paternidad de la obra modificada y quedará vedado al propietario invocar para el futuro el nombre del autor del proyecto original”.

³⁶ “Principle WA.4. The author of a work of architecture should enjoy the exclusive right of authorizing alterations of that work, except where the alteration is of a kind that is of great importance to the owner of the building or other similar construction and that does not amount to a distortion, mutilation or other modification which would be prejudicial to the honor or reputation of the author of the work of architecture” (OMPI, 1986, p. 409).

“Principle WA.6. (3) Where his work has been altered without his consent, the author of a work of architecture should have the right to prohibit the association of his name with his work” (OMPI, 1986, p. 410).

integridad tanto durante la ejecución de la obra como una vez que está terminada” (Bercovitz, R., s.f., p. 24). Además, esta es la tendencia normativa a nivel internacional.

En las legislaciones comparadas esta limitación tiene por objeto facilitar al propietario del inmueble la introducción de alteraciones durante la construcción o con posterioridad a ella, siempre que sean “necesarias”, “imprescindibles”, etc. Pero la limitación chilena es más amplia ya que se refiere a las “modificaciones que el propietario decida realizar”, lo que da cabida a cualquier modificación, incluso las meramente estéticas.

Aunque el supuesto normativo restringe los derechos del autor sobre la obra cuando el propietario del soporte decide hacerle modificaciones, no pudiendo valerse del derecho a “[o]ponerse a toda deformación, mutilación, u otra modificación hecha sin expreso y previo consentimiento” del art. 14 N° 2 de la LPI, sí podrá -como manifestación de su derecho moral de paternidad- solicitar que su nombre sea desvinculado de la construcción modificada.

De esta forma, el precepto reconoce la existencia de una contraposición de derechos del autor de la obra y del propietario de la edificación. En relación a este tema, Delia Lipszyc sostiene que “[p]or un lado, es razonable que el *propietario* del edificio pueda realizar algunas modificaciones *de orden práctico o técnico* que le sean necesarias para su utilización. Por otro lado, es igualmente razonable que el *autor* de la obra tenga derecho a prohibir toda deformación, mutilación, modificación o atentado a la misma que resulten perjudiciales a su honor o a su reputación. Igualmente razonable es que si a pesar de la prohibición del autor de la obra o sin su consentimiento se ejecuta la modificación o atentado, la persona responsable pueda ser obligada, según las circunstancias, a restablecer las cosas a su estado anterior o bien a indemnizar los daños. En este último supuesto, el autor tiene derecho a exigir que su nombre se desvincule de la obra” (1993, p. 79). En 2011 Wilson Ríos también señala que se armonizan los intereses del arquitecto que diseña el proyecto de arquitectura y de quien lo encarga “pues el primero tendrá la facultad de prohibir que su nombre sea asociado a la obra alterada, o a las modificaciones que por aspectos prácticos o funcionales dese[e] hacer quien lo encarga” (p. 152).

2. Infracciones al derecho de autor que constituyen vulneraciones a la ética profesional.

En nuestro país, el Tribunal de Ética del Colegio de Arquitectos, en virtud del art. 19 N° 16 inciso 4 de la Constitución Política de la República (1980) y por disposición del art. 1° del Reglamento General de los Tribunales de Ética del Colegio de Arquitectos de Chile (2016), tiene la facultad de conocer y sancionar las infracciones a la disciplina y a la ética profesional en que tengan parte miembros del Colegio en el ejercicio de la profesión. No obstante, solo serán conocidas por el Tribunal de Ética las cuestiones ventiladas entre arquitectos colegiados, de modo que su alcance es limitado, no pudiendo intervenir cuando se trate de arquitectos no colegiados ni tampoco cuando se trate de quienes no sean arquitectos.³⁷

La Carta de Ética Profesional de los Arquitectos, que establece los “[d]eberes y Responsabilidades Fundamentales” (Colegio de Arquitectos de Chile, s.f.) a los que deben sujetarse los arquitectos tanto en el ámbito profesional como en el social, incluye tan solo una disposición cuyo contenido incide directamente en materia de derecho de autor.

El art. 6° letras a) y d) de la referida Carta de Ética denominada “Inviolabilidad Del Trabajo Ajeno”, dispone: “[e]l Arquitecto será extremadamente cuidadoso cuando se trate de ejercicio profesional donde existan o participen otros arquitectos, actuando de forma de no vulnerar sus legítimos derechos.

Son contrarios a la ética profesional y podrán ser sancionados los siguientes actos, en cuanto:

a) Utilizar planos o documentos técnicos sin el consentimiento de sus autores, y de no obtenerlo se deberá desistir de su utilización. [...]

d) Silenciar la participación de los coautores de una obra arquitectónica de la cual se aparece como encargado” (Colegio de Arquitectos de Chile, s.f.).

³⁷ Recordar que podrán ser autores de obras arquitectónicas sujetos que no posean título de Arquitecto; ver nota al pie 10.

Como se desprende de la citada norma deontológica, el Colegio rechaza dos prácticas en que se lesionan los derechos de autor sobre una obra de arquitectura.

En el caso de la letra a) el repudio se dirige a la utilización de la obra de otro arquitecto sin contar con su debida autorización, lo que se halla en armonía con el art. 18 inciso primero LPI, según el cual “[s]ólo el titular del derecho de autor o quienes estuvieren expresamente autorizados por él, tendrán el derecho de utilizar la obra [...]”, y con el art. 19 LPI que impide el uso de una obra sin autorización del titular del derecho y señala que su infracción trae aparejada la imposición de sanciones civiles y penales a quienes resultaren responsables.

Por su parte, la letra d) se vincula con el derecho moral de paternidad sobre la obra, derecho que se encuentra protegido por el art. 14 N° 1 LPI.

A pesar de que solo este artículo se refiere expresamente a la propiedad intelectual en el ámbito de la arquitectura, el art. 1º relativo al “Respeto a la Ley” establece que “[e]l Arquitecto respetará las leyes, ordenanzas y disposiciones vigentes relacionadas con su profesión y actuará dentro de los más estrictos principios de honradez y moralidad en todo su proceder. Son contrarios a la ética profesional y podrán ser sancionados los siguientes actos, en cuanto:

a) Violar las leyes, ordenanzas y disposiciones vigentes relacionadas con el ejercicio de la profesión [...]” (Colegio de Arquitectos de Chile, s.f.) con lo cual la Carta se remite, entre otras, al respeto de la Ley N° 17.336.

3. Requisitos de la obra arquitectónica para ser protegida en el ámbito del derecho de autor.³⁸

3.1. Obra plástica protegida por el solo hecho de su creación.

Nuestra ley “protege los derechos que, por el solo hecho de la creación de la obra, adquieren los autores de obras de la inteligencia en los dominios literarios, artísticos y

³⁸ Requisitos desarrollados por Jorge Ortega (2005, pp. 50-67) del siguiente modo: creación de tipo intelectual; la fijación en un soporte material y tangible; la estética; la originalidad; materia, color y forma; el mérito o destino de la obra.

científicos” (art. 1º, inciso primero de la LPI). De estas tres grandes categorías de obras - literarias, artísticas y científicas-, es posible encuadrar las obras de arquitectura dentro de las artísticas.

José Manuel Otero explica que existen dos formas de entender la obra artística. “En su sentido amplio, y por contraposición a la obra científica y literaria, la obra artística es aquella creación del entendimiento que se expresa por medios distintos de la palabra escrita o hablada, como por ejemplo, los sonidos, el dibujo, la pintura, la escultura, etc. En un sentido más restringido, la obra artística es entendida como sinónimo de ‘obra de las artes plásticas’ o, más sintéticamente, ‘obra plástica’, que consiste en una configuración bidimensional o tridimensional debida a la fantasía artística, que se hace sensible a través de medios relacionados con la mano del hombre” (2008, p. 75). De lo anterior se colige que la obra arquitectónica integra las llamadas obras artísticas en sentido restringido u obras plásticas.

Para que la obra se proteja es imprescindible que se exteriorice, es decir, que sea perceptible, prescindiéndose de la exigencia de formalidades como la inscripción -a diferencia de lo que acontece en el ámbito de la propiedad industrial-. Ahora bien, ello no es óbice a que el autor inscriba voluntariamente su obra en el registro correspondiente, en el caso de Chile, en el Departamento de Derechos Intelectuales. En este orden de ideas, cabe precisar que una cuestión será la protección de la obra por el solo hecho de su creación y cuestión distinta será probar procesalmente que la obra ha sido creada y el momento a partir del cual ha de verificarse la tutela (Bercovitz, G., 1997, pp. 93-94).

3.2. Expresada o fijada en un soporte.

Como obra plástica que es, la obra arquitectónica requiere ser expresada o fijada en un soporte. La fijación³⁹ ha sido definida por la OMPI como la “[c]aptura de una obra u objeto de derechos conexos en alguna forma material (incluido el almacenamiento en una memoria electrónica (de computadora)) de un modo suficientemente estable, de manera que a partir de ella pueda percibirse, reproducirse o comunicarse al público la obra o el objeto de derechos conexos” (2004, p. 294). Como señala Germán Bercovitz, consiste en “una

³⁹ El art. 5º letra x) de la Ley N° 17.336 señala que “fijación significa la incorporación de sonidos, o la representación de éstos, a partir de la cual puedan percibirse, reproducirse o comunicarse mediante un dispositivo”, definición acotada que no satisface el tenor del término utilizado en esta memoria.

exteriorización cualificada, «congelada» de modo en principio inmutable en el tiempo” (1997, p. 93).

El Convenio de Berna no exige que la obra se manifieste a través de un soporte para otorgarle protección, pero en el art. 2.2) contempla la posibilidad de que los países suscriptores del convenio requieran la fijación de la obra, al disponer lo siguiente: “Sin embargo, queda reservada a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de establecer que las obras literarias y artísticas o alguno de sus géneros no estarán protegidos mientras no hayan sido fijados en un soporte material”. Pero nuestra legislación no exige la fijación de las obras en soporte, cuestión que se desprende del art. 1º de la LPI que protege derechos sobre las obras por el solo hecho de su creación y “cualquiera que sea su forma de expresión”. Además, como suscribe Delia Lipszyc, “[a] los fines de la protección del derecho de autor no tiene efecto alguno que la obra sea expresada en forma escrita u oral, que haya sido representada o bien fijada sobre un cinta sonora o visual” (1993, p. 68). Entonces, ¿por qué sostener que las obras de arquitectura deben materializarse en un soporte?

Al ser la obra arquitectónica una especie de obra plástica, ésta deberá, dada su naturaleza, plasmarse en un soporte.⁴⁰ En este sentido, si bien no puede decirse que la obra es el objeto o soporte (Bercovitz, G., 1997, p. 71), -debido a que la obra es un bien inmaterial- es preciso que la obra se fije materialmente en un soporte como medio óptimo para poder ser exteriorizada y, por tanto, percibida, ya que como señalara Santiago Schuster durante una corrección de este trabajo, “su materialización en un soporte es propio de dicho acto de creación”. Coincide con nuestro planteamiento Ricardo Antequera, quien señalara que “aunque es cierto que en algunos casos la obra adquiere forma sin haberse incorporado todavía a un soporte material (como en las alocuciones, sermones y discursos no escritos ni grabados o también en las improvisaciones musicales), lo usual es que la exteriorización implique su materialización en un objeto físico” (2007, p. 44). En la misma línea, y teniendo como centro de estudio a la obra plástica, Beatriz Triana expresa que aquella “necesita fijación material para obtener su protección y justamente esto es así porque para ser considerada obra no basta la existencia de la idea en la mente del autor, puesto que ésta no

⁴⁰ Según Rodrigo Bercovitz “[a]unque en el ordenamiento español no es requisito para la protección de una obra el que se encuentre fijada a un soporte material, dadas las características propias de este tipo de obras, que constituyen creaciones eminentemente técnicas y de cierta complejidad, es inimaginable la protección de una obra arquitectónica no fijada, ya sea en papel, en un soporte de almacenamiento de datos digitales o en la propia construcción” (s.f., p. 6).

es objeto de protección, se necesita que la creación se exteriorice de alguna manera reconocible” (2009, p. 386).

La creación arquitectónica es el resultado de la intervención de la materia, del color y de la forma, de modo que la especial manera en que el autor emplee y combine estos elementos determinará la expresión formal de la obra. Como sostiene en 2005 Jorge Ortega, “[l]a elección de los materiales, el color y la forma, en perfecta armonía, influye decisivamente en el aspecto y configuración final de la obra arquitectónica” (p. 60). Esta característica se vincula a la importancia del soporte en relación a la obra arquitectónica, puesto que la intervención de estos tres elementos significa inevitablemente la intervención del objeto que sirve para exteriorizar y hacer perceptible la obra. Germán Bercovitz indica que las obras plásticas -por ende las obras de arquitectura-, “se caracterizan por hacerse perceptibles por medio de la materia en la que queda impresa su forma. Son, por tanto, obras que se manifiestan a través de la forma y el color; dando forma y color a materias preexistentes” (1997, p. 36).

3.3. Irrelevancia del mérito o valor estético, de la moral y del orden público.

Por otra parte, cabe señalar que el mérito de la obra entendido como el “*valor* cultural o artístico de la obra” (Lipszyc, 1993, p. 67), carece de importancia a la hora de determinar si una creación es digna o no de tutela autoral ya que cualquier apreciación en este sentido constituye un juicio personal e individual que se encuentra determinado por el tiempo, el lugar y la sociedad a la cual se pertenece. En este sentido se han manifestado diversos autores, entre ellos Claude Colombet quien en 1997 indica que sería peligroso considerar las valoraciones personales que los jueces puedan tener respecto de una determinada obra puesto que ello conduciría a decisiones arbitrarias (p. 15).

Asimismo, la protección de la obra se verifica sin importar que ésta pueda ser catalogada de atentatoria contra la moral o el orden público en un momento determinado. Esto se debe a que cualquier creación -como veremos en el apartado siguiente- es merecedora de tutela en tanto sea original. Sin perjuicio de lo anterior, y en concordancia con lo dispuesto en el art. 17 del CB, la ley podría restringir el ejercicio de ciertos derechos patrimoniales como el de explotación y comunicación pública de la obra, pero en ningún caso podría excluir la protección de la obra por el derecho de autor (Antequera, 2007, p. 63). Por

lo demás -al igual que sucede con el mérito- la moral no es un criterio constante pues varía según época, espacio geográfico y grupo social.

3.4. Obra arquitectónica original.⁴¹

La originalidad es requisito indispensable para que el derecho de autor confiera protección a una obra, así lo ha sostenido la doctrina;⁴² no obstante, pocas son las normas que hacen referencia a ella y menor aun las que han desarrollado algún concepto a su respecto.⁴³ Es así como, sin perjuicio de la indubitada relevancia que se le atribuye a la originalidad como requisito o presupuesto de protección en el ámbito del derecho de autor, es uno de los temas más debatidos y menos resueltos debido a la dificultad que conlleva su definición (Ortega, 2005, p. 59; Otero, 2008, p. 73).

El Convenio de Berna no se manifiesta concretamente sobre la originalidad como requisito de protección, pese a lo cual Ricardo Antequera considera que es posible deducirlo de su propio texto, desprendiéndose específicamente del art. 2.1 que otorga protección a las “obras literarias y artísticas”, las que según el mencionado autor envuelven siempre el concepto de originalidad; del art. 2.3 que versa sobre las obras derivadas y hace mención a las obras originales (obra original entendida en oposición a obra derivada); y del artículo 2.5 en tanto al regular las colección de obras literarias y artísticas, se refiere a las creaciones intelectuales (2007a, pp. 50-51).

En este contexto, resulta interesante analizar la siguiente idea acuñada por la OMPI en 2004: “También es evidente, sobre la base de las actas de las conferencias diplomáticas que aprobaron y revisaron el Convenio, que el requisito de que una obra sea una creación intelectual no significa que deba ser nueva de conformidad con el concepto de ‘novedad’ (utilizado en el ámbito de la propiedad intelectual) sino más bien que debe ser original.

⁴¹ En esta sección se expondrá la originalidad como requisito indispensable para la protección por parte del derecho de autor; no obstante, el tema no se agota acá. Producto de su estrecha relación con la función, se reserva para el último capítulo el análisis de la composición original de la creación arquitectónica, en donde se planteará que la funcionalidad determina en gran medida las opciones creativas del arquitecto.

⁴² Delia Lipszyc se refiere a ella como “condición necesaria para la protección” (1993, p. 65); Ricardo Antequera como “requisito para la protección por el derecho de autor” (2007, p. 57).

⁴³ Claude Colombet hace referencia a esta situación y clasifica los países según aquellos que “se abstienen de mencionar expresamente este criterio de originalidad”, aquellos que “se refieren a la originalidad, sin precisar lo que debe entenderse por ella” y aquellos que “intentan definir la obra original del espíritu” (1997, pp. 13-14).

Sin embargo, el concepto de originalidad no se utiliza de una manera completamente uniforme. En el marco de algunas legislaciones nacionales -principalmente las que siguen la tradición del *Common Law*- basta con que una producción en el ámbito literario o artístico sea el resultado de 'la aptitud y el trabajo' o del 'sudor de la frente', mientras que en algunas otras legislaciones -en algunos países que siguen la tradición del Derecho Romano- se aplica una prueba de originalidad más exigente. En el marco de estas últimas, no basta con que una producción sea el resultado de la creación intelectual, sino que es necesario, además, que reúna la condición de ser, en cierto sentido, una creación 'personal' que refleje la 'personalidad del autor'.

Aunque aún hay diferencias respecto del concepto de originalidad entre las legislaciones nacionales, existe una tendencia a que desaparezcan y se observa una cierta convergencia a ese respecto entre las diferentes escuelas de pensamiento y los sistemas jurídicos. La orientación de esta tendencia puede resumirse de la manera siguiente: **el mero 'sudor de la frente' no basta para que una producción pueda considerarse una obra; para que esto sea posible, es necesario también que sea una creación intelectual. Ahora bien, al mismo tiempo, esta es la única condición, o sea que no se justifica exigir un nivel 'más alto' de creatividad, o que 'se refleje la personalidad del autor' dado que excede la mera exigencia de creación intelectual"** (p. 23), (énfasis agregado).

El texto transcrito deja en evidencia la falta de consenso existente entre las diversas legislaciones en torno al concepto de originalidad que debe emplearse, divergencia que cabe señalar no solo se aprecia de un análisis comparativo entre países de tradición anglosajona y romana, sino que también se percibe al interior de cada grupo. Asimismo, indica que la creación intelectual no puede identificarse con la novedad de una obra (término que se emplea en el campo de la propiedad industrial), sino que debe reconocerse como originalidad, pero concluye que tampoco es recomendable elevar el estándar de originalidad imponiendo la necesidad de que la obra refleje la personalidad del autor, sino que solo puede requerirse que se trate de una creación de tipo intelectual.

3.4.1. Originalidad en nuestra LPI.

El art. 5º LPI contiene un listado de definiciones relevantes en materia autoral, cuya única referencia a la originalidad se encuentra en la letra h) del citado precepto: "Para los

efectos de la presente ley, se entenderá por: h) Obra originaria: aquella que es primigénitamente creada”. De esta forma, si bien el legislador nacional otorga una definición al término “original”, ésta debe ser entendida en contraposición a la noción de “obra derivada” (definida a su turno por la letra i) de la misma norma como “aquella que resulte de la adaptación, traducción u otra transformación de una obra originaria, siempre que constituya una creación autónoma”), y no satisface el sentido y alcance de la originalidad como requisito de tutela autoral discutido en doctrina y que en esta sección se pretende abordar.

Por otro lado, ninguna de las demás normas del Capítulo I de la LPI denominado “Naturaleza y Objeto de la Protección. Definiciones” hacen mención alguna a la originalidad como requisito de protección, así como tampoco consta de la Historia de la Ley 17.336 que tal concepto haya sido siquiera incluido en la discusión legislativa del entonces proyecto de ley.

En consecuencia, y según se pudo apreciar, si bien nuestra normativa vigente -LPI y Convenio de Berna- alude al menos de forma tangencial a la noción de originalidad, en caso alguno especifica en qué consiste el término, motivo por el cual se hace necesario revisar las interpretaciones doctrinarias al respecto.

3.4.2. Originalidad según la doctrina.

Los autores han estimado necesario elaborar un concepto de originalidad que supla la ausencia de uno legal, pero este esfuerzo por dotar de contenido al referido requisito ha desencadenado en la aparición de diversos criterios, ninguno de los cuales se ha logrado imponer rotundamente sobre los demás. A continuación, expondremos los principales criterios dogmáticos⁴⁴ en la materia y veremos cómo se manifiestan en relación a las obras arquitectónicas.

De acuerdo con la doctrina tradicional la originalidad es **subjetiva**, esto significa que para que la obra sea original, y por tanto digna de protección, deberá expresar la personalidad o impronta de su autor de modo tal que éste sea reconocible en la creación

⁴⁴ Existen otras corrientes interpretativas del término “originalidad” que no serán tratadas en esta investigación, como el criterio anglosajón del “sudor de la frente” (“*sweat of the brow*”).

intelectual. Para esta corriente interpretativa es menester distinguir la originalidad de otras voces como la novedad, la que queda reservada para creaciones en el ámbito de la propiedad industrial, dado que envuelve la producción de algo completamente nuevo sin análogo que le anteceda. En opinión de Colombet -uno de sus principales exponentes- “[l]a originalidad se aprecia subjetivamente: es la marca de la personalidad que resulta del esfuerzo creador, mientras que la novedad se mide objetivamente, puesto que se define como la ausencia de homólogo en el pasado” (1997, p. 13).

En el ámbito de las producciones arquitectónicas, autores como Jorge Ortega sostienen esta interpretación: “la originalidad participa de un componente subjetivo que no tiene la novedad, que resulta enteramente objetivo. Es decir, dos obras arquitectónicas pueden referirse a la construcción de un mismo tipo de edificio, pero con ideas de ejecución personales, mientras que una patente del mundo de creación industrial requiere una objetividad evidente, que no existiera antes la creación en el mercado” (2005, p. 94).

Para otro sector de la dogmática, la originalidad debe ser abordada de manera **objetiva**, siendo posible identificar dos ramas al interior de esta tendencia.

Por un lado, hay quienes consideran que la originalidad debe equipararse a la novedad *stricto sensu*, sosteniendo al efecto que lo relevante no es que la obra refleje la personalidad de su autor, sino que la obra sea nueva absolutamente en comparación a otras preexistentes.

Por otro lado, hay quienes estiman que la originalidad debe ser entendida como novedad relativa, lo que en palabras de Montserrat Real significa que “para que una creación sea considerada original no es necesario que sea diferente del patrimonio cultural existente sino que bastaría con que el autor hubiera sabido organizar, de modo nuevo, elementos preexistentes del patrimonio común” (2001, p. 4).

En concepto de Rodrigo Bercovitz, en el ámbito de las creaciones arquitectónicas prevalece la concepción objetiva ligada a la existencia de una altura creativa, e indica que “dado su carácter funcional, es una tendencia común entre los ordenamientos de nuestro entorno la de proteger por el derecho de autor únicamente aquellas obras arquitectónicas singulares, con exclusión, por tanto, de las construcciones ordinarias” (s.f., p. 6).

3.4.3. Criterio de originalidad aplicable a la obra arquitectónica.

Considerando la amplia gama de obras protegidas por la propiedad intelectual, la originalidad no puede ser entendida de manera uniforme para todas las categorías de creaciones sino que debe responder al tipo de obra de que se trate (Bercovitz, R. "et al"., 2003, pp. 56-57). Es por este motivo que explicaremos cuál de los criterios previamente analizados se adecúa mejor a las obras de arquitectura.

No estimamos correcta la visión según la cual la originalidad debe ser interpretada subjetivamente pues -como ha sostenido la doctrina contraria- puede derivar, por un lado, en una permisividad absoluta de obras susceptibles de protección ya que todas las obras en alguna medida reflejan la personalidad de su autor (al ser producto de una capacidad intelectual humana); por otro lado, y en contraste con lo anterior, puede derivar en una excesiva limitación de obras susceptibles de protección, pues el que una obra refleje la personalidad de su autor vinculándola inevitablemente a él -de modo tal que solo al percibirla alguien pueda decir con relativa seguridad: "esa obra es de tal artista"- es de poca ocurrencia práctica, salvo importantes excepciones (Otero, 2008, p. 93).

Es también cuestionable la falta de adecuación de esta postura a los tiempos actuales y a las nuevas creaciones, pues "[l]a originalidad como trascendencia de la personalidad del autor sobre su obra se correspondía con la creación tradicional en las artes clásicas: literatura, música, pintura, escultura, [...] Pero ahora, sin perjuicio de que este tipo de creación subsista, el hecho es que un número creciente -sin duda, ya la mayor parte- de las obras protegidas implican tan escasa aportación creativa del autor, que resulta imposible detectar en ellas ningún rastro de la personalidad de aquél" (Bercovitz, R. "et al"., 2003, p. 55).

En relación a las obras de arquitectura, la inaplicabilidad de la acepción subjetiva de originalidad se obtiene de la siguiente reflexión: su diseño se encuentra naturalmente condicionado por la finalidad última que cumple la arquitectura, siendo difícil que en ellas se logre manifestar la personalidad de su autor. En consecuencia, eludir la realidad a la que se circunscriben las obras en comento e inclinarse por la doctrina subjetiva es, en los términos empleados por la OMPI en 2004, "exigir un nivel 'más alto' de creatividad" (p. 23).

En consecuencia, estimamos que no podrá requerírsele a un arquitecto que sus obras revelen su individualidad, pero si de alguna forma su impronta aparece -como de hecho acontece en notables casos-,⁴⁵ de modo tal que ella sea reconocible a partir del solo contacto con la obra, la creación gozará de un mayor grado de originalidad -pues no solo será diferenciable de otras similares, sino que además llevará el sello inconfundible de su autor- y, por tanto, el análisis fáctico para determinar si otra se asemeja a ella revestirá menor complejidad. Vale apuntar que mientras más original sea la creación, más sencillo será detectar un plagio respecto de ella, y a *contrario sensu*, si ostenta poca originalidad se tornará más difícil reconocer si otra creación se ha apropiado de su particular forma de expresión. Según Rodrigo Bercovitz, “puede decirse que cuanto más original sea la obra arquitectónica, mayor será el grado de protección de que disfrute, pues será más fácil que su copia constituya una infracción de los derechos de propiedad intelectual de su autor. Por el contrario, cuanto menos original sea una obra, mayor tendrá que ser la porción copiada, o más exacta la copia, para que se considere infringida la propiedad intelectual de su autor” (s.f., p. 7).

En lo que respecta a la originalidad objetiva entendida como sinónimo de novedad *stricto sensu*, creemos que debe mantenerse circunscrita al ámbito de la propiedad industrial pues impone la necesidad de que la obra no tenga homólogo anterior -como señalara Colombet-, cuestión que en la esfera del derecho de autor -si bien puede darse- es de ocurrencia extraordinaria. Esta doctrina conduce igualmente a aumentar el estándar de originalidad al cual se deben ajustar las obras para ser dignas de protección, no obstante no dice relación con la personalidad de su autor -como sucede con el postulado de la doctrina tradicional- sino con la novedad absoluta de la creación, lo que constituye una pretensión aun más severa (Real, 2001, p. 4).

Por lo demás, esta corriente interpretativa tiene el inconveniente de oponerse a algunas categorías de obras expresamente reconocidas por el Convenio de Berna y las legislaciones nacionales: las obras derivadas, las colecciones y bases de datos (Real, 2001, p. 4), ya que mal podría existir, por ejemplo, una obra derivada que fuera completamente original si se tiene en cuenta que para ello debe basarse necesariamente en una creación

⁴⁵ Cabe tener presentes los croquis de Erich Mendelsohn o las construcciones de Frank Gehry, Mario Botta, Santiago Calatrava, Juan Martínez, etc.

preexistente. Vinculado a esto, la doctrina de la novedad estricta desconoce que los temas sobre los cuales una obra puede tratar son limitados y que -sino siempre, la mayoría de las veces- los autores recurren -consciente o inconscientemente- a otras obras como inspiración o referentes, cuestión esta última fuertemente arraigada en el hacer arquitectónico.

La originalidad entendida como novedad estricta tampoco es aplicable a las obras arquitectónicas, cuestión que se desprende de la imposibilidad de evadir el cumplimiento de sus requerimientos técnicos, constructivos y de habitabilidad; como sostiene Cristina Troya, “al fin y al cabo, un edificio siempre tendrá forma de edificio” (s.f., p. 17).

3.4.3.1. Decisión creativa independiente.

Pensamos que la interpretación más acertada del término “originalidad” es la objetiva en su vertiente relativa. Compartimos la visión de Cristina Troya, para quien la obra no debe ser absolutamente novedosa sino que basta que sea lo suficientemente distinta de las demás creaciones que le anteceden (s.f., p. 16). La originalidad debe tener “una relevancia mínima; y así lo ha venido reconociendo expresa o tácitamente la doctrina, especialmente la alemana, que habla de altura creativa (*Gestaltungshöhe*) [...] Ese nivel mínimo en la originalidad será más o menos elevado según las diversas categorías de obras, puesto que depende del mayor o menor grado de libertad con el que cuenten los autores en cada una de ellas. Este es evidentemente menor dentro del campo de la arquitectura [...] Cuando el margen de libertad sea pequeño, lógicamente la exigencia de altura creativa lo será también” (Bercovitz, R. “et al”., 2003, pp. 56-57).

En síntesis, proponemos que el concepto de originalidad debe prescindir de requerimientos adicionales al de la “creación intelectual” mencionado por el art. 2.5 del CB, o al de “obras de la inteligencia” del art. 1º de la LPI y limitarse en cambio a la exigencia de una diferenciación suficiente de otras obras semejantes. Así, **de constatar que el autor ha tomado una decisión creativa⁴⁶ de manera independiente, estaremos ante una obra original y, por tanto, digna de tutela.** En este sentido, la sentencia norteamericana que resolvió el caso *Feist Publications, Inc. con Rural Telephone Service Co.* explica que “[o]riginal, como el término es usado en el derecho de autor, significa solamente que la obra sea independientemente creada por el autor (en oposición a copiada de otras obras) y que

⁴⁶ Daniel Gervais (2002) habla de “*creative choices*”.

posee al menos un grado mínimo de creatividad. El nivel de creatividad requerido es extremadamente bajo: incluso una ligera cantidad será suficiente” (Corte Suprema, Estados Unidos, 27 de Marzo de 1991).⁴⁷ Semejante postura sostuvo en 2005 la Corte del Distrito Sur de Nueva York, Estados Unidos al conocer el caso *Shine con Childs*,⁴⁸ manifestando que “[e]n el contexto del derecho de autor, originalidad significa que la obra fue creada independientemente por su autor, y no copiada de la obra de otro. El nivel de originalidad y creatividad que debe mostrarse es mínimo, solo ‘necesita demostrarse una inconfundible pizca de originalidad’”.⁴⁹

Como corolario, la obra arquitectónica será original en la medida en que por medio de ella el autor elabore una obra con aptitud habitacional mediante un diseño particular, no necesariamente nuevo (en el sentido más estricto de la palabra), ni necesariamente dotado de un sello personal característico. Pero sí será necesario que el autor tome una decisión independiente con cierta altura creativa que permita que su obra sea lo suficientemente distinguible de las demás creaciones.

⁴⁷ “*Original, as the term is used in copyright, means only that the work was independently created by the autor (as opposed to copied from other works) and that it possesses at least some minimal degree of creativity. To be sure, the requisite level of creativity is extremely low; even a slight amount will suffice*”.

⁴⁸ Ver sección 2.3.1. del cuarto capítulo de esta investigación.

⁴⁹ “*In the copyright context, originality means the work was independently created by its author, and not copied from someone else’s work. The level of originality and creativity that must be shown is minimal, only an ‘unmistakable dash of originality need be demonstrated*”.

CAPÍTULO III

IMPORTANCIA DE LOS TRABAJOS PREPARATORIOS DE LA OBRA ARQUITECTÓNICA

El fin de la arquitectura es construir espacios habitables para el ser humano, cuestión que se consigue mediante la edificación de la obra a escala real. Es por esta capacidad de albergar espacios y por la magnitud que puede alcanzar la edificación -a tal punto que genera un impacto en el contexto en que se emplaza-, que la obra construida es la forma de expresión más reconocida de la creación arquitectónica. Sin perjuicio de lo anterior, en el proceso de creación -generalmente extenso y complejo en el caso de las obras de arquitectura-⁵⁰ se reconocen al menos tres etapas: la ideación, la concepción y la ejecución,⁵¹ que conforman eslabones dentro de una cadena que va desde la abstracción pura hacia la concreción máxima de la obra.

En este capítulo analizaremos cómo se manifiesta el tránsito desde la idea hacia la obra arquitectónica para demostrar que la exteriorización de la obra principia con los trabajos preparatorios y que, por tanto, éstos son susceptibles de protección por el derecho de autor como primeras formas de expresión de la concepción arquitectónica. Asimismo, demostraremos que en determinadas ocasiones dichos trabajos logran alcanzar un valor adicional al que pueden tener como representaciones de la concepción arquitectónica.

⁵⁰ El proceso de creación arquitectónica suele componerse de varias etapas que se suceden y ligan entre sí y no siguen necesariamente una secuencia lineal, de tal manera que no siempre es posible diferenciarlas con nitidez. En él no solo influyen apreciaciones personales del autor, sino que también otros factores tales como la aptitud funcional de la obra, la adecuación a la normativa de planeamiento urbanístico, y apreciaciones de otros sujetos ya que éstas surgen frecuentemente en el marco de un encargo efectuado por un tercero en cuya virtud se diseña.

⁵¹ El término “ejecución” es utilizado en esta memoria como sinónimo de “realización”, tanto de los trabajos preparatorios como de la construcción o edificación, identificándose en este último caso con la etapa final del proceso creativo de la obra arquitectónica. Este es el sentido que le han dado diversos autores que citamos a lo largo de esta investigación (como Bercovitz, G., 1997; Bercovitz s.f., R.; Ortega, 2005; Troya, s.f.) y diversa jurisprudencia.

1. Trabajos preparatorios y representación de la idea arquitectónica.

1.1. Idea en el derecho de autor.

El Diccionario de la Lengua Española de la RAE (2014b) contempla diversas acepciones para el término “idea”, de las cuales dos tienen importancia para nuestro objeto de estudio: “Primero y más obvio de los actos del entendimiento, que se limita al simple conocimiento de algo. [...] Plan y disposición que se ordena en la fantasía para la formación de una obra”.

Siendo irrefutable que toda creación tiene su origen en una idea, las ideas no se protegen por el derecho de autor. Según indica la OMPI en 2004, “[l]a idea en que se basa una obra y su expresión constituyen conceptos jurídicos opuestos desde el punto de vista de la protección del derecho de autor. Una idea que sirve de base para la creación de una obra no está protegida por el derecho de autor; únicamente está protegida la expresión original creada a partir de la idea” (p. 289).

Así lo ha afirmado la doctrina. En 1992 Eulalia Amat señala que la idea es “el plan básico que subyace en toda obra”, para luego continuar diciendo que “la ley exige la expresión, la idea debe plasmarse, materializarse. No se tienen en cuenta contenidos mentales puros, sino combinaciones sensibles que se plasman en realidades físicas dando lugar a entidades objetivas; la obra no es una abstracción” (p. 109). Por su parte, Claude Colombet sostiene que la propiedad intelectual no protege a las ideas sino que solo incluye dentro de su campo de aplicación la forma en que se expresan las ideas (1997, pp. 9-10). Wilhelm Nordemann, en 1992 y en sincronía con lo expresado por la OMPI, opina que “generalmente, el concepto de idea se entiende en un sentido amplio: no sólo comprende el pensamiento que lleva a la creación de una obra concreta o de su modelo, sino también un determinado estilo o método de creación, un conocimiento científico que sirve de fundamento a la obra o del cual se ha sacado ésta, en definitiva también su objeto u otro contenido se incluyen, cuando estos últimos no vienen dados por la fantasía, sino que son preexistentes” (p. 68).

Este principio también se desprende de algunos instrumentos internacionales, por ejemplo, el art. 9.2 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual

relacionados con el Comercio (ADPIC) dispone que “[l]a protección del derecho de autor abarcará la expresión de ideas, procedimientos, métodos de operación y conceptos matemáticos pero no esas ideas, procedimientos, métodos y conceptos en sí”; en términos muy similares el art. 2 del Tratado OMPI sobre Derecho de Autor (TODA) señala que “[l]a protección del derecho de autor abarcará las expresiones pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí”.

Además se consagra en algunas legislaciones como en el art. 6º del Régimen General de Derechos de Autor de Colombia (1982): “Las ideas o contenido conceptual de las obras literarias, artísticas y científicas no son objeto de apropiación. Esta ley protege exclusivamente la forma literaria, plástica o sonora, como las ideas del autor son descritas, explicadas, ilustradas o incorporadas en las obras literarias, científicas y artísticas”; y en la estadounidense a través de la sección §102(b) del Título 17 del USC: “La protección que otorga el derecho de autor a toda obra original no se extiende a ninguna idea, procedimiento, sistema, proceso, método de operación, concepto, principio o descubrimiento, independientemente de la manera en que sea descrito, explicado, ilustrado en dicha obra o incorporado en la misma”.⁵²

En nuestra realidad local no hay una norma que niegue con tal literalidad la tutela de las ideas. Sin perjuicio de ello, el art. 1º inciso 1 LPI dispone que se “protege los derechos que, por el solo hecho de la creación de la obra, adquieren los autores de obras de la inteligencia en los dominios literarios, artísticos y científicos, **cualquiera que sea su forma de expresión**, y los derechos conexos que ella determina” (énfasis agregado), a partir de lo cual es posible concluir que las meras ideas se excluyen de la protección (Colombet, 1997, p. 10).

Los fundamentos que se esgrimen para no proteger las ideas son, entre otros, la posibilidad de plagio y asuntos de política cultural. Con respecto al plagio de las ideas Jorge Ortega plantea que ya es difícil probar su existencia respecto de una obra, por lo que la dificultad probatoria será aun mayor en el caso de las ideas (2005, pp. 71-72). En cuanto a las razones de política cultural se ha sostenido que la idea no puede ser monopolizada pues coartaría la aparición de otras creaciones que ya no podrían basarse en ese “plan básico” de

⁵² “In no case does copyright protection for an original work of authorship extend to any idea, procedure, process, system, method of operation, concept, principle, or discovery, regardless of the form in which it is described, explained, illustrated, or embodied in such work”.

que habla Amat y frenaría la investigación, enseñanza y acceso a la cultura (Nordemann, 1992, pp. 69-70).⁵³

1.2. Desprotección de la idea arquitectónica.

Según lo expuesto, será entonces la particular forma de expresión de la idea arquitectónica la que goce de protección por el derecho de autor, y no la idea en sí misma, como tampoco gozarán de tutela los procedimientos, los métodos arquitectónicos ni los sistemas constructivos, aun cuando ellos podrán quedar eventualmente amparados por la propiedad industrial. Así, el famoso arquitecto Ludwig Mies van der Rohe no podría ser titular de derechos de autor del sistema constructivo conocido como muro cortina, basado en una estructura de acero revestida por una fachada de vidrio continua ocupado en varias de sus obras como el Edificio Seagram de Nueva York, pues aunque novedoso en los años 50 responde a la aplicación de conocimientos técnicos no monopolizables bajo el derecho de autor.

Cierto es que la idea tiende a estar menos elaborada en las primeras fases del diseño arquitectónico (partido general) que en las venideras (anteproyecto y proyecto), pero es inexacto identificarla con el partido general o con un tipo de trabajo preparatorio en específico como los croquis pues muchas veces el partido general y los trabajos preliminares asumen una forma de expresión particular digna de protección.⁵⁴ Incluso -para refrendar este asunto-, conviene apuntar que una obra construida puede integrarse únicamente a partir de un conjunto de ideas no tutelables, como creemos pasa con la gran mayoría de los edificios creados bajo la industria inmobiliaria de nuestro país en que los diseños repetidos incansablemente no presentan diferencias entre sí -sea que pertenezcan o no a una misma empresa- y carecen de un mínimo de creatividad que permita dotar a la obra de originalidad y, por ende, de protección autoral.⁵⁵ De esta manera, no puede decirse que existe una

⁵³ En igual sentido se han manifestado Amat (1992, p. 111); Antequera (2007, p. 10); Shipley (1986, pp. 419-420).

⁵⁴ Ver sección 2.2. de este capítulo.

⁵⁵ "Como en toda producción intelectual, no todo diseño arquitectónico es una obra de arquitectura, pues se hace indispensable el requisito de la originalidad, de la que carecen, por ejemplo, los proyectos que repiten casi en forma idéntica los ya existentes desde hace mucho tiempo para la construcción de grandes masas de viviendas populares, con una gran simplicidad en su concepción y sin el más mínimo aporte personal, ya que los constructores, para disminuir los costes, no dejan margen al arquitecto para la creatividad, simplificando y unificando fachadas ya comunes y sobre la base de superficies predeterminadas para todas ellas con una distribución "estándar" de los espacios, lo que no impide que, en casos concretos, algunas viviendas de bajo o mediano precio sean proyectadas con elementos originales de expresión" (Comentario Antequera, Audiencia Provincial de Sevilla, 1ª Sección, España, 4 de Abril de 2001, p. 3).

relacion directa entre un bajo nivel de resolución del diseño y la idea o entre un alto nivel de concreción y la obra.

Sin perjuicio de que en esta investigación defendemos la tutela de los trabajos preparatorios, si éstos solo comunican una idea general o abstracta desprovista de una forma expresiva propia, quedarán exentos de protección. Al respecto cabe citar algunos fallos estadounidenses.

En el conflicto que enfrentó judicialmente a Eli Attia con *Society of the New York Hospital*, la Corte del Distrito Sur de Nueva York, Estados Unidos (27 de Diciembre de 1999) rechazó la demanda del arquitecto Attia, pues resolvió que sus trabajos preliminares expresaban únicamente ideas y conceptos de cómo debía ser la remodelación del hospital (sus dibujos mostraban la ubicación del edificio en una plataforma sobre la autopista contigua al hospital, el diseño de una estructura de tres pisos para repartir los pesos de la construcción, la incorporación de una vía de conexión entre las calles adyacentes al hospital, etc.) y que -atendidas las circunstancias del encargo- probablemente cualquier arquitecto habría propuesto soluciones similares (Shipley, 2010, pp. 51-52).

En el caso Peter F. Gaito *Architecture, LLC.* con Simone *Development Corp.*, fallado por la Corte de Apelaciones para el Segundo Circuito, Estados Unidos (7 de abril de 2010), las partes habían trabajado juntas en el desarrollo de una propuesta inicial para un proyecto que incluía viviendas en altura y espacios comerciales en Nueva York, pero tras desavenencias entre ellas, el demandado decidió desvincularse del arquitecto demandante para presentar una nueva propuesta en asociación con otra oficina de arquitectura. Gaito consideró que la posterior propuesta presentada por Simone *Development* era una copia de la desarrollada inicialmente, identificando al efecto 35 similitudes entre ambos proyectos (a modo de ejemplo: la ubicación de un nuevo parque; una torre de entrada al edificio con ascensor y escalera; locales comerciales en la base de la torre; balcones en las unidades residenciales; un estacionamiento con capacidad para 850 automóviles; un diseño liviano, transparente y vidriado; orientación del edificio; etc.). Pero la Corte falló a favor del demandado pues las similitudes alegadas por el demandante se limitaban a ideas o conceptos generalmente usados en ese tipo de proyectos y no se extendían a aspectos concretos de ambos diseños, los cuales -en opinión de los sentenciadores- al ser comparados en su totalidad, poseían diferencias evidentes (Shipley, 2010, pp. 49-50).

Con una lógica distinta a la empleada en el caso anterior, la sentencia de la Corte de Apelaciones para el Decimoprimer Circuito, Estados Unidos (14 de Mayo de 2008), negó la existencia de copia en Paul Oravec con *Sunny Isles Luxury Ventures*, LC. El tribunal advirtió que entre los planos desarrollados por Oravec y los edificios de Trump localizados en *Sunny Isles*, Florida, existían una serie de diferencias que no permitían sostener la existencia de una copia ilícita. Fueron gravitantes para denegar la demanda, las dimensiones y forma de la planta de ambos proyectos, las terminaciones de las torres que contenían los ascensores, etc. En consecuencia, la Corte concluyó que el concepto de una fórmula cóncava o convexa o el empleo de tres torres externas de ascensores no puede tutelarse porque ello implicaría extender el ámbito de protección del derecho de autor más allá de lo apropiado e impediría que otros arquitectos emplearan a futuro los mismos conceptos e ideas generales (Shipley, 2010, p. 53).

En los dos últimos conflictos ninguno de los demandantes logró acreditar que sus trabajos preparatorios tenían una forma de expresión particular. No obstante, cabe hacer notar que en *Peter F. Gaito Architecture, LLC. con Simone Development Corp.* el razonamiento que el tribunal emplea para dilucidar la controversia se centró en el análisis de las similitudes de ambos proyectos, mientras que en *Paul Oravec con Sunny Isles Luxury Ventures*, LC la decisión judicial dio más importancia a las diferencias de las obras por sobre sus parecidos. Esta última aproximación es peligrosa, sobretodo considerando que generalmente el plagio es solo parcial (el plagiarlo adiciona o sustrae elementos a la obra primigenia). De esta manera, si el examen comparativo entre dos obras pone énfasis en el estudio de las diferencias y no de las semejanzas, el demandado -al alegar las disimilitudes que existen entre su trabajo y la obra copiada ilícitamente- podría sustraerse de la imposición de sanciones y, en consecuencia, muchas infracciones al derecho de autor quedarían impunes (Comentario Antequera, Audiencia Provincial de Sevilla, 1ª Sección, España, 4 de Abril de 2001, p. 3).

2. Protección de los trabajos preparatorios como formas de expresión de la concepción arquitectónica.

2.1. Concepción arquitectónica.

Respecto de las obras plásticas ⁵⁶ -género al cual pertenecen las obras arquitectónicas como hemos enfatizado a lo largo de esta investigación - Germán Bercovitz (1997) señala que “normalmente concepción plástica y ejecución personal no son diferenciadas” (p. 66) y “que la concepción plástica no puede normalmente transmitirse más que a través de una ejecución concreta, porque le falta esa «*convertibilidad en notación*». De la habilidad manual depende la consecución de los mejores resultados, la plenitud de la trasposición de la «visión interna». Significa, por tanto, que el autor plástico será, al mismo tiempo, ejecutor plástico” (pp. 66-67). Pero esta particularidad de las obras plásticas no puede extenderse a las obras de arquitectura, porque -como tendremos ocasión de ver- en el caso de estas últimas el autor expresa su concepción mucho antes de que la obra se ejecute en su forma final mediante la edificación.

El Diccionario de la Lengua Española de la RAE (2014c) define “concebir” -para los efectos de lo que nos interesa en este trabajo-, como “Formar una idea o un designio en la mente. [...] Formar la idea de algo en la mente”.

En esta materia resulta especialmente claro Germán Bercovitz (1997), quien utiliza el término “concepción” para referirse a “«imágenes» dentro de la mente del artista, que éste después, dependiendo de su habilidad, experiencia, pericia, etc., será capaz de reflejar más o menos fielmente en su ejecución plástica, cuyo resultado será un objeto artístico” (p. 65). Más adelante, se refiere a la “concepción plástica” “como concepción formal y concreta, detallada, aunque no esté todavía materializada; no de idea como contenido, sino de concepción formal, sobre el modo de expresar aquel contenido” (p. 96). Previendo que la concepción -y en particular la concepción plástica- puede confundirse con la idea, el citado autor aclara que se tratan de conceptos distintos: a la idea vaga y abstracta -no tutelada por el derecho de autor-, le falta concretarse, especificarse; la concepción, en cambio, cumple precisamente el rol de concretar y dar forma a la idea, su problema radica en la

⁵⁶ Para mayor abundamiento sobre la concepción y ejecución en la obra plástica, véase Germán Bercovitz (1997), Capítulo 3 denominado “Peculiaridades de las obras plásticas”, en especial pp. 65-70, 96-99 y 124-128.

exteriorización. De modo tal que, dentro del proceso creativo, la concepción supone un grado más avanzado que el de la idea abstracta, se sitúa a medio camino entre ella y la ejecución de la obra (p. 65).

En una línea muy similar, Rafael Sánchez sostiene que “[e]l proceso de creación de una obra consiste, en la mayoría de los casos, en un progresivo avance a través de diversas etapas en las que los abstractos materiales iniciales van dejando paso a un resultado final concreto. El proceso de perfilación de una idea también. Hay ideas poco definidas igual que hay obras excesivamente simples. Hay ideas elaboradas del mismo modo en que hay obras formalmente complejas” (2000, p. 11).

De acuerdo a lo anterior, la idea abstracta no es susceptible de protección por parte del derecho de autor porque le falta definición, pero la concepción o la “idea elaborada” -al formalizar y concretar un determinado tema o idea- sí es tutelable,⁵⁷ así se desprende por lo demás de lo indicado por la OMPI respecto de la “idea desarrollada”, la que puede llegar a tener elementos con expresión original (2004, p. 289). El asunto es que mientras la concepción no se exteriorice, “cualquiera que sea su forma de expresión” (art. 1º LPI), no podrá recibir efectiva tutela autoral, ya que la exteriorización es condición necesaria para la protección (Antequera, 2007, pp. 10-11; Bercovitz, R. “et al”., 2003, p. 64). De tal suerte que la concepción de la obra se protegerá cuando se exprese por medio de una ejecución concreta pero también a través de una descripción detallada verbalmente pues otro sujeto podría aprender la concepción comunicada oralmente y realizarla con posterioridad.⁵⁸

Efectivamente, el rol de la concepción es mayoritariamente secundario en las obras plásticas, cuestión que queda de manifiesto en que ésta puede repetirse infinitamente sin afectar la originalidad de la creación porque la creatividad no reside ahí sino en la ejecución de esa concepción particular. Así por ejemplo, nada tiene de creativo pintar unos girasoles

⁵⁷ Según Germán Bercovitz (1997) “En realidad, la distinción debe hacerse según el grado de *concreción*, digamos formal, de la concepción que es ejecutada en un corpus plástico. Se trata de lo que Kohler llama «imagen pensada» (*immaginares Bild*), cuanto hay de subjetivo en la imagen fantástica del artista, que se *concreta en el intelecto* antes de ejecutarse materialmente. [...] Son las llamadas «ideas elaboradas», pero llevadas a un punto de concreción formal, que no puede decirse ya que no sean expresión particular, concreta, aunque todavía meramente conceptual, de un tema plástico” (pp. 97-98). De forma similar, Rafael Sánchez (2000, p. 35).

⁵⁸ Para Germán Bercovitz la obra puede ser “fijada «mentalmente»” cuando otro sujeto toma conocimiento de la “obra como concepción plástica suficientemente concreta”. Precisa, además, que la verbalización no siempre será idéntica a la concepción debido a un problema de lenguaje, pero aun así la obra concebida y comunicada de esa forma será digna de protección (1997, pp. 94-98). También sostiene esta postura Rafael Sánchez (2000, p. 46).

en un florero sobre una mesa, pero nadie podría dudar de la originalidad de la ejecución que Van Gogh hizo en su obra “Los Girasoles”. Además, una pintura como la reseñada puede ser creada por la intervención directa del soporte sin necesidad de recurrir a bocetos previos para plasmar la concepción que se tiene en mente.⁵⁹

Sin embargo, en la disciplina arquitectónica la situación es diametralmente opuesta porque sus complejidades técnicas impiden que sea creada directamente en el terreno en que se ha de construir (Ortega, 2005, p. 82). Además, la ejecución final de la obra de arquitectura en sí misma considerada tiene un valor marginal, es mecánica y prácticamente no deja lugar para la creatividad, de modo que carecerá de importancia quien levante el edificio pues para ello basta con seguir las directrices otorgadas por los planos y utilizar los métodos constructivos apropiados. El autor de una obra arquitectónica no es quien normalmente la ejecuta, solo a veces estará a cargo del seguimiento constructivo de la edificación, pero aun así su intervención se limitará a supervisar que el proceso constructivo se ciña a sus instrucciones y a los plazos fijados en la carta Gantt, que se empleen los materiales correctos, etc. Para el renacentista Giorgio Vasari la arquitectura se expresa por medio de líneas y concluye con gran genio que a ellas “se reduce todo el arte de la arquitectura, ya que el resto es trabajo de albañiles, picapedreros y otros obreros, que siguen modelos de madera contruídos en base a esos proyectos” (1945, p. 56).

Como corolario, **la concepción arquitectónica tiene un valor muchísimo mayor que el de su ejecución, siendo precisamente en ella donde radica la originalidad de la creación** y es, por tanto, la parte que merece protección autoral; en opinión de Germán Bercovitz, “la individualidad esencial reside en la concepción plástica, porque la ejecución concreta no pretende alcanzar una calidad artística, sino más bien ser instrumento de fijación de la concepción plástica” (1997, p. 124).⁶⁰ En consecuencia, la originalidad de una obra arquitectónica, en especial de los planos de un edificio, radica en su concepción (Bercovitz, R., “et al”., 2003, p. 70).

⁵⁹ Caso distinto es el de la escultura y la utilización por algunos artistas de bosquejos o moldes.

⁶⁰ En este mismo sentido Eulalia Amat señala: “No obstante, en muchas ocasiones, el mérito no se encuentra en la materialización, o como mínimo no sólo en ella, sino que la idea tiene un valor” (1992, p. 110).

2.2. Trabajos preparatorios y representación de la concepción arquitectónica.

La vocación última de la arquitectura es crear espacios habitables que cobijen las distintas actividades de las personas. Ya el arquitecto Bruno Zevi decía que “en todas partes dondequiera exista una completa experiencia espacial para la vida, ninguna representación es suficiente. Tenemos que ir nosotros, tenemos que estar incluidos y tenemos que llegar a ser y a sentirnos parte y metro del organismo arquitectónico. Todo lo demás es didácticamente útil, prácticamente necesario, intelectualmente fecundo: pero no es más que una mera alusión y función preparatoria de aquella hora en la que todo lo físico, todo lo espiritual y especialmente todo lo humano que hay en nosotros, nos haga vivir los espacios con una adhesión integral y orgánica” (1955, p. 39).⁶¹ Es por esta razón que la reproducción no autorizada de la edificación -por medio del uso inconsentido de planos o mediante la confección de nuevos planos a partir de la observación de la construcción- es la explotación ilícita más dañina para su autor (Shiple, 1986, p. 403) y el motivo por el cual la edificación es la forma de expresión más reconocida de la concepción arquitectónica.

Pero en el ámbito de la arquitectura la concepción se expresa mucho antes de que se verifique la fase de edificación. Aun cuando una idea arquitectónica no sea protegible en sí misma no parece sensato postergar la intervención del derecho de autor hasta que la obra se construya (Troya, s.f., p. 20), sobretodo si se tiene en consideración que la edificación muchas veces no se lleva a cabo y que la creación arquitectónica no solo se manifiesta a través de aquélla sino que también a través de otros elementos: los trabajos preparatorios de la obra. Estos activos de propiedad intelectual -al igual que la obra construida- merecen protección en la medida que comuniquen una idea de un modo particular, pues tal como afirma Antequera, “la creación arquitectónica, como obra, tiene la particular característica de presentar dos modos de expresión: la concepción artística del arquitecto se concreta y exterioriza con el acabado de los planos (primera forma de expresión), pero la obra adquiere vida y es susceptible de ser conocida por el público en general a través de su construcción (segunda forma de expresión). [...] De allí que **la concepción arquitectónica, desde la etapa de su diseño plasmado en bocetos o planos, ya goce de protección como obra**” (Comentario Antequera, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 14 de Octubre de 2010, p. 1).

⁶¹ En la misma línea Jorge Sainz (2005, p. 30).

Como indica Germán Bercovitz en 1997, no es factible sostener que los trabajos preliminares son “ejecución de la idea plástica final” (p. 95), como sí puede decirse de la obra construida. Por el contrario, éstos están fuertemente ligados con la concepción pues son una forma en que aquélla se expresa -identificándose habitualmente con sus primeras manifestaciones- (p. 95). En consecuencia, **la principal finalidad de los trabajos preliminares es graficar la concepción de la obra arquitectónica**, debido a que “no tienen un fin plástico en sí mismos, que son más bien lenguaje, medio de transmisión de la idea o concepción” (pp. 94-95).

En virtud de lo anterior, la tutela del diseño arquitectónico se alcanza no solo por medio de la obra construida sino que también -y principalmente- a través de la protección otorgada de forma expresa por el art. 3º N° 9 LPI a “[l]os proyectos, bocetos y maquetas arquitectónicas”, lo que no hace más que verificar el importante rol que asume la concepción en la arquitectura. Decimos que la protección del diseño arquitectónico se alcanza principalmente mediante la protección de los trabajos preparatorios porque la labor creativa del arquitecto se exterioriza imperiosamente mediante líneas (ya vimos lo que Vasari sostenía al respecto), pudiendo prescindirse de la ejecución final del edificio proyectado por esas líneas que -como se ha dicho- no solo es el resultado de un procedimiento mecánico sino que puede no llegar a materializarse nunca, a pesar de lo cual no puede negarse que la obra sí existirá.

En el contexto del TRLPI español que de forma similar a la regulación chilena incluye dentro del catálogo de obras protegidas únicamente a los “proyectos, planos, maquetas y diseños”, mas no a la obra arquitectónica edificada, Rafael Sánchez ha sostenido la siguiente reflexión que compartimos plenamente: “Prueba de que la ejecución es hasta cierto punto *sacrificable*, y de que la concepción plástica, aun no perfectamente concretada en una forma definitiva, puede reunir la carga suficiente de originalidad, es que la propia Ley confiere protección no sólo a ‘las esculturas y las obras de pintura, dibujo, grabado, litografía y las historietas gráficas, tebeos o cómics’ sino también a ‘sus ensayos o bocetos’ (artículo 10.1.e/ LPI). O, más sencillamente, el caso de las obras de arquitectura e ingeniería, respecto de las cuales lo que la Ley protege es únicamente ‘los proyectos, planos, maquetas y diseños’ (artículo 10.1.f/ LPI)” (2000, pp. 45-46).

2.2.1. Regulación de las consecuencias derivadas de la enajenación de los trabajos preparatorios.

A mayor abundamiento, en otras legislaciones -si bien de forma excepcional- existen normas cuyo espíritu está encausado a evitar la explotación ilícita de croquis, planos, maquetas y visualizaciones, regulando explícitamente las consecuencias que se derivan de su adquisición y especificando los derechos que conceden al adquirente y los derechos que quedan reservados al autor; cuestión que no hace más que reforzar la relevancia que estos activos de propiedad intelectual tienen en la elaboración y comunicación de la obra arquitectónica. Así por ejemplo, el art. 55 de la Ley sobre Régimen de la Propiedad Intelectual de Argentina (1933) dispone que “[l]a enajenación de planos, croquis y trabajos semejantes, no da derecho al adquirente sino para la ejecución de la obra tenida en vista, no pudiendo enajenarlos, reproducirlos o servirse de ellos para otras obras. Estos derechos quedan reservados a su autor, salvo pacto en contrario”, o el art. 36 párrafo 3º de la Ley de Propiedad Intelectual de Ecuador (1998): “La adquisición de un proyecto de arquitectura implica el derecho del adquirente para ejecutar la obra proyectada, pero se requiere el consentimiento escrito de su autor en los términos que él señale y de acuerdo con la Ley de Ejercicio Profesional de la Arquitectura, para utilizarlo en otras obras”; redacción parecida es la del art. 74 de la Ley sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos de Paraguay (1982) y la del art. 79 de la Ley sobre Derecho de Autor de Perú (1996).

Creemos que la ausencia de un precepto legal semejante en nuestro ordenamiento no significa que el adquirente pueda disponer de tales activos arbitrariamente porque la misma regla puede desprenderse del art. 17 LPI, según el cual el titular del derecho de autor tiene -entre otras- la facultad “de autorizar su utilización por terceros” y del art. 20 del mismo cuerpo legal que se refiere a la autorización como “el permiso otorgado por el titular del derecho de autor, en cualquier forma contractual, para utilizar la obra de alguno de los modos y por alguno de los medios que esta ley establece” (inc. 1º), fijando además que “[l]a autorización deberá precisar los derechos concedidos a la persona autorizada” (inc. 2º) y que a ella “no le serán reconocidos derechos mayores que aquellos que figuren en la autorización, salvo los inherentes a la misma según su naturaleza” (inc. 3º). Si el titular de derechos de autor sobre estos activos autoriza su uso al cliente que adquiere una copia de ellos, evidentemente este último podrá ejecutar la obra en ellos proyectada según las condiciones del encargo, pero no estará facultado para, por ejemplo, emplearlos en la

construcción de otras obras, salvo que se haya pactado. Así se ha resuelto por los tribunales estadounidenses a pesar de que tampoco existen normas específicas que regulen la materia. En el caso Aitken, Hazen, Hoffman, Miller, P.C. con *Empire Construction Co.*, una oficina de arquitectura entregó a su cliente copia de los planos para la realización de un complejo de apartamentos. Tras el pago de los servicios profesionales, *Empire Construction Co.* edificó el proyecto y al tiempo después modificó sutilmente los planos para la construcción de otro conjunto en un terreno aledaño sin tener el consentimiento del demandante. La corte falló a favor del actor concluyendo que la entrega de copias para la ejecución de la obra no transfería los derechos de autor sobre ellos y, en consecuencia, no permitía reproducirlos y adaptarlos para la construcción de una obra derivada (Shipley, 1986, pp. 400-401).

En Estados Unidos, *The American Institute of Architects* (AIA) ha desarrollado un modelo de contrato estándar denominado *Abbreviated Form of Agreement Between Owner and Architect* en donde el art. 6 establece que “el arquitecto se considerará el autor de los documentos y otros dibujos preparados en relación con el proyecto y retendrá todos los derechos sobre dichos documentos incluyendo los derechos de autor” (Corte de Apelaciones para el Sexto Circuito, Estados Unidos, 21 de Julio de 1998).⁶² Estipulación similar se encuentra en la cláusula décima del modelo de contrato de arrendamiento de obra o servicio confeccionado por el Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid que dice “[e]l proyecto no podrá ser modificado, ni cedido, sin el expreso consentimiento del Arquitecto autor del mismo” (cit. por Ortega, 2005, p. 500). Ambas cláusulas conducen a igual conclusión que las normas de derecho comparado y las disposiciones chilenas previamente citadas, esto es, que mientras no exista acuerdo en contrario el titular del proyecto arquitectónico retiene todos los derechos que sobre él pueda tener.

Como Ricardo Antequera comentase en relación a la sentencia pronunciada el 26 de Mayo de 2010 por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B, Argentina que falló el caso Agüero con CTI Cía. de Teléfonos del Interior S.A., “la entrega de los planos donde se plasma la obra arquitectónica solamente confiere al tercero su edificación de acuerdo a los términos que se hayan pactado expresamente y, a falta de ello, debe interpretarse que solamente concede el derecho a edificar la obra por una sola vez (o en las construcciones

⁶² “*the architect shall be deemed author of the documents and other drawings prepared with respect to the project and shall retain all rights to said documents including copyrights*”.

indicadas en el contrato), a menos que la ley aplicable contemple alguna disposición por la cual el contrato de obra por encargo confiere al comitente una cesión ilimitada del derecho de explotación de la obra, salvo pacto en contrario” (p. 2).

A pesar de lo anterior, suelen generarse conflictos entre los clientes que adquieren copias de planos, croquis y proyectos en general, y los autores que los enajenan. En el caso estadounidense Johnson con Jones fallado por la Corte de Apelaciones para el Sexto Circuito, Estados Unidos (21 de Julio de 1998), el demandado, que había encomendado la creación de una vivienda al arquitecto demandante, decidió continuar la obra con otro profesional -pese a que el contrato empleaba la cláusula propuesta por la AIA- facilitándole copia de los planos para que completara el diseño iniciado por Johnson. El tribunal resolvió la controversia a favor del arquitecto que había confeccionado los planos originales de la vivienda, puesto que consideró que se infringía el derecho que tenía sobre ellos (Shipley, 2010, p. 17).

2.2.2. El croquis como expresión de la concepción arquitectónica.

Siempre se ha afirmado que el croquis es la herramienta de dibujo más usada por los autores de obras de arquitectura para manifestar su concepción (Sainz, 2005, p. 26); de esta forma, el autor puede que no participe de la realización de planos, maquetas o demás trabajos del proyecto, pero lo más probable es que sí haga croquis. Sin perjuicio de que los autores de obras arquitectónicas recurren a los croquis en distintas etapas del proceso de creación, e incluso hacen croquis autosuficientes, es decir, independientes de un proyecto, éstas herramientas se identifican normalmente con el partido general -primer vertimiento de la concepción arquitectónica-; es lo que se conoce como “croquis conceptual”, definido en 1997 por José María de Lapuerta como los “primeros pasos del desarrollo de un proyecto en curso” (p. 57).

Algunos autores usan los croquis conceptuales para expresar la concepción formal externa de la construcción proyectada; en este sentido pueden citarse los croquis de los célebres arquitectos, Erich Mendelsohn, Frank Gehry, Norman Foster y Oscar Niemeyer. Los dibujos de este último son simples pero asombrosamente similares a la forma que adopta la edificación, logran captar la esencia de la obra proyectada, la que no sufre mayores cambios a lo largo del proceso de creación; basta recordar los croquis de la Catedral Metropolitana

Nuestra Señora Aparecida (más conocida como Catedral de Brasilia) los del Museo de Arte Contemporáneo de Niterói, o los del Congreso Nacional de Brasilia y compararlos con la construcción resultante.

Otros los emplean no solo para expresar la concepción formal sino también para representar el aspecto interno y funcional de la obra, como los croquis de Renzo Piano o Alberto Campo Baeza. Los croquis de Piano, generalmente mostrados por medio de secciones y conjugados con el uso de color estudian aspectos que van desde el concepto a soluciones constructivas, pasando por aspectos técnicos y de funcionamiento, vistas exteriores e interiores de la obra, las condiciones de soleamiento y sustentabilidad, etc. (Allegretti, 2015); ténganse en cuenta los bocetos para el edificio conocido como *The Modern Wing* del Instituto de Arte de Chicago y del rascacielos *London Bridge Tower* en Londres. Campo Baeza esquematiza por medio de sus croquis el efecto de luz que pretende generar, por ejemplo, en los bocetos para la sede Central de Caja Granada y del Museo de la Memoria de Andalucía. También los usa para mostrar la conjugación de lo que él denomina “lo estereotómico y lo tectónico”,⁶³ presente en varias de sus obras, por ejemplo, en los bocetos del Centro BIT en Mallorca y de las oficinas Centrales del Consejo Consultivo de Castilla y León en Zamora.

Tomemos también el caso de la arquitecta Zaha Hadid, quien por mucho tiempo diseñó obras de arquitectura que permanecieron en el papel ya que no existían los métodos constructivos aptos para edificarlas. Cabe tener presente que, como señala Alfredo Jocelyn-Holt, “todavía en 1999 Zaha Hadid era más ‘conocida’ entre los arquitectos por sus diseños no construidos que por su trabajo ejecutado” (2014, p. 15). Aun así, dado que la constructibilidad de las obras no es requisito para la aplicación del derecho de autor (Shipley, 2010, pp. 13-16), la arquitectura concebida por Hadid -en tanto dotada de creatividad- era susceptible de protección.

Jørn Utzon ganó el concurso internacional para el diseño de la famosa Ópera de Sidney con unos croquis conceptuales. El arquitecto danés, “desconocido por su trabajo en ese entonces, logró llamar la atención del jurado, en especial del famoso Eero Saarinen que se intrigó por los simples bocetos que presentó al concurso. ‘Los dibujos de Utzon son

⁶³ Muchas de las obras diseñadas por Alberto Campo Baeza se componen a partir de la combinación de volúmenes de hormigón sólidos y cerrados que se vuelcan hacia el interior y de volúmenes transparentes, abiertos al exterior y delimitados por muros de vidrio.

simples hasta el punto de ser esquemáticos,' comentó el jurado. 'Sin embargo, estamos convencidos de que presentan un concepto para una ópera que es capaz de convertirse en uno de los edificios más extraordinarios del mundo'" (Pérez, 2015). Y eso fue lo que ocurrió finalmente. El proyecto se desarrolló manteniendo la esencia del diseño expresado por medio de esos sintéticos croquis de partido general, no sin algunos conflictos entre Utzon y el mandante en el posterior desarrollo del proyecto ya que se incorporaron importantes modificaciones al diseño original.

En el contexto nacional, el arquitecto Francisco Correa Brehme fue sancionado por el Tribunal de Ética del Colegio de Arquitectos de Chile (13 de Septiembre del 2013), fallo ratificado por el Tribunal Nacional de Apelaciones del Colegio de Arquitectos de Chile (29 de Octubre de 2014). Se concluyó que el arquitecto transgredió las normas del Código de Ética -en particular el art. 6º sobre inviolabilidad del trabajo ajeno y el art. 1º referido al respeto a la ley- al utilizar un croquis de la Casa en Gerés, Portugal, perteneciente a la arquitecta portuguesa María da Graça Correia como imagen de portada de su página web durante poco más de seis años, sin contar con su autorización y sin mencionar que el dibujo arquitectónico le pertenecía a ella.

2.2.3. El plano como expresión de la concepción arquitectónica.

Pese al indiscutido señorío del croquis para plasmar por primera vez la concepción de la obra, lo cierto es que los dibujos planimétricos son los activos de propiedad intelectual de la obra arquitectónica que más destacan por su instrumentalidad, protegiéndose fundamentalmente como lenguaje, a diferencia de los croquis, las maquetas y las visualizaciones que pueden tener valor no solo por su aptitud para comunicar la concepción arquitectónica sino también por su ejecución, cuestión esta última que se ve minorada en el caso de los planos debido a su carácter esencialmente técnico.⁶⁴

Los planos, ya sean de anteproyecto o de proyecto, la mayor de las veces expresan una concepción arquitectónica más definida y exacta que la de los demás trabajos preparatorios pues -a diferencia de la generalidad de aquéllos-, son dibujados a escala y mediante el uso de signos convencionales, de tal forma que las proporciones del edificio así proyectado no sufren cambios al traspasarse desde el formato bidimensional al

⁶⁴ Esta materia será abordada en la sección 3 de este capítulo.

tridimensional y permiten una lectura muchísimo más fiel de la obra concebida. La sola utilización de un croquis, maqueta o visualización para construir una obra -de ser factible- tenderá a convertirse en una obra derivada (dado que son más imprecisos que un plano para graficar la concepción), asunto que sin duda contraviene el derecho de autor si no se cuenta con la autorización del titular de derechos; pero la construcción de una obra a partir del empleo de dibujos planimétricos puede resultar no solo en una obra derivada (si se le incorporan modificaciones como en el caso Aitken, Hazen, Hoffman, Miller, P.C. con *Empire Construction Co.*) sino también en una reproducción tridimensional de los mismos.

En el caso Hunt con Pasternack, fallado por la Corte de Apelaciones para el Noveno Circuito, Estados Unidos (6 de Junio de 1999), se discutió la posibilidad de proteger los planos diseñados por Hunt para la construcción de un restaurante. Tras confeccionar los planos, el mandante decidió prescindir de los servicios de Hunt y se los pasó a otro arquitecto, quien elaboró nuevos planos en base a los primeros, construyéndose posteriormente el edificio. La Corte falló a favor de Hunt puesto que concluyó que la obra no necesita estar edificada para recibir protección por el derecho de autor (Ortega, 2005, p. 70; Shipley, 2010, p. 14).

En el ámbito local destaca la controversia que enfrentó a los arquitectos nacionales Mardones y San Martín con Senerman en que se discutió si el diseño del “Parque Titanium” construido por la empresa inmobiliaria Sencorp de propiedad de Abraham Senerman había sido copiado de un proyecto elaborado por los arquitectos Gonzalo Mardones y Eduardo San Martín, quienes en el año 2001 y encargados por el Club Deportivo UC, proyectaron un conjunto de tres torres de 23 pisos cada una y un área verde pública de 4 hectáreas a situarse en el terreno del ex Estadio Santa Rosa. El problema surgió cuando en el año 2007 y para consolidar la presencia de la torre Titanium en el sector, Abraham Senerman compró al Club Deportivo UC el terreno contiguo que albergaba al ex estadio, incluyéndose en dicha compraventa (según Senerman) los derechos sobre la obra diseñada por Mardones y San Martín, quienes fueron desvinculados del proyecto tras la adquisición del inmueble. Frente a tales circunstancias, Mardones y San Martín acusaron a Senerman ante el Tribunal de Ética del Colegio de Arquitectos por plagio y contravención del art. 6º de la Carta de Ética Profesional de los Arquitectos relativo a la inviolabilidad del trabajo ajeno por el uso de los planos de su anteproyecto, pero como el órgano colegiado mediante Resolución N° 08-10 desestimó las acusaciones, recurrieron al Tribunal de Apelaciones del Colegio de Arquitectos

en donde se revirtió el fallo y se impuso una amonestación privada a Senerman. El asunto se ventiló posteriormente ante la Corte de Apelaciones de Santiago y la Corte Suprema sin que Senerman lograra modificar el fallo del Tribunal de Apelaciones del Colegio de Arquitectos por motivos de orden procesal (Pacull, 2011).

Según Andrés Weil -arquitecto que durante el conflicto trabajaba para Sencorp- “[e]l diseño original lo desarrolló Gonzalo Mardones con San Martín a nivel de ante proyecto. Eran consideradas tres torres cuadradas y estaban más juntas. En ese momento, lo que vimos es que estaban emplazadas en un eje intermedio, entre el río y la calle. Nosotros preferimos colocarlas paralelas a la calle, para dejar la mayor cantidad de espacio libre hacia el río y le dimos esa forma triangular para mejorar las vistas” (Parque Titanium una intersección histórica, 2014). Lamentablemente, como señala Klenner (2015, pp. 213-215), el caso se llevó secretamente, no siendo posible conocer el razonamiento de los tribunales del Colegio de Arquitectos, en virtud de lo cual solo cabe hacer suposiciones al respecto. Por este motivo solo sostendremos en términos generales que (1) si un proyecto de arquitectura utiliza como base un anteproyecto desarrollado por otro autor que no ha autorizado su modificación para elaborar una obra derivada a partir de él, y (2) si tal anteproyecto tiene un mínimo de originalidad, entonces existe una conducta que infringe los derechos de autor pues no solo se protege la obra de arquitectura edificada sino también los trabajos preliminares a su construcción.

2.2.4. Cuándo se protegen los trabajos preparatorios.

De acuerdo a lo expuesto, puede afirmarse que la protección de los trabajos preparatorios no es irrestricta, sino que tendrá lugar únicamente en la medida que constituyan un modo de expresión original de una concepción arquitectónica, por lo tanto, si aquéllos solo comunican una idea exenta de expresividad propia, no serán protegibles por el derecho de autor. Además, se descarta la posibilidad de identificar los trabajos preparatorios con la idea generatriz de la obra, como también se desecha que algunos de estos trabajos comunicarían únicamente la idea abstracta mientras que otros manifestarían la concepción o la “idea elaborada” de que habla Rafael Sánchez, cuestión esta última que queda clara si se comparan los casos Hunt con Pasternack y Paul Oravec con *Sunny Isles Luxury Ventures, LC.*, pues ambos conflictos se suscitan en torno al uso de dibujos planimétricos, la diferencia

estriba en el grado de concreción y particular manifestación que adquiere la idea arquitectónica en un caso frente al otro.

El fundamento de la protección de los trabajos preliminares radica en que son las primeras expresiones de la concepción arquitectónica e incluso -de no llegar a existir la edificación- serán las únicas exteriorizaciones de la obra. Si se tutelara únicamente la edificación, las formas de expresión arquitectónica previas a su realización se verían desprotegidas y se permitiría una utilización patrimonial indebida de la obra concebida y expresada en unos planos, por ejemplo, pudiendo ser explotada infinitas veces y de las más variadas formas sin contar con la autorización de su autor. Casos como el de Aitken, Hazen, Hoffman, Miller, P.C. con *Empire Construction Co.* -en que el adquirente de los planos creía tener derecho para modificarlos y construir otros edificios a partir de ellos- serían resueltos en desmedro de los derechos de explotación que el titular de la creación tiene sobre ella.

De esta manera, aun cuando una obra arquitectónica se exprese en un proyecto y no en un edificio, se contraviene el tenor literal del art. 1º de nuestra LPI según el cual quedan protegidos “los derechos que, por el solo hecho de la creación de la obra, adquieren los autores de obras de la inteligencia en los dominios literarios, artísticos y científicos, **cualquiera que sea su forma de expresión**” (énfasis agregado). En consecuencia, si el adquirente de los trabajos preparatorios que conforman un proyecto desea construir la obra en ellos expresada -situación en que se presenta la mayor cantidad de controversias en este ámbito- deberá contar con la autorización del titular -originario o derivado-; en caso contrario, incurrirá en una infracción a los derechos de autor respecto de tales activos de propiedad intelectual de la obra arquitectónica (Ortega, 2005, pp. 328-329).

3. Posibles efectos jurídicos en relación con los trabajos preparatorios ejecutados personalmente por su autor.

No hay duda de que la relevancia de los trabajos preparatorios reside principalmente en su aptitud para exteriorizar la concepción arquitectónica; exteriorización que como apunta Germán Bercovitz (1997) no necesariamente responde a una ejecución personal de quien concibe la obra (p. 124). Piénsese por ejemplo en un arquitecto que trabaja para otro que, a partir de una descripción verbal de su concepción de obra, le encarga dibujarla; esto es

perfectamente posible ya que –más allá de la dificultad que conlleva expresar con precisión una imagen en palabras- “[t]ambién la arquitectura como proyecto puede describirse a través de conceptos geométricos, en vez de dibujos” (p. 67).

Sin perjuicio de lo anterior, estos activos de propiedad intelectual pueden adquirir un valor agregado si son ejecutados personalmente por su autor, asemejándose de esa forma al resto de las obras plásticas, lo no quiere decir que se abstraigan de la obra que representan pues evidentemente nunca dejarán de comunicar una concepción arquitectónica.

Así, los croquis permiten entender la evolución experimentada por el diseño si el edificio se ha construido y, en caso contrario, grafican las intenciones arquitectónicas de su autor (Ortega, 2005, p. 84). De Lapuerta (1997) sostiene que en virtud de lo anterior, son cotizados por muchas editoriales para publicar monografías de arquitectos que reúnen los bocetos de sus distintos proyectos, ejecutados o no (pp. 68-69), pero también plantea que pueden adquirir importancia en cuanto al modo en que son ejecutados, prueba de ello es que connotados autores de obras arquitectónicas exponen estos dibujos en galerías o museos (tal es el caso de los bocetos de Aalto, Le Corbusier y Khan), ya sea que integren una exposición de sus obras y se acompañen de maquetas, planos o fotografías, o se muestren de manera independiente a ellas, logrando venderse a elevados precios (p. 75).

El tecnicismo que caracteriza al dibujo planimétrico dificulta que éstos tengan relevancia en tanto ejecución pues su autor debe respetar ciertas convenciones gráficas en su realización⁶⁵ sin tener mucho margen para tomar decisiones creativas.

Otro tanto sucede con las maquetas. Con el desarrollo de las nuevas tecnologías han aparecido las impresoras 3D, las cuales a partir de órdenes computarizadas tallan la forma deseada en una pieza de madera, plástico, metal, etc. Lógicamente un modelo tridimensional que se obtiene a partir del uso exclusivo de estas máquinas no tendrá ningún interés más allá de la obra arquitectónica que exterioriza, pero sí podrá llegar a tener suficiente interés plástico la confección personal de maquetas a escala de una obra arquitectónica como también los primeros modelos experimentales de una obra que han sido ejecutados personalmente por su autor, los que pueden llegar a asemejarse a verdaderas esculturas.

⁶⁵ Ver sección 3.1.2. del primer capítulo.

Este valor complementario al de expresión de la obra arquitectónica permite que los titulares de derechos sobre estos activos de propiedad intelectual no solo obtengan réditos a partir de su reproducción tridimensional en una construcción sino también que los exploten y transen directamente en el comercio de forma independiente a ella.

3.1. Aplicación del *droit de suite*.

En este sentido, cabe tener en cuenta el art. 36 LPI que establece en nuestra legislación la figura del *droit de suite*, disponiendo al efecto: “El autor chileno de una pintura, escultura, dibujo o boceto tendrá, desde la vigencia de esta ley, el derecho inalienable de percibir el 5% del mayor valor real que obtenga el que lo adquirió, al vender la obra en subasta pública o a través de un comerciante establecido.

El derecho se ejercerá en cada una de las futuras ventas de la obra y corresponderá exclusivamente al autor, y no a sus herederos, legatarios o cesionarios.

Corresponderá al autor la prueba del precio original de la obra o de los pagados en las ventas posteriores de la misma”.

El *droit de suite* o derecho de participación,⁶⁶ tiene por objeto que el autor de obras plásticas participe de las ventas posteriores del original (debido a que con frecuencia enajenan sus creaciones a muy bajo precio -principalmente por necesidades económicas-). De modo tal que esta figura le permite percibir parte del mayor valor que pueden experimentar sus obras plásticas en el mercado cuando el autor -inicialmente desconocido- adquiere fama, reconocimiento o renombre con posterioridad a la venta (Lipszyc, 1993, p. 212; Ortega, 2015, p. 169).

Nuestra ley no excluye expresamente a las obras de arquitectura de la aplicación de este derecho como sí lo hacen otras legislaciones. La Ley de Derecho de Autor de Bolivia (1992), se refiere explícitamente al derecho de participación respecto de las obras de arquitectura, disponiendo su art. 51 que “[l]as disposiciones precedentes [relativas al derecho de participación de los artistas plásticos] no serán aplicadas a obras de arquitectura, ni a

⁶⁶ También recibe otras denominaciones como “derecho de plusvalía”, “derecho de continuación”, “derecho de prosecución”, “derecho de persecución”, “derecho de seguimiento”, etc.

obras de arte aplicada”. Por su parte, el art. 82 de la Ley sobre el Derecho de Autor de Perú (1996) referido al derecho de participación y reventa tiene aplicación solo respecto de las “obras de artes plásticas”, lo cual excluye su aplicación sobre las obras de arquitectura dada la definición de obra plástica del art. 2 N° 28 de la misma ley que señala: “Las disposiciones específicas de esta ley para las obras plásticas, no se aplican a las fotografías, las obras arquitectónicas, y las audiovisuales”.⁶⁷

A diferencia de otros ordenamientos como el español, el nuestro requiere que el autor beneficiario del porcentaje compensatorio tenga conocimiento y logre probar el precio de la primera venta y de las siguientes, cuestión que hace prácticamente impracticable el seguimiento sobre la obra (Lipszyc, 1993, p. 218). Pero, más allá de la dificultad práctica que se le ha atribuido a este tipo de disposiciones y a la arbitrariedad del porcentaje de participación fijado por la ley, consideramos que esta norma es aplicable -al menos en teoría- a las obras en análisis pese a que no se refiere de forma explícita a ellas. Ahora bien, es menester precisar que solo se subsumen en ella los croquis, bocetos, maquetas y visualizaciones, mas no la construcción ni los planos debido a que como se indicó en la sección anterior, el carácter marcadamente técnico de estos últimos imposibilita que tengan valor en cuanto a su ejecución.

La norma chilena se refiere únicamente a los autores nacionales de “pintura, escultura, dibujo o boceto”, redacción que no permite extender su ámbito a otras creaciones como por ejemplo la obra arquitectónica construida. Además, como señala Pollaud-Dulian, el derecho de participación se aplica en aquellos casos en que “el valor de la creación artística sobrepasa el valor de uso y el precio de los materiales” (cit. por Ortega, 2005, p. 174), cuestión que no sucede con las obras de arquitectura edificadas, pues en ellas la plusvalía es determinada por factores tales como el carácter funcional del edificio, el costo de los materiales (variable de importancia, sobretodo en edificaciones de gran envergadura), la técnica constructiva y algunos ajenos a la obra en sí misma, como la ubicación y el precio del terreno.⁶⁸ Es por todo esto que no puede pretenderse extender la aplicación de esta figura jurídica a las obras de arquitectura *stricto sensu*.

⁶⁷ Misma situación se plantea al conjugar los art. 38 y 7 de la Ley de Propiedad Intelectual de Ecuador y los art. 37 y 35 de la Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Intelectual de El Salvador.

⁶⁸ Factores señalados por Germán Bercovitz (1997, p. 367); Jorge Ortega (2005, p. 174).

Pero no existen motivos para negar la aplicación del derecho de participación en relación a los croquis, a las visualizaciones o a las maquetas ya que como Germán Bercovitz (1997) explica, si bien anteceden en el proceso de diseño a la obra construida, ello no le resta valor al dibujo o modelo realizado por el autor en tales circunstancias (p. 369). No obstante, creemos necesario precisar que la obra respecto de la cual el autor tiene derecho de participación es “la pieza realizada personalmente” (p. 365), y no la reproducida mecánicamente, la ejecutada por persona distinta del autor (como acontece, por lo demás, con la obra arquitectónica construida), o la obtenida con ayuda de un programa computacional (como podría ser el caso de un modelo tridimensional o de una visualización logrados a partir del uso de *SketchUp*, o un plano diseñado por medio de un *software* CAD).⁶⁹

En conclusión, proponemos una interpretación del art. 36 LPI extensiva a los croquis, maquetas y visualizaciones, sin desconocer la dificultad de poner en ejercicio tal norma y sin negar que su puesta en práctica es todavía más compleja tratándose de las obras en comento, ya que son pocos los casos en que, por ejemplo, un croquis se da a conocer fuera de la órbita personal de su creador y menos aún los que adquieren un mayor valor en el mercado. Pero la norma está vigente y puede, por tanto, ser empleada en los casos reseñados.

⁶⁹ La sigla CAD significa “*Computer Aided Design*” (en español: “Diseño asistido por computador”).

CAPÍTULO IV

LA FUNCIONALIDAD COMO ELEMENTO CONDICIONANTE DE LA ORIGINALIDAD EN LA OBRA ARQUITECTÓNICA

Cuando se hace alusión a la funcionalidad de las obras en general se tiene por objeto indicar que aquélla no constituye un obstáculo para su protección. Pero en el dominio de la disciplina arquitectónica debemos agregar que la función es una característica fundamental de todo diseño y, además, que tiene la particularidad de influir en las posibilidades de originalidad de la misma.

En este capítulo revisaremos cómo la funcionalidad impacta en la configuración original de la obra y veremos que en la generalidad de los casos el carácter funcional o utilitario de la obra puede limitar sus posibilidades de originalidad, pero también advertiremos que la originalidad puede hallarse justamente en los aspectos funcionales de la obra.

1. Funcionalidad como presupuesto de existencia de la obra arquitectónica.

La gran mayoría de las legislaciones otorgan protección a las obras ya sea mencionando expresamente que no es gravitante su destino, utilidad o función (como Colombia, Ecuador, Francia y México),⁷⁰ o bien incluyendo dentro del catálogo de creaciones tuteladas a las obras de arte sin distinción alguna, a las de arte aplicado, etc. (como Argentina).⁷¹ Chile en cambio, junto a otros países (como Brasil y Venezuela),⁷² distingue entre obras de arte y de arte aplicado dispensando una protección más restrictiva a estas últimas ya que al tenor del art. 3º N° 12 LPI se protegen “[l]as esculturas y obras de las artes figurativas análogas, aunque estén aplicadas a la industria, **siempre que su valor artístico pueda ser considerado con separación del carácter industrial** del objeto al que se encuentren incorporadas” (énfasis agregado), es decir, en nuestro país se tutelan las obras

⁷⁰ Art. 2º de la Ley sobre Régimen General de Derechos de Autor de Colombia (1982); art. 5º de la Ley de Propiedad Intelectual de Ecuador (1998); art. L112-1 del *Code de la Propriété Intellectuelle* de Francia (1992); art. 5º de la Ley Federal del Derecho de Autor de México (1996).

⁷¹ Art. 1º de la Ley sobre Régimen de la Propiedad Intelectual de Argentina (1933).

⁷² Art. 7º de la Ley sobre Derechos de Autor de Brasil (1998); art. 2º de la Ley sobre el Derecho de Autor de Venezuela (1993).

de arte aplicado solo cuando puede disociarse su carácter artístico de su finalidad industrial. Finalmente, existe un menor número de países que niegan protección a las obras de arte aplicado bajo sus leyes de derecho de autor (como por ejemplo, Canadá que reserva dicha tutela a su respectiva ley de propiedad industrial) (Colombet, 1997, pp. 16-18).

Según la tendencia legislativa general, una obra podrá estar destinada a fines educativos, comerciales o utilitarios, pero su destino o finalidad, así como otros aspectos - valor o mérito y forma de expresión-, no priva a la obra de tutela siempre que ésta sea original (Bercovitz, R., “et al”., 2003, p. 61; Lipszyc, 1993, p. 67; OMPI, 1978, p. 13). Esto encuentra fundamento en el principio de la unicidad del arte, que en palabras de Claude Colombet, “implica que mediante el derecho de autor sean protegidas las obras de arte, independientemente de su destino -arte puro o artes aplicadas a la industria-” (1997, p. 16).

En este sentido debe entenderse el quinto fundamento jurídico de la sentencia Nº 187/2009 dictada el 10 de Marzo de 2009 y que falla el recurso de apelación interpuesto en el caso que enfrentó al arquitecto Santiago Calatrava con el Ayuntamiento de Bilbao y otros por modificaciones realizadas al puente Zubi Zuri, y que manifiesta: “el templo de la Sagrada Familia de Barcelona ha sido declarada por la Audiencia Provincial de Barcelona de 28 de Marzo de 2006 como objeto de propiedad intelectual, pese a no ser en realidad más que una iglesia [...]; habrá que hacer idéntica declaración respecto del ‘Zubi Zuri’ pese a no ser más que un puente que sirva para atravesar la ría, pero en el que resalta la originalidad de sus formas y el estilo de su creador; [...]; y de tantos otros edificios arquitectónicos de estilo singular u original pese a que cada uno de los cuales cumpla la respectiva misión que justificó su construcción” (Audiencia Provincial de Vizcaya, 4ª Sección, España, p. 6). Es decir, del mismo modo que un utensilio puede estar destinado para cocinar alimentos o que un *jingle* se use con el objeto de promocionar un determinado producto comercial, el que una construcción se destine a la práctica de un culto religioso o que un puente tenga por finalidad conectar dos zonas de una ciudad separadas por un río, no puede exceptuarlos de protección por parte del derecho de autor ya que lo único verdaderamente relevante es que la obra revista caracteres originales.

La importancia de la funcionalidad en el ámbito de la arquitectura quedó establecida en el primer capítulo cuando se precisó que la función integra la denominada triada Vitruviana, siendo un elemento fundamental de toda obra arquitectónica.

La arquitectura es el “[a]rte de proyectar y construir edificios” (RAE, 2014a), y siendo un edificio una “[c]onstrucción estable, hecha con materiales resistentes, para ser habitada o para otros usos” (RAE, 2014d), resulta que una obra arquitectónica *stricto sensu* es, por definición, funcional ya que tiene por destino servir de refugio para el habitar del hombre, albergando espacios aptos para el desarrollo de actividades tan diversas como la entretención, la cultura, el descanso, el trabajo, la educación, etc. Además, para nadie es desconocido que para que una construcción arquitectónica pueda dar respuesta a necesidades de habitación, debe respetar en todo caso la normativa vigente -en nuestro ordenamiento nacional, principalmente la LGUC, la OGUC, planes reguladores comunales y demás normas afines- como también debe sujetarse a los requerimientos técnicos y estructurales de los distintos materiales, a la mecánica del suelo, etc. Si la edificación no satisface esta función ya no puede catalogarse como obra de arquitectura sino que será, por ejemplo, una escultura monumental.

Cabe precisar que, aun cuando esta particularidad de las edificaciones no es consustancial a los planos, visualizaciones, croquis o maquetas a escala puesto que -como es lógico- en sí mismos considerados no permiten ser habitados (Shiple, 2010, p. 425), como los elementos funcionales de la creación pueden reconocerse en cualquiera de las formas en que se expresa la obra de arquitectura, el análisis de su funcionalidad puede realizarse también en relación a los trabajos preparatorios.

1.1. Destino de la obra como factor restrictivo de las opciones creativas.

Se ha sostenido que **las obras arquitectónicas gozan de una acotada protección debido a su destino habitacional, pues éste tiende a restringir las decisiones creativas del autor**. Como plantea Rodrigo Bercovitz, “[a] la hora de determinar si una obra arquitectónica es original o no, hay que tener en cuenta que su carácter funcional condiciona muchos de sus elementos, lo que reduce en alguna medida la libertad creativa del arquitecto y, por consiguiente, también sus posibilidades de originalidad” (s.f., p. 7);⁷³ o como Cristina Troya comenta “hay que tener en cuenta que en las obras de arquitectura el grado de originalidad de la obra será menos en la medida que éste debe convivir con las exigencias técnicas y urbanísticas, imposibles de eludir. Es decir, nos encontramos en un campo en que

⁷³ En un sentido similar Vanessa Scaglione (1992, p. 210); David Shiple (1986, p. 399).

las limitaciones técnicas hacen que las similitudes entre las obras arquitectónicas sean mayores que entre otro tipo de obra plástica” (s.f., p. 17). En 2005 Ortega señala que para él “[e]stá claro que la funcionalidad de las construcciones arquitectónicas puede restringir la posibilidad de que exista una verdadera originalidad y que la protección por parte del derecho de autor se vea minorada” (p. 115).

Ciertamente toda obra tiene limitaciones que repercuten en las opciones creativas de que dispone el autor (Ortega, 2005, p. 119), así la creatividad se ve limitada en una obra musical por las notas musicales, en una obra pictórica por la gama de colores existentes, en una novela histórica por los hechos reales que relata (Shipley, 1986, p. 447), etc., tal como en el diseño de un edificio el arquitecto debe lidiar con externalidades, por ejemplo, las leyes de gravedad, los materiales y técnicas constructivas. Asimismo, toda obra tiene implícito un destino; una pintura, por ejemplo, tiene una finalidad -aunque sea meramente plástica y cultural- como lo es comunicar una imagen y despertar sensaciones y emociones en el sujeto que la percibe.

Pero -a diferencia de la generalidad de las obras susceptibles de protección- la finalidad de las creaciones arquitectónicas es determinante en su configuración original porque para que la obra pertenezca al dominio de la arquitectura debe ser habitable. En consecuencia, muchos de sus aspectos se encontrarán supeditados a sus requisitos de habitabilidad, influyendo en las elecciones creativas. De esta manera, el diseño de cualquier estadio que se proyecta para la realización de actividades deportivas no puede quedar al entero arbitrio del arquitecto sino que ha de tener en consideración las dimensiones de la cancha, la capacidad máxima de espectadores (todos los cuales tienen que poder ver cómodamente el espectáculo desde sus asientos), vomitorios en cantidad y tamaño suficientes para la adecuada salida de los asistentes, camarines para los deportistas, etc.

Sin perjuicio de los condicionamientos impuestos por el destino de la obra (y de los demás factores que influyen en el resultado, como las condiciones del encargo, tamaño del predio, etc.), **el autor mantiene a salvo alternativas de diseño que le permiten, a la vez, dar solución a los requisitos de habitación y crear una obra suficientemente original, razón por la cual no puede decirse que la función coarte por completo la capacidad creativa de los arquitectos.** Compárese el aspecto externo del Allianz Arena de Munich concluido en 2005 con el del Estadio Olímpico de Beijing, más conocido como Nido de

Pájaros proyectado para los Juegos Olímpicos de 2008. Ambos recintos fueron creados por la oficina suiza Herzog & de Meuron y responden con funcionalidad lógica a las actividades deportivas para las cuales fueron concebidos, no obstante son completamente distintos el uno del otro. El revestimiento externo del primer estadio se caracteriza por estar compuesto de numerosos paneles romboides que le permiten cambiar de apariencia según el equipo que juega (es sede de dos clubes deportivos locales) adaptándose a sus colores institucionales (Herzog & de Meuron, 2016a); en cambio, la particular expresión del segundo estadio está dada por una estructura de acero entrelazada que simula las ramas de un nido (Herzog & de Meuron, 2016b).

En línea con lo anterior, y aunque a *priori* se pueda pensar que esta restricción a la libertad expresiva de la obra de arquitectura se percibe más intensamente en el diseño de viviendas (debido al menor presupuesto de los proyectos y a los requerimientos programáticos más o menos universales que suelen acotarse a uno o más dormitorios, baños, cocina, estar-comedor y terraza en algunos en casos), es en esta tipología en donde podemos encontrar la mayor diversidad de propuestas arquitectónicas. Y si hablamos de condicionantes a la hora de proyectar obras con un destino residencial, el paradigma lo constituyen las viviendas sociales. No obstante, es posible encontrar ejemplos notables en los que las restricciones se convierten en oportunidades para el diseño de obras originales. Este es el caso de Elemental -estudio chileno de arquitectura liderado por Alejandro Aravena⁷⁴ que ha replicado un modelo de vivienda social capaz de adecuarse a diversos contextos y cuyo diseño contempla la posibilidad de ampliarse progresivamente según las necesidades de los habitantes. Lo anterior se constata al comparar los conjuntos habitacionales de Quinta Monroy en Iquique y de Villa Verde en Constitución, en los que por diferencia de materiales y sistemas constructivos, forma de las techumbres y adaptación al clima local, se obtienen dos obras de arquitectura que comparten los mismos principios pero resultan muy distintas en expresión. El primer conjunto está hecho en albañilería, posee techos planos y tanto la zona para las eventuales ampliaciones como su escalera están resueltas exteriormente, mientras que el segundo es completamente de madera, los techos tienen pendientes a dos aguas y tanto la escalera como la zona destinada a la ampliación se encuentran contenidas al interior del volumen definido por la cubierta.

⁷⁴ Primer arquitecto chileno y cuarto latinoamericano en ser galardonado con el premio Pritzker, conocido como el "Nobel de la Arquitectura".

2. Funcionalidad como factor determinante de la originalidad de la obra arquitectónica.

2.1. Composición original de la obra arquitectónica.

Habiendo señalado que la originalidad de la obra de arquitectura debe ser considerada como novedad relativa por cuanto -atendidas sus características- se le debería otorgar protección en la medida que se trate del diseño particular de espacios habitables que no copia otros preexistentes,⁷⁵ ahora cabe indicar en qué aspectos de la obra arquitectónica puede identificarse su carácter creativo.

La originalidad de la obra arquitectónica puede residir tanto en el diseño general, compuesto por un conjunto de elementos que individualmente considerados quizá no tienen suficiente carga creativa, como también puede hallarse en elementos de diseño que integran algunas fracciones de la obra. Semejante posición es sostenida por Rodrigo Bercovitz, para quien “[l]a originalidad de una obra arquitectónica puede derivar tanto de sus concretos elementos individuales (por ejemplo, su fachada) como de la combinación de esos elementos aun cuando individualmente considerados carezcan de originalidad (por ejemplo, de la forma de distribuir los espacios)” (s.f., p. 7).

Los “concretos elementos individuales” a los que Bercovitz se refiere deben identificarse con porciones del diseño general (como la fachada que el mismo autor utiliza de ejemplo) pero no con artefactos (como las ventanas que forman parte de la fachada), pues ello conduciría a suponer -erradamente- que la originalidad de la obra arquitectónica puede tener fundamento en caracteres que implican decisiones creativas aisladas, tales como las ventanas, las manillas, las puertas, las luminarias, etc. En este contexto, resulta evidente que cuando los únicos caracteres originales sean, por ejemplo, las ventanas, no es lógico que el objeto protegido sea identificado con una obra de arquitectura; en tal caso solo dichos elementos podrán quedar tutelados por el derecho de autor como obras de arte aplicado - que coincidentemente se encuentran integrados en una construcción- mas no permite extender su protección a la construcción que las contiene.

⁷⁵ Ver sección 3.4.3. del segundo capítulo de esta investigación.

2.1.1. Paralelo entre originalidad de la obra arquitectónica y de las compilaciones.

Dado que en la actualidad es cada vez menos frecuente la creación de piezas únicas para los diseños arquitectónicos, que los costos asociados a su producción son más elevados que los de procesos constructivos mecanizados y que -producto de lo mismo- existe una tendencia a estandarizar piezas, lo habitual es que la originalidad de la obra arquitectónica resulte de una apreciación general del conjunto que puede estar únicamente integrado por elementos estándares. Esta originalidad derivada de la composición formal-espacial de la creación arquitectónica permite hacer una analogía con la originalidad de las compilaciones o bases de datos pues tanto el arquitecto como el compilador se nutren de material preexistente para la elaboración de su obra **-en el caso del arquitecto éste compone la obra a partir de elementos generalmente no originales que han sido empleados innumerables veces en otros proyectos y de métodos constructivos y materiales no protegidos autoralmente-, pero es la especial manera en que seleccionan, arreglan o disponen esos elementos la que goza de protección.**

La originalidad de las compilaciones ha sido reconocida por nuestro ordenamiento en el art. 3º N° 17 LPI que protege a “[l]as compilaciones de datos o de otros materiales, en forma legible por máquina o en otra forma, que **por razones de la selección o disposición de sus contenidos**, constituyan creaciones de carácter intelectual. **Esta 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” (énfasis agregado); de manera similar el art. 2.5) del CB y el art. 5º del TODA. Algunos autores consideran que la originalidad de estas obras depende únicamente de los criterios de selección y agrupación de elementos generalmente preexistentes, motivo por el cual el margen que la compilación tiene para ser creativa es pequeño si se le compara con otros tipos de creaciones. El autor de la compilación solo gozará de tutela en razón de la selección y ordenación que haga del contenido, de lo que se sigue que si terceros utilizan tal contenido sin reflejar la particular manera en que éste fue ordenado por el compilador, aquél no estará facultado para enervar una acción de propiedad intelectual, sino que en ese caso solo tendrá legitimación el autor de los elementos individualmente considerados (Bercovitz, R., “et al”.., 2003, pp. 78-79).

De igual manera, el arquitecto que ha sabido reutilizar elementos que son ordinariamente usados en el ámbito del diseño arquitectónico y organizarlos creativamente, verá que su obra goza de protección a la luz del derecho de autor.

Tal como David Shipley constata de la historia legislativa del *Architectural Works Copyright Protection Act* (AWCPA),⁷⁶ “la creatividad en el diseño de un arquitecto frecuentemente incluye ‘[la] selección, coordinación, o arreglo de elementos desprotegidos en un todo original protegible’, y la incorporación de ‘nuevos elementos de diseño protegibles en lo que de otro modo serían caracteres estándares y desprotegidos de un edificio’ [...] Este lenguaje sobre la selección, coordinación y arreglo es similar a la definición de ‘compilación’ del Acta de derecho de autor” (2010, p. 21),⁷⁷ definición esta última que es muy parecida a la de nuestro art. 3º N° 17 LPI.

La analogía entre la originalidad de las obras arquitectónicas y de las compilaciones conduce a concluir que el alcance de la protección sobre las primeras es acotado y que se requiere prácticamente una copia exacta para que pueda satisfactoriamente alegarse una vulneración a los derechos de autor sobre ellas (Shipley, 2010, p. 24).

2.2. Situaciones en que los elementos funcionales se hallan desprotegidos.

Los componentes funcionales de la obra arquitectónica carecerán de protección por el derecho de autor en la medida que éstos sean la única manera de enfrentar un requerimiento habitacional o técnico, pues en ese caso no existirá ni siquiera una decisión mínimamente original sino que el diseño resultante vendrá impuesto por factores completamente ajenos a la capacidad creativa del autor. Es decir, no se protege la construcción cuya forma es el resultado único y exclusivo de la función (Ginsburg, 1992, p. 136). En opinión de Cristina Troya (s.f.) “se exige que la originalidad no sea producto de una exigencia técnica y que el motivo de la forma estética del edificio o de una parte de él no sea

⁷⁶ El AWCPA, además de permitir que Estados Unidos diera cumplimiento a ciertas obligaciones asumidas en virtud del Convenio de Berna, vino a llenar un vacío normativo en torno a las obras arquitectónicas *stricto sensu*, incluyéndolas como objeto de protección por el derecho de autor, pues hasta antes de su aplicación (en el año 1990) las edificaciones no estaban protegidas, sino que solo se tutelaban los planos y dibujos de arquitectura. Para más información ver Anexo 2.

⁷⁷ “*The AWCPA’s legislative history [...] recognizes that creativity in an architect’s design often includes ‘[the] selection, coordination, or arrangement of unprotectible elements into an original, protectible whole,’ and the incorporation of ‘new, protectible design elements into otherwise standard, unprotectible building features’[...] This language about selecting, coordinating and arranging is similar to the Copyright Act’s definition of ‘compilation’.*”

exclusivamente el hecho de que así se aporta una solución a un problema técnico” (p. 17), y ejemplifica el tema señalando que si una escalera tiene una forma que responde únicamente a la necesidad de evitar un tabique que se le interpone no puede quedar tutelada por el derecho de autor (p. 17).

La desprotección de los caracteres tipo se halla en la definición de obra arquitectónica dada por la sección §101 del Título 17 del USC según la cual “[l]a obra incluye la forma en su conjunto así como el arreglo y composición de los espacios y elementos en el diseño, pero no incluye los elementos estándares individuales”.⁷⁸

No obstante, habrá que hacer una distinción previa pues -como dijimos- el carácter original de la arquitectura tiende a estar en la apariencia general de la obra conformada por elementos en sí mismos desprotegidos (por ser funcionales y estandarizados). De esta manera, los componentes estándares quedarán al margen de la protección si no es factible reconocer creatividad en la forma general de la obra, a *contrario sensu*, quedarán tutelados si el conjunto integrado por estos elementos denota una selección y disposición original. Siguiendo con el ejemplo anterior de las ventanas, si éstas son el resultado de una estandarización entonces no serán tuteladas, salvo si se verifica que ellas forman parte de una composición arquitectónica suficientemente creativa pues en dicho caso el arreglo será susceptible de protección.

El carácter creativo no siempre se desprenderá de la composición general de la creación arquitectónica sino que también podrá colegirse de algunas partes que integran el conjunto.⁷⁹ Si la manera en que ciertos elementos estándares o tipo se incorporan en la obra no reviste ninguna originalidad, entonces evidentemente no quedarán protegidos, pero ello no es óbice a que existan algunas fracciones originales de la obra arquitectónica que, como tales, sí quedarán protegidas por el derecho de autor (pese a estar integradas por caracteres en sí mismos carentes de creatividad). En este supuesto los primeros elementos pueden ser copiados sin requerir la autorización del autor de la obra, mientras que la copia de las porciones originales sin el consentimiento del autor implica una vulneración de sus derechos (Bercovitz, R., s.f., p. 7).

⁷⁸ Para texto original en inglés ver nota al pie 9.

⁷⁹ Ver sección 2.1. del presente capítulo.

En definitiva, y como indica una sentencia civil brasileña, “no basta apenas el trabajo de un arquitecto para que la obra (sinónimo, en el caso, de trabajo intelectual y no de la construcción), se encuentre protegida por el derecho de autor. Es necesario que ella revista una determinada característica: la originalidad. **La concepción del arquitecto debe estar investida de la originalidad**, sea en la especificación de los materiales, en el estilo de la forma configurada o **en una nueva armonía dada a los elementos ya conocidos**” (Tribunal de Justicia del Estado de Mato Grosso, 2ª Cámara Civil, Brasil, 19 de Septiembre de 2000, p. 2), (énfasis agregado).

2.3. Situaciones en que los elementos funcionales se hallan protegidos.

En el caso de las obras de arquitectura lo que se protege es la combinación de elementos estándares y no éstos individualmente (Ginsburg, 1992, p. 136; Ortega, 2005, p. 49),⁸⁰ de tal manera que no hay ilicitud en el uso de los elementos que componen la obra cuando se les considera en sí mismos, pero sí “es ilícito tomar el conjunto de elementos que reflejan la individualidad de la obra” (Lipszyc, 1993, p. 63).⁸¹ Concordante con lo anterior, una sentencia que falla un conflicto relativo a la originalidad de estas obras manifiesta que “existe originalidad en ella a partir de la combinación absolutamente personal que es reflejada en la obra en su conjunto. La originalidad está acentuada en la diferente combinación que de los conocidos presupuestos son realizados por el autor” (Cámara 5ª Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba, Argentina, 30 de Diciembre de 1996, p. 1).

Pero no cualquier combinación de elementos utilitarios se tutela. Para que el derecho de autor intervenga es indispensable que la selección y agrupación de tales caracteres manifieste ser el producto de una elección consciente entre varias formas de expresión, es decir, solo se protege la decisión creativa independiente y motivada del arquitecto, de modo que si no existe más que una manera de resolver una cuestión de carácter técnico o funcional, la forma expresiva resultante no puede ser tutelada por el derecho de autor. En esta materia es posible constatar un símil entre las obras arquitectónicas y los programas computacionales, ya que a pesar de que muchos de sus componentes apuntan a la estandarización (como por ejemplo la interfaz gráfica) e implican la proliferación de instrucciones comúnmente usadas en ese ámbito (Sala de Propiedad Intelectual del Tribunal

⁸⁰ Ver sección 2.1. de este capítulo.

⁸¹ Ver sección 2.1.1. de este capítulo.

del INDECOPI, Perú, 14 de Agosto de 2007, pp. 7-8), “la elaboración de un programa de computador es una obra del espíritu **original en su composición y su expresión más allá de una simple lógica automática y compulsiva; en efecto, los analistas programadores han escogido** como los traductores de obras, **entre diversos modos de representación y expresión**, y su escogencia lleva la marca de su personalidad” (Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, Tribunal de Arbitramento, Colombia, 19 de Enero de 2001, p. 8), (énfasis agregado). De un modo similar señala en 2012 Franck Macrez que “[e]n el campo de los programas de ordenador, **se nota generalmente la originalidad**, retomando una célebre jurisprudencia francesa, **en la composición y en la expresión, así como en el hecho de que esta no es ‘la simple aplicación de una lógica automática y obligatoria’**” (p. 212), (énfasis agregado).

Las instalaciones técnicas -agua, electricidad, ventilación, gas, etc.- son probablemente donde más reluce el carácter utilitario de los componentes de la creación arquitectónica. Tanto es así que habitualmente se disponen en el interior de la estructura (losas y muros) para que no sean vistas por los usuarios. Pero bien puede el autor decidir exteriorizar esos elementos y emplearlos como parte fundamental de la forma de expresión de la obra y, en consecuencia, pueden convertirse en componentes del diseño general que, como tales, gozarán de protección. Ejemplo de esto último es el Centro Pompidou.

El Centro Pompidou es un recinto que alberga un museo de arte moderno además de una biblioteca pública y un centro de creación musical. Ubicado en París, fue desarrollado entre los años 1971 y 1976 por los arquitectos Renzo Piano y Richard Rogers. Se caracteriza por su diseño industrial y por la exteriorización deliberada de los equipamientos en las fachadas, los cuales se identifican mediante colores. Las áreas de tránsito (escaleras y ascensores) -ubicadas en la cara oeste del edificio- son rojas, mientras que -situados en la fachada este- los ductos de instalaciones de electricidad son amarillos, los de agua verdes y los de ventilación azules (*Centre Pompidou*, 2011). El edificio es definido como una estructura flexible pues la disposición externa de los equipamientos tiene por objetivo crear plantas libres de tal modo que sean lo más limpias y amplias (cada una tiene 7.500 m²) permitiendo variar la manera de exponer las obras de arte y realizar las diversas actividades culturales del museo (Rogers, Stirk, Harbour & *Partners*, n.d.). Como queda de manifiesto con este ejemplo, elementos que normalmente no se encuentran amparados por la protección que brinda el derecho de autor -como lo son las instalaciones de un edificio-,

gozan de protección según el contexto de diseño en que se sitúan, de modo que si el autor opta por hacerlos parte del carácter expresivo de la obra, el halo protector del derecho de autor se extiende sobre ellos en cuanto forman parte de la elección compositiva de la misma (Scaglione, 1992, p. 215).

2.3.1. Protección de elementos funcionales según su combinación.

Cabe citar el famoso caso estadounidense de Shine con Childs, promovido el 2005 ante la Corte del Distrito Sur de Nueva York, Estados Unidos. Mientras cursaba el master en arquitectura en la Universidad de Yale en el año 1999, Thomas Shine desarrolló el proyecto de un rascacielos que primero nombró Shine '99 y luego transformó en otra propuesta llamada *Olympic Tower* que estaba compuesta por un patrón de diamantes alargados que se torcían a medida que la estructura subía, dando una forma helicoidal al edificio. Tal proyecto fue bien evaluado por la comisión revisora del curso, de la que formó parte el arquitecto David Childs perteneciente a la reconocida oficina Skidmore, Owings & Merrill (SOM), incluso fue publicado en la revista de la universidad. Años más tarde, en el 2003, Childs desarrolló el proyecto para la torre principal del plan maestro de Daniel Libeskind denominada *Freedom Tower* y destinada a ubicarse en la “zona cero” quedada tras el ataque terrorista a las Torres Gemelas en Manhattan. Al percatarse del parecido de la *Freedom Tower* con su *Olympic Tower*, Shine demandó a Childs por considerar que la *Freedom Tower* había copiado la forma de Shine '99 y que incluía una grilla estructural idéntica a la de la *Olympic Tower*.

Shine debía probar que era titular de derechos de autor sobre el diseño de la *Olympic Tower*, para lo cual le bastó acompañar el certificado de registro en la *United States Copyright Office*. Seguidamente, debía demostrar que Childs había copiado elementos originales de su proyecto sin encontrarse autorizado para ello. Si bien Childs reconoció haber visto el proyecto, solicitó al tribunal que rechazara la demanda interpuesta por Shine toda vez que los elementos individuales que componían el proyecto no eran tutelables porque al ser recurrentemente usados en la arquitectura moderna carecían de originalidad, concluyendo que el diseño de la torre tampoco podía quedar protegido por el derecho de autor. En lo que respecta al parecido en la forma de la *Freedom Tower* con Shine '99, la Corte sostuvo que no existía similitud, pero en cuanto a la semejanza con la *Olympic Tower* y aplicando el *test* de la “similitud sustancial” (“*substantial similarity*”), la Corte determinó que si un observador común efectuaba una comparación entre ambos edificios podía considerar

los diseños como sustancialmente similares en base al “concepto y sensación general” (“*total concept and feel*”) y estimar -tras un análisis general de sus composiciones-, que ambas torres tienen una forma que gira a medida que se eleva, que tienen una forma ondulada y un patrón de diamantes que cubren las fachadas, y que la supresión de algunos fragmentos de los diamantes que integran la fachada permite el acceso en la base de ambos edificios (Brunka, 2011, pp. 181-183; Shipley, 2010, pp. 55-57). La Corte del Distrito Sur de Nueva York, Estados Unidos manifestó: “[I]a corte ha notado que, sin perjuicio de que muchos de sus componentes pueden no ser originales, **el diseño compuesto** de la Olympic Tower es cuando menos discutiblemente único y original” (2005), (énfasis agregado).⁸² Sin embargo, el caso no fue resuelto por el tribunal ya que las partes llegaron a un acuerdo extrajudicial retirando las reclamaciones interpuestas judicialmente, además, el diseño inicialmente proyectado para la *Freedom Tower* fue transformado en un edificio con forma de obelisco que poco y nada se parece a los diseños de Shine (Dunlap, 2005; James, 2006).

La protección de los elementos funcionales también se constata en un caso peruano que enfrentó por una parte a la Municipalidad del Distrito de Yaracayacu que había encargado el diseño de una biblioteca y su arquitecto proyectista, y por otra a la Municipalidad del Distrito de Nueva Cajamarca y un segundo arquitecto quienes habrían infringido los derechos de explotación de los demandantes. La resolución 1694-2011 de la Sala de Propiedad Intelectual del Tribunal del INDECOPI, Perú, manifestó que “la obra de arquitectura sustento de la denuncia presenta rasgos creativos en su realización, como por ejemplo: (i) el uso de marco de ventana circulares en una determina ubicación, (ii) el uso de una columna en la puerta de ingreso ubicada al lado izquierdo de la misma y (iii) el uso de una columna de dos niveles al lado izquierdo de la fachada, todo lo cual permiten calificarla como obra, por lo que amerita ser considerada como una creación del ingenio que debe estar protegida por la Ley de Derecho de Autor” (8 de Agosto de 2011, pp. 26-67). Si bien se promueve la tutela de la obra que se encuentra conformada por caracteres funcionales, la misma resolución es enfática al indicar que “sólo se protege la obra en su conjunto y no los elementos que la componen, ya que admitir lo contrario determinaría que ninguna otra persona pueda utilizar el uso de marcos de ventana circulares o columnas en la puerta principal” (pp. 26-27), lo que se encuentra en directa sintonía con la no protección de las ideas y del contenido de las obras.

⁸² “The court has already found that, even though several of its component parts may not be original, the composite design of Olympic Tower is at least arguably unique and original”.

El mismo criterio ha sido adoptado por tribunales españoles. Cabe mencionar al efecto la sentencia que falló el conflicto promovido entre una dupla de arquitectos que había desarrollado un proyecto básico de edificio de viviendas y locales comerciales y otro arquitecto acusado de plagio. Pese a que el demandado se defendió alegando que las semejanzas entre ambos proyectos se debían, por un lado a las imposiciones urbanísticas fijadas para la zona, y por otro a las soluciones estándares a que llevaban los requerimientos comerciales (Audiencia Provincial de Sevilla, 1ª Sección, España, 4 de Abril de 2001, p. 4), el tribunal concluyó que éste había copiado el diseño de los demandantes, al menos en parte, ya que -entre otras pruebas- la superposición de los planos acompañados en el proceso conducía a identificar coincidencias en la distribución de cuatro plantas. “La escalera y los ascensores están exactamente en el mismo lugar en cada una de las 10 escaleras o portales de que consta el edificio y en las citadas plantas 2a, 3a, 4 y 5a, en todas y cada una de esas 10 escaleras o portales, hay exactamente el mismo número de viviendas, con exactamente el mismo número de habitaciones, cada una de ellas de un tamaño muy similar y distribuidas exactamente de la misma forma: los dormitorios, los cuartos de baño, las cocinas, las terrazas, los distribuidores, están exactamente en el mismo sitio. Incluso en los cuartos de baño la posición de los sanitarios coincide exactamente. Hasta la ubicación de los armarios y el sentido de apertura de las puertas” (p. 3). Consideramos que el tribunal español resuelve acertadamente cuando rechaza los argumentos de la defensa, pues si bien la normativa urbanística puede significar restricciones en el diseño, éstas solo se circunscriben a aspectos generales que ha de tener en cuenta el proyecto. En consecuencia, las restricciones normativas nunca condicionarán todos y cada uno de los aspectos de la obra hasta el punto de no dejar lugar para decidir dónde se situarán los baños dentro de una vivienda ni menos aun de determinar la posición exacta de sus artefactos; por el contrario, tales soluciones obedecen a las elecciones creativas del arquitecto.

2.3.2. Protección de diseños arquitectónicos cuya forma sigue a la función.

Hay obras arquitectónicas más o menos funcionales y más o menos originales, pero no existe una necesaria relación inversa entre ambos factores, es decir, no puede concluirse que cuanto más funcional sea una obra de arquitectura revestirá un carácter menos original ni que cuanto menor sea su funcionalidad mayor originalidad tendrá; no obstante, es indiscutible que “cuando la funcionalidad práctica disminuye y se deja paso a una mayor

creatividad personal del autor, como sucede con los monumentos y palacios, entonces la posibilidad de hablar de una determinada originalidad aumenta” (Ortega, 2005, p. 115).

Así por ejemplo, el museo Guggenheim de Bilbao diseñado por el renombrado arquitecto Frank Gehry es una obra arquitectónica que aúna altos niveles de creatividad y utilidad. Su innegable originalidad “se caracteriza por una compleja fusión de formas curvilíneas y una cautivadora materialidad; que responden a un intrincado programa” (Pagnotta, 2015), lo que lo ha convertido en un objeto icónico de Bilbao (Guggenheim, 2016b), permitiendo la reactivación económica de dicha ciudad española mediante la atracción de gran cantidad de turistas a la zona. Pero la consecución de su inconfundible forma a partir del juego de volúmenes no aminora su funcionalidad, pues los espacios interiores -tan versátiles como la expresividad de las fachadas- han conseguido acoger sin problemas los diferentes tipos de exposiciones y actividades realizadas por el museo (Guggenheim, 2016a), prestando adecuadamente la utilidad para la cual fue inicialmente proyectado.

Pero algunas obras de arquitectura se caracterizan por ser creadas en virtud del principio según el cual “la forma sigue a la función” (“*form follows function*”) ⁸³ que sirvió de fundamento para gran parte del diseño arquitectónico durante las primeras décadas del siglo XX. Esto significa que el aspecto de estas creaciones no es consecuencia exclusiva del antojo estético del autor sino que de la función u objetivo para el cual el edificio se encuentra destinado (The Solomon R. Guggenheim Foundation, 2016). La interpretación de esta máxima sin consideraciones adicionales supone importantes consecuencias en el ámbito del derecho de autor, pues la forma que deriva exclusivamente de la función no se protege. Al tomar la regla tal cual se nos presenta, podría creerse que todos los edificios de oficinas creados a la luz del movimiento arquitectónico moderno carecerían de originalidad pues al hallarse orientados a cumplir una misma función debieran tener una misma forma y parecerse, por ejemplo, al edificio Seagram. No obstante, para contradecir esta suposición basta comparar obras de arquitectura de Ludwig Mies van der Rohe y Le Corbusier, dos de los principales exponentes de la arquitectura moderna mundial.

⁸³ Frase acuñada por el arquitecto estadounidense Louis Sullivan en el texto “*The tall office building artistically considered*” (1896). Originalmente la frase era “*form ever follows function*” (“la forma siempre sigue a la función”) y luego fue popularizada como “*form follows function*”.

La casa Farnsworth de Mies van der Rohe -construida entre 1946 y 1950- se ordena en una sola planta en base a un programa que contempla una terraza cubierta, estar, cocina, dos dormitorios y baño. Esta vivienda, considerada como una de las máximas expresiones del minimalismo arquitectónico, consiste en una estructura de acero a la vista separada del suelo por pilares, completamente vidriada y prácticamente sin divisiones interiores, salvo por el área de las instalaciones sanitarias que se encuentra separada del resto por una estructura central de madera (Duque, 2012). Mientras que la Villa Savoye de 1929 se compone de tres plantas libres en donde la primera contempla los espacios de servicios (incluido un estacionamiento que la casa Farnsworth no tiene), la segunda alberga los dormitorios y estar que se abren hacia una terraza exterior central y la tercera configura un techo-jardín. La fachada blanca, por su parte, se encuentra “liberada de elementos estructurales” (Duque, 2010) y marcada por una ventana corrida horizontal que conecta el interior de la casa con el exterior.

De lo dicho se puede concluir que no por adscribir a la corriente arquitectónica moderna cada vivienda concebida en virtud de ella debe ser igual a otras puesto que el autor siempre tendrá una forma particular de interpretar y dar expresividad al principio a partir del cual la “forma sigue a la función”, manteniendo siempre un margen de discrecionalidad para crear.

Como se advierte de los ejemplos citados hasta ahora, el hecho de que la obra arquitectónica tenga una finalidad funcional no impide que ésta pueda quedar resguardada por la propiedad intelectual. Incluso es factible afirmar que la protección conferida por el derecho de autor puede -en algunos casos- tener sustento en sus elementos funcionales y en cómo éstos componen el conjunto de la obra. En este sentido, una sentencia norteamericana concluye que “las obras arquitectónicas no necesitan servir a propósitos creativos primariamente no funcionales, similares a las esculturas, sino que la protección se extiende a los productos más mundanos y funcionales de la arquitectura comercial moderna siempre que el requerimiento mínimo de originalidad de la ley de derecho de autor sea alcanzado” (Corte del Distrito Oeste de Virginia, Estados Unidos, 7 de Septiembre de 1994).⁸⁴

⁸⁴ “architectural works need no longer serve primarily nonfunctional, creative purposes, akin to sculptures, but protection extends to the most mundane, functional products of modern commercial architecture so long as the minimal originality requirement of copyright law is met”.

En consecuencia, la importancia de la funcionalidad en torno a las obras arquitectónicas trasciende su caracterización y adquiere un rol protagónico en cuanto a su carácter original, tanto porque la funcionalidad o destino de la obra puede acotar las posibilidades creativas del autor, como también porque la originalidad puede manifestarse en el modo en que se empleen los elementos corrientes (es el caso de la casa Farnsworth o del Centro Pompidou), es decir, la creatividad puede hallarse “en la creación de soluciones originales de problemas técnicos” (Ortega, 2005, p. 102).

3. Rol de la funcionalidad en el análisis de la expresión original de la obra arquitectónica.

En las secciones anteriores de este capítulo se expuso que la funcionalidad condiciona -en mayor o menor medida- el carácter creativo de las obras arquitectónicas y, por ende, influye en el alcance de la protección de estas creaciones (Shiple, 2010, p. 44); pero ¿ha de considerarse la función para los efectos del análisis que se haga de la originalidad?, es decir, ¿debe la expresión de la obra evaluarse aisladamente o no de la función?

3.1. Análisis de la originalidad que prescinde de los elementos funcionales de la obra.

La originalidad es una cuestión de hecho que debe ser examinada caso a caso por los jueces de fondo (Antequera, 2007, pp. 57-58). En este orden de cosas, para determinar si una obra de arquitectura se encuentra protegida, el *copyright* estadounidense ha desarrollado el *test* de la funcionalidad (“*functionality test*”) como una variante del examen de la separabilidad (“*separability test*”) que se desprende de la sección §101 del Título 17 del USC en relación a los artículos utilitarios. La mencionada norma establece que para que el diseño de un artículo utilitario (“*useful article*”) se considere como una obra pictórica, gráfica o escultórica y consiguientemente protegible, deberá incorporar caracteres pictóricos, gráficos o escultóricos que puedan identificarse separadamente y existir independientemente de los aspectos utilitarios de dicho artículo;⁸⁵ criterio que -dicho sea de paso- se asemeja al

⁸⁵ “Pictorial, graphic, and sculptural works’ include two-dimensional and three-dimensional works of fine, graphic, and applied art, photographs, prints and art reproductions, maps, globes, charts, diagrams, models, and technical drawings, including architectural plans. Such works shall include works of artistic craftsmanship insofar as their form but not their mechanical or utilitarian aspects are concerned; the design of a useful article, as defined in this

establecido por nuestro art. 3º N° 12 LPI en relación a las obras de arte aplicado, creaciones que quedarán tuteladas “siempre que su valor artístico pueda ser considerado con separación del carácter industrial”.

Si bien Jane Ginsburg manifiesta que el Congreso estadounidense no ha estipulado ninguna exigencia adicional para la protección de las obras arquitectónicas -como es la imposición del *test* de la separabilidad a los artículos utilitarios- bastando únicamente que la creación sea original (1992, p. 136), lo cierto es que la *House Reports* contempla la aplicación de este criterio a las obras arquitectónicas y los tribunales de los distintos circuitos han recurrido a su empleo con frecuencia (Shipley, 2010, p. 44).

El *test* de la funcionalidad se compone de dos pasos. El primer paso tiene por objeto analizar si la obra arquitectónica posee elementos originales tomados tanto de la forma en su conjunto como del diseño y arreglo de los espacios interiores. En el caso de verificarse la presencia de elementos originales, el segundo paso del examen consiste en determinar si tales elementos son o no requeridos por la función. Si los elementos son incorporados en razón de la función, entonces -de acuerdo a este examen- la obra no es susceptible de tutela; en cambio, si los elementos no se encuentran determinados por la función, la obra será protegible (Ortega, 2005, pp. 116-117; Shipley, 2010, p. 44).

La separabilidad funcional puede ser tanto física como conceptual. La separación física alude a la posibilidad de extraer corporalmente los elementos sin que su desprendimiento altere o irroque un perjuicio a los demás, mientras que la conceptual consiste en una separación ideal o mental de aquellos elementos que no pueden desprenderse corporalmente del resto sin alterarlos u ocasionarles un daño.⁸⁶ En ambos casos, los elementos sustraídos deben poder existir independientemente del resto.

3.2. Análisis de la originalidad que considera los aspectos funcionales de la obra.

Si bien debe darse crédito al *test* de la funcionalidad por intentar instaurar un criterio aplicable a la generalidad de las controversias autorales suscitadas en torno a obras de

section, shall be considered a pictorial, graphic, or sculptural work only if, and only to the extent that, such design incorporates pictorial, graphic, or sculptural features that can be identified separately from, and are capable of existing independently of, the utilitarian aspects of the article”.

⁸⁶ Según Ortega, parte de la doctrina italiana aboga por la escindibilidad ideal entre los aspectos artísticos y utilitarios de la obra arquitectónica (2005, p. 103).

arquitectura, creemos que no es un modo adecuado para evaluar el alcance de la protección con respecto a estas creaciones (Scaglione, 1992, p. 205), en razón de los fundamentos que exponemos a continuación.

En primer lugar, este *test* olvida que la originalidad de las obras arquitectónicas es compositiva y que, por tanto, no pueden estudiarse cada una de sus partes como si fueran elementos separables del conjunto pues nunca han sido pensados de manera independiente al resto. Asimismo, el *test* se opone a lo dispuesto por el propio legislador estadounidense en la definición de obra arquitectónica contenida en la sección §101 del Título 17 del USC, norma cuya formulación destacamos porque ha sabido captar la esencia de la originalidad en arquitectura en tanto se refiere a que “[I]a obra incluye la forma en su conjunto así como el arreglo y composición de los espacios y elementos en el diseño, pero no incluye los elementos estándares individuales” (énfasis agregado).⁸⁷

En segundo lugar, el *test* tiene el inconveniente de discriminar entre obras de arquitectura clásicas y modernas (Scaglione, 1992, pp. 205-207). Si los elementos funcionales no fueran tutelables, la originalidad se contendría únicamente en aquellos caracteres anexados al diseño global de la obra (Shipley, 1986, p. 427), de manera que la lógica detrás del *test* sería: siempre que la obra tenga adornos es protegible y mientras mayor cantidad de adornos posea, mayor protección se le dispensará. En este sentido, adherimos completamente a la inquietud planteada por David Shipley al constatar que bajo el examen de la funcionalidad obras inspiradas en estilos como el victoriano serían protegibles en razón de los ornamentos incorporados, mientras que obras de estilo moderno creadas a la luz de tendencias minimalistas regidas por el principio “menos es más” (“*less is more*”) y en que prima un diseño libre de decorados quedarían exentas de protección por carecer precisamente de dichos complementos (1986, p. 442). ¿Podría negarse protección a la Villa Savoye de Le Corbusier o a la casa Farnsworth de Mies van der Rohe por prescindir de embellecimientos adicionales a los provistos por el diseño general de la forma y los espacios? Creemos que no, pues como plantea Franck Macrez, “una combinación de elementos no originales puede ser en sí misma original y no hay que excluirlos, porque se corre el riesgo de no tener ya nada que analizar” (2012, p. 224).

⁸⁷ Para texto original en inglés ver nota al pie 9.

En tercer lugar, el examen de la funcionalidad desconoce que “la consecución de un resultado estético a través de la solución de problemas técnicos representa una característica constante de las construcciones arquitectónicas, que alcanza relevancia jurídica en el ámbito de la tutela que les reserva el derecho de autor” (Ortega, 2005, p. 102), y que, en consecuencia, es imposible o cuando menos difícil escindir el carácter útil del artístico, pues en el caso de la obra arquitectónica van forzosamente unidos (Scaglione, 1992, p. 208). No sin razón se ha sostenido que en la arquitectura conviven arte y técnica (Ortega, 2005, p. 98), pues desde el inicio hasta el término de un proyecto el arquitecto pretende que su diseño sea a la vez funcional y estéticamente armonioso, sin sacrificar ninguna de ambas variables en beneficio de la otra, de modo tal que determinar qué aspectos son funcionales o estandarizados puede llegar a constituir un análisis arbitrario. Piénsese por ejemplo en una cubierta que ha sido ordinariamente diseñada para proveer de refugio a los ocupantes de un edificio: ¿es posible disociar sus aspectos utilitarios de sus aspectos artísticos o creativos? (Greenstreet & Klingaman, 2001) Tal separación no es posible, por lo tanto, bajo la óptica del *test* de la funcionalidad la cubierta del Guggenheim de Bilbao no es susceptible de tutela ya que solo los elementos no funcionales del diseño de un edificio son protegibles según este examen.

Este método escinde la función de la forma de expresión por medio de consideraciones arbitrarias⁸⁸ (Shipley, 1986, p. 426) y forzadas (pues como se explicó *venustas* y *utilitas* son elementos que integran toda obra de arquitectura), negando protección a la obra funcional por la sola presencia de ese factor y obviando la posibilidad de que sin perjuicio de su destino pueda tener caracteres suficientemente originales que la hagan merecedora de protección. Por esta razón, creemos que este *test* no debe aplicarse para concluir si las obras arquitectónicas son o no protegibles.

En contraste, un adecuado análisis de la forma de expresión original de la obra arquitectónica ha de tener presente, en todo momento, el destino funcional de la misma ya que - como dijimos- influye sustancialmente en sus aspectos originales. Concordamos con el examen propuesto por Vanessa Scaglione, para quien primero debe evaluarse si la creación arquitectónica cumple un grado mínimo de originalidad que le permita diferenciarse de otras obras. Constatando que la obra reúne niveles mínimos de creatividad, el examen debe

⁸⁸ Además, debe tenerse presente que no existe consenso interpretativo sobre el alcance de la separabilidad conceptual.

considerar la funcionalidad intrínseca del diseño. Como la obra arquitectónica contempla caracteres funcionales habrá que dilucidar si su incorporación en el conjunto ha sido forzada en tanto no existen otras alternativas de diseño para solucionar el problema funcional (como la escalera cuya forma es resultado exclusivo de esquivar un tabique), en cuyo caso no gozará de protección; o bien si la manera en que los aspectos funcionales se incorporan ha sido deliberada por su autor puesto que ha tomado decisiones creativas entre los numerosos medios de expresión que existen para resolver el mismo requerimiento⁸⁹ (como sucede con la casa Farnsworth o la Villa Savoye), caso en el cual la solución funcional recibirá protección a la luz del derecho de autor (1992, p. 220). De esta suerte, no se discrimina entre corrientes arquitectónicas clásicas y modernas pues no solo quedarán protegidos los elementos de ornato sino también los elementos funcionales que reflejen una particular forma de expresión, cuestión que es perfectamente posible en un ámbito en que arte y función coexisten y se relacionan. Ahora bien, esto no significa que se tutelarán todos los elementos funcionales sin excepción, extremo igualmente nocivo por cuanto frenaría la utilización de elementos estándares de uso común en la arquitectura.⁹⁰

Optar por el *test* de la funcionalidad o uno similar conduciría a concluir que la función -así como las ideas, procedimientos o métodos- no se protege por el derecho de autor, oponiéndose a la máxima según la cual el derecho de autor protege las obras con independencia de su destino, uso o función. En cambio, la manera que proponemos de concebir la protección de la expresión arquitectónica se encamina en el mismo sentido que el principio, pues la protección de la obra no se ve minorada si está destinada a la habitación o si se compone de elementos funcionales. De esta manera, la función de la obra arquitectónica no puede ser un impedimento para su adecuada protección por el derecho de autor.

⁸⁹ Ver sección 2.3. del presente capítulo.

⁹⁰ Ver secciones 2.2. y 2.3. de este capítulo.

CONCLUSIÓN

Como se pudo apreciar a lo largo de este trabajo, el estudio de la obra arquitectónica reviste mucho interés en el ámbito del derecho de autor. Así, temas como los tratados en esta memoria y otros como el derecho a la integridad de la obra, la confección por encargo y los conflictos asociados a la titularidad de la creación son atractivos y dignos de ser abordados. Pese a esto y a su indubitada importancia histórica, social, cultural y económica, la disciplina arquitectónica ha sido insuficientemente investigada por parte de la doctrina y la jurisprudencia es escasa a su respecto, sobretodo en el ámbito nacional.

En este contexto, estimamos relevante analizar dos aspectos generalmente infravalorados en el ámbito de la creación arquitectónica, destacando la importancia de los trabajos preparatorios como formas de expresión de la obra de arquitectura y la relevancia que tiene la funcionalidad en la determinación del carácter original de estas obras.

Es evidente que la arquitectura construida tiene gran notoriedad producto de la envergadura que puede llegar a alcanzar y su frecuente ubicación en lugares públicos. De esta manera, la construcción o edificación se constituye como la faceta más pública de la disciplina arquitectónica, razón por la cual suele equipararse con el término más amplio de “obra de arquitectura”, a pesar de que -como se explicó- el concepto de obra arquitectónica supera con creces el de construcción o edificación pues engloba también otras formas de expresión.

Pero creemos que la importancia que tradicionalmente se le atribuye a la obra construida es desmesurada porque la edificación no siempre se verifica y en caso de verificarse es una etapa marcadamente técnica que suele circunscribirse a las indicaciones expresadas en el proyecto. En cambio, tenemos la convicción de que **el principal centro de atención debe estar en los trabajos preparatorios porque a través de ellos se manifiesta fundamentalmente la creatividad del arquitecto.**

Partiendo de la base que la idea no se protege sino que solo se tutela la manera en que ésta se expresa, y teniendo presente que la construcción es mecánica y que no siempre

la creación arquitectónica llega a materializarse en una edificación concreta, razonamos que la etapa fundamental de toda obra arquitectónica es la concepción. En este sentido -y más allá del texto expreso del art. 3º Nº 9 LPI-, **los croquis, maquetas tridimensionales, visualizaciones y dibujos planimétricos encuentran protección por el derecho de autor porque constituyen las primeras plasmaciones de la concepción y, por ende, las primeras formas de expresión susceptibles de tutela, siendo muchas veces los únicos modos en que se exteriorizará formalmente la concepción arquitectónica.**

Sin perjuicio de lo anterior, pudimos advertir que estos trabajos no siempre alcanzan un mínimo de originalidad y que tanto la forma como la configuración espacial que comunican pueden responder solamente a una idea general o comúnmente utilizada en los diseños de arquitectura. De modo que la protección de los trabajos preparatorios no es irrestricta puesto que para ser tutelados requieren cumplir con una originalidad mínima - requisito que deben reunir de igual modo las construcciones y las demás categorías de obras-.

Sostenemos también que la relevancia de los trabajos preparatorios no solo se limita a la comunicación de la concepción arquitectónica puesto que estos trabajos -en especial los croquis o bocetos- pueden llegar a adquirir valor en cuanto a la realización personal que de ellos haga el autor, lo cual permite que se aplique a su respecto el *droit de suite*, al menos teóricamente pues ya vimos que esta figura presenta una serie de dificultades para operar en la práctica.

En otro ámbito, la funcionalidad, utilidad o destino de las obras nunca ha sido considerado como un criterio determinante para su protección en el marco del derecho de autor. Es más, ha significado discusiones respecto de si ciertas clases de obras -no solo las arquitectónicas sino que también otras como las de arte aplicado y los *softwares*- han de ser tuteladas por esta rama del derecho.

No obstante, afirmamos que **la función habitable que ha de cumplir toda obra arquitectónica es tan trascendental que se convierte en un factor doblemente decisivo para la configuración de su originalidad.**

Por un lado, la función de la obra y de sus componentes tiende a restringir significativamente las alternativas creativas del arquitecto, pues a fin de cuentas -como se manifestó- “un edificio siempre tendrá forma de edificio”. No obstante, hay que distinguir entre aquellas situaciones en que la forma es la única manera de enfrentar un problema funcional y aquéllas en que la forma es producto de una decisión motivada del arquitecto entre varias alternativas posibles. Sin lugar a dudas, en el primer caso no podrá hablarse de originalidad porque el arquitecto no ha tomado ninguna decisión creativa, en tanto la solución viene impuesta únicamente por los requerimientos funcionales. En el segundo caso, -aun cuando el margen de opción puede ser escaso si se le compara con otras clases de obras- la existencia de una elección deliberada refleja creatividad en los diferentes modos de expresión de la obra arquitectónica.

Por otro lado, pensamos que la originalidad de la obra arquitectónica debe ser entendida compositivamente porque muchos de los elementos que la integran -por no decir todos-, no alcanzan una altura creativa cuando se les considera individualmente, en cambio sí se puede distinguir creatividad en la manera en que tales elementos -funcionales y frecuentemente estandarizados- se arreglan y disponen en el conjunto de la obra para componer volúmenes y espacios. Así, **el influjo de la funcionalidad no solo conduce a reducir el espectro de posibilidades creativas de la obra, puesto que la expresión original de la misma se alcanzará principalmente por medio de la particular combinación de caracteres utilitarios.**

De esta forma, sostenemos que no es correcto negar *a priori* la relevancia de la función porque -específicamente en el dominio de la arquitectura- cumple un significativo rol en determinar su originalidad, único requisito de protección del derecho de autor. Por esta razón creemos que, en el caso de las obras arquitectónicas, el análisis de la originalidad no puede dejar de considerar el aspecto funcional de la misma ya que en este ámbito la creatividad generalmente se desprende a partir de la composición de elementos más o menos útiles. Una posición contraria implicaría que la mayoría de estas creaciones quedarían injustamente exentas de protección y tan solo una mínima fracción de ellas -cada vez más escasa- gozaría de tutela exclusivamente por los agregados decorativos.

En definitiva, creemos que las hipótesis planteadas al inicio de esta investigación han sido demostradas, ya que a pesar de que muchas obras no requieren de trabajos previos

para ser exteriorizadas y muchas no están destinadas más que a fines culturales, lo cierto es que en el caso de las obras arquitectónicas tanto los trabajos preparatorios como la funcionalidad representan aspectos fundamentales para su adecuada protección por el derecho de autor.

BIBLIOGRAFÍA

Libros, artículos, documentos de páginas web y otros.

Aalto, A. (1982). *La humanización de la arquitectura*. (2ª. Ed.). Barcelona: Tusquets.

Alessandri, A. (1997). *Tratado de los derechos reales*. (6ª. Ed.). Volumen 1. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Allegretti, G. (2015). *The art of sketches / Renzo Piano*. Recuperado el 20 de Mayo del 2016, de <https://archiscapes.wordpress.com/2015/04/06/the-art-of-sketches-rpbw/>

Amat, E. (1992). La distinción entre idea y forma en el derecho de autor en España. En Association Litteraire et Artistique Internationale. La protección de las ideas. *Jornadas de estudio Sitges 4/7 octubre 1992*, (pp. 107-113). Barcelona: ALAI.

Antequera, R. (2000). *El derecho moral de autor y los derechos morales de los artistas intérpretes o ejecutantes*. Recuperado el 9 de Noviembre del 2013, de http://www.wipo.int/mdocsarchives/OMPI_SGAE_DA_COS_00/OMPI_SGAE_DA_COS_00_1_2_S.pdf

Antequera, R. (2007). *Estudios de derecho de autor y derechos afines*. Madrid: Reus.

Arribas, M. (2008). El croquis como proceso creativo. En F. Donoso & M. Vizcaíno (Eds.). *Del croquis al proyecto*. (pp. 12-17). Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales.

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

Bercovitz, R. (Ed.). (2003). *Manual de propiedad intelectual*. (2ª. Ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.

Bercovitz, R. (s.f.). *Los derechos de propiedad intelectual sobre las obras arquitectónicas*. Recuperado el 14 de Mayo del 2013, de http://www.e-coac.org/innoserver/3patent/pi_cscae/Bercovitz%20Propiedad%20intelectual%20Dictamen%20obra%20arquitectnica.htm

Bielefeld, B. & Skiba, I. (2010). *Dibujo técnico*. Barcelona: Gustavo Gili.

Bize, J. (2008). Hacia la búsqueda de un nuevo sentido en el proyecto de arquitectura. [Versión electrónica]. *Diseño Urbano y Paisaje*. 5, (13). Recuperado el 28 de Abril del 2016, de http://www.ucentral.cl/du&p/pdf/13_nuevo_sentido_arq.pdf

Brunka, C. (2011). The drawing is mine! The challenges of copyright protection in the architectural world. [Versión electrónica]. *Journal of Law, Technology & Policy*. (1), pp. 169-189. Recuperado el 30 de Octubre del 2015, de <http://illinoisjltp.com/journal/wp-content/uploads/2013/10/Brunka.pdf>

Bugallo, B. (2014). *El trabajo del arquitecto y la propiedad intelectual (conceptos generales con directa referencia al derecho uruguayo)*. Recuperado el 15 de Abril del 2015, de <http://derechocomercialbeatrizbugallo.blogspot.com/>

Campo, A. (199-). *La idea construida*. Buenos Aires: Universidad de Palermo, Asppan.

Cantis, A. (2010). Iberoamérica. ¿Nuevos modos de pensar y hacer arquitectura? *De Arquitectura*, (21), pp. 52-59.

Centre Pompidou. (2011). *El edificio*. Recuperado el 3 de Junio del 2016, de <https://www.centrepompidou.fr/es/EI-Centre-Pompidou/EI-Edificio>

Ching, F. (2014). *Manual de dibujo arquitectónico*. (4ª. Ed.). Barcelona: Gustavo Gili.

Colegio de Arquitectos de Chile A.G. (2007). *Actos y servicios profesionales de los arquitectos*. Recuperado el 7 de Mayo del 2013, de <http://www.colegioarquitectos.com/DOCUMENTOS/legales/Arancel%20Servs.pdf>

Colegio de Arquitectos de Chile A.G. (2016). *Reglamento general de los tribunales de ética del colegio de arquitectos de Chile*. Recuperado el 11 de Junio del 2016, de <http://colegioarquitectos.com/noticias/wp-content/uploads/2016/07/Reglamento-TEN1.pdf>

Colegio de Arquitectos de Chile A.G. (s.f.). *Carta de ética profesional de los arquitectos*. Recuperado el 7 de Mayo del 2013, de <http://www.colegioarquitectos.com/ten/Carta%20Etica%20def.pdf>

Colombet, C. (1997). *Grandes principios del derecho de autor y los derechos conexos en el mundo: estudio de derecho comparado*. (3ª. Ed.). Madrid: UNESCO, CINDOC.

Comité Ejecutivo de la Unión de Berna, Comité Intergubernamental de la Convención Universal sobre Derecho de Autor. (1987). *Informe sobre el proyecto de los Comités de Expertos Gubernamentales relativos a las diferentes categorías de obras*. Recuperado el 3 de Mayo del 2013, de http://www.wipo.int/mdocsarchives/B_EC_XXVII_87/B_EC_XXVII_10_IGC%201971_VII_13_F_E_S_A.pdf

Consejo Nacional de la Cultura y las Artes. (2014). *Mapeo de las industrias creativas en Chile. Caracterización y dimensionamiento*. Recuperado el 24 de Agosto de 2015, de http://www.cultura.gob.cl/wp-content/uploads/2014/01/mapeo_industrias_creativas.pdf

De Lapuerta, J. (1997). *El croquis, proyecto y arquitectura [Scintilla Divinitatis]*. Madrid: Celeste Ediciones.

Dernie, D. (2010). *El dibujo en arquitectura: técnicas, tipos, lugares*. Barcelona: Blume.

Dremann, C. (1995). Copyright protection for architectural works. [Versión electrónica]. *AIPLA Quarterly Journal*. 23, (3), pp. 325-360. Recuperado el 2 de Julio del 2015, de http://bayhdolecentral.com/3_DIV_SCAN/0241_001_OCR_DIV.pdf

Dunlap, D. (2005, 11 de Agosto). Suit Claiming Similarities in Tower Design Can Proceed. *The New York Times*. Recuperado el 27 de Mayo del 2016, de

<http://www.nytimes.com/2005/08/11/nyregion/suit-claiming-similarities-in-tower-design-can-proceed.html>

Duque, K. (2010). *Clásicos de arquitectura: Villa Savoye / Le Corbusier*. Recuperado el 20 de Mayo del 2016, de <http://www.plataformaarquitectura.cl/cl/02-58394/ville-savoye-le-corbusier>

Duque, K. (2012). *Clásicos de arquitectura: Casa Farnsworth / Mies van der Rohe*. Recuperado el 20 de Mayo del 2016, de <http://www.plataformaarquitectura.cl/cl/02-169324/clasicos-de-arquitectura-casa-farnsworth-mies-van-der-rohe>

Duque, K. (2014). *Archivo: maquetas*. Recuperado el 20 de Mayo del 2016, de <http://www.plataformaarquitectura.cl/cl/02-352092/archivo-maquetas>

Gervais, D. (2002). Feist goes global: a comparative analysis of the notion of originality in copyright law. [Versión electrónica]. *Journal of the Copyright Society of the U.S.A.* (49), pp. 949-981. Recuperado el 17 de Octubre del 2015, de http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=733603

Ginsburg, J. (1992). El derecho de autor en el 101 congreso de Estados Unidos: Comentario de la ley sobre los derechos de los autores de artes visuales y de la ley sobre protección de las obras de arquitectura por el derecho de autor de 1990. *Revue Internationale du Droit d'Auteur*, (152), pp. 96-169.

Greenstreet, R. & Klingaman, R. (2001). Will architectural works law have a chilling effect? *The National Law Journal*. Recuperado el 30 de Octubre del 2015, de http://dc.uwm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1003&context=sarup_facarticles

Guggenheim Bilbao. (2016a). *La construcción*. Recuperado el 3 de Junio del 2016, de <http://www.guggenheim-bilbao.es/el-edificio/la-construccion/>

Guggenheim Bilbao. (2016b). *El interior*. Recuperado el 3 de Junio del 2016, de <http://www.guggenheim-bilbao.es/el-edificio/el-interior/>

Herzog & de Meuron. (2016a). *Allianz Arena*. Recuperado el 20 de Mayo del 2016, de <https://www.herzogdemeuron.com/index/projects/complete-works/201-225/205-allianz-arena.html>

Herzog & de Meuron. (2016b). *National Stadium, The Main Stadium for the 2008 Olympic Games*. Recuperado el 20 de Mayo del 2016, de <https://www.herzogdemeuron.com/index/projects/complete-works/226-250/226-national-stadium.html>

James, B. (2006). *Copyright Suit Over Proposed WTC Architecture Settled*. Recuperado el 27 de Mayo del 2016, de <http://www.law360.com/articles/7450/copyright-suit-over-proposed-wtc-architecture-settled>

Jocelyn-Holt, A. (2014). Prólogo. En Consejo Nacional de la Cultura y las Artes (Ed). *Concursos de arquitectura en Chile. Su aporte al desarrollo cultural y a la calidad de vida*. pp. 14-19. Recuperado el 30 de Octubre del 2015, de <http://www.cultura.gob.cl/concursos-arquitectura-chile/>

Klenner, J. (2015). *Derecho de autor y arquitectura*. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Universidad de Chile. Facultad de Derecho. Santiago, Chile.

Lipszyc, D. (1993). *Derecho de autor y derechos conexos*. Buenos Aires: UNESCO, CERLAC, ZAVALIA.

Lobos, J, Juul, E & Gómez-Guillamón, M. (2010). Arquitectura y derechos humanos. Arquitectura para emergencias humanitarias: 5 casos en 5 lugares del mundo. *De Arquitectura*, (22), pp. 12-23.

Macrez, F. (2012). El derecho de autor, el programa de ordenador y el tribunal de justicia. *Revue Internationale du Droit d'Auteur*, (234), pp. 189-287.

Moreno, J. (2002). *La materia iluminada: una reflexión sobre el concepto de arquitectura*. Valencia: Ediciones Generales de la Construcción.

Nordemann, W. (1992). Forma e idea en el derecho de autor En Association Litteraire et Artistique Internationale. La protección de las ideas. *Jornadas de estudio Sitges 4/7 octubre 1992*, (pp. 67-71). Barcelona: ALAI.

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (1978). *Guía del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas*. Recuperado el 3 de Mayo del 2013, de http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/copyright/615/wipo_pub_615.pdf

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (1986). Works of architecture. Preparatory document for and report of the WIPO/Unesco Committee of Governmental Experts. [Versión electrónica]. *Copyright Monthly Review of the World Intellectual Property Organization*. (12), pp. 403-411. Recuperado el 11 de Marzo del 2016, de http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/copyright/120/wipo_pub_120_1986_12.pdf

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (2004). *Guía sobre los tratados de derecho de autor y derechos conexos administrados por la OMPI*. Recuperado el 18 de Junio del 2015, de http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/copyright/891/wipo_pub_891.pdf

Ortega, J. (2005). *Arquitectura y derecho de autor*. Madrid: Reus.

Ortega, J. (2011). Controversias entre la arquitectura y el derecho de autor. [Versión electrónica]. *Revista de la OMPI*. (5), pp. 12-14. Recuperado el 1 de Abril del 2013, de http://www.wipo.int/export/sites/www/wipo_magazine/es/pdf/2011/wipo_pub_121_2011_05.pdf

Otero, J. M. (2008). La originalidad de las obras plásticas y las nuevas tecnologías. [Versión electrónica]. En Nuevos retos para la propiedad intelectual. *II Jornadas sobre la propiedad intelectual y el derecho de autor/a*, (pp. 73-102). A Coruña: Universidade da Coruña. Recuperado el 7 de Julio del 2015, de http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/12886/CC-97_art_5.pdf?sequence=1

Pacull, J. (2011, 30 de Mayo). En la Suprema se libró el último round de la pelea de los arquitectos Senerman y Mardones. *Ciper*. Recuperado el 2 de Julio de 2015, de

<http://ciperchile.cl/2011/05/30/en-la-suprema-se-libro-el-ultimo-round-de-la-guerra-de-los-arquitectos-senerman-y-mardones/>

Pagnotta, B. (2015). *Clásicos de arquitectura: Museo Guggenheim Bilbao / Frank Gehry*. Recuperado el 20 de Mayo del 2016, de <http://www.plataformaarquitectura.cl/cl/764294/clasicos-de-arquitectura-museo-guggenheim-bilbao-frank-gehry>

Parque Titanium una intersección histórica. (2014). [Versión electrónica]. *Revista D+A*, (38), pp. 28-35. Recuperado el 20 de Mayo del 2016, de https://issuu.com/tradeshows/docs/dma_38

Pérez, A. (2015). *Clásicos de arquitectura: Ópera de Sydney / Jørn Utzon*. Recuperado el 20 de Mayo del 2016, de <http://www.plataformaarquitectura.cl/cl/767482/clasicos-de-arquitectura-opera-de-sydney-jorn-utzon>

Picon, A. (2006). Arquitectura y virtualidad. Hacia una nueva condición material. *ARQ*, (63), pp. 10-15.

Real Academia Española. (2014a). *Diccionario de la lengua española*. Recuperado el 6 de Abril del 2015, de <http://dle.rae.es/?id=3dyUvi4>

Real Academia Española. (2014b). *Diccionario de la lengua española*. Recuperado el 6 de Abril del 2015, de <http://dle.rae.es/?id=KtN78ZO>

Real Academia Española. (2014c). *Diccionario de la lengua española*. Recuperado el 6 de Abril del 2015, de <http://dle.rae.es/?id=A6TNzll>

Real Academia Española. (2014d). *Diccionario de la lengua española*. Recuperado el 6 de Abril del 2015, de <http://dle.rae.es/?id=ENa0IL9>

Real, M. (2001). *El requisito de la originalidad en los derechos de autor*. Recuperado el 24 de Junio del 2015, de http://www.uaipit.com/files/publicaciones/0000001974_La%20originalidad-Art-uaipit2.pdf

Ríos, W. (2011). La obra de arquitectura y los proyectos arquitectónicos y su protección en la legislación sobre derecho de autor: comentarios a la sentencia de constitucionalidad C-871-10, sobre la exequibilidad del artículo 43 de la ley 23 de 1982. [Versión electrónica]. *Revista La Propiedad Inmaterial*. (15): pp. 143-168. Recuperado el 7 de Mayo del 2013, de <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php?journal=propin&page=article&op=view&path%5B%5D=3003&path%5B%5D=2647>

Rogers, Stirk, Harbour & Partners. (n.d.). *Concept. Centre Pompidou*. Recuperado el 3 de junio del 2016, de <http://www.rsh-p.com/projects/centre-pompidou/#concept>

Sainz, J. (2005). *El dibujo de arquitectura: teoría e historia de un lenguaje gráfico*. (2ª. Ed.). Barcelona: Reverté.

Sánchez, R. (2000). Las ideas como objeto protegible por la propiedad intelectual. [Versión electrónica]. *Pe. I. Revista de Propiedad Intelectual*. (4), pp. 22-76. Recuperado el 13 de

Mayo del 2013, de http://www.uclm.es/postgrado.derecho/_02/web/materiales/civil/Protecciideas.pdf

Santibáñez, D. (2016). *12 oficinas que representan atmósferas arquitectónicas usando collage*. Recuperado el 20 de Mayo del 2016, de <http://www.plataformaarquitectura.cl/cl/785336/12-ways-of-representing-multi-layered-architectural-atmospheres>

Scaglione, V. (1992). Building Upon the Architectural Works Protection Act of 1990. [Versión electrónica]. *Fordham Law Review*. 61, (1), pp. 193-220. Recuperado el 2 de Julio del 2015, de <http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol61/iss1/14>

ShIPLEY, D. (1986). Copyright protection for architectural works. [Versión electrónica]. *South Carolina Law Review*. 37, (3), pp. 393-449. Recuperado el 2 de Julio del 2015, de http://digitalcommons.law.uga.edu/fac_artchop/832/

ShIPLEY, D. (2010). The architectural works copyright protection act at twenty: has full protection made a difference? [Versión electrónica]. *Journal of Intellectual Property Law*. 18, (1), pp. 1-61. Recuperado el 2 de Julio del 2015, de http://digitalcommons.law.uga.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1710&context=fac_artchop

Sullivan, L. (1896). *The tall office building artistically considered*. Recuperado el 18 de julio del 2016, de http://ocw.mit.edu/courses/architecture/4-205-analysis-of-contemporary-architecture-fall-2009/readings/MIT4_205F09_Sullivan.pdf

The Solomon R. Guggenheim Foundation. (2016). *The architecture of the Solomon R. Guggenheim Museum. Form follows function*. Recuperado el 3 de Junio del 2016, de <http://education.guggenheim.org/new-york/education/school-educator-programs/teacher-resources/arts-curriculum-online?view=item&catid=730&id=120>

Triana, B. (2009). Reflejo de las especiales características de la obra plástica en la sucesión mortis causa del derecho de autor. [Versión electrónica]. *Anuario de la Facultad de Derecho*. (27): pp. 373-409. Recuperado el 26 de Octubre del 2013, de <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3233251>

Vasari, G. (1945). *Vidas de pintores, escultores y arquitectos ilustres*. Buenos Aires: El Ateneo.

Troya, C. (s.f.). *Derechos de autor en la obra arquitectónica*. Recuperado el 9 de Noviembre del 2013, de https://www.google.cl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=8&cad=rja&ved=0CFkQFjAH&url=http%3A%2F%2Fwww.copysait.com%2Farchivo%2F12.doc&ei=wOZ-UubBCvKxsAS3-YDoCw&usq=AFQjCNGD4Cp5JhkAFW7SaH_8MGeA8Y8sxxg&bvm=bv.56146854,d.cWc

United States Copyright Office. (2010). *Copyright claims in architectural works*. Recuperado el 1 de Abril del 2013, de <http://www.copyright.gov/circs/circ41.pdf>

Vizcaíno, M. (2008). El croquis como escritura del espacio. En F. Donoso & M. Vizcaíno (Eds.). *Del croquis al proyecto*. (pp. 6-11). Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales.

Zevi, B. (1955). *Saber ver la arquitectura: ensayo sobre la interpretación espacial de la arquitectura*. (2ª. Ed.). Buenos Aires: Poseidón.

Textos legales.

Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio. (1993). Recuperado el 12 de Septiembre del 2013, de https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/27-trips.pdf

Code de la Propriété Intellectuelle. (1992). Francia. Recuperado el 19 de Octubre del 2015, de http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=403412

Constitución Política de la República. (1980). Chile. Recuperado el 12 de Septiembre del 2013, de <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>

Copyright Law of the United States and Related Laws Contained in Title 17 of the United States Code. (2011). Estados Unidos. Recuperado el 17 Marzo de 2016, de <http://www.copyright.gov/title17/circ92.pdf>

Historia de la Ley Nº 17.336. (1970). Chile. Recuperado el 23 de Noviembre del 2015, de <http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/135/>

Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Intelectual (1993). El Salvador. Recuperado el 19 de Octubre del 2015, de http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=129724

Ley de Propiedad Intelectual. (1998). Ecuador. Recuperado el 19 de Octubre del 2015, de http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=178840

Ley Federal del Derecho de Autor. (1996). México. Recuperado el 19 de Octubre del 2015, de http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=407268

Ley General de Urbanismo y Construcciones. (1975). Chile. Recuperado el 12 de Septiembre del 2013, de <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=13560>

Ley sobre Derecho de Autor (1992). Bolivia. Recuperado el 19 de Octubre del 2015, de http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=125355

Ley sobre Derechos de Autor. (1998). Brasil. Recuperado el 19 de Octubre del 2015, de http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=125393

Ley sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos. (1998). Paraguay. Recuperado el 19 de Octubre del 2015, de http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=129429

Ley sobre el Derecho de Autor. (1993). Venezuela. Recuperado el 19 de Octubre del 2015, de http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=130136

Ley sobre el Derecho de Autor. (1996). Perú. Recuperado el 19 de Octubre del 2015, de http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=129302

Ley sobre Propiedad Intelectual. (1970). Chile. Recuperado el 12 de Septiembre del 2013, de <http://www.leychile.cl/N?i=28933&f=2010-05-04&p=>

Ley sobre Régimen de la Propiedad Intelectual. (1933). Argentina. Recuperado el 19 de Octubre del 2015, de http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=188424

Ley sobre Régimen General de Derechos de Autor. (1982). Colombia. Recuperado el 19 de Octubre del 2015, de http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=126025

Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones (1992). Chile. Recuperado el 12 de Septiembre del 2013, de <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=8201>

Reglamento de Honorarios para los Trabajos de Arquitectura. (1989). Colombia. Recuperado el 29 de Junio del 2016, de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=27983>

Texto Refundido de la Ley de la Propiedad Intelectual. (1996). España. Recuperado el 19 de Octubre del 2015, de http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=413422

Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor. (1996). Recuperado el 12 de Septiembre del 2013, de http://www.wipo.int/wipolex/es/treaties/text.jsp?file_id=295158

Jurisprudencia.

Audiencia Provincial de Sevilla, 1ª Sección, España. (4 de Abril de 2001). Sentencia Nº 192/2001. Recuperado el 22 de Septiembre del 2013, de <http://www.cerlalc.org/derechoenlinea/dar/index.php?mode=archivo&id=2150>

Audiencia Provincial de Vizcaya, 4ª Sección, España. (10 de Marzo de 2009). Sentencia Nº 187/2009. Recuperado el 5 de Junio del 2016, de <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=AN&referen ce=4475925&links=%22109%2F2007%22&optimize=20090318&publicinterface=true>

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B, Argentina. (26 de Mayo de 2010). Agüero, Mauricio con CTI Cía. de Teléfonos del Interior S.A. Recuperado el 5 de Septiembre del 2013, de <http://www.cerlalc.org/derechoenlinea/dar/index.php?mode=archivo&id=1970>

Cámara 5ª Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba, Argentina. (30 de Diciembre de 1996). F., Delia con Antonio de los M. B. y otros. Recuperado el 5 de Septiembre del 2013, de <http://www.cerlalc.org/derechoenlinea/dar/index.php?mode=archivo&id=386>

Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, Tribunal de Arbitramento, Colombia. (19 de Enero de 2001). Laboratorios California S.A. vs. System Software Associates Inc. y S.S.A. Colombia S.A. Recuperado el 28 de Junio del 2016, de <http://www.cerlalc.org/derechoenlinea/dar/index.php?mode=archivo&id=2459>

Corte de Apelaciones para el Decimoprimer Circuito, Estados Unidos. (14 de Mayo de 2008). Oravec con Sunny Isles Luxury Ventures LLC. Recuperado el 13 de Mayo del 2016, de <http://caselaw.findlaw.com/us-11th-circuit/1089220.html>

Corte de Apelaciones para el Noveno Circuito, Estados Unidos. (6 de Junio de 1999). Hunt con Pasternack. Recuperado el 13 de Mayo del 2016, de <http://caselaw.findlaw.com/us-9th-circuit/1277639.html>

Corte de Apelaciones para el Segundo Circuito, Estados Unidos. (7 de Abril de 2010). Peter F. Gaito Architecture, LLC con Simone Development Corp. Recuperado el 13 de Mayo del 2016, de <http://caselaw.lp.findlaw.com/data2/circs/2nd/092613p.pdf>

Corte de Apelaciones para el Sexto Circuito, Estados Unidos. (21 de Julio de 1998). Johnson con Jones. Recuperado el 13 de Mayo del 2016, de <http://caselaw.findlaw.com/us-6th-circuit/1152598.html>

Corte del Distrito Oeste de Virginia, Estados Unidos. (7 de Septiembre de 1994). Richmond Homes Management, Inc. con Raintree, Inc. Recuperado el 13 de Mayo del 2016, de <http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/862/1517/2081265/>

Corte del Distrito Sur de Nueva York, Estados Unidos. (27 de Diciembre de 1999). Eli Attia con Society of the New York Hospital. Recuperado el 13 de Mayo del 2016, de <http://caselaw.findlaw.com/us-2nd-circuit/1287360.html>

Corte del Distrito Sur de Nueva York, Estados Unidos. (2005). Thomas Shine con David M. Childs. Recuperado el 13 de Mayo del 2016, de http://cyber.law.harvard.edu/people/tfisher/cx/2005_Shine.pdf

Corte Suprema, Estados Unidos. (27 de Marzo de 1991). Feist Publications, Inc. con Rural Telephone Service Co. Recuperado el 13 de Mayo del 2016, de <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/499/340/case.html>

Sala de Propiedad Intelectual del Tribunal del INDECOPI, Perú. (8 de Agosto de 2011). Resolución N° 1694-2011. Recuperado el 26 de Julio, de <http://www.cerlalc.org/derechoenlinea/dar/index.php?mode=archivo&id=2343>

Sala de Propiedad Intelectual del Tribunal del INDECOPI, Perú. (14 de Agosto de 2007). Resolución N° 1600-2007. Recuperado el 26 de Julio del 2016, de <http://www.cerlalc.org/derechoenlinea/dar/index.php?mode=archivo&id=1092>

Tribunal de Ética Colegio de Arquitectos de Chile. (13 de Septiembre del 2013). Fallo del caso 02/13. Recuperado el 14 de Mayo del 2016, de <http://www.colegioarquitectos.com/ten/Fallo1302.pdf>

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (14 de Octubre de 2010). Proceso 102-IP-2010. Recuperado el 5 de Septiembre del 2013, de <http://www.cerlalc.org/derechoenlinea/dar/index.php?mode=archivo&id=1457>

Tribunal de Justicia del Estado de Mato Grosso, 2ª Cámara Civil, Brasil. (19 de Septiembre de 2000). Apelación Civil N° 24.961. Recuperado el 5 de Septiembre del 2013, de <http://www.cerlalc.org/derechoenlinea/dar/index.php?mode=archivo&id=2363>

Tribunal Nacional de Apelaciones Colegio de Arquitectos de Chile. (29 de Octubre del 2014). Fallo del recurso de apelación caso 02/13. Recuperado el 14 de Mayo del 2016, de <http://www.colegioarquitectos.com/ten/Fallo0213.pdf>

ANEXO I

PRINCIPIOS WA ADOPTADOS POR EL COMITÉ DE EXPERTOS GUBERNAMENTALES SOBRE OBRAS DE ARQUITECTURA⁹¹

Según el informe preparado por el Comité Ejecutivo de la Unión de Berna y el Comité Intergubernamental de la Convención Universal sobre Derecho de Autor (1987), la reunión del Comité de Expertos Gubernamentales sobre Obras de Arquitectura -ocurrida en Ginebra entre el 20 y 22 de octubre del año 1986- se llevó a cabo en el marco de una serie de reuniones que tuvieron por objeto tratar cuestiones relativas a ocho categorías de obras (obras impresas, obras audiovisuales, fonogramas, obras de artes visuales, obras de arquitectura, obras de artes aplicadas, obras dramáticas y coreográficas, obras musicales) (p. 2) y establecer ciertos principios en torno a ellas con la finalidad de orientar su protección en los distintos ordenamientos jurídicos.

Como consecuencia de su celebración se acordó el establecimiento de siete principios aplicables a las obras arquitectónicas, los que serán expuestos a continuación, sin antes dejar de mencionar que estos principios “no tienen fuerza obligatoria respecto de cualquiera. Su meta es simplemente indicar directivas razonables en la búsqueda de soluciones para salvaguardar los derechos de los autores y otros titulares de derechos de obras literarias y artísticas u otras creaciones intelectuales protegidas por derecho de autor o por los así llamados derechos conexos, y asegurarles un tratamiento justo que favorezca la actividad creativa eminentemente necesaria para salvaguardar la identidad cultural de toda nación” (p. 2).

1. Principio WA.1.:

“1. La obra de arquitectura significa todo edificio o construcción similar en la medida en que contiene elementos originales tales como su forma, su diseño o sus ornamentos, con independencia de la destinación misma del edificio o de la construcción similar.

2. Por obra relativa a la arquitectura se entiende el diseño y el modelo en tres dimensiones sobre la base del cual la obra de arquitectura puede ser construida”.⁹²

⁹¹ Principios citados en español por Ortega, J. (2005, pp. 28-29).

2. Principio WA.2.:

“Las obras de arquitectura así como las obras relativas a la arquitectura deberían ser protegidas por el derecho de autor”.⁹³

Orientado a promover la tutela de las obras arquitectónicas, este principio ha sido reconocido por las diversas legislaciones, no sin algunas dificultades, como inicialmente ocurrió en Estados Unidos cuando la edificación carecía de protección autoral.

Es conveniente recordar que para que éstas o cualquier obra gocen de protección a la luz del derecho de autor no se requiere de un señalamiento normativo explícito ya que tanto el Convenio de Berna como las diferentes leyes nacionales han adoptado catálogos de obras con un carácter meramente enunciativo, lo que se desprende de la terminología empleada: “entre otras”, “tales como”, “fundamentalmente”, “especialmente comprendidas”, “especialmente protegidas”, etc. A pesar de ello, las creaciones arquitectónicas suelen encontrarse mencionadas expresamente en los listados de obras protegidas, aunque con algunos matices según la legislación de que se trate.

3. Principio WA.3.:

“El autor de una obra de arquitectura así como el de una obra relativa a la arquitectura debería disfrutar del derecho exclusivo de autorizar la reproducción por cualquier medio y de cualquier manera o en la forma que sea, respectivamente de su obra de arquitectura o de su obra relativa a la arquitectura”.⁹⁴

⁹² “Principle WA.1 (1) ‘Work of architecture’ means any building and similar construction, provided it contains original elements as to its form, design or ornaments, irrespective of the purpose of the building or similar construction.

(2) ‘Work relative to architecture’ means any drawing and three-dimensional model on the basis of which a work of architecture can be constructed’ (OMPI, 1986, p. 406).

Este principio se desarrolló latamente en el primer capítulo de la memoria, por lo cual nos remitimos a lo dicho en él.

⁹³ “Principle WA.2. Works of architecture, as well as works relative to architecture, should be protected by copyright” (OMPI, 1986, p. 406).

⁹⁴ “Principle WA.3. (1) The author of a work of architecture, as well as the author of a work relative to architecture, should enjoy the exclusive right of authorizing the reproduction, by any means and in any manner or form, of his work of architecture or work relative to architecture, respectively.

(2) The reproduction of a work of architecture includes the construction of another work of architecture that is, in respect of some or all of the original elements, similar to the former work of architecture; it also includes the preparation, on the basis of a work of architecture, of works relative to architecture.

Esta regla, a pesar de su formulación, no hace más que afirmar una norma de aplicación general. Basta con citar el art. 9.1) del CB que dispone: “Los autores de obras literarias y artísticas protegidas por el presente Convenio gozarán del derecho exclusivo de autorizar la reproducción de sus obras por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma”.

Sin embargo, el principio tiene enorme importancia en este ámbito creativo ya que en muchas ocasiones el mandante de una obra de arquitectura se queda con copia de los planos, lo que le hace creer que tiene derecho para reproducirlos ilimitadamente y construir en base a ellos no solo la obra encargada sino que tantas otras como quiera.

4. Principio WA.4.:

“El autor de una obra de arquitectura debería disfrutar del derecho exclusivo de autorizar modificaciones realizadas en su obra salvo cuando el tipo de modificaciones presente una gran importancia para el propietario del edificio u otra construcción similar y que no resulte una deformación, mutilación u otra modificación que sería perjudicial al honor o a la reputación del autor de la obra de arquitectura”.⁹⁵

Al igual que sucede con el Principio WA.3., el derecho del artífice de una obra arquitectónica a autorizar modificaciones en ella no es un derecho de que goce solo él, sino que es común a todos los autores. No obstante, esta regla agrega una cuestión importante ya que reconoce, como consecuencia del carácter funcional de estas obras, que el derecho a autorizar modificaciones en ellas no puede ser absoluto sino que ha de verse restringido en casos en que las modificaciones sean necesarias y no atenten contra los derechos morales del autor. Debido a esta particularidad, el principio ha sido recogido por varias leyes nacionales, incluyendo la chilena.

(3) *The reproduction of a work relative to architecture includes construction, on the basis of that work, of a work of architecture; it also includes the making of copies, in any manner or form, of the work relative to architecture* (OMPI, 1986, p. 407).

⁹⁵ *“Principle WA.4. The author of a work of architecture should enjoy the exclusive right of authorizing alterations of that work, except where the alteration is of a kind that is of great importance to the owner of the building or other similar construction and that does not amount to a distortion, mutilation or other modification which would be prejudicial to the honor or reputation of the author of the work of architecture”* (OMPI, 1986, p. 409).

5. Principio WA.5.:

“El autor de una obra de arquitectura o de una obra relativa a la arquitectura debería tener el derecho de poner su nombre sobre la obra en tanto que autor de esta última.

Este derecho debería ser ejercido de buena fe. Se entiende que la indicación del nombre del autor sobre la obra de arquitectura en una dimensión inhabitual o de manera poco ordinaria, no se consideraría como de buena fe”.⁹⁶

El derecho de paternidad recogido por este principio es un derecho moral que todo autor de una obra de la inteligencia tiene respecto de ella y en palabras de Delia Lipszyc “[p]rotege la íntima vinculación existente entre este y el fruto de su actividad espiritual” (1993, p. 165).

A este respecto cabe señalar que son escasas las legislaciones que contienen una norma especialmente referida a las obras de arquitectura, ya que generalmente este derecho se regula de forma común a todas las creaciones.

6. Principio WA.6.:

“1. El autor de una obra de arquitectura o de una obra relativa a la arquitectura debería tener el derecho de prohibir toda deformación, mutilación u otra modificación de esta obra o todo atentado a la misma obra perjudiciales para su autor o para su reputación.

2. Si cualquier modificación o atentado de la clase del párrafo anterior tiene lugar sin que el autor tuviese conocimiento o a pesar de su prohibición, la persona responsable de tal modificación o acción debería estar obligada a restablecerla a su estado anterior o a pagar los daños y perjuicios según las circunstancias.

3. Cuando su obra ha sido modificada sin su consentimiento, el autor de una obra de arquitectura debería tener el derecho de prohibir la asociación de su nombre a su obra”.⁹⁷

⁹⁶ “Principle WA.5. The author of a work of architecture or a work relative to architecture should have the right to be named on his work as the author of that work. This right should be exercised in good faith. Requiring that his name be indicated on the work of architecture in an unusual size or in an unusual manner would be considered not to be in good faith” (OMPI, 1986, p. 410).

Vinculado al Principio WA.4. -que dice relación con el derecho exclusivo de autorizar modificaciones a su obra- y a su vez al Principio WA.5. -que promueve la inclusión del nombre del autor en su obra-, éste contempla dos importantes facultades para el autor: la de oponerse a modificaciones que constituyan un agravio a sus derechos morales y la de desvincular su nombre de la obra así modificada. Además, hace responsable de los daños ocasionados al autor a quien modificó la obra sin su autorización.

Del mismo modo que ocurre con el Principio WA.4., la esencia de este principio ha sido tomada por las legislaciones nacionales con referencia directa a las obras arquitectónicas.

7. Principio WA.7.:

“La reproducción de la imagen externa de una obra de arquitectura por medio de la fotografía, el cine, la pintura, la escultura, los diseños o un método similar, no debería requerir la autorización del autor si ha sido realizada con fines privados o incluso si se ha realizado con fines comerciales cuando la obra de arquitectura se halla situada en un lugar público, en una carretera, en una plaza o en cualquier otro lugar normalmente accesible al público”.⁹⁸

Esta regla se ha materializado en varias legislaciones como una limitación al derecho de los autores de obras arquitectónicas por medio de la cual “[s]e trata de mantener el ámbito público reproducible por todos” (Bercovitz, G., 1997, pp. 399-400).

⁹⁷ “Principle WA.6. (1) The author of a work of architecture or of a work relative to architecture should have the right to prohibit any distortion, mutilation or other modification of, or other derogatory action in relation to, the said work, which would be prejudicial to his honor or reputation.

(2) If any modification or other derogatory action of the kind referred to in paragraph (1) takes place without the author's knowledge or against his prohibition, the perpetrator of such modification or action should be obliged to have the former state reinstated, or to pay damages, according to the circumstances of the case.

(3) Where his work has been altered without his consent, the author of a work of architecture should have the right to prohibit the association of his name with his work” (OMPI, 1986, p. 410).

⁹⁸ “Principle WA.7. The reproduction of the external image of a work of architecture by means of photography, cinematography, painting, sculpture, drawing or similar methods should not require the authorization of the author if it is done for private purposes or, even if it is done for commercial purposes, where the work of architecture stands in a public street, road, square or other place normally accessible to the public” (OMPI, 1986, p. 411).

ANEXO II

TRATAMIENTO QUE RECIBEN LAS CREACIONES ARQUITECTÓNICAS EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA

Si bien el Principio WA.2. busca fomentar la tutela de las obras arquitectónicas, ello no significa que dicha protección solo pueda concretarse a través de leyes especiales sobre la materia. De hecho, hasta la fecha, solo Estados Unidos cuenta con una regulación específica en torno a las obras arquitectónicas, el *Architectural Works Copyright Protection Act*^(AWCPA), pues la tendencia general es que los ordenamientos jurídicos regulen estas obras de manera conjunta con las demás creaciones al interior de sus respectivas leyes de propiedad intelectual, contemplando al efecto algunos artículos y en ciertos casos secciones destinadas en particular a las obras arquitectónicas.

A continuación, veremos las diferentes alternativas legislativas que se han adoptado para proteger autoralmente las obras de arquitectura. Para ello dividiremos su análisis en dos secciones: la primera de ellas se conforma por los países que han recogido una regulación relativa a las obras de arquitectura integrada en sus leyes de propiedad intelectual, mientras que la segunda se encarga de abordar la única normativa especializada desarrollada en torno a estas obras, el AWCPA de Estados Unidos.

1. Estados que las regulan al interior de sus respectivas leyes de propiedad intelectual.⁹⁹

La exposición agrupada por la que se opta en las líneas que siguen, permite comparar las diversas técnicas regulatorias con mayor facilidad. Los temas que se abordarán son: las obras arquitectónicas en tanto obras protegidas, los derechos de reproducción, de

⁹⁹ Legislaciones consultadas: *Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (UrhG)* de Alemania, Ley de Propiedad Intelectual de Argentina, Copyright Act de Australia, Ley de Derecho de Autor de Bolivia, Ley sobre Derechos de Autor de Brasil, *Copyright Act* de Canadá, Régimen General de Derechos de Autor de Colombia, Ley de Derecho de Autor de Cuba, Ley de Propiedad Intelectual de Ecuador, Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Intelectual de El Salvador, Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual de España, *Code de la propriété intellectuelle* de Francia, *Copyright, Designs and Patents Act* de Gran Bretaña, *Copyright, Related Rights And Cultural Matters* de Grecia, *Protezione Del Diritto D'autore E Di Altri Diritti Connessi Al Suo Esercizio* de Italia, Ley Federal del Derecho de Autor de México, Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos de Paraguay, Ley sobre el Derecho de Autor de Perú, Ley de Protección del Derecho de Autor y Derechos Conexos de Uruguay, Directiva 2006/115/CE sobre Derechos de Alquiler y Préstamo y otros Derechos Afines a los Derechos de Autor en el Ámbito de la Propiedad Intelectual del Parlamento Europeo y del Consejo, y Ley sobre el Derecho de Autor de Venezuela.

autorizar o impedir modificaciones, de paternidad, de alquiler y de participación, y la enajenación de activos circunscritos a estas obras.

1.1. Obras arquitectónicas como obras protegidas:

Aunque las obras reciben protección sin necesidad de encontrarse explícitamente mencionadas por una norma, es importante reconocer que existen al menos dos maneras en que los legisladores han incluido a las obras arquitectónicas como parte integrante de los catálogos de creaciones protegidas.

Por un lado, están aquellas naciones que se limitan a otorgar protección explícita a planos, maquetas y bocetos, prescindiendo de mencionar a la edificación entre las obras tuteladas:

Art. 10º del TRLPI de España: “Obras y títulos originales. 1. Son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro, comprendiéndose entre ellas: [...]

e) Las esculturas y las obras de pintura, dibujo, grabado, litografía y las historietas gráficas, tebeos o comics, así como sus ensayos o bocetos y las demás obras plásticas, sean o no aplicadas.

f) Los proyectos, planos, maquetas y diseños de obras arquitectónicas y de ingeniería.”

Prácticamente idéntica solución legislativa ha sido empleada en el art. 8º letras f) y g) de la Ley de Propiedad Intelectual de Ecuador.

Por otro lado -y en mayor número que el grupo anterior-, existen legislaciones que confieren una protección expresa más amplia que permite abarcar a la obra arquitectónica *stricto sensu*.

Art. 2º del Régimen General de Derechos de Autor de Colombia: “Los derechos de autor recaen sobre las obras científicas, literarias y artísticas las cuales se comprenden 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, tales como: [...] las obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado, litografía; [...] las ilustraciones, mapas, planos, croquis y obras plásticas relativas a la geografía, a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias, [...]”

En esta misma línea encontramos otras disposiciones latinoamericanas, tales como: el art. 1 de la ley argentina, el art. 6 letras g) y j) de la ley boliviana, el art. 7 X) de la ley brasileña, el art. 7 letras g) y j) de la ley cubana, el art. 15 letras h) y k) de la ley guatemalteca, el art. 4 N° 9 y 12 de la ley paraguaya, el art. 5 letras g) e i) de la ley peruana, el art. 5 de la ley uruguaya, el art. 2 de la ley venezolana, etc. Mismo enfoque presentan normas europeas tales como la sección §2 de la ley alemana, el art. L112-2 N° 7 y 12 de la ley francesa, la sección 1 y 4 de la ley británica, el art. 2 de la ley griega y el art. 2.5) de la ley italiana.

De modo aun más genérico, el art. 13 de la Ley Federal del Derecho de Autor de México: “Los derechos de autor a que se refiere esta Ley se reconocen respecto de las obras de las siguientes ramas: [...]

VIII. Arquitectónica;”

1.2. Obras arquitectónicas y derecho de reproducción:

En lo que dice relación con las obras de arquitectura, el derecho de reproducción ha sido regulado especialmente con ocasión de una limitación al derecho del autor, pero también encontramos normas que dan un sentido y alcance especial al término “reproducción” cuando se aplica a ellas y otras que han optado por impedir la reproducción de estas creaciones por medio de la copia para uso privado.

Delia Lipszyc expone que “[e]n relación con las *obras de arquitectura*, como la forma usual de reproducirlas es *mediante la construcción del edificio* a partir de un plano o de otro edificio, algunas legislaciones aclaran expresamente que ello también constituye

reproducción” (1993, p. 181). De las legislaciones consultadas, el *Code de la Propriété Intellectuelle* de Francia ha definido qué debe entenderse por reproducción de obras de arquitectura, señalando en este sentido el último párrafo del art. L122-3: “Para las obras de arquitectura, la reproducción consiste igualmente en la ejecución repetida de un plano o proyecto tipo”.¹⁰⁰

Por otro lado, algunos países impiden la reproducción de la obra arquitectónica bajo la modalidad de copia privada.

Art. 44 de la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos de Paraguay: “Es lícita la copia para uso exclusivamente personal de obras publicadas en forma gráfica, o en grabaciones sonoras o audiovisuales, siempre que se haya satisfecho la remuneración compensatoria a que se refiere el Capítulo IV del Título IV de la presente ley. Sin embargo, las reproducciones permitidas en este artículo no se extienden: 1. A la de una obra de arquitectura en forma de edificio o de cualquier otra construcción”.

También han regulado esta materia el art. 18(2) de la ley griega y el art. 48 letra a) de la ley peruana.

Sin embargo, lo más usual es que la regulación específica del derecho de reproducción en obras arquitectónicas se exprese en una limitación al derecho de autor que permite reproducir la obra libremente (es decir, sin autorización del titular del derecho) y gratuita (exenta de pago), siempre que se cumplan los requisitos legales para ello. En definitiva, es el reconocimiento legal del Principio WA.7. relativo a la reproducción externa de obras arquitectónicas situadas en lugares públicos.

Una importante adición en relación al Principio WA.7. presenta la ley paraguaya, ya que se encarga de explicar que la reproducción permitida en ningún caso puede llevarse a cabo a través del mismo modo de expresión que el de la obra original, señala al efecto el art. 39 de la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos de Paraguay: “Respecto de las

¹⁰⁰ “*Pour les oeuvres d’architecture, la reproduction consiste également dans l’exécution répétée d’un plan ou d’un projet type*”.

En un sentido diverso a la norma francesa, la sección 175(3) de la ley británica expone que “[e]n el caso de una obra arquitectónica en la forma de un edificio, o una obra artística incorporada en un edificio, la construcción del edificio deberá ser tratada como equivalente a publicación de la obra” (“*In the case of a work of architecture in the form of a building, or an artistic work incorporated in a building, construction of the building shall be treated as equivalent to publication of the work*”).

obras ya divulgadas, es permitida sin autorización del autor ni pago de remuneración: [...] 4. la reproducción de una obra de arte expuesta permanentemente en las calles, plazas u otros lugares públicos, o de la fachada exterior de los edificios, realizada por medio de un arte diverso al empleado para la elaboración del original, siempre que se indique el nombre del autor si se conociere, el título de la obra si lo tuviere y el lugar donde se encuentra”.

El mismo complemento se encuentra a su vez en el art. 45 letra f) de la ley salvadoreña, en el art. 43 letra e) de la ley peruana y en el art. 44 N° 9 de la ley venezolana.

La redacción empleada por el art. 38 de la ley cubana es distinta ya que permite la reproducción prácticamente a través de cualquier medio: “Es lícito, sin el consentimiento del autor y sin remuneración al mismo, pero con obligada referencia a su nombre y a la fuente, siempre que la obra sea de conocimiento público, y respetando sus valores específicos: [...]

c) reproducir por cualquier medio, salvo el que implique contacto directo con su superficie, una obra de arte de cualquier tipo expuesta permanentemente en sitio público, con excepción de las que se hallen en exposiciones y museos”.

En algunos casos, las legislaciones no solo permiten la reproducción libre y no remunerada de la obra sino que también su distribución y comunicación pública.

Art. 39 del Régimen General de Derechos de Autor de Colombia: “Será permitido reproducir por medio de pinturas, dibujos, fotografías o películas cinematográficas, las obras que estén colocadas de modo permanente en vías públicas, calles o plazas, y distribuir y comunicar públicamente dichas reproducciones u obras. En lo que se refiere a las obras de arquitectura esta disposición sólo es aplicable a su aspecto exterior”.

Redacción similar es la que presenta la sección 66 de la ley australiana, el art. 148 de la ley mexicana y el art. 83 letra f) de la ley ecuatoriana que además condiciona el objeto de la reproducción a la difusión del “arte, la ciencia y la cultura”.

Además de esta limitación, ciertamente la más extendida respecto del derecho de reproducción de las obras arquitectónicas, existe otra en virtud de la cual se considera lícito reproducir estas obras con fines únicamente informativos.

Art. L122-5 del *Code de la Propriété Intellectuelle* de Francia: “Una vez que se dio a conocer la obra, el autor no puede prohibir:

9° La reproducción o la representación, total o parcial, de una obra de arte gráfico, plástico o arquitectónico, a través de la prensa escrita, audiovisual o en línea, con el propósito exclusivo de información inmediata y en relación directa con esta última, bajo reserva de indicar claramente el nombre del autor”.¹⁰¹

Igual limitación contempla el art. 26 de la ley griega.

1.3. Obras arquitectónicas y derecho a autorizar o impedir modificaciones:

Dado el carácter funcional intrínseco de estas creaciones, y siguiendo lo orientado por los Principios WA.4. y WA.6., es una tendencia común que las legislaciones mencionen explícitamente el derecho a autorizar o impedir modificaciones en las obras de arquitectura y contemplen, a su vez, la posibilidad de renunciar a la paternidad de la obra cuando la alteración le cause menoscabo a su autor.

Así por ejemplo el art. 75 de la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos de Paraguay: “El autor de obras de arquitectura no puede oponerse a las modificaciones que se hicieren necesarias durante la construcción o con posterioridad a ella. Si las modificaciones se realizaren sin el consentimiento del autor, éste podrá repudiar la paternidad de la obra modificada y quedará vedado al propietario invocar para el futuro el nombre del autor del proyecto original”.

De forma similar se expresa el art. 43 de la ley colombiana, el art. 80 de la ley peruana, el art. 92 de la ley mexicana y el art. 20 de la ley venezolana.

Algunas normas extranjeras van más allá al conceder una preferencia al titular original para participar de las modificaciones, tal es el caso del art. 34 de la Ley de Fomento

¹⁰¹ “Lorsque l’oeuvre a été divulguée, l’auteur ne peut interdire: 9° La reproduction ou la représentation, intégrale ou partielle, d’une oeuvre d’art graphique, plastique ou architecturale, par voie de presse écrite, audiovisuelle ou en ligne, dans un but exclusif d’information immédiate et en relation directe avec cette dernière, sous réserve d’indiquer clairement le nom de l’auteur”.

y Protección de la Propiedad Intelectual de El Salvador: “El autor de obras de arquitectura no puede oponerse a las modificaciones que se hicieren necesarias durante la construcción o con posterioridad a ella, pero tendrá preferencia para el estudio y realización de las mismas, salvo pacto en contrario.

En cualquier caso, si las modificaciones se realizaren sin el consentimiento del autor, éste podrá renunciar la paternidad de la obra modificada y quedará vedado al propietario invocar para el futuro el nombre del autor del proyecto original, quedando el autor exento de responsabilidad por los defectos o fallas que surgieran con motivo de las modificaciones realizadas.

Los interesados podrán pactar condiciones diferentes a las establecidas en este artículo.”

Se parece a esta disposición el art. 20[2] de la ley italiana, aun cuando éste no concede expresamente al autor de una obra de arquitectura la facultad de renunciar a la paternidad de la obra modificada.

Una fórmula distinta es aquella empleada por la ley ecuatoriana que faculta al autor para oponerse a las modificaciones que puedan alterar su obra ya sea de modo estético o funcional, dispone al efecto el art. 36 de la Ley de Propiedad Intelectual de Ecuador: “El autor de las obras de arquitectura podrá oponerse a las modificaciones que alteren estética o funcionalmente su obra.

Para las modificaciones necesarias en el proceso de construcción o con posterioridad a ella, se requiere la simple autorización del arquitecto autor del proyecto, quién no podrá negarse a concederla a no ser que considere que la propuesta modificatoria altere estética o funcionalmente su obra.”

Por su parte, el art. 26 de la ley brasileña atribuye responsabilidad al propietario de la edificación modificada cuando adjudica su diseño al autor que ha repudiado tal modificación con anterioridad: “El autor podrá repudiar la autoría del proyecto arquitectónico que fuese alterado sin su consentimiento durante la ejecución o después de la conclusión de la construcción.

Párrafo único. El propietario de la construcción responde por los daños que cause al autor siempre que, luego del repudio, resulte como siendo de aquél la autoría del proyecto repudiado”.¹⁰²

En menor medida, existen legislaciones que han regulado la reconstrucción de las edificaciones, tal es el caso de las secciones 65 de la ley británica y 73 de la ley australiana. Señala la primera de ellas: “Cualquier cosa que haya sido realizada con el propósito de reconstruir un edificio no infringe el derecho de autor-

(a) en el edificio, o

(b) en cualquiera de los dibujos o planos de acuerdo a los cuales el edificio fue, por o con la licencia del titular del derecho, construido”.¹⁰³

1.4. Obras arquitectónicas y derecho de paternidad:

Además de las normas antes citadas con ocasión del derecho de modificación -que otorgan al autor la facultad de oponerse a la identificación de su nombre cuando la alteración de la obra le irroga perjuicio-, llaman la atención dos normas pertenecientes a la *Copyright, Designs and Patents Act 1988* de Gran Bretaña.

El art. 77 dispone: “(4) El autor de una obra artística tiene el derecho de ser identificado siempre – [...]

(c) en el caso de una obra arquitectónica en la forma de un edificio o de un modelo para un edificio [...]

(5) El autor de una obra arquitectónica en la forma de un edificio también tiene el derecho de ser identificado en el edificio construido o, siempre que más de un edificio sea

¹⁰² “O autor poderá repudiar a autoria de projeto arquitetônico alterado sem o seu consentimento durante a execução ou após a conclusão da construção. Parágrafo único. O proprietário da construção responde pelos danos que causar ao autor sempre que, após o repúdio, der como sendo daquele a autoria do projeto repudiado”.

¹⁰³ “Anything done for the purposes of reconstructing a building does not infringe any copyright- (a) in the building, or (b) in any drawings or plans in accordance with which the building was, by or with the licence of the copyright owner, constructed”.

construido, en el primero de ellos [...]

(7) El derecho del autor o director bajo esta sección es [...]

(b) en el caso de la identificación en un edificio, a ser identificado por medios apropiados visibles para personas entrando o aproximándose al edificio”¹⁰⁴

El art. 80, por su parte, otorga al autor el derecho de oponerse al trato despectivo de la obra: “(4) En el caso de una obra artística el derecho es infringido por una persona que -

(c) en el caso de -

(i) una obra arquitectónica en la forma de un modelo para un edificio [...]

distribuye al público copias de una obra gráfica representando, o de una fotografía de, un trato despectivo de la obra.

(5) La subsección (4) no aplica a una obra arquitectónica en la forma de un edificio; pero siempre que el autor de tal obra esté identificado en el edificio y eso constituya la materia del trato despectivo, tiene el derecho de requerir la remoción de la identificación”¹⁰⁵

1.5. Obras arquitectónicas y derecho de alquiler:

De forma excepcional, en algunos países existen normas relativas al derecho de alquiler de obras arquitectónicas, disposiciones que tienen como objetivo común impedir que el autor de la obra se oponga al arriendo de la misma, dado su carácter funcional y la contraposición de derechos del autor con el propietario de la construcción.

¹⁰⁴ “(4) *The author of an artistic work has the right to be identified whenever— [...] (c) in the case of a work of architecture in the form of a building or a model for a building [...] (5) The author of a work of architecture in the form of a building also has the right to be identified on the building as constructed or, where more than one building is constructed to the design, on the first to be constructed [...]* (7) *The right of the author or director under this section is— [...] (b) in the case of identification on a building, to be identified by appropriate means visible to persons entering or approaching the building”.*

¹⁰⁵ “(4) *In the case of an artistic work the right is infringed by a person who— (c) in the case of— (i) a work of architecture in the form of a model for a building [...] issues to the public copies of a graphic work representing, or of a photograph of, a derogatory treatment of the work. (5) Subsection (4) does not apply to a work of architecture in the form of a building; but where the author of such a work is identified on the building and it is the subject of derogatory treatment he has the right to require the identification to be removed”.*

La Directiva 2006/115/CE sobre “Derechos de Alquiler y Préstamo y otros Derechos Afines a los Derechos de Autor en el Ámbito de la Propiedad Intelectual” en su art. 3.2 indica: “La presente Directiva no incluirá los derechos de alquiler y préstamo respecto de edificios y obras de artes aplicadas”. Algunos países pertenecientes a la Unión Europea han incorporado esta norma en sus respectivas leyes, tal es el caso de la sección §17(3) de la ley alemana y el art. 3(1)(e) de la ley griega.

A modo de ejemplo citamos el art. 19.5 del TRLPI de España: “Lo dispuesto en este artículo en cuanto al alquiler y al préstamo no se aplicará a los edificios ni a las obras de artes aplicadas.”

En nuestra región, la Ley de Propiedad Intelectual de Ecuador en su art. 23 párrafo 5º dispone: “El autor de una obra arquitectónica u obra de arte aplicada no puede oponerse a que el propietario arriende la obra o construcción”. En igual sentido se ha manifestado el legislador peruano en la redacción del art. 34 párrafo 3º.

1.6. Obras arquitectónicas y derecho de participación:

De las legislaciones revisadas, solo la boliviana y la alemana (§ 26(8)) se refieren explícitamente al derecho de participación (“*droit de suite*”) respecto de las obras de arquitectura, disponiendo que no aplica respecto de ellas.

Art. 51 de la Ley de Derecho de Autor de Bolivia: “Las disposiciones precedentes [relativas al derecho de participación de los artistas plásticos] no serán aplicadas a obras de arquitectura, ni a obras de arte aplicada”.

A la misma conclusión se llega al combinar los art. 38 y 7 de la ley ecuatoriana, los art. 37 y 35 de la ley salvadoreña y los art. 82 y 2 N° 8 de la ley peruana. Según el art. 82 de Perú el derecho de participación solo puede aplicarse a las obras plásticas, y de acuerdo a lo dispuesto por el art. 2 N° 8, los preceptos que se refieren de forma especial a las obras plásticas no se extienden a las obras arquitectónicas.

1.7. Obras arquitectónicas y adquisición de planos, croquis y proyectos:

Igualmente excepcionales son las legislaciones que regulan de forma explícita las consecuencias que se derivan de la adquisición de planos, croquis y proyectos arquitectónicos, especificando los derechos que conceden al adquirente y los derechos que quedan reservados al autor, normas que buscan impedir que estas obras sean utilizadas indebidamente.

Art. 55 de la Ley de Propiedad Intelectual de Argentina: “La enajenación de planos, croquis y trabajos semejantes, no da derecho al adquirente sino para la ejecución de la obra tenida en vista, no pudiendo enajenarlos, reproducirlos o servirse de ellos para otras obras. Estos derechos quedan reservados a su autor, salvo pacto en contrario.”

Art. 36 párrafo 3º de la Ley de Propiedad Intelectual de Ecuador: “La adquisición de un proyecto de arquitectura implica el derecho del adquirente para ejecutar la obra proyectada, pero se requiere el consentimiento escrito de su autor en los términos que él señale y de acuerdo con la Ley de Ejercicio Profesional de la Arquitectura, para utilizarlo en otras obras.”

De forma similar, el art. 74 de la ley paraguaya y el art. 79 de la ley peruana.

2. Estados Unidos: Architectural Works Copyright Protection Act.

Estados Unidos es, por el momento, el único país que ha desarrollado una regulación específicamente aplicable a las obras de arquitectura. Para comprender la naturaleza de esta normativa específica es conveniente exponer, sucintamente, las diferentes etapas por las cuales atravesaron las obras de arquitectura en el *copyright* estadounidense.

Durante la vigencia del *Copyright Act* de 1909 ni los edificios ni los planos arquitectónicos gozaban de expresa protección, a pesar de lo cual las cortes estadounidenses, a partir de una interpretación de dicha Acta, sostenían que los planos debían protegerse como dibujos o trabajos plásticos de naturaleza científica o técnica (de acuerdo a la sección §5(i): “*drawings or plastic works of a scientific or technical character*”), mientras que varios autores pensaban que era posible incluirlos dentro de las obras de arte

(en virtud de la sección §5(g): “*works of art models or designs for works of art*”) (Shiple, 1986, p. 397). Sin perjuicio de ello, esta interpretación no alcanzó a extenderse a las edificaciones.

Con la implementación del *Copyright Act* de 1976 y a pesar de que existía una limitación relativa a los “artículos utilitarios” (“*useful article*”), se confirió expresa protección a los planos y dibujos de arquitectura. David Shiple (1987) indica que bajo esta Acta, los planos podían “ser copiados, adaptados, vendidos, o distribuidos en la forma de otro juego de planos únicamente con el consentimiento del arquitecto” (p. 400).¹⁰⁶ Pero no existía certeza de si la protección se extendía solo a la explotación de los planos arquitectónicos en la forma de otros planos o si también resultaba aplicable a su explotación por medio de una construcción. Esta incertidumbre se debió a que algunas cortes consideraron que una estructura erigida en virtud de unos planos no constituía copia de ellos, por lo que la protección entregada a tales dibujos no permitía a su autor gozar del derecho a controlar su uso en edificaciones (p. 401). El fundamento de estas resoluciones judiciales se encontraba en la famosa sentencia del caso Baker vs. Selden pronunciada por la Corte Suprema en 1879, en la cual la Corte “trazó una distinción entre copiar para explicación y copiar para uso” (p. 407),¹⁰⁷ de modo que -aplicando la citada decisión judicial- sería lícito copiar los planos para construir un edificio a partir de ellos pero constituiría una infracción reproducirlos en la forma de otros planos.

Los orígenes de la actual regulación se basan, por un lado, en la importancia que tienen las obras de arquitectura como forma de expresión artística (existía una recomendación de la *Copyright Office* que apuntaba a regular la materia fundada en su relevancia (Dremann, 1995, p. 336)) y, por otro lado, en la necesidad de cumplir con obligaciones asumidas por Estados Unidos en virtud de la implementación del Convenio de Berna (Shiple, 2010, pp. 8-9). En palabras de Jane Ginsburg, “[l]a ley sobre los derechos de los autores de artes visuales y la ley sobre la protección de las obras de arquitectura por el derecho de autor de 1990 permiten un mejor respeto por Estados Unidos de las normas de la Convención de Berna relativas al objeto de la protección y a las prerrogativas concedidas a título del derecho de autor” (1992, p. 150).

¹⁰⁶ “Plans can, therefore, be copied, adapted, sold, or distributed in the form of another set of plans only with the architect’s consent”.

¹⁰⁷ “The Court thus drew a distinction between copying for explanation and copying for use”.

Como consecuencia del AWCPA -que comenzó a regir en el año 1990-, se amplió el objeto de la protección del *copyright* de momento en que las obras arquitectónicas se comprendieron dentro del catálogo de creaciones susceptibles de tutela bajo la sección §102(a) del Título 17 del *United States Code* (USC) que señala al efecto: “La protección del derecho de autor subsiste, de acuerdo con este título, en obras de autoría originales fijadas en cualquier medio tangible de expresión, actualmente conocido o desarrollado en el futuro, a través de los cuales puedan ser percibidas, reproducidas o comunicadas, ya sea directamente o con la ayuda de una máquina o aparato. Las obras de autoría incluyen las siguientes categorías: [...] (8) obras arquitectónicas”.¹⁰⁸

Asimismo, se estableció en la sección §101(a) del USC una definición aplicable a las obras de arquitectura -en su acepción genérica- que dispone lo siguiente: “Una ‘obra arquitectónica’ es el diseño de un edificio expresado en cualquier medio tangible de expresión, incluyendo el edificio, los planos y dibujos arquitectónicos. La obra incluye la forma en su conjunto así como el arreglo y composición de los espacios y elementos en el diseño, pero no incluye los elementos estándares individuales”.¹⁰⁹ Para Shipley la extensión de la protección a las obras de arquitectura completamente construidas es uno de los cambios sustanciales que contempla el Acta de 1990 (2010, p. 8).

A su turno, el AWCPA incorpora dos limitaciones que se materializan en la sección §120 del USC denominada “Ámbito de derechos exclusivos en obras arquitectónicas” (“*Scope of exclusive rights in architectural works*”). La sección §120(a) permite la reproducción pictórica siempre que la obra está ubicada en la vía pública: “El derecho de autor sobre una obra de arquitectura que se ha construido no incluye el derecho a prohibir la fabricación, la distribución o la presentación pública de imágenes, de pinturas, de fotografías o de otras representaciones pictóricas de la obra, si la construcción que incorpora la obra está situada en un lugar público o en un sitio normalmente visible desde un lugar público”.¹¹⁰ La sección §120(b), por su parte, permite la remodelación de la obra fundada en la

¹⁰⁸ “Copyright protection subsists, in accordance with this title, in original works of authorship fixed in any tangible medium of expression, now known or later developed, from which they can be perceived, reproduced, or otherwise communicated, either directly or with the aid of a machine or device. Works of authorship include the following categories: [...] (8) architectural works”.

¹⁰⁹ “An “architectural work” is the design of a building as embodied in any tangible medium of expression, including a building, architectural plans, or drawings. The work includes the overall form as well as the arrangement and composition of spaces and elements in the design, but does not include individual standard features”.

¹¹⁰ “The copyright in an architectural work that has been constructed does not include the right to prevent the making, distributing, or public display of pictures, paintings, photographs, or other pictorial representations of the work, if the building in which the work is embodied is located in or ordinarily visible from a public place”.

necesidad práctica y la funcionalidad de la misma: “Sin perjuicio de las disposiciones de la sección 106(2), los propietarios de un edificio que incorpora una obra arquitectónica pueden, sin el consentimiento del autor o del titular del derecho de autor sobre la obra arquitectónica, realizar o autorizar la modificación y destruir o autorizar la destrucción de tal edificación”.¹¹¹ Con respecto a la limitación de la sección §120(b), Ginsburg explica que ésta fue incluida por expresa solicitud de los arquitectos consultados, quienes “negaron activamente ante el Congreso cualquier deseo de impedir a los propietarios que modifiquen o destruyan el edificio” (1992, p. 144).

Otro cambio de radical importancia instituido por el AWCPA fue la modificación del escenario existente bajo la aplicación del Acta de 1976 relativo al uso de planos para la construcción de un edificio, de modo tal que con la nueva norma se incurre en una infracción a la propiedad intelectual si los planos son utilizados con ese fin, puesto que el arquitecto tiene derecho a controlar su uso y, por lo tanto, su construcción (Shipley, 2010, p. 32).

En definitiva, el AWCPA viene a llenar un vacío normativo en torno a las obras de arquitectura que provocaba un tratamiento normativo dispar respecto de los planos, dibujos y modelos, y de las edificaciones, otorgando en la actualidad una protección equivalente a todas estas formas de expresión.

¹¹¹ *“Notwithstanding the provisions of section 106(2), the owners of a building embodying an architectural work may, without the consent of the author or copyright owner of the architectural work, make or authorize the making of alterations to such building, and destroy or authorize the destruction of such building”.*