

Manual para la enseñanza
virtual del Derecho de Autor
y los Derechos Conexos

Tomo I

Ricardo Antequera Parilli

Manual para la enseñanza
virtual del Derecho de Autor
y los Derechos Conexos

Tomo I

Santo Domingo
República Dominicana
2001

Título:

*MANUAL PARA LA ENSEÑANZA VIRTUAL DEL
DERECHO DE AUTOR Y LOS DERECHOS CONEXOS*

Autor:

RICARDO ANTEQUERA PARILLI

©Ricardo Antequera Parilli, 2001

© Escuela Nacional de la Judicatura, 1ª. Edición, 2001

Calle César Nicolás Penson No. 59, Gazcue

(809) 686-0672, Fax: (809) 686-1101

Santo Domingo, República Dominicana

E-mail: e.judicatura@codetel.net.do

<http://www.judicatura.gov.do>

Hecho el depósito de ley

Colección General ISBN: 99934-816-0-2

Tomo I: ISBN 99934-816-1-0

Registro ONDA: 0001402 del libro No. 04 de fecha 19 de noviembre 2001

Portada:

JULIO HIRALDO

Diagramación:

IRIS CUEVAS

Impresión:

EDITORIA CORRIPIO, C. POR A.

ANTEQUERA PARILLI, RICARDO

Manual para la enseñanza virtual del Derecho de Autor y los Derechos Conexos/
Ricardo Antequera Parilli. Caracas, República Bolivariana de Venezuela. 1ª. Edición,
Escuela Nacional de la Judicatura, 2001

p. 354 : cm 21.59 x 25.40

Colección General ISBN: 99934-816-0-2

Tomo I: ISBN 99934-816-1-0

a. Propiedad intelectual – Derecho de autor – República Bolivariana de Venezuela

b. Tecnología – Derecho de autor – República Dominicana. I. autor

ÍNDICE GENERAL DEL PRIMER TOMO

MÓDULO I INTRODUCCIÓN AL DERECHO DE AUTOR Y LOS DERECHOS CONEXOS

UNIDAD 1

EL DERECHO DE AUTOR Y LOS DERECHOS CONEXOS EN EL MARCO DEL CAMPO NORMATIVO DE LA “PROPIEDAD INTELLECTUAL”

Concepto y denominación	3
Los derechos de Propiedad Intelectual y su contenido	4
La clasificación bipartita de los Derechos de Propiedad Intelectual	6
La clasificación tripartita de los Derechos de Propiedad Intelectual	7
Las relaciones entre el “ <i>Derecho Invenional</i> ” (o “ <i>derecho de patentes</i> ”) y el Derecho de Autor	8
Las relaciones entre el “ <i>Derecho Marcario</i> ” y el Derecho de Autor	11
Las relaciones entre el “ <i>Derecho Invenional</i> (o “ <i>derecho de patentes</i> ”) y el <i>Derecho Marcario</i> ”	12
Las zonas fronterizas entre el Derecho Invenional, el Derecho Macario y el Derecho de Autor	14
El Derecho de Autor como conjunto de normas de derecho especial	16
El Derecho de Autor y sus relaciones con los Derechos Conexos	17
Otros Derechos Intelectuales	21

UNIDAD 2

EL DERECHO DE AUTOR Y LOS DERECHOS CONEXOS Y SUS IMPLICACIONES CULTURALES Y SOCIALES

Introducción	29
El Derecho de Autor y el Derecho a la Cultura en el marco de los Derechos Humanos	29
El Derecho de Autor, el Derecho a la Cultura y las Cláusulas Constitucionales.	32
El Derecho de Autor y los Convenios Internacionales	34
El Derecho de Autor y la legislación ordinaria	36
El Derecho de Autor y el Derecho a la Cultura como derechos interdependien- tes	38

El Derecho de Autor y sus implicaciones en el desarrollo social, cultural y tecnológico	39
Las limitaciones al Derecho de Autor y el Derecho a la Cultura	46

UNIDAD 3

LA IMPORTANCIA ECONÓMICA DEL DERECHO DE AUTOR Y LOS DERECHOS CONEXOS

Antecedentes	51
La importancia económica del derecho de autor y los diferentes sectores involucrados	53
La importancia económica del derecho de autor y las fuentes de trabajo	56
La importancia económica del derecho de autor y los derechos conexos	57
La importancia económica del derecho de autor y los derechos conexos y los aspectos tributarios	58
Los estudios sobre el impacto del derecho de autor y los derechos conexos en los países desarrollados	59
La importancia económica del derecho de autor y los derechos conexos en los países en vías de desarrollo	61

UNIDAD 4

EL DERECHO DE AUTOR: CONCEPTO, ANTECEDENTES Y SISTEMAS DE PROTECCIÓN

Concepto	69
Antecedentes históricos	69
Los sistemas de protección: el “ <i>Copyright</i> ” y el “ <i>Derecho de Autor</i> ”	76

MÓDULO II PARTE GENERAL SOBRE DERECHO DE AUTOR

UNIDAD 1

LA OBRA COMO OBJETO DEL DERECHO DE AUTOR

Precisiones generales	85
Características	85
Obras individuales y obras complejas	95
Obras anónimas y seudónimas	95
Obra originaria y obras derivadas	96
Las obras protegidas en el Convenio de Berna	96
La protección de las obras conforme al Acuerdo sobre los ADPIC	102

La protección de las obras conforme al Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA)	104
El título de la obra	105

UNIDAD 2

LOS SUJETOS DEL DERECHO DE AUTOR: AUTORÍA Y TITULARIDADES

Autoría y persona natural	109
Autoría y persona jurídica	110
Titularidad originaria y titularidad derivada	110
Autoría y titularidad en las obras individuales y complejas	111
Autoría y titularidad en las obras anónimas y seudónimas	115
Autoría y titularidad en las obras originarias y derivadas	117
Autoría y titularidad en las obras realizadas bajo contrato de trabajo y por encargo	119
El Estado como titular de derechos intelectuales	124
Presunciones de autoría y titularidad	125

UNIDAD 3

EL DERECHO MORAL

Introducción	129
Denominación	130
Definición	131
Antecedentes	132
Fundamentos	133
Características	134
La perpetuidad del derecho moral	138
Contenido	139
El derecho de divulgación y al inédito	140
El derecho de paternidad y al anónimo	142
El derecho a la integridad o de respeto a la obra	143
El derecho de modificar la obra divulgada	144
El derecho de retracto, de arrepentimiento o de retiro de la obra del comercio..	145
El derecho moral en el entorno digital	147

UNIDAD 4

EL DERECHO PATRIMONIAL O DE EXPLOTACIÓN

Introducción	155
Denominaciones	155
Características	156

Contenido	159
El derecho de reproducción	159
El derecho de distribución	162
El derecho de comunicación pública	165
El derecho de transformación	180
El derecho de importación	180
Disposiciones comunes a los derechos morales y patrimoniales	181

UNIDAD 5

LOS LÍMITES AL DERECHO EXCLUSIVO DE EXPLOTACIÓN Y LA DURACIÓN DEL DERECHO PATRIMONIAL

Generalidades	187
Las utilizaciones libres sujetas a remuneración	188
Las utilizaciones libres y gratuitas: los límites permitidos en el comercio de Berna	195
Otras utilizaciones libres y gratuitas conforme a los usos honrados	203
Las limitaciones de orden público	207
La duración del derecho patrimonial y el ingreso de las obras al dominio pú- blico	207

UNIDAD 6

LA TRANSMISIÓN DE LOS DERECHOS Y LA EXPLOTACIÓN DE LA OBRA POR TERCEROS

Generalidades	211
La transmisión de los derechos « <i>mortis causa</i> »	211
La transferencia por acto entre vivos	213
La cesión de los derechos de explotación y su naturaleza jurídica	214
Elementos y características de la « <i>cesión</i> » de los derechos de explotación	218
Las presunciones de cesión de los derechos patrimoniales o de explotación ..	224
Las licencias o autorizaciones de uso	224
Los principios interpretativos de los contratos	226

UNIDAD 7

LOS PRINCIPALES CONTRATOS DE EXPLOTACIÓN

Introducción	233
El contrato de edición	233
El contrato de edición-difusión de obras musicales	242
Los contratos de representación teatral y de ejecución musical	249
El contrato de inclusión fonográfica	257
El contrato de radiodifusión	263

El contrato de producción audiovisual	
La cesión de artículos periodísticos	

UNIDAD 8

LAS COMUNICACIONES POR SATÉLITE Y LA TELEVISIÓN POR CABLE	266
	271

Generalidades	275
Precisiones conceptuales	275
Las transmisiones por satélite	276
Las transmisiones por satélite y los Convenios Internacionales	282
La televisión por cable	285
La distribución por cable de las transmisiones por satélite	288

UNIDAD 9

LA EXPLOTACIÓN DE LAS OBRAS EN EL ENTORNO DIGITAL

El derecho de autor y el desarrollo tecnológico	293
La adecuación legislativa ante el entorno digital	295
El derecho de reproducción en la era digital	300
El derecho de distribución en el entorno digital	302
El derecho de comunicación pública y la puesta a disposición de contenidos en las redes digitales	305
El entorno digital y los derechos de remuneración por copia privada	310
Las excepciones o limitaciones al derecho patrimonial en el entorno digital .	311
El derecho de explotación y los medios técnicos de protección	313
El derecho de autor en el comercio electrónico y sus vinculaciones con el sistema de nombres de dominio	316
La responsabilidad de los sujetos que intervienen en la puesta a disposición de contenidos a través de las redes digitales	320

BIBLIOGRAFIA DEL TOMO I	327
--------------------------------------	------------

PRESENTACIÓN

En su obra “El Derecho de Autor en la Legislación de Centroamérica y Panamá”, el jurista español Juan Antonio Llobet Colom (1982), afirma que “de todas las modalidades en que el derecho positivo incide en la actividad de los hombres, es posiblemente el derecho de autor una de las más ignoradas y, en consecuencia, de reiterada defraudación a la que, más que la falta de leyes especiales sobre la materia, contribuyen en la Región... dos factores decisivos: la importancia secundaria que por parte de la colectividad centroamericana se concede a la obra del ingenio, y la indiferencia de los mismos autores, actitud unas veces justificada por causa de su indefensión, y otras por la incompreensión del propio juzgador, cuando, con arreglo a los principios fundamentales del Derecho, han recurrido a los tribunales con la justa pretensión de poner fin a las usurpaciones de que las obras de su propiedad y exclusivo dominio fueran objeto”.

A 20 años de dicha afirmación, en la que se refleja la realidad del Derecho de Autor en la región centroamericana para esa época, se puede convenir que si, la República Dominicana se quisiera ver en el espejo de lo expresado anteriormente, se llegaría a la conclusión satisfactoria de que el país ha avanzado en lo que respecta a la aplicación de la Ley sobre Derecho de Autor, y más aún, que está tomando los pasos necesarios para que quiénes deben aplicarla, esto es los miembros del Poder Judicial, tengan en sus manos los instrumentos idóneos para impartir justicia en este delicado campo del Derecho.

El Gobierno que preside el Honorable Señor Presidente de la República, Hipólito Mejía, ha entendido perfectamente la importancia que tiene el derecho de autor en el mundo de hoy, caracterizado por la revolución de las tecnologías de la información en la que la propiedad intelectual juega un papel esencial en la agenda internacional. Por esas razones, no solamente el Gobierno promulgó la Ley sobre Derecho de Autor No.65-00 y su Reglamentación, sino que creó mediante decreto la Comisión Nacional para la Protección de los Derechos de Propiedad Intelectual con el propósito de unificar la política interinstitucional en materia de propiedad intelectual, lo cual ha dado resultados muy positivos, destacándose el trabajo realizado en esta área por la Oficina Nacional del Derecho de Autor y la Procuraduría General de la República.

Dentro de los logros obtenidos en esta Administración, es preciso destacar el Acuerdo Institucional suscrito entre la Escuela Nacional de la Judicatura y el Instituto Dominicano de las Telecomunicaciones con el propósito de contribuir con la formación de los jueces en el campo del Derecho de Autor y de las Telecomunica-

ciones, dos áreas novedosas que, cada día que pasa, adquieren más importancia en el Derecho dominicano, y que, por lo tanto, hace necesario que los miembros del Poder Judicial conozcan todos los elementos y características que conforman estas dos grandes áreas.

Con mucha satisfacción, la Escuela Nacional de la Judicatura, a través del Acuerdo con el Instituto Dominicano de las Telecomunicaciones y la cooperación de otros organismos nacionales e internacionales, pone en las manos de los jueces el “Manual para la enseñanza virtual del Derecho de Autor y los Derechos Conexos”, de la autoría del jurista venezolano Ricardo Antequera Parilli, uno de los hombres que más aportes ha hecho en latinoamericana a la protección de los derechos de autor.

Este Manual, pionero en la modalidad de educación a distancia por internet, constituye un instrumento básico para conocer todos los elementos del Derecho de Autor y los Derechos Conexos, tanto desde el punto de vista nacional como internacional, y de seguro se convertirá en una referencia obligatoria para el juez estudioso de esta rama de la propiedad intelectual.

La protección del derecho de autor, que tiene rango constitucional, descansa en tres pilares: la ley, el titular del derecho y la justicia. Con la puesta en circulación de este Manual, el Gobierno, representado por las instituciones que patrocinan esta obra, hace una contribución invaluable al fortalecimiento del Poder Judicial, y con él, a la institucionalidad y al estado de derecho de la República Dominicana.

Santo Domingo, D.N.
Enero, 2002.

ORLANDO JORGE MERA
*Presidente del Instituto Dominicano
de las Telecomunicaciones
Secretario de Estado*

PRÓLOGO

La Escuela Nacional de la Judicatura en su rol de formadora de los servidores de la justicia dominicana, siendo definida como institución innovadora, en estos momentos es pionera en la preparación de un Curso Virtual sobre “Derecho de Autor y Derechos Conexos”.

Este nuevo Curso Virtual forma parte de la notoria labor que se viene ejecutando bajo esta modalidad de educación a distancia vía INTERNET a través de su Campus Virtual, cuya plataforma ha sido desarrollada desde mediados del año anterior gracias al Proyecto de Fortalecimiento del Poder Judicial en la República Dominicana, financiado por la Agencia Española de Cooperación Internacional, a propuesta del Consejo General del Poder Judicial de España y con el apoyo técnico de la Universidad Abierta de Cataluña.

La temática del Derecho de Autor y los Derechos Conexos ha concitado el interés nacional en el transcurso de los últimos años. Esta obra, de autoría del profesor Ricardo Antequera Parilli, que servirá de apoyo permanente al buen desenvolvimiento para el curso virtual a desarrollar, brinda toda una gama de aspectos vinculados al concepto en sí del Derecho de Autor, sus antecedentes fechados en la Grecia Antigua, premiando de este modo la creatividad humana, destacándose una primera formulación del concepto para el siglo XVII. Se continúa con una revisión de la importancia que reviste al tema en un escenario socio-económico, siguiendo un estudio sobre los elementos constitutivos del Derecho de Autor y su vinculación a las tecnologías de la información y la comunicación, para desarrollar a continuación un análisis sistemático sobre toda la disciplina, partiendo de los elementos fundamentales, tales como el objeto, el sujeto y el contenido del derecho, los diferentes derechos conexos o afines, generalmente reconocidos a la luz de la legislación comparada, los contratos regulados en la mayoría de las legislaciones, la gestión colectiva de los derechos autorales y conexos, la protección procesal y los procedimientos de observancia, para concluir en una exposición detallada acerca de la protección internacional.

Haciendo una revisión de cuáles fundamentos consolidan esta iniciativa, se tiene que nuestro país es parte de los principales tratados internacionales sobre la materia: el Convenio de Berna para la protección de las Obras Literarias y Artísticas, la Convención Universal de Derecho de Autor y la Convención de Roma sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión.

Este Curso Virtual estará dirigido, en un primer momento, a los Magistrados pertenecientes al Poder Judicial dominicano. Posteriormente, y en cumplimiento de la misión institucional de la Escuela Nacional de la Judicatura, este Curso Virtual podrá ser proyectado a otras instancias nacionales e internacionales no necesariamente vinculadas al ámbito judicial, en el marco de su Programa Internacional y de su Área Institucional de Difusión y Extensión.

Resulta evidente que en este gran marco legal es fundamental apoyar la capacitación de los miembros del Poder Judicial dominicano para un trabajo congruente y serio, que permita cumplir de forma más eficiente la labor de administrar justicia en asuntos relacionados con esta materia. En tal sentido, gracias a la iniciativa de la Oficina Nacional de Derecho de Autor de la República Dominicana (ONDA), presentada ante la Presidencia de la Suprema Corte de Justicia, se decide abordar prioritariamente este asunto, sumando nuestros mejores esfuerzos conjuntos en una tarea de enorme proyección futura para el país, siendo este proyecto favorecido por los auspicios del Instituto Dominicano de las Telecomunicaciones (INDOTEL) y recibiendo además, el coauspicio académico del Instituto Interamericano de Derecho de Autor (IIDA) y el Post-grado en Propiedad Intelectual de la Universidad de Los Andes, así como en el apoyo institucional de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), el Centro Regional para el fomento del libro en América Latina y el Caribe (CERLALC) y la UNESCO.

Además de ello, es bueno recordar que la República Dominicana es miembro de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) y de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y que al mismo tiempo ha asumido compromisos en el marco de acuerdos bilaterales con países socios comerciales. Como país miembro de los citados tratados y de las organizaciones mencionadas, la República Dominicana está en el deber de cumplir con una protección efectiva a los derechos Propiedad Intelectual (entre ellos los correspondientes al derecho de autor y a los derechos conexos), pudiendo ser objeto de sanciones comerciales, en caso de incumplimientos.

Por otro lado, es significativo subrayar que el 2 de marzo de 2001 se emitió el Decreto No. 303-01, que creó la Comisión Nacional para la Protección de los Derechos de Propiedad Intelectual, con el fin de proponer e implementar la política nacional de lucha contra la violación de tales derechos y coordinar los esfuerzos de las diversas instituciones públicas encargadas de su ejecución.

Es muy oportuno tener en cuenta que el trabajo de la referida Comisión Nacional debe inscribirse en el marco de una visión sistémica del gobierno dominicano para el tratamiento de los temas vinculados a la Propiedad Intelectual en general y al Derecho de Autor y a los Derechos Conexos en particular, lo cual permitirá definir objetivos precisos que deban cumplirse por las diversas instancias involucradas

en los plazos previamente fijados. De esta manera, además, los compromisos nacionales e internacionales asumidos por el país en esta temática podrán ser cumplidos adecuadamente.

Es esta temática indudablemente importante y como lo reconoce el propio Profesor Ricardo Antequera Parilli, “no hay dudas en que el derecho del autor constituye uno de los atributos fundamentales del hombre, que no solamente se dirige a proteger la expresión creativa de la persona humana, fruto de su talento y de su espíritu, sino que además constituye un elemento primordial para estimular la creatividad y hacer posible el disfrute de otros Derechos Humanos como el derecho a la cultura, al desarrollo, al entretenimiento y a la información”.

DR. JORGE A. SUBERO ISA
Presidente de la Suprema Corte de Justicia
Presidente del Consejo Directivo
Escuela Nacional de la Judicatura

Módulo

I

*Introducción al
derecho de autor
y los derechos
conexos*

UNIDAD 1

EL DERECHO DE AUTOR Y LOS DERECHOS CONEXOS EN EL MARCO DEL
CAMPO NORMATIVO DE LA “PROPIEDAD INTELECTUAL”

Concepto y denominación – Los derechos de Propiedad Intelectual y su contenido – La clasificación bipartita de los derechos de Propiedad Intelectual – La clasificación tripartita de los derechos de Propiedad Intelectual – Las relaciones entre el “*Derecho Invencional*” y el Derecho de Autor – Las relaciones entre el “*Derecho Marcario*” y el Derecho de Autor – Las relaciones entre el “*Derecho Invencional*” y el “*Derecho Marcario*” – Las zonas fronterizas entre los derechos de Propiedad Industrial y el Derecho de Autor – El Derecho de Autor como conjunto de normas de derecho especial - El Derecho de Autor y sus relaciones con los Derechos Conexos – Otros derechos intelectuales

I

CONCEPTO Y DENOMINACIÓN

1. En sentido amplio, puede definirse a la “*propiedad intelectual*” como un “*espacio jurídico*”¹ dentro del cual caben diferentes sistemas normativos que tienen por objeto la protección de bienes inmateriales de diferentes órdenes: industriales, comerciales, técnicos, artísticos, científicos y literarios.

2. También se afirma, como regla general, que los derechos de “*propiedad intelectual*” reconocen derechos exclusivos de explotación sobre esos bienes inmateriales, además de, en algunas de sus ramas (particularmente en el derecho de autor), atribuir derechos “*morales*” o de orden personal al autor.

3. Sin embargo, en el Convenio de París para la protección de la “*propiedad industrial*” (como una de las ramas de la “*propiedad intelectual*”), se ha incluido dentro del campo normativo a que se refiere el párrafo 1 a la disciplina de la competencia desleal, a pesar de que “*no reviste la forma de la atribución de derechos subjetivos, de derechos absolutos que recaigan sobre un objeto jurídico propio*”,² sino que se traduce en un deber de abstención respecto de ciertas conductas manipuladoras o engañosas contrarias a la ética comercial y que atentan, además, contra la fe pública y los derechos del consumidor.

4. Por eso, la inclusión de la competencia desleal como parte de la propiedad industrial ha sido criticada, por estimarse que “*es totalmente desacertada y se basa en el error de creer que todo acto de competencia desleal implica el ataque a un derecho subjetivo del perjudicado; cuando lo cierto es que sólo supone el incumplimiento de la obligación legal de utilizar medios honrados y admitidos para realizar la competencia*”.³

5. De otro lado, la expresión “*propiedad intelectual*” no tiene siempre el mismo sentido en los ordenamientos nacionales ya que todavía, para algunas pocas leyes, esa denominación está referida exclusivamente al “*derecho de autor*” y a otros derechos “*vecinos*” (como equivalente a la de “*propiedad literaria y artística*”), dejando a la otra rama (que tiene por objeto, entre otros, a las invenciones industriales y a los signos distintivos), la de “*propiedad industrial*”.

¹ Expresión utilizada por Antonio Delgado Porras, en “*Propiedad Intelectual*”, Documento OMPI/CNR/PAN/94/1 presentado en el Curso de la OMPI sobre derecho de autor y derechos conexos y su protección en el Convenio de Berna y en la Convención de Roma, Panamá, 1994. p. 2.

² BAYLOS CORROZA, Hermenegildo: “*Tratado de Derecho Industrial*”, Ed. Civitas, 1ª edición, Madrid, 1978, p. 345.

³ Idem, 2da edición. Ed. Cívitas. Madrid, 1993. p. 333.

6. No obstante, la expresión “*propiedad intelectual*” hoy tiende a universalizarse en su sentido amplio, abarcando así los dos grandes sistemas (derecho de autor y propiedad industrial), sin perjuicio de que la “*propiedad industrial*” pueda dividirse, a su vez, en dos áreas: el derecho “*invencional*” por una parte y el derecho “*marcario*” por la otra, como estudiaremos más adelante.

7. Así, el Convenio de París (1883) para la protección de la Propiedad Industrial (Convenio de París), y el Convenio de Berna (1886) para la protección de las Obras Literarias y Artísticas (Convenio de Berna), crearon sus respectivas secretarías que, reunidas en 1893, recibieron como último nombre el de “*Oficinas Internacionales reunidas para la protección de la Propiedad Intelectual*” (BIRPI), utilizando la denominación “*Propiedad Intelectual*” para incluir los derechos regulados por ambas convenciones.

8. Ese uso del término, en sentido lato, se mantuvo con la creación, mediante el Convenio de Estocolmo (1967), de la “*Organización Mundial de la Propiedad Intelectual*” (OMPI), organismo especializado de las Naciones Unidas que tiene competencia, tanto en materia de invenciones, diseños industriales y signos distintivos, como en relación con el derecho de autor y los derechos conexos.

9. Finalmente, el Acuerdo sobre los Aspectos de los derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), Anexo 1C del Tratado de la Organización Mundial del Comercio (OMC), hace comprender en su contenido bajo la denominación genérica de “*Propiedad Intelectual*”, al derecho de autor y los derechos conexos, así como a los derechos sobre las marcas de fábrica o de comercio, las indicaciones geográficas, los dibujos y modelos industriales, las invenciones y los esquemas de trazado de los circuitos integrados y a la protección de la información no divulgada.

II

LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL Y SU CONTENIDO

10. Si tomamos como referencia al artículo 2 del Convenio que establece la OMPI, podemos ver que bajo la denominación “*Propiedad Intelectual*” quedan comprendidos los derechos relativos a:

- a. Las obras literarias, artísticas y científicas;
- b. Las interpretaciones de los artistas intérpretes y las ejecuciones de los artistas ejecutantes, los fonogramas y las emisiones de radiodifusión;
- c. Las invenciones en todos los campos de la actividad humana;



- d. Los descubrimientos científicos;
- e. Los dibujos y modelos industriales;
- f. Las marcas de fábrica, de comercio y de servicio, así como a los nombres y denominaciones comerciales;
- g. La protección contra la competencia desleal; y,
- h. Todos los demás derechos relativos a la actividad intelectual en los terrenos industrial, científico, literario y artístico.

11. La descripción precedente contiene un listado meramente enunciativo (“*todos los demás derechos relativos a la actividad intelectual...*”), lo que se justifica porque, así como existen ciertos bienes inmateriales excluidos de la protección, surgen también nuevas modalidades creativas, tanto en el campo de la industria como en el de la literatura y las artes que pueden incorporarse al ámbito de tutela, como ocurrió a partir de la última parte del Siglo XX con los programas de ordenador (programas de computadoras, computacionales o “*software*”), y a veces, incluso, a través de tratados o leyes especiales, como ha ocurrido con los circuitos integrados y más recientemente con el tema de los “*nombres de dominio*”, como medios identificadores de bienes y servicios.

12. Pero no pueden confundirse los objetos de protección de los diversos sistemas comprendidos en la “*Propiedad Intelectual*” -la obra, el invento, el diseño, la marca-, con el mero trabajo intelectual, cuando de este último no surja como resultado un bien inmaterial independiente, como en el caso de los “*colaboradores técnicos*”, por ejemplo, el de los transcritores musicales, cuyo trabajo, por muy intelectual que sea, solamente traslada al pentagrama una melodía preexistente; o la de los correctores de pruebas, cuya tarea, por compleja que sea, no produce un bien inmaterial distinto de la obra escrita por otro; o la de un dibujante arquitectónico, que sigue las instrucciones creativas del arquitecto.

13. Pero tampoco todos los bienes inmateriales están protegidos por la “*propiedad intelectual*”, sino únicamente algunos: inventos, modelos, marcas, lemas, obras literarias y artísticas, prestaciones artísticas, producciones fonográficas y emisiones radiofónicas, por ejemplo.

14. Así, el “*Derecho Invencional*” (como rama de la propiedad industrial), considera generalmente no patentables los inventos contrarios a la salubridad, al orden público o a la seguridad del Estado.

15. En el “*Derecho Marcario*” (también como parte de la propiedad industrial), las leyes consideran irregistrables como signos distintivos a los que atenten contra la moral o las buenas costumbres, o reproduzcan el nombre o los símbolos de los estados o el de los organismos intergubernamentales.

16. Y en el derecho de autor, la mayoría de los ordenamientos no incluyen en la tutela a los textos de las leyes, reglamentos, decretos, tratados y demás documentos oficiales, como se verá en la unidad 5 del módulo II del presente curso.

III

LA CLASIFICACIÓN BIPARTITA DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

17. A pesar de la corriente doctrinaria que estudia a todos los derechos de propiedad intelectual bajo un tratamiento unitario^{4 5}, una clasificación más pragmática hace comprender en este campo normativo a dos grandes ramas:

- a. La propiedad industrial, bajo cuyo ámbito se incluyen no solamente las invenciones y los diseños industriales, sino también las marcas, los lemas y las denominaciones comerciales, campo tan amplio que el Convenio de París, como fue visto, incluye a la represión de la competencia desleal, aunque en este caso no se trata de derechos exclusivos, sino de sanciones a los actos contrarios a los “*usos honrados*” en materia industrial y comercial;⁶ y,
- b. El derecho de autor, que en un sentido amplio se extiende también a los llamados “*derechos conexos*” o “*afines*” al derecho de autor.

18. Esta clasificación bipartita tiene su origen en los propios inicios de la protección internacional, pues uno de los instrumentos con vocación mundial, el Convenio de París, contiene disposiciones relativas a las invenciones, las marcas, los diseños industriales, los nombres comerciales, las indicaciones de procedencia y la competencia desleal; mientras que el de Berna, reconoce los derechos sobre las obras en el campo de las artes y las letras.

19. Si dejamos de un lado a la competencia desleal (porque, como se ha dicho, no atribuye derechos subjetivos sobre ningún bien inmateral), existe entre esos dos

⁴ V.: BAYLOS CORROZA, Hermenegildo: Ob. Cit. 2da. Edición, pp. 131-132; y BAYLOS MORALES, Ma. del Buen Consejo: “*La frontera entre derecho de autor, derechos conexos y propiedad industrial. Planteamiento. Visión doctrinal del tema*”. Conferencia publicada en el Libro-Memorias del I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual. Ed. Ministerio de Cultura. Madrid, 1991.

⁵ Sobre las teorías unitarias de la Propiedad Intelectual, véase a ANTEQUERA PARILLI, Ricardo: “*Derecho de Autor*”. Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual (SAPI). Caracas, 1998. pp. 42-43. También en ANTEQUERA PARILLI, Ricardo: “*Propiedad Intelectual, Derecho de Autor y Derechos Conexos*”. Documento OMPI-SGAE/DA/COS/00/3. Séptimo Curso Académico Regional de la OMPI sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para países de América Latina. San José, Costa Rica, 2000.

⁶ V.: Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI): “*Información General*”, publicación No. 400 (s), Ginebra, 1995, p. 13.

grandes grupos (propiedad industrial y derecho de autor) un común denominador: que el objeto constituye un bien intelectual, en algunos casos creativo (como en las obras literarias y artísticas y en las invenciones industriales) y en otros, por lo menos, vinculado a la producción intelectual, siquiera en razón de su “*distintividad*” o “*eficacia distintiva*” (como en las marcas de productos y de servicios).

20. De allí en adelante hallamos que por la heterogeneidad de las materias comprendidas en el marco de la propiedad industrial, las afinidades importantes solamente aparecen cuando se compara el derecho sobre las invenciones y los diseños industriales, por una parte, con el derecho sobre las obras del ingenio por la otra, dado que en ambos casos el objeto tutelado es, esencialmente, una creación intelectual, una producción del talento humano.

IV

LA CLASIFICACIÓN TRIPARTITA DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

21. La diversidad de bienes inmateriales incluidos en el sistema normativo de la propiedad industrial, hizo que un importante sector de la doctrina elaborara una clasificación tripartita de los derechos de propiedad intelectual, así:

- a. El derecho de autor, cuyo objeto son las obras artísticas, literarias y científicas, sistema al cual se agregaría el de los derechos conexos o afines (según la expresión usada por cada legislación), entre ellos los de los artistas intérpretes y ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión;
- b. El “*derecho invencional*” (conocido en algunos países como “*derecho de patentes*”), atinente a la “*creación técnica*”, es decir, la comprensiva de las invenciones industriales y los descubrimientos,⁷ y que en algunas leyes se extiende a los llamados “*modelos de utilidad*”⁸; y,

⁷ V.: UZCÁTEGUI URDANETA, Mariano: “*Propiedad Industrial*”, Ed. Casuz, 2a. edición, Caracas, 1970, pp. 56-57. También, en un sentido bastante similar, la clasificación de Tullio Ascarelli en “*Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales*” (traducción de E. Verdera y L. Suárez-Llanos). Ed. Bosh. Barcelona, 1970. pp. 320-322.

⁸ Los modelos de utilidad, que en algunas leyes nacionales gozan de una “*pequeña patente*”, son aquellos que sin importar una invención propiamente dicha, la perfeccionan, ampliando su rendimiento o aumentando la utilidad o comodidad del objeto, v.gr.: el respaldo más cómodo de una silla; un lavarropa, con la misma máquina, pero diseñado en forma más práctica de ubicar en un pequeño apartamento; un reloj con la misma maquinaria, pero más liviano y adecuado para determinadas personas, etc. (V.: ZAVALLA RODRÍGUEZ, Carlos Juan: “*Régimen legal de los dibujos y modelos industriales*”, Ed. De Palma,

- c. El “*derecho marcario*”, que tiene por objeto la “*producción comercial*”, es decir, los signos distintivos, incluidas las marcas de fábrica, de comercio y de agricultura, las denominaciones y los lemas comerciales.

22. La anterior clasificación -no excluyente de otros derechos intelectuales que se han incorporado o se agreguen en lo futuro-, permite advertir las diferencias entre esas grandes categorías, que incluso se incorporan al derecho positivo en momentos distintos ⁹.

V

LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO INVENCIONAL Y EL DERECHO DE AUTOR

23. Si excluimos de la propiedad industrial al derecho marcario, nos encontramos ante las semejanzas y diferencias existentes entre los dos sistemas más afines, es decir, el derecho invencional y el derecho de autor.

24. En cuanto a las coincidencias:

- a. En ambas disciplinas, el objeto es un bien inmaterial con una aportación creadora, es decir, un resultado del ingenio humano.
- b. En la óptica de los derechos morales (extra-patrimoniales o de “*orden personal*”), existe la similitud en cuanto al derecho del creador (inventor o autor) de ser reconocido como tal en la invención o en la obra, según los casos.
- c. Desde el ángulo patrimonial, en ambos se reconoce un derecho subjetivo, de efectos *erga omnes*, que le atribuye al titular de la creación una facultad exclusiva de explotación.
- d. En ambos casos, la mayoría de las legislaciones reconocen la transmisibilidad entre vivos de ese derecho patrimonial.

25. Veamos ahora las diferencias:

Buenos Aires, 1962. p. 2). También en FERNÁNDEZ BALLESTEROS, Carlos: “*El derecho de autor y los derechos conexos en los umbrales del año 2000*”, en el libro-memorias del I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual, Ed. Ministerio de Cultura. Madrid, 1991, p. 111).

⁹ Sobre los antecedentes legislativos de cada una de las ramas de la Propiedad Intelectual, véase a ANTEQUERA PARILLI, Ricardo: “*Derecho de Autor*”. Ob. Cit. p. 46.

- a. En cuanto al objeto, en el derecho invencional la creación ingeniosa aprovecha o modifica las fuerzas de la naturaleza, con el objeto de resolver un problema técnico (aunque de esta característica no participan los diseños industriales, donde la creatividad consiste en la facilidad de uso o la presentación de determinadas cosas); y en el derecho de autor el objeto está en la forma de expresión formal de una creación artística, literaria o científica.
- b. Por eso, en el derecho invencional la tutela se reconoce al contenido de la producción ingeniosa, al tiempo que en el derecho de autor la protección se dirige a la forma de expresión.
- c. En relación con el destino, la invención tiene una finalidad estrictamente práctica o utilitaria, razón por la cual sólo son patentables las invenciones que demuestren su industriabilidad; la obra, en cambio, tiene como objetivo el uso o disfrute intelectual de una forma de expresión artística, literaria o científica, lo que no impide que de su contenido puedan aprovecharse ideas para la solución de problemas técnicos, como en las cartas geográficas, los planos topográficos y los programas de computación, o que tengan una utilidad práctica, como en las obras de arte aplicado.
- d. La creatividad en ambas disciplinas es vista con una apreciación diferente: en el derecho invencional, como “*novedad*” y “*altura inventiva*”, de manera que la invención no puede haber sido conocida públicamente con antelación en forma suficiente y debe superar, además, el “*estado de la técnica*”, de modo que si falta la novedad, podrá haber invención pero no patente ¹⁰; en cambio, en el derecho de autor, equivale a originalidad (o “*individualidad*”), es decir, que la obra, por su forma de expresión, tenga la impronta de la personalidad del autor, con elementos suficientes que la distingan de otras del mismo género.
- e. En el contenido de los derechos, los de orden moral tienen una mayor amplitud en el campo autoral que en el invencional, pues si bien en ambos casos existe un “*vínculo afectivo*” entre el hombre y su creación, la finalidad industrial de la invención hace que en el derecho positivo se le conceda menos relevancia a otras facultades personales distintas de la paternidad. En cambio, hay una mayor influencia en el reconocimiento del derecho moral en la esfera autoral, donde por tratarse de creaciones espirituales en las cuales la protección no se dirige a la solución de un problema técnico sino a una forma de expresión literaria o artística, cobran especial importancia aspectos como

¹⁰ V.: SANSÓ, Benito: “*Las patentes de invención en Venezuela*”, en: SANSÓ, Benito y RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard: “*Estudios de Derecho Industrial*”, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho. Caracas, 1965, p. 13.

“*el decoro de la obra y la reputación del autor*”, razón por la que se reconocen otros derechos morales, además del de paternidad y al anónimo, como el de divulgación y al de inédito, el de integridad y de respeto a la obra y, en muchas legislaciones, el de retracto o retiro de la obra del comercio.

- f. En cuanto al contenido patrimonial, en ambas disciplinas se reconoce un derecho exclusivo de explotación sobre la obra o invención. Sin embargo, en el caso de la invención, por su aplicación industrial para resolver un problema técnico, tiene un escenario más limitado, pues el derecho se traduce en la facultad de “*impedir*” que terceros utilicen sin autorización el invento a través de determinadas modalidades (esencialmente mediante la fabricación, copia, imitación o duplicación) y en el de permitir o no el uso de modificaciones introducidas al invento. Por el contrario, en el derecho de autor se trata de un derecho exclusivo de autorizar el uso de la obra “*por cualquier forma*” de manera que toda enumeración de las modalidades de explotación exclusivas del autor es simplemente ejemplificativa, salvo excepción legal expresa.
- g. Respecto de la duración, en el derecho invencional el plazo de protección gira, generalmente, alrededor de los 20 años; pero el derecho de autor tiene una extensión mayor pues conforme al Convenio de Berna (art. 7,1), no debe ser inferior al de la vida del autor más cincuenta años después de su muerte, ello sin perjuicio de la facultad para los legisladores nacionales de reconocer un plazo mayor al mínimo convencional.
- h. Por lo que se refiere a la adquisición del derecho, sin perjuicio de que desde el punto de vista teórico podría concebirse un derecho invencional no sujeto a formalidades¹¹ y que en algunos ordenamientos puedan existir ciertos derechos sobre el invento anteriores a la concesión de la patente (como el de ceder previamente los derechos sobre la invención o el de oponerse a que ésta sea patentada por un tercero¹²), lo cierto es que la tendencia generalizada es la de reconocer en la patente una formalidad *ad solemnitatem*, necesaria para hacer valer el derecho exclusivo de explotación frente a terceros. Por el contrario, de acuerdo al Convenio de Berna (art. 5,2), se reconoce la protección de la obra por el solo hecho de la creación, de manera que el goce y el ejercicio de los derechos no están subordinados al cumplimiento de ninguna formalidad y, en consecuencia, cualquier sistema registral solamente puede tener un carácter facultativo y declarativo, pero no constitutivo de derechos.

¹¹ VILLALBA, Carlos: “*La Propiedad Intelectual en sus facetas*”, Curso Internacional OMPI-SUISA sobre derecho de autor y derechos conexos. Documento OMPI/CNR/MEX/9/1. Puebla (México), 1991.

¹² V.: UZCÁTEGUI URDANETA, Mariano: “*Propiedad Industrial*”, Ed. Casuz, 2a. edición, Caracas, 1970, pp. 92-94.

- i. Finalmente, en algunas leyes la patente está sujeta a caducidad si en un plazo determinado el invento no se pone en explotación; mientras que las obras artísticas, científicas y literarias gozan de protección por todo el plazo legal, con independencia de que sean divulgadas o permanezcan inéditas.

VI

LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO MARCARIO Y EL DERECHO DE AUTOR

26. Las coincidencias entre ambos sistemas (derecho de autor y derecho marcario), se centran en el objeto (bien inmaterial), el carácter exclusivo del derecho y, generalmente, la posibilidad de transmitir por acto entre vivos, en ambos casos, el derecho de explotación.

27. Pero entre el derecho sobre los signos distintivos -derecho marcario- y el derecho de autor saltan a la vista importantes diferencias, como las siguientes:

- a. Se distingue, fácilmente, la “*eficacia distintiva*” exigible a la marca -la que no tiene por qué constituir una creación intelectual, *stricto sensu* sino tener capacidad diferenciadora-, del carácter creador, en su forma de expresión, de las obras literarias y artísticas, lo que no impide que los elementos de una marca puedan considerarse, simultáneamente, una obra del ingenio.
- b. Se diferencian en el carácter temporal del derecho de autor, en comparación con la posibilidad de que el derecho sobre la marca, mediante renovaciones sucesivas, pueda mantenerse con carácter permanente, salvo que se extinga por falta de renovación o caduque por falta de uso.
- c. Se oponen, la protección de la creación literaria y artística con prescindencia de toda formalidad, al requisito del registro que se exige en muchos de los ordenamientos nacionales en relación con los signos distintivos.
- d. En el derecho de autor, el derecho exclusivo se otorga sobre la “*obra*” como bien autónomo e independiente, mientras que la tutela en el derecho marcario pierde su sentido fundamental si se prescinde del producto o de la empresa a la cual se vincula el signo distintivo.
- e. Y por esa vinculación del signo con el producto o el servicio, el monopolio de exclusividad tiene visos distintos al del autor o el inventor sobre su aporte creativo pues, como regla general, el derecho exclusivo sobre la marca sólo

se adquiere para la clase de productos, actividades o empresas para las cuales ha sido registrada, de acuerdo con la clasificación oficial, de manera que pueden coexistir titulares sobre el mismo signo pero para identificar bienes o servicios diferentes, salvo en el caso de las “*marcas renombradas*” (y, en muchas legislaciones, también para las “*notoriamente conocidas*”) donde el derecho exclusivo sobre el signo rebasa el principio de la “*especialidad*” y puede oponerse en relación con productos o servicios de clases distintas.

VII

LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO INVENCIONAL Y EL DERECHO MARCARIO

28. Aunque en la clasificación bipartita de los derechos de propiedad intelectual el derecho sobre las invenciones (“*derecho invencional*”) y el que se ostenta sobre los signos distintivos (“*derecho marcario*”), se integran en la “*propiedad industrial*”, lo cierto es que se trata de dos sub-sistemas que tienen en común la protección internacional básica a través de un mismo Convenio, el de París (sin perjuicio de la existencia de otros instrumentos internacionales que versan sobre aspectos específicos de uno u otro derecho) y, además, en muchos países, el de encontrarse regulados por una misma ley.

29. Para la comparación entre ambos sub-sistemas, usaremos la expresión “*derecho marcario*” para comprender, fundamentalmente, dos objetos protegidos, a saber:

- a. Las marcas comerciales, constituidas por el signo identificativo de un producto industrial o comercial o de un servicio; y,
- b. Las denominaciones o nombres comerciales, que tienen por objeto distinguir a una industria o a un establecimiento mercantil.

30. Obviaremos aquí a las denominaciones de origen sobre las que haremos algunos comentarios al final de la unidad, dadas sus características especiales.

31. En las dos disciplinas (derecho marcario y derecho invencional) encontramos como elemento común la inmaterialidad del objeto protegido, el carácter exclusivo del derecho y su transmisibilidad a terceros.

32. También contamos con la presencia en ambos sub-sistemas del requisito de la formalidad para la adquisición del derecho, sea a través de la necesaria obtención

de la patente a los efectos de ostentar el derecho de exclusión frente a terceros en relación con una invención, o bien por medio del registro de la marca para excluir a otros en su utilización, al menos en los países donde impera el sistema constitutivo para la protección de los signos distintivos.

33. Pero, a su vez, entre ellas existen diferencias sustanciales:

- a. Así como el derecho invencional protege una aplicación práctica y utilitaria, es decir, una invención técnica, el derecho marcario tutela a un signo distintivo del producto o servicio resultante de una actividad industrial o comercial, o la propia empresa.
- b. El interés jurídico protegido en ambas disciplinas es distinto, ya que en el caso de las invenciones se otorga una patente que confiere un derecho de explotación para estimular la creatividad y el desarrollo industrial, al tiempo que la tutela a los signos marcarios tiene varias finalidades: designar la procedencia de la mercancía, individualizar el producto y proteger a la clientela que lo consume, razón por la cual se prohíbe el registro de una marca que pueda inducir al público a confusión con otra ya registrada.
- c. Para el otorgamiento de una patente de invención, son necesarios los requisitos de novedad y altura inventiva, como ya fue visto, de suerte que, además de tratarse de un bien intelectual que no haya sido dado a conocer antes, es menester que se trate de una “*creación*” aplicable a la industria y que supere el “*estado de la técnica*”, mientras que en el derecho marcario, lo que se exige del signo es que tenga “*eficacia distintiva*”¹³, es decir, que permita a la marca diferenciar al producto o servicio de cualquiera de la misma clase, razón por la cual se afirma que mientras la disciplina de las creaciones tiene por objeto una obra valiosa en sí misma, los signos distintivos son simples medios identificadores.¹⁴
- d. En cuanto a la duración del derecho, hemos dicho que el invencional tiene un plazo fijo contado generalmente a partir de la fecha de solicitud de la patente, mientras que en el derecho marcario, la protección con el registro puede ser objeto de renovaciones sucesivas.
- e. Por lo que atañe al carácter exclusivo del derecho, mientras que el conferido por la patente puede ser opuesto a cualquier tercero que pretenda explotar la invención patentada; en el caso de los signos distintivos, por el contrario, el

¹³ V.: ASCARELLI, Tullio: “*Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales*. Ob. Cit. p. 407.

¹⁴ BAYLOS CORROZA, Hermenegildo: “*Tratado de Derecho Industrial*”, Ob. Cit., 1ª edición. p. 580.

derecho de exclusión solamente puede oponerse a terceros que realicen determinados actos no autorizados con relación a productos idénticos o similares para los cuales haya sido registrada la marca, salvo en el caso de las marcas “renombradas” (o, incluso, las “notoriamente conocidas”), en las que ese derecho puede oponerse con relación a productos o servicios registrados en clases diferentes, de acuerdo a las previsiones de cada ley nacional.

VIII

LAS ZONAS FRONTERIZAS ENTRE EL DERECHO INVENCIONAL, EL DERECHO MARCARIO Y EL DERECHO DE AUTOR

34. Entre la propiedad industrial (derecho invencional y derecho marcario) y el derecho de autor, se presentan “zonas fronterizas”, hasta el punto que algunas legislaciones disponen que los derechos autorales son independientes y compatibles con los de propiedad industrial que puedan existir sobre la obra¹⁵.

35. A continuación revisaremos brevemente algunas conexiones entre las invenciones, los diseños industriales, las marcas y las obras del ingenio.

36. Toda invención requiere para su patentamiento de una memoria descriptiva de la solución técnica la cual, por su forma de expresión, puede ser considerada una obra escrita y a partir de ella elaborarse también, por ejemplo, un manual de aplicaciones, de manera que sin perjuicio de la patente, la descripción y los manuales pueden invocar la protección por el derecho de autor, para impedir, por ejemplo, reproducciones no autorizadas.

37. Lo que no podría pretender el autor de esa obra escrita es que el lector, a partir de los conocimientos allí adquiridos, pueda, a su vez, conseguir su propia solución técnica y en consecuencia patentable, pues el derecho de autor no reconoce protección a las ideas en sí mismas.

38. También las obras de arte aplicado, definidas por el Glosario de la OMPI de derecho de autor y derechos conexos como las de carácter artístico aplicadas a ob-

¹⁵ Sobre las interconexiones entre el derecho de autor y la propiedad industrial, v.: LIPSZYC, Delia: “Derecho de Autor y Derechos Conexos”. Ed. UNESCO/CERLALC/ZAVALÍA. Buenos Aires, 1993. pp. 12-18.

¹⁶ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI): “Glosario de derecho de autor y derechos conexos (autor principal: György Boytha), Ginebra, 1980, Voz 9, p. 9.

jetos de uso práctico, bien sean de artesanía u otras producidas a escala industrial¹⁶, también se mueven en el “*terreno movedizo*” entre el derecho invencional y el autorral, pues esta categoría de obras tiene una forma de expresión artística, pero por su destino una utilización industrial.

39. A su vez, se entiende por diseño industrial cualquier reunión de líneas o de combinación de colores o cualquier forma externa bidimensional o tridimensional, que se incorpore a un producto industrial o de artesanía para darle una apariencia especial, sin que cambie el destino o finalidad de dicho producto y sirva de tipo o patrón para su fabricación.

40. Aunque la problemática de la protección de las obras de arte aplicado y de los diseños industriales será objeto de tratamiento en la unidad 1 del módulo III, baste adelantar que una obra de arte aplicado puede ser, simultáneamente, un diseño industrial, y viceversa, lo que plantea la posibilidad de reconocer, en ambos casos, la protección acumulada.

41. Por su parte, la frontera entre la disciplina marcaria y la autorral se ubica en varios aspectos, a saber:

- a. Que la figura o los dibujos destinados a distinguir un producto o servicio constituyan, *per se*, una manifestación artística, caso en el cual puede coexistir la doble protección, como marca y como obra estética¹⁷.
- b. Que se pretenda registrar como marca una obra artística que pertenece a otro -sea mediante plagio servil o por plagio “*elaborado*”-, supuesto en el cual el titular del derecho de autor puede oponerse a la inscripción de la marca, sin perjuicio de las acciones que ejerza, en el ámbito de la ley autorral, por explotación ilícita y usurpación de paternidad.
- c. Que se presente la solicitud de una marca constituida por un vocablo o combinación de palabras, en forma idéntica o similar al título de una obra protegida por el derecho de autor, de manera que dicho uso pretenda aprovecharse del prestigio de la obra preexistente o crear confusión en el público entre dicha creación y el producto o servicio que se aspira identificar con título.

42. Sin perjuicio de las acciones del derecho común, la solución debería expresarse en la propia legislación marcaria, como las que establecen que no se pueden

¹⁷ SCIARRA QUADRI, Armando: “*Las obras figurativas y los signos marcarios*”. Trabajo publicado en el Libro-Memorias del III Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos. Ed. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)/Instituto Interamericano de Derecho de Autor (IIDA)/República Oriental del Uruguay. Montevideo, 1997.

inscribir como marca elementos protegidos por el derecho de autor pertenecientes a un tercero, salvo la debida autorización.

IX

EL DERECHO DE AUTOR COMO CONJUNTO DE NORMAS DE DERECHO ESPECIAL

43. Partiendo de la concepción jurídica latina o continental común a todas las legislaciones iberoamericanas (como se estudiará en la unidad 4 de este módulo introductorio), definiremos al derecho de autor como el sistema normativo, integrado en el marco de la “*Propiedad Intelectual*”, que atribuye derechos subjetivos al autor sobre sus creaciones intelectuales con características de originalidad, en el dominio literario, artístico o científico¹⁸.

44. También bajo la tradición continental, podemos señalar que ese campo normativo se rige por los principios siguientes:

- a. Autor es solamente la persona física que realiza la creación intelectual.
- b. El autor tiene la titularidad originaria de los derechos morales y patrimoniales sobre su obra.
- c. Cualquier titularidad en cabeza de una persona distinta del autor, tiene carácter derivado.
- d. El objeto de la protección son todas las obras del ingenio, de carácter creador, con características de originalidad, en el dominio literario, artístico o científico.
- e. Cualquier enumeración legislativa de las obras protegidas por el derecho de autor, tiene un carácter simplemente ejemplificativo.

¹⁸ Para una noción introductoria acerca del derecho de autor y los derechos conexos, v.: DELGADO, Antonio: “*Fundamento y evolución del Derecho de Autor*”. Documento OMPI/DA/JU/COS/92/2. Seminario Regional de la OMPI sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para jueces de Centroamérica y Panamá. San José, 1992; ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL (OMPI): “*Nociones básicas de derecho de autor y derechos conexos*”. Documento OMPI/DA/QUI/97/1. Seminario Nacional de la OMPI sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para diplomáticos del Ecuador. Quito, 1997; y RUBIO TORRES, Felipe: “*Consideraciones generales sobre el Derecho de Autor*”. Documento presentado II Seminario Centroamericano sobre Propiedad Intelectual para Catedráticos Universitarios. Secretaría de Integración Económica Centroamericana (SIECA). Ciudad de Guatemala, 2000.

- f. El derecho del autor está conformado por facultades de orden personal (derecho moral) y de carácter patrimonial (derecho de explotación).
- g. Los derechos de orden moral son, por lo menos, inalienables e irrenunciables.
- h. Los derechos morales comprenden, entre otros, el de divulgación y al inédito, el de paternidad del autor y al anónimo y el de integridad de la obra, a los cuales debe agregarse, conforme a muchos ordenamientos nacionales, el de retracto o de retiro de la obra del comercio.
- i. El derecho patrimonial comprende el exclusivo de autorizar o no la utilización de la obra por cualquier medio o procedimiento, conocido o por conocerse, salvo excepción legal expresa.
- j. Las limitaciones al derecho patrimonial exclusivo del autor deben partir del principio del respeto a los “*usos honrados*”, es decir, restringidas a casos especiales previstos en la ley, no atenten contra la explotación normal de la obra, ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.
- k. Toda excepción al derecho exclusivo de explotación debe ser objeto de interpretación restrictiva.
- l. El derecho del autor dura, salvo casos de excepción, toda la vida del creador y un tiempo después de su muerte, el cual, conforme al artículo 7,1 del Convenio de Berna, no puede ser inferior a cincuenta años “*post-mortem auctoris*”.
- m. La protección se reconoce por el solo hecho de la creación de la obra, de manera que el goce y el ejercicio de los derechos no están sometidos al cumplimiento de ninguna formalidad.

X

EL DERECHO DE AUTOR Y SUS RELACIONES CON LOS DERECHOS CONEXOS

45. Con posterioridad al reconocimiento del derecho de autor, se han incorporado a las legislaciones derechos que, reunidos bajo el nombre de “*conexos*” o “*afines*”, tienen como objeto de protección ciertas manifestaciones personales o actividades técnico-empresariales que no constituyen una “*creación*” literaria, artística o científica en sí mismas, pero tienen una íntima vinculación con la difusión de las obras del ingenio.

46. Algunas de esas manifestaciones han sido objeto de reconocimiento a través de instrumentos internacionales, como la Convención de Roma para la protección de los artistas intérpretes y ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión (Convención de Roma), el Convenio de Ginebra para la protección de los productores de fonogramas contra la reproducción no autorizada de sus fonogramas (Convención Fonogramas), el Tratado de la Organización Mundial del Comercio (OMC) con su Anexo 1C que contiene el Acuerdo sobre los ADPIC, ya mencionado, y el nuevo Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (TOIEF en español o WPPT por sus siglas en inglés).

47. Es común que tales derechos se encuentren regulados, dentro de un Título o Capítulo especial, en la ley nacional sobre derecho de autor.

48. Sin embargo, no se trata de derechos conexos entre sí, pues son en verdad diferentes sub-sistemas de protección donde el elemento que los vincula es el de ser vecinos o conexos al derecho de autor, pues cada uno de ellos tiene su propia naturaleza, objeto, características y protección legal.

49. En todo caso, dispone la Convención de Roma, que *“la protección prevista en la presente Convención dejará intacta y no afectará en modo alguno a la protección del derecho de autor sobre las obras literarias y artísticas”*, de manera que *“por lo tanto, ninguna de las disposiciones de la presente Convención podrá interpretarse en menoscabo de esa protección”* (art. 1).

El derecho de los artistas intérpretes o ejecutantes

50. Conforme al artículo 3,a) de la Convención de Roma, artista intérprete o ejecutante es todo actor, cantante, músico, bailarín u otra persona que represente un papel, cante, recite, declame, interprete o ejecute en cualquier forma una obra literaria o artística.

51. Sin embargo, la misma Convención difiere a las legislaciones la posibilidad de extender la protección a los artistas que no ejecuten obras literarias o artísticas (art. 9), como los que interpretan expresiones del folklore o los artistas de variedades y de circo.

52. Por eso, el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (en lo adelante, TOIEF), amplía la definición básica de la Convención de Roma al reconocer también la protección a los artistas que interpreten o ejecuten *“expresiones del folclore”* (art. 2,a).

53. No nos corresponde aquí detallar los derechos reconocidos a los intérpretes

o ejecutantes (pues se estudiarán en la unidad 2 del módulo IV de este curso), pero sí su conexión con el derecho de autor.

54. Entre el derecho del autor y el del artista existen algunos elementos comunes, por ejemplo, el que en ambos el titular originario es una persona física; el que en los dos son reconocidos generalmente derechos morales sobre la obra o la prestación artística, respectivamente; y el que existe la posibilidad de reunir, en una misma persona, a los dos sujetos, típico caso de los “cantautores”.

55. Pero también se presentan diferencias sustanciales, a saber:

- a. Salvo las excepciones anotadas de los intérpretes o ejecutantes del folklore y los artistas de variedades y de circo, no existe interpretación o ejecución artística sin una obra preexistente y el uso de esa obra supone la previa autorización del autor, debiendo resguardarse, además, los derechos morales del autor a la paternidad sobre la creación y a la integridad de su obra.
- b. La prestación artística no es una “obra”, sino la interpretación o ejecución de una preexistente.
- c. Los derechos reconocidos al autor tienen un ámbito más amplio que los atribuidos a los intérpretes o ejecutantes, tanto los de orden moral como los de carácter patrimonial.

El derecho del productor fonográfico

56. De acuerdo al artículo 3,c) de la Convención de Roma, productor de fonogramas es la persona natural o jurídica que fija por primera vez los sonidos de una ejecución u otros sonidos, definición ampliada, a título de aclaración, por el TOIEF (art. 2,d), al señalar que es la persona natural o jurídica que “toma la iniciativa y tiene la responsabilidad económica” de la primera fijación de los sonidos de una ejecución o interpretación u otros sonidos “o las representaciones de sonidos”.

57. Por protegerse una actividad económica-técnico-organizativa, no se reconocen derechos morales a los productores fonográficos.

58. La vinculación existente entre el derecho del productor fonográfico y los del autor y el artista está dada porque los sonidos incorporados a la fijación consisten, generalmente, en los de una obra y en los de una interpretación o ejecución artística.

59. En ese sentido, dichas relaciones están determinadas por la autorización que requiere el productor para la fijación de la obra (salvo en las leyes que permiten el otorgamiento de licencias legales u obligatorias para realizar grabaciones sono-

ras, que no es el caso de las iberoamericanas), como también para fijar la interpretación o ejecución del artista, todo ello además de satisfacer las remuneraciones correspondientes y respetar los derechos morales del autor de la obra y del artista intérprete o ejecutante.

60. De allí que si bien los derechos del intérprete o ejecutante y los del productor fonográfico son “*conexos*” al del autor, no significa que sean “*afines*” entre sí -salvo la vinculación contractual existente entre ambos y el de compartir generalmente una remuneración por la comunicación pública del fonograma que contiene la interpretación o ejecución-, pues surgen diferencias notables en cuanto al objeto de la tutela, la titularidad y el contenido de los derechos.

El derecho de los organismos de radiodifusión

61. Se entiende por organismo de radiodifusión la persona natural o jurídica que emite mediante difusión inalámbrica, sonidos (radio) o imágenes y sonidos (televisión), para su recepción por el público.

62. En ese sentido, el TOIEF entiende por “*radiodifusión*” la transmisión inalámbrica de sonidos o de imágenes y sonidos o de las representaciones de éstos para su recepción por el público, considerando que también hay radiodifusión en el caso de las transmisiones por satélite o cuando se trate de señales codificadas, siempre que los medios de descodificación sean ofrecidos al público por el organismo de radiodifusión o con su consentimiento (art. 2,g).

63. Como puede verse, tampoco aquí el objeto protegido es una obra sino la “*emisión*”, definida por la Convención de Roma como la difusión inalámbrica de sonidos o de imágenes y sonidos para su recepción por el público (art. 3,f), y está claro que la sola emisión no constituye una creación intelectual original, sino el resultado de una actividad organizativa técnico-empresarial.

64. Pero la emisión de un radiodifusor contiene una programación la cual, generalmente, está constituida por obras, prestaciones artísticas y producciones fonográficas, de manera que el organismo de radiodifusión es un usuario de tales creaciones, prestaciones y producciones y, por tanto, obligado a cumplir las obligaciones derivadas de esa utilización.

65. Por otra parte, si bien el organismo de radiodifusión tiene un derecho sobre su emisión, no puede alegar ninguna facultad exclusiva de utilización (salvo pacto o disposición legal en contrario) sobre las obras, prestaciones o producciones emitidas, pues no es titular de derechos sobre esos bienes intelectuales preexistentes utilizados en la programación, a menos que ostente alguna cesión expresa y exclusiva del respectivo derecho.

66. El derecho conexo atribuido al radiodifusor se refiere a su emisión y no al que pueda tener como productor de una obra audiovisual realizada bajo su iniciativa y responsabilidad (como las telenovelas producidas por estaciones de televisión), pues en estos casos la tutela se ubica -sea como cesionario de los derechos sobre dicha obra o bien como titular por efecto de la ley, según el sistema nacional aplicable-, en el marco del derecho de autor.

XI

OTROS DERECHOS INTELECTUALES

67. Bajo la denominación de “*otros derechos intelectuales*” estudiaremos someramente aquellos que no guardan identidad con alguna de las ramas ya existentes; se encuentran en terreno intermedio entre dos o varias de esas áreas; o tienen un carácter *sui generis*, dada la enumeración ejemplificativa de los ámbitos comprendidos en el campo normativo de la propiedad intelectual, razón por la cual, generalmente, tienen su tutela en una ley separada y especial.

68. Dejaremos de lado, para ser analizados en la unidad 5 del módulo sobre Derechos Conexos, los casos que en el marco de algunas legislaciones esos derechos se ubican en el capítulo atinente a “*otros derechos intelectuales*” o a otros “*derechos afines*” o “*conexos*” al derecho de autor.

La competencia desleal

69. Como ya fue mencionado *supra*, la competencia desleal no tiene como bien jurídico protegido un aporte intelectual (obra, invención, marca), ni atribuye un derecho subjetivo que implique un monopolio de explotación sobre una creación determinada o un bien inmaterial autónomo.

70. Su ubicación en el marco de la “*propiedad intelectual*” se fundamenta en que esas conductas desleales guardan en muchos casos relación o lesionan derechos amparados por el derecho invencional o el marcario, sin perjuicio de que puedan afectar también derechos autorales.

71. Pero ocurren en la práctica muchos supuestos de competencia desleal en que la conducta ilícita no afecta derechos de propiedad intelectual, pero sí a la libre competencia, a la ética en las prácticas empresariales o a la buena fe de los consumidores.

72. La Revisión de Estocolmo (1967) del Convenio de París (art. 10*bis*), dispone que deben prohibirse, particularmente, los actos capaces de crear confusión con

el establecimiento, los productos o la actividad empresarial de un competidor; las falsas alegaciones susceptibles de desacreditar la empresa, los productos o la actividad de un competidor; o las indicaciones o alegaciones susceptibles de inducir al público a una equivocación sobre la naturaleza, modo de fabricación, características, posibilidades de uso o cantidad de mercaderías.

Los secretos industriales o empresariales (o la protección de la información no divulgada)

73. El Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), Anexo 1C del Tratado de la OMC, reconoce protección a la información no divulgada (art. 39).

74. Como regla general, las legislaciones han concedido ese derecho a favor de quien tenga el control de un secreto empresarial contra su revelación, adquisición o uso por parte de un tercero, sin autorización, mediante prácticas contrarias a la lealtad en el comercio, siempre que la información no sea en general conocida ni fácilmente accesible a las personas que normalmente manejen ese tipo de datos; que la misma tenga un valor real y efectivo en la industria o el comercio por el hecho de ser confidencial; y que la persona que legalmente la tenga bajo su control haya adoptado las medidas razonables para mantenerla secreta.

75. En verdad es un derecho de protección contra la competencia desleal y el objeto no tiene que constituir un bien inmaterial creativo, sino tener un valor industrial o comercial efectivo o potencial por su carácter de secreto.

Las denominaciones de origen

76. Conforme al artículo 2 del Arreglo de Lisboa relativo a la protección de las denominaciones de origen y su registro internacional, es denominación de origen la *“denominación geográfica de un país, de una región o de una localidad que sirva para designar un producto originario del mismo y cuya calidad o características se deben exclusiva o esencialmente al medio geográfico, comprendidos los factores naturales y los factores humanos”*.

77. Si bien la finalidad consiste en brindar tutela legal a esos signos, no se atribuye un derecho exclusivo de explotación en poder de una sola persona para su utilización, sino que ampara a todas aquellas empresas que produzcan un bien, en una zona geográfica determinada, reuniendo las condiciones ya señaladas y cumplidos los requisitos exigidos por la legislación aplicable.

Las variedades vegetales

78. En este derecho, el objeto protegido no es una invención, sino una obtención vegetal que pueda, por uno o varios elementos de importancia, distinguirse de otra variedad ya conocida al momento de solicitar la protección.

79. De acuerdo al Convenio Internacional para la protección de las Obtenciones Vegetales (1961), con sus respectivas Revisiones de Ginebra (1972 y 1978), el obtentor de una variedad nueva, o sus causahabientes, tiene el derecho exclusivo de autorizar:

- a. La producción comercial del material de multiplicación, en su calidad de tal, de dicha variedad y su puesta a la venta o comercialización.
- b. El empleo repetido de la nueva variedad para la producción comercial de otra variedad.
- c. La utilización comercial de las plantas ornamentales o de partes de dichas plantas como material de multiplicación

Las invenciones biotecnológicas

80. Las innovaciones en biotecnología adquieren una gran importancia en el mundo actual, pues es posible crear organismos vivos y no sólo nuevas variedades vegetales, sino también razas de animales, proteínas por medio de ingeniería genética o conseguir y usar nuevas bacterias para fines específicos.

81. Nadie duda sobre la necesidad de reconocer protección a tales invenciones que demandan grandes esfuerzos investigativos y económicos, pero subsisten discusiones sobre cual debe ser el objeto de la patente y cuales los requisitos para la patentabilidad, especialmente en cuanto a que la intervención humana haya sido el factor determinante para la obtención del resultado y no si esa participación se ha limitado a seleccionar la materia existente, dejando simplemente que desarrolle su función biológica normal en condiciones naturales.¹⁹

82. En los micro-organismos la patentabilidad supone la descripción escrita de la invención, pero ésta puede no ser suficiente para individualizar lo que se desea

¹⁹ V.: BERCOVITZ, Alberto: “*Problemática de la protección de las invenciones biotecnológicas desde una perspectiva europea*”, en “*Forum Regional sobre el impacto de las nuevas tecnologías en el derecho de la propiedad intelectual para los países de América Latina y el Caribe*”. OMPI. Montevideo, 1989, pp. 203-228; GRAU, Alberto: “*Biotecnologías y Propiedad Intelectual*”, idem, pp. 201-202; y MURASHIGE, Kate H.: “*El impacto de la biotecnología sobre el derecho de propiedad intelectual y Consideraciones en materia de concesión de licencias*”. Ibidem. pp. 177-199.

patentar, a menos que se deposite una muestra, lo que a su vez implica una infraestructura compleja para mantenerla viva y no contaminada, además de los costos que significan efectuar ese depósito en cada país donde se pretenda la protección.

83. De allí que el Tratado de Budapest sobre el reconocimiento internacional del depósito de microorganismos a los fines del procedimiento en materia de patentes (1977), reconozca un depósito único ante una cualquiera de las autoridades nacionales que adquiera el estatuto correspondiente, previa la satisfacción de las exigencias establecidas en el instrumento.²⁰

Los descubrimientos científicos

84. Aunque siempre se afirma, como lo prevén muchas legislaciones, que están protegidas las obras de carácter literario, artístico o “científico”, es de advertir que la tutela por el derecho de autor no abarca a las ideas, sino al ropaje con que las ideas se visten, es decir, a la forma de expresión.

85. En consecuencia, ante un descubrimiento científico, el autor del hallazgo podrá escribir una obra sobre su investigación la cual quedará protegida por el derecho de autor en cuanto a la forma de expresar sus ideas, pero no podrá impedir que el resultado de su trabajo pueda ser aprovechado en la práctica o que a partir de él se logren inventos o soluciones técnicas.

86. Y es que el descubrimiento científico no es una invención, ni una obra: se trata de un encuentro con algo que ya existe en la naturaleza.

87. Pero ese encuentro puede ser, y así ocurre generalmente, debido a considerables estudios, investigaciones y dedicación intelectual y no deja de resultar injusto que, mientras se reconoce un monopolio de explotación al creador de una invención que se ha aprovechado de ese hallazgo científico, el descubridor no obtenga por ello ninguna compensación económica.

88. Se han tratado de elaborar fórmulas para asegurar derechos sobre la “*propiedad científica*”, conocida como “*le droit des savants*” y cuyo análisis excede los propósitos de este recuento.

89. Baste señalar que las propuestas giran entre otorgar al descubridor una patente de principio, de reconocerle un derecho de participación en la invención u otorgarle una recompensa mediante un sistema de premiaciones.

²⁰ V.: OMPI: “*Información General*”. Ob. Cit. pp. 30-32.

Los caracteres tipográficos

90. Los caracteres tipográficos son el conjunto de dibujos que se emplean para la edición de gráficos (signos figurativos, adornos, etc.), los cuales, de tener originalidad, deben ser merecedores de tutela legal.

91. No se trata aquí de un “*derecho conexo*” al del autor otorgado al editor sobre la individualidad en la forma de presentación gráfica de la obra, sino en la novedad de los símbolos utilizados para la impresión.

92. Conforme al Acuerdo de Viena relativo a la protección de los caracteres tipográficos y su depósito internacional, esa tutela puede otorgarse, sea a través de la legislación nacional sobre dibujos y modelos industriales, bien en las disposiciones nacionales sobre el derecho de autor, o en ambas.

Los circuitos integrados

93. Los circuitos integrados son dispositivos construidos en pequeñas piezas semiconductoras (chips) que, introducidas en una innumerable variedad de equipos (v.gr.: cohetes espaciales, sistemas de inyección directa de un automóvil o un horno de microondas, para poner tres ejemplos de distintas dimensiones), cumplen las más diversas tareas electrónicas.

94. Ese producto (circuito integrado), tiene como elemento creativo el “*esquema de trazado*” (topografía), es decir, la disposición espacial de los elementos electrónicos integrados y de las conexiones establecidas entre ellos, sea en la forma como se halla en el propio “*chip*” o bien en la expresada por medios tales como máscaras, dibujos o cintas magnéticas.²¹

95. Los esquemas de trazado demandan millonarias inversiones para tratar de obtener circuitos integrados más diminutos, más eficientes y de menor precio, pero cuya duplicación, copia o imitación se hace cada vez más fácil y a muy bajo costo, lo que desalienta nuevas investigaciones en el área.

96. El reclamo de las industrias productoras de estos nuevos bienes aspira a lograr una protección que les asegure, al menos, el derecho de autorizar o no la reproducción, total o parcial del esquema de trazado, así como la importación, dis-

²¹ V.: MASSAGUER, José: “*El Tratado de Washington sobre la Propiedad Intelectual respecto de los circuitos integrados*”, en Derecho de la Alta Tecnología (DAT). Año II. N° 18. Buenos Aires, marzo de 1990. pp. 9-17. También en FERNÁNDEZ BALLESTEROS, Carlos: “*El derecho de autor y los derechos conexos en los umbrales del año 2000*”. Ob. Cit. pp. 117-118.

tribución o venta de un esquema de trazado protegido o de un circuito integrado en el cual dicha topografía esté incorporada.

97. El problema se ubicó, desde el principio, en cual era el camino adecuado para la protección, siempre en el marco de los derechos de propiedad intelectual: el derecho invencional, el derecho de autor, la competencia desleal o un derecho *sui generis*, razón por la cual el Tratado de Washington sobre la Propiedad Intelectual respecto de los Circuitos Integrados, deja en libertad a los Estados para cumplir sus obligaciones convencionales, mediante ley especial, a través del derecho de autor, por medio de patentes, dibujos o modelos industriales, por represión contra la competencia desleal o mediante una combinación de dichas leyes.

Los nombres de dominio

98. Los “*nombres de dominio*”, inicialmente concebidos como simples “*direcciones electrónicas*” (equivalentes a las “*direcciones postales*” del mundo real), han pasado a ser verdaderos “*medios identificadores*” de fabricantes y comercializadores de bienes y servicios.

99. Sobre el tema de los nombres de dominio y su vinculación con el derecho de autor, nos ocuparemos en la unidad 8 del módulo II, sobre la explotación de las obras en el entorno digital.

Módulo

I

*Introducción al
derecho de autor
y los derechos
conexos*

UNIDAD 2

EL DERECHO DE AUTOR Y LOS DERECHOS CONEXOS
Y SUS IMPLICACIONES CULTURALES Y SOCIALES

Introducción - El Derecho de Autor y el Derecho a la Cultura en el marco de los Derechos Humanos - El Derecho de Autor, el Derecho a la Cultura y las Cláusulas Constitucionales - El Derecho de Autor y los Convenios Internacionales - El Derecho de Autor y la legislación ordinaria - El Derecho de Autor y el Derecho a la Cultura como derechos interdependientes - El Derecho de Autor y sus implicaciones en el desarrollo social, cultural y tecnológico.

I

INTRODUCCIÓN

1. Los “*Derechos Humanos*”, entendidos comúnmente en forma restringida a aspectos como la vida, la libertad personal, la integridad física y la libre expresión del pensamiento (derechos civiles y políticos), dejan de cobrar su pleno sentido si, contemporáneamente, el hombre no puede ver satisfechas otras necesidades básicas como el empleo, la vivienda, la salud, la educación y la cultura (derechos económicos, sociales y culturales).

2. Pero los bienes culturales capaces de satisfacer una parte de esas necesidades, no vienen de la nada: el ingenio humano mantiene una relación retroalimentadora con la sociedad en la que el creador vive: el hombre se aprovecha de los valores culturales existentes, pero con la habilidad creativa de transformarlos en nuevas formas originales de expresión.

3. O en palabras de Villalba: “*la producción y la explotación de las obras dependen en una medida muy importante de lo que se denomina el “acervo cultural común” y “todos los autores abrevan de ese patrimonio colectivo”*”.¹

4. Pero ese autor, dotado de la capacidad para aportar al patrimonio cultural sus propias expresiones con características de originalidad, tiene, como los demás seres humanos, la necesidad de satisfacer sus propias necesidades terrenales, en función de una recompensa a su labor creadora; debe tener, además, el derecho a exigir, en su legítimo anhelo de fama e inmortalidad, que se reconozca la paternidad de su creación; y aspira, finalmente, al derecho de vivir, no gracias a las dádivas de los mecenas, sino por la función social que desarrolla y en proporción al éxito que se obtiene con el uso de su creación².

II

EL DERECHO DEL AUTOR Y EL DERECHO A LA CULTURA EN EL MARCO DE LOS DERECHOS HUMANOS

La Declaración Universal de Derechos Humanos.

5. El 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuyo artículo 27 reza:

¹ VILLALBA, Carlos Alberto: “*La justificación del Derecho de Autor y de los Derechos Conexos por el progreso cultural de la humanidad*”. Documento OMPI-SGAE/DA/COS/00/6. Séptimo Curso Académico Regional de la OMPI sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para países de América Latina. San José, Costa Rica, 2000.p. 8.

² Para algunos aspectos complementarios sobre este tema, v.: ANTEQUERA PARILLI, Ricardo:

“1. Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten.

“2. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le corresponda por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora” (hemos destacado)³.

6. Se trata, en verdad, de una Declaración y no de un Tratado, por lo que se discute si es de carácter obligatorio para los Estados, aunque no deje de destacarse su trascendente valor moral.

7. Por otra parte, como lo señalara René Cassin -Premio Nobel de la Paz y principal responsable en la redacción de la Declaración Universal-, el artículo 56 de la Carta, por el cual los Estados se comprometen a trabajar en cooperación para conseguir el respeto a los Derechos Humanos, revela que el valor legal de la Declaración Universal supera al de una simple recomendación.⁴

8. Es más, comenta Gaubiac, que en virtud de la jerarquía de los tratados, cabría considerar que todo instrumento internacional contrario a la regla contenida en el artículo 27 de la Declaración Universal citada, resulta nulo conforme al artículo 64 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y que en especial los miembros de la ONU deben respetar el principio de protección de los autores, incluidos los que viven en un territorio donde no se aplica ninguna ley o que no es parte de ningún Convenio en la materia⁵, principios sobre los cuales -informa Becourt-, los preceptos contenidos en dicha Declaración han sido aplicados por los tribunales para garantizar la protección de los *“intereses morales de los autores”*, independientemente de su legislación nacional.⁶

“Derecho de Autor”. Ob. Cit. Cap. III; y ANTEQUERA PARILLI, Ricardo: *“El Derecho de Autor y los Derechos Conexos y su papel en el desarrollo cultural, social y económico”*. Documento OMPI/DA/ANG/99/2. Curso OMPI/SGAE de formación en Derecho de Autor y Derechos Conexos para América Latina. Antigua, Guatemala, 1999.

³ Ya en 1948 la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XIII) reconocía que: *“Toda persona tiene el derecho de participar en la vida cultural de la comunidad, gozar de las artes y disfrutar de los beneficios que resulten de los progresos intelectuales y especialmente de los descubrimientos científicos. Tiene asimismo derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de los inventos, obras literarias, científicas o artísticas de que sea autor”*.

⁴ Cfr.: SZABO, Imre: *“Fundamentos históricos de los Derechos Humanos”*, en *Las dimensiones internacionales de los Derechos Humanos* (Karel Vassak, Editor General). Serbal/ UNESCO. París, 1984. Vol. I. pp. 36-74.

⁵ GAUBIAC, Yves: *“Dimensiones internacionales del derecho de autor: Nota sobre la preparación de un libro”*, en *Boletín de Derecho de Autor*. Vol. XXII, Nos. 1-2. París, 1988. pp. 117-124.

⁶ BECOURT, Daniel: *“La Révolution française et le droit d’auteur pour un nouvel universalisme”*, en *“Revue Internationale du Droit D’Auteur”* (RIDA). No. 143. París, 1990. pp. 231-287.

Los Convenios Internacionales.

9. En el campo de los Convenios está la aprobación, en 1966, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cuyo artículo 15, inciso 1, reza:

- “1. Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el **derecho de toda persona a:***
- a) Participar en la vida cultural;*
 - b) Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones;*
 - c) **Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora ...”.*** (hemos destacado).

10. No es entonces una casualidad el que, tanto en la Declaración Universal (y en casi idéntico estilo, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre), como en los convenios internacionales específicos, los derechos fundamentales a la cultura y a la protección de los creadores formen parte de una misma disposición, intención evidente de los redactores de destacar, que antes que una contradicción entre ambos atributos, lo existente es un carácter complementario en el ejercicio de ambos derechos individuales.

11. Es más, partiendo del principio de la unidad de la persona humana, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (1977), en su Resolución 32/130, consideró que el trabajo futuro debía basarse en los siguientes conceptos: *“**todos los derechos humanos y libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes; debe prestarse igual atención y consideración urgente a la implantación, promoción y protección de todos los derechos humanos, tanto civiles y políticos, como económicos, sociales y culturales;** b) la plena consecución de los derechos civiles y políticos es imposible sin el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales ...”* (hemos destacado).⁷

12. De la misma manera, frente a la postura que sostiene la aplicación inmediata de los derechos civiles y políticos, por una parte, y la implantación progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales (v.gr.: derecho a la educación, derecho de autor y derecho a la cultura) por la otra, también la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su Resolución 421 (V), reafirmada en la Resolución 543 (VI), se encargó de aclarar que *“**cuando se priva al hombre de sus derechos económi-***

⁷ Cfr.: VAN BOVEN, Theodoor: “*Criterios distintivos de los Derechos Humanos*”, en *Las dimensiones internacionales de los Derechos Humanos*. Ob. Cit. Vol. I. pp. 89-90.

*cos, sociales y culturales, éste no representa a la persona humana considerada por la Declaración Universal como el ideal del hombre libre”.*⁸

13. La adhesión de los Estados a los pactos internacionales sobre Derechos Humanos, les impone la obligación de consagrar y desarrollar tales derechos en sus respectivas legislaciones, de contemplar los mecanismos procesales para hacerlos efectivos y de realizar los esfuerzos necesarios para que la satisfacción de los mismos sea una realidad.⁹

14. En cualquier caso, no hay dudas en que el derecho del autor constituye uno de los atributos fundamentales del hombre, que no solamente se dirige a proteger la expresión creativa de la persona humana, fruto de su talento y de su espíritu, sino que además constituye un elemento primordial para estimular la creatividad y hacer posible el disfrute de otros Derechos Humanos como el derecho a la cultura, al desarrollo, al entretenimiento y a la información.

III

EL DERECHO DE AUTOR, EL DERECHO A LA CULTURA Y LAS CLÁUSULAS CONSTITUCIONALES

15. Un avance esencial en el campo de los Derechos Humanos ha sido la consagración constitucional de los derechos y garantías individuales, pues implica el reconocimiento expreso acerca del carácter fundamental que tienen esos atributos¹⁰.

16. La influencia que han tenido, en las cartas fundamentales promulgadas a partir de la segunda mitad del siglo XX, las declaraciones y convenciones en materia de Derechos Humanos, se presenta en una de estas vertientes: la primera, cuando el constituyente se ha inspirado en ellas al redactar la cláusula respectiva, incluso al recoger, en una misma disposición, el derecho de acceso a la cultura y el derecho derivado de las producciones intelectuales; y la segunda, cuando la propia Carta Magna ha convertido en derecho positivo interno la normativa contemplada en la

⁸ Idem. p. 89.

⁹ Para una mayor información sobre el tema, v.: VASAK, Karel: “*Pour une troisième génération des droits de l’homme*”, cit. por GARZÓN, Alvaro: “*El derecho de autor, los derechos conexos y el derecho a la cultura en el marco de los Derechos Humanos y las garantías constitucionales: Planteamiento, panorámica y perspectivas globales*”, en el libro-memorias del I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual. Ed. Ministerio de Cultura. Madrid, 1991. Tomo I. pp. 35-45.

¹⁰ Sobre la importancia de una norma constitucional que garantice el derecho de los autores, v.: ANTEQUERA PARILLI, Ricardo: “*El Derecho de Autor y los Derechos Conexos y las Cláusulas Constitucionales*”. Documento OMPI/CNR/PRY/93/3. Curso OMPI/SUISA de formación en Derecho de Autor y Derechos Conexos para América Latina. San Bernardino, Paraguay, 1993.

Declaración Universal de Derechos Humanos, al señalar, expresamente, con ligeras variantes entre unas y otras, que los preceptos constitucionales y legales relativos a los derechos fundamentales deben ser interpretados en armonía con la Declaración Universal o con los derechos civiles, políticos, sociales y culturales enunciados en las declaraciones, pactos, convenios y demás instrumentos internacionales vigentes.

17. A ello se agregan aquellos textos constitucionales que contienen una disposición según la cual la enumeración de los derechos fundamentales no debe entenderse como la negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos, o alguna otra fórmula similar.

18. Disposiciones como esas adquieren especial relevancia cuando la carta fundamental no contiene una previsión expresa sobre el derecho de autor, pero una norma como la citada permite considerar al derecho intelectual como inherente a la persona humana y, en consecuencia, reconocido igualmente por la Constitución, para lo cual la Declaración Universal de Derechos Humanos debe funcionar para el intérprete como una norma orientadora, no solamente en cuanto a la tutela sustantiva de las facultades morales y patrimoniales del autor sobre su obra, sino también desde el punto de vista adjetivo, habida consideración del precepto contenido en el artículo 8 de la misma Declaración Universal, por el cual “*toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley*”.

19. Es de hacer notar, finalmente, la trascendencia práctica que ha tenido en el tiempo la inclusión de una norma constitucional relativa al derecho de autor.

20. Así, en 1885, es decir, 25 años antes de promulgarse la primera ley argentina sobre la materia, la jurisprudencia de ese país, en una acción por piratería de la obra “*La vuelta del Martín Fierro*” señaló que estando reconocida constitucionalmente la “*propiedad literaria*” y en ausencia de leyes especiales, eran aplicables las generales sobre el dominio de las cosas; que el autor tenía el derecho de percibir sus frutos y prohibir a otro que los recibiera; que quien sin autorización del propietario reproducía una obra literaria con propósito de lucrar, cometía delito; y que, en las obras impresas, se reputaba como principal el producto literario, pues tenía mayor importancia que el papel en que estaba impreso.¹¹

21. En tiempos más recientes, la importancia del dispositivo constitucional se pudo revelar en el caso del artista español Pablo Serrano quien demandó, antes de la

¹¹ Cfr.: VILLALBA, Carlos: “*Los Derechos Intelectuales como parte de los Derechos Humanos*”, en “*Derechos Humanos*”. Memorias de las XI Jornadas “J.M. Domínguez Escovar”. Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara. Barquisimeto (Venezuela), 1986. pp. 137-166.

entrada en vigencia de la Carta Magna española de 1978 (y de la nueva ley de “*Propiedad Intelectual*” de 1987), a una empresa turística que pretendía desmontar y desgusar una escultura suya, creada para ser colocada en un lujoso hotel perteneciente a dicha empresa.

22. Las sentencias de Instancia y del Tribunal Supremo coincidieron en rechazar la demanda en base a que el derecho moral del autor no estaba reconocido en el ordenamiento español para la época de la reclamación y que el derecho moral era una pura construcción de la doctrina, pero que no tenía apoyo legal alguno en el derecho español hasta aquel momento.

23. Ante los argumentos formales de la sentencia del Tribunal Supremo, aprobada por mayoría, parecía apoyarse en la Justicia el voto disidente, cuando consideró que no es necesaria una ley que desarrolle dicho derecho moral, sino que surge de la “*vinculación inmediata*” de la Constitución, y que el derecho a la producción y creación artística “*viene a ser una concreta y singular aplicación del derecho de libre expresión y difusión de la libertad de pensamiento e ideas*” mediante la reproducción artística.

24. Invocado el amparo ante el Tribunal Constitucional español, la sentencia dictada el 18 de marzo de 1987, aunque denegó el recurso por razones formales de irretroactividad de la constitución y caducidad de la acción, declaró que el derecho moral del autor era un atributo fundamental consagrado en el artículo 20 de la Constitución española y que, en ese sentido, el artista tenía derecho a la vía procesal elegida a lo largo de su paso por los tribunales civiles.¹²

IV

EL DERECHO DE AUTOR Y LOS CONVENIOS INTERNACIONALES

25. Mientras en el campo del derecho a la cultura, los convenios existentes se limitan a regular algunos aspectos específicos, si se quiere aislados, como la Convención de La Haya para la protección de la propiedad cultural en caso de conflicto armado de 1954 y la Convención de París sobre las medidas que deben adoptarse

¹² Cfr.: DE LA PUENTE GARCIA, Esteban: “*El derecho de autor, los derechos conexos y el derecho a la cultura, en el marco de los Derechos Humanos y las garantías constitucionales: Su perfil en el orden constitucional español*”, en el libro-memorias del I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual. Ed. Ministerio de Cultura. Madrid, 1991. pp. 47-64. También sobre el particular, CASAS, Ramón: “*La protección de los artistas plásticos en el derecho español*”, en el Libro-Memorias del I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual. Ob. Cit. pp. 259-286.

para prohibir la importación, la exportación y la transferencia de propiedades ilícitas de bienes culturales, de 1970, la situación en el derecho de autor y los derechos conexos se presenta mucho más ordenada.

26. Esa situación más prolija y completa en el marco del derecho de autor se refleja en los tratados existentes, los cuales pretenden, de una manera sistemática, regular una parte sustancial de los principios generales sobre la materia. Así se presentan dos grandes instrumentos con vocación de mundial: El Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas, de 1886 (con sucesivas revisiones hasta el Acta de París, 1971), en lo adelante, Convenio de Berna, y la Convención Universal sobre Derecho de Autor (Ginebra, 1952 y su Revisión de París, 1971), en lo adelante, Convención Universal.

27. Pero en la actualidad se incorpora, en lo que se refiere a la materia específicamente autoral, un instrumento más, también con vocación mundial, como lo es el nuevo Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA por sus siglas en español y WCT por sus siglas en inglés).

28. En cuanto a los “*derechos conexos*”, se encuentran la Convención de Roma para la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión (1961), en lo adelante, Convención de Roma, y la Convención para la protección de los productores de fonogramas contra la reproducción no autorizada de sus fonogramas (Ginebra, 1971), en lo adelante Convenio Fonogramas, además del nuevo Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (TOIEF ó WPPT).

29. A ellos se agregan la Convención de Bruselas sobre la distribución de señales portadoras de programas transmitidas por satélite (1974), en lo adelante, Convención Satélites, además de Convenios de carácter fundamentalmente administrativo o procedimental, como el Tratado sobre el Registro Internacional sobre Obras Audiovisuales (Ginebra, 1989) o que regulan materias “*fronterizas*” entre el Derecho de Autor y la Propiedad Industrial, como el de Washington respecto de los circuitos integrados (1989).

30. Y no puede dejarse de comentar desde ya la incorporación del derecho de autor y los derechos conexos al Derecho Comercial Internacional, con la previsión de normas sobre la materia (y también de otros de Propiedad Intelectual), en el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), en el marco del Tratado de la Organización Mundial del Comercio (OMC).

31. A la fecha, continúan los trabajos preparatorios en el seno de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, para una eventual Conferencia Diplo-

mática sobre un nuevo Tratado para la protección de los organismos de radiodifusión.

32. En el ámbito del Derecho Internacional Americano existen varios convenios para la protección de los derechos del autor, la mayoría de ellos con un valor actual fundamentalmente histórico, como las convenciones de Montevideo (1889), México (1902), Río de Janeiro (1906) y Buenos Aires (1910), el Acuerdo de Caracas (1911) y las convenciones de La Habana (1928) y Washington (1946).

V

EL DERECHO DE AUTOR Y LA LEGISLACIÓN ORDINARIA

33. El desarrollo legislativo del derecho a la cultura aparece en la mayoría de las legislaciones de una manera muy dispersa, pues la materia se encuentra diseminada en numerosas leyes, decretos y resoluciones que versan, cada uno, sobre aspectos muy específicos, como la creación de la Biblioteca Nacional, el funcionamiento del Fondo o Instituto de Cultura, la conservación del patrimonio histórico y artístico, el fomento del libro, etc., pero en pocos países del área latinoamericana existe un cuerpo legislativo ordenado que defina, como premisa básica y regule en forma sistemática, la política cultural del Estado.

34. Como lo afirma Harvey, la falencia o la escasa producción de normas legales específicamente destinadas a regular aspectos generales y no meras situaciones individuales en materia cultural constituyen “*ausencias notables*”.¹³

35. En lo que se refiere al Derecho de Autor la existencia de un cuerpo ordenado de normas emana de:

- a. El deber entre los Estados que surge de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el cual se convierte, además, en obligación jurídica, cuando las Cartas Fundamentales, como ya ha sido explicado, recogen esa Declaración como parte del texto constitucional.
- b. La obligación para el legislador ordinario de desarrollar el precepto constitucional.
- c. El compromiso que surge del ingreso al Pacto Internacional sobre los derechos económicos, sociales y culturales.

¹³ HARVEY, Edwin: “*Derechos de autor, de la cultura y la información*”. Ed. De Palma. Buenos Aires, 1975. p. 25.

d. La adhesión a los Convenios Internacionales sobre derecho de autor o en relación con los derechos conexos.

36. Esas obligaciones, que podrían cumplirse con algunas disposiciones legislativas más o menos genéricas -pues el compromiso también existe respecto del derecho a la cultura-, se hacen más concretos en relación con el derecho autoral, con la adhesión por parte de los Estados a uno o a ambos de los Convenios Internacionales sobre la materia con vocación mundial, especialmente el Convenio de Berna (del cual forman parte todos los países iberoamericanos), el cual desarrolla un conjunto de principios mínimos de obligatoria aceptación por parte de los países adherentes y, en un futuro, con la ratificación por los países de los nuevos instrumentos internacionales, como el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA), el cual ordena aplicar todas las disposiciones sustantivas del Convenio de Berna, además de la normativa propia del propio convenio y, por lo que se refiere a los derechos conexos, la adhesión al nuevo Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (TOIEF).

37. Así las cosas, la legislación autoral se encuentra comúnmente contenida en un texto legislativo especial al cual, en muchos países y como regla generalizada en iberoamérica, se han agregado las disposiciones relativas a los derechos conexos o afines, o a los “*otros derechos de propiedad intelectual*”, según la denominación elegida por cada legislador.

38. Pero no dejan de presentarse situaciones curiosas, especialmente cuando el precepto constitucional o las obligaciones convencionales no se han desarrollado a través de la legislación ordinaria.

39. Como precedente, merece citarse la sentencia de la Corte Constitucional alemana, del 29 de enero de 1969, cuando, entre otras cosas, afirmó que si el Poder Legislativo no dictaba las leyes necesarias para adecuar la legislación general a la cláusula constitucional, y cuando el Poder Legislativo demoraba más del tiempo del que prudentemente necesitaba para redactar la ley reglamentaria, esa demora -dentro de las características del caso judicial-, podía considerarse inconstitucional; y que la vigencia de la Constitución no podía depender de que al legislador le gustara o no la disposición constitucional o estar supeditada a que se le ocurriera o no aplicar esa cláusula dictando la ley respectiva.¹⁴

¹⁴ Cfr.: PINA, Rolando E.: “*Cláusulas constitucionales operativas y programáticas*”. Ed. Astrea. Buenos Aires, 1973. pp. 71-100.

VI

EL DERECHO DE AUTOR Y EL DERECHO A LA CULTURA COMO DERECHOS INTERDEPENDIENTES¹⁵

40. La interdependencia de los Derechos Humanos se replantea al recordar la existencia de dos pactos internacionales diferentes: uno sobre derechos civiles y políticos, y otro sobre derechos económicos, sociales y culturales, separación que se pretendió explicar dada la novedad de estos últimos, de manera que la existencia de dos instrumentos dejaba mayor libertad a los Estados para adherirse a sólo uno de ellos o a ambos.¹⁶

41. Sin embargo, la masiva incorporación de los Estados a los dos Tratados demostró la voluntad de la comunidad internacional de considerar a todos los Derechos Humanos, civiles y políticos, económicos, sociales y culturales, como derechos interdependientes y de universal aceptación.

42. La interrelación se hace por demás evidente en dos derechos como el cultural y el autoral, cuando partimos de las siguientes premisas básicas:

SIN AUTOR NO HAY OBRA. TODA CREACION SE NUTRE DE UN
ORDEN CULTURAL PREEXISTENTE. LA DESPROTECCION AL
AUTOR DESALIENTA LA CREATIVIDAD INTELECTUAL.

43. Esa relación retroalimentadora entre ambos derechos fue advertida por los redactores, tanto de la Declaración Universal de Derechos Humanos como del Pacto Internacional sobre los derechos económicos, sociales y culturales, pues en ambos textos los derechos en estudio forman parte de una misma disposición.

44. Se trata, pues, de derechos interconectados que no pueden existir el uno sin el otro: el derecho a la cultura supone la existencia de una producción cultural, y ésta de los autores. Todo creador se aprovecha del derecho de acceso a la cultura, pues ninguna creación procede de la nada. El derecho al disfrute de los bienes cul-

¹⁵ Sobre el tema, v.: BAUTISTA, Eduardo: “La ‘Constitución cultural’ en la Sociedad de la Información”. Conferencia publicada en el Libro-Memorias del II Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos (“*Num Novo Mundo do Direito de Autor*”). Ed. Direcção-Geral dos Espectáculos. Lisboa, 1994; DELGADO PORRAS, Antonio: “*Fundamento y evolución del derecho de autor*”. Ob. Cit. San José, 1992; OLSSON, Henry: “*La importancia económica y cultural del derecho de autor*”, en el Libro-Memorias del II Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos (“*Num Novo Mundo do Direito de Autor*”). Ed. Direcção-Geral dos Espectáculos. Lisboa, 1994; y VILLALBA, Carlos Alberto: “*La justificación del Derecho de Autor y de los Derechos Conexos por el progreso cultural de la humanidad*”. Ob. Cit. pp. 1-14.

¹⁶ V.: SZABO, Imre: Ob. Cit. p. 62.

turales exige el estímulo a la creatividad, y ello solo es posible mediante una adecuada protección a los autores.

45. Delgado Porras lo expresa así:

“... con el derecho de autor, a través de su ejercicio por las industrias culturales y de la garantía que éstas encuentran en el mismo para rentabilizar sus inversiones (cada vez más importantes), se fomenta la producción de esos bienes (en nuestro caso, las obras literarias y artísticas) y se pone a disposición del público un elevado y siempre creciente número de ellos. De esto se sigue que la demanda de obras por parte de esas industrias, que descansa en las condiciones de seguridad que el derecho de autor ofrece a su actividad empresarial, es la que hace que ese derecho estimule indirectamente la creación”¹⁷.

VII

EL DERECHO DE AUTOR Y SUS IMPLICACIONES EN EL DESARROLLO SOCIAL, CULTURAL Y TECNOLÓGICO

46. Como afirma Villalba:

“los libros, las grabaciones sonoras, las reproducciones de obras de arte, el cinematógrafo, las emisiones de radio, televisión, el cable, el uso del satélite, la computadora y la Internet que las une, permiten un crecimiento exponencial de la difusión de las obras interpretadas y grabadas” [de manera que] “la democratización de la cultura es una posibilidad real” [pues] “todo este desarrollo se realiza en un plan mundial de universalización de la tutela del derecho de autor y de los derechos conexos”¹⁸.

47. Es de destacar entonces el “Plan de acción sobre Políticas Culturales para el Desarrollo”, adoptado por la Conferencia Intergubernamental convocada al efecto por UNESCO (Estocolmo, 1998), cuyo preámbulo destaca que una de las funciones de las políticas culturales consiste en “garantizar que exista espacio suficiente para que las fuerzas creadoras progresen en todas partes”, así como “la importancia del respeto por el derecho de autor y la propiedad intelectual”, afirmando que “las políticas culturales deben reconocer la contribución esencial aportada por los crea-

¹⁷ DELGADO PORRAS, Antonio: “Fundamento y evolución del derecho de autor”. Ob. Cit. p. 25.

¹⁸ VILLALBA, Carlos Alberto: “La justificación del Derecho de Autor y de los Derechos Conexos por el progreso cultural de la humanidad”. Ob. Cit. p. 11.

dores” y encomendando a los Estados que adopten entre sus objetivos el de “asegurar la participación plena de los creadores y sus organizaciones profesionales”, “apoyar a los artistas, diseñadores y artesanos clarificando, protegiendo y mejorando los derechos de creadores y consolidando estos derechos en relación con el mercado” y “reconocer el significado de las nuevas tecnologías de la información para el arte y para las personas creativas al igual que el papel clave que tiene la creación artística en los esfuerzos para construir la sociedad de la información”.¹⁹

48. También destaca Olsson que entre los efectos del derecho de autor sobre el desarrollo cultural de un país pueden mencionarse los siguientes:

- a. Mediante la existencia de esta rama del derecho los autores se vuelven independientes del apoyo económico de terceros (que podrían sentirse tentados de influir sobre el contenido de la creación), de modo que el derecho de autor y los derechos conexos atienden las necesidades de la libertad de información y de la libertad de expresión.
- b. Es más fácil para los autores y otros contribuyentes a la creación encontrar puntos de salida para sus producciones mediante el establecimiento de industrias nacionales del derecho de autor y sentirse inclinados a publicar sus obras en sus propios países en vez de ir al extranjero²⁰.

49. Pero a pesar de todo lo dicho y del rango fundamental que tiene el derecho de autor, no faltan algunas aisladas voces que pregonen el sacrificio del creador -y el de las actividades artísticas, técnicas y empresariales involucradas-, en aras del desarrollo cultural y tecnológico, con afirmaciones por las cuales el derecho de autor:

- a. Conspira contra el desarrollo cultural y tecnológico.
- b. Reprime la divulgación de las ideas.
- c. Aumenta considerablemente el precio de los productos culturales.

50. Y también se ha abogado porque:

- a. Debe desprotegerse a la obra extranjera para facilitar su difusión y beneficiar a los autores nacionales.
- b. No debería reprimirse la piratería, pues ésta facilita el acceso a la cultura.
- c. La piratería genera empleos informales indispensables para los países en desarrollo.

¹⁹ El texto integral del documento está publicado en el “Boletín de Derecho de Autor”. UNESCO. Vol. XXXIV, No. 1. París, 2000. pp. 28-36.

²⁰ V.: OLSSON, Henry: “Importancia económica y cultural del derecho de autor”. Ob. Cit. p. 67.

51. La respuesta a cada una de las afirmaciones contenidas en los párrafos anteriores es negativa y veamos por qué:

El derecho de autor no conspira contra el desarrollo social, cultural y tecnológico.

52. La anterior afirmación descansa en los principios por los cuales el derecho de autor:

- a. No concede ningún dominio sobre las ideas, pues éstas son libres, de modo que a partir de las mismas ideas pueden crearse nuevas obras.
- b. Sólo protege la forma de expresión, es decir, el ropaje con que las ideas se visten.
- c. No concede ningún derecho de exclusividad sobre la utilización práctica de las ideas contenidas en la obra.
- d. No otorga ningún monopolio sobre los descubrimientos o las investigaciones científicas.²¹

El derecho moral no reprime la divulgación de las ideas.

53. Tres aspectos comprendidos en el denominado “*derecho moral del autor*” han sido señalados como un freno a la divulgación de las ideas y, en consecuencia, un obstáculo para el desarrollo cultural:

- a. El derecho a la divulgación y al inédito;
- b. El derecho al respeto o a la integridad de la obra; y,
- c. La perpetuidad del derecho moral.

54. En cuanto al primero, la observación ignora cuál ha sido el comportamiento fáctico de los titulares del derecho, pues si bien es cierto que el autor tiene el derecho exclusivo de autorizar la divulgación de su obra o de resolver que se mantenga inédita, también lo es que todo creador, por la misma vocación de universalidad que tiene la obra y su anhelo de fama propio de los seres humanos, antes que reprimir su difusión, desea y necesita que la misma sea conocida.

²¹ V.: VILLALBA, Carlos: “*Los Derechos Intelectuales como parte de los Derechos Humanos*”. Ob. Cit. p. 160.

55. Pero esa conducta natural no puede impedir que, siendo la obra un reflejo de la personalidad de su autor, se le niegue a éste el derecho de oponerse a la divulgación -derecho de inédito-, el cual puede responder, por ejemplo, a la convicción íntima y respetable de que la obra carece de méritos, no está suficientemente acabada o revela detalles de su vida privada.

56. Es elocuente la Carta del Derecho de Autor cuando señala:

*“Es preciso evitar el confundir la idea de la protección de los intereses generales que implica la libre difusión de la cultura y de la información, con la idea de la protección de los intereses industriales y comerciales que se derivan de la explotación de las obras del espíritu. El interés del autor es ver sus obras divulgadas lo más extensamente posible y es protegiendo a la creación intelectual en su origen como se favorece de la manera más eficaz el desarrollo general de la cultura y su difusión en el mundo” (art. I,3).*²²

57. En lo que se refiere al derecho al respeto, la violación a la integridad de la obra a través de mutilaciones, deformaciones o adaptaciones no autorizadas, antes que favorecer al derecho a la cultura, conspira contra él, pues tales modificaciones, al no contar con la anuencia de quien concibió la obra original, pueden desvirtuar el valor cultural encarnado en la creación protegida.

58. La perpetuidad del derecho moral, especialmente en lo que atañe a la paternidad del autor y a la integridad de la obra, acogida por la doctrina y muchas legislaciones de orientación latina o continental, no tiene por objeto eternizar un derecho subjetivo en cabeza de sucesivos herederos y generaciones, por tiempo indefinido, sino que tal perpetuidad existe por razones de interés general.

59. De esa manera, extinguido el derecho patrimonial por el transcurso de un tiempo determinado después de la muerte del autor, de acuerdo a cada legislación, las facultades morales son ejercidas por los órganos o instituciones definidos legislativamente, en nombre de la colectividad y en defensa del patrimonio científico, literario y artístico, evitando conductas que atenten contra el acervo cultural de la comunidad.²³

²² V.: “*Carta del Derecho de Autor*”, aprobada en 1956 por el Congreso de Hamburgo de la Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores (CISAC), publicada en “*El Derecho de Autor en América*”. Consejo Panamericano de la CISAC. Buenos Aires, 1969. pp. 17-28.

²³ El artículo 12 de la Carta del Derecho de Autor (Ob. Cit.), reza: “*Las diferentes legislaciones nacionales deben consagrar la perpetuidad del derecho moral. Después de la muerte del autor, el cuidado de asegurar el ejercicio de este derecho debe ser confiado a sus herederos o a organizaciones oficialmente calificadas ...*” (art. III, 12).

El derecho patrimonial no incide significativamente en el costo de los bienes culturales y constituye una justa compensación para el creador.

60. Se ha pretendido colocar en posiciones antagónicas al derecho del autor a recibir una contraprestación por el uso de su obra y al derecho de todos a acceder a la educación y a la cultura. Y ante esa aparente oposición se señala que debe sacrificarse el interés individual del autor frente al colectivo en disfrutar de los bienes culturales.

61. Tal posición olvida *ab initio* que el autor es un trabajador al servicio de la cultura y que, como tal, merece una justa compensación por su esfuerzo, la cual constituye un aliento para continuar su labor creativa y procurarse una existencia decorosa. La situación es de por sí riesgosa para el autor, quien debe seguir la suerte económica de su obra, de manera que si la explotación de la misma resulta un fracaso -aunque su valor intelectual sea notable-, el creador también sufre esa desfavorable consecuencia.

62. Por otra parte, la negación del derecho del autor a una participación por el uso de su obra, plantea las cosas en forma de sacrificio unilateral, como si la educación y la cultura tuvieran que hacerse a costa de los intereses del autor.²⁴

63. Ese sacrificio unilateral se hace evidente cuando notamos que nadie discute el que los equipos de montaje, impresión y encuadernación, el papel y la tinta para los libros, tienen un costo que debe pagarse; que nadie exigiría a diagramadores, tipógrafos, encuadernadores y demás trabajadores de la industria tipográfica y editorial, laborar gratuitamente; que ninguna persona sensata abogaría porque la producción fonográfica o cinematográfica se hiciera con la participación gratuita de los estudios de grabación o filmación o del trabajo no remunerado de artistas y técnicos; y, en fin, que nadie sugeriría a editores y productores invertir para sufrir pérdidas.

64. Todo ello sería tanto como suponer que, en aras del derecho a la salud o a la educación, médicos y enfermeras, maestros y profesores, trabajarán sin sueldo.

65. Pero, además, no es precisamente la participación económica del autor en la explotación de su obra lo que hace que los costos operativos de la radio o la televisión sean elevados, que los libros y discos sean costosos o que las entradas al teatro sean caras, para lo cual basta con observar las moderadas tarifas que fijan las sociedades de gestión colectiva para otorgar licencias para la utilización de todo su

²⁴ V.: KOUMANTOS, Georges: "El Derecho de Autor y el financiamiento de la política educativa", en *Boletín de Derecho de Autor*. Vol. XVI. No. 4. 1982. pp. 14-20.

repertorio o los porcentajes que usualmente se acostumbra para el autor en el contrato de edición sobre el precio de cada libro vendido.

66. Y a esa modesta participación del autor debe deducirse, lógicamente, el gasto administrativo de la sociedad autoral encargada de recaudar y distribuir las remuneraciones correspondientes respecto de aquellas modalidades de uso cuya administración sólo es posible a través de la gestión colectiva; y esa renta neta se ve afectada, casi siempre, con el impuesto a la renta o a las ganancias.

La desprotección de la obra extranjera perjudica al desarrollo cultural endógeno.

67. Como una manera de estimular el acceso a los bienes culturales, en desmedro del derecho del autor y en la creencia de darle supremacía al derecho a la cultura, se ha intentado sostener la conveniencia para los países en desarrollo de desproteger las obras extranjeras -especialmente las provenientes de los países desarrollados-, cuyo costo se abarataría en beneficio de la comunidad, posición que ignora la evolución natural de las cosas.

68. En efecto, eludir el pago de las remuneraciones correspondientes al autor, además de constituir un sacrificio unilateral, en nada resuelve el costo de los bienes culturales, pues la ausencia de ese pago no disminuye de manera importante el precio de venta al público.

69. La desprotección de la obra extranjera incentiva a los divulgadores (v.gr.: editores y productores), a preferir a la creación extranjera desprotegida (porque no tienen que abonar retribuciones autorales), que a la nacional protegida, en perjuicio de los autores vernáculos, especialmente los jóvenes, quienes quedarían con sus creaciones inéditas por falta de divulgadores, en perjuicio de la cultura nacional.

70. Ante la diferencia en la tutela, y siendo más fácil importar que producir, se crearía un desequilibrio, al acentuarse la penetración cultural foránea frente al desaliento de la producción endógena, pues la obra sin protección se encontraría en condiciones de desplazar a la nacional protegida.²⁵

²⁵ V.: LIPSZYC, Delia: “*La protección de la obra extranjera y los convenios internacionales*”, en el libro-memorias del Congreso Internacional sobre la protección de los Derechos Intelectuales. Ed. OMPI-Universidad Católica “*Andrés Bello*” e Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara. Caracas, 1986. pp. 49-84.

La “piratería” desalienta la creatividad y perjudica a todo el sector cultural.

71. La reproducción no autorizada, con miras a su comercialización, de las obras (o de las grabaciones que las contienen), vulnera los legítimos intereses de los diferentes sectores que contribuyen a su creación e interpretación y a la producción y comercialización de los soportes legítimos y a la propia colectividad.

72. Es imposible pensar en el estímulo a los creadores o a las actividades artísticas y empresariales que hacen posible la difusión de las obras, si se tolera el uso no autorizado de tales creaciones o la reproducción no consentida de los ejemplares que las contienen: autores y artistas se desvían hacia otra actividad y los empresarios apuntan su inversión hacia sectores más seguros y rentables.

73. Y, como apunta Lipszyc, los países no industrializados tienen tanta necesidad de desarrollar la creatividad nacional como de acceder a la producción extranjera y en ese sentido el derecho de autor juega un papel preponderante, pues contribuye de manera decisiva al logro de ambos objetivos (el cultural y el económico), de manera que la falta de condiciones propicias para su desarrollo restringe las posibilidades de la comunidad de participar de la riqueza que origina la producción y circulación de bienes culturales y de encontrar su identidad y trascender en las obras de sus creadores²⁶.

La “piratería” constituye una forma de criminalidad económica y atenta contra la generación de empleo.

74. La piratería no solamente lesiona el interés privado de los autores, sino que atenta también contra la economía de los países y conspira contra el estímulo a las inversiones y la generación de empleos.

75. Baste destacar que la piratería afecta al sector creativo (autores y compositores) porque se infringe tanto el derecho moral a vigilar la integridad de la obra, como el derecho a obtener una participación por su utilización económica; a los artistas intérpretes y ejecutantes, quienes por lo general derivan sus “regalías” de la puesta en el comercio de los soportes lícitos que reproducen su prestación artística; a los medios de producción (editores y productores), quienes realizan considerables inversiones con vistas a la venta de los ejemplares producidos con la autorización de autores y artistas, única forma de recuperar su inversión y obtener una ga-

²⁶ V.: LIPSZYC, Delia: “Derecho de Autor y Derechos Conexos”. Ob. Cit. p. 60.

nancia; al comerciante honesto, dada la competencia desleal del “pirata”, quien coloca en el comercio un ejemplar más barato (porque no remunera a autores ni a artistas, ni invierte en producción ni en publicidad); al sector laboral, representado por el contingente de artistas y técnicos, obreros especializados, hombres de difusión y ventas, cuya fuentes de empleo dependen de la producción y difusión de los productos legítimos; al público consumidor, muchas veces engañado en cuanto al origen y calidad del producto que adquiere; a la creatividad nacional, porque frente al auge de la piratería y la imposibilidad de sobrevivir con la colocación en el mercado de los soportes legítimos, autores, artistas y productores eligen otros caminos para su desarrollo personal o empresarial; y al Estado, porque la piratería se encuentra frecuentemente vinculada a los delitos aduaneros (contrabando) y a la evasión impositiva.

76. Por ello, con la excusa de que la “piratería” genera trabajo a los comerciantes informales, carentes de empleos estables, se olvida que es considerablemente mayor el perjuicio que se le causa a la economía cuando se tolera esa actividad ilícita ya que, ante el desestímulo a las inversiones en todas las actividades empresariales que giran alrededor de la producción, promoción, distribución y comercialización de las obras, son evidentemente superiores las fuentes de trabajo, estable y bien remunerado, que dejan de crearse, todo ello además de la pérdida de ingresos fiscales destinados al bienestar colectivo.

VIII

LAS LIMITACIONES AL DERECHO DE AUTOR Y EL DERECHO A LA CULTURA

77. La interconexión de los derechos autorales y culturales hace que, en casos de excepción, se consagren límites al derecho exclusivo del autor y si bien esas limitaciones son aceptables en determinados supuestos, deben ser objeto de interpretación restrictiva, circunscritas a previsiones estrictamente definidas, a fin de evitar que un sistema ampliamente permisivo o de interpretaciones extensivas, anule o cercene el derecho fundamental del autor, fuente de los bienes culturales.

78. Como las limitaciones serán motivo de estudio en la unidad 5 del módulo II, nos limitaremos a adelantar que entre tales excepciones, de acuerdo a lo que señale la ley aplicable, se encuentran, por ejemplo, las ejecuciones realizadas en un círculo familiar, las comunicaciones públicas efectuadas en ceremonias religiosas o actos oficiales, las representaciones celebradas dentro de los centros de enseñanza con fines didácticos, la reproducción de un solo ejemplar

de la obra con fines de uso personal (sin perjuicio de la remuneración compensatoria que se establezca por esa copia privada), el derecho de cita, la difusión de artículos de actualidad, de discursos públicos o de debates judiciales y la temporalidad del derecho patrimonial.

Módulo

I

*Introducción al
derecho de autor
y los derechos
conexos*

UNIDAD 3

LA IMPORTANCIA ECONÓMICA DEL DERECHO DE AUTOR
Y LOS DERECHOS CONEXOS

Antecedentes – La importancia económica del derecho de autor y los diferentes sectores involucrados - Las fuentes de trabajo - La importancia económica y los derechos conexos - Los aspectos tributarios - La importancia económica del derecho de autor y los derechos conexos en los países desarrollados - La situación en los países en desarrollo.

I

ANTECEDENTES

1. Con la invención de la imprenta nació también la primera posibilidad de una amplia difusión de las obras del ingenio, lo que dio lugar al sistema del privilegio real que otorgaba el Estado para la impresión de las obras escritas, como será estudiado en la unidad 4 de este módulo introductorio.

2. Sin embargo, el limitado número de obras disponibles, incluso hasta tiempos posteriores, por una parte; y por la otra, las restringidas modalidades de explotación de los bienes intelectuales, cambió su curso a finales del siglo XIX y principios del XX con la aparición y difusión de tres grandes inventos que revolucionaron los caminos de las comunicaciones: el fonógrafo, el cinematógrafo y la radiodifusión.

3. El primero, permitió, por primera vez, la fijación de los sonidos en un soporte material y, posteriormente, su reproducción, lo que colocó a la música al alcance del público sin necesidad de presenciar la ejecución o interpretación de la obra “*en vivo*”.

4. El segundo, además de las fijaciones y proyecciones de las imágenes en movimiento (que en sus primeros tiempos solamente contenían la grabación audiovisual de escenas callejeras o acontecimientos cotidianos, sin ninguna originalidad), abrió las puertas un tiempo después a la aparición de un nuevo género, la “*obra cinematográfica*”, que sí incorporó elementos originales como la dirección, el argumento, el guión y la escenografía, por ejemplo.

5. El tercero, marcó el comienzo de la era de la transmisión a distancia, tanto de las obras susceptibles de captarse a través del oído como después, con el advenimiento de la televisión, de las obras e informaciones de expresión audiovisual¹.

6. Pero, evidentemente, las innovaciones tecnológicas surgidas a partir de la segunda mitad del siglo XX y las nuevas formas de expresión creativa, a veces también con la contribución de la técnica, han revolucionado el mundo contemporáneo del derecho de autor y de las comunicaciones y resaltado su considerable importancia económica en la era actual.

¹ Es conveniente aclarar desde este módulo introductorio, que conforme a la Convención Internacional sobre la protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión, conocida como Convención de Roma, la “*emisión*” por radiodifusión consiste en la difusión inalámbrica de **sonidos o de imágenes y sonidos** para su recepción por el público (art. 3.f), lo que comprende tanto a la radiodifusión sonora como a la televisión.

7. Con esa evolución tecnológica apareció, por ejemplo, la cinta magnética capaz de reproducir el sonido e incorporarse a “*cassettes*” de uso individual, de fácil copia incluso en forma doméstica; la fotocopiadora, apta para reproducir partes o la totalidad de obras gráficas; el “*video-tape*” y la videograbadora, que facilitan el disfrute en el ámbito doméstico de producciones audiovisuales, pero que también han permitido la reproducción no autorizada de esas obras; las nuevas formas de expresión audiovisual, aprovechables en el campo de la educación (como en los programas audiovisuales de enseñanza), el entretenimiento (telenovelas, “*video-clips*”) y la información (reportajes, documentales); las computadoras y los programas de ordenador, estos últimos susceptibles de ser copiados en pocos instantes; las bases de datos (que en muchos casos recopilan obras preexistentes, accesibles incluso por medio de la telecomunicación); las transmisiones por satélite cuya recepción puede lograrse con “*antenas personales*” y la distribución por cable de las señales recibidas por radiodifusión, cuyo contenido está conformado, mayoritariamente, con obras de diversa índole protegidas por el derecho de autor, así como con interpretaciones o ejecuciones artísticas, en muchos casos a partir de la ejecución de fonogramas, prestaciones éstas protegidas por los derechos afines o conexos.

8. Igualmente la importancia económica del derecho de autor, alcanzada a través de la producción de bienes culturales se ha evidenciado, como dice Lipszyc, en las cuantiosas pérdidas que origina la reproducción no autorizada de obras realizada a escala comercial (piratería) y la reproducción de obras en forma privada, como la reproducción reprográfica de obras impresas y la copia privada de grabaciones de obras musicales y audiovisuales².

9. A las anteriores realidades se une la tecnología digital, que ha permitido la representación binaria de signos, sonidos o imágenes y la invención de soportes para ese almacenamiento digital susceptibles de ser copiados como “*clónicos*” del original; y, dicha tecnología, combinada con las modernas telecomunicaciones, que ha permitido el advenimiento de la “*sociedad de la información*” y el acceso interactivo desde y hacia cualquier parte del mundo a muchas obras y prestaciones protegidas por el derecho de autor o por los derechos conexos, son fenómenos que hacen advertir, a primera vista, no sólo el aspecto cultural, educativo y de entretenimiento que juega el derecho de autor, sino también su inmensa importancia económica en el mundo contemporáneo.

10. Estamos, pues, ante el mundo de las comunicaciones, las cuales, en palabras de Dietz, tienen por centro de gravedad la protección del autor³.

² LIPSYC, Delia: “*Derecho de Autor y Derechos Conexos*”. Ob. Cit. p. 59.

³ Cfr.: UCHTENHAGEN, Ulrich: “*La importancia económica del derecho de autor*”, en *Derecho de la Alta Tecnología* (DAT). Año III. No. 27. Buenos Aires, 1990. p. 16.

II

LA IMPORTANCIA ECONÓMICA DEL DERECHO DE AUTOR Y LOS DIFERENTES SECTORES INVOLUCRADOS

El sector creativo.

11. El punto de partida de cualquier estudio sobre la incidencia económica de los derechos intelectuales, debe partir de la idea del autor, como persona física que realiza la creación intelectual, pues las llamadas industrias culturales, de la información y de la comunicación, no puedan existir sin obras, ni éstas sin autores.

12. Piénsese en la participación que en la economía tienen el enorme contingente de seres humanos cuyas obras sirven de sustrato indispensable para la existencia de dichas industrias y quienes derivan sus ingresos de las remuneraciones que reciben de estas últimas por la explotación de sus obras, como los autores literarios, los compositores de música, los artistas plásticos y de artes aplicadas, los diseñadores, dibujantes y demás autores de las artes gráficas; los diversos participantes creativos en las obras cinematográficas y otras producciones audiovisuales; analistas de sistemas, programadores, compiladores y otros creadores informáticos en relación con el “*software*”, las bases de datos y las producciones “*multimedia*”; arquitectos y decoradores; redactores, columnistas, fotógrafos, dibujantes y caricaturistas que realizan sus creaciones a los medios de comunicación, tanto impresos como sonoros y audiovisuales, sólo para mencionar unos ejemplos⁴.

Las industrias primarias.

13. Hummel llama “*industrias primarias*” del derecho de autor (o también industrias del “*núcleo*”) a las que, de acuerdo a la voluntad de las partes o en virtud de una disposición legislativa según el caso, tienen la titularidad -originaria o derivada, total o parcial-, de los derechos de explotación sobre la obra⁵, sea a través de un contrato de cesión de derechos o bien como consecuencia de una presunción legal o mediante una titularidad por efecto de la ley, según lo que permita o disponga cada ordenamiento nacional.

⁴ Una enumeración más detallada y exhaustiva figura en ANTEQUERA PARILLI, Ricardo: “*Derecho de Autor*”. Ob. Cit. pp. 103-105, y en ANTEQUERA PARILLI, Ricardo: “*El Derecho de Autor y los Derechos Conexos y su papel en el desarrollo cultural, social y económico*”. Documento OMPI/DA/ANG/99/2. Curso OMPI/SGAE de formación en Derecho de Autor y Derechos Conexos para América Latina. Antigua, Guatemala, 1999 (basado en ponencia presentada en el VII Congreso Internacional sobre la protección de los Derechos Intelectuales. Santiago de Chile, 1992).

⁵ HUMMEL, Marlies: “*La importancia económica del derecho de autor*”, en *Boletín de Derecho de Autor*. UNESCO. Vol. XXIV. No. 2. París, 1990.

14. En ese sector se ubican, entre otras, la industria editorial de obras literarias, las editoriales musicales, las productoras audiovisuales, los anunciantes y agencias publicitarias, la industria del diseño y de otras artes aplicadas, la del “*software*” y “*bases de datos*”, las productoras de “*multimedia*” y las de publicaciones periódicas, así como otras donde la prestación de servicios laborales para la realización de creaciones o la producción de obras por encargo, impliquen una transferencia de derechos al patrono o al comitente, según los casos, o si esa transmisión surge de una voluntad contractual.

Las industrias secundarias.

15. También según Hummel existe una gran dependencia de las industrias primarias con las que denomina “*industrias secundarias*” (también llamadas industrias “*relacionadas*”), y que son productoras de bienes de capital.⁶

16. En este sector se ubican, entre otras, las fábricas de equipos de impresión, reproducción y encuadernación; las productoras de materias primas para la fijación de las obras en soportes materiales, como el papel para la impresión o las películas de “*celuloide*” para los filmes cinematográficos; los fabricantes de instrumentos musicales; las industrias de equipos de grabación y reproducción sonora, así como de los aparatos de filmación, grabación y reproducción visual y audiovisual; los productores de equipos reprográficos, como las fotocopiadoras; los fabricantes de “*hardware*” de computación y los de soportes “*vírgenes*” (audiocassettes, videocassettes, diskettes, CD ROM), también para mencionar sólo algunos ejemplos.

17. Es cierto que en algunos casos esos bienes no son usados para la explotación de obras del ingenio (como sucede con la grabación de sonidos que no son obras), pero también lo es que en una inmensa medida, dichos soportes o artefactos son empleados, directa o indirectamente, para la fijación, reproducción o difusión de bienes intelectuales objeto de esa protección.

Las industrias auxiliares.

18. Bajo la denominación de “*industrias auxiliares*” (o, igualmente, industrias “*relacionadas*” con el derecho de autor), se ubican a aquellas que enlazan la actividad del sector creativo y de las industrias titulares de derechos, con la labor de fijación, reproducción o difusión de los bienes intelectuales.

⁶ Idem.

19. Entre las industrias auxiliares están las imprentas, litografías y encuadernadoras de soportes gráficos; las empresas diseñadoras de portadas de libros, carátulas de discos, audiocassettes y videocassettes, así como de afiches divulgativos de las obras cinematográficas; los estudios de grabación y montaje de fijaciones sonoras y audiovisuales; los laboratorios de copiado de películas y de reproducción de obras audiovisuales en videogramas u otros soportes; y las fábricas de los soportes que contienen las artes aplicadas (telares, fábricas de muebles, tapices y cerámicas, fundidoras, etc.).

20. También en estos casos, en alguna proporción, tales industrias pueden desarrollar actividades no relacionadas con obras protegidas (como en la impresión de panfletos comerciales no creativos o en el uso de equipos para la grabación de sonidos carentes de originalidad), pero no hay dudas en que, mayoritariamente, el sustrato de la fijación, reproducción o difusión desarrollado o facilitado por las industrias auxiliares está constituido por creaciones tuteladas por el derecho de autor o prestaciones protegidas por los derechos conexos.

La actividad comercial directa.

21. Por “*actividad comercial directa*” se entiende la que tiene por objetivo específico la difusión o puesta en el comercio de las obras del ingenio o de sus soportes materiales.

22. Integran ese comercio directo, por ejemplo, las distribuidoras de libros y las librerías; las distribuidoras fonográficas y las disco-tiendas; las licenciatarias, distribuidoras y vendedoras de videogramas contentivos de obras audiovisuales; las distribuidoras y exhibidoras de películas cinematográficas; los museos y las galerías de arte; las salas de teatro; las licenciatarias, distribuidoras y vendedoras de programas de computación (“*software*”), de bases de datos y de presentaciones “*multimedia*”.

Los otros servicios.

23. La expresión “*otros servicios*” alude a las actividades económicas que no tienen como objeto principal la explotación de las obras del ingenio, pero ese uso forma parte de su objeto comercial, directo o indirecto, generando así las remuneraciones correspondientes a los autores y demás titulares de derechos; o dichos servicios se aprovechan de esos bienes para cumplir su propio objetivo.

24. En este sector vinculado al derecho de autor se ubican, por ejemplo, los restaurantes, discotecas, clubes, sistemas de transporte y demás lugares o ambien-

tes donde, como parte de la actividad, se comunican públicamente obras sonoras o audiovisuales; los organismos de radiodifusión (radio y televisión), en su condición de usuarios de obras preexistentes (musicales, dramático-musicales, cinematográficas); el comercio de aparatos destinados al uso de soportes materiales contentivos de obras protegidas (reproductores de sonido, videograbadoras, equipos de computación); la actividad publicitaria (publicidades, medios de comunicación escritos, sonoros y audiovisuales), en tanto sea contratada para la promoción de obras protegidas (anuncios pagados para anunciar los filmes en proyección o para estimular la compra de determinados discos, cassettes, videocassettes y programas de ordenador, etc.); y, en fin, toda la actividad comercial, formal e informal que se genera alrededor de la industria del espectáculo.

III

LA IMPORTANCIA ECONÓMICA DEL DERECHO DE AUTOR Y LAS FUENTES DE TRABAJO

25. No resulta difícil advertir, de acuerdo a los diferentes sectores mencionados en el Capítulo anterior, que la actividad económica que gira alrededor del derecho de autor constituye, sin lugar a dudas y en cualquier país, una fuente de empleo ampliamente diversificada y de primer orden, vinculada no solamente a las grandes productoras de bienes y servicios, sino también a las pequeñas y medianas empresas.

26. Así, de la creación, producción y divulgación de las obras y de los bienes que le sirven de apoyo, vive un importante sector de autores, artistas, técnicos, obreros especializados, personal gerencial y administrativo, de difusión y ventas, todos al servicio de la creación y de las industrias que promueven la ciencia, la cultura, la educación y el entretenimiento.

27. De ello resulta un ejemplo el estudio realizado en la entonces República Federal Alemana (1986), el cual demostró que las “*industrias primarias*” del derecho de autor proporcionaban empleo al 3,1% de la población activa (comparable al de las instituciones financieras y las empresas de seguros), pero de agregarse las “*industrias auxiliares*”, el porcentaje se elevaba al 4%⁷ al tiempo que según la encuesta efectuada en Estados Unidos (1990), las industrias del “*copyright*” emplearon a 5,5 millones de personas, con un índice de crecimiento anual superior al resto de la economía⁸.

⁷ Ibidem.

⁸ OLSSON, Henry: “*La importancia económica y cultural del derecho de autor*”. Ob. Cit. p. 61.

28. También el estudio realizado en el Reino Unido, sobre información de 1990 (antes del inmenso desarrollo posterior de las telecomunicaciones satelitales, a través de la fibra óptica o por medio de transmisiones digitales y antes también del uso masivo de las computadoras personales y del acceso a las grandes bases de datos digitalizadas) y tomando en cuenta solamente las industrias relacionadas directamente con el derecho de autor (y no los sectores secundarios y auxiliares), demostró que tales industrias del “núcleo” empleaban a unas 800.000 personas.

IV

LA IMPORTANCIA ECONÓMICA DEL DERECHO DE AUTOR Y LOS DERECHOS CONEXOS

29. Al derecho de los autores y demás titulares sobre las obras literarias y artísticas protegidas, se han incorporado los “*derechos conexos*” o “*afines*”, entre ellos, los de más larga tradición, es decir, los de los artistas intérpretes y ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, en cuanto a sus prestaciones personales y sus actividades organizativas y técnico-empresariales que crean todo un movimiento que incrementa la importancia de los derechos intelectuales en el mundo de la economía.

30. Así, en cuanto a los países que han adherido a la Convención de Roma (o que sin haberla ratificado han incorporado esos derechos conexos o afines a su legislación interna), los artistas, independientemente de la remuneración que hayan recibido por su prestación de servicios (sean subordinados o no) o por la fijación de su interpretación en un soporte material y su reproducción (llamadas comúnmente “*regalías artísticas*”), pueden tener derecho (de acuerdo a la ley interna, lo que efectivamente ocurre en muchas de ellas) a obtener una contraprestación económica (conjuntamente o no con el productor del fonograma), por la radiodifusión o por cualquier otra forma de comunicación al público de su interpretación o ejecución fijada en un fonograma.

31. Del mismo modo, el productor de fonogramas, además de la facultad de autorizar o prohibir la reproducción de sus fijaciones sonoras, puede también tener derecho (conforme a la ley interna y así es generalmente consagrado), a reclamar una remuneración (conjuntamente o no con los artistas), por la radiodifusión u otra forma de comunicación pública de su fonograma.

32. Finalmente, los organismos de radiodifusión (radio y televisión), además de los derechos de explotación que pueden tener como “*industrias primarias*” (en su condición de productoras de obras audiovisuales y radiofónicas), son titulares de

un conjunto de derechos conexos sobre sus emisiones (lo que puede dar lugar a un sinnúmero de contratos de autorización para las retransmisiones o para la fijación y reproducción de sus emisiones) y, además, el de autorizar o prohibir la comunicación al público de sus emisiones de televisión efectuadas mediante el pago de una entrada, autorización que, de otorgarse, podría estar sujeta al pago de una remuneración, de acuerdo a lo que disponga la legislación sobre las condiciones de ejercicio de ese derecho.

V

LA IMPORTANCIA ECONÓMICA DEL DERECHO DE AUTOR Y LOS DERECHOS CONEXOS Y LOS ASPECTOS TRIBUTARIOS

33. Resulta evidente el interés del Estado en el desarrollo del derecho de autor y de los derechos conexos, tanto en el de las industrias culturales y de la comunicación y en el sector comercial vinculado a la materia (por su relevancia en el campo de la educación, la cultura, la información y el esparcimiento y por su considerable importancia al generar fuentes de empleo), como por los ingresos que se generan para el fisco por concepto de tributos, en sus diversas modalidades.

34. Por ejemplo, además de los ingresos fiscales que se causan con el impuesto a las ganancias o a la renta, se encuentran los derivados del gravamen impuesto a las ventas o al valor agregado, especialmente sobre los equipos necesarios para la producción y difusión de las obras, interpretaciones o producciones, así como los que se generan por la comercialización de los soportes materiales que las contienen y los que se derivan de su explotación a través del sector “*servicios*” (radiodifusión, televisión por cable, etc.).

35. Y no debe olvidarse que también las sociedades de gestión colectiva de los derechos de los autores o de los titulares de derechos conexos, constituyen un medio para que el Estado pueda asegurarse el ingreso efectivo de los impuestos y otros tributos que afecten las remuneraciones recaudadas por dichas entidades, las cuales sirven de “*agentes de retención*” tanto para aquellas a distribuir en el país como para las que son enviadas al exterior.

VI

LOS ESTUDIOS SOBRE EL IMPACTO ECONÓMICO DEL DERECHO DE AUTOR Y LOS DERECHOS CONEXOS EN LOS PAÍSES DESARROLLADOS

36. A partir del año 1977 se inició, especialmente en el llamado mundo desarrollado, el intento de medir la importancia económica de los diversos sectores que giran alrededor del derecho de autor y los derechos conexos, cuyos resultados han sido motivo de diversos análisis, los cuales hemos tomado como fuente para formular las consideraciones subsiguientes⁹.

37. Por orden alfabético, esos estudios se han realizado en Alemania, 1986 (en el territorio de la entonces República Federal Alemana), Australia (1985-1986), Austria (1986), Canadá (1980), Estados Unidos de América (1977, 1982 y 1992), Finlandia (1985), Nueva Zelanda (1981 y 1982), Países Bajos (1985), Reino Unido (1982 y 1990) y Suecia (1978).

38. Tales investigaciones se basaron, fundamentalmente, en determinar la contribución de las actividades económicas relacionadas con el derecho de autor al Producto Interno Bruto (PIB) o al Producto Nacional Bruto (PNB).

39. Los sorprendentes resultados arrojaron sin embargo porcentajes diferentes, por las razones que siguen:

- a. No todos los estudios tomaron en cuenta los mismos sectores (primarios, secundarios, auxiliares, comerciales y otros servicios) para hacer la evaluación, ya que la mayoría consideró únicamente a las industrias primarias o del “núcleo” del derecho de autor y no a las secundarias, auxiliares o “relacionadas”.

⁹ V.: ANTEQUERA PARILLI, Ricardo: “*El Derecho de Autor y los Derechos Conexos y su papel en el desarrollo cultural, social y económico*”. Ob. Cit.); BERCOVITZ, Alberto: “*La importancia económica de los derechos de autor y de los derechos conexos. Planteamiento e ideas generales*”, en el libro-memorias del I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual. Ed. Ministerio de Cultura. Madrid, 1991. pp. 325-329; COHEN JEHOAM, Herman: “*Critical reflections on the economic importance of copyright*”, en *Right*. Ed. International Publishers Association (IPA) and The International Group of Scientific, Technical and Medical Publishers (STM). Vol. 2. No. 4. 1988-1989. pp. 4-6; HUMMEL, Marlies: Ob. Cit. pp. 14-22; KLAVER, Franca: “*Towards a Publishers Right*”, en *Right*. Ed. IPA-STM. Vol. 2. No. 1. 1988. pp. 8-13; LIPSZYC, Delia: “*Derecho de Autor y derechos conexos*”. Ob. Cit. pp. 55-59; OLSSON, Henry: “*La importancia económica del derecho de autor*”, en *Derecho de la Alta Tecnología (DAT)*. Año I. No. 2. Buenos Aires, 1988. pp. 1-9 y “*La importancia económica y cultural del derecho de autor*”. Ob. Cit. pp. 55-68; y UCHTENHAGEN, Ulrich: “*La importancia económica del derecho de autor y de los derechos conexos (visión del tema en las obras literarias y artísticas)*”. Conferencia publicada en el Libro-Memorias del I Congreso Iberoamericano sobre Propiedad Intelectual. Ed. Ministerio de Cultura. Madrid, 1991.

- b. En los estudios donde se tomó como referencia al Producto Interno Bruto (PIB), no se incluyeron (como sí lo hicieron los que se realizaron teniendo como factor el Producto Nacional Bruto o PNB), los ingresos procedentes del extranjero con destino a personas no residentes en el país respectivo.
- c. Para la fecha de muchos de los análisis ciertas formas de uso de las obras o nuevas formas creativas ligadas a las más recientes tecnologías, no estaban todavía tan desarrolladas como en el presente, como por ejemplo, las transmisiones satelitales, la televisión por cable, el sector informático o la incorporación de las obras en soportes digitales; o simplemente no existían, como el comercio electrónico a través de *Internet* de bienes y servicios relacionados con el derecho de autor.

40. En todo caso, se pueden mencionar como ejemplos de la participación económica de las industrias del derecho de autor el hecho de que el valor agregado al PNB fue, según los estudios, del 2,77% en los Países Bajos; 2,06% en Austria; 3,09% en Australia y 2,92% en Finlandia¹⁰.

41. Para hacer más elocuente el resultado, puede señalarse que los realizados en los Estados Unidos reflejaron que las industrias norteamericanas del “*copyright*”, teniendo en cuenta su contribución al ingreso nacional, ocuparon el segundo lugar, solamente precedidas por el sector de servicios médicos y de salud, superando al agro, la fabricación de maquinaria eléctrica, la industria automotriz y la elaboración de alimentos y productos afines, agregando un total del 5,8% al Producto Interno Bruto (PIB) de ese país; y que en el Reino Unido la cuota de las industrias directamente dependientes del derecho de autor al PIB era superior al de la producción de automóviles y a la alimenticia y similar al de la industria química y a la de fibras artificiales.

42. Por su parte, la encuesta holandesa demostró que el valor aportado por las actividades concernientes al derecho de autor es tan importante como el de la industria hotelera y mayor que el del transporte aéreo y marítimo, mientras que el estudio sueco demostró que era superior al de la agricultura, la madera y la pesca juntas, a pesar de basarse en datos de 1978, es decir, antes del surgimiento de las modernas tecnologías comunicacionales, informáticas y digitales.

43. Sin embargo, para Uchtenhagen, el porcentaje del producto social bruto no dice gran cosa, pues solamente se confirma lo que ya se sabía: que el mercado de la comunicación (el cual está íntimamente vinculado a las obras protegidas por el derecho de autor) tiene una gran importancia económica. De allí que en su criterio

¹⁰ V.: OLSSON, Henry: “*La importancia económica del derecho de autor*”. Ob. Cit. p. 5.

no se puedan comparar los porcentajes calculados en distintos países mientras se van ampliando criterios diferentes con respecto a lo que se debe considerar como parte integrante de la importancia económica del derecho de autor, razón por la cual los porcentajes oscilan según si se incluyen o no algunos sectores¹¹.

44. El citado experto llama entonces la atención sobre cuán humildes son los ingresos de las sociedades de gestión colectiva del derecho de autor, comparándolos con los ingresos promedio *per cápita* de la población y llega a la conclusión de que el 0,01% de estos ingresos - tan solo una diezmilésima- corresponde a los autores y editores de obras musicales.

45. Ante esa contrastante realidad Uchtenhagen se pregunta: ¿cómo es compatible la anterior constatación con la afirmación de que la importancia económica del derecho de autor corresponde al 2-3% o incluso al 5-6% del producto nacional bruto de un país? Y responde: “*Aquí se abre el abismo entre el producto ganado por la comunicación y las partes del que corresponde a los autores de los bienes de comunicación más importantes. En las investigaciones sobre la importancia económica del derecho de autor nunca debe quedar sin contestar la pregunta de qué manera y en qué dimensión los autores participan en la utilización de sus obras...*”.¹²

VII

LA IMPORTANCIA ECONÓMICA DEL DERECHO DE AUTOR Y LOS DERECHOS CONEXOS EN LOS PAÍSES EN VÍAS DE DESARROLLO

46. No hemos localizado estudios completos que se hayan efectuado sobre el impacto económico del derecho de autor en el mundo en desarrollo, pero estimaciones realizadas en algunos territorios pueden servir de referencia.

47. En efecto, de acuerdo a la investigación realizada por Alikhan¹³, la situación en algunos países asiáticos es como sigue:

- a. La India tiene una de las diez industrias editoriales más grandes del mundo, ocupando el tercer lugar en las publicaciones en inglés, con un número pro-

¹¹ UCHTENHAGEN, Ulrich: “*La importancia económica del derecho de autor y de los derechos conexos*”. Ob. Cit. p. 4.

¹² Idem. p. 5.

¹³ ALIKHAN, Shahid: “*La función del Derecho de Autor en la Evolución Cultural y Económica de los países en desarrollo. La experiencia en Asia*”. Boletín de Derecho de Autor. Ed. UNESCO. Volumen XXX, No. 4, octubre de 1966, pp. 10-13.

medio anual de títulos publicados de 20.000, facturando 445 millones de dólares; en cuanto a las películas, es el primer productor cinematográfico del mundo (aunque Estados Unidos sea el primer exportador), con 800 filmes por año y una facturación anual de 560 millones de dólares; la facturación por año de la industria musical fue, en 1984, de 450 millones de dólares, las exportaciones de “*software*” alcanzaron, en 1995, 450 millones de dólares y la facturación de diarios y de publicidad fue de 1.300 millones de dólares.

- b. En China se editaron, en 1994, un total de 104.000 obras, de las cuales 61.000 eran títulos nuevos, para totalizar 3.000 millones de ejemplares, además de publicarse 7.300 revistas y 1.800 diarios; en el mismo año se rodaron 150 películas y asistieron a las salas de cine 14.500 millones de personas, según cifras de 1991; y en cuanto a la música grabada, las ventas totalizaron 346 millones de dólares.
- c. En Indonesia, la industria editorial produce de 4.000 a 6.000 títulos nuevos por año; las ventas de grabaciones sonoras, para 1995, ascendían a 263 millones de dólares y en 1991 se rodaron 30 películas.
- d. En Malasia, la industria editorial, en 1991, publicó 3.800 títulos y la facturación conjunta de ediciones de libros, diarios y publicidad, fue de 471 millones de dólares, mientras que la industria fonográfica tuvo ventas, para 1995, de 92 millones de dólares.
- e. En Singapur, a pesar de tratarse de una pequeña isla, existen más de 100 editoriales y se publican 10.000 o más ejemplares por cada título; la exportación de libros, en 1993, fue de 250 millones de dólares y las ventas de grabaciones sonoras, para 1995, fue de 83 millones de dólares.

48. Por lo que se refiere a América Latina, es de destacar su importante contribución en el aporte de bienes culturales tradicionales, en literatura, música y artes plásticas, por ejemplo, superando, en muchos casos, a algunos de los países económicamente desarrollados¹⁴.

49. Baste recordar lo que significa la industria de las telenovelas en países como Argentina, Brasil, Colombia, México, Perú o Venezuela; las industrias editoriales en Argentina, Brasil, Colombia, Chile y México; la producción de software, con una importante capacidad de exportación, para países como Costa Rica, Chile o Panamá; la artesanía y las artes populares para toda la región centroamericana y andina, así como para otros países de América Latina; la difusión mundial de la

¹⁴ Para la fecha de entrega de esta unidad, se estaba a la espera de la divulgación de varios trabajos sobre estudios realizados en algunos países de América del Sur.

música caribeña, mexicana, brasileña o rioplatense, entre otras, solamente para poner algunos ejemplos.

50. Además, ciertos países latinoamericanos tienen una respetable industria editorial y fonográfica con capacidad de exportación y esos bienes culturales tienen un costo relativamente bajo, en comparación con muchos de orden suntuario, de manera que existe una amplia posibilidad de circulación de los mismos pues su costo es accesible, incluso, para el sector de medianos recursos.

51. Por otra parte, las producciones audiovisuales generan empleo no solamente para innumerables autores, artistas y técnicos nacionales, sino también importantes divisas por la transmisión de esas obras en el exterior.

52. Las producciones audiovisuales han servido también de vehículo para promocionar otras creaciones incorporadas a ellas, especialmente la música, que luego coloca a dichas composiciones en primeros lugares de popularidad en el extranjero (con el consiguiente ingreso de “regalías” destinadas al país de origen) y que facilitan el acceso de los intérpretes latinoamericanos al mercado del espectáculo en los países desarrollados.

53. Pero, adicionalmente, en lo que se refiere a los bienes culturales que deben importarse (lo que también es deseable, por el necesario intercambio cultural entre los pueblos y porque ningún país, por desarrollado que sea, puede autoabastecerse de todos los bienes intelectuales que necesita), no debe olvidarse el importante valor agregado nacional por su reproducción, comunicación, promoción y comercialización lícita en el país de importación.

54. Otro elemento orientador es que, según Cohén¹⁵, al hacerse una comparación entre los estudios realizados en países desarrollados, fue la industria de la impresión y la edición el contribuyente más importante a los ingresos nacionales relacionados con el derecho de autor¹⁶, seguida de los servicios de “software”, la radiodifusión (radio y televisión), la publicidad, la arquitectura, las “regalías” por derechos autorales y artísticos, la cinematografía (cine y video) y la industria fonográfica.

55. Y, como ya fue explicado, numerosos países en desarrollo cuentan en varias de esas áreas con una infraestructura o un movimiento económico relativamente importante, mas cuando la mayor parte de los libros educativos, principal-

¹⁵ COHEN JEHOAM, Herman: “*Critical reflections on the economic importance of copyright*”. Ob. Cit. p. 5.

¹⁶ La misma apreciación la tiene Henry Olsson, en “*La importancia económica y cultural del derecho de autor*”. Ob. Cit. p. 61.

mente los de nivel primario y secundario, son producidos por la industria editorial nacional.

56. Sobre el papel del derecho de autor en los países en desarrollo, Lipszyc comenta que cuando no hay legislación sobre la materia, o esta no tiene niveles adecuados que garanticen una protección efectiva o bien no existen sociedades de autores que los representen eficazmente, o se observa una actitud tolerante hacia los infractores, se priva a todos los sectores interesados de los beneficios que les reporta el derecho de autor¹⁷.

57. A pesar de ello, no faltan quienes propugnen por la desprotección, en los países en desarrollo, de las obras tuteladas por el derecho de autor y las prestaciones protegidas por los derechos conexos, bajo la falsa premisa de que una ausencia de tutela o una protección débil:

- a. Ahorra divisas al país, porque el precio de los “*productos*” o “*servicios*” donde se incorporan obras del ingenio tuteladas por el derecho de autor y/o bienes intelectuales protegidos por los derechos conexos, es inferior.
- b. Estimula la creatividad nacional, porque la protección del derecho de autor (y, en general, por todos los derechos de propiedad intelectual) del que son titulares empresas extranjeras, bloquea el progreso de las empresas locales, las cuales deberían tener la libertad de “*piratear*”.
- c. Ayuda a adquirir tecnología, porque la protección a las empresas foráneas constituye una barrera para su adquisición, de manera que si se abandona dicha tutela legal se puede obtener toda la tecnología deseada, sin costo.
- d. Disminuye la dependencia, pues ésta es perjudicial para el desarrollo económico.¹⁸

58. Sin embargo, todas esas premisas resultan erróneas, porque:

- a. Una protección insuficiente, como ya fue visto en la unidad anterior, desestimula la creatividad local y la competencia desaparece, generando sólo una mayor dependencia de bienes extranjeros, sin una contrapartida de obras y producciones nacionales.
- b. Los precios de los productos y servicios “*piratas*” siguen de cerca, en muchos casos, los precios del “*original*”, sin que el infractor desarrolle ninguna

¹⁷ Ob. Cit. p. 60.

¹⁸ Al respecto, véase a SHERWOOD, Robert M.: “*Propiedad Intelectual y desarrollo económico*”. Ed. Heliasta. Buenos Aires, 1995, pp. 175-192.

actividad productiva (generadora de nuevas obras y de riqueza a través de la inversión, el empleo, el ingreso de divisas y la generación de contribuciones ingresos fiscales para el país), sino una forma de “*parasitismo social*”.

- c. Constituye un grave error defender la utilización no autorizada de las obras extranjeras y la tutela exclusiva para las nacionales, no solamente porque una parte del valor agregado interno desaparece con las reproducciones y otras utilidades ilícitas, sino también porque (como se trató en la unidad anterior), es más barato explotar el producto extranjero desprotegido (porque el reproductor no autorizado en nada invierte, sino en el costo del soporte), que el nacional protegido (que es entonces más costoso porque en él sí se asumen los gastos de producción, la remuneración a los autores y artistas, la publicidad, etc.), de manera que se impide el desarrollo de las industrias culturales nacionales (ante la competencia desleal del producto extranjero desprotegido) y, como consecuencia, se desestimula la creatividad endógena.
- d. En un proceso de “*globalización de la economía*” y frente a las “*distorsiones en el comercio*” que crea la comercialización de productos o servicios ilegítimos (ante la ausencia de protección de las obras, prestaciones, producciones y emisiones), las empresas proveedoras de tecnología extranjera evitan su transferencia a aquellos países “*piratas*” donde no existe una protección efectiva, de suerte que estos países terminan por acceder a tecnologías menos competitivas y desactualizadas.
- e. Por ello, como comenta Lipszyc, cuando no existen las condiciones adecuadas para una protección efectiva del derecho de autor, se retarda el desarrollo de las industrias de bienes culturales, pues desalienta a los titulares de derechos sobre obras extranjeras a autorizar su reproducción y difusión en territorios que no ofrecen garantías jurídicas, privando al sector laboral de fuentes de trabajo y al fisco de ingresos¹⁹.
- f. La desprotección a los derechos de propiedad intelectual en general (y al derecho de autor y a los derechos conexos en particular), limita el desarrollo de recursos humanos, se estimula la “*fuga de cerebros*” (porque los creadores emigran hacia entornos donde el resultado de su creatividad esté tutelado), se pierde la capacidad creativa cuando solamente se estimula la labor de “*piratear*” y disminuyen las disponibilidades de apoyo y financiamiento para las industrias culturales y la generación de nuevas creaciones.
- g. Una adecuada protección al derecho de autor y los derechos conexos promueve la competencia mediante una mayor generación de obras, interpreta-

¹⁹ Ob. Cit. p. 60.

ciones, producciones y emisiones que se ponen a disposición del público y el desarrollo de las industrias culturales y del entretenimiento estimula la creatividad humana y hace avanzar la economía.

- h. Un ejemplo de lo anterior es el auge reciente del sistema de “*franquicias*”, imposible de desarrollar sin una adecuada protección a los derechos intelectuales y donde entran en juego un conjunto de elementos creativos como las artes aplicadas, decorados, dibujos, mensajes comerciales, programas de ordenador elaborados “*a medida*” para operar el sistema “*franquiciado*” y bases de datos creadas para esa misma operación, todos ellos objeto del derecho de autor, así como las interpretaciones o ejecuciones artísticas, las producciones fonográficas y las emisiones de radiodifusión que difunden varios de esos elementos, éstos que deben encontrar una protección en el marco de los derechos conexos, además de otros bienes relativos a las marcas y otros signos distintivos y a las invenciones, modelos de utilidad y diseños vinculados todos ellos protegidos por la propiedad industrial.

- i. Finalmente, no es posible asimilar el derecho exclusivo que tiene el autor de explotar su obra a la figura del “*monopolio de mercado*”, porque el derecho de autor solamente reconoce ese derecho exclusivo sobre una obra determinada, pero no impide a los demás competir en el mismo mercado con sus propias creaciones, de suerte que los competidores (cada uno con sus propias obras, interpretaciones, producciones o emisiones) pueden entrar a él y será el público quien elija las obras, prestaciones, producciones y transmisiones de su preferencia²⁰.

²⁰ Sobre el tema, véase también a SHERWOOD, Ob. Cit. pp. 33-34.

Módulo

I

*Introducción al
derecho de autor
y los derechos
conexos*

UNIDAD 4

EL DERECHO DE AUTOR: CONCEPTO, ANTECEDENTES Y SISTEMAS
DE PROTECCIÓN

Concepto - Antecedentes históricos – Los sistemas de protección: el “*Copyright*” y el “*Derecho de Autor*”.

I

CONCEPTO

1. Para Lipszyc, el derecho de autor, en sentido objetivo, es la denominación que recibe la materia; y en sentido subjetivo, alude a las facultades de que goza el autor en relación con la obra que tiene originalidad o individualidad suficiente y que se encuentra comprendida en el ámbito de la protección dispensada¹.

2. Para Delgado Porras, el derecho de autor, en sentido objetivo, está constituido por un conjunto de normas, de carácter jurídico-privado, principalmente de producción legislativa, de origen interno o internacional, que tienen por objeto regular los derechos del autor sobre sus obras y el ejercicio de esos derechos, tanto individual, por el propio autor o por personas legitimadas para ello, como colectivo, e igualmente las condiciones de ese ejercicio; y en sentido subjetivo, la situación de poder conferida por el ordenamiento jurídico al autor, en consideración a su cualidad de creador de una obra y para tutela de su propio interés en relación con la misma, confiando al arbitrio de éste la defensa y el ejercicio de dicha situación².

II

ANTECEDENTES HISTÓRICOS³

3. En la Grecia Antigua el plagio era castigado con un severo reproche, pero no existía un sistema normativo que reconociera expresamente al autor un derecho exclusivo sobre su obra.

4. No obstante, comentan Iribarne y Retondo que:

“... cuenta Vitrubio (...) que en el siglo V a.C, en un certamen de poesía varios concursantes presentaron como propias viejas obras existen-

¹ LIPSZYC, Delia: “Derecho de Autor y Derechos Conexos”. Ob. Cit. p. 18.

² DELGADO PORRAS, Antonio: “Fundamento y evolución del derecho de autor”. Ob. Cit. p. 9.

³ Sobre la evolución histórica del derecho de autor, véase ANTEQUERA PARILLI, Ricardo “Consideraciones sobre el Derecho de Autor”. Buenos Aires, 1977. pp. 17-19; DELGADO PORRAS, Antonio: “Fundamento y evolución del derecho de autor”. Ob. Cit.; LIPSZYC, Delia: “Derecho de Autor y Derechos Conexos”. Ob. Cit. pp. 28-39; VILLALBA, Carlos Alberto: “La positivización del Derecho de Autor”. Conferencia publicada en el Libro-Memorias del III Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos. Ed. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)/Instituto Interamericano de Derecho de Autor (IIDA)/República Oriental del Uruguay. Montevideo, 1997; y UCHTENHAGEN, Ulrich: “Introducción. Historia del Derecho de Autor y los Derechos Conexos”. Documento OMPI/DA/PDEI/97/1. Curso OMPI/SGAE de formación en Derecho de Autor y Derechos Conexos para América Latina. Punta del Este/Montevideo, 1997.

tes en la biblioteca de Alejandría y que, descubiertos, se los sancionó como ladrones”⁴.

5. También una ley ateniense del 330 a.C “ordenó que copias exactas de las obras de tres grandes clásicos fueran depositadas en los archivos del Estado” y los actores debían respetar ese texto oficial⁵.

6. En Roma, Baylos comenta la posibilidad que existía de intentar la “*actio injuriarum*” ante la publicación no autorizada y la “*actio furti*” contra la publicación abusiva cometida a través de un atentado al manuscrito, razón por la cual Marcial, en su conocido epigrama, expresaba su convicción sobre la ilicitud del plagio⁶.

7. Igualmente en Roma Marie Claude Dock apunta que Donat, comentando a Terencio, escribió acerca del “*Eunuco*”:

“Fue representada con tal éxito y aplausos que fue vendida una segunda vez y representada como nueva”.

8. Y sobre esa afirmación agrega que:

“por consiguiente, la primera venta tendría por objeto el derecho de representar la pieza una sola vez... Indudablemente está ahí el principio del reconocimiento del derecho de autor, de un derecho independiente de la propiedad de los manuscritos”⁷.

9. Pareciera encontrarse allí una pista sobre el origen del derecho patrimonial del autor (y, en particular, sobre el derecho de representación) aunque, como regla general, se admite que no había en la antigüedad un cuerpo sistemático de normas que atribuyera al creador la facultad de autorizar o no el uso de su obra y, en su caso, de exigir una compensación económica por esa explotación.

10. Lo cierto es que, a pesar de esos antecedentes, si bien en Roma existía conciencia sobre el reproche a la usurpación de la paternidad de una obra ajena, no

⁴ IRIBARNE, Rodolfo Antonio y RETONDO, Hilda: “*Plagio de obras intelectuales*”. Los ilícitos civiles y penales en Derecho de Autor. Instituto Interamericano de Derecho de Autor (IIDA). Buenos Aires, 1981. pág. 109.

⁵ V.: LIPSZYC, Delia: “*Derecho de Autor y Derechos Conexos*”. Ob. Cit. p. 28.

⁶ BAYLOS CORROZA, Hermenegildo: “*Tratado de Derecho Industrial*”. Ob. Cit. Madrid, 1978. pp. 133-134.

⁷ V.: DOCK, M.C.: “*Etude sur le droit de l’auteur*”, cit. por JESSEN, Henry: “*Derechos Intelectuales*” (traducción de Luis Grez Zuloaga. Ed. Jurídica de Chile, 1970. p. 20.

existía protección expresa al derecho del autor, incluso porque la enajenación del soporte material que contenía la creación se regía por la propiedad común.

11. De allí que ante la discusión sobre la propiedad de la cosa donde se escribía una obra literaria o se dibujaba una obra visual, la respuesta estaba en que el dueño de la materia (el papel, el lienzo) era el propietario de lo accesorio (la escritura, el dibujo), como sucede con quien construye en suelo ajeno.

12. Esa indiferencia se debió, entre otras cosas, a una inadecuada valoración económica de la obra, al valor “*simplemente espiritual*” de las creaciones del ingenio y a la inexistencia de medios técnicos y masivos de reproducción, que pusieran los ejemplares de las obras al alcance de las mayorías.

13. En la Edad Media prevalecía el “*sentido del honor*” de modo que se juzgaba deshonroso cobrar un precio por el arte, al tiempo que artistas y escritores se consideraban recompensados con la fama, de manera que la remuneración que recibían era como un “*salario*” y no en razón de su “*creación*”, razón por la cual la propiedad absoluta del soporte físico que contenía la obra pertenecía al patrono o al comitente de la misma, según los casos.

14. Asimismo, el único medio de copia de los libros en la época fue manual y el número de ejemplares era muy limitado, incluso por el reducido público que estaba en condiciones de leerlos o adquirirlos.

15. Pero con la invención de la imprenta de tipos móviles, por Gutemberg a mediados del Siglo XV, surgió el primer medio capaz de reproducir mecánicamente las obras escritas, lo que también generó la competencia entre los editores, razón por la cual nació la necesidad de regular el derecho de reproducción, especialmente para que el editor original pudiera impedir las reimpressiones que pretendieran realizar sus competidores.

16. Nació entonces el sistema de los “*privilegios*”, es decir, monopolios de explotación que eran concedidos oficialmente (generalmente a impresores y librerías y en pocas ocasiones a los autores) para la reproducción de las obras, con lo cual el Estado, como apunta Delgado Porrás, bajo la excusa de favorecer la industria del libro, ejercía un control ideológico sobre las publicaciones (ya que la edición de un libro sin contar con el privilegio real era considerado delito), mientras que los autores y sus intereses estaban ausentes de esa protección⁸.

⁸ DELGADO PORRAS, Antonio: “*Fundamento y evolución del derecho de autor*”. Ob. Cit. pp. 19-20.

17. Pero, como apunta Uchtenhagen⁹, fue la filosofía la precursora de los cambios que vinieron después para que los autores pudieran obtener un derecho propio sobre sus obras y no dependieran de los caprichos del gobernante. Esa evolución de las ideas se produce a través del “*individualismo*” y del “*humanismo*” que se desarrolla en Europa.

18. Adsuara menciona, por ejemplo, los escritos de los teólogos-juristas españoles del llamado “*Siglo de Oro*” o “*Escuela de Salamanca*” (que va desde la mitad del siglo XVI a la mitad del siglo XVII), quienes tocaban los derechos del autor y del artífice (artista) al ocuparse del voto de pobreza y del pecado de simonía, especialmente cuando debían hablar de la propiedad y de las clases de bienes, así como examinar si los monjes eran capaces de poseer algún bien o si todos pertenecían al monasterio, concluyendo en la existencia de un “*dominio natural sobre los bienes internos espirituales (las ciencias y las artes incluidas)*”¹⁰.

19. A finales del siglo XVII John Locke fundamenta el inicio de la ideología liberal que luego se desarrolla en el siglo XVIII al declarar que todo hombre posee la propiedad de su propia persona y que el trabajo de su cuerpo y la obra de sus manos han de ser considerados como propiedad suya¹¹, lo que sustenta la formulación del hoy llamado “*derecho de autor*”, como propiedad legítima y útil¹².

20. Paralelamente, los excesos en que se había incurrido en Inglaterra con el sistema de los privilegios y el monopolio adquirido mediante Privilegio Real por la Compañía de Impresores (*Stationers Company*) dio lugar, a pesar de la oposición de impresores y libreros, al Estatuto de la Reina Ana de 1709, promulgado en 1710, que abolió el derecho perpetuo de la compañía y dispuso que el derecho exclusivo de reproducción de la obra correspondía al autor, dando inicio de esa manera al sistema anglosajón de protección (“*copyright*”).

21. Conforme al Estatuto, cualquier impresor o librero, miembro o no de la *Stationers Company*, podía adquirir del autor, por medio de una cesión de derecho civil, el derecho exclusivo a publicar el libro, pero cualquiera de las cesiones concluía después de un período de catorce años y si a su terminación el autor aún vivía,

⁹ UCHTENHAGEN, Ulrich: “*Introducción. Historia del Derecho de Autor y los Derechos Conexos*”. Documento OMPIIDA/PDEI/97/1. Curso OMPI/SGAE de formación en Derecho de Autor y Derechos Conexos para América Latina. Punta del Este/Montevideo, 1997.

¹⁰ V.: ADSUARA VALERA, Borja: “*La pre-historia del reconocimiento de los derechos de Propiedad Intelectual*”. Trabajo publicado en el Libro-Memorias del III Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos. Ed. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)/Instituto Interamericano de Derecho de Autor (IIDA)/República Oriental del Uruguay. Montevideo, 1997.

¹¹ V.: BAYLOS CORROZA, Hermenegildo: “*Tratado de Derecho Industrial*”. Ed. Civitas. Madrid, 1978. p. 139.

¹² VILLALBA, Carlos Alberto: “*La positivización del Derecho de Autor*”. Ob. Cit. p. 65.

podía asumir ese derecho exclusivo nuevamente por catorce años más, transcurridos los cuales la utilización de la obra era libre¹³.

22. En los Estados Unidos se aplicó el Estatuto de la Reina Ana hasta su independencia del imperio británico, cuando en 1783 Connecticut, Massachussets y Maryland dictaron sus primeras leyes sobre propiedad intelectual (luego recogido en la Constitución de 1787 y en la primera ley federal de 1790), pero siguiendo el modelo inglés, por lo que el sistema se conoce también como “*angloamericano*”.

23. En todo caso, como afirma Delgado Porrás, en el sistema surgido con motivo del Estatuto de la Reina Ana la atribución al autor del derecho exclusivo se hacía con el objetivo de su cesión a los editores, que adquirirían así la exclusiva de explotación sin pasar por la aludida compañía, razón por la cual con el Estatuto lo que realmente se resolvió fue un problema de competencia entre los editores¹⁴.

24. En España, el sistema de los privilegios estuvo más dirigido a la protección de los autores, cuando el Rey Carlos III, en dos Reales Órdenes, estableció que el privilegio exclusivo de imprimir un libro le correspondía al creador de la obra y que los privilegios así concedidos se transmitían a sus herederos.

25. No obstante, corresponde a la Revolución Francesa dar al traste con toda noción de privilegio y mediante los Decretos de 1791 y 1793 se reconoció a los autores un derecho de representación (1791) y de reproducción (1793) de sus obras (y no solamente sobre sus producciones literarias, sino también respecto de las musicales y artísticas), derecho que por el Decreto de 1791 fue reconocido por toda la vida del autor y cinco años después de su muerte y que por el de 1793 se extendió a diez años *post mortem*, siendo transmisible por causa de muerte a los herederos u otros derechohabientes del autor.

26. A diferencia del Estatuto de la Reina Ana, las leyes francesas centraron la atención en la persona del autor y en la que se ha llamado una concepción jurídica de la “*propiedad espiritual*”, como aparece reflejado en las palabras de Le Chapelier en el informe presentado ante la Asamblea Constituyente y que dio lugar al Decreto de 1791, donde declaraba que el derecho reconocido a los autores era “*la más sagrada, la más personal de todas las propiedades*” (expresión también utilizada por Lakanal en el informe presentado a la Asamblea y al que siguió el Decreto de 1793), y nace así el sistema del “*derecho de autor*”, conocido también como latino o continental de protección.

¹³ V.: LIPSZYC. Delia: “*Derecho de Autor y Derechos Conexos*”. Ob. Cit. pp. 31-32.

¹⁴ V.: DELGADO PORRAS, Antonio: “*Fundamento y evolución del derecho de autor*”. Ob. Cit. pp. 20-21.

27. Hoy ese criterio del derecho de autor como una propiedad es ampliamente discutido por diversos sectores de la doctrina, especialmente por la confluencia de atributos de orden moral y de carácter patrimonial que nacen con la creación de la obra, de manera que ese conjunto de derechos no puede subsumirse en una simple relación patrimonial, como lo sería de tratarse de una simple propiedad¹⁵.

28. A lo largo del siglo XIX, bajo la influencia de uno u otro sistema (“*copyright*” o de “*derecho de autor*”), comienzan a desarrollarse las leyes nacionales, entre ellas las de varios de los países de América Latina, incluso, en algunos, mediante un reconocimiento de rango constitucional.

29. A finales del mismo siglo XIX se inicia la era de la protección internacional, ante la convicción de los Estados en cuanto a que de nada servía la protección de la obra en el país de origen si se carecería de tutela en los demás territorios.

30. En 1886 se aprueba el Convenio de Berna para la protección de las Obras Literarias y Artísticas (con sucesivas revisiones, siendo la última la de París, 1971) y en 1889 el Tratado de Montevideo sobre Propiedad Literaria y Artística, este último que hoy solamente tiene un valor fundamentalmente histórico, al tiempo que el de Berna continúa siendo el de mayor importancia a nivel mundial.

31. En el siglo XX se producen varios hechos de singular importancia:

- a. La inclusión del derecho de autor en la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) y su ratificación en el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966).
- b. La aprobación en 1952 de la Convención Universal de Derecho de Autor (y su Revisión de París, en 1971), de menor nivel de protección que el Convenio de Berna (razón por la cual ha perdido su importancia en el tiempo ante la adhesión mayoritaria de los países al Convenio de Berna), pero que tuvo el mérito en la época de cumplir con el fin de armonizar las distintas convenciones, arreglos y tratados en la materia y cumplir con la “*universalización*” de la protección internacional del derecho de autor¹⁶.

¹⁵ Sobre las teorías que pretenden explicar la naturaleza jurídica del derecho de autor, véanse ANTEQUERA PARILLI, Ricardo: “*Consideraciones sobre el Derecho de Autor*”. Ob. Cit. pp. 37-50; BAYLOS CORROZA: “*Tratado de Derecho Industrial*”. Ob. Cit. pp. 95-106 y 385-473; DELGADO PORRAS, Antonio: “*Fundamento y evolución del derecho de autor*”. Ob. Cit. pp. 13-19; y LIPSZYC, Delia: “*Derecho de Autor y Derechos Conexos*”. Ob. Cit. pp. 18-27.

¹⁶ Al respecto, véase LIPSZYC, Delia: “*Derecho de Autor y Derechos Conexos*”. Ob. Cit. pp. 606-607 y 744-791.

- c. El reconocimiento en el plano internacional de los llamados “*derechos conexos*” con la aprobación, en 1961, de la Convención de Roma sobre la protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión.
- d. La unánime adopción por los países latinoamericanos, del Convenio de Berna, acogiendo el sistema más antiguo y completo de protección en el ámbito internacional.
- e. La “*globalización de la economía*” y el avance desbordado de la “*piratería*” (esta última facilitada por el adelanto tecnológico), propiciando el comercio internacional de ejemplares ilícitos y distorsionando el comercio legítimo, generando como consecuencia el ingreso del derecho de autor y los derechos conexos (y otros derechos de propiedad intelectual) al Derecho Comercial Internacional, con la incorporación al Tratado de la OMC, cuyo Anexo 1C contiene el Acuerdo sobre ADPIC, siendo su contenido fundamental el reconocimiento de un conjunto de obligaciones para los Estados miembros en cuanto a una protección efectiva de los derechos, a través de medidas de observancia destinadas a una prevención eficaz y a la disuasión de nuevas infracciones, incluyendo la aplicación de sanciones penales en los casos de “*piratería*” y otras violaciones a los derechos de propiedad intelectual.
- f. La aparición del fenómeno digital (y los problemas que, con la ayuda de esa tecnología, facilitan las utilidades no autorizadas), que hizo necesaria la aprobación, en 1996, de dos nuevos Tratados (conocidos como Tratados “*Internet*”): el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA) y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (TOIEF).

32. Los inicios del siglo XXI plantean nuevos retos al derecho de autor y a los derechos conexos, especialmente con el advenimiento y el desarrollo de la “*sociedad de la información*”, especialmente mediante las telecomunicaciones interactivas (por cuyas vías transitan elementos objeto del derecho de autor o de los derechos conexos) y la puesta disposición al público de los contenidos protegidos, de manera que cualquier miembro del público puede acceder a ellos desde el lugar y en el momento en que cada uno de ellos elija.

33. La era digital impone entonces la necesidad, por una parte, de instrumentar los dispositivos técnicos necesarios para impedir el uso no autorizado de las obras o prestaciones protegidas por el derecho de autor o los derechos conexos y de aplicar sistemas de información que permitan identificar y controlar el uso de las creaciones y demás bienes intelectuales que circulen a través de las “*autopistas de la información*”; y, por la otra, la adopción de las reformas legislativas necesarias para tipificar como delito cualquier acción dirigida a eludir, modificar o desactivar esos

dispositivos técnicos implementados por los titulares de derechos o con su autorización, para la defensa de sus legítimos intereses intelectuales.

III

LOS SISTEMAS DE PROTECCIÓN: EL “COPYRIGHT” Y EL “DERECHO DE AUTOR”.

34. Dentro de la disciplina que protege a las creaciones humanas en el dominio literario, artístico o científico como sistema especial dentro del campo normativo de la “*Propiedad Intelectual*”, encontramos dos opciones legislativas básicas, es decir, dos concepciones distintas: por una parte, el “*derecho de autor*” propiamente dicho que adoptan, como regla general, las legislaciones de tradición latina o continental (o concepción “*franco-germánica*” del derecho de autor); y, por la otra, el “*copyright*”, sistema anglosajón o “*angloamericano*”, cuyos respectivos orígenes fueron explicados en el Capítulo anterior.

35. Esa duplicidad no deja de plantear conflictos, por ejemplo, si se invoca la protección de una obra en un país cuya ley sigue el sistema del derecho de autor, pero cuyo país de origen es uno donde impera el “*copyright*”, o viceversa; o en un contrato elaborado bajo la óptica de un sistema pero que debe ser ejecutado en un país de concepción opuesta¹⁷.

36. Y aunque la universalidad de las normas del Convenio de Berna (adoptado por países de una y otra tendencia) y los efectos armonizadores de las Directivas que en esta materia ha aprobado la Comunidad Europea (que reúne en su seno a países de la tradición latina y de la anglosajona), permiten acercamientos entre las dos concepciones y que existen ordenamientos nacionales donde se mezclan principios de ambas corrientes, podemos señalar características diferenciadoras fundamentales entre los dos sistemas, las cuales, siguiendo al menos parcialmente a trabajos precedentes¹⁸, pueden sistematizarse así:

¹⁷ Sobre el tema, véase a ABRAHAM, Robert J.: “*Posibles conflictos en la interpretación de normas desde la óptica del copyright*”. Documento publicado en el Libro-Memorias del I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual. Ed. Ministerio de Cultura. Madrid, 1991; y LIPSZYC, Delia: “*Posibles conflictos de interpretación de normas, visto desde la posición continental*”. Documento publicado en el Libro Memorias del III Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos Ed. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)/Instituto Interamericano de Derecho de Autor (IIDA)/República Oriental del Uruguay. Montevideo, 1997.

¹⁸ V.: ANTEQUERA PARILLI, Ricardo: “*Propiedad Intelectual, Derecho de Autor y Derechos Conexos*”. Documento OMPI-SGAE/DA/COS/00/3. Séptimo Curso Académico Regional de la OMPI sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para países de América Latina. San José, Costa Rica, 2000; DELGADO, Antonio: “*Fundamento y evolución del derecho de autor*”. Ob. Cit. pp. 1-13; y LIPSZYC, Delia: “*Derecho de Autor y Derechos Conexos*”. Ob. Cit. pp. 39-54.

- a. En cuanto a la finalidad esencial de la protección, el “*copyright*”, desde sus propios orígenes (con la promulgación del Estatuto de la Reina Ana, en 1710), estuvo orientado comercialmente, es decir, atendiendo a la regulación de la actividad de explotación de las obras, mientras que el “*derecho de autor*”, también desde su nacimiento (con los decretos de la Asamblea Constituyente de la Revolución Francesa, en 1791 y 1793) es esencialmente individualista, donde el autor –persona física–, es el “*centro de gravedad*” en el esquema de protección.
- b. Por lo que se refiere al objeto, el “*copyright*” no solamente tutela como “*obras*” a las creaciones humanas con características de originalidad, sino que también califica como tales “*obras*” al resultado de actividades organizativas o técnico-empresariales, ayunas de creatividad, como las grabaciones sonoras (fonogramas), las emisiones de radiodifusión y las transmisiones por cable, por lo que, como afirma Delgado Porrás¹⁹, en dicho sistema el concepto de “*obra*” admite un “*ensanchamiento*” de la noción de originalidad y se convierte en un término neutral, que posibilita comprender en el mismo objetos exentos de singularidad personal. Por el contrario, el “*derecho de autor*” solamente considera “*obras*” a las producciones del ingenio, de carácter original, vale decir, a las creaciones en el dominio literario o artístico. Otra cosa es que en el sistema continental, las grabaciones, transmisiones y emisiones encuentren protección, pero en el marco del sub-sistema de los “*derechos conexos*” o “*afines*” al derecho de autor.
- c. También en relación con el objeto, las leyes del sistema angloamericano exigen generalmente como requisito para la protección el que la obra se encuentre fijada en un soporte material, mientras que en los ordenamientos que siguen la concepción latina la obra está protegida por el solo hecho de la creación, sin necesidad de su incorporación a un objeto tangible (como en muchas “*obras orales*”, por ejemplo, las alocuciones y sermones) salvo, por excepción, alguna ley de tradición continental que exige esa fijación como condicionante para la tutela de cualquier género de obra (México) o, en algunos casos, solamente para las obras coreográficas o pantomímicas (Chile, Italia).
- d. En lo atinente a la autoría y a la titularidad, como consecuencia de la finalidad de la protección y de la amplitud que tiene el concepto de “*obra*” en el sistema del “*copyright*”, la noción de autor es, en parte, sustituida por la menos comprometida de “*primer titular del derecho*”²⁰ y se admite la posibilidad de considerar autor (y titular originario de los derechos), por medio

¹⁹ V.: DELGADO PORRAS, Antonio: “*Fundamento y evolución del derecho de autor*”. Ob. Cit. p. 7.

²⁰ Idem.

de una “*fictio iuris*”, a una persona jurídica, por ejemplo, de acuerdo a la legislación de cada país perteneciente al sistema, al productor de la obra cinematográfica, al productor del fonograma, al patrono en las obras creadas bajo relación laboral o al comitente en las obras producidas por encargo. En sentido inverso, la concepción latina considera que la obra es el resultado del ingenio humano y, en consecuencia, solamente puede considerarse autor (y titular originario del derecho) a la persona natural que realiza la creación intelectual. Otra cosa es que se admitan, en algunas legislaciones de la tradición continental, presunciones “*iuris tantum*” de cesión (total o parcial) de los derechos patrimoniales por parte del autor (titular originario) al productor, patrono o comitente (titulares derivados), según los casos.

- e. En cuanto a los derechos morales (o derechos de orden personal del autor), el “*copyright*” admite dos tendencias: omitir cualquier referencia en la ley a tales derechos y diferir a los tribunales su aplicación y protección (generalmente bajo las normas del derecho común sobre los derechos de la personalidad o, incluso, la competencia desleal o el enriquecimiento sin causa), o reconocer en la ley solamente los derechos morales “*básicos*” previstos en el artículo 6 *bis* del Convenio de Berna (paternidad del autor e integridad de la obra), pero admitiendo generalmente su renunciabilidad²¹. En cambio, el sistema del “*derecho de autor*” reconoce expresamente en las leyes sobre la materia los derechos morales del autor (casi siempre con el carácter de inalienables e irrenunciables) y no solamente los de paternidad del autor y de respeto a la integridad de su obra, sino también otros atributos de orden personal, como el derecho a la divulgación y al inédito y el derecho de retracto o de retiro de la obra del comercio.
- f. Por lo que atañe a los derechos patrimoniales, aunque en ambos sistemas se reconoce el principio por el cual el autor tiene el derecho exclusivo a la explotación de su obra, en el “*copyright*” tales derechos de explotación son los tipificados por la ley, mientras que en el “*derecho de autor*” el creador tiene el derecho exclusivo de autorizar el uso de su obra “*bajo cualquier forma o procedimiento*”, salvo excepción legal expresa, de modo que las formas de utilización que conforman el derecho patrimonial en el sistema latino no están sujetas a “*numerus clausus*”.
- g. En relación con las limitaciones al derecho de explotación, es común que en el “*copyright*” se admita la figura de las “*licencias no voluntarias*”, bajo las

²¹ Como comenta Colombet, si bien los derechos morales de paternidad e integridad han sido aceptados por la nueva ley del Reino Unido, tales derechos tienen un menor alcance que los conocidos, por ejemplo, en el derecho francés, de manera que no abarcan totalmente los intereses morales del autor (V.: COLOMBET, Claude: “*Grandes principios del derecho de autor y los derechos conexos en el mundo*” (traducción de Petite Almeida). Ed. UNESCO/CINDOC. París, 1997. pp. 46-47).

cuales el autor no puede oponerse a determinadas utilidades de su obra (a través de su radiodifusión o por medio de su grabación sonora), sino que solamente tiene el derecho a exigir una remuneración por esas modalidades de explotación. En cambio, el sistema continental es reactivo a la admisión legislativa de tales licencias (salvo por excepción, algunas leyes que contemplan ese sistema, no obstante seguir la tradición latina), permaneciendo siempre en cabeza del autor el derecho exclusivo de autorizar o no la explotación de la obra por cualquier forma o procedimiento, salvo excepción legal expresa.

- h. También en cuanto a las limitaciones, mientras en el sistema continental esas excepciones al derecho exclusivo son específicas y de interpretación restrictiva, en el “*copyright*” la figura del “*fair use*” o “*uso leal*” es más amplia y su interpretación queda diferida a los tribunales, especialmente a través de la “*infracción de buena fe*” (“*innocent infringement*”)²².
- i. Respecto de las formalidades, el efecto armonizador del Convenio de Berna permitió que las legislaciones de ambos sistemas adoptaran el principio por el cual el goce y el ejercicio de los derechos no están sometidos a ninguna formalidad (art. 5,2) con lo cual, al menos aparentemente, no existen diferencias aquí entre ambas concepciones jurídicas. Sin embargo –informan Ginsburg y Kernochan²³–, a pesar de que la “*Berne Implementation Act*” (aprobada por los Estados Unidos con motivo de su adhesión al Convenio de Berna) suprimió la exigencia de la “*mención de reserva*” en cada uno de los ejemplares publicados de la obra como condición para su protección (la cual es ahora facultativa), su omisión impediría defenderse frente a la “*infracción de buena fe*” que pudiera alegar el infractor ante la inexistencia de esa mención en los ejemplares.

37. Veamos ahora cuál ha sido la opción elegida, al menos como tendencia general, por los legisladores latinoamericanos.

38. Puede considerarse que las leyes latinoamericanas tienen una orientación individualista (salvo alguna excepción, que se comentará más adelante), propia del sistema latino o continental, especialmente cuando como regla general reconocen al autor como el “*centro de gravedad*” en la protección.

39. En cuanto al objeto de protección por el derecho de autor, solamente se consideran “*obras*” a las producciones del intelecto humano en el dominio literario,

²² A través de la “*infracción inocente*” el Tribunal puede reducir la cuantía del resarcimiento, siempre que el infractor soporte la carga de la prueba y pueda constatar que éste no sabía que sus actos constituían una violación al “*copyright*”, ni tampoco tenía razones para creerlo.

²³ Cfr.: LIPSZYC, Delia: “*Derecho de Autor y Derechos Conexos*”. Ob. Cit. pp. 53-54.

artístico o científico con características de originalidad, siguiendo todas muy de cerca la enumeración ejemplificativa del artículo 2,1 del Convenio de Berna, de manera que las prestaciones de los artistas intérpretes o ejecutantes, las producciones fonográficas y las emisiones de radiodifusión, no son objeto de protección por el derecho de autor, sino por los “*derechos conexos*” o “*derechos afines*” reconocidos en las mismas leyes²⁴.

40. También por lo que se refiere al objeto, no se exige el requisito de la fijación en un soporte material como condición para la protección de la obra por el derecho de autor (salvo el caso de México), pues la disposición de la ley venezolana que exigía la fijación en un soporte para las obras coreográficas y pantomímicas, quedó derogada con la Decisión 351 de la Comunidad Andina de Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos (de aplicación preferente a las leyes internas de los países miembros), la cual no exige la incorporación de ninguna obra a un objeto físico a los efectos de la protección.

41. En lo atinente a la autoría y la titularidad, la tendencia generalizada y casi unánime es la de considerar “*autor*” sólo a la persona natural que crea la obra, quien a su vez es el titular originario de los derechos, de modo que cualquier transferencia a terceros de los derechos patrimoniales siempre tiene carácter derivado. Sin embargo, las leyes de Argentina y Costa Rica, por vía de excepción, se alejan de la concepción latina en el caso de las obras cinematográficas, cuando reconocen como coautor de las mismas al productor, el cual casi siempre es una persona jurídica.

42. También como regla de casi unánime aceptación, las legislaciones latinoamericanas reconocen al derecho moral del autor como inalienable e irrenunciable (y muchas de ellas, además, como perpetuo), y no solamente hacen comprender en él las facultades “*básicas*” o “*mínimas*” que integran el derecho moral conforme al artículo 6 *bis* del Convenio de Berna (paternidad del autor e integridad de la obra), sino también, entre otros, el derecho a la divulgación y al inédito y, en la mayoría, el derecho de retirar la obra del comercio.

43. Los ordenamientos latinoamericanos tienen la tendencia a enumerar los derechos patrimoniales de modo ejemplificativo, antecediendo las indicaciones de las modalidades que configuran un determinado derecho con expresiones como “*especialmente*” “*tales como*” o “*entre otras*” y partiendo del principio general por el cual el autor tiene el derecho de explotar su obra “*en cualquier forma*” o “*bajo cualquier procedimiento*” u otra fórmula similar, como se estudiará en la unidad 4 del módulo II.

²⁴ Subsiste sin embargo la discusión en Argentina, cuya Ley 11.723 sobre Propiedad Literaria y Artística, por reforma de 1998, incluye en el catálogo de obras protegidas a “*los impresos, planos y mapas; los plásticos, fotografías, grabados y fonogramas*” (hemos destacado).

44. Al reconocerse al autor el derecho exclusivo sobre cualquier forma de utilización de la obra, mediante todo proceso o sistema conocido o por conocerse, es evidente que las excepciones a ese derecho exclusivo previstas en la leyes latinoamericanas son de interpretación restrictiva.

45. Por otra parte, las leyes latinoamericanas no acogen por lo general esas “*licencias no voluntarias*”.

46. La mayoría de los textos legales latinoamericanos disponen expresamente que la protección por el derecho de autor se reconoce por el simple hecho de la creación de la obra e independientemente del cumplimiento de alguna formalidad o solemnidad, salvo en las leyes de Argentina y Uruguay donde existe un registro constitutivo, pero siendo estos últimos países miembros del Convenio de Berna no pueden aplicar o exigir esa formalidad a las obras cuyo país de origen sea uno de los demás miembros de la Unión de Berna.

47. De todo lo expuesto puede afirmarse que, con las salvedades de detalle antes anotadas, las legislaciones autorales latinoamericanas se ubican en la concepción jurídica continental, latina, franco-germánica o del “*derecho de autor*”.

Módulo

II

Parte general
sobre derecho
de autor

UNIDAD 1

LA OBRA COMO OBJETO DEL DERECHO DE AUTOR

Precisiones generales - Características - Obras individuales y obras complejas - Obras anónimas y seudónimas - Obra originaria y obras derivadas - Las obras protegidas en el Convenio de Berna - La protección de las obras conforme al Acuerdo sobre los ADPIC - La protección de las obras de acuerdo al Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA) - El título de la obra.

I

PRECISIONES GENERALES

1. Para el Glosario de la OMPI sobre derecho de autor y derechos conexos, obra es “*toda creación intelectual original expresada en una forma reproducible*”¹.

2. El Convenio de Berna no define a la “*obra*”, sino que se limita a señalar que se encuentran protegidos los derechos de los autores sobre “*sus obras literarias y artísticas*” (artículo primero), a cuyos efectos se hace una enumeración ejemplificativa de las creaciones objeto de tutela (art. 2).

3. Ese ha sido también el estilo de muchas legislaciones latinoamericanas que aunque definen, por ejemplo, a la obra en colaboración, a la colectiva o a la anónima, omiten lo que es la “*obra*” en sí misma, como objeto del derecho de autor.

4. Sin embargo, existe la tendencia creciente en las recientes leyes de la región (Ecuador, México, Panamá, Paraguay, Perú y República Dominicana, el Reglamento de la ley venezolana y la Decisión 351 del Acuerdo de Cartagena sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, esta última de aplicación directa y preferente en todos los países de la Comunidad Andina), a definir lo que es obra, como “*toda creación intelectual original, en el dominio literario, artístico o científico, susceptible de ser divulgada o reproducida por cualquier medio o procedimiento*” u otra fórmula similar.

II

CARACTERÍSTICAS

5. De la definición ya anotada, de diversas disposiciones del Convenio de Berna y de las legislaciones nacionales, surgen las principales características de lo que es “*obra*” como objeto del derecho de autor, a saber:

- a. Que pertenezca al dominio literario, artístico o científico.
- b. La tutela legal se reconoce sobre la forma de expresión.
- c. Esa protección es independiente del modo o forma de expresión.
- d. La forma de expresión, para estar protegida, debe tener características de originalidad.

¹ V.: Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI): “*Glosario de Derecho de Autor y Derechos Conexos*” (autor principal: György Boytha). Ginebra, 1980. Voz 262. p. 268.

El dominio literario, artístico o científico.

6. El Convenio de Berna, al definir el ámbito de la protección menciona a las “*obras literarias y artísticas*” (art. primero), pero al concretar lo que es el objeto de la tutela, indica que “*los términos ‘obras literarias y artísticas’ comprenden todas las producciones en el campo literario, científico y artístico ...*” (hemos destacado).

7. En el derecho comparado varias leyes simplemente aluden a las “*obras intelectuales*” (Francia, Italia); otras a las “*obras literarias y artísticas*” (Bélgica, Costa Rica, Dinamarca, Ecuador, Honduras, México, Paraguay, Perú), al tiempo que en la mayoría se señala como objeto de protección por el derecho de autor a las “*obras literarias, artísticas y científicas*”.

8. Por excepción, ciertos textos agregan a las “*educacionales*” (Cuba), las “*didácticas*” (Argentina, Panamá) o a las “*artesanales*” (Nicaragua), a pesar de que una obra no está protegida por el hecho de estar destinada a la enseñanza o porque sea realizada mediante técnicas de artesanía, sino en razón de su forma de expresión literaria o artística con características de originalidad e independientemente de su destino, como se verá *infra*.

9. La alusión a las “*obras literarias, artísticas o científicas*”, mas que una clasificación de las creaciones protegidas destaca la exclusión, por una parte, de los productos de un trabajo intelectual que, a pesar de su mérito, no concluyen en un aporte creativo propio (como los que realizan los simples “*colaboradores técnicos*” que simplemente ejecutan manualmente las órdenes y las formas creativas del autor); y, por la otra, de las invenciones industriales, soluciones técnicas que son objeto del “*derecho invencional*”, formando parte de la “*propiedad industrial*”, como fue visto en la unidad 1 de la parte introductoria.

10. Los términos “*artístico, científico o literario*” deben apreciarse con un criterio amplio, pues están protegidas obras que, en sentido estricto, tienen poca relación con la ciencia, las letras o las artes en el sentido tradicional, “*como sucede en el caso de las guías puramente técnicas, los dibujos de ingeniería o los programas de ordenador para fines de contabilidad*”.²

11. Finalmente, las obras científicas no están protegidas por su contenido sino por su forma de expresión, de modo que un manual de medicina será una obra literaria aunque no tenga un contenido estético, en cuanto se manifiesta a través de un lenguaje, mientras que un documental sobre zoología no estará protegido por

² Idem.

filmar la vida de los animales, sino por su forma de expresión, en este último caso a través de elementos literarios (narración, guión, diálogos) y artísticos (audiovisuales), donde juegan elementos creativos como la dirección, la fotografía o la música de fondo.

La forma de expresión.

12. Cuando el Convenio de Berna se refiere a la protección de las obras “*cualquiera que sea el modo o forma de expresión*” (art. 2,1), está descartando la protección de las ideas, pues el derecho de autor solamente protege al “*ropaje con que las ideas se visten*”, de manera que a partir de la misma idea pueden surgir diversas obras, cada una de ellas con su propia originalidad.

13. De allí que como lo señala el artículo 9,2 del Acuerdo sobre los ADPIC, Anexo 1C del Tratado de la OMC y también el artículo 2 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA), la protección del derecho de autor abarca las expresiones, pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí, en principio recogido también de forma expresa por algunas leyes (Brasil, Ecuador, Guatemala, México, Nicaragua, Paraguay, Perú, República Dominicana) y en la Decisión 351 de la Comunidad Andina.

14. En cuanto a las ideas comenta Nordemann:

*“El escritor no sólo escribe en la lengua en la que fue educado, utiliza también giros e imágenes que otros ya han utilizado antes que él. Si no, los lectores, no le entenderían. El compositor trabaja, al menos, generalmente, con los sistemas de notas, armonías y las frases usuales. Si no lo hace así, su música como máximo encontrará un pequeño círculo elitista de oyentes [de manera que] en cuanto a la forma exterior de una obra, su carácter creativo se encuentra casi siempre en combinaciones de elementos del dominio público que lleva a un nuevo conjunto [pues] otro autor elegiría otros elementos o los dispondría de otro modo en el conjunto”.*³

15. En similar orientación Lipszyc expresa:

“Una misma idea, una misma investigación, un mismo tema son retomados infinidad de veces. En su desarrollo, cada autor aporta la impronta de su personalidad, su individualidad. En ocasiones el resultado es alta-

³ NORDEMANN, Wilhelm: “*Forma e idea en el Derecho de Autor*” en “*La protección de las ideas*”. Association Littéraire et Artistique Internationale. Sitges, 1992. p. 67.

*mente enriquecedor, en otras trivial, pero lo que permite que cada generación impulse el lento avance de la civilización es la posibilidad de trabajar sobre lo existente, de proseguir el camino sin tener que rehacerlo”.*⁴

La protección con independencia del modo o forma de expresión.

16. La mención contenida en el art. 2,1 del Convenio de Berna, al referirse a las obras “*cualquiera que sea el modo o forma de expresión*” implica también, por una parte, que carece de relevancia el modo como la creación pueda ser divulgada (por ejemplo, a través de su reproducción, distribución o comunicación pública); y, por la otra, que tampoco importa la manera de exteriorizarse, la cual puede consistir en signos, palabras, sonidos o imágenes (fijas o en movimiento) o de algún otro modo.

17. Pero de los principios anotados se desprenden asimismo otros dos (recogidos expresamente en muchos ordenamientos nacionales), a saber:

- a. Que la protección es independiente del mérito de la obra, apreciación siempre subjetiva y que no corresponde al derecho sino a la crítica pues, como apunta Baylos, “*lo mismo se protegen los versos ramplones que el poema genial*”⁵, de lo que se desprende, según la “*Guía del Convenio de Berna*” que “*... en caso de litigio, no corresponde al juez apreciar el valor artístico o cultural de una obra*”⁶, o sea, “*no transformar al Juez en crítico de arte, bajo pena de arbitrariedad y subjetividad sin límites*”.⁷
- b. Que esa tutela es también independiente de su destino, ya que la obra puede ser divulgada o, por el contrario, permanecer inédita; utilizada para expresar su contenido estético (como en las obras de las “*bellas artes*”) o para promocionar un producto comercial (como en los mensajes publicitarios escritos, sonoros o audiovisuales); con fines educativos (v.gr.: en las didácticas, sean expresadas gráficamente o en forma de documentales de enseñanza, por ejemplo) o utilitarios (como en los programas de ordenador o en los recetarios de

⁴ LIPSZYC, Delia: “*Derecho de Autor y Derechos Conexos*”. Ob. Cit. p. 62.

⁵ BAYLOS CORROZA, Hermenegildo: “*Tratado de Derecho Industrial*”. Ob. Cit. Madrid, 1978, p. 643.

⁶ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI): “*Guía del Convenio de Berna*” (autor principal: Claude Masouyé). Ginebra, 1978. p. 13.

⁷ Sentencia dictada por unanimidad en la Cámara Civil del Tribunal de Justicia del Estado, Brasil, 7.10.95, citada por RETONDO, Hilda: RETONDO, Hilda: “*La protección de las artes visuales y de las obras publicitarias. Las obras arquitectónicas*”, en el Libro-Memorias del III Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos. Ed. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)/ Instituto Interamericano de Derecho de Autor (IIDA)/República Oriental del Uruguay. Montevideo, 1997. Tomo II. p. 685.

cocina), y en todos los casos la creación estará protegida por el derecho de autor.

La originalidad.

18. La originalidad como requisito para la protección surge incluso igualmente del propio Convenio de Berna (y de las definiciones contenidas en muchas leyes) cuando, por ejemplo:

- a. La propia denominación del Convenio alude a la protección de las “*obras literarias y artísticas*” y, como se ha dicho, la obra, en cualquiera de sus acepciones, trae de suyo el elemento de la originalidad.
- b. El artículo 2,5 (sobre las colecciones de obras literarias o artísticas), se refiere a las “*creaciones intelectuales*” y de allí surge que, conforme a los principios generales que informan la materia, la protección se reconoce a “*las obras del ingenio de carácter creador*”, lo que igualmente impone el requisito de la originalidad.

19. La originalidad (o el de que están protegidas las obras cuando sean “*originales*”), aparece expresamente mencionado en muchas leyes nacionales latinoamericanas (Bolivia, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y Venezuela por vía reglamentaria) y en la Decisión 351 de la Comunidad Andina.

20. La originalidad de la obra apunta a su “*individualidad*” (y no a la novedad *stricto sensu*, propia del “*derecho invencional*”), es decir, que el producto creativo, por su forma de expresión, debe tener suficientes características propias como para distinguirlo de cualquiera otro del mismo género, a diferencia de la copia, total o parcial, de la creación de otros (lo que tipificaría un plagio), sin una interpretación o sello personal; o de la simple técnica, que sólo requiere de la habilidad manual en la ejecución.

21. Sobre la “*originalidad*”, propia del derecho de autor y la “*novedad*” exigible en el marco del derecho invencional (formando parte de la propiedad industrial), Espín Canovas comenta:

“En cuanto al criterio de la novedad, su utilización al exigir una innovación, como ocurre en la propiedad industrial, cerraría el paso a creaciones sobre el mismo tema. Ejemplo reciente es el estreno casi si-

multáneo de tres filmes de ‘Carmen’ según la obra de MERIMÉE, sin que se haya cuestionado su respectiva originalidad” (hemos destacado)⁸.

22. También sobre el tema apunta Colombet:

“La 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”⁹.

23. En todo caso, como afirma Satanowsky, la originalidad se presume y quien la niega debe probarla.¹⁰

24. Pero no debe confundirse la originalidad de la obra con su carácter originario, pues se entiende que es obra originaria la primigeniamente creada, vale decir, la que no tiene una relación de dependencia con otra preexistente, como sí ocurre con las “*obras derivadas*” o de “*segunda mano*” (v.gr.: las adaptaciones, traducciones, arreglos y compilaciones) las cuales, para gozar de protección, deben también reunir el requisito de la originalidad, aunque no sean obras “*originarias*” sino “*derivadas*”.

25. La anterior precisión es fundamental cuando la ley aplicable dispone que quedan protegidas tanto las “*obras originales*” como las “*derivadas*” (Nicaragua), utilizando la primera de las expresiones en el sentido de “*obras originarias*”, pero en el entendido de que ambas categorías de obras deben cumplir con la condición de la originalidad.

¿La legalidad?

26. Ninguna disposición convencional o legal excluye de la protección por el derecho de autor a aquellas obras que, en un determinado momento, puedan considerarse en algún país como atentatorias a la moral, al orden público o a las buenas costumbres.

27. Si la condición de “*moralidad*” fuera necesaria, resultaría entonces lícito (por carecer de tutela), usurpar la paternidad del autor o atentar contra la integridad

⁸ ESPÍN CANOVAS, Diego: “*Los derechos del autor de obras de arte*”. Ed. Civitas. Madrid, 1996. p. 67.

⁹ COLOMBET, Claude: “*Grandes principios del derecho de autor y los derechos conexos en el mundo*” Ob. Cit. p. 13.

¹⁰ SATANOWSKY, Isidro: “*Derecho Intelectual*”. Ed. TEA. Buenos Aires, 1954. Tomo I. p. 470.

de la obra estimada, en algún momento, contraria a la moral o a las buenas costumbres.

28. Otra cosa es que disposiciones de orden público restrinjan, en determinadas situaciones, la circulación de los ejemplares o la comunicación pública de la obra, pero como un límite al derecho de explotación y no como una exclusión a la protección.

29. Esa limitación es lo permitido por el Convenio de Berna, cuando pauta que sus disposiciones:

“... no podrán suponer perjuicio, cualquiera que sea, al derecho que corresponde al gobierno de cada país de la Unión de permitir, vigilar o prohibir, mediante medidas legislativas o de policía interior, la circulación, la representación, la exposición de cualquier obra o producción, respecto a la cual la autoridad competente hubiere de ejercer este derecho” (art. 17).

La enumeración ejemplificativa de las obras protegidas.

30. El artículo 2,1 del Convenio de Berna, contenido del listado de las obras objeto de tutela, contiene dos previsiones fundamentales, a saber:

- a. Están protegidas *“todas las producciones en el campo literario, científico o artístico”*.
- b. La enumeración está antecedida de la expresión *“tales como”*, la cual es repetida al mencionar a las colecciones de las obras literarias o artísticas (art. 2,5), expresión que también figura en la Convención Universal de Derecho de Autor (art. I).

31. La palabra *“todas”* ya refleja que cualquier producción literaria, científica o artística que por su forma de expresión tenga características de originalidad, está protegida por el derecho de autor.

32. En cuanto a la segunda mención convencional (*“tales como”*), la OMPI, en su *“Guía del Convenio de Berna”* comenta que *“el empleo de las palabras ‘tales como’ nos hace ver que la lista es meramente enunciativa y no exhaustiva: se trata de suministrar a los legisladores nacionales una serie de ejemplos”*.¹¹

¹¹ OMPI: *“Guía del Convenio de Berna”*. Ob. Cit. p. 14.

33. Ese sentido ejemplificativo aparece también, de diversas maneras, en las legislaciones nacionales e instrumentos comunitarios, al anteceder el catálogo de obras protegidas con una o varias de las expresiones siguientes:

- a. “*tales como*” (Brasil, Colombia, Costa Rica, El Salvador, Nicaragua).
- b. “*entre otras*” (Ecuador, Decisión 351 de la Comunidad Andina sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos).
- c. “*entre ellos*” (Argentina).
- d. “*especialmente*” (Bolivia, Panamá, Paraguay, Venezuela).
- e. “*en particular*” (Guatemala, Honduras).
- f. “*fundamentalmente*” (Cuba).
- g. “*incluyendo, pero no limitados*” (República Dominicana).
- h. “*todas las demás que por analogía*” (México).
- i. “*en fin, toda creación susceptible de ser divulgada o reproducida*” (Colombia, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Venezuela).

34. Otros textos, además, culminan el catálogo no exhaustivo con la expresión: “*la anterior enumeración es enunciativa*” (Guatemala, Paraguay).

35. Y es que no podría ser de otra manera, porque es imposible que al proteger a **todas** las creaciones en el campo de las letras, las artes o las ciencias, se agotara en un listado taxativo las diversas obras objeto de tutela, mas cuando el talento del hombre es dinámico y así lo demuestran recientes modalidades creativas, como las diversas creaciones audiovisuales distintas del cine clásico (las telenovelas, los “*video-clips*”, los programas audiovisuales de enseñanza y los documentales científicos) y nuevos géneros como los programas de computación, las bases electrónicas de datos y algunas “*producciones multimedia*”, estas últimas cuando, como las demás obras, reúnan el requisito de la originalidad.

La exteriorización de la obra y su fijación en un soporte material.

36. Mientras la obra se encuentre oculta en el pensamiento del autor no es susceptible de protección, de modo que la creación requiere exteriorizarse, cualquiera que sea la forma de expresión que se utilice para hacerlo.

37. Aunque es cierto que en algunos casos la obra adquiere forma sin haberse incorporado aún a un soporte material (como en las alocuciones, sermones y discursos no escritos ni grabados o en las improvisaciones musicales), lo usual es que la exteriorización implique su materialización en un objeto físico: el papel donde se plasma la obra literaria; la partitura o la grabación sonora que contienen la obra

musical; la película o la cinta que sirven para proyectar la obra audiovisual; el lienzo a través del cual se expresa la obra pictórica; los soportes magnéticos que permiten el uso del programa de computación, etc.

38. Sin embargo, el objeto del derecho de autor es la obra exteriorizada y no el simple soporte que sirve como vehículo para que la creación sea conocida.

39. Lo anterior permite distinguir a la obra (“*corpus mysticum*”) del material tangible que la contiene (“*corpus mechanicum*”), razón por la cual, como lo disponen expresamente muchas leyes e instrumentos comunitarios (Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Venezuela, Decisión 351 de la Comunidad Andina), la protección por el derecho de autor es independiente de la propiedad del objeto en el cual está incorporada la obra, lo que tiene como consecuencia que la enajenación de dicho soporte no implica la cesión de los derechos al adquirente (como también lo tienen dispuesto explícitamente muchos textos nacionales y la Decisión 351 de la Comunidad Andina), salvo alguna excepción legal expresa, de interpretación restrictiva.

40. Ahora bien, de acuerdo al artículo 2,2 del Convenio de Berna, queda reservada a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de establecer que las obras literarias y artísticas o algunos de sus géneros no estén protegidos mientras no hayan sido fijados en un soporte material.

41. Esta “*concesión*” del Convenio de Berna va dirigida, fundamentalmente a las legislaciones de los países del sistema anglosajón (v.gr.: Estados Unidos, Reino Unido) y excepcionalmente a alguna de tradición latina (México), para las cuales la protección por el derecho de autor se concede solamente desde el momento en que han sido fijadas en una forma de expresión tangible, como fue estudiado en la Unidad 4 de la Parte Introductoria.

El aprovechamiento práctico de la obra.

42. Una obra puede contener un conjunto de elementos susceptibles de aplicación práctica o de aprovechamiento industrial, como en los manuales de uso de un programa de ordenador, las instrucciones para la utilización de un producto químico o los recetarios de cocina.

43. En tales casos, el autor tiene el derecho moral de invocar la paternidad de la obra y de exigir el respeto a su integridad, así como el titular del derecho de explotación la facultad de orden patrimonial de autorizar la reproducción, la distribución de los ejemplares o la comunicación pública de la creación, por ejemplo, pero no podrá impedir que el adquirente del soporte material en el cual se incorpore la obra

aproveche el manual para el mejor uso del programa de computación, utilice los conocimientos adquiridos para una mayor utilidad del producto químico o use las fórmulas culinarias que aparecen en el recetario.

44. De allí que algunas leyes nacionales (Ecuador, Paraguay, Perú y el reglamento de la ley venezolana) e instrumentos comunitarios (como la Decisión 351 de la Comunidad Andina), siguiendo en ese sentido a la Convención de Washington sobre el Derecho de Autor en Obras Literarias, Científicas y Artísticas (1946), aclaren que no goza de protección por el derecho de autor el contenido ideológico o técnico de las obras científicas “*ni su aprovechamiento industrial o comercial*”.

La protección por el solo hecho de la creación.

45. Como regla general, las legislaciones de tradición latina o continental protegen a las obras “*por el solo hecho de la creación*” aunque no hayan sido incorporadas a un objeto físico (salvo el caso de México, ya mencionado), si bien algunas de ellas, por vía de excepción, exigen esa condición a las obras coreográficas o pantomímicas¹².

46. Esa protección “*por el solo hecho de la creación*” implica asimismo para todos los países miembros del Convenio de Berna (pertenezcan al sistema latino o al anglosajón) que la tutela legal para las obras cuyo país de origen sea cualesquiera de los otros pertenecientes a la Unión creada por el Convenio, es reconocida conforme al artículo 5,2 del mencionado instrumento sin necesidad del cumplimiento de ninguna formalidad (principio de la protección automática), de manera que todo sistema registral tiene solamente un carácter declarativo y no constitutivo de derechos.

47. De allí que el carácter no constitutivo del registro (u otra fórmula según la cual su omisión no perjudica el goce o el ejercicio de los derechos) figure en muchas leyes latinoamericanas (Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Venezuela), así como en la Decisión 351 sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, vinculante para todos los países miembros de la Comunidad Andina.

¹² Lipszyc critica la discriminación de que han sido objeto las obras coreográficas y pantomímicas en algunas legislaciones, pues si la razón está en la imposibilidad fáctica de probar en qué consiste la obra, de no estar fijada, la misma dificultad existe respecto de las obras orales y éstas no están sometidas al requisito de su corporización, de suerte que no resulta coherente el que la protección se acuerde en función de la fijación, cuando tal tutela se fundamenta y reconoce por el acto de la creación (LIPSZYC, Delia: “*Derecho de Autor y Derechos Conexos*”. Ob. Cit. p. 76).

III

OBRAS INDIVIDUALES Y OBRAS COMPLEJAS

48. Obra individual es aquella creada por una sola persona física, mientras que las obras complejas son producto de diversos aportes, generalmente de personas distintas, la mayoría de las veces en forma concertada.

49. Las obras complejas se clasifican usualmente en obras en colaboración y en obras colectivas.

50. Obras en colaboración son las creadas por dos o más personas que trabajan juntas, o al menos tienen mutuamente en cuenta sus contribuciones y bajo una inspiración común¹³.

51. Las obras colectivas son producidas y dirigidas bajo la responsabilidad de una persona natural o jurídica que las publica bajo su nombre, donde por el elevado número de participantes es difícil o imposible la identificación de cada uno de los autores y sus respectivos aportes y en las cuales las correspondientes contribuciones se funden en el conjunto, con vistas al cual fue concebida, sin que sea posible atribuir a cada uno de los coautores un derecho autónomo sobre su contribución o sobre el producto realizado.

52. La autoría y la titularidad de los derechos sobre las obras individuales y complejas será objeto de estudio en la Unidad 2 de este mismo módulo.

IV

OBRAS ANÓNIMAS Y SEUDÓNIMAS

53. Generalmente se define como obra anónima a aquella en que se desconoce la identidad del autor por voluntad del mismo, ya que de no mencionarse el nombre del autor sin mediar su consentimiento, no hay obra anónima sino una situación ilícita por omisión de paternidad.

54. A su vez, aunque podría decirse en general que es obra seudónima toda aquella donde no figura el nombre del autor sino un seudónimo, la problemática jurídica se plantea cuando el autor utiliza un seudónimo que no lo identifica, razón por la cual algunas legislaciones solamente consideran seudónima a aquella obra

¹³ Idem. p. 130.

donde el nombre empleado no permite identificar al autor (Bolivia, Colombia, Costa Rica, Chile, Guatemala, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Venezuela) o establecen una fórmula equivalente (Brasil, Cuba, El Salvador, Nicaragua).

55. La situación de las obras anónimas y seudónimas en cuanto a la autoría y la titularidad de los derechos, será estudiada en la Unidad 2 de este módulo.

V

OBRA ORIGINARIA Y OBRAS DERIVADAS

56. Obra originaria, como ya fue dicho, es la originariamente creada, sin relación de dependencia con alguna preexistente.

57. La obra derivada (o compuesta), como la definen algunas leyes (Panamá, Paraguay, Perú y el Reglamento de la venezolana), *“es la basada en otra ya existente, sin perjuicio de los derechos del autor de la obra originaria y de la respectiva autorización, y cuya originalidad radica en el arreglo, la adaptación o transformación de la obra preexistente, o en los elementos creativos de su traducción a un idioma distinto”*, u otra fórmula esencialmente similar (Colombia, Chile, Ecuador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, República Dominicana).

58. Las situaciones que plantean la autoría y la titularidad en relación con las obras originarias y derivadas, serán objeto de estudio en la Unidad 2 de este mismo módulo.

VI

LAS OBRAS PROTEGIDAS EN EL CONVENIO DE BERNA

Las obras originarias.

59. El artículo 2,1 del Convenio de Berna hace, como quedó dicho, una enumeración no exhaustiva de las obras originarias, en el dominio literario o artístico (independientemente de que por su contenido puedan considerarse también científicas), pero no se trata de una clasificación cerrada o excluyente pues, por ejemplo, una obra musical es artística en cuanto a la melodía, pero literaria por la letra, al tiempo que la obra audiovisual es una manifestación intelectual que, de acuerdo a las características del caso concreto, tendrá elementos literarios (argumento, guión, diálogos), artísticos (decorado, coreografía, fotografía, dirección) o, incluso, un

contenido científico, tal el caso de un documental relativo a cualquier rama de las ciencias.

60. Las obras contenidas en ese listado no exhaustivo, pueden clasificarse así:

- a. Las expresadas por escrito, a través de libros, folletos u otros soportes gráficos.
- b. Las “*obras orales*”, como conferencias, alocuciones, sermones y otras de la misma naturaleza.
- c. Las obras dramáticas y dramático-musicales.
- d. Las coreográficas y pantomímicas.
- e. Las composiciones musicales, con o sin letra.
- f. Las obras cinematográficas, a las cuales se asimilan las expresadas por un procedimiento análogo, que, de una manera más omnicomprendiva, son llamadas por las modernas legislaciones como “*obras audiovisuales*”.
- g. Las artes plásticas, tales como las de dibujo, pintura, escultura, grabado y litografía.
- h. Las obras arquitectónicas.
- i. Las fotografías y las expresadas por un procedimiento análogo.
- j. Las artes aplicadas.
- k. Las ilustraciones, mapas, planos, croquis y obras plásticas relativas a la geografía, a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias.

61. Una explicación detallada de cada una de esas categorías figura en otros trabajos, a los cuales nos remitimos ¹⁴, sin perjuicio de algunos aspectos específicos que trataremos en las unidades que integran el módulo III relativo a las disposiciones especiales para ciertas obras.

62. Es de hacer notar que por tratarse de una enumeración no taxativa, también se encuentran protegidas otras obras que tengan una forma de expresión literaria o artística aunque no figuren en el catálogo del artículo 2,1 del Convenio de Berna, como ha sido reconocido en relación con los programas de computación, de computadoras o “*software*”, según las disposiciones aclaratorias contenidas en el artí-

¹⁴ V.: ANTEQUERA PARILLI, Ricardo: “*Los derechos reconocidos a los autores en los Tratados. Las ‘obras literarias y artísticas’ como objeto de esos derechos*” Ob. Cit.; BAYLOS CORROZA, Hermenegildo: “*Tratado de Derecho Industrial*”. Ob. Cit. pp. 497-523; LIPSZYC, Delia: “*Derecho de Autor y Derechos Conexos*”. Ob. Cit. pp. 69-92; OMPI: “*Guía del Convenio de Berna*”. Ob. Cit. pp. 12-19.

culo 10,1 del Acuerdo sobre los ADPIC y en el artículo 4 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA).

La exclusión automática de las noticias del día.

63. A pesar del carácter enunciativo del catálogo de obras protegidas, el artículo 2,8 del Convenio de Berna dispone que la protección prevista en dicho instrumento no se aplica a las noticias del día ni de los sucesos que tengan el carácter de simples informaciones de prensa.

64. Como comenta la “*Guía del Convenio de Berna*”, las noticias o los sucesos no están protegidos en cuanto tales, ni lo están tampoco los relatos de los mismos que posean el carácter de simples informaciones de prensa, ya que estas informaciones no cumplen las condiciones para ser incluidas entre las obras literarias o artísticas; en cambio –agrega–, los artículos escritos por periodistas, así como cualesquiera otras “*obras periodísticas*” en las que se den o se comenten noticias, gozan de la protección en la medida en que lleven inherente una aportación intelectual¹⁵.

65. Pero es posible que, a pesar de esa ausencia de protección por el derecho de autor, el uso sistemático y permanente de las narraciones noticiosas de otro medio de comunicación social (como el de un diario vespertino que se limite a copiar los relatos de un matutino), se pueda accionar de acuerdo a instituciones del derecho común, como el enriquecimiento sin causa o la competencia desleal, debido a ese “*aprovechamiento parasitario*”.

Las obras derivadas y sus principales géneros.

66. Es evidente que la obra originaria está protegida por el derecho de autor en razón de su carácter creativo, por su forma de expresión en el dominio literario o artístico.

67. Pero en lo que se refiere a la derivada debe destacarse, previamente, que de acuerdo al Convenio de Berna (arts. 8 y 12), el autor de la obra originaria tiene el derecho exclusivo de autorizar o no las adaptaciones, arreglos y transformaciones, así como las traducciones de su obra.

68. Una vez autorizada la transformación, el autor de la obra derivada tiene derechos morales y patrimoniales sobre su aporte, sin perjuicio de los derechos correspondientes al autor de la creación primigenia.

¹⁵ Ob. Cit. pp. 24-25.

69. En tal sentido, el artículo 2,3 del Convenio de Berna dispone que están protegidas como obras originales, sin perjuicio de los derechos del autor de la obra original, las traducciones, adaptaciones, arreglos musicales y demás transformaciones de una obra literaria o artística.

70. En todo caso, como en las “*obras originarias*”, las derivadas también deben reunir el requisito de la “*originalidad*”, como un “*valor agregado*” al ya existente en el material modificado¹⁶.

71. Pero en todas las obras derivadas, cuando los elementos utilizados consistan en obras preexistentes en dominio privado, es necesario que el autor de la obra de “*segunda mano*” obtenga la autorización correspondiente de los autores de las obras primigenias.

72. Aunque sobre esta clase de obras existe un abundante material bibliográfico a cuyo contenido nos remitimos¹⁷, formularemos algunas consideraciones generales sobre las principales creaciones de esta clase.

Las colecciones.

73. Entre las “*obras derivadas*” se encuentran las colecciones, tales como las antologías y las enciclopedias, pero no aquellas que consisten en una simple recopilación acumulada de elementos de información (obras, hechos, datos), las cuales no gozan de la protección por el derecho de autor¹⁸, sin ningún aporte creativo.

74. La originalidad en las colecciones puede no encontrarse en la “*forma de expresión*” (como sí ocurre en las traducciones), sino en su “*composición*”, vale decir, en la selección o disposición del material compilado.

¹⁶ Sobre las obras derivadas, véase a SCHUSTER VERGARA, Santiago: “*Derechos de reproducción y transformación de las obras*”. Documento OMPI-SGAE/DA/COS/00/16^a. Séptimo Curso Académico Regional de la OMPI sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para países de América Latina. San José, Costa Rica, 2000.

¹⁷ V.: ANTEQUERA PARILLI, Ricardo: “*Los derechos reconocidos a los autores en los Tratados. Las obras literarias y artísticas como objeto de esos derechos*”. Documento OMPI/DA/ANG/99/8. Curso OMPI/SGAE de formación en Derecho de Autor y Derechos Conexos para América Latina. Antigua, Guatemala, 1999; LIPSZYC, Delia: “*Derecho de Autor y Derechos Conexos*”. Ob. Cit. pp. 111-119; ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL (OMPI): “*Guía del Convenio de Berna*”. Ob. Cit. pp. 20-22; RUBIO TORRES, Felipe: “*Consideraciones generales sobre el Derecho de Autor*”. Documento presentado II Seminario Centroamericano sobre Propiedad Intelectual para Catedráticos Universitarios. Secretaría de Integración Económica Centroamericana (SIECA). Ciudad de Guatemala, 2000.

¹⁸ Como señala la “*Guía del Convenio de Berna*”, ya citada, el reunir, mediante simple yuxtaposición, obras o trozos de obras, sin aportación personal, no basta para justificar la protección de la obra resultante (Ob. Cit. p. 22).

75. Por ello, conforme al Convenio de Berna, son protegidas las colecciones de obras literarias o artísticas, “*tales como*” las enciclopedias y antologías que, por la selección o disposición de las materias, constituyan creaciones intelectuales (art. 2,5).

76. La expresión “*tales como*” refleja, como ya ha sido comentado, que la enumeración de las obras allí comprendidas es enunciativa, de manera que, como es aclarado en el Acuerdo ADPIC (art. 10,2) y en el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (art. 5), una base o compilación de datos, aunque no se catalogue, estrictamente, como una enciclopedia o una antología que recopile obras literarias o artísticas, es una obra protegida, siempre que por la selección o disposición de los elementos compilados constituya una creación intelectual.

77. Las bases de datos serán motivo de estudio en la unidad 4 del módulo III de este curso.

Las traducciones.

78. La traducción supone trasladar de un idioma a otro la expresión de una obra preexistente y, como apunta Lipszyc, el traductor, además de respetar fielmente el contenido y el estilo de la obra original, debe superar problemas idiomáticos que, en ocasiones, son de tal importancia que pueden demandar una verdadera recreación lingüística de la obra (como ocurre en poesía) y que aun sin esos obstáculos, la traducción siempre requiere del dominio creativo de otro idioma y de un considerable esfuerzo del pensamiento del autor¹⁹.

79. Y aunque la traducción generalmente se vincula a las obras literarias, también se presenta, por ejemplo, en la letra de obras musicales o en el doblaje o en el subtítulo de las obras cinematográficas y las audiovisuales en general.

Los arreglos y orquestaciones.

80. Para el Glosario de la OMPI arreglo es “*el ajuste de la forma de expresión de una obra musical para fines especiales*”²⁰.

81. Sin embargo, tal definición es demasiado amplia, porque no constituyen arreglos protegidos por el derecho de autor aquellos producto de técnicas rutinarias,

¹⁹ V.: LIPSZYC, Delia: “*Derecho de Autor y Derechos Conexos*”. Ob. Cit. p. 113.

²⁰ Ob. Cit. Voz 11. p. 11.

ayunas de originalidad, como las orquestaciones simples, los simples cambios de ritmo o los meros ajustes a la escala de voz de un cantante.

82. Por ello están protegidos solamente los arreglos que cuenten con originalidad creativa, como los que contienen agregados o modificaciones de compases, variaciones en la armonía, puentes musicales u orquestaciones complejas.

Las adaptaciones.

83. La adaptación consiste en una modificación de la obra preexistente, en dos supuestos:

- a. Con cambio de género, como ocurre en la adaptación a la cinematografía de una creación literaria preexistente; o,
- b. Sin cambio de género, como en la versión de una novela para adultos pero destinada a un público infantil.

Las parodias.

84. Generalmente se entiende por parodia la imitación burlesca de una obra seria.

85. Aunque las parodias no figuran expresamente en la enumeración enunciativa que de las obras derivadas hace el artículo 2,3 del Convenio de Berna, las mismas quedan comprendidas entre las “*demás transformaciones de una obra literaria o artística*” a que se refiere dicho dispositivo.

86. El tema de las parodias tiene una especial importancia en razón del derecho moral a la integridad de la obra preexistente y a la posibilidad de que la modificación afecte el decoro de la obra primigenia o la reputación de su autor, además del derecho patrimonial de transformación exclusivo del creador.

87. En el plano legislativo existen varias tendencias, como las siguientes:

- a. No se requiere la autorización previa del autor de la obra preexistente (Francia).
- b. Es indispensable la autorización del autor de la obra parodiada (Argentina).

- c. No se exige el consentimiento, sin perjuicio del derecho del autor de la obra preexistente a obtener una remuneración por el uso de su creación y siempre que la parodia no infiera un daño a la obra originaria o a su autor (Perú).
- d. No es necesario el permiso del autor, siempre que la parodia no constituya una mera reproducción y que no constituya descrédito (Brasil).
- e. No se precisa la autorización, siempre que no se induzca a confusión, ni se infiera un daño a la obra original (España).

88. En las legislaciones donde no existe una disposición expresa al respecto, rige el principio general por el cual el autor tiene el derecho exclusivo de autorizar o no las modificaciones de su obra, lo que implica, salvo pacto expreso en contrario, el pago de una remuneración.

89. De igual manera, el que una ley permita la parodia sin el consentimiento del autor, no implica que dicho uso pueda hacerse a título gratuito.

VII

LA PROTECCIÓN DE LAS OBRAS CONFORME AL ACUERDO SOBRE LOS ASPECTOS DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL RELACIONADOS CON EL COMERCIO (ADPIC)

Preliminares

90. El ADPIC (Anexo 1C del Tratado de la OMC), no sustituye a los Convenios Internacionales ya existentes en materia de derecho de autor o de derechos conexos, ni exime a los países que han adherido a ellos de los compromisos impuestos por esas convenciones.

91. Por otra parte, la existencia de ADPIC es perfectamente compatible con el Convenio de Berna, cuyo artículo 20 permite que los países de la Unión suscriban arreglos particulares, siempre que los mismos confieran a los autores derechos más amplios que los concedidos por el Convenio o que no sean contrarios al mismo, de suerte que el ADPIC es un “*Arreglo Particular*” en el sentido del citado artículo convencional.

El objeto de la protección

92. Al establecer el Acuerdo ADPIC la obligación de aplicar los artículos 1 a 21 (con excepción del 6 *bis*) del Convenio de Berna²¹, queda entendido entonces que los Estados obligados por ADPIC (aunque no sean miembros del Convenio de Berna) deben proteger a “*todas*” las producciones del ingenio en el campo literario, científico o artístico “*cualquiera que sea el modo o forma de expresión*”.

Programas de ordenador.

93. Conforme al artículo 10,1 del ADPIC, “*los programas de ordenador, sean programas fuente o programas objeto, serán protegidos como obras literarias en virtud del Convenio de Berna (1971)*”.

94. Ahora bien, aunque es cierto que el artículo 2,1 del Convenio de Berna no menciona expresamente entre las obras protegidas a los programas de ordenador (programas de computación, de computadoras, de cómputo, computacionales o “*software*”, según los denomine cada legislación nacional), el reconocimiento de tales programas como obras tuteladas por el derecho de autor ya había sido acogido a nivel doctrinario, jurisprudencial y legislativo, dado el carácter meramente enunciativo del listado de obras contenido en el mencionado artículo 2,1 del Convenio.

95. Así, la incorporación expresa de los programas de ordenador, conforme al texto ADPIC, no innova, sino que aclara.

Compilaciones de datos.

96. El artículo 10,2 del ADPIC, glosando al Convenio de Berna en relación con las colecciones de obras literarias o artísticas (art. 2,5), establece que “*las compilaciones de datos o de otros materiales, en forma legible por máquina o en otra forma, que por razones de la selección y disposición de sus contenidos, constituyan creaciones de carácter intelectual, serán protegidas como tales*”, pero “*esa protección, que no abarcará los datos o materiales en sí mismos, se entenderá sin perjuicio de cualquier derecho de autor que subsista respecto de los datos o materiales en sí mismos*”.

²¹ Cuando el ADPIC establece que “*no obstante, en virtud del presente Acuerdo ningún Miembro tendrá derechos ni obligaciones respecto de los derechos conferidos por el artículo 6bis de dicho Convenio* (se refiere al de Berna, nota nuestra)*ni respecto de los derechos que derivan del mismo*” (art. 9,1), no está eximiendo a los países miembros del Convenio de Berna de reconocer y respetar los derechos morales previstos en su artículo 6bis, sino señalando que no puede invocarse un incumplimiento del ADPIC por parte de algún Estado miembro de la OMC por el hecho de no reconocer o respetar tales derechos morales.

97. Los cambios de redacción entre el ADPIC y el artículo 2,5 del Convenio de Berna son de forma, pero aquél está dirigido a aclarar expresamente que la protección por el derecho de autor se concede, no solamente a las colecciones de obras literarias o artísticas, sino también a las recopilaciones de elementos de información que no sean obras (v.gr.: efemérides, valores bursátiles, climas, tasas de interés, nóminas empresariales, catálogos de productos, etc.), con la condición de que la selección o disposición de esos datos refleje una creación intelectual.

98. Tampoco en este caso el ADPIC es innovador porque dado el carácter ejemplificativo del artículo 2,5 del Convenio de Berna (cuando utiliza la expresión “*tales como*”) y siendo obra toda producción del ingenio en el dominio literario o artístico “*cualquiera que sea el modo o la forma de expresión*”, fue siempre pacífica la interpretación en el sentido de que dichas compilaciones o bases de datos eran obras protegidas, en el contexto del Convenio de Berna, sin necesidad de mención explícita, siempre que, conforme al texto convencional, la selección o disposición de las materias constituyera un acto de creación intelectual.²²

99. Pero como quiera que lo protegido es la “*forma*” (en este caso de la “*composición*”, es decir, el modo como se seleccionan o disponen los datos) y que en algunos supuestos la información compilada puede estar constituida total o parcialmente por creaciones protegidas por el derecho de autor, el ADPIC declara que la tutela no abarca los datos o materiales en sí mismos y que la protección se concede sin perjuicio del derecho de autor que pueda subsistir en relación con los elementos objeto de la recopilación.

VIII

LA PROTECCIÓN DE LAS OBRAS CONFORME AL TRATADO DE LA OMPI SOBRE DERECHO DE AUTOR (TODA)

100. El TODA no ofrece ninguna innovación con relación al Acuerdo sobre los ADPIC en cuanto a las obras protegidas, pues se limita a disponer que las partes contratantes darán cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 1 a 21 y en Anexo del Convenio de Berna (art. 1,4) y a aclarar que los programas de ordenador, cualquiera que sea su forma de expresión, están protegidos como obras literarias en los

²² También en este caso la incorporación expresa de las bases de datos en muchas legislaciones nacionales precedió al texto ADPIC, así como su reconocimiento en la Decisión de la Comunidad Andina 351 de Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, en el Tratado de Libre Comercio para América del Norte y en el Tratado del Grupo de los Tres (G3).

términos del artículo 2 del Convenio de Berna (art. 4) y que las compilaciones de datos (bases de datos) o de otros materiales, gozan de protección cuando por la selección o disposición de los contenidos constituyan creaciones de carácter intelectual (art. 5).

101. La parte innovadora del TODA se encuentra en las disposiciones relativas al “*entorno digital*”, como se verá en posteriores unidades de este curso.

IX EL TÍTULO DE LA OBRA

102. El título es un medio identificador de la obra y generalmente está constituido por una palabra o una combinación de palabras.

103. Pero si la originalidad es un requisito intrínseco para la protección por el derecho de autor, solamente los títulos originales gozan de la tutela, como la obra misma, de modo que están excluidos los títulos banales o ayunos de creatividad (como “*amor*”, “*odio*”, “*recuerdos*”).

104. De la misma manera, no gozan de ningún derecho exclusivo aquellos títulos simplemente genéricos o cuando sirven para indicar, solamente, el contenido o índole de la obra (como “*cálculos matemáticos*”, “*manual de biología*”, “*introducción al derecho*”, etc.).

105. Pero la protección del título por el derecho de autor no significa que el tratamiento legislativo sea uniforme, porque mientras algunos textos establecen como norma general que el título original de una obra queda protegido como parte de ella (España, Nicaragua, Paraguay, Perú) o que están protegidos los títulos originales de las obras cuando los mismos constituyan una creación; en otras legislaciones la prohibición de usar el mismo título original para identificar a una obra posterior opera solamente cuando, siendo susceptible de confusión, la segunda obra pertenece al mismo género que la primera (Chile, Panamá, Venezuela) o a otra obra análoga (Colombia, Honduras, República Dominicana), al tiempo que en un tercer grupo se encuentran los textos en los cuales se dispone que nadie puede utilizar el título de una obra ajena como medio destinado a producir confusión en el público o para aprovecharse indebidamente del éxito o reputación de su autor (Guatemala).

106. La crítica que se le formula a las leyes cuya prohibición para el uso del título original de una obra preexistente se limita a su empleo en otra obra del mismo género, está en que el riesgo de confusión puede existir, incluso, cuando se pretende identificar con el mismo título creativo a obras de géneros diferentes.

107. Finalmente, conforme al principio de la independencia pero también de la compatibilidad del derecho de autor en relación con otros derechos de propiedad industrial que puedan existir sobre el mismo objeto, es posible que el título original de una obra pueda ser usado como signo distintivo de un producto o servicio pero, como lo disponen muchos textos legales sobre propiedad industrial, el uso como marca de un título protegido por el derecho de autor se encuentra entre las prohibiciones marcarias, a menos que medie el consentimiento del titular del derecho de autor.

Módulo

II

Parte general
sobre derecho
de autor

UNIDAD 2

LOS SUJETOS DEL DERECHO DE AUTOR: AUTORÍA Y TITULARIDADES

Autoría y persona natural - Autoría y persona jurídica - Titularidad originaria y titularidad derivada - Autoría y titularidad en las obras individuales y complejas - Autoría y titularidad en las obras anónimas y seudónimas - Autoría y titularidad en las obras originarias y derivadas - Autoría y titularidad en las obras realizadas bajo contrato de trabajo y por encargo - El Estado como titular de derechos intelectuales - Presunciones de autoría y titularidad.

I

AUTORÍA Y PERSONA NATURAL¹

1. Si la creación intelectual es el acto y el resultado de “*crear*” una obra², esa creación solamente puede ser el resultado de una acción humana, pues se trata de una actividad intelectual, propia y exclusiva de las personas naturales.

2. De allí que, al menos en la tradición latina o continental del derecho de autor, solamente puede ser autor “*la persona física que crea una obra*”.

3. Así lo establecen muchas legislaciones iberoamericanas, a veces en forma directa: “*únicamente la persona natural puede ser autor*” u otra fórmula similar (Bolivia, Ecuador, República Dominicana) o definiendo al autor como “*la persona natural que crea la obra*” o alguna disposición equivalente (Brasil, España, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Decisión 351 de la Comunidad Andina); o bien en forma indirecta, al disponer que obra individual es la “*producida por una sola persona natural*” (Colombia, Chile, Honduras, Venezuela).

4. El precepto responde, por lo demás, al reconocimiento que hace la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 27,2) y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XIII), al derecho del autor como un atributo fundamental, porque el sujeto por excelencia es el ser humano que realiza la creación intelectual.

¹ Sobre el tema general de la autoría y las titularidades, véanse: ANTEQUERA PARILLI, Ricardo: “*Los autores de las obras literarias y artísticas (autoría y titularidades)*”. Documento OMPI/DA/JU/COS/92/3 (a). Seminario Regional de la OMPI sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para Jueces de Centroamérica y Panamá. San José, Costa Rica, 1992; ANTEQUERA PARILLI, Ricardo: “*Derecho de Autor*”. Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual (SAPI). Caracas, 1998. Capítulo VI; LIPSZYC, Delia: “*Derecho de Autor y Derechos Conexos*”. Ob. Cit. Capítulo 3; LIPSZYC, Delia: “*Consecuencias sustantivas de la adhesión al Convenio de Berna. Los beneficiarios de la protección: autores, derechohabientes y titulares de derechos*”. Curso OMPI/SGAE para América Latina de formación en Derecho de Autor y Derechos Conexos. Documento OMPI/DA/HAV/98/6. La Habana, 1998; RETONDO, Hilda: “*Los titulares del derecho de autor, el contenido del derecho y la duración de los derechos patrimoniales*”. Trabajo presentado en el III Seminario sobre Derechos de Propiedad Intelectual, Mar del Plata (Argentina) del 7 al 9 de junio de 2001; RUBIO TORRES, Felipe: “*Autoría y Titularidad. Transmisión del Derecho de Autor*”. Documento presentado en el Seminario sobre Derecho de Autor para jueces y fiscales, y en el Seminario sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para Profesores Universitarios, organizados por el Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe (CERLALC), el Convenio “Andrés Bello” y la Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) La Paz, Bolivia, 1999; TORRES, Mónica: “*Autoría y Titularidad*”. II Seminario sobre Propiedad Intelectual para Catedráticos Universitarios. Secretaría de Integración Económica Centroamericana (SIECA) y Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID). Guatemala, 2000.

² Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI): “*Glosario de Derecho de Autor y Derechos Conexos*”. Ob. Cit. Voz 134. p. 137.

5. Por excepción (y alejándose aquí de uno de los principios fundamentales de la tradición continental), algunas legislaciones de orientación latina atribuyen, en ciertos casos, sea la autoría o bien la titularidad originaria de los derechos sobre ciertas obras a una persona distinta del autor, generalmente una persona jurídica, como en la “*coautoría*” reconocida al productor cinematográfico por las leyes de Argentina y Costa Rica.

6. Por el contrario, en la tendencia anglosajona no es extraña la atribución, mediante una *fictio iuris*, de la cualidad de autor a una persona diferente del creador -y casi siempre una persona jurídica-, por ejemplo, al productor cinematográfico (Estados Unidos) o al patrono en la obra creada bajo relación laboral (Reino Unido).

II

AUTORÍA Y PERSONA JURÍDICA

7. La discusión en cuanto a la condición de autor en cabeza de una persona jurídica se plantea, especialmente, cuando se consideran “*obras*” no sólo a las “*creaciones*” en sentido estricto sino también a otros bienes intelectuales no creativos, como ocurre con la ley británica (*Copyright Designs and Patents Act*), que estima como objeto del derecho de autor, tanto a las obras literarias, dramáticas, musicales o artísticas (que son a las que se exige “*originalidad*”), como a las grabaciones sonoras, emisiones de radiodifusión y de distribución por cable, por una parte, y a la disposición tipográfica de las ediciones publicadas, por la otra.

8. Y como las “*obras*” pertenecientes a los dos últimos grupos no tienen un verdadero autor (porque no son creaciones *stricto sensu*, sino actividades técnico-empresariales), se reconoce la “*autoría*” a sus productores, emisores, distribuidores o editores -casi siempre personas morales-, según el caso.

9. En este curso, y siguiendo la tendencia casi universal de los ordenamientos que siguen la tradición latina, franco-germánica o continental, nos referiremos siempre al autor como la persona física que realiza la creación intelectual.

III

TITULARIDAD ORIGINARIA Y TITULARIDAD DERIVADA

10. Si en la tradición continental autor es solamente la persona natural que crea la obra y el derecho sobre la misma nace por el solo hecho de la creación, es evidente que es a esa persona física a quien debe reconocérsele la titularidad originaria de

todos los derechos (morales y patrimoniales), de suerte que cualquier titularidad en cabeza de un sujeto distinto, siempre tiene un carácter derivado.

11. Cuando se trata de una titularidad derivada en virtud de una transferencia por acto entre vivos, la misma solamente puede referirse a atributos de orden patrimonial, dada la inalienabilidad e irrenunciabilidad de los derechos de carácter moral del autor, como se estudiará en la unidad 3 de este módulo.

12. Esa titularidad derivada (total o parcial), de los derechos patrimoniales en vida del autor y a favor de un tercero, puede surgir de:

- a. Un contrato de “*cesión*” de derechos de explotación, de acuerdo a lo convenido por las partes y dentro de los límites establecidos por la ley.
- b. Una presunción legal, *iuris tantum*, de cesión total o parcial de esos derechos en beneficio de un tercero, como sucede en algunos textos legales en relación con el productor cinematográfico o con el del programa de computación.
- c. Una titularidad de derechos pecuniarios atribuida directamente por la ley a una persona distinta del autor, como ocurre bajo ciertas legislaciones a favor del editor de la obra anónima, del editor responsable de una obra colectiva o del Estado en relación con las obras creadas por los funcionarios a su servicio.

13. La titularidad derivada es distinta en caso de muerte del autor, pues allí se transmiten a los herederos u otros derechohabientes “*mortis causa*” todos los derechos patrimoniales y, al menos en cuando a su ejercicio, todas o algunas de las facultades de orden personal del autor fallecido, como se estudiará en la unidad siguiente.

IV

AUTORÍA Y TITULARIDAD EN LAS OBRAS INDIVIDUALES Y COMPLEJAS

14. Siendo obra individual aquella creada por una sola persona natural, es evidente que en ese supuesto se reúnen en un mismo sujeto las condiciones de autor y titular originario de los derechos.

15. La situación se complica cuando se trata del resultado creativo de varios individuos, es decir, en las obras complejas, como son las realizadas en colaboración y las obras colectivas, definidas en la unidad 1 de este módulo.

Obras en colaboración.

16. Recordemos que obras en colaboración son las creadas por dos o más personas conjuntamente, es decir, que trabajan de común acuerdo y bajo una inspiración común³, como surge de las definiciones contenidas en muchas leyes (Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, España, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana).

17. Ejemplos de obras en colaboración son las cinematográficas (y otras audiovisuales), donde existen varios aportes creativos interrelacionados (argumento, guión y diálogos, música compuesta para la obra, dirección, etc.) y las musicales con música y letra, cuando ambos elementos son el resultado de un trabajo mancomunado entre el compositor y el letrista.

18. No obstante, algunos ordenamientos se limitan a definir a la obra en colaboración como aquella en la cual han participado varias personas naturales (México, Venezuela), sin exigir que la creación haya sido el producto de un trabajo conjunto, en cuyo caso podría interpretarse que la coautoría existe (con todos los efectos que se derivan de ella), aunque los aportes, reunidos posteriormente, hayan sido el resultado de esfuerzos anteriores e independientes.

19. Pero ni aún en el supuesto anterior quedan comprendidas como obras en colaboración aquellas que consisten en una simple yuxtaposición de trabajos individuales, sin ninguna relación entre ellos (como en las revistas donde se publican varios artículos independientes, con sus respectivos autores o en las memorias que recogen las ponencias presentadas en un congreso científico), pues no hay allí un trabajo mancomunado entre los autores para generar una obra común, ni tampoco un resultado que represente un conjunto, sino la simple publicación simultánea de varias creaciones autónomas.

20. Por eso –ejemplifica Lipszyc-, cuando un coreógrafo trabaja sobre una música preexistente (creada o no para ballet), existe una obra compuesta, pero no una obra en colaboración⁴, es decir, una simple “*pluriautoría*”.

21. Las obras en colaboración pueden ser indivisibles (o en colaboración “*perfectas*”), donde los aportes no pueden ser separados; o divisibles (o “*imperfectas*”) si las contribuciones pueden ser explotadas en forma autónoma.

22. No obstante, mientras para algunos textos solamente existe obra en colaboración cuando se trata de una producción indivisible (Colombia, Costa Rica, Chile),

³ V.: LIPSZYC, Delia: “*Derecho de Autor y Derechos Conexos*”. Ob. Cit. p. 130.

⁴ Idem. p. 131.

para otros pueden existir ambas figuras, es decir, obras en colaboración divisibles e indivisibles (Cuba, Ecuador, España, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Venezuela).

23. Una fórmula distinta está contenida en la ley salvadoreña, que hace la división entre la obra “*objetivamente indivisible*” (y, por tanto, inseparable) y la “*obra compuesta*”, ésta que puede ser dividida y la solución se encuentra en que en la obra objetivamente indivisible la cotitularidad pertenece a todos los coautores (quienes deben actuar por mayoría), mientras que en la obra compuesta cada autor tiene la titularidad de su aporte propio dentro del conjunto.

24. Es evidente que en las obras en colaboración indivisibles (o cuando la ley solamente admite como tales a las que reúnen esa característica), la titularidad de los derechos pertenece conjuntamente a todos los coautores, quienes deben ejercerlos de común acuerdo y, en caso de divergencia, por regla general es la autoridad judicial (u otra designada por la ley), la encargada de resolver el conflicto.

25. Por el contrario, si se admite la existencia de obras en colaboración divisibles, las soluciones legislativas admiten algunas variantes, a saber:

- a. Que el derecho sobre la obra pertenece a todos los coautores (Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Venezuela), salvo convenio en contrario o que se demuestre la titularidad de cada uno de ellos, en cuyo caso cada colaborador es titular de los derechos sobre su aporte (Guatemala).
- b. Que cada autor es el titular de su respectivo aporte, salvo pacto en contrario (Bolivia, Brasil, Ecuador, Honduras, República Dominicana).
- c. Que, independientemente del régimen de coautoría que establezca la ley respectiva (Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Venezuela) y salvo convenio en contrario entre los coautores, cada uno de ellos puede explotar su aporte separadamente, siempre que con ello no perjudique la explotación de la obra común (Cuba, España, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Venezuela).

Obras colectivas.

26. Como ya fue explicado en la unidad 1 de este módulo, las obras colectivas son aquellas producidas, dirigidas, editadas o divulgadas bajo la responsabilidad de una persona natural o jurídica que la publica bajo su nombre, donde por el elevado número de participantes es difícil o imposible la identificación de cada uno de los autores y sus respectivos aportes, y en las cuales las correspondientes contribuciones se funden en el conjunto, con vistas al cual fue concebida, sin que sea posible

atribuir a cada uno de los coautores un derecho autónomo sobre su contribución o sobre el producto realizado.

27. El caso de las obras colectivas se presenta en géneros tradicionales (como en muchas enciclopedias y diccionarios) y en modalidades creativas de más reciente aparición, tal el caso de los programas de computación “*standard*” y en muchas bases de datos, especialmente en los de naturaleza compleja, realizados bajo la producción y coordinación de grandes empresas y en cuya elaboración intervienen numerosos técnicos, con diversos grados de participación, donde además cada uno de los participantes es de difícil identificación, así como su respectivo aporte.

28. No obstante, Delgado Porras reflexiona sobre las obras colectivas y se pregunta si es un hallazgo o un pretexto, para concluir que “... *la obra colectiva no es un hallazgo por el que nos debemos felicitar y, en cambio, sí puede ser un pretexto - muy al alcance de la rutina, de la pereza mental y de la frivolidad de unos, y de los intereses de otros- del que se hace uso para suprimir la presencia del autor de la circulación de sus obras, ante el menor relumbrón técnico*”⁵.

29. Pero es una figura que no ofrece soluciones fáciles, como lo demuestran las diversas fórmulas empleadas en las distintas leyes, por ejemplo:

- a. Atribuir la “*autoría*” de la obra a la persona natural o jurídica bajo cuya responsabilidad se produce, edita o divulga la obra (Países Bajos).
- b. Considerar como “*autor general de la obra*” al que la organiza y la dirige, entendiéndose que son “*coautores singulares*” los que lo sean de partes que puedan determinarse como aportes propios dentro del conjunto (El Salvador).
- c. Reconocer la “*primera titularidad*”, la “*propiedad*” de los derechos o el “*derecho de autor*” -que no la autoría de la obra-, al productor, editor o divulgador (Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, España, Francia, Nicaragua, Uruguay), con algunas variantes entre unos y otros textos.
- d. Establecer una cesión presunta -titularidad derivada-, salvo pacto en contrario, de los derechos patrimoniales en favor de quien publique la obra bajo su nombre (Bolivia, Guatemala, Honduras, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana), “*sin perjuicio de los derechos de cada autor sobre su contribución*” (Bolivia).

⁵ V.: DELGADO PORRAS, Antonio: “*La obra colectiva: ¿un hallazgo o un pretexto?*”. Documento publicado en el Libro-Memorias del II Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos (“*Num novo mundo do Direito de Autor?*”). Ed. Direcção-Geral dos Espectáculos. Lisboa, 1994.

e. Extender la presunción *iuris tantum* a favor del editor o divulgador, a la de entenderse que, salvo pacto en contrario, ellos están igualmente autorizados para ejercer “*la defensa de los derechos morales*” sobre la obra colectiva (Guatemala, Honduras, Perú, Panamá, Paraguay, República Dominicana).

30. En todo caso, cuando la ley aplicable no ofrezca una solución expresa y resulte efectivamente imposible identificar a los autores de la obra colectiva, son aplicables, en cuanto correspondan, los principios relativos a las obras anónimas, pues como lo señalan los comentarios al proyecto de disposiciones tipo de la OMPI para leyes en derecho de autor, “*las obras colectivas participan necesariamente de la situación jurídica de las obras anónimas, aunque con la diferencia de que no existe a su respecto la hipótesis de que el autor revele su identidad*”.⁶

V

AUTORÍA Y TITULARIDAD EN LAS OBRAS ANÓNIMAS Y SEUDÓNIMAS

31. En la unidad 1 del módulo II se definió lo que es obra anónima, cuyas dificultades en cuanto a la autoría y la titularidad de los derechos son las mismas que en la obra seudónima, si esta se entiende como aquella en la cual el seudónimo empleado por el autor no lo identifica.

32. De allí que para algunos textos nacionales el régimen de las obras anónimas se aplique tanto a aquellas donde no figura el nombre del autor por voluntad del mismo o a las que el seudónimo empleado no permite identificarlo; o bien definen como obra seudónima a la que el nombre que figura en ella no permite conocer la identidad del autor (Bolivia, Colombia, Costa Rica, Cuba, El Salvador, Panamá, Paraguay, Perú, Venezuela); o asimilan las obras seudónimas a las anónimas, cuando en las mismas se desconoce la verdadera identidad del autor (Brasil, España, Guatemala, Honduras, Nicaragua, República Dominicana).

33. Dicho de otra manera: a los efectos de la solución legal para las obras cuyo autor se desconoce, no se consideran seudónimas las que tienen un seudónimo “*aparente*” o, si se quiere, “*transparente*”.

34. Ante el hecho de que el autor haya ejercido su derecho al anónimo (o al seudónimo) y el que se ignore su identidad (bien porque no figure su nombre o

⁶ V.: OMPI: “*Comentarios al proyecto de disposiciones tipo para leyes en materia de derecho de autor*”. Documento CE/MPC/1/2-III. Ginebra, 1989. p. 36.

porque el empleado no permita identificarlo), surge la necesidad de garantizar la tutela a los derechos sobre su obra, confiriéndole a alguien la facultad de ejercerlos, sea en nombre propio o bien atribuyéndole la condición de representante *-ope legis-* del verdadero titular.

35. El Convenio de Berna es claro al señalar que el editor cuyo nombre aparezca estampado en la obra anónima será considerado “representante” del autor y, por tanto, estará facultado para defender y hacer valer “los derechos de aquél” (art. 15,3), lo que implica que no se confiere al editor una titularidad, *stricto sensu*, sino una representación, es decir, un mandato por imperio de la ley.

36. Pero el texto convencional ha sido interpretado por los legisladores nacionales con algunas variantes, porque:

- a. Ciertos textos conceden al editor de la obra anónima una especie de titularidad por efecto de la ley a los efectos del ejercicio del derecho, mientras aparece el autor y prueba su condición de tal (Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba, El Salvador, España, Guatemala, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay), aunque algunos de ellos limitan expresamente esa titularidad temporal para el ejercicio de los derechos patrimoniales (Brasil).
- b. Otras leyes le reconocen al editor una titularidad derivada (Honduras).
- c. Varios ordenamientos, siguiendo la letra del Convenio de Berna, le otorgan al editor una gestión, representación, mandato o autorización, según la terminología empleada por cada legislador, para ejercer en nombre del autor los derechos sobre la obra (Ecuador, México, República Dominicana, Venezuela).

37. Sin embargo, varias de las legislaciones anotadas, siguiendo igualmente al Convenio de Berna, otorgan esa titularidad o mandato, según los casos, al editor de la obra anónima, figura ésta que supone, entre otras cosas, la producción de ejemplares, como se estudiará en la unidad 7 de este módulo, especialmente al analizarse el contrato de edición.

38. Pero una obra anónima puede hacerse accesible al público sin que haya una edición (como en el estreno de una obra musical “*en vivo*” y no grabada), lo que plantea la dificultad de resolver a quién se le reconoce esa titularidad o esa representación, dada la inexistencia de un editor, pero sí de un divulgador.

39. Por esa razón, algunos textos resuelven el problema otorgando la titularidad o el mandato (según la figura elegida), al editor o al divulgador (República Dominicana), al divulgador (Bolivia, Panamá, Paraguay, Perú, Venezuela), a quien “*la saque a la luz*” (España), o la haga accesible (Nicaragua) o del conocimiento público

por primera vez (Cuba, México), figuras todas que comprenden tanto al editor (si la obra se divulga a través de su publicación) o al divulgador (si la misma se hace accesible al público por cualquier medio, inclusive por edición).

40. De más está decir que la titularidad o el mandato legal para el ejercicio de los derechos en cabeza del editor o divulgador es temporal, pues cesa cuando el creador revela su identidad y prueba su condición de autor de la obra anónima o seudónima.

VI

AUTORÍA Y TITULARIDAD EN LAS OBRAS ORIGINARIAS Y DERIVADAS

41. De las definiciones de lo que son obras originarias y obras derivadas así como de sus principales categorías, ya nos ocupamos en la unidad 1 de este módulo y a ellas nos remitimos.

42. Ahora bien, en la obra primigeniamente creada, no hay inconvenientes para atribuir la autoría y la titularidad originaria de los derechos (salvo en los casos de las obras complejas y anónimas), pues tales cualidades pertenecen a la persona física que realiza esa creación originaria.

43. Pero en las “*obras derivadas*” (llamadas también por algunas legislaciones “*obras compuestas*”), debe partirse del principio por el cual el autor de la originaria tiene el derecho moral de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra transformación de su obra que cause perjuicio a su honor o a su reputación (Convenio de Berna, art. 6bis1) y que también tiene el derecho patrimonial de autorizar modificaciones a su obra como en las traducciones, adaptaciones, arreglos y compilaciones (Convenio de Berna, arts. 8 y 12).

44. En las modificaciones autorizadas, subsisten siempre los derechos morales y patrimoniales del autor de la creación originaria y es evidente que este último tiene el derecho de exigir que en cualquier forma de reproducción, distribución o comunicación pública de la obra modificada se incluya el título de la obra original y su nombre como creador originario, de oponerse a toda alteración o transformación que afecte su derecho moral de integridad, de autorizar o no la explotación de la obra por cualquier medio o procedimiento y, en caso afirmativo, exigir una compensación económica por el uso de la creación primigenia.

45. Pero la transformación puede traducirse en un resultado creativo, por lo que rige el principio por el cual quedan protegidas como obras, “*sin perjuicio de los*

derechos del autor de la obra original”, las traducciones, adaptaciones, arreglos musicales y transformaciones de una obra (Convenio de Berna, art. 2,3).

46. En cualquier caso, como fue aclarado en la unidad anterior, las obras derivadas, como ocurre con las originarias, deben cumplir con el requisito de la originalidad a los efectos de su protección por el derecho de autor.

47. Por todo lo dicho, el uso de una obra derivada está sujeto al régimen de una doble autorización: la del creador de la obra originaria y la del autor de la derivada, a menos que esta última sea una recopilación o selección creativa de hechos y datos que no constituyan, por sí mismos, obras preexistentes.

48. Como la obra elaborada es protegida en forma análoga a la obra original, el traductor, adaptador, arreglista o compilador, tienen el derecho de reivindicar la paternidad de su aporte y de oponerse a cualquier deformación o mutilación que afecte la integridad del mismo.

49. Y desde el punto de vista patrimonial, el autor de la obra derivada tiene el derecho de autorizar el uso de su contribución y de exigir una remuneración por la utilización de su aporte.

50. Ambas situaciones de autoría y titularidad se encuentran entonces armonizadas: el autor de la obra originaria tiene la titularidad de los derechos morales y patrimoniales sobre su creación. Una vez realizada la transformación con la autorización del creador original, el autor de la obra derivada ostenta los derechos morales y patrimoniales sobre su aporte, sin perjuicio de los derechos del autor de la obra primigenia.

51. Salvo pacto expreso que confiera al autor de la obra derivada un derecho de exclusiva, éste no puede oponerse a que el autor originario autorice también a otro u otros autores para que realicen sus propias transformaciones (traducciones, arreglos, adaptaciones) de la misma obra.

52. Supuesto distinto se presenta cuando la obra a modificar pertenece al dominio público, pues no se requiere autorización previa y el autor de la transformación tiene un derecho sobre su contribución, pero siendo libre la utilización de la obra cuyo derecho patrimonial se extinguió, no puede oponerse a que otros hagan con la obra originaria su propia traducción, adaptación, versión, arreglo u otra transformación, siempre que se respeten, como se verá al estudiar el derecho moral, los derechos de paternidad e integridad sobre la creación primigenia.

VII

AUTORÍA Y TITULARIDAD EN LAS OBRAS REALIZADAS BAJO CONTRATO DE TRABAJO Y POR ENCARGO⁷

53. Aunque aparentemente semejantes, las obras creadas en cumplimiento de una relación laboral y las realizadas en cumplimiento de un contrato de encargo tienen una naturaleza diferente y plantean problemas distintos, razón por la cual presentan diversas soluciones en los ordenamientos nacionales.

54. Así, mientras en el primer supuesto existe una dependencia entre el patrono y el autor (con todos los derechos y obligaciones derivados del contrato de trabajo) y donde el creador actúa con los medios o elementos proporcionados por el empleador; en la obra por encargo el creador actúa en forma independiente, con sus propios medios, sin relación laboral con la persona que lo contrata.

Las obras creadas bajo contrato de trabajo.

55. Las obras creadas bajo una relación de empleo plantean, en primer lugar, la discusión acerca de la verdadera autoría, pues podría alegarse que el empleado, al obedecer las instrucciones del patrono sobre la modalidad creativa y las características de la obra a realizar, no crea, sino que es un simple ejecutor siendo el verdadero autor, en consecuencia, el empleador.

56. Pero resulta que la creación es un acto personal y si bien el autor empleado debe cumplir con sus obligaciones de carácter laboral e incluso recibir instrucciones respecto del género de la obra o las características generales de la misma, la forma de expresión le es propia y, por tanto, nadie puede despojarlo de su condición de creador. Si el patrón fuera el creador, no contrataría al autor.

57. Los conflictos que se presentan en torno a la atribución de la autoría y al reconocimiento de los derechos en relación con las obras creadas bajo contrato de

⁷ Sobre el tema, véase: ANTEQUERA PARILLI, Ricardo: “*Las obras creadas por encargo y bajo relación laboral*”. Conferencia publicada en el Libro-Memorias del II Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos (“*Num Novo Mundo do Direito de Autor*”). Ed. Direcção-Geral dos Espectáculos. Lisboa, 1994; ARGUDO CARPIO, Esteban: “*Autoría y titularidad en las obras realizadas bajo una relación de trabajo*”. Tesis de investigación documental presentada en el I Curso Internacional de Post-Grado para la formación de profesores universitarios en Derecho de Autor y Derechos Conexos, publicada en el “*Breviario de Derecho de Autor*”. Varios autores. Ed. Livroska/EPI/ULA. Caracas, 2000; LIPSZYC, Delia: “*Derecho de Autor y Derechos Conexos*”. Ob. Cit. pp. 145-150; y UCHTENHAGEN, Ulrich: “*Los contratos en las obras por encargo y en las relaciones laborales*”, en el libro-memorias del VII Congreso Internacional sobre la protección de los Derechos Intelectuales. Santiago de Chile, 1992.

trabajo (así como, en muchos casos, la influencia que ejercen los diversos sectores interesados ante los legisladores nacionales), hace que las fórmulas legislativas estén muy lejos de ofrecer una solución uniforme.

58. En efecto, en los países de tradición o influencia anglosajona, no existen mayores inconvenientes en acoger soluciones como las siguientes:

- a. Atribuir la condición de “*autor*” a la persona bajo cuyo servicios se creó la obra (Países Bajos).
- b. Otorgar el “*copyright*” original al empleador (Estados Unidos).
- c. Reconocer la titularidad originaria de los derechos al patrono (Canadá, Reino Unido).

59. En esos sistemas el derecho moral sobre la obra no ofrece muchas dificultades, pues o no figura expresamente en la legislación autoral (quedando diferida su aplicación a los tribunales), o el derecho moral es renunciabile.

60. La situación es distinta en los países de tradición latina o continental, tomando en cuenta que, como principio general, autor es solamente la persona física que realiza la creación intelectual, quien tiene la titularidad originaria de los derechos (morales y patrimoniales) sobre la obra, por una parte; y, por la otra, que los derechos de orden moral son inalienables e irrenunciables.

61. Pero aún así, las soluciones suelen ser diferentes en los ordenamientos nacionales de tradición latina, con fórmulas como las siguientes:

- a. El contrato de trabajo no implica la derogación de los derechos del autor (Francia, Portugal)⁸.
- b. La transferencia de los derechos patrimoniales se rige por lo convenido entre las partes pero, en ausencia de pacto expreso, los derechos patrimoniales permanecen en cabeza del autor, siendo los morales inalienables e irrenunciables (República Dominicana).

⁸ Sin embargo, como comenta Colombet, la declaración de la legislación francesa debe ser matizada por dos razones: la primera, que indudablemente el empleador exigirá con frecuencia para la celebración del contrato que el autor le ceda sus derechos (siempre los patrimoniales, mas no el derecho moral) sobre la obra realizada; y la segunda, que ese principio sufrió en Francia una importante limitación de hecho, cuando la ley de 1985 dispuso que en los programas de computación, aunque protegidos por el derecho de autor, se entiende que la titularidad pertenece al empleador cuando uno o varios empleados lo hayan creado en el ejercicio de sus funciones (V.: COLOMBET, Claude: “*Grandes principios del derecho de autor y los derechos conexos en el mundo*”. Ob. Cit. pp. 41-42).

- c. Remisión al contrato celebrado por las partes, pero el patrono no puede utilizar la obra por medios diferentes a los expresamente contratados (Bolivia), teniendo los derechos morales el carácter de inalienables e irrenunciables.
- d. Autoría y titularidad originaria de los derechos en cabeza del autor pero, salvo pacto en contrario, se presume una cesión limitada de los derechos patrimoniales al patrono, en la medida necesaria para la explotación de la obra de acuerdo a las modalidades usuales del empleador al momento del contrato o a la de época de entrega de la obra, según el estilo de cada texto (El Salvador, España, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú), con lo cual las demás formas de utilización de la obra (así como los derechos morales), permanecen en cabeza de los autores, siendo en el caso de la ley de Perú una presunción de cesión limitada de derechos al patrono con el carácter de “*no exclusiva*”.
- e. Si se trata de una obra realizada como consecuencia de una relación laboral establecida por un contrato individual de trabajo escrito, a falta de pacto en contrario, se presume que los derechos patrimoniales se dividen por partes iguales entre empleador y empleado, pero a falta de contrato individual de trabajo celebrado en forma escrita, los derechos patrimoniales corresponden al empleado (México), siendo en todo caso los derechos morales inalienables e irrenunciables.
- f. “*Titularidad de la obra*” en el patrono (Ecuador), fórmula que debería interpretarse como aplicable sólo a los derechos patrimoniales ya que, conforme a la misma legislación, los derechos morales son inalienables e irrenunciables.
- g. Se reconoce el derecho de autor sobre las obras creadas en el desempeño de un empleo, pero la forma en que los autores pueden ejercer ese derecho queda sujeta a disposiciones reglamentarias y la remuneración se considera incluida dentro del salario. Los casos en que se reconozca una remuneración adicional, sólo pueden ser establecidos por reglamento (Cuba).
- h. Las obras colectivas creadas por contrato laboral en las que sea imposible identificar el aporte individual de cada una de las personas naturales que en ellas contribuyen, tienen por titular del derecho de autor al editor o persona jurídica o natural por cuya cuenta y riesgo ellos se realizan, pero esa titularidad no afecta el ejercicio de los derechos morales consagrados por la ley (Colombia).
- i. Presunción *iuris tantum* de cesión ilimitada, exclusiva y por toda su duración de los derechos de explotación a favor del patrono (Venezuela).

62. Adicionalmente, algunos textos se refieren solamente a un género específico para reconocer la titularidad de los derechos patrimoniales en cabeza del patrono, salvo pacto en contrario, como es el de los programas de computación creados bajo relación laboral (Chile, España, Francia), pero aun allí tal titularidad solamente puede estar referida a los derechos de carácter patrimonial, pues en esos ordenamientos el derecho moral es inalienable e irrenunciable.

63. Ciertos ordenamientos hacen una discriminación: si hay una relación laboral con un ente privado, rige el principio de la autoría y la titularidad de los derechos en cabeza de los autores, quedando relevada al contrato la posibilidad de transferencia de derechos patrimoniales al empleador; pero si es una obra creada en ejercicio de una función pública se presumen cedidos los derechos al organismo público, quien queda facultado, además, para ejercer la defensa de los derechos morales de paternidad e integridad de los creadores (República Dominicana).

64. La fórmula anterior ha sido objeto de crítica por un sector de la doctrina, al señalarse que no hay razonamiento plausible para que el Estado tenga una situación privilegiada en razón de las obras creadas por sus funcionarios, en comparación con aquellas producidas para entes particulares en condiciones similares, lo que tiene efectos especialmente obvios cuando tanto el Estado como el empresario privado ejercen las mismas actividades⁹, por ejemplo, la edición de libros o la producción de obras audiovisuales.

65. Por lo que se refiere a los derechos morales, algunas leyes, conjuntamente con la presunción *iuris tantum* de cesión (limitada o ilimitada, exclusiva o no exclusiva) de los derechos patrimoniales al patrono (o una titularidad de esos derechos por efecto de la ley), presumen la autorización del autor al empleador para divulgar la obra y lo facultan para ejercer la “defensa” de los derechos morales (Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Panamá, Paraguay, Perú, Venezuela), lo que no constituye una “cesión” de esos derechos, sino una legitimación al patrono para ejercerlos, en la mayoría de esas leyes, sólo en la medida necesaria para la explotación de la obra.

66. Por el contrario, ciertos textos únicamente presumen la autorización del autor al patrono para que éste pueda divulgar la obra (México).

Las obras creadas por encargo.

67. En las obras por encargo son también válidas las consideraciones expuestas en cuanto a que si el comitente fuera quien creara la obra, no contrataría al autor.

⁹ UCHTENHAGEN, Ulrich: “Los contratos en las obras por encargo y en las relaciones laborales”. Ob. Cit. pp. 243-278.

Pero también en esta modalidad surgen diversas posiciones legislativas, entre ellas, las siguientes:

- a. *“En el caso de una obra creada dentro de un contrato de alquiler de obra ... o cualquier otra persona para la que la obra fue preparada, es considerado como autor ..”* (Estados Unidos).
- b. La celebración de un contrato de obra por encargo no implica la derogatoria de los derechos del autor (Francia).
- c. Se atribuyen los derechos al comitente, salvo pacto en contrario (Nicaragua), aunque debería deducirse que esa titularidad solamente está referida a los derechos patrimoniales, pues conforme a la ley respectiva los de orden moral son inalienables e irrenunciables.
- d. Titularidad de los derechos patrimoniales al comitente, salvo pacto en contrario y a quien corresponden, además, las facultades relativas a la divulgación, integridad de la obra y de colección sobre este tipo de creaciones (México).
- e. Presunción de cesión de los derechos patrimoniales a favor del comitente, en forma ilimitada, exclusiva y por toda su duración (Venezuela).
- f. Titularidad no exclusiva al comitente, por lo que el autor conserva el derecho de explotar la obra en forma distinta a la contemplada en el contrato, siempre que no entrañe competencia desleal (Ecuador).
- g. A falta de pacto expreso se presume que los derechos patrimoniales han sido cedidos al comitente, en la medida necesaria para sus actividades habituales en la época de creación de la obra (Guatemala, Paraguay).
- h. La titularidad de los derechos que puedan ser transferidos se rige por lo pactado entre las partes, pero a falta de estipulación expresa se presume que los patrimoniales han sido cedidos al comitente en forma no exclusiva y en la medida necesaria para sus actividades habituales en la época de la creación, lo que implica también que el comitente tiene la autorización para divulgar la obra y defender los derechos morales en cuanto sea necesario para la explotación de la misma (Perú).
- i. La titularidad de los derechos patrimoniales se rige por lo pactado entre las partes pero, en todo caso, la obra sólo puede utilizarse por el comitente a través del medio de difusión expresamente autorizado por el autor o coautores que en ella intervinieron (República Dominicana).

- j. Remisión expresa a lo pactado en el contrato, sin ninguna otra connotación (Cuba).

68. Es de hacer notar que en los ordenamientos donde no se ha incluido una norma específica que regule el tema de la titularidad de los derechos sobre las obras realizadas por encargo, rige el principio general por el cual el autor es el titular originario de tales derechos y que la transmisión total o parcial de aquellos transferibles, se rige por lo pactado entre las partes, siendo los de orden moral, al menos en las leyes de tradición latina o continental, inalienables e irrenunciables.

VIII

EL ESTADO COMO TITULAR DE DERECHOS INTELLECTUALES

69. Al menos en la tradición continental, no puede hablarse del Estado como creador sino como titular, originario o derivado (de acuerdo al sistema acogido por cada legislador), en relación con aquellas obras sobre las cuales ostente los respectivos derechos de utilización, ya que la autoría de la obra siempre pertenecerá a la persona física que realiza la creación intelectual.

70. Sin embargo, es posible plantearse respecto del Estado -y también en relación con otros entes públicos-, algunas situaciones especiales, particularmente cuando:

- a. La ley aplicable atribuye al Estado o a otras personas jurídicas estatales, la titularidad del derecho de autor respecto de las obras producidas por sus funcionarios en el desempeño de sus funciones (Chile).
- b. Los derechos patrimoniales sobre las obras creadas por empleados o funcionarios públicos en cumplimiento de las obligaciones inherentes a su cargo, se presumen cedidos al organismo público de que se trate, salvo pacto en contrario (República Dominicana).
- c. Se le confía al Estado (o a otras instituciones oficiales designadas), la defensa de los derechos morales de paternidad e integridad sobre las obras caídas en el dominio público (Brasil, España, México, Perú, República Dominicana, Decisión 351 de la Comunidad Andina y Panamá por vía reglamentaria), en cuyo caso no podría hablarse del Estado como titular de esos derechos, sino como un legitimado para ejercerlos.

- d. Se le encomiende al Estado o a un organismo oficial específico, la custodia y defensa de los derechos morales sobre las obras cuyo autor no haya dejado a su muerte herederos u otros causahabientes (Costa Rica, España), lo que constituye una legitimación para actuar mas que una titularidad de tales derechos.
- e. Aun durante el lapso de protección *post-mortem*, se confía la defensa de los derechos morales, conjunta o subsidiariamente, a los herederos del autor y al Estado o ente público designado por el texto legal (Uruguay).
- f. Se permite la expropiación de los derechos de explotación sobre una obra en dominio privado (Colombia, Chile, Uruguay, República Dominicana, Venezuela) o la misma puede declararse de patrimonio estatal (Cuba), en cuyo caso la titularidad derivada de los derechos patrimoniales por parte del Estado no se produce por causa de muerte, ni mediante cesión voluntaria entre vivos, sino por decisión unilateral del ente expropiante, aún en vida del autor.

IX

PRESUNCIONES DE AUTORÍA Y TITULARIDAD

71. El Convenio de Berna contempla una presunción de autoría, salvo prueba en contrario, en favor de la persona cuyo nombre aparezca estampado como tal en la obra de la forma usual (*auctor est quem opus demonstrat*), extensiva al caso en que el seudónimo utilizado no deje la menor duda acerca de la identidad del creador (art. 15,1,1), presunción *iuris tantum* que también favorece al productor cinematográfico (en cuanto a su condición de titular, originario o derivado, según el ordenamiento aplicable) si su nombre figura en la obra de la manera acostumbrada (art. 15,1,2).

72. Algunas leyes nacionales contemplan también una presunción equivalente a favor del productor del programa de computación (Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Venezuela).

73. Y aun en aquellas legislaciones que contemplan un sistema de registro con un fin meramente declarativo y no constitutivo de derechos (en razón de la protección sin formalidades, por aplicación del artículo 5,2 del Convenio de Berna), se establece otra presunción, también *iuris tantum*, en favor de quien aparezca en dicho registro como autor, productor u otro titular de derecho intelectual (El Salvador, Panamá, Venezuela) o se presumen ciertos, salvo prueba en contrario, los hechos y actos que allí consten (Guatemala, Honduras, México, Paraguay, República Dominicana, Decisión 351 para los países de la Comunidad Andina), como sería la

inscripción de la obra por una persona que se declara su autor, o su caso, titular derivado, por cualesquiera de los modos admitidos, de los derechos patrimoniales.

74. Pero ninguna de las presunciones anotadas excluye otros medios probatorios.

75. En la titularidad derivada por transmisión entre vivos, la inscripción del contrato hace nacer una presunción *iuris tantum* en favor del “*cesionario*” de los derechos transferidos (en los ordenamientos que contemplan la posibilidad del registro facultativo y no constitutivo de derechos), pero ello no impide otros medios de prueba de acuerdo al derecho común.

76. Aun sin necesidad de registro, la tendencia legislativa mayoritaria es a exigir que las cesiones de derechos de explotación deben constar por escrito, salvo excepción legal expresa.

77. En cuanto a los titulares derivados por causa de muerte, son aplicables los medios previstos en el derecho común para la prueba de la condición de heredero, legatario u otro causahabiente del autor o de cualquier otro titular de derechos transmitidos *mortis causa*.

Módulo

II

*Parte general
sobre derecho
de autor*

UNIDAD 3

EL DERECHO MORAL

Introducción – Denominación - Definición - Antecedentes - Fundamentos – Características – La perpetuidad del derecho moral – Contenido - El derecho de divulgación y al inédito - El derecho de paternidad y al anónimo - El derecho a la integridad o de respeto a la obra - El derecho de modificar la obra divulgada - El derecho de retracto, de arrepentimiento o de retiro de la obra del comercio – El derecho moral en el entorno digital.

I

INTRODUCCIÓN

1. El derecho de autor tiene una estructura compleja (o, como lo denomina Colombet, un derecho “*bi-frontal*” o también un derecho “*híbrido*”¹), pues en él se integran facultades de orden moral que tutelan los intereses afectivos del autor y derechos patrimoniales, los cuales reconocen al creador la facultad exclusiva de autorizar el uso de su obra por cualquier medio o procedimiento y de obtener por ello un beneficio.

2. El problema jurídico está en determinar si se trata de un solo derecho, del cual emanan ambas facultades o si son dos derechos distintos, cada uno de ellos con su propia naturaleza y características.

3. Como excede los propósitos de este manual detallar las teorías que tratan de explicar la naturaleza y la estructura del derecho de autor, haremos una somera relación de las concepciones monistas y dualistas, pues de la adopción de una de ellas surgen importantes consecuencias prácticas, inclusive en el plano legislativo².

4. La corriente monista (de recepción en el derecho alemán), considera que los derechos morales y patrimoniales son manifestaciones de un derecho único que vela en su conjunto por los intereses espirituales y materiales del autor, razón por la cual ambos derechos son derivaciones de una sola figura.

5. Las leyes que adoptan esa postura establecen que el derecho de autor (en su estructura compleja, como derecho unitario) sólo se transmite por causa de muerte y la explotación de la obra por terceros se efectúa por “*concesiones de derechos de uso*”, que no transfieren derechos sino que autorizan al usuario para utilizar la obra por los medios convenidos en el contrato.

6. Y por ser un derecho unitario, en la concepción monista el derecho de autor

¹ V.: COLOMBET, Claude: “*Grandes principios del derecho de autor y los derechos conexos en el mundo*”. Ob. Cit. pp. 44-45.

² Sobre las teorías monistas y dualistas en el derecho de autor, véase BAYLOS CORROZA, Hermenegildo: “*Tratado de Derecho Industrial*”. Ed. Civitas. 1ª edición. Madrid, 1978, pp. 385-473; CÁMARA AGUILA, Ma. del Pilar: “*El derecho moral del autor*”. Ed. Comares. Granada, 1998, pp. 3-18; DELGADO PORRAS, Antonio: “*Los derechos morales del autor*”, en el Curso OMPI/SUISA de formación en Derecho de Autor y Derechos Conexos para América Latina. Documento OMPI/CNR/PRY/93/17. San Bernardino (Paraguay), 1993, pp. 9-18; LIPSZYC, Delia: “*Derecho de Autor y Derechos Conexos*”. Ob. Cit. pp. 152-154; y VILLALBA, Carlos Alberto: “*El derecho moral antes y después del Acuerdo sobre los ADPIC*”. Documento OMPI/DA/PDE/97/9. Curso OMPI/SGAE de formación sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para América Latina. Punta del Este/Montevideo, 1997, pp- 3-5.

(en su conjunto), se extingue en su totalidad un tiempo después de la muerte del autor³.

7. Para las tesis dualistas (acogidas por las leyes de inspiración francesa), del derecho de autor surgen dos categorías de derechos distintos (uno de orden personal y otro patrimonial), con independencia de que interactúen entre sí, pues uno tutela el aspecto afectivo y el otro protege los intereses económicos del autor.

8. Como consecuencia, existen dos derechos subjetivos autónomos (el moral y el patrimonial), cada uno con sus propias características, entre ellas, que mientras el derecho moral es inalienable, el patrimonial es transferible por acto entre vivos, de modo que el autor puede optar entre conceder “*licencias de uso*” (que no transfieren derechos al licenciatarario sino que lo autorizan a utilizar la obra por una modalidad determinada) o “*ceder*” total o parcialmente, en forma exclusiva o no exclusiva, sus derechos a terceros.

9. Igualmente bajo la concepción dualista, como se trata de dos derechos diferentes, nada impide que mientras el derecho patrimonial sea temporal (es decir, durante la vida del autor y un tiempo después de su muerte), las legislaciones puedan reconocer la perpetuidad del derecho moral.

10. De acuerdo al exhaustivo estudio de Delgado Porrás sobre el tema todas las leyes iberoamericanas, con mayor o menor coherencia, se adhieren a la teoría dualista⁴, razón por la cual será la adoptada en este manual, estudiando en la presente unidad el derecho moral y en la siguiente el derecho patrimonial.

II DENOMINACIÓN

11. Aunque la expresión “*derecho moral*” (“*droit moral*”) es la más utilizada en doctrina, a veces ha sido sustituida por la de “*derecho de paternidad*” (Ascarelli), “*derecho de la paternidad intelectual*” (De Cupis) o “*derecho personal*” (Stolfi, Piola Caselli), en razón de la presunta confusión que genera la primera, al punto de afirmarse que la misma es inexpresiva, ambigua y hasta desorientadora, pues

³ No obstante, se ha sostenido que es posible bajo la concepción monista establecer la perpetuidad de las facultades morales, aunque se extingan las patrimoniales, pero no a título de derecho de autor, sino por razones de política legislativa, en orden a la obligación del Estado de velar por el patrimonio cultural, o sea, no en defensa del autor, sino de su obra.

⁴ DELGADO PORRAS, Antonio: “*Los derechos morales del autor*”. Ob. Cit. pp. 5-18.

todo derecho debe ser moral o, de lo contrario, entraña una proposición herética, cual sería la de admitir que en materia de “*propiedad intelectual*” hay derechos que no son morales, es decir, que son inmorales⁵.

12. Pero, como señala Villalba, el significado del calificativo moral no se corresponde con el de “*costumbre*” ni con el de “*ética*”, sino que se usa la expresión como se la emplea en la denominación de ciencias morales en contraposición de las ciencias exactas, físicas o naturales⁶.

13. En el derecho positivo, aunque algunas leyes prefieren referirse a los “*derechos de carácter personal*” o de “*orden personal*” (España, Portugal), al “*derecho al respeto*” (Bélgica) o al “*derecho de la personalidad del autor*” (Alemania), la mayoría de los textos latinoamericanos (como es la tendencia más común en el derecho comparado), usan las expresiones “*derecho moral*” o “*derechos morales*”, las que serán empleadas con preferencia en este manual.

III DEFINICIÓN

14. Para Delgado Porras, el “*derecho moral*” hace referencia al conjunto de poderes jurídicos del autor que no tienen significación patrimonial⁷.

15. Por su parte, Uchtenhagen apunta que con esa expresión se describen los derechos a la protección de la personalidad del ser humano en cuanto relacionados con su actividad como autor de obras literarias y artísticas⁸.

16. Pero el carácter extra-patrimonial de los derechos morales del autor no significa que no tengan derivaciones económicas, como lo apunta Villalba:

“Tanto para los autores cuanto para los artistas e intérpretes en general, la publicidad de su nombre con sus características peculiares: lugar, tamaño de las letras, etc., tiene interés económico” [pues] “entendemos que lo expuesto resulta indicativo del contenido patrimonial

⁵ PÉREZ SERRANO, Nicolás: “*El derecho moral de los autores*” en Anuario de Derecho Civil. Madrid, 1949. Tomo II, fascículo I. pp. 7-27.

⁶ VILLALBA, Carlos: “*El derecho moral antes y después del Acuerdo sobre los ADPIC*”. Ob. Cit. p. 2.

⁷ Ob. Cit. p. 4.

⁸ UCHTENHAGEN, Ulrich: “*Consecuencias sustantivas de la adhesión al convenio de Berna. El contenido de la protección: su determinación por la ‘protección mínima convencional (pmc)’*”. *El derecho moral*. Documento OMPI/DA/HAV/98/11. Curso OMPI/SGAE de formación en Derecho de Autor y Derechos Conexos para América Latina. La Habana, 1998, p. 4.

que inequívocamente tiene para el autor la mención de su nombre junto con la obra” (hemos destacado).⁹

17. Para concluir en que:

“Si como suele suceder al concepto de extra-patrimonialidad se lo confunde con el que corresponde a los bienes no susceptibles de valor económico se producirá una perniciosa influencia en el tema de la reparación del daño y se debilitará la tutela de estos derechos aunque ello no esté justificado científicamente”¹⁰.

IV ANTECEDENTES

18. Ya en el módulo introductorio se señaló que si bien la paternidad del autor sobre su obra fue respetada desde la antigüedad -recordemos las posibilidades de sanción por plagio en Grecia y Roma-, el reconocimiento expreso del derecho de autor en el marco de las legislaciones tuvo en sus inicios una connotación estrictamente patrimonial, tanto en el Estatuto de la Reina Ana como en las leyes de la Revolución Francesa, como fue estudiado.

19. Por eso, como informa Lipszyc, la moderna concepción del derecho moral nació en Francia como doctrina judicial durante la primera mitad del siglo XIX, cuando sus tribunales declararon, por ejemplo, que independientemente del interés pecuniario, *“existe para el artista un interés más precioso, el de la reputación”*; que la integridad de la obra debía respetarse, aun después de su cesión total; o que, a pesar de la transmisión más absoluta sobre la *“propiedad”* de la obra, el autor no abandonaba su derecho a corregirla¹¹.

20. Fue entonces la jurisprudencia la que influyó en las legislaciones, especialmente las de tradición continental, que incorporaron paulatinamente al derecho

⁹ VILLALBA, Carlos: *“Daños. Cómo evaluar el resarcimiento por la utilización no autorizada de las obras. Su incidencia en la jurisprudencia (desde la perspectiva del abogado)”*, en el Libro-Memorias del V Congreso Internacional sobre la protección de los Derechos Intelectuales. Ed. Ministerio de Educación y Justicia de la Nación/Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)/Instituto Interamericano de Derecho de Autor (IIDA). Buenos Aires, 1990. p. 322.

¹⁰ VILLALBA, Carlos: *“El derecho moral antes y después del Acuerdo sobre los ADPIC”*. Ob. Cit. p. 7.

¹¹ V.: LIPSZYC, Delia: *“Derechos Morales”*, en el Seminario sobre derecho de autor y derechos conexos en el área del sistema judicial de la República Oriental del Uruguay. OMPI, Suprema Corte de Justicia y Centro de Estudios Judiciales del Uruguay. Documento OMPI/DA/JU/MVD/96/6. Montevideo, 1993. pp. 5-8.

moral, recogido, por lo menos parcialmente, en la Revisión de Roma del Convenio de Berna (1928), mediante la introducción de un artículo *6bis*, cuyo párrafo 1) en el texto de la Revisión de París (1971), reza:

“Independientemente de los derechos patrimoniales del autor, e incluso después de la cesión de estos derechos, el autor conservará el derecho de reivindicar la paternidad de la obra y de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la misma o a cualquier atentado a la misma que cause perjuicio a su honor o a su reputación”.¹²

V

FUNDAMENTOS

21. Comenta Delgado Porras que todo lo que impulsa la creación de la obra bajo el aspecto de una *“satisfacción íntima”* para el autor acontece en la esfera de su personalidad, por cuanto confirma su propia estimación y, con ella, la conciencia de su valor, de su dignidad como ser capaz de crear y que cualquier móvil de esa voluntad creadora que le suponga una *“satisfacción de relación”* también discurre en esa esfera, pues la fama, la admiración de los semejantes y el ascendiente sobre ellos no sólo son formas de proyección y expansión sociales de la dignidad del autor en cuanto creador (reputación), sino también modos de obtener, mediante la adhesión de terceros, una ratificación al propio juicio del autor sobre esa dignidad (honor)¹³.

22. Pero el autor crea asimismo con vistas a una *“satisfacción económica”* –y por ello la interacción entre los derechos morales y los patrimoniales–, de modo que, por ejemplo, cuando el autor ejerce el derecho moral de divulgación está también generalmente ejerciendo el derecho patrimonial de autorizar a otro para la utilización de su obra por algún medio o procedimiento.

23. De allí también la significación económica del derecho moral, por ejemplo, en el valor del *“nombre”* del autor y las consecuencias afectivas así como también las patrimoniales que pueden derivarse de su omisión. Piénsese en que esa conducta omisiva puede afectar *“el cartel”* que el autor ya tiene o aspira a tener en el mercado (pues no se le vincula a ella ante el público) o las dificultades que tendrían las sociedades de gestión colectiva para hacerle llegar las remuneraciones

¹² Sobre la inclusión del derecho moral en el Convenio de Berna y su evolución desde el Acta de 1886, véase a UCHTENHAGEN, Ulrich: *“Consecuencias sustantivas de la adhesión al convenio de Berna. El contenido de la protección: su determinación por la ‘protección mínima convencional (pmc)’*. *El derecho moral*”. Ob. Cit. pp. 9-18.

¹³ DELGADO PORRAS, Antonio: *“Los derechos morales del autor”*. Ob. Cit. pp. 7-8.

correspondientes a la explotación de su obra, dado que su nombre no figura y, por tanto, se desconoce su identidad.

24. Nada distinto ocurre con el derecho moral de integridad, pues las mutilaciones y deformaciones a la obra, además de constituir una infracción al derecho moral de integridad (generando un daño de afección), también pueden causar un perjuicio patrimonial, ya que el demérito de una obra puede “*bajar la cotización*” de otras obras del mismo autor o incidir en su “*valor de mercado*” (ante el desprestigio de la obra deformada que se piensa que fue así creada por él) o en las oportunidades de nuevos contratos, etc.

25. Como consecuencia, no puede negarse que en la fundamentación del derecho moral se encuentran presentes tanto los intereses afectivos del autor como sus derivaciones patrimoniales.

VI CARACTERÍSTICAS

26. A continuación, señalaremos las características que generalmente son reconocidas al derecho moral del autor por las leyes y la doctrina de orientación latina o continental, a saber:

- a. Es *absoluto*, oponible *erga omnes*, ya que debe ser respetado por todos los demás sujetos, inclusive el propietario del soporte que contiene la obra o el cesionario en exclusiva del derecho de explotación.
- b. Es *esencial*, porque contiene un mínimo de derechos exigibles en virtud de la creación, sin los cuales la condición de autor perdería su sentido, pero *no es un derecho innato* porque no lo tienen todas las personas por la sola condición de tales sino sólo las que son autoras¹⁴.
- c. Es *inalienable*, como es reconocido por muchos ordenamientos (Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, España, Honduras, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Portugal, República Dominicana, Venezuela, Decisión 351 de la Comunidad Andina sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos), ya que las facultades que lo conforman permanecen con el autor aun cuando haya transferido, por acto entre vivos, total o parcialmente, el aspecto patrimonial de su derecho. Esa

¹⁴ LIPSZYC, Delia: “*Derecho de Autor y Derechos Conexos*”. Ob. Cit. p. 156.

intransmisibilidad es también obvia en las leyes que prevén la figura de la cesión sólo en relación con el derecho patrimonial (Argentina) o cuando disponen que el derecho de autor es transmisible por causa de muerte, mientras que el patrimonial es transferible por cualquier título (El Salvador).

- d. Es *irrenunciable* (Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, España, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Venezuela, Decisión 351 de la Comunidad Andina), de manera que es nula cualquier cláusula contractual por la cual el autor se obligue a abstenerse de ejercer ese derecho.
- e. Es *inembargable* (Ecuador, México, Panamá, Paraguay, Perú, Venezuela, Decisión 351 de la Comunidad Andina), ya que no tiene en sí mismo un contenido patrimonial -aunque sí derivaciones económicas- y, en consecuencia, no es susceptible de ejecución. Sería contrario a la naturaleza de las cosas que se decretara el embargo de la paternidad de la obra o del derecho a su integridad, por ejemplo, aunque la inembargabilidad no estuviera prevista explícitamente en la ley.
- f. Es *inexpropiable* -consecuencia de su inalienabilidad-, porque si no es posible su transmisión entre vivos de forma voluntaria, nada justifica que sea objeto de una transferencia forzosa. Otra cosa es la expropiabilidad del derecho patrimonial prevista en algunas leyes.
- g. Es *imprescriptible* (Bolivia, Brasil, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Portugal, República Dominicana, Venezuela, Decisión 351 de la Comunidad Andina), ya que no se adquiere por *usucapion* ni se pierde por prescripción extintiva. También esta característica es una consecuencia necesaria de la naturaleza inalienable del derecho pues -afirma Delgado Porrás-, si el sujeto de este derecho no puede extinguirlo disponiendo de él voluntariamente, tampoco es posible mediante una prolongada abstención de su ejercicio ¹⁵.
- h. Es *transmisible por causa de muerte*, a menos que respecto de alguna de sus facultades determinada legislación nacional establezca que se extingue con el fallecimiento del autor. En ese sentido, el Convenio de Berna (art. 6bis2), establece que los derechos de paternidad e integridad serán mantenidos después de la muerte del autor “*por lo menos hasta la extinción de sus derechos patrimoniales*”, lo que significa que al menos el ejercicio de esos dos derechos es transferible *mortis causa*, a veces sólo a los herederos o también a

¹⁵ DELGADO PORRAS, Antonio: “*Los derechos morales del autor*”. Ob. Cit. p. 30.

otras personas indicadas en el texto legal. Sin embargo, la transmisión a los sucesores admite algunas variantes, por ejemplo:

- i. Que los derechos de paternidad e integridad previstos en la ley, al no quedar exceptuados de la transmisión *post-mortem*, sobrevivan ambos al creador y se transfieran a su muerte (Argentina, Cuba), al menos por el plazo de protección del derecho patrimonial.
- ii. Que de todos los derechos morales reconocidos en la ley, solamente se exceptúe de la transferencia *mortis causa* al derecho de retracto, arrepentimiento o retiro de la obra del comercio, el cual se extingue con la muerte del autor (Panamá, Paraguay, Perú, Venezuela).
- iii. Que la transferencia por causa de muerte incluya todos los derechos morales, inclusive el de arrepentimiento o retracto (Nicaragua).
- iv. Que además del derecho de retiro de la obra del comercio, también se exceptúe el derecho del autor a “*defender su honor y reputación como autor de sus producciones*” (Costa Rica).
- v. Que queden excluidos de la transmisión por causa de muerte los derechos morales de modificación y de retracto o retiro de la obra del comercio (Brasil, México), como también el de “*oponerse a que se le atribuya al autor una obra que no es de su creación*” (México).
- vi. Que de los derechos de orden personal del autor contemplados en la ley se transfieran *mortis causa* únicamente los de divulgación, paternidad e integridad (Ecuador, España).
- vii. Que de todos los derechos morales enunciados en el texto legal, sólo se transmitan los de paternidad e integridad (Colombia, Guatemala, Honduras, República Dominicana).

27. En las leyes que disponen la transferencia *mortis causa* sólo de los derechos morales de paternidad e integridad, queda la interrogante sobre el derecho de divulgación, es decir, si pueden o no los sucesores dar a conocer la obra que durante la vida del autor permaneció inédita.

28. La respuesta se inclina por la afirmativa, pues de lo contrario carecería de sentido la transmisión del derecho patrimonial a esas mismas personas, pues sin hacer accesible la obra al público no podrían explotar la creación.

29. Por lo demás, dicha postura se apoya en los dispositivos que contienen esas mismas leyes, por los cuales el autor tiene el derecho moral de “*conservar su obra*”

inédita o anónima hasta su fallecimiento, o después de él cuando así lo ordenase por disposición testamentaria” (Colombia) u otra fórmula equivalente (Guatemala, Honduras, República Dominicana), de lo cual se evidencia que salvo voluntad prohibitoria expresada en el testamento, los derechohabientes *mortis causa* del autor pueden divulgar la creación.

30. Nada debería impedir, al menos conforme a algunas legislaciones (Colombia, Costa Rica, Guatemala, Honduras, Perú, República Dominicana), que el autor por disposición de última voluntad u otro documento auténtico, prohíba la divulgación de su obra inédita después de su muerte, prohibición que, en principio, solamente podría surtir efectos mientras la obra se encuentre en dominio privado.

31. Ahora bien: ¿a qué título se transmiten los derechos morales a los herederos u otros sucesores del autor? No hay criterio unánime en la doctrina, pues se oponen las tesis de la transmisibilidad, por una parte y las de la habilitación para el ejercicio, por la otra, cada una de ellas con diversas variantes¹⁶, cuyo estudio excede los propósitos de este manual.

32. Sólo con fines ejemplificativos, señalemos que entre quienes defienden la transmisibilidad se afirma que esa legitimación implica algo más que la simple designación para gestionar un derecho, ya que al no existir el autor, el sujeto legitimado es un titular del derecho de paternidad e integridad¹⁷.

33. En la segunda posición se sostiene que después de la muerte del autor no cabe hablar de un derecho subjetivo y sí de situaciones de poder creadas a favor de determinadas personas a quienes se les confiere el ejercicio (legitimación) de las facultades de reivindicar la paternidad de la obra y de exigir el respeto a la misma, pero con vistas al interés general de que se conserve la identidad del patrimonio literario y artístico¹⁸.

34. En todo caso, la atribución de la titularidad de los derechos morales o el ejercicio de algunas facultades que lo conforman -según la tesis que se adopte-, en cabeza de los herederos del autor (al menos mientras se encuentre vigente el plazo de protección *post mortem* del derecho patrimonial) y eventualmente a ciertos orga-

¹⁶ Sobre las diversas teorías que sostienen la transmisibilidad o la extinción del derecho moral con la muerte del autor, véase a CÁMARA ÁGUILA, Ma. del Pilar: “*El derecho moral del autor*”. Ob. Cit. pp. 83-118.

¹⁷ V.: PEREA GONZÁLEZ, Teresa: “*La protección de las obras de dominio público*”, Conferencia publicada en el Libro-Memorias del II Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos (“*Num Novo Mundo do Direito de Autor*”). Ed. Direcção-Geral dos Espectáculos. Lisboa, 1994. pp. 265-277.

¹⁸ V.: DELGADO PORRAS, Antonio: “*Panorámica de la protección civil y penal en materia de propiedad intelectual*”. Ed. Civitas. Madrid, 1988, pp. 28-29.

nismos públicos o privados encargados de ejercer el control o de reemplazar a los herederos, no deja de presentar, en criterio de Colombet, algunos inconvenientes, al no poder garantizar que las personas designadas, sobre todo cuando son nombradas por disposición testamentaria, se preocupen realmente de defender la obra y la memoria del autor fallecido¹⁹.

35. También está la posición de un sector doctrinario para el cual las intervenciones estatales en el ejercicio del derecho moral, tan ineficaces como peligrosas, deberían ceder el paso en este campo a las sociedades de autores²⁰.

VII

LA PERPETUIDAD DEL DERECHO MORAL

36. Cuando el Convenio de Berna dispone que los derechos de paternidad e integridad, mantenidos después de la muerte del autor y “*por lo menos*” hasta la extinción de los derechos patrimoniales, serán “*ejercidos por la persona o instituciones a las que la legislación nacional del país en que se reclame la protección reconozca derechos*” (art. 6bis2), admite entonces que tales facultades de orden moral pueden ir mas allá de la duración *post mortem* del derecho patrimonial, incluso a perpetuidad.

37. Algunos textos consagran expresamente el carácter perpetuo del derecho moral (Bolivia, Colombia, Costa Rica, México, Paraguay, Perú, República Dominicana), al menos en varios de ellos respecto de la paternidad del autor y la integridad de su obra.

38. En otras leyes esa perpetuidad surge del dispositivo por el cual una vez pasada la obra al dominio público corresponde la defensa de los derechos morales (por lo menos los de paternidad e integridad), al Estado o a la autoridad designada por la ley (Argentina, Brasil, Cuba, Portugal, República Dominicana, Decisión 351 de la Comunidad Andina), en algunos textos “*siempre y cuando se trate de obra de interés para el patrimonio cultural nacional*” (México).

39. Otra fórmula consiste en disponer que a la muerte del autor el ejercicio de los derechos de paternidad e integridad corresponde a sus herederos “*sin límite de tiempo*” (Ecuador, Guatemala, Nicaragua, España), pero en caso de no existir persona a quien el autor le haya confiado por testamento la defensa de tales derechos

¹⁹ Ob. Cit. p. 60.

²⁰ V.: DELGADO PORRAS, Antonio: “*Los derechos morales del autor*”. Ob. Cit. p. 97.

(o, en su defecto, sus herederos) o se ignore su paradero, ese ejercicio corresponde al Estado u otras entidades oficiales (España).

40. Finalmente, la perpetuidad se deduce de aquellos dispositivos por los cuales las obras del patrimonio cultural común (es decir, que están en dominio público), pueden ser utilizadas por cualquiera, “*siempre que se respete la paternidad y la integridad de la obra*” (Chile).

41. Pero queda la discusión acerca de si se trata de un derecho moral que se transmite a perpetuidad (pues el Estado no es heredero perpetuo de los derechos del autor), o si es una facultad legislativa otorgada a los organismos oficiales designados en defensa de los intereses culturales colectivos.

42. Villalba, por ejemplo, opina que cuando la obra cae en dominio público, “*ciertos derechos morales dejan de ser derechos de autor en el sentido de derecho subjetivo y continúan como derecho de la comunidad interesada en la preservación de la identidad de los bienes intelectuales y ejercitables por cualquiera*”²¹.

43. Uchtenhagen, por su parte, comenta que una duración eterna del derecho moral no se apoya en la tutela de la personalidad del autor, sino que se acerca a una protección de los monumentos literarios y artísticos²².

VIII CONTENIDO

44. Para Mouchet y Radaelli el derecho moral comprende una serie de facultades que agrupan así:

- a. Facultades exclusivas, que sólo pueden ser ejercidas por el autor en virtud de su condición singularísima, a saber:
 - i. derecho de crear.
 - ii. derecho de continuar y terminar la obra.
 - iii. derecho de modificar y destruir la propia obra.

²¹ VILLALBA, Carlos: “*El derecho moral antes y después del Acuerdo sobre los ADPIC*”. Ob. Cit. p. 8.

²² UCHTENHAGEN, Ulrich: “*Consecuencias sustantivas de la adhesión al convenio de Berna. El contenido de la protección: su determinación por la ‘protección mínima convencional (pmc)’*”. Ob. Cit. p. 25.

- iv. derecho de inédito.
 - v. derecho de publicar la obra bajo el propio nombre, bajo seudónimo o en forma anónima.
 - vi. derecho de elegir los intérpretes de la propia obra.
 - vii. derecho de retirar la obra del comercio.
- b. Facultades concurrentes, las cuales pueden ser ejercidas por el autor o, en su defecto, por sus sucesores, derechohabientes o ejecutores testamentarios, las cuales en su criterio son las siguientes:
- i. derecho de exigir que se mantenga la integridad de la obra y su título.
 - ii. derecho de impedir que se omita el nombre o el seudónimo, se los utilice indebidamente o no se respete el seudónimo²³.

IX

EL DERECHO DE DIVULGACIÓN Y AL INÉDITO

45. Sin embargo:

- a. El derecho a crear existe antes que la obra (razón por la cual no hay todavía un objeto protegible por el derecho de autor), de modo que no se trata de un derecho moral del autor sobre su creación, sino de un derecho de toda persona al libre desarrollo de su personalidad y a la libre expresión de sus ideas y pensamientos.
- b. Varias de las facultades señaladas en la clasificación quedan subsumidas en los derechos morales “*clásicos*”, como el derecho a la divulgación y al inédito, el derecho de paternidad y al anónimo y el derecho de integridad o de respeto a la obra.

46. En esta unidad se estudiarán las facultades comprendidas en el derecho moral que han tenido mayor recepción en las legislaciones de los países iberoamericanos.

47. El derecho de divulgación, como apunta la doctrina, consiste en la facultad del autor de decidir si dará a conocer su obra y en qué forma, de modo que el

²³ V.: MOUCHET, Carlos y RADAELLI, Sigfrido: “*Derechos intelectuales sobre las obras literarias y artísticas*”. Ed. Guillermo Kraft. Buenos Aires, 1948. Tomo II. p. 11.

creador lo ejerce respecto de cada una de las posibles formas de explotación de la obra; por ejemplo, el autor de una obra dramática que ha decidido divulgarla mediante la representación teatral, mantiene intacto el derecho de divulgación a través de la edición gráfica²⁴.

48. En el mismo sentido, comenta Colombet que divulgar una obra implica la elección por el autor de los medios para divulgarla, de manera que así como el creador debe poder escoger el público a quien dirige su obra, también puede optar, en vez de por una divulgación total por todos los medios posibles de difusión, por una divulgación limitada, reservada a un público restringido y sólo a través de ciertos medios de expresión²⁵.

49. Así, el ejercicio del derecho de divulgación supone la sustracción de la creación intelectual del seno de la intimidad del autor para ser conocida por los demás y ello implica para el creador, entre otras cosas, la exposición de su obra y su propia reputación a la crítica.

50. De allí que no resulta exacto denominar a este derecho como de “*publicar*” o de “*publicación*” de la obra, como lo hacen algunas legislaciones (Costa Rica, Uruguay), ya que la publicación, entendida literalmente, tiene una connotación mucho más limitada que la de divulgación, pues mientras la primera implica, entre otras cosas, la producción de ejemplares, la segunda supone hacer accesible la obra al público por cualquier medio o procedimiento, es decir, sin que haya necesariamente una “*publicación*”, por ejemplo, en un concierto musical, en una escenificación teatral o en una transmisión sonora o audiovisual “*en vivo*” o sin distribución de ejemplares al público.

51. El derecho de divulgación, como apunta Espín Canovas, es un derecho primario, en el sentido de que es la base de los otros y el autor puede ejercerlo desde el primer momento, una vez creada la obra²⁶.

52. Ahora bien: ¿cuándo se estima que la obra ha sido divulgada?. Poco importa si el acceso al público ha tenido o no fines de lucro, porque lo tutelado es el derecho del autor de autorizar o no la salida de la obra de la esfera personal del autor y se entiende divulgada si la difusión se efectúa de modo tal que se permite su conocimiento al público, de manera que la presentación ante un círculo íntimo o familiar no constituye divulgación.

²⁴ LIPSZYC, Delia: “*Derecho de Autor y Derechos Conexos*”. Ob. Cit. pp. 159-160.

²⁵ COLOMBET, Claude: “*Grandes principios del derecho de autor y los derechos conexos en el mundo*”. Ob. Cit. p. 48.

²⁶ V.: ESPIN CANOVAS, Diego: “*Las facultades del derecho moral de los autores y artistas*”. Ed. Civitas. Madrid, 1991. p. 67.

53. Y si la obra inédita se pone al alcance del público por cualquier medio, sin el consentimiento del autor, no puede considerarse divulgada, ya que la violación de un derecho no presume su ejercicio.

54. El derecho a la divulgación en sentido positivo es la facultad del autor de dar a conocer su obra y decidir acerca de los modos de su divulgación; y en sentido negativo, es el derecho del creador de no divulgarla y de impedir su divulgación (derecho de inédito), siendo este último una correlación necesaria del primero. Así lo resuelven muchos textos cuando con fines aclarativos disponen que el autor, además del derecho moral a divulgar su obra, tiene también el de conservarla inédita (Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Paraguay, Perú, República Dominicana, Decisión 351 de la Comunidad Andina).

55. Pero aunque se trata de un derecho que debe ejercer expresamente el autor, hay algunas situaciones en las cuales se presume que éste, salvo estipulación en contrario, ha autorizado a un tercero para la divulgación de la obra, en algunas legislaciones, por ejemplo, al productor audiovisual o del programa de computación o al patrono o al comitente de la obra, una vez que la misma ha sido entregada por el autor en cumplimiento del contrato.

56. Esa autorización también aparece implícita (al menos por determinado modo de divulgación), cuando la ley aplicable dispone que, salvo pacto en contrario, el adquirente del soporte material que contiene la obra de arte queda facultado para exponerla públicamente, modo de divulgación (exposición), que debe interpretarse en forma restrictiva, o sea, que no alcanza a las demás modalidades de utilización.

X

EL DERECHO DE PATERNIDAD Y AL ANÓNIMO

57. Uno de los derechos morales mínimos a que se refiere el Convenio de Berna (art. 6bis,1), es el derecho al respeto del nombre, que consiste en la facultad del autor de exigir que su nombre o seudónimo se vinculen con cualquier difusión de la obra o que su creación se haga conocer al público en forma anónima.

58. Su denominación como “*derecho de paternidad*”, como señala Colombet, destaca “*la vinculación de parentesco y filiación existente entre el ser humano y el fruto de su actividad espiritual*”²⁷.

²⁷ Ob. Cit. p. 49.

59. Además del carácter personal de este derecho -pues en él están en juego, por ejemplo, el anhelo de inmortalidad del autor o su honor y reputación-, su ejercicio tiene fundamentales consecuencias prácticas, por ejemplo, en la presunción de titularidad en favor de quien aparezca indicado como autor en la obra, en el mandato legal encomendado al editor o divulgador de la obra anónima mientras el autor reivindica su paternidad y prueba la condición de tal o en la forma de calcular la duración del derecho, dependiendo que se conozca o no la identidad del autor.

60. El derecho a la paternidad se presenta en un doble aspecto: en sentido positivo, es el atributo del autor a reclamar que su nombre (u otra indicación como un seudónimo “*transparente*”) se asocie a cualquier forma de utilización; y en sentido contrario, es la facultad del autor a exigir que su identidad no se vincule con el acceso de la obra al público (derecho al anónimo), sea porque no se indique su nombre o bien porque desee utilizar un seudónimo “*oculto*”.

XI

EL DERECHO A LA INTEGRIDAD O DE RESPETO A LA OBRA

61. El autor tiene el derecho a que la obra sea divulgada con el respeto a su integridad y está facultado para impedir supresiones, adiciones o modificaciones que alteren la concepción de la obra o su forma de expresión. De allí que en algunas legislaciones (Francia) y para un sector de la doctrina (Colombet), se denomine “*derecho al respeto de la obra*”.

62. El derecho de integridad presenta dos alternativas a la luz de la legislación comparada:

- a. La primera, siguiendo la letra del Convenio de Berna (art. 6bis, 1), atribuye al autor la facultad de oponerse a toda deformación o mutilación de la obra “*que cause perjuicio a su honor o reputación*” u otra fórmula equivalente (Brasil, Colombia, Ecuador, España, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Portugal, República Dominicana, Venezuela, Decisión 351 de la Comunidad Andina), o que “*perjudiquen sus legítimos intereses personales o intelectuales*” (Alemania);
- b. La segunda reconoce el derecho del autor a oponerse “*a toda deformación, mutilación u otra modificación de la obra*” o cualquier otra expresión similar, sin entrar en consideraciones en cuanto a las repercusiones del atentado en la esfera del decoro de la obra o la reputación del creador (Argentina, Bolivia, Costa Rica, Cuba, Chile, El Salvador, Francia, Perú, Uruguay).

63. En todo caso, para las legislaciones que siguen la primera tendencia, el autor, aunque la transformación no fuera considerada como atentatoria de su honor o reputación, siempre podría perseguirla en ejercicio de su derecho patrimonial de modificación, como será estudiado en la unidad 4 del módulo II de este curso.

64. Pero el Convenio de Berna va más allá, porque no solamente contempla las modificaciones, mutilaciones u otras transformaciones de la obra, sino que basta “*cualquier atentado a la misma* [la obra] *que cause perjuicio a su honor o reputación*” (hemos destacado).

65. La expresión “*cualquier atentado*” comprende también los “*ataques indirectos*” a la integridad, por ejemplo, si a pesar de no realizarse mutilaciones o transformaciones a la producción intelectual en sí misma, se la utiliza en un contexto distinto a aquel para el cual fue concebida y dicho uso fuera de ese contexto afecta el decoro de la obra o la reputación del autor. Imaginemos la sincronización “*íntegra*” y “*fiel*”, sin autorización del autor, de una música sacra en una producción audiovisual de tinte pornográfico.

66. Siendo un derecho absoluto puede oponerse incluso frente al propietario del soporte material que contiene la obra pues, como fue estudiado en la unidad 1 de este módulo, una cosa es la creación (*corpus mysticum*) y otra el objeto físico en el cual se incorpora (*corpus mechanicum*), de manera que la enajenación de este último no confiere al adquirente la titularidad de ningún derecho sobre la obra, menos aún el de integridad, que como facultad de orden moral es inalienable e irrenunciable.

67. No obstante lo anterior, el derecho al respeto de la obra admite algunos matices en relación con ciertas obras, por ejemplo, las arquitectónicas, como se estudiará en la unidad 1 del módulo III de este curso.

XII

EL DERECHO DE MODIFICAR LA OBRA DIVULGADA

68. Como un derecho distinto al patrimonial de transformación, que se estudiará en la unidad 4 de este módulo, nos encontramos con el derecho moral del autor a introducirle modificaciones a la obra después que la misma ha sido accesible al público.

69. Este derecho, aunque no aparezca mencionado expresamente en alguna legislación, resulta una consecuencia lógica y debe considerarse implícito en el derecho moral de integridad, ya que si el autor tiene la facultad de oponerse a que

otros efectúen alteraciones de su obra, es porque él sí tiene la potestad de realizarlas, así como en el derecho patrimonial de transformación, pues si el autor tiene el derecho exclusivo de autorizar las traducciones, arreglos, adaptaciones y otras modificaciones de su obra, es porque él puede efectuarlas.

70. Sin embargo, muchas leyes han consagrado este derecho moral en forma autónoma de aquel que se dirige al respeto de la integridad, al señalar la facultad del autor de modificar la obra, antes o después de su utilización u otra frase similar (Brasil, Colombia, Costa Rica, España, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Perú, Uruguay), aunque algunas agregan que “*respetando los derechos adquiridos por terceros*” (Nicaragua, España) u otra fórmula similar (Honduras), así como “*las exigencias de protección de Bienes de Interés Cultural*” (España).

71. Este derecho adquiere especial relevancia en aquellas obras sujetas a permanentes actualizaciones (como las didácticas), donde no solamente el autor debe tener el derecho de introducir modificaciones antes de cada nueva publicación, sino también el de impedir que versiones anteriores se coloquen en el comercio, razón por la cual “*si el autor ha hecho una revisión total o parcial de su obra y procedido a la divulgación o a la publicación ne varietur de ésta o la ha autorizado sus derechohabientes o terceros no podrán reproducir las versiones anteriores*” (Portugal).

XIII

EL DERECHO DE RETRACTO, DE ARREPENTIMIENTO O DE RETIRO DE LA OBRA DEL COMERCIO

72. El derecho de arrepentimiento -derecho de retracto, de retiro de la obra del comercio o de revocación por cambio de convicciones-, consiste en la potestad del autor de impedir que se continúe utilizando su obra, aun cuando haya cedido sus derechos de explotación a un tercero y se ejerce con la revocación por el creador de la cesión del respectivo derecho patrimonial o la suspensión de la autorización que hubiere otorgado para el uso de la creación, con el requisito, generalmente aceptado, de indemnizar al titular derivado del derecho de explotación por los daños y perjuicios causados con esa decisión.

73. El derecho de retracto se funda en el principio por el cual la obra es una emanación del pensamiento del autor, quien puede rectificar posiciones o desistir de ideas u opiniones expresadas con anterioridad e impedir que la misma continúe siendo utilizada de cualquier forma.

74. Quizá por la razón inicial que inspiró su consagración legislativa, algunos textos exigen para su ejercicio que “*concurran graves razones de tipo moral*” (Ita-

lia), si “*la obra no refleja ya sus puntos de vista y sus convicciones personales*” (Alemania), “*a condición de que tenga razones morales atendibles*” (Portugal), “*cuando la circulación o utilización impliquen una afrenta a su reputación e imagen*” (Brasil) o “*siempre que existan graves razones morales apreciadas por el juez*” (Paraguay).

75. Pero se trata de un elemento subjetivo de difícil apreciación y, por ello, muchas leyes consagran este derecho sin requerir para su ejercicio la prueba del cambio de opinión o la concurrencia de serias motivaciones de orden moral (Colombia, Costa Rica, El Salvador, España, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Perú, República Dominicana, Venezuela).

76. El ejercicio del derecho de arrepentimiento implica la prohibición para el titular derivado del derecho patrimonial –o del licenciatario del respectivo derecho–, de continuar la explotación de la obra –de acuerdo a la modalidad autorizada–, pero no puede surtir efectos contra los terceros que ya hubieren adquirido para su uso personal ejemplares lícitos de la obra.

77. En algunas legislaciones el titular derivado a quien le fue revocado su derecho, tiene la preferencia para adquirirlo nuevamente del revocante en condiciones razonablemente similares a las originarias (Alemania, España, Perú).

78. Las tendencias más generalizadas en la legislación comparada iberoamericana en cuanto al derecho de retracto se resumen, sin perjuicio de lo indicado en los párrafos precedentes, en los principios siguientes:

- a. El autor tiene la facultad de revocar la cesión u ordenar la suspensión de la obra o el retiro de los ejemplares del comercio, según los casos, aun cuando la obra se haya divulgado.
- b. El ejercicio del derecho no está limitado al retiro de los ejemplares de la obra del comercio sino que también puede surtir efectos sobre cualquier otra modalidad de explotación (ejecución musical, representación teatral, radiodifusión, etc.).
- c. No es necesario que el autor exprese o justifique las razones que motivan su decisión, salvo en las legislaciones donde figura expresamente ese requisito.
- d. Cualquier cláusula que contemple el contrato de cesión mediante la cual se renuncie al derecho de arrepentimiento es nula, por el carácter irrenunciable de los derechos morales.
- e. El ejercicio del derecho de retracto implica la indemnización a terceros por los daños y perjuicios causados con el arrepentimiento.

- f. El derecho de arrepentimiento no se transmite *mortis causa* y se extingue a la muerte del autor, salvo disposición legal en contrario.

XIV

EL DERECHO MORAL EN EL ENTORNO DIGITAL

79. La combinación de la tecnología digital con las modernas redes de telecomunicación interactivas, tales como *Internet*, constituirán cada vez más el nervio central de las transmisiones al servicio de la enseñanza, la investigación, el entretenimiento y la información, pero su verdadera dimensión estará unida al volumen del material disponible y autorizado que circule por las “*autovías digitales*”, en buena parte por obras, interpretaciones y producciones protegidas por el derecho de autor o por los derechos conexos²⁸.

80. Ante esa nueva realidad tecnológica, no ha faltado quien propugne por la desaparición de los derechos morales del autor.

81. Pero quienes formulan dicha afirmación no han examinado, por lo menos, el derecho moral del autor a la divulgación o al inédito, pues sería francamente aventurado proponer la supresión de esa facultad, que incluso no estando consagrada expresamente en algunos textos nacionales sobre derecho de autor, siempre hallará abrigo en el marco de los derechos de la personalidad, formando parte del “*derecho a la intimidad*”.

82. En cuanto a los derechos morales reconocidos en el Convenio de Berna, no hay razón para suprimir el derecho a la paternidad, ya que no existe ningún obstáculo para que la tecnología digital deba omitir el nombre del autor o que, en respeto a la voluntad del propio creador, la obra se divulgue como anónima. No hay diferencia, en torno al derecho de paternidad, entre una grabación musical analógica y una digital o entre una obra audiovisual proyectada a partir de las técnicas convencionales o a través de su digitalización, a los efectos de que se indique en el soporte digital o en la transmisión o exhibición del filme, por ejemplo, la identidad de los creadores.

²⁸ Para una información ampliada del tema, véase a ANTEQUERA PARILLI, Ricardo: “*Derecho de Autor*”. Ob. Cit. pp. 383-390; DIETZ, Adolf: “*Moral rights and technological challenge*”, en el libro-memorias del II Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos. Lisboa, 1994. pp. 551-555; y UCHTENHAGEN, Ulrich: “*El derecho moral y las nuevas tecnologías*”, en el libro-memorias del III Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos. Montevideo, 1997. pp. 109-131.

83. Por lo que se refiere al derecho de integridad, la supresión digital de “*ruidos de superficie*” o de sonidos que no capta el oído humano (proceso muy común cuando se trata de “*actualizar*” grabaciones antiguas), no produce mutilación o alteración a la “*obra*” en sí misma, sino a la grabación, con el objeto de mejorar la calidad del sonido y así en nada se afecta a la creación.

84. Pero no puede ignorarse que también existen manipulaciones digitales que pueden atentar contra la integridad de la creación y no hay excusa para eludir el derecho moral al respeto, pues tampoco es de olvidar que el derecho moral está constituido por facultades de orden personal (que como tales son inalienables e irrenunciables) y que en el respeto a la producción intelectual también entran en juego el derecho a la cultura y los valores culturales allí encarnados, los cuales se afectan cuando éstos se desvirtúan con mutilaciones o deformaciones que lesionan el decoro o reputación de las obras o sus autores.

85. Así, el “*Green Paper*” sobre la Propiedad Intelectual y la Infraestructura Nacional de la Información elaborado por encargo de la Secretaría de Comercio de los Estados Unidos, destaca que el éxito de las “*superautopistas de la información*” estará supeditado, necesariamente, al volumen de obras que circulen, a que se garantice una efectiva protección de los respectivos derechos y se asegure de alguna forma, “*la integridad de tales obras*”²⁹, aunque el propio documento, apoyado en el proyecto de informe del Comité de Estudios sobre Multimedia del Instituto Japonés para la Propiedad Intelectual, sugiera la necesidad de permitir la renuncia voluntaria y específica de ese derecho o de limitar su ejercicio en el mundo digital.³⁰

86. Las eventuales violaciones al derecho moral de integridad vinculadas a la tecnología digital se plantean, por ejemplo, con la colorización de producciones audiovisuales (y su reproducción, transmisión o exhibición al público), pues si bien la colocación de colores en expresiones visuales (como en las fotografías), se ha efectuado desde hace muchos años, las nuevas tecnologías han facilitado de tal manera el procedimiento que, cada vez con más frecuencia, recibimos versiones digitalizadas de filmes originalmente realizados en blanco y negro, que en el proceso de digitalización han adquirido color y mejorado el sonido.

87. Tal constituye uno de los aspectos más interesantes en relación con la tecnología digital y el arte cinematográfico, lo que ha puesto en el tapete judicial la discusión sobre la “*autoría*” y la “*titularidad*” en la obra audiovisual, así como el

²⁹ V.: “*Intellectual Property and the National Information Infrastructure*”, en Derecho de la Alta Tecnología (DAT). Año VII. N° 76/77. Buenos Aires, 1994-1995. pp. 25-26.

³⁰ Idem (sexta entrega), en DAT. Año VII. N° 82/83. Buenos Aires, 1995. p. 27.

ejercicio de los derechos morales sobre la misma, especialmente en cuanto a la integridad de la creación³¹.

88. Otro aspecto vinculado a la tecnología digital -pero que ya se planteaba con los medios técnicos tradicionales, aunque con menor intensidad-, es el del almacenamiento de resúmenes de textos en bases de datos (muchas veces con miras a su reproducción en soportes o su transmisión por medio de las redes digitales), en el cual se desvirtúa el pensamiento de lo expresado originariamente por el autor, así como en las modificaciones digitales sobre obras musicales (también destinadas en muchos casos a su reproducción o comunicación digital), donde no se trate de arreglos o versiones que se enmarquen dentro del derecho patrimonial de modificación, sino que resulten verdaderas aberraciones en desmedro del decoro de la obra o la reputación del creador.

89. Tales situaciones pueden afectar igualmente el derecho moral de los artistas intérpretes o ejecutantes de las obras así objeto de almacenamiento y/o transmisión digital, especialmente ante la posibilidad de la “clonación virtual” de personajes existentes, especie de muestreo digital de imágenes que permite realizar películas a partir de parámetros determinados sobre artistas vivos³².

90. Y además se presenta el tema de las producciones “multimedia”, como medio interactivo que permite captar y combinar, en un único soporte y un solo lenguaje de signos de expresión, imágenes, colores, palabras y sonido, cuyo contenido no solamente puede ser colocado a disposición del público mediante objetos tangibles, sino también por medio de transmisiones efectuadas a través de las redes digitales.

91. La utilización de obras preexistentes en la “multimedia” puede incidir en el derecho moral de integridad, si las modificaciones introducidas (incluso mediante la interactividad con el usuario), permiten desvirtuar el concepto y la expresión originarias; o, también como ejemplo, si una imagen fija preexistente (v.gr.: una fotografía), es puesta en movimiento, creando efectos no deseados por el autor de la fijación visual así incorporada.

³¹ Sobre la colorización de las películas en blanco y negro, es célebre el caso en que los descendientes de John Huston, realizador del filme “*Asphalt Jungle*”, demandaron a la sociedad Turner, titular de los derechos sobre la versión colorizada. El tema ha sido motivo de muchos comentarios doctrinales (v.: BERTRAND, André: “*En la ‘jungla’ del derecho de autor internacional: ¿El derecho moral francés resultará inmoral en Norteamérica?*”, en *Derecho de la Alta Tecnología (DAT)*. Año I. No. 8. Buenos Aires, abril de 1989. pp. 1-8; y POLLAUD-DULIAN, F.: “*El derecho moral en Francia, a través de la jurisprudencia reciente*” (traducción de Antonio Muñoz), en *Revue Internationale du Droit D’Auteur*. No. 145. París, julio de 1990, pp. 156-161).

³² V.: LUCAS, André: “*La propiedad intelectual y la infraestructura global de la información*”, en UNESCO: “*Boletín de Derecho de Autor*”. Vol. XXXII. No. 1. París, enero-marzo, 1998. p. 12.

92. Otra cosa es que con el consentimiento de los autores puedan realizarse traducciones, adaptaciones, arreglos y otras transformaciones de sus obras, con base en el derecho patrimonial de modificación que le permite al creador autorizarlas, lo que resolverá los conflictos sin fracturar el sistema.

93. Por ello, buena parte de las controversias en torno al derecho moral, se centrarán en aquellos casos en que la incorporación o transformación de obras pre-existentes (como en las bases de datos o en las presentaciones “*multimedia*”), se realicen sin el consentimiento del autor, pues de estar autorizadas serían perfectamente lícitas.

94. Sobre el ejercicio del derecho moral frente al avance tecnológico -reflexiona Uchtenhagen-, sólo en rarísimos casos el autor está en condiciones de descubrir e intervenir ante las transgresiones contra su derecho moral y las nuevas tecnologías, lo que conduce a la pregunta sobre si su protección puede confiarse también a otras personas, en particular porque el elevado nivel de protección de ese derecho no es reclamado únicamente por los autores, sino también por los editores y productores ante la importancia económica que corresponde a la autenticidad de las obras en el mercado digital, razón por la cual manifiestan un interés creciente en el ejercicio del derecho moral en nombre y por encargo de los autores, aunque faltan por precisar con mayor exactitud los intereses comunes entre ambos sectores³³.

95. También Dietz señala que los intereses del autor en la integridad de la obra y aquellos de los editores o productores en sus productos inalterados están empezando a acercarse en la era digital y se pregunta si ello no va a llevar a que el derecho moral, con su carácter rigurosamente enfocado desde el derecho de la personalidad, se vaya atenuando un poco de modo que el editor o el productor puedan integrarse en el ejercicio de ese derecho moral³⁴.

96. De allí que las grandes productoras cinematográficas y las de “*software standard*” (producidos a gran escala y destinados a un sinnúmero de usuarios), argumenten que, debido a su estructura técnico-organizativa extendida mundialmente, están en mejor posición que los propios autores para defender los derechos morales susceptibles de infracción (en particular por el volumen de utilizaciones que se realizan simultáneamente en todo el mundo, con mayor razón debido a las modernas tecnologías digitales y de las telecomunicaciones), sin perjuicio de que los creadores también puedan ejercerlos directamente.

³³ V.: UCHTENHAGEN, Ulrich: “*El derecho moral y las nuevas tecnologías*”. Ob. Cit. pp. 125 y 130-131.

³⁴ V.: DIETZ, Adolf: “*Moral rights and technological challenge*”, citado por UCHTENHAGEN, Ulrich: “*El derecho moral y las nuevas tecnologías*”. Ob. Cit. p. 129.

97. Por ello no es de extrañar que en varias de las leyes latinoamericanas sobre derecho de autor, se presume la autorización otorgada por los autores al productor de la obra audiovisual o del programa de computación, para el “*ejercicio*” o la “*defensa*” del derecho moral, lo que no implica una transferencia de ese derecho por acto entre vivos, sino una legitimación para actuar, la cual generalmente admite prueba en contrario.

98. Es de destacar también la crítica que otro sector de la doctrina ha expresado a esas fórmulas (y a otras que presumen incluso la autorización de los autores para que el productor pueda ejercer esos derechos “*en nombre propio*”), por juzgarlas como desviaciones al sistema latino o continental, del “*más grueso calibre*”³⁵.

³⁵ V.: DELGADO PORRAS, Antonio: “*La protección de las obras audiovisuales: la autoría y la titularidad en el sistema jurídico latino o continental*”. Conferencia publicada en el Libro-Memorias del III Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos. Ed. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)/Instituto Interamericano de Derecho de Autor (IIDA)/República Oriental del Uruguay. Montevideo, 1997, p. 489.

Módulo

II

*Parte general
sobre derecho
de autor*

UNIDAD 4

EL DERECHO PATRIMONIAL O DE EXPLOTACIÓN

Introducción - Denominaciones - Características - Contenido - El derecho de reproducción - El derecho de distribución – El derecho de comunicación pública – El derecho de transformación – El derecho de importación - Disposiciones comunes a los derechos morales y patrimoniales: el derecho de acceso y el de colocar dispositivos técnicos de autotutela.

I

INTRODUCCIÓN

1. Como apunta Colombet, el creador, además del honor, espera sacar provecho de la explotación de su obra¹ y de allí que el derecho patrimonial o pecuniario del autor esté reconocido en los convenios internacionales y en todas las leyes nacionales sobre la materia.

2. Pero el derecho de explotación que por mucho tiempo se redujo a las escasas formas existentes para el uso de las obras, o sea, la reproducción por imprenta de obras escritas o la representación “*en vivo*” de composiciones musicales y obras escénicas, se amplió a partir de la invención sucesiva del fonógrafo, el cinematógrafo, la radiodifusión (sonora y televisiva), las fijaciones audiovisuales, la reprografía, las transmisiones por satélite y cable, así como del surgimiento de las grabaciones y las comunicaciones digitales, entre otros.

3. Por ello, ante la imposibilidad de prever en el tiempo las modalidades de explotación que surgen con el avance tecnológico, la tendencia más generalizada, particularmente en la tradición continental, es la de reconocer al autor el derecho de explotar su obra por cualquier medio o procedimiento, conocido o por conocerse, salvo excepción legal expresa.

II

DENOMINACIONES

4. En doctrina, la facultad del autor de autorizar o prohibir el uso de su obra se ha denominado “*derecho de disfrute económico*” (Stolfi), “*derecho pecuniario*” (Mouchet y Radaelli), “*derecho de utilización*” (Ascarelli) o “*derecho patrimonial*” (Satanowsky)², mientras que en las legislaciones nacionales las expresiones más empleadas, incluso de modo indistinto por algunas leyes, son:

- a. “*Derecho patrimonial*” (Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Costa Rica, Ecuador, Francia, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Portugal, República Dominicana, Venezuela, Decisión 351 de la Comunidad Andina).

¹ V.: COLOMBET, Claude: “*Grandes principios del derecho de autor y los derechos conexos en el mundo*”. Ob. Cit. p. 63.

² V.: ANTEQUERA PARILLI, Ricardo: “*Consideraciones sobre el Derecho de Autor*”. Ob. Cit. p. 125.

- b. “*Derechos de explotación*” (Alemania, España, Venezuela).
- c. “*Derechos de utilización*” (Austria).
- d. “*Derechos de explotación económica*” (Italia).
- e. “*Derecho pecuniario*” (El Salvador).

III CARACTERÍSTICAS

5. Tomando como referencia las tendencias más comunes en el derecho de tradición latina, son características del derecho patrimonial las siguientes:

- a. Es un derecho *exclusivo*, de modo que solamente el autor -o su derechohabiente-, puede realizar, autorizar o prohibir todo acto que implique el uso de su obra y ese derecho es oponible a todos, incluso al adquirente del soporte material que contiene la creación, a menos que una norma expresa o una cláusula contractual disponga lo contrario.³
- b. Es un derecho *de contenido ilimitado o no sometido a numerus clausus*, desde el momento en que comprende la explotación de la obra “*bajo cualquier forma o procedimiento*” (u otra expresión equivalente) como lo señalan muchas leyes de modo expreso (Brasil, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, España, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Portugal, República Dominicana, Venezuela), de suerte que:
 - i. La enumeración de las modalidades que conforman el derecho exclusivo sólo tienen carácter enunciativo, como lo aclaran algunas leyes nacionales (Alemania, El Salvador, Honduras, Panamá, Paraguay, Perú).
 - ii. Si la ley no prevé algunos modos de uso de la obra, “*ello no es óbice para que el autor disponga igualmente de todos ellos, porque los derechos patrimoniales son reconocidos con carácter genérico*”⁴.
- c. Como se trata de un derecho general que comprende la utilización de la obra por todo medio o procedimiento, conocido o no, *las excepciones a ese dere-*

³ La exclusividad del derecho patrimonial tiene vocación de universalidad, si se toman en cuenta, por ejemplo, los artículos 9, 11, 11*bis*, 11*ter*, 12 y 14 del Convenio de Berna y el artículo IV*bis* de la Convención Universal (Revisión de París, 1971).

⁴ LIPSZYC, Delia: “*Derecho de Autor y Derechos Conexos*”. Ob. Cit. p. 176.

cho exclusivo tienen que ser de interpretación restrictiva, como además lo aclaran algunos ordenamientos internos (Ecuador, Paraguay y Perú, así como Panamá, República Dominicana y Venezuela por vía reglamentaria). En todo caso, las limitaciones legales al derecho exclusivo (y su interpretación) deben respetar los *usos honrados*⁵, por los cuales las excepciones a ese derecho exclusivo deben circunscribirse a:

- i. Determinados casos especiales, o sea, establecidos taxativamente en la ley;
 - ii. Que no atenten contra la explotación normal de la obra; y
 - iii. Que tampoco causen un perjuicio injustificado a los legítimos intereses de los autores.
- d. *Las modalidades de explotación* que conforman el derecho patrimonial exclusivo *son independientes entre sí*, es decir, que la autorización para una modalidad no implica consentimiento para ninguna otra forma de uso y los efectos de toda cesión del derecho pecuniario o de una licencia de uso se limitan a los modos expresamente previstos en el contrato o en la licencia, principio que surge de disposiciones contenidas en muchas leyes (Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, España, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Venezuela).
- e. El derecho patrimonial es *disponible* por acto entre vivos a través de un contrato de *cesión de derechos de explotación*, cuyas particulares características y efectos serán estudiados en la unidad 6 de este módulo.
- f. El autor puede *fraccionar la validez temporal o espacial* de su derecho patrimonial, de modo que, como lo prevén muchas leyes nacionales:
- i. Los efectos de la cesión de derechos patrimoniales (o de la licencia de uso de una obra, según el caso), se limitan al tiempo y al ámbito territorial expresamente convenidos (Brasil, Ecuador, El Salvador, España, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana), aunque alguna ley mencione solamente el de la validez temporal (México).
 - ii. La interpretación de los negocios jurídicos es siempre restrictiva (Brasil, Colombia, Costa Rica y República Dominicana, así como Venezuela por reglamento) y no se admite el reconocimiento de derechos más amplios

⁵ Véanse los artículos 9,2 del Convenio de Berna, 13 del Acuerdo sobre los ADPIC y 10 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA).

de los taxativamente concedidos (Brasil, Colombia, República Dominicana).

- iii. La validez espacial de los contratos deja a salvo la posibilidad de que en los procesos de integración se impongan normas que eviten el compartimiento del mercado único o interior, de modo que, por ejemplo, una vez que el autor ha autorizado la reproducción de los ejemplares de la obra para su distribución en uno de los países integrados, no pueda impedir esa misma distribución, de acuerdo a la modalidad de uso autorizada, en los demás países de la unión, pero tal limitación debe provenir de una norma comunitaria expresa.

- g. El derecho patrimonial es *expropiable*, en cuanto lo permita la ley aplicable (Colombia, Chile, República Dominicana, Uruguay, Venezuela) o la normativa de derecho común.

- h. La *autorización* concedida *implica una remuneración* para el titular del derecho, salvo que se pacte expresamente una cesión o una licencia gratuita que esté permitida por la ley (Colombia, República Dominicana, Venezuela) o cuando ésta admita la transferencia del derecho patrimonial bajo cualquier contrato previsto en el Código Civil (Ecuador), lo que no impide que:
 - i. Se disponga que la remuneración constituye un derecho irrenunciable (España, Chile, México).
 - ii. La legislación presuma que, salvo pacto expreso en contrario, toda cesión de derechos o licencia de uso *se presume realizada a título oneroso* (Bolivia, Brasil, Ecuador, El Salvador, Guatemala, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Venezuela, así como Costa Rica por vía reglamentaria).
 - iii. Se contemplen legislativamente límites al derecho patrimonial que permitan la utilización libre y gratuita de la obra, en casos de excepción y de interpretación restrictiva que respeten los *usos honrados*, como ya fue visto y se analizará con más detalle en la unidad 5 del módulo II.

- i. Aunque el derecho patrimonial es *inembargable en sí mismo*, los ingresos derivados de la explotación o los ejemplares de la obra *pueden embargarse* conforme a la ley especial aplicable (Guatemala, Panamá, Paraguay, Venezuela) o a las normas del derecho común, lo que no obsta para que:
 - i. Las remuneraciones puedan gozar de los privilegios que se reconocen al salario (España) o se fije legalmente un porcentaje de las mismas como *inembargables* (Paraguay).

- ii. Se establezca la inembargabilidad de los beneficios del autor generados por algunas formas de uso, por ejemplo, de espectáculos públicos (Brasil).
- iii. Se faculte al Juez para limitar los efectos del embargo y que el autor reciba una parte de la remuneración a título alimentario (Venezuela).
- j. El derecho patrimonial *es temporal*, porque se extingue luego de un periodo determinado por la ley, como se estudiará en la unidad 5 de este módulo.

IV CONTENIDO

6. Como se ha visto, el derecho patrimonial del autor no está sometido al régimen del *numerus clausus*, vale decir, que no se agota en la lista ejemplificativa de modalidades de explotación indicadas en la ley y, en consecuencia, cualquier forma de utilización que no esté legalmente contemplada como excepción expresa, forma parte de ese derecho exclusivo.

7. De allí que el estudio de su contenido tenga un carácter enunciativo y así se analizarán las normas de muchas leyes nacionales para designar las formas de explotación exclusivas del autor, en particular las de los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación.

8. El “*droit de suite*”, como un derecho aplicable en la mayoría de las leyes sólo a las obras de artes plásticas, se estudiará en la unidad 1 del módulo III.

V EL DERECHO DE REPRODUCCIÓN

9. Conforme al artículo 9,1 del Convenio de Berna, el autor tiene el derecho exclusivo de autorizar la reproducción de su obra bajo cualquier procedimiento y en cualquier forma, derecho igualmente previsto en el artículo IV *bis* de la Convención Universal (Revisión de París, 1971).

10. Nada distinto ocurre con el Acuerdo ADPIC, cuyo artículo 9,1 impone la obligación para los países de la OMC de aplicar los artículos 1 a 21 del Convenio de Berna (1971) y el Apéndice del mismo, así como en el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA), pues su artículo 1,4 dispone que las partes contratantes

deben dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 1 a 21 y en el Anexo del Convenio de Berna.

11. En cuanto a las expresiones empleadas por el Convenio de Berna, Schuster comenta que la de “*por cualquier procedimiento*” implica que se comprenden todos los medios o procesos empleados para la reproducción (edición, grabación sonora o audiovisual, almacenamiento electrónico, etc.) y la de “*bajo cualquier forma*” incluye todos los soportes a través de los cuales se logre la fijación o la obtención de las copias (gráficos, reprográficos, sonoros, audiovisuales, magnéticos, etc.).⁶

12. Las tendencias legislativas apuntan a definir la reproducción como la fijación de la obra en cualquier soporte o medio que permita su comunicación, así como la obtención de copias o parte de ella.

13. Esa definición permite aclarar que la reproducción no sólo comprende la obtención de varios ejemplares, sino también (como surge del artículo 9,3 del Convenio de Berna⁷) la simple fijación de la obra en un soporte material. De allí que el mero almacenamiento electrónico es una fijación y, por tanto, una forma de reproducción (como lo aclara la “*Declaración Concertada*” al artículo 1,4 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor), cuestión que tiene importantes consecuencias en relación con la tecnología digital, como se estudiará en esta misma unidad.

14. Dicha “*Declaración Concertada*” reza:

“El derecho de reproducción, tal como se establece en el Artículo 9 del Convenio de Berna, y las excepciones permitidas en virtud del mismo, son totalmente aplicables en el entorno digital, en particular a la utilización de obras en forma digital. Queda entendido que el almacenamiento en forma digital en un soporte electrónico de una obra protegida, constituye una reproducción en el sentido del artículo 9 del Convenio de Berna.”

15. Ejemplos de reproducción son la fijación o duplicación gráfica de la obra mediante palabras, dibujos o signos, sea a través de la imprenta o por medios reprográficos; la grabación de los sonidos y la obtención de copias de esa fijación; la

⁶ V.: SCHUSTER VERGARA, Santiago: “*Derechos de reproducción y transformación de las obras*”. Documento OMPI-SGAE/DA/COS/00/16”. Séptimo Curso Académico Regional de la OMPI sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para países de América Latina. San José, Costa Rica, 2000, p. 2.

⁷ Art. 9,3: “*Toda grabación sonora o visual será considerada como una reproducción en el sentido del presente Convenio*”, de lo que surge que la mera fijación, aunque no se obtengan más ejemplares de ella, constituye una reproducción.

grabación de imágenes y sonidos, así como la producción de ejemplares de esa fijación en películas de celuloide o en videogramas; la fijación y obtención de soportes digitales donde se representan los signos, las palabras, los sonidos o las imágenes; la fijación y la producción de ejemplares de una obra plástica, incluyendo la fotografía, la serigrafía y la refundición; el almacenamiento de un programa de ordenador (o de cualquier otra obra mediante su fijación digital) y la obtención de los soportes magnéticos, etc.

16. En todo caso, como la reproducción alcanza a cualquier forma o procedimiento, el listado de modalidades que conforman este derecho tiene un carácter simplemente enunciativo.

17. Según Lipszyc el derecho de reproducción descansa en los principios siguientes:

- a. Se extiende sobre el todo y cada parte o fragmento de la obra.
- b. Se aplica sobre todas las formas de reproducción, sean directas (fotocopias de impresos, grabación en cinta de un disco o cassette, etc.), o bien indirectas (v.gr.: transcripción de una obra literaria para su incorporación en la memoria de un computador, etc.).
- c. No importan ni la finalidad de la reproducción (comercial, cultural, benéfica, de investigación o docencia), ni el ámbito en que se utilice (público o privado).
- d. Cada reproducción debe ser expresamente autorizada por el autor o titular del derecho.
- e. Se protege al autor contra el hecho de hacer copias de la obra, con independencia de la cantidad y de que sean o no distribuidas o puestas en circulación.
- f. La falta de mención en la ley de determinado medio técnico no puede interpretarse como excluido de la protección, toda vez que el derecho de reproducción concedido al autor tiene un carácter genérico ⁸.

18. En consecuencia, es ilícita sin el consentimiento expreso y previo del autor, toda reproducción total o parcial de la obra por cualquier medio, salvo excepción

⁸ V.: LIPSZYC, Delia: *“La protección de las obras literarias y la política cultural del libro”*, en el libro-memorias del IV Congreso Internacional sobre la protección de los Derechos Intelectuales. Guatemala, 1989. pp. 19-47.

legal, de interpretación restrictiva, como ocurre con los límites al derecho de explotación, a estudiarse en la unidad 5 del módulo II.

VI EL DERECHO DE DISTRIBUCIÓN⁹

19. De acuerdo a la mayoría de las leyes nacionales en América Latina (y en la Decisión 351 de la Comunidad Andina), el autor tiene el derecho exclusivo de autorizar o prohibir la distribución pública de ejemplares de su obra mediante venta o alquiler (Brasil, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Venezuela), cualquiera que sea el género de la obra y el tipo de soporte que la contiene.

20. Un concepto más amplio figura, por ejemplo, en la Directiva Europea de 1992 sobre derechos de alquiler y préstamo^{10 11}, así como en las legislaciones de Costa Rica y Perú, en las cuales se agrega el derecho de préstamo o, al estilo de la ley dominicana, que además de la venta, el alquiler y el usufructo, está el de “*cualquier otra forma*”, todo ello sin perjuicio del derecho general y exclusivo del autor de autorizar el uso de su obra por todo medio o procedimiento, salvo excepción legal expresa.

21. Como expresa Desurmont:

“estas formas de explotación que calificaremos de secundarias con respecto a la venta de ejemplares para uso privado del comprador, tienen por denominador común el aumentar el número de personas a las

⁹ Para una amplia información sobre el derecho de distribución, véase a SANTIAGO, Vanisa: “*Derechos de puesta en circulación, distribución, alquiler e importación de las obras*”. Documento OMPI-SGAE/DA/COS/00/16b. Séptimo Curso Académico Regional de la OMPI sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para países de América Latina. San José, Costa Rica, 2000.

¹⁰ Para la la Directiva del Consejo de la Comunidad Económica Europea 92/900 del 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual, se entiende por préstamo de objetos “*su puesta a disposición, para su uso, por tiempo limitado sin beneficio económico o comercial directo ni indirecto, siempre que dicho préstamo se lleve a cabo a través de entidades accesibles al público*”.

¹¹ Sobre el préstamo y el alquiler, véase a BAÑARES ACEDO, María Dolores: “*Nuevas formas de explotación y nuevos derechos patrimoniales. Los derechos de alquiler y préstamo*”. Conferencia publicada en el Libro Memorias del III Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos. Ed. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). Instituto Interamericano de Derecho de Autor (IIDA). República Oriental del Uruguay. Montevideo, 1997; y a LIPSZYC, Delia: “*Distribución y Alquiler ¿Nuevos derechos patrimoniales?*”. Curso OMPI/SGAE para América Latina sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos. Punta del Este/Montevideo, 1997.

*que un mismo ejemplar permitirá el acceso a la obra, disminuyendo el número de ventas y permitiendo a nuevos empresarios que explotan esa obra realizar nuevos ingresos”.*¹²

22. Y la situación se complica con las nuevas tecnologías digitales cuando el arrendatario, por ejemplo, puede obtener una copia fácil y de mínimo costo de la obra contenida en el ejemplar, de manera que al devolverlo al arrendador ya ha conseguido un nuevo soporte, sin necesidad de adquirir un “*original*”.

23. Es de hacer notar que aun en ausencia de un reconocimiento explícito de un derecho de distribución, la jurisprudencia en varios países lo consideró innecesario en el sentido de que era una consecuencia del derecho de reproducción, ya que si el autor ostentaba el derecho de autorizar o no la obtención de copias o ejemplares de su obra, también lo tenía para resolver acerca del destino de esos soportes (“*derecho de destino*” o de “*destinación*”).

24. Conforme a una tendencia generalizada en las recientes legislaciones de América Latina, una vez que el autor autoriza la transmisión de la propiedad de los ejemplares ya no puede oponerse a sus sucesivas reventas, pero conserva siempre los derechos de reproducción y alquiler, así como el de comunicación pública de la obra a partir de ese soporte, por cualquier medio o procedimiento.

25. De allí que:

- a. La autorización otorgada para la distribución de los ejemplares mediante venta, no implica el consentimiento para su alquiler, ni viceversa.
- b. Por tanto, como el arrendamiento tiene fines lucrativos y puede perjudicar la explotación normal de la obra ya que cada ejemplar alquilado, así se trate de una copia autorizada, podría desestimular la adquisición de un “*original*”, el titular de los derechos conserva, a pesar de la primera venta, el derecho de autorizar el arrendamiento de las reproducciones y, en su caso, también el préstamo público de esos ejemplares.
- c. El titular tiene la facultad de autorizar otras reproducciones de la obra, así como impedir que a partir de los ejemplares a disposición del público con su autorización, se realicen duplicaciones de la misma.

¹² DESURMONT, T., citado por SCHUSTER, Santiago: “*Derechos de reproducción y transformación de las obras*”. Documento OMPI/DA/HAV/98/8, presentado en el Curso OMPI/SGAE de formación en Derecho de Autor y Derechos Conexos para América Latina. La Habana, 22 a 30 de junio de 1998. p. 21.

d. De acuerdo al principio según el cual el derecho de autor es independiente del objeto material que contiene la obra, cuya enajenación no produce en favor del adquirente la cesión de los derechos de explotación, la propiedad del soporte cuya distribución se ha permitido no implica facultad alguna para el propietario en cuanto a realizar a partir de él una comunicación pública, sujeta al derecho exclusivo de autorización previa y remuneración.

26. Por ello, comenta Schuster, podrían efectuarse sucesivas reventas de una partitura, de un disco, de un ejemplar impreso, de un cuadro, de una escultura, etc., sin que ello afecte el derecho del autor, pero “*el problema surge cuando el ejemplar ha salido de la esfera de dominio del autor y se realizan nuevos actos jurídicos respecto del soporte no traslaticios del dominio, sino de transferencia de la posesión, para que terceros realicen actos específicos de utilización de la obra*”.¹³

27. El derecho de distribución puede verse también desde una óptica más restringida, es decir, como un derecho de “*puesta en circulación*”, o sea, el exclusivo de autorizar o no la distribución al público del original o ejemplares de la obra mediante venta u otra transferencia de la propiedad, como a título de derecho mínimo figura en el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, TODA (art. 6,1), y sin perjuicio de que, por separado, se reconozca, como un derecho autónomo, el de alquiler y préstamo de los soportes o el mismo emane del principio por el cual el autor tiene el derecho exclusivo de explotar su obra por cualquier medio o procedimiento.

28. El Acuerdo sobre los ADPIC reconoce (siempre como un atributo mínimo, sin perjuicio para los países de conceder facultades más amplias), el derecho de autorizar o prohibir el “*arrendamiento comercial*” al público de los originales o copias de las obras (art. 11).

29. Sin embargo, el ADPIC no consagra un derecho general de alquiler (o sea, para todo género de obras, como sí lo hacen muchas leyes nacionales), sino que la obligación mínima se restringe a dos: los programas de ordenador y las obras cinematográficas (así como los fonogramas, como derechos conexos), en todos esos casos por la facilidad de la copia por parte del arrendatario.

30. Por lo que se refiere al TODA se consagra, siempre como obligación mínima, el derecho exclusivo de los autores de programas de computación, de obras cinematográficas y de obras incorporadas en fonogramas -en este caso tal como lo establece cada legislación nacional-, a autorizar el “*alquiler comercial*” al público del original o de los ejemplares de sus obras (art. 7,1).

¹³ SCHUSTER, Santiago: “*Derechos de reproducción y transformación de las obras*”. San José, 2000. Ob. Cit. p. 26.

31. La expresión “comercial” utilizada por los dos últimos instrumentos citados es desafortunada por confusa, ya que podría interpretarse, equivocadamente, que el derecho exclusivo de autorizar o prohibir el arrendamiento solamente se aplica cuando el alquiler pueda calificarse como un “acto de comercio”, no obstante que tal no podría ser la interpretación correcta de la norma si el arrendamiento –acto de comercio o no-, atenta contra la explotación normal de la obra o causa un perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular del derecho, principio de los “usos honrados” que figura tanto en el ADPIC (art. 13) como en el TODA (art. 10).

32. En todo caso, como se trata de una protección convencional mínima, es de hacer notar que las legislaciones latinoamericanas que han reconocido de forma explícita el derecho de alquiler (o el derecho de distribución en “cualquier forma”), no lo limitan al arrendamiento “comercial”, con lo cual la interpretación del derecho así reconocido es mucho más transparente, dado el carácter restrictivo de las excepciones o limitaciones establecidas por las mismas leyes al derecho de explotación en cualquiera de sus modalidades.

VII

EL DERECHO DE COMUNICACIÓN PÚBLICA¹⁴

Generalidades.

33. Aunque el Convenio de Berna no establece expresamente un derecho general de comunicación pública, sino algunas de sus modalidades (arts. 11, 11bis, 11ter, 14), es de recordar que el autor tiene el derecho exclusivo de autorizar el uso de su

¹⁴ Para una información más detallada sobre el derecho de comunicación pública, véase a ANTEQUERA PARILLI, Ricardo: “El Derecho de comunicación pública de las obras protegidas por el derecho de Autor”. Conferencia dictada en el Curso para formación de jueces de la República de Chile, Santiago, 2001; DELGADO PORRAS, Antonio: “Derecho de comunicación pública por el medio de la radiodifusión. Ampliación del derecho de comunicación pública”. Curso OMPI/SGAE de formación en Derecho de Autor y Derechos Conexos para América Latina. Documento OMPI/DA/ANG/99/15. Antigua, Guatemala, 1999; DELGADO PORRAS, Antonio: “Los derechos de emisión y retransmisión –inalámbrica y alámbrica- de las obras”. Séptimo Curso Académico Regional de la OMPI sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para países de América Latina. Documento OMPI/SGAE/DA/COS/00/20b. San José, Costa Rica, 2000; DELGADO PORRAS, Antonio: “Comunicación Pública de obras y fonogramas efectuada en las habitaciones de hoteles, hospedajes y establecimientos similares”. III Seminario Nacional sobre derechos de Propiedad Intelectual. Mar del Plata (Argentina), 2001; RODRÍGUEZ MIGLIO, Leandro D.: “Comunicación pública de radiodifusiones primarias mediante altavoz u otro procedimiento análogo”. Documento OMPI/DA/SDO/96/11. Curso OMPI/SGAE de formación en Derecho de Autor y Derechos Conexos para América Latina. Santo Domingo, 1996; RODRÍGUEZ MIGLIO, Leandro D.: “Consecuencias de la Adhesión al Convenio de Berna para un País Miembro de la OMC. Consecuencias sustantivas de la adhesión. El contenido de la protección. Los derechos reconocidos: derecho de representación o comunicación pública. Derecho de recitación pública”. Documento OMPI/DA/HAV98/12. Curso OMPI/SGAE de formación en Derecho de Autor y Derechos Conexos para América Latina. La Habana, 1998; RODRÍ-

obra por todo medio o procedimiento, como la comunicación pública de su obra en cualquier forma.

34. La tendencia en las nuevas legislaciones es a reconocer el derecho del autor a autorizar o no toda comunicación pública de la obra, es decir, cualquier acto por el cual una o varias personas, reunidas o no en el mismo lugar, puedan tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas, por cualquier medio o procedimiento conocido o por conocerse que sirva para difundir los signos, las palabras, los sonidos o las imágenes, independientemente de que la persona o las personas puedan recibir la obra en el mismo lugar y al mismo tiempo o en diferentes sitios y en diversos momentos.

35. El análisis de ese concepto implica que:

- a. Todo el proceso necesario y conducente a que la obra sea accesible al público constituye comunicación, sometido al régimen del derecho exclusivo de autorizar o prohibir.
- b. Para la comunicación pública basta que puesta la obra a disposición del público, un único individuo en un momento dado solicite su acceso a la misma, lo que ocurre con las transmisiones digitales “*a pedido*” o “*a la carta*”.
- c. Importa poco que las personas a quienes la obra se pone a disposición se encuentren reunidas o no en un mismo lugar ya que, por ejemplo, en las transmisiones por radiodifusión o por cable, cada uno de los destinatarios de la programación puede encontrarse en sitios distintos.
- d. Basta que el público “*pueda*” acceder a la obra, aunque en un momento determinado nadie acceda a ella, por ejemplo, si colocada la misma a disposición del público a través de una red digital ninguna persona, en un preciso momento, desea recibir la transmisión, pues el hecho de poner la obra en los canales de transmisión, constituye comunicación pública.
- e. La comunicación es pública sin que para ello sea necesaria la previa distribución de ejemplares a cada una de las personas que pueden acceder a la obra: una cosa es la comunicación pública y otra la distribución de ejemplares, ambos derechos de explotación independientes entre sí.

GUEZ MIGLIO, Leandro D.: “*La noción de ‘público’ y las facultades/derechos de representación, ejecución y recitación públicas de las obras ‘en vivo’ y por ‘cualquier medio o procedimiento’*”. Documento SGAE/DA/COS/00/19. Séptimo Curso Académico Regional de la OMPI sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para países de América Latina. San José, Costa Rica, 2000.

- f. Como existe comunicación pública desde que se inicia el proceso necesario y conducente para que la obra pueda ser accesible al público, la transmisión a través de una señal lanzada hacia el satélite, por ejemplo, ya constituye comunicación en su fase ascendente aunque el público no reciba todavía la señal (y las obras allí contenidas) porque se pretenda transmitirla “*en diferido*”.

Principales modalidades de comunicación pública.

36. Dado el sinnúmero de formas que constituyen actos de comunicación pública, analizaremos como ejemplos los casos más señalados expresamente en las legislaciones latinoamericanas (y en la Decisión 351 de la Comunidad Andina), las cuales han seguido, en lo fundamental, a la ley española (y antes, incluso, bajo la inspiración francesa) en el entendido de que se trata siempre de un catálogo meramente enunciativo.

37. Veamos:

“Las representaciones escénicas, recitaciones, disertaciones y ejecuciones públicas de las obras dramáticas, dramático-musicales, literarias y musicales mediante cualquier forma o procedimiento”.

38. Esta modalidad constituye la clásica forma de representación, es decir, el espectáculo “*en vivo*”, aunque la expresión “*mediante cualquier forma o procedimiento*” no impide que, además de la interpretación corporal de los intérpretes o ejecutantes de la obra, se utilice la ayuda de instrumentos, procesos o aparatos sonoros, audiovisuales o de cualquier otra índole.

39. Conforme al artículo 11,1 del Convenio de Berna los autores de obras dramáticas, dramático-musicales y musicales, gozan del derecho exclusivo de autorizar **la representación y la ejecución pública** de sus obras, comprendidas la representación y la ejecución pública **por todos los medios o procedimientos** y la **transmisión pública por cualquier forma**, de la representación o ejecución de sus obras.

40. Del mismo modo, el Convenio reconoce el derecho de los autores literarios de autorizar o no **la recitación pública y la transmisión pública**, por **todo medio**, de la recitación de sus obras (art. 11*ter*).

“La proyección o exhibición pública de las obras audiovisuales”.

41. La claridad de esta modalidad no justifica mayores comentarios. Baste señalar que la proyección puede realizarse a través de los soportes autorizados específicamente para la exhibición (como las películas en celuloide que sirven para la

exhibición del filme en las salas de cine) o, lo que sería aún más grave de no estar autorizado, por medio de soportes destinados exclusivamente para su proyección doméstica (“videocasetes” y “videodiscos”).

“La emisión de cualesquiera obras por radiodifusión o por cualquier medio que sirva para la difusión inalámbrica de signos, sonidos o imágenes”.

42. A los efectos de interpretar la anterior forma de comunicación pública debe señalarse, como se encargan de aclararlo muchos ordenamientos nacionales, que *“el concepto de emisión comprende, asimismo, la producción de señales desde una estación terrestre hacia un satélite de radiodifusión o de telecomunicación”*, vale decir, un satélite que permita la captación directa de la señal por parte del público o uno que requiera de una estación terrestre que la reciba y la distribuya a los receptores finales.

43. Y ello es así porque al utilizarse el espacio hertziano para la transmisión (lo que ocurre tanto en las transmisiones tradicionales como en las satelitales), hay radiodifusión y, en consecuencia, comunicación pública.

44. La radiodifusión comprende tanto la transmisión sonora (radio) como la televisiva pues, como lo aclara el Convenio de Berna, los autores de obras literarias y artísticas tienen el derecho exclusivo de autorizar la radiodifusión o la comunicación pública de sus obras, por cualquier medio que sirva para difundir sin hilo los signos, **los sonidos o las imágenes** (art. 11bis,1,i).

“La transmisión de cualesquiera obras al público por hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo”.

45. Comprende esta forma de comunicación a toda difusión alámbrica de la obra, o sea, utilizando para la transmisión algún conductor físico.

46. Dicha explotación puede ser o no mediante abono, es decir, a título gratuito u oneroso para el receptor final, pues a los efectos de la comunicación pública el lucro directo o indirecto es irrelevante, se trata de hacer posible que una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra por todo medio o procedimiento, en este caso, por transmisión alámbrica.

47. El Convenio de Berna dispone que los autores tienen el derecho exclusivo de autorizar la transmisión pública, por cualquier medio, de la representación y de la ejecución sus obras (art. 11,1,ii).

“La retransmisión, por cualquiera de los medios citados anteriormente y por entidad emisora distinta de la de origen, de la obra radiodifundida o televisada”.

48. También esta modalidad permite aclarar que cualquier retransmisión, realizada a partir de una emisión de origen efectuada por ondas *hertzianas* (radiodifusión) o a través de guías artificiales (cable, fibra óptica), constituye una forma de comunicación pública exclusiva del titular del respectivo derecho y conforme a la “*independencia de los derechos*”, la autorización otorgada para la transmisión de origen de una obra (alámbrica o inalámbrica), no implica ni alcanza a la autorización para la retransmisión de esa emisión originaria, sea utilizando el espacio radioeléctrico o por medio de guías artificiales.

49. El Convenio de Berna consagra el derecho de los autores de obras literarias y artísticas de autorizar o no la comunicación pública, por hilo o sin hilo de la obra radiodifundida, cuando esta comunicación se realice por un organismo distinto del de origen (art. 11*bis*1,ii).

50. La expresión “*por entidad emisora distinta de la de origen*” quiere decir que el organismo emisor de la señal transportadora de la obra puede retransmitirla, sea por ondas hertzianas o bien por medio de conductores físicos, con sus propios medios y con sus propias estaciones, es decir, por su misma emisora y no a través de estaciones de terceros.

51. Por otra parte, para que esa retransmisión por el propio organismo de origen sea legítima, es necesario que haya contado con la autorización del autor para la emisión originaria (pues de lo contrario la propia emisión inicial sería ilícita), y siempre que la retransmisión se haga en forma inalterada y simultánea con la de origen y no se haya pactado otra cosa con el titular del derecho al momento de autorizarse la transmisión inicial.

“La captación, en lugar accesible al público mediante cualquier instrumento idóneo, de la obra difundida por radio o televisión”.

52. Esta modalidad se armoniza con el artículo 11*bis*1,iii del Convenio de Berna, cuando atribuye a los autores el derecho de autorizar o no la comunicación pública mediante altavoz o cualquier otro instrumento análogo transmisor de signos, sonidos o de imágenes de la obra radiodifundida.

53. La Guía del Convenio de Berna, comenta que:

“... la tercera situación que se prevé en el párrafo 1) del artículo 11 bis es aquella en la que, una vez radiodifundida, la obra es objeto de

comunicación pública mediante altavoz o instrumento análogo. En la vida moderna, este caso se da cada vez con más frecuencia: allí donde se reúne gente hay una tendencia creciente a amenizar el ambiente con música (cafés, restaurantes, salones de té, hoteles, grandes almacenes, vagones de ferrocarril, aviones, etc.), sin tener en cuenta el espacio cada vez mayor que ocupa la publicidad en los lugares públicos. Con ello se plantea la cuestión de si la autorización de radiodifundir una obra que se concede a la emisora comprende además cualquier utilización de la emisión, incluso su comunicación pública mediante altavoz, sobre todo si persiguen fines de lucro”¹⁵

54. Y es la propia guía quien contesta: *“La respuesta del Convenio es negativa al atribuir al autor, en este caso, un derecho exclusivo”¹⁶*.

55. De allí que, por ejemplo, la autorización concedida por el titular del derecho para la comunicación de la obra por cualquier medio alámbrico o inalámbrico, no implica la del derecho de comunicar públicamente la obra transmitida, a través de altoparlantes o pantallas al público o por cualquier otro instrumento análogo de transmisión de sonidos o imágenes.

56. Resultan claros los comentarios de la *“Guía del Convenio de Berna”*:

“... cuando la recepción de la emisión va seguida de una comunicación pública de la misma, dirigida a un nuevo círculo de oyentes (o de televidentes), bien mediante una nueva emisión o bien mediante transmisión por hilo, ... se considera que la comunicación a través de altavoz (o instrumento análogo) llega a un público nuevo, distinto del que el autor tuvo presente cuando autorizó la radiodifusión de su obra. Efectivamente, y aunque por definición la radiodifusión puede llegar a un número indeterminado de personas, al autorizar esta modalidad de explotación de su obra el autor sólo tiene presentes a los usuarios directos, es decir, los proveedores de aparatos receptores que captan las emisiones individualmente o en un ámbito privado o familiar. A partir del momento en que se efectúa esta captación para destinarla a un auditorio todavía más vasto (a veces con fines de lucro), es una fracción del público receptor la que puede beneficiarse de la escucha (o de la visión) de la obra, con lo cual la comunicación de la emisión a través de altavoz (o instrumento análogo) no constituye ya la simple recepción de la emisión misma, sino un acto independiente mediante el cual la obra emitida es comunicada a

¹⁵ V.: OMPI: *“Guía del Convenio de Berna”* Ob. Cit. p. 81.

¹⁶ Idem.

*un público nuevo. Y esta recepción pública da lugar al derecho exclusivo de autorización, que corresponde al autor”*¹⁷.

57. En relación con la puesta a disposición de los huéspedes en hoteles de aparatos sonoros o audiovisuales para la recepción de la programación transmitida, Delgado Porrás hace una relación no exhaustiva de los distintos supuestos que permiten a los clientes la captación de las obras por:

- a. Aparatos instalados en las habitaciones y conectados a una antena colectiva única;
- b. Equipos ubicados en dichas habitaciones y que se sirven de una antena individual (por aparato).
- c. Aparatos que no están instalados en las habitaciones, pero que son ofrecidos por el hotelero y éstos -mediante un pago o sin él-, pueden obtener su uso temporal en la habitación estando conectados a una antena colectiva única o servidos de una antena individual.
- d. Equipos conectados a una red de cable que parte de un centro emisor instalado en el establecimiento y que se extiende a las habitaciones donde se encuentran los dispositivos de recepción.
- e. Un programa estructurado por el propio cliente desde su habitación, utilizando un servicio de transmisión digital interactiva de un proveedor de contenido en una red de telecomunicación como *Internet* (por ejemplo, un proveedor de servicios musicales o cinematográficos), siendo el hotelero quien pone a disposición de ese cliente, tanto el acceso a ese servicio como los dispositivos técnicos necesarios (computador personal, línea telefónica, “*modem*”, contraseña, etc.), con o sin pago especial¹⁸.

58. Y luego de esa relación llega a la conclusión, conforme a los principios que rigen el derecho de comunicación pública y las disposiciones pertinentes del Convenio de Berna, de que todas las operaciones o actos antes descritos son, antes que nada, formas de explotación de las obras contenidas en la programación y de los fonogramas (con inclusión en este último caso de las interpretaciones o ejecuciones artísticas incorporadas a esos fonogramas)¹⁹.

¹⁷ V.: OMPI: “*Guía del Convenio de Berna*”. Ob. Cit. pp. 81-82.

¹⁸ V.: DELGADO PORRAS, Antonio: “*Comunicación Pública de obras y fonogramas efectuada en las habitaciones de hoteles, hospedajes y establecimientos similares*”. III Seminario Nacional sobre derechos de Propiedad Intelectual. Mar del Plata (Argentina), 2001, pp. 2-3.

¹⁹ Ídem.

“La presentación y exposición públicas de obras de arte o sus reproducciones”.

59. Esta modalidad está referida, especialmente, a las obras visuales tales como dibujos, esculturas, pinturas, grabados y litografías.

60. Es de hacer notar, sin embargo, que, por vía de excepción (y, por tanto, de interpretación restrictiva), algunas legislaciones disponen que el adquirente del ejemplar que contiene una obra de arte queda facultado, por el hecho de la adquisición, a exponer públicamente dicho soporte (pero no otras formas de utilización), como en las de Ecuador, España, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y Venezuela, mientras que algunas, como la chilena, no permiten exponer la obra *“con fines de lucro”*.

61. Aun bajo aquellos ordenamientos donde se permite al adquirente del objeto que contiene la obra de arte exponerlo públicamente, tal atribución no la tendría si en el contrato de enajenación entre el autor y el comprador, se excluyera expresamente ese derecho.

“El acceso público a bases de datos de computador por medio de telecomunicación, cuando éstas incorporen o constituyan obras protegidas”.

62. Las bases de datos son compilaciones de elementos de información, en buena medida de obras preexistentes, protegidas en sí mismas por el derecho de autor o están constituidas por la recopilación de hechos y datos, que no son obras pero que por la selección o disposición de las materias pueden resultar en creaciones personales y, en consecuencia, tuteladas por el derecho de autor, como lo aclaran el artículo 10,2 del Acuerdo sobre los ADPIC y el artículo 5 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA) y así será estudiado en la unidad 4 el módulo III de este curso.

63. Esa base de datos puede ser objeto de difusión, especialmente mediante su acceso público por telecomunicaciones, pero para estar amparada por el derecho exclusivo del autor es menester que las obras allí recopiladas gocen de protección o que la base misma -sea recopilación de obras o de datos no protegidos-, tenga características de originalidad por la selección o disposición de las materias.

64. De acuerdo a las variantes del caso, dicha comunicación requerirá de la autorización de los autores de las obras primigenias y del creador de la base de datos (a menos que éste ya cuente con el consentimiento de los primeros para otorgar ese permiso a terceros) o solamente del autor de la base, cuando ella, siendo obra, no contenga a su vez elementos protegidos por el derecho de autor.

65. Este modo ejemplificativo de comunicación pública reviste gran importancia en el entorno digital, pues ya en redes como *Internet* (y todavía más en el futuro, con el crecimiento de la “*sociedad de la información*” y el acceso global a las “*superautopistas de la información*”), el “*proveedor de contenidos*” almacena en grandes bases de datos la información que coloca a disposición del público, para que cualquier abonado a la red pueda acceder a los elementos recopilados en la base (hechos, datos, obras de diversa índole), desde su ordenador personal, por medio de las telecomunicaciones.

66. Y es evidente que en esos casos una pluralidad de personas puede acceder a la obra, razón por la cual es un acto de comunicación pública.

67. Pero, además, muchas legislaciones nacionales anteceden o complementan la anterior enumeración de formas de comunicación pública con la expresión:

“En fin, la difusión, por cualquier procedimiento que sea, conocido o por conocerse, de los signos, de las palabras, los sonidos o las imágenes”.

68. Esta última frase tiene un carácter residual, o sea, está dirigida a prever cualquier otra forma de difusión de la obra al público no contemplada en los números anteriores, así como toda nueva modalidad futura.

69. Y aunque la misma pueda parecer redundante, figura expresamente en varias legislaciones nacionales (Ecuador, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Venezuela) y en la Decisión 351 de la Comunidad Andina.

70. La difusión, por cualquier medio o procedimiento, como forma de comunicación pública exclusiva del autor, de universal aceptación, fue incorporada con fines aclarativos en el artículo 8 del nuevo Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA), cuando se dispone que “... ***los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar cualquier comunicación al público de sus obras ...***” (hemos destacado).

El derecho de comunicación pública y la jurisprudencia.

71. La comunicación pública que ha generado más debates en estrados y, en consecuencia, fallos judiciales, ha sido la que se realiza a partir de una grabación y los organizadores del espectáculo o propietarios del lugar donde se realiza la ejecución pública o del organismo de radiodifusión (radio y televisión), pretenden alegar para eludir la obligación de obtener autorización y el pago de la remuneración correspondiente, que como propietarios del soporte físico que contiene la obra pueden

usarlo de cualquier manera, con fundamento en disposiciones del derecho común relativas al derecho de propiedad.

72. El argumento olvida, en primer lugar, que los códigos civiles, si bien consagran a la propiedad como el derecho exclusivo de usar, gozar y disponer de una cosa, también imponen como límite las restricciones y obligaciones legales; en segundo lugar, que el adquirente del “*corpus mechanicum*” de la obra (es decir, del soporte físico) no tiene ningún derecho sobre la creación allí incorporada (“*corpus mysticum*”); y, en tercer lugar, que el derecho del autor es independiente de la propiedad del objeto que contiene la obra por lo que su adquisición no confiere al propietario derecho alguno de explotación, como el de comunicación pública, como fue visto en la unidad 3 de este mismo módulo.

73. Aunque la mayor parte de las sentencias recopiladas están referidas a la ejecución pública de obras musicales, los fundamentos de esas decisiones son aplicables, *mutatis mutandis* al de otras comunicaciones, como las efectuadas a partir de una grabación audiovisual o las realizadas en relación con un programa de computación mediante el acceso a él de una pluralidad de personas a través de redes a las cuales se conectan las estaciones de trabajo o los monitores; y también son orientadoras para los casos de retransmisión de emisiones de radiodifusión o de ejecución pública de fonogramas.

74. Veamos algunas situaciones específicas:

Ejecución pública a través de sinfonolas u otros aparatos reproductores de sonido.

75. La Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de Venezuela declaró válidas las tarifas fijadas por la entidad autoral SACVEN para el cobro por el uso de las obras musicales que administraba, mediante su ejecución a partir de aparatos de sonido en bares y otros establecimientos similares²⁰.

76. La Corte Suprema de Justicia de Chile, al debatirse si los vocablos “*presentación*” y “*ejecución*” solamente comprendían las comunicaciones en vivo o si también abarcaban las efectuadas a través de su comunicación mediante discos y equipos reproductores de sonido, resolvió:

²⁰ V.: ANTEQUERA PARILLI, Ricardo: “*La fijación de tarifas por las entidades autorales y el contencioso-administrativo*”. Ed. Diario de Tribunales-Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara. Barquisimeto, Venezuela, 1986.

“... ninguna de las acepciones que el diccionario de la lengua da a los términos ‘presentación’, ‘presentar’, ‘ejecución’ o ‘ejecutar’ excluye la posibilidad de que esas acciones, no puedan llevarse a efecto mediante medios mecánicos, pues mediante éstos se puede hacer manifestación de una cosa, ponerla en presencia de uno, o poner en obra una cosa abstracta como es una pieza musical”.

77. Concluyendo la sentencia así:

“... cuando la ley se refiere a la ejecución de piezas musicales, comprende también a las que se hacen por medios mecánicos o eléctricos”²¹.

Ejecución pública en bares y restaurantes: el atractivo para la clientela y el lucro indirecto.

78. La Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, en el juicio seguido contra un restaurante de Nueva York, sentenció:

“Las ejecuciones musicales que efectúa el demandado en su local, no las hace con afán caritativo hacia sus clientes. Ellas forman parte del ambiente en virtud del cual el público acude a ese local a comer y pagar un precio en el cual está incluida la música. Aunque es verdad que la música no es el único atractivo del restaurant, tampoco es la comida. El objeto por el cual se pone música en un restaurant, es para distraer al cliente con limitados poderes de conversación o satisfacer a aquél que no está acostumbrado a comer en silencio. Si la música no dejara utilidad, no sería utilizada. Si la deja, esta utilidad sale, en todo caso, del bolsillo del cliente”²².

79. La Corte Suprema de Justicia de Tucumán, Argentina, en fallo del 17 de diciembre de 1966, afirmó:

“... un negocio de bar no es un domicilio exclusivamente familiar sino que por el contrario, es un sitio público y es notorio que la instalación de un televisor en el mismo es hecho por su dueño para aumentar la afluencia de parroquianos e incrementar el rendimiento del negocio”²³.

²¹ Sentencia del 30 de diciembre de 1963 (Castaño G., Rafael. Recurso de queja).

²² Cfr.: ANTEQUERA PARILLI, Ricardo: “Consideraciones sobre el Derecho de Autor”. Ob. Cit. pp. 76-77.

²³ Cfr.: RODRÍGUEZ MIGLIO, Leandro D.: “Comunicación pública de radiodifusiones primarias mediante altavoz u otro procedimiento análogo”. Ob. Cit. p. 4.

Ejecución pública en medios de transporte.

80. El Juzgado de Primera Instancia en lo Civil No. 8 de Madrid, el 26-3-41, al dictaminar sobre la ejecución de obras por medio de gramolas en un buque de pasajeros, sentenció:

“Siempre resultará que, constituyendo la ejecución musical uno de los varios elementos del confort de que la Compañía rodea a su clientela, influye en las condiciones de atracción de pasajeros a los barcos, representando una ventaja notoria respecto a otras empresas competidoras, que no cuentan con ese motivo de estímulo, al que por tanto ha de atribuirse una participación, siquiera sea imprecisa, ora en el precio del pasaje, ora -y esto es más indiscutible-, en el incremento de pasajeros”²⁴.

Ejecuciones públicas en salas de fiestas.

81. La Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala I de la República Argentina, en sentencia del 14-12-73, dijo:

“El responsable del hecho que la ley reputa infracción es, se recalca, el propietario del negocio que explota el salón para los fines indicados (sea o no a su vez el propietario del inmueble). No cabe la menor duda que forma parte de la atracción para dar fiestas la posibilidad de que haya música y para eso están el aparato que la reproduce y están los discos, careciendo de importancia que en algunos casos, como se ha probado testificalmente, se ejecute la que proporcionaban los clientes. Lo importante es que se lo hacía en el salón que, por lo dicho anteriormente y a los fines de la Ley, debe ser considerada ejecución pública de obras musicales sin autorización de los autores o derechohabientes”²⁵.

Ejecuciones públicas en festivales de música.

82. El Juzgado Octavo Civil de Valparaíso, Chile, ante la demanda introducida contra la Municipalidad de Viña del Mar por la ejecución de composiciones musicales en el famoso festival, sostuvo:

²⁴ Cfr.: MOLAS VALVERDE, J.: “Normas procesales de especialización en Propiedad Intelectual”. Ed. Nauta. Barcelona, 1968. pp. 76-77.

²⁵ Cfr.: “El Derecho”. Buenos Aires. Tomo 54. pp. 197-200.

“.. en cuanto al fin de lucro, entendido como toda forma de provecho o beneficio ... es un objetivo perseguido por la parte demandada al realizar anualmente los festivales de la canción; ya que como ella misma lo dice tienen por finalidad incentivar el turismo y el desarrollo comunal...”.

83. En orden a ese razonamiento, la sentencia consideró que el festival “*está afecto al pago de los derechos de autor y conexos por las ejecuciones públicas de música habida durante los eventos realizados*”²⁶.

Ejecuciones públicas por radiodifusión.

84. En Argentina, el asunto quedó resuelto en 1930, incluso respecto de los derechos de los artistas intérpretes, a pesar de que la ley vigente para la época no contemplaba expresamente el derecho de ejecución pública en favor del artista (pero sí en relación con el autor) y la Cámara Civil 1a. de la Capital Federal, el 28-10-30, ante la demanda promovida por Andrés Corsini, Carlos Gardel y José Razzano, resolvió que la adquisición de discos fonográficos no autorizaba su difusión por radiofonía sin el consentimiento de los intérpretes²⁷.

85. La Corte Suprema de Justicia chilena, en sentencia dictada el 5-10-99 reconoció la procedencia de la demanda introducida por la entidad autoral chilena SCD por la comunicación pública de su repertorio por medio de radiodifusión, desechando el argumento de la demandada según el cual la tarifa fijada por la entidad de gestión era inconstitucional, ilegal y arbitraria, al haberse fijado en un 1,5% de los ingresos brutos mensuales de cada estación que le pertenecía, pretendiéndose, siempre según la demandada, cobrar por actividades desarrolladas dentro de su giro social que nada tenían que ver con la ejecución de la música, como en los espacios informativos, deportivos y políticos. Dicha defensa fue descartada en la sentencia, al considerarse que:

“En este caso, lo que se busca es remunerar los derechos de autor y conexos por el uso de las creaciones intelectuales musicales, por tanto, la ley es legítima y justa y actúa dentro del marco de nuestro ordenamiento jurídico, presumiendo la racionalidad y constitucionalidad de la actuación del legislador; considerando para ello principalmente el alto porcentaje que en la programación de las radios ocupa ejecutar obras

²⁶ Cfr.: ANTEQUERA PARILLI, Ricardo: “La ejecución pública de obras grabadas” en el V Congreso Internacional sobre la protección de los Derechos Intelectuales. Buenos Aires, 1990. pp. 199-200.

²⁷ Cfr.: VILLALBA, Carlos y LIPSZYC, Delia: “Derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión”. Ed. Víctor P. de Zavalía. Buenos Aires, 1976. p. 79.

musicales como es público y notorio y el bajo monto porcentual de los derechos que se cobran”²⁸.

Ejecución pública mediante la colocación de altavoces o televisores en lugar público.

86. La Cámara Civil de Rosario, Argentina, en fallo del 9-2-77, dictaminó:

*“El derecho de autor que abonan las emisoras de televisión, llamado derecho de antena, es independiente del que corresponde abonar por la utilización en público de dicha emisión, que constituye una retransmisión pública”*²⁹.

Ejecución pública en las habitaciones de hoteles.

87. El Juzgado Noveno Civil de Santiago de Chile, en sentencia del 14-7-88, resolvió:

*“... debe ser rechazada la pretensión de la demandada de que en el caso de ejecutarse música en su establecimiento esa ejecución no sería pública pues se efectuaría en las habitaciones que son recintos privados, porque, además de haber quedado demostrado que la ejecución también se efectúa en los pasillos y en el lobby, el art. 47 de la Ley 17.336 establece que para los efectos de esta Ley, no se considerará comunicación ni ejecución pública, inclusive tratándose de fonogramas, su utilización dentro del núcleo familiar, en establecimientos educacionales, de beneficencia u otras instituciones similares, siempre que esta utilización se efectúe sin ánimo de lucro, y en ninguna de esas entidades puede incluirse un hotel”*³⁰.

88. En igual orientación existe una rica jurisprudencia europea³¹, que apunta al mismo sentido y de la cual merece citarse la sentencia francesa en el caso “*Hilton France c. SACEM*” (18-9-74), en la cual se dijo que los clientes del hotel -que él no

²⁸ Sentencia del 5/10/99. Rol C-3216-93. Sociedad Chilena del Derecho de Autor (SCD) c/ Compañía Chilena de Comunicaciones S.A.

²⁹ Cfr.: RODRÍGUEZ MIGLIO, Leandro D.: “Comunicación pública de radiodifusiones primarias mediante altavoz u otro procedimiento análogo”. Ob. Cit. pp. 3-4.

³⁰ Cfr.: ANTEQUERA PARILLI, Ricardo: “La ejecución pública de obras grabadas”. Ob. Cit. p. 202.

³¹ V.: MICHINEL ÁLVAREZ, Miguel Ángel: “Distribución por cable y derecho de autor”, en Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor. Ed. Marcial Pons. Tomo XVI. Madrid, 1994-1995. pp. 299-300.

elige ni recibe gratuitamente-, constituyen un público en el sentido de la ley y, por tanto, no son un “círculo de familia” a los efectos del límite al derecho de explotación recogido en esa legislación³².

Ejecución pública y carga de la prueba.

89. La Casación Chilena, ante la demanda intentada por la entidad autoral SCD y el argumento de la demandada (discoteca donde se ejecutaba música), por el cual era dicha sociedad quien debía probar que en el local bailable se usaban obras del repertorio musical administrado por ella, sentenció:

“... incumbe probar al que sostiene una proposición contraria al estado normal u ordinario de las cosas de modo que, si como sucede en la especie, se encuentra demostrado que la demandada explota una discoteca donde se difunde música bailable contemporánea, lo normal, corriente u ordinario será que dichas obras estén incorporadas al repertorio de la SCD, pues eso sucede con la generalidad de los opus y, por el contrario, las obras del patrimonio cultural común, a que alude el artículo 11 de la ley 17.336, son absolutamente excepcionales y corresponden, básicamente a creaciones folclóricas o cuyo plazo de protección se encuentra cumplido...”³³.

Comunicación pública y autorización previa.

90. La Corte Suprema de Justicia de Colombia, en sentencia No. 80 de su Sala Plena, del 2/1/82, declaró conformes con la Constitución de ese país los artículos 160 y 161 de la ley nacional, el primero de los cuales ordenaba a las autoridades administrativas a abstenerse de autorizar la realización de espectáculos o audiciones públicas cuando el responsable no presentara el programa acompañado de la autorización de los titulares de derechos de autor o de sus representantes; y el segundo, también una orden a las autoridades para no expedir licencias de funcionamiento a aquellos establecimientos donde se ejecutaran obras musicales, si los peticionarios no presentaban el comprobante de haber pagado los correspondientes derechos de autor³⁴.

³² Idem. p. 300.

³³ Sentencia del 15/1/2001. Rol 2.293. Sociedad Chilena del Derecho de Autor (SCD) c/Sociedad Torres y Compañía Limitada.

³⁴ Cfr.: PLAZAS, Arcadio: “*Estudio sobre Derecho de Autor*” (reforma legal colombiana). Ed. Temis. Bogotá, 1984. p. 179.

VIII

EL DERECHO DE TRANSFORMACIÓN

91. Conforme a los artículos 8 y 12 del Convenio de Berna, los autores de obras literarias y artísticas gozan del derecho exclusivo de hacer o autorizar traducciones, adaptaciones, arreglos y otras transformaciones de sus obras.

92. Ese derecho de transformación, como los demás que conforman el derecho patrimonial, se extingue transcurrido el plazo de protección, de manera que el autor de una obra derivada (traducción, arreglo, adaptación) basada en otra caída en el dominio público, no puede oponerse a que terceros traduzcan, adapten, modifiquen o compendien la misma obra originaria, siempre que sean trabajos originales distintos del suyo.

93. Las características de las obras “*derivadas*”, así como los distintos aspectos que plantean su autoría y titularidad, fueron objeto de análisis en las unidades 1 y 2 de este mismo módulo y a las cuales nos remitimos.

IX

EL DERECHO DE IMPORTACIÓN

94. No existe consenso en la legislación comparada para reconocer de modo expreso un derecho de importación, no de los ejemplares producidos en forma ilícita (pues por sí mismos infringen el derecho de reproducción), sino sobre el ingreso en un territorio de ejemplares autorizados por el titular del derecho para otro país.

95. La situación fue muy discutida durante los Comités de Expertos convocados por la OMPI con miras a lo que en 1996 se aprobó como nuevo Tratado sobre Derecho de Autor (y nuevo Tratado sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas), pero la falta de consenso aconsejó que el asunto quedara librado a las leyes nacionales.

96. En América Latina ese derecho figura de modo expreso en algunos textos (Ecuador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Paraguay), pero también se deduce de otros en los cuales los efectos de un contrato de cesión de derechos o de licencia de uso se limitan al “*ámbito territorial*” convenido (Brasil, Ecuador, El Salvador, España, Guatemala, Honduras, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana), como ya fue visto.

97. En cuanto al derecho de importación, comenta la Oficina Internacional de la OMPI:

“... los derechos conferidos en virtud del Convenio de Berna se han interpretado siempre como derechos territoriales, es decir, derechos que existen separada e independientemente y que varían de un país a otro. Por consiguiente, es evidente que el mero hecho de que un acto determinado (por ejemplo, la reproducción), cuya ejecución requiere la autorización del autor según la ley de un país, haya sido autorizado por el autor en ese país, no hace que la ejecución de dicho acto (o de cualquier otro) sea legítimo en otro país Parecería pues que, a los efectos de una aplicación apropiada del principio de la territorialidad del derecho de autor con respecto a uno de los derechos básicos, el derecho de reproducción, es necesario contar con disposiciones que expliquen que sin autorización del titular del derecho de autor, la importación de ejemplares de una obra a un país para su distribución en el mismo constituye una infracción”.³⁵

X

DISPOSICIONES COMUNES A LOS DERECHOS MORALES Y PATRIMONIALES

Generalidades.

98. Aunque algunas leyes ubican los derechos a estudiarse en este Capítulo entre los de orden moral (como el de acceso a la obra) o entre los patrimoniales (el de colocar dispositivos técnicos de autotutela), son facultades de “defensa”, tanto para el respeto de los derechos morales como de los de explotación y, por tanto, serán tratados como facultades comunes a ambos derechos, como figura por ejemplo en el reglamento de la ley dominicana.

El derecho de acceso.

99. Como una facultad de defensa, algunos textos (España, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Venezuela, así como República Dominicana por vía reglamentaria), consagran el derecho del autor a acceder al ejemplar que contiene su obra, aun cuando dicho soporte pertenezca a un tercero.

100. El ejercicio de esa facultad puede estar dirigido a velar por el respeto al derecho moral (v.gr.: para verificar que el soporte material que contiene la obra de

³⁵ V.: Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI): “Derecho de Autor”. Año IV. No. 4. Ginebra, 1992. pp. 72-73.

arte o la partitura original de una musical, no han sido mutilados) o para hacer efectivo el derecho patrimonial, por ejemplo, para la fijación fotográfica necesaria de una pintura, con miras a su publicación en un libro.

101. Aunque para la mayoría de los ordenamientos este derecho de acceso puede únicamente invocarse cuando se trate de un ejemplar “*único*” (Panamá) o también “*raro*” de la obra (España, Nicaragua, Paraguay, Perú, República Dominicana), la ley venezolana no restringe el acceso al ejemplar “*único o raro*” sino a cualquier soporte material que la contenga.

102. En todo caso, el derecho de acceso debe ejercerse en la forma que mejor convenga a los intereses del autor y del propietario del objeto (o “*en el lugar y forma que ocasionen menos incomodidades al poseedor*”), de modo que no procedería si existieran otros ejemplares de acceso público (como libros de venta en las librerías) o si se trata de una pretensión caprichosa, no dirigida a ejercitar alguno de los derechos morales o patrimoniales.

103. A falta de disposición especial en la ley autoral y como quiera que ese acceso puede resultar indispensable, sea para la defensa de los derechos morales (inalienables e irrenunciables) o bien para al ejercicio del derecho exclusivo de explotación, el mismo podría invocarse acudiendo a las normas del derecho común, inclusive por medio del sistema cautelar.

El derecho de colocar dispositivos técnicos de autotutela.

104. El tema de los medios técnicos de autotutela y el “*entorno digital*”, será estudiado en la unidad 8 de este módulo al cual nos remitimos.

105. Baste señalar, por el momento, que el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA) y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (TOIEF), comprometen a los países miembros a proporcionar una protección jurídica adecuada contra la acción de eludir las medidas tecnológicas efectivas, utilizadas por los autores (y, en su caso, por los intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas), en relación con el ejercicio de sus derechos y que, respecto de sus obras (o interpretaciones o ejecuciones y producciones), restrinjan actos que no hayan sido autorizados.

106. Por esa razón, ya varias legislaciones latinoamericanas han consagrado el derecho del autor a implementar o a exigir que se implementen para la reproducción o la comunicación de su obra, mecanismos, sistemas o dispositivos de autotutela con el fin de impedir toda utilización no autorizada (Perú) o han tipificado como ilícita la acción de soslayar o alterar esos medios técnicos de autoprotección o de

fabricar o importar aparatos destinados a esa infracción (Brasil, Ecuador, Honduras, Nicaragua, Paraguay, Perú y República Dominicana, así como Costa Rica mediante ley especial de observancia de los derechos de propiedad intelectual), a veces solamente en relación con las señales codificadas y los programas de cómputo (México).

Módulo

II

*Parte general
sobre derecho
de autor*

UNIDAD 5

LOS LÍMITES AL DERECHO EXCLUSIVO DE EXPLOTACIÓN Y LA DURACIÓN DEL DERECHO PATRIMONIAL

Generalidades – Las utilizations sujetas a remuneración: las licencias no voluntarias, el derecho de remuneración por reproducciones reprográficas de uso personal y la remuneración por copia privada de grabaciones sonoras y audiovisuales – Las utilizations libres y gratuitas: los límites permitidos en el Convenio de Berna - Otras utilizations libres y gratuitas conforme a los usos honrados – Las limitaciones de orden público – La duración del derecho patrimonial y el ingreso de las obras al dominio público

I

GENERALIDADES

1. Ya se ha dicho que el autor tiene el derecho *exclusivo* de explotar su obra *por cualquier medio o procedimiento* salvo aquellas *excepciones* expresamente contempladas en la ley, de interpretación restrictiva, las cuales, conocidas como *limitaciones al derecho patrimonial*, pueden presentarse como:

- a. *Licencias no voluntarias*, de acuerdo a la ley aplicable y en concordancia con los casos permitidos por los Convenios Internacionales.
- b. Supuestos de excepción previstos en la ley donde el uso de la obra es libre, pero sometido al pago de una remuneración (*derechos de remuneración*).
- c. Usos libres y gratuitos, bajo el cumplimiento de los “*usos honrados*” los cuales, conforme al artículo 9,2 del Convenio de Berna (por lo que se refiere al derecho de reproducción) y a los artículos 13 del Acuerdo sobre los ADPIC y 10 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, TODA (en relación con todos los derechos mínimos previstos en dichos instrumentos)¹, deben cumplir con la “*regla de los tres pasos*” (o de los “*tres niveles*”), a saber:
 - i. Que se trate de supuestos específicamente determinados por la ley y que por ser excepciones a un derecho en principio exclusivo e ilimitado, deben ser interpretados en forma restrictiva;
 - ii. Que no atenten contra la explotación normal de la obra; y,
 - iii. Que no causen un perjuicio injustificado a los legítimos intereses del autor.

2. Finalmente, está la limitación del derecho patrimonial en razón del tiempo, pues se trata de un derecho exclusivo de carácter *temporal*.

3. No analizaremos aquí el “*droit de suite*”, a estudiarse en la unidad 1 del módulo III, ni tampoco las limitaciones específicas aplicables a los programas de ordenador (“*software*”), que se tratarán en la unidad 3 del mismo módulo.

¹ En el mismo sentido, el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, TOIEF (art. 16), la Decisión 351 de la Comunidad Andina de Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos (art. 21) y el Tratado del Grupo de los Tres (G3) entre Colombia, México y Venezuela (art. 18-04,4).

II

LAS UTILIZACIONES LIBRES SUJETAS A REMUNERACIÓN

Las licencias no voluntarias.

4. Se entienden como *licencias no voluntarias* las que, por vía de excepción, establecen algunas legislaciones en relación con determinadas utilidades que en principio forman parte del derecho exclusivo del autor de autorizar o prohibir, pero donde esa facultad es sustituida por el derecho solamente de exigir el pago de una remuneración equitativa al explotador de la obra.

5. Apunta Lipszyc que dichas licencias deben cumplir los extremos siguientes:

- a. Pueden conferir únicamente un derecho *no exclusivo*.
- b. Son intransferibles.
- c. Deben respetar el derecho moral del autor.
- d. Debe asegurarse el derecho del autor a recibir una remuneración equitativa mediante la figura de tarifas o bien instituyendo una instancia judicial o arbitral encargada, en caso de que las partes no lleguen a un acuerdo amistoso.
- e. Sus efectos se limitan al país que las ha establecido ².

6. Las *licencias no voluntarias* pueden adoptar dos modalidades distintas (a elección de cada legislación nacional), a saber:

- a. Las *licencias obligatorias*, en las cuales por mandato legal la autorización para el uso de la obra debe concederla necesariamente la autoridad nacional competente (o, si la legislación lo permite, la sociedad de gestión colectiva), para determinados casos (siempre de interpretación restrictiva) y en las condiciones definidas por la ley.³
- b. Las *licencias legales*, donde la autorización es concedida directamente por la ley, igualmente en casos especiales para usar la obra por un modo determinado y, como en las licencias obligatorias, mediante el pago de una remuneración ⁴. A diferencia de las *licencias obligatorias* (en las que debe solicitarse la autorización respectiva ante la autoridad o entidad competente), en las

² V.: LIPSZYC, Delia: “Derecho de Autor y Derechos Conexos”. Ob. Cit. pp. 240-241.

³ V.: Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI): “Glosario de derecho de autor y derechos conexos” Ob. Cit. Voz 50, p. 51.

⁴ Idem. Voz 224, p. 229 y Voz 50, p. 51.

licencias legales dicho permiso es otorgado por la ley, sin necesidad de previa solicitud de concesión o de notificación alguna.

7. El régimen de *licencias no voluntarias* está permitido por el Convenio de Berna solamente en dos situaciones, a saber:

- a. Para las grabaciones musicales.
- b. Para la radiodifusión, la distribución de programas radiodifundidos y/o para la comunicación pública de obras emitidas por radiodifusión.

8. En ninguno de los dos casos se trata de licencias directamente aplicables en los países miembros sino cuando así lo establezca la ley, ya que es una facultad diferida por el Convenio a los legisladores nacionales, quienes pueden optar o no por ese sistema en uno o en varios de los dos supuestos permitidos convencionalmente.

9. La *licencia no voluntaria* prevista en el artículo 13,1 del Convenio de Berna, remite a los legisladores nacionales la posibilidad de permitir la grabación de una obra musical (incluso con la letra, si el autor de esta última ha autorizado su uso con la música), a condición de que una grabación inicial ya haya sido efectuada con el consentimiento de los autores, de modo que, a través de la licencia, puedan hacerse otras grabaciones de la misma obra sin necesidad de una nueva autorización, siempre bajo los requisitos apuntados en el párrafo 5.

10. La *licencia no voluntaria* contemplada en el artículo 11bis 2 del Convenio de Berna puede concederse (reunidas las condiciones mencionadas en el párrafo 5 y si así está contemplado en la ley aplicable), en cualquiera de los supuestos de utilización a que se refiere el párrafo 1 del art. 11 bis del mismo Convenio (ya estudiados en la unidad 4 de este módulo), es decir:

- a. Para la radiodifusión de las obras por cualquier medio que sirva para difundir sin hilo los signos, los sonidos o las imágenes;
- b. Para la comunicación pública por hilo o sin hilo de las obras radiodifundidas, cuando esta comunicación sea efectuada por un organismo distinto del de origen; y/o,
- c. Para la comunicación pública mediante altavoz o por cualquier otro instrumento análogo transmisor de signos, de sonidos o de imágenes de la obra radiodifundida.

11. Es posible que una ley interna prevea la licencia para una o varias de las situaciones explicadas en los dos párrafos precedentes o para todas ellas.

12. Como indica la *Guía del Convenio de Berna*, se admite generalmente la adopción del sistema de licencias cuando surgen dificultades insuperables que imponen, en algunos o en todos los casos admitidos convencionalmente, una reglamentación global y autoritaria⁵.

13. Ninguna de las legislaciones latinoamericanas ha adoptado el sistema de *licencias no voluntarias*, para las grabaciones musicales ni para los derechos a que se refiere el artículo 11 *bis* 1 del Convenio de Berna, razón por la cual en todos los países del área y en relación con esos derechos los autores conservan la facultad exclusiva de autorizar o prohibir tales modalidades de utilización.

14. A su vez, la Convención Universal de Derecho de Autor contempla una *licencia no voluntaria de traducción* (art. V,2), también diferida a los legisladores nacionales, con el fin de restringir el derecho exclusivo del autor de autorizar o no la traducción de su obra, previo el cumplimiento de los requisitos siguientes:

- a. La licencia es no exclusiva e intransferible.
- b. Deben transcurrir siete años sin que la obra haya sido traducida al idioma del país que otorga la licencia o estén agotadas las ediciones publicadas en ese idioma.
- c. El solicitante de la licencia debe ser nacional del país donde se solicita la licencia.
- d. Dicho solicitante ha de demostrar que tramitó la autorización del titular del derecho y que no lo pudo localizar o no pudo obtener de él una licencia voluntaria para la traducción.
- e. También debe acreditar que envió la solicitud de licencia al editor de la obra mencionado en los ejemplares de la misma, a través del respectivo representante diplomático o consular.
- f. La licencia *no voluntaria* debe otorgarse a cambio del pago al titular del derecho de una remuneración equitativa, conforme a los usos internacionales, así como su envío a ese titular.
- g. La licencia se limita al territorio del país en que, conforme a su ley, se haya concedido.
- h. El licenciataria debe garantizar una correcta traducción de la obra.

⁵ OMPI: “*Guía del Convenio de Berna*” (autor principal: Claude Masouyé). Ginebra, 1978. p. 83.

15. En América Latina, aunque tres países prevén esa *licencia no voluntaria* (Colombia, Panamá y República Dominicana), su posibilidad de aplicación es mínima, ya que los tres pertenecen al Convenio de Berna, al tiempo que la Convención Universal no es aplicable en las relaciones entre los Estados ligados por el Convenio de Berna en cuanto a la protección de las obras que, de acuerdo con este último, tengan como país de origen uno de los países de la Unión de Berna⁶.

16. Finalmente, tanto el Anexo al Convenio de Berna para los países en desarrollo, como los artículos V *bis* a V *Quater* de la Convención Universal, permiten a estos países, bajo las condiciones allí indicadas, el otorgamiento de *licencias no voluntarias* de traducción o reproducción de obras para la enseñanza o la investigación, pero tomando en cuenta la preeminencia del Convenio de Berna sobre la Convención Universal, ninguno de los países latinoamericanos (con la excepción de Cuba), declaró acogerse a ese beneficio en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión al Convenio, en los términos del párrafo 1 del artículo I del Anexo a dicho instrumento.

El derecho de remuneración por reproducciones reprográficas de uso personal.

17. Se entiende por reproducción reprográfica todo sistema que permita la reproducción en facsímil de escritos u otras obras gráficas⁷, como en las fotocopias, los microfilmes y las fotografías de obras impresas.

18. Ahora bien, debe recordarse que de acuerdo al artículo 9,1 del Convenio de Berna, el autor tiene el derecho exclusivo de autorizar la reproducción de su obra “*por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma*” y que el artículo 9,2 *eiusdem* faculta a las leyes nacionales para establecer ciertas excepciones a ese derecho exclusivo, pero bajo el cumplimiento de la “*regla de los tres pasos*” que conforman los “*usos honrados*” analizados *supra*.

19. Esa posibilidad de excepciones al derecho de reproducción fue concebida (en las duplicaciones para uso personal), en función de aquellas que con fines investigativos, de aprendizaje o esparcimiento personales podían efectuarse por medios muy limitados, por ejemplo, “*a mano*” o con una máquina de escribir.

20. En ese contexto, se estimaba que tales reproducciones para uso personal eran “*benignas*”, porque no atentaban contra la explotación normal de la obra ni causaban un perjuicio injustificado a los legítimos intereses de los autores.

⁶ V.: LIPSZYC, Delia: “*Derecho de Autor y Derechos Conexos*”. Ob. Cit. pp. 768-769.

⁷ OMPI: “*Glosario de derecho de autor y derechos conexos*”. Ob. Cit. Voz 224. p. 229.

21. Sin embargo, la popularización de la fotocopiadora planteó nuevos problemas, no sólo porque esa tecnología facilitaba la copia rápida, múltiple y hasta completa de obras protegidas, sino también porque se pretendió extender la interpretación del concepto de “*uso personal*” al de “*uso privado*”, lo que ampliaba injustificadamente la excepción al derecho de reproducción (de interpretación restrictiva) y, en consecuencia, permitía una duplicación mucho más amplia de las reproducciones libres y gratuitas admitidas por la ley⁸.

22. Sobre el particular comenta Colombet que la copia no puede estar destinada a su utilización colectiva, lo que lleva a condenar las prácticas de empresas, asociaciones o sindicatos que hacen de las reproducciones múltiples de una obra, un uso ciertamente privado pero con un destino colectivo, ya que con esa amplia excepción se podría perjudicar gravemente a los autores⁹.

23. También ese sentido, ya el Informe de la Conferencia Diplomática que aprobó la Revisión de Estocolmo (1967), contenía una declaración interpretativa del artículo 9,2 del Convenio, cuando afirmó:

*“Si se considera que la reproducción es contraria a la explotación normal de la obra, el paso siguiente consistiría en determinar si causa o no un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor. Únicamente si ello no ocurre sería posible, en ciertos casos, admitir un licencia obligatoria o establecer una utilización sin remuneración. Un ejemplo práctico puede ser el de la fotocopia para diversos fines. Si consiste en la producción de un número muy grande de copias, no puede permitirse porque es contraria a la explotación normal de la obra. Si supone un número relativamente crecido de copias para uso en empresas industriales, puede no causar un perjuicio injustificado a los intereses del autor siempre que, conforme a la legislación nacional, se pague una remuneración equitativa...”*¹⁰.

24. Ya para el 2000, los expertos estimaban que por lo menos 300 mil millones

⁸ Es de hacer notar que mientras la “*utilización personal*”, conforme al Glosario de la OMPI, “*consiste en hacer, en un solo ejemplar, una reproducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra de otra persona, exclusivamente para el propio uso individual*” (Ob. Cit. Voz 181, p. 185, hemos destacado), el “*uso privado*” es “*la realización de una reproducción, traducción, adaptación u otra transformación de la obra, en uno o varios ejemplares (copias), no exclusivamente para uso individual de una sola persona, como en el caso de la llamada ‘utilización personal’, sino para fines comunes de un determinado círculo de personas*” (Voz 194, p. 198, hemos destacado). Definiciones similares figuran en varias legislaciones nacionales.

⁹ V.: COLOMBET, Claude: *Grandes principios del derecho de autor y los derechos conexos en el mundo*. Ob. Cit. p. 67.

¹⁰ Cfr.: OMPI: “*Comentarios al proyecto de disposiciones tipo para leyes en materia de derecho de autor*”. Documento CE/MPC/I/2-III. Ginebra, 1989. p. 24.

de páginas de obras protegidas se fotocopiaban anualmente en el mundo, lo que a un promedio de 200 páginas por libro significaban 1.500 millones de ejemplares¹¹.

25. De allí que muchos ordenamientos, cuando han legitimado esa clase de copias las han restringido a las de “*uso personal*” y en “*un solo ejemplar*” (Colombia, Costa Rica, El Salvador, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Perú, República Dominicana, Venezuela), en algunos casos limitadas a breves fragmentos de la obra o a obras agotadas y a las realizadas por el propio interesado con sus propios medios (o incluso únicamente en copia escrita a máquina, como en Costa Rica), en todos ellos siempre sin fines de lucro y sin perjuicio de la remuneración equitativa prevista en algunos de esos textos, como se tratará a continuación¹².

26. El efecto multiplicador que ha significado el fotocopiado masivo de las obras hace decir a Torres que esas copias, aunque sean para uso personal, ya no constituyen una razón valedera para restringir el ejercicio del derecho de reproducción, ya que las mismas han logrado sustituir a los ejemplares destinados a su circulación y distribución en el mercado¹³, lo que confirma Lipszyc al afirmar que:

“... no es posible seguir considerando que las actividades privadas de reproducción son una ‘excepción’ a alguno de los derechos fundamentales de que goza el autor” (pues) “el efecto acumulativo de todas las actividades individuales de reproducción es, como ya vimos, tan grande, que éstas se han convertido en una forma normal de explotar la obra que, como tal, no puede ser más gratuita”¹⁴.

27. Pero sería ilusorio pensar que el autor, efectivamente, pudiera ejercer el derecho exclusivo de autorizar o prohibir las reproducciones reprográficas de su obra realizadas para uso personal, ante la imposibilidad de su control, razón por la cual muchas leyes han consagrado una remuneración equitativa para los casos en que esté permitida la reproducción reprográfica para esa utilización, sin el consentimiento del autor pero con el pago de una contraprestación.

¹¹ V.: TORRES, Mónica: “*La gestión colectiva del derecho de reproducción en otras categorías de obras (distintas de las musicales) – la reprografía de obras impresas bajo licencia*”. OMPI-SGAE/DA/COS/00/22^a. Séptimo Curso Académico Regional de la OMPI sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para países de América Latina. San José, Costa Rica, 2000, p. 7.

¹² Otras leyes como las de Argentina, Bolivia, Chile, Guatemala y Paraguay, ni siquiera legitiman la copia realizada por el propio interesado y para su uso personal.

¹³ V.: TORRES, Mónica: “*El régimen de la remuneración equitativa de la copia para uso personal de las obras impresas y su transponibilidad o no al entorno digital*”. Documento OMPI/SGAE/DA/COS/00/25b. Séptimo Curso Académico Regional de la OMPI sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para países de América Latina. San José, Costa Rica, 2000, p. 10.

¹⁴ V.: LIPSZYC, Delia: “*La piratería de obras escritas y la reprografía*”, en el libro-memorias del III Congreso Internacional sobre la protección de los Derechos Intelectuales. Lima, 1988. p. 111.

28. En América Latina, ese derecho de remuneración aparece, con diversos matices y variantes, en las leyes de Ecuador, México, Paraguay, República Dominicana y Venezuela, aunque en algunas de ellas sujeto a desarrollo reglamentario (Paraguay, República Dominicana).

29. El sistema más común consiste en aplicar esa remuneración en función de los equipos, aparatos, materiales y soportes idóneos para realizar la reproducción, de modo que no es pagada directamente por el público, sino por los fabricantes o importadores de esos equipos o materiales y, en algunos textos, también por los operadores de equipos que prestan el servicio de fotocopiado al público.

30. La tendencia más generalizada consiste también en confiar la recaudación y distribución de esa remuneración a las entidades de gestión colectiva constituidas para tal fin.

31. En cualquier caso, dicha remuneración no se dirige a legitimar la “piratería” (reproducción o distribución al público de copias ilícitamente reproducidas), sino a compensar al titular del derecho de reproducción por aquellas duplicaciones reprográficas para uso personal expresamente permitidas como excepción al derecho exclusivo del autor de autorizarlas o no, de manera que la reprografía con fines comerciales de obras protegidas o su distribución al público tipifica delito.

La remuneración por copia privada de grabaciones sonoras y audiovisuales

32. La producción fonográfica y audiovisual enfrenta también el fenómeno de la copia privada, el cual afecta severamente a los intereses patrimoniales de autores, artistas y productores, así como a todo el sector industrial y comercial que gira alrededor de la producción de los ejemplares autorizados.

33. Los avances tecnológicos han permitido la grabación y regrabación doméstica de fijaciones sonoras y audiovisuales y cada duplicación representa, en buena medida, un ejemplar menos que es puesto en el mercado; una “regalía” menos que perciben autores y artistas; y una menor posibilidad para que los productores recuperen su inversión y obtengan una ganancia, por disminuir el número de soportes originales que son comercializados.

34. Como en la reprografía para uso personal, la vía más apropiada para atenuar el perjuicio que ese fenómeno causa a autores, artistas y productores es la de instituir una remuneración sobre el precio de los aparatos de fijación o reproducción y de los soportes vírgenes, a pagar por fabricantes o importadores de tales materiales y recaudado y distribuido por entidades de gestión colectiva.

35. Tampoco aquí se trata de legitimar la “piratería”, sino atenuar el perjuicio causado a los titulares de derechos por las grabaciones sonoras o audiovisuales para uso personal o “doméstico” y no con miras a su distribución al público.

36. En América Latina, la remuneración compensatoria para esas grabaciones privadas o “domésticas” figura en las leyes de Ecuador, Paraguay y República Dominicana, aunque en las dos últimas sometidas a desarrollo reglamentario.

III

LAS UTILIZACIONES LIBRES Y GRATUITAS: LOS LÍMITES PERMITIDOS EN EL CONVENIO DE BERNA

El derecho de cita.

37. El derecho de cita (Convenio de Berna, art. 10,1) permite, por ejemplo, insertar uno o varios párrafos de una obra ajena (v.gr.: para ilustrar, defender o disentir de una tesis), sin autorización del autor ni pago de una remuneración.

38. Se trata de un mandato convencional, porque no es una facultad diferida a los legisladores nacionales, sino una limitación *iure conventionis*, sometida a las condiciones siguientes:

- a. Que la obra citada se haya publicado lícitamente con anterioridad, de modo que no puede citarse una obra inédita.
- b. Que la cita se haga conforme a los *usos honrados* indicados en el artículo 9,2 del mismo Convenio de Berna y ya estudiados *supra*. Por ello no sería lícita una cita que por su extensión o modo de hacerla facilite eludir la adquisición de ejemplares de la obra citada.
 - i. Algunos textos nacionales aclaran que las citas de fragmentos son lícitas siempre que las mismos no sean tantas y seguidas que razonablemente puedan considerarse como una reproducción simulada y sustancial, que redunde en perjuicio del autor de la obra de donde se toman (Colombia, República Dominicana) u otra fórmula similar (Costa Rica, México).
 - ii. Otros textos se refieren a “*cortos fragmentos de obras ajenas*” (Bolivia) o utilizan una frase equivalente (El Salvador).
 - iii. En todo caso, para apreciar la licitud o no de la cita, debe recordarse que la misma no puede atentar contra la explotación normal de la obra ni cau-

sar un perjuicio injustificado a los legítimos intereses del autor, conforme al principio de los “*usos honrados*”, ya explicados.

- c. Que la cita se haga en la medida justificada por el fin que se persigue, de manera que no serían lícitas las citas abusivas, caprichosas o innecesarias.
- d. Que se indique la fuente y el nombre del autor, si este nombre figura en la fuente (art. 10,3).

La publicación de textos oficiales.

39. Son textos oficiales las leyes, reglamentos, decretos, resoluciones, sentencias y otros instrumentos análogos los cuales podrían tener, por su forma de expresión, elementos de originalidad e invocar la protección por el derecho de autor.

40. Pero el Convenio de Berna reserva a las leyes nacionales (de modo que no es una limitación automática ni directamente aplicable), la facultad de determinar la protección que se concederá a los textos de orden legislativo, administrativo o judicial, así como a sus traducciones oficiales (art. 2,4).

41. Con vista de esa delegación, la mayoría de las leyes nacionales excluyen de la protección a dichas “*obras oficiales*”, por tratarse de normas o disposiciones en las cuales la comunidad tiene interés en que sean difundidas y de que esa difusión constituye, en alguna medida, una obligación del Estado, de modo que el reconocimiento de un derecho exclusivo sobre esos textos podría significar una limitante para su libre divulgación, tomando en consideración, además, que tales obras son “*creadas*” por órganos oficiales actuando en nombre del Estado.

42. Esa exclusión no impide establecer requisitos para considerar que la publicación del texto tiene valor oficial (Venezuela); se declare que aunque esas obras no son objeto de protección por el derecho de autor, su uso lícito deba hacerse “*sin perjuicio de la obligación de respetar los textos y citar la fuente*” (Paraguay, Perú); se opte por la titularidad de los derechos al Estado sobre las obras creadas por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones (Chile) o se le otorgue a dicho ente la “*propiedad*” sobre las mismas (Colombia); o se presuman cedidos a la entidad oficial correspondiente los derechos de explotación sobre las obras creadas por los funcionarios a su servicio en cumplimiento de sus obligaciones (República Dominicana).

43. Nada impediría, sin embargo, que ante la apropiación de una sentencia ajena como si fuera propia, por ejemplo, pudieran ejercerse contra el usurpador otras acciones en el marco del derecho común, invocando derechos de la personali-

dad (al nombre, al honor o a la reputación), en casos de apropiación de la paternidad o de atentados a la integridad de la obra o, incluso, según el caso en concreto, sobre la base del enriquecimiento sin causa o el aprovechamiento parasitario.

El uso de los discursos de interés público.

44. El artículo *2bis1* del Convenio de Berna también deja reservada a las legislaciones nacionales la posibilidad de excluir, total o parcialmente, la protección a los discursos políticos y a los pronunciados en debates judiciales.

45. No se trata de descartar la condición de “obra” a tales disertaciones pues de tener originalidad, calificarían entre las “*obras orales*” (Convenio de Berna, art. 2,1), sino permitir a las leyes una exclusión de la protección basada, como informa la “*Guía del Convenio de Berna*”, en el “*respeto de la libertad de información*”¹⁵.

46. Tampoco es una “*limitación automática*” sino una posibilidad diferida a los legisladores nacionales, de suerte que dicha excepción sólo puede invocarse cuando la ley ha hecho uso de esa facultad y dentro de los límites en ella previstos.

47. La excepción permitida puede ser total o parcial, vale decir, que sea totalmente libre el uso de esos discursos políticos o judiciales o que, simplemente, existan algunas excepciones al respectivo derecho de explotación, para legitimar ese uso sin autorización, por ejemplo, la reproducción o comunicación pública de dichas obras en los medios de comunicación social, que es la tendencia más generalizada en el derecho comparado latinoamericano.

48. Además, deben respetarse los derechos morales de paternidad del autor e integridad de su obra, reconocidos en el artículo *6bis* del mismo Convenio de Berna.

49. En todo caso, tampoco es una “*exclusión total*” de la protección, pues de acuerdo al artículo *2bis3* del mismo Convenio, el autor de dichos discursos políticos o judiciales conserva siempre el derecho exclusivo de reunirlos en una colección.

La utilización de conferencias, alocuciones y sermones pronunciados en público.

50. El artículo *2bis2* del Convenio de Berna igualmente reserva a los textos nacionales las condiciones para permitir el uso de las conferencias y otras obras de

¹⁵ Ob. Cit. p. 26.

similar naturaleza, pronunciadas en público y en la medida justificada por los fines de la información, a través de uno o varios de los siguientes medios:

- a. Reproducción por la prensa.
- b. Radiodifusión.
- c. Transmisión por hilo.
- d. Los previstos en el art. 11 *bis* 1 del Convenio, a saber:
 - i. La radiodifusión o cualquier otro medio de comunicación pública que sirva para difundir, sin hilo, los signos, los sonidos o las imágenes.
 - ii. La retransmisión por hilo de la obra radiodifundida.
 - iii. La comunicación pública por altavoces u otros instrumentos análogos de signos, sonidos o imágenes de la obra radiodifundida.

51. Pero aunque la ley aplicable haya hecho uso de una o varias de las limitaciones indicadas, queda siempre reservado el derecho exclusivo del autor de publicar sus conferencias o alocuciones en forma de colección (CB, art. 2 *bis* 3).

Utilizaciones como ilustración para la enseñanza.

52. El artículo 10,2 del Convenio de Berna difiere a las leyes nacionales (o a los arreglos particulares entre los países interesados), la posibilidad de permitir la utilización libre de obras para la enseñanza, con las condiciones siguientes:

- a. El uso debe limitarse a la “*ilustración*” con fines didácticos, de manera que, como lo aclara la *Guía del Convenio de Berna*, debe efectuarse en los establecimientos u otros centros escolares y universitarios, públicos o privados, pero la esfera de la investigación pura, queda excluida ¹⁶.
- b. Puede permitirse en la medida justificada para el fin perseguido (la “*enseñanza*”), por lo que no puede extenderse, por ejemplo, a conciertos “*benéficos*” para los fondos de la institución o a actos para el público en general.
- c. Debe realizarse conforme a los “*usos honrados*”, ya estudiados, lo que excluye, entre otras cosas, las utilizaciones con fines de lucro, directo o indirecto.

¹⁶ Idem. p. 69.

- d. Cumplidos los extremos anteriores, las utilizaciones que pueden ser permitidas, si así lo dispone la respectiva ley interna, son:
- i. Por medio de publicaciones, pero recordando los “*usos honrados*” debe advertirse que tal publicación (siempre restringida al ámbito del establecimiento educativo), no puede atentar contra la explotación normal de la obra ni causar un perjuicio injustificado a los intereses del autor.
 - ii. A través de emisiones de radio o televisión, lo que impone recordar nuevamente el principio de los “*usos honrados*” y las necesidades para el fin didáctico perseguido y no con otro objetivo.
 - iii. Mediante grabaciones sonoras o audiovisuales, con las mismas limitaciones precedentes.
- e. En cada utilización debe mencionarse la fuente y el nombre del autor, si éste aparece mencionado en la fuente (art. 10,3).

53. El desarrollo de la norma convencional no ha sido uniforme, pues en la mayoría de las leyes el uso libre para fines de enseñanza no solamente respeta los límites permitidos por el Convenio de Berna, sino que también somete esas utilizaciones a restricciones adicionales, especialmente para observar los “*usos honrados*” (El Salvador, Guatemala, Honduras, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Decisión 351 de la Comunidad Andina).

54. La restricción más adoptada establece que sólo pueden ser reproducidos por medios reprográficos, para la enseñanza o para la realización de exámenes en instituciones educativas y en la medida justificada por el fin perseguido, artículos o breves extractos de obras lícitamente publicadas, siempre que dichas copias no sean objeto de venta u otra transacción a título oneroso y que dichos actos no tengan directa o indirectamente fines de lucro.

55. Otro supuesto previsto en varias leyes y que se ampara en las previsiones del artículo 10,2 del Convenio de Berna, permite realizar la representación o ejecución de una obra en el curso de las actividades de una institución docente por el personal y los estudiantes de la misma, siempre que no se cobre por la entrada ni tenga algún fin lucrativo directo o indirecto y el público se integre exclusivamente por el personal y estudiantes de la institución o padres o tutores de alumnos y otras personas directamente vinculadas con las actividades del establecimiento educativo.

56. Pero la liberalidad de algunos textos excede los límites admitidos por el Convenio de Berna, cuando permiten la reproducción para fines de investigación o para el “*mejoramiento profesional*”.

Difusión de artículos de actualidad.

57. El Convenio de Berna (art. 10 *bis* 1), reserva igualmente a las leyes internas el permitir la difusión de:

- a. Artículos de actualidad de discusión económica, política o religiosa, y
- b. Obras radiodifundidas que tengan el mismo carácter, como los programas de opinión sobre temas de actualidad.

58. El Convenio admite que las leyes autoricen esa difusión mediante:

- a. La reproducción por la prensa.
- b. La radiodifusión.
- c. La transmisión por cable (hilo).

59. Las condiciones para que los textos internos permitan ese uso libre son:

- a. Que se indique claramente la fuente, siendo punible esa omisión conforme a la ley donde la protección se reclame.
- b. Que tales artículos ya hayan sido reproducidos en una publicación o colección periódica (defensa del derecho al inédito); o,
- c. Ya hayan sido radiodifundidos o transmitidos previamente (también como defensa al derecho moral de divulgación).

55. En todo caso, no se puede admitir esta limitación si el titular del derecho ha reservado expresamente la reproducción, radiodifusión o transmisión de la obra.

Reseñas de acontecimientos de actualidad.

60. Queda también reservada a las leyes internas la facultad de establecer las condiciones para la libre reseña de obras vistas u oídas durante un evento de actualidad (art. 10 *bis* 2), por ejemplo, los cuadros de una exposición que se inaugura o la música que acompaña a una manifestación pública, etc.

61. La finalidad de esta limitante, en la medida permitida por la respectiva legislación nacional, es la de facilitar el acceso a la información.

62. Las condiciones a que deben someterse los legisladores son:

- a. Que se trate de obras que efectivamente se hayan visto u oído durante el acontecimiento que se reseña.
- b. Que sean fijaciones o transmisiones hechas con ocasión de la difusión del acontecimiento y en la medida justificada por el fin informativo perseguido, de modo que no es aplicable cuando se exceden los “*usos honrados*” o si se trata de una explotación simulada de la obra, por ejemplo, la transmisión íntegra o sustancial del concierto musical que se reseña.
- c. Que la utilización permitida se limite a la realizada por medio de la fotografía o la cinematografía o a su transmisión por radiodifusión o por cable.

63. El artículo 10 *bis* 2 del Convenio de Berna, como en otros dispositivos que difieren a las leyes nacionales la posibilidad de establecer límites al derecho patrimonial, no habla de la “*libre utilización*” sino de que las leyes puedan fijar “*las condiciones*” para autorizar el uso, de modo que nada impide a las mismas permitir esos usos libres de la obra, pero sometidos a un derecho de remuneración o, simplemente, no establecer esa limitación al derecho exclusivo.

Las grabaciones efímeras.

64. El tema de las *grabaciones efímeras* debe partir del principio por el cual, salvo pacto en contrario, la autorización para la radiodifusión de una obra no se extiende a la de grabar la obra radiodifundida (Convenio de Berna, art. 11*bis* 3).

65. Se entiende por *grabación efímera* la fijación auditiva o audiovisual de una representación o ejecución o de una emisión de radiodifusión, realizada por un período transitorio por un organismo de radiodifusión utilizando sus propios medios y empleada en sus propias emisiones de radiodifusión¹⁷.

66. La posibilidad de que las legislaciones nacionales permitan sin autorización esas “*grabaciones efímeras*” figura en el artículo 11*bis* 3 del Convenio de Berna, bajo las condiciones siguientes:

- a. Es evidente que la emisión primaria debe estar autorizada, pues de lo contrario se atentaría contra el derecho de radiodifusión a que se refiere el artículo 11 *bis* 1 del mismo instrumento.

¹⁷ (OMPI): “*Glosario de derecho de autor y derechos conexos*”. Ob. Cit. Voz 102. p. 104.

- b. No puede aplicarse a las obras cinematográficas, porque las emisoras transmiten esas obras a partir de una fijación audiovisual que ya existe y entonces se trataría de una regrabación, no permitida en la norma.
- c. La grabación tiene que ser efímera, es decir, temporal, razón por la cual las leyes deben establecer un plazo para que la misma sea destruida como lo hacen las que permiten esta limitación (Ecuador, Guatemala, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Venezuela), algunas de ellas disponiendo que el radiodifusor estará obligado a destruirla o borrarla inmediatamente después de la última transmisión autorizada.
- d. La fijación debe ser realizada por la emisora por sus propios medios, de modo que no puede ser efectuada por terceros.
- e. La grabación sólo puede ser utilizada por el mismo radiodifusor para sus propias emisiones y no para su uso por otras estaciones.
- f. Nada impide que algunos textos limiten la retransmisión de la grabación efímera a una sola vez dentro del plazo establecido por la ley (Paraguay, Perú, Venezuela), del que se convenga (México) o inmediatamente después de su radiodifusión (Ecuador), o que la retransmisión pueda efectuarse por el número de veces estipulado en el contrato (República Dominicana).
- g. Las leyes pueden establecer que la reemisión de la grabación genere una remuneración adicional para el autor.
- h. También pueden los textos internos autorizar que por su excepcional carácter de documentación, la grabación se conserve en archivos oficiales.

67. Si la legislación no prevé la limitación motivo de estos comentarios, la grabación y la retransmisión quedan sometidas al derecho exclusivo del autor.

La reemisión simultánea, por cable, de una radioemisión.

68. La posibilidad de retransmitir por cable y en forma simultánea una emisión de radiodifusión no figura expresamente entre las disposiciones del Convenio de Berna relativas a posibles excepciones al derecho exclusivo de explotación.

69. Pero ella surge del artículo 11*bis*, 1, 2º, por el cual el autor tiene el derecho exclusivo de autorizar toda comunicación pública, por hilo o sin hilo, de la obra radiodifundida, “*cuando esta comunicación se haga por distinto organismo que el de origen*”.

70. Las retransmisiones por cable de las emisiones de radiodifusión fueron analizadas en la unidad anterior y serán motivo de comentarios adicionales en la unidad 7 de este mismo módulo.

IV

OTRAS UTILIZACIONES LIBRES Y GRATUITAS CONFORME A LOS USOS HONRADOS

71. Siempre bajo el principio de los “*usos honrados*”, ya explicados, muchos textos nacionales incorporan otras limitaciones al derecho exclusivo de explotación.

72. Como excedería los propósitos de este manual comentar todas las excepciones establecidas en cada ley interna, analizaremos brevemente las más comunes en América Latina.

Las comunicaciones en el “*ámbito doméstico*” o “*círculo familiar*”.

73. Por “*círculo doméstico*”, “*ámbito doméstico*” o “*círculo familiar*” se entiende el marco de las relaciones familiares en la casa de habitación que sirve como sede natural del hogar, razón por la cual se legitiman las comunicaciones efectuadas en esa esfera, precisamente por no ser públicas, siempre se realicen sin ningún ánimo lucrativo (Colombia, Chile, El Salvador, Guatemala, Honduras, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Venezuela).

74. El Tribunal Supremo de Casación de Italia (Criminal), en sentencia del 19-12-60, afirmó que la expresión “*círculo de familia*” se extiende a las personas amigas que tienen la costumbre de asistir o frecuentar la casa¹⁸.

75. Como se trata de las comunicaciones realizadas en el seno del hogar, la limitación que se comenta no se extiende a las reuniones realizadas en salas de fiestas u otras instalaciones similares, dado el carácter restrictivo de las excepciones al derecho exclusivo de explotación de la obra.

76. También el Tribunal de Orleans, en fallo del 16-10-56, consideró:

¹⁸ Cfr.: MOLAS VALVERDE, J.: “*Normas procesales de especialización en Propiedad Intelectual*”. Ob. Cit. p. 77.

“una audición puede ser pública, incluso, si ha sido dada en un local privado, cuando en éste se ha congregado un número suficiente de personas cuya reunión no cabe en el marco o círculo de su vida privada”¹⁹.

Ejecuciones públicas en ceremonias oficiales o religiosas.

77. También algunos ordenamientos legitiman, sin necesidad de autorización ni pago de remuneración, las comunicaciones efectuadas durante la celebración de ceremonias oficiales o religiosas (Ecuador, El Salvador, España, Panamá, Paraguay, Perú, Venezuela), siempre que:

- a. El público pueda asistir gratuitamente.
- b. Ninguno de los intervinientes obtenga un lucro específico por su intervención en el acto.

78. Las anteriores condiciones excluyen de la limitación a aquellas comunicaciones realizadas en actos oficiales o religiosos donde la entrada esté sometida a un pago (directo o indirecto) o los músicos, técnicos u otras personas obtengan algún provecho económico especial por participar en la ceremonia.

El uso de las obras para pruebas judiciales o administrativas.

79. La incorporación de esta limitación se discutió en la Conferencia Diplomática de Estocolmo para la Revisión del Convenio de Berna, en la cual se declaró que dicha excepción era admisible, siempre que se realizara *“en la medida justificada por el fin que se persiga”* y se armonizara con los *“usos honrados”*²⁰.

80. Entre las leyes que la contemplan están las de Brasil, Colombia, Ecuador, El Salvador, España, Guatemala, Perú, Panamá, Paraguay, República Dominicana y Venezuela, así como la Decisión 351 de la Comunidad Andina.

Excepciones de índole humanitaria.

81. Una limitación que se ha incorporado recientemente en algunos textos es la que permite la reproducción de una obra escrita en sistema *“braille”*, siempre que

¹⁹ Idem. p. 78.

²⁰ V.: ANTEQUERA PARILLI, Ricardo: *“Derecho de Autor”*. Ob. Cit. Tomo I, p. 467.

ya haya sido publicada lícitamente y la reproducción no tenga fines de lucro (Brasil, España, Nicaragua, Paraguay, Portugal).

82. Otras leyes incluyen, además, las comunicaciones públicas destinadas a invidentes u otros discapacitados, siempre que se pueda asistir a ellas gratuitamente y los participantes no obtengan ningún beneficio específico por su participación en el acto (Panamá).

Obras artísticas situadas en lugares públicos.

83. Algunas leyes permiten sin necesidad de autorización ni remuneración, la reproducción de obras de arte expuestas permanentemente en lugares públicos (parques, plazas, etc.) y, cuando se trate de obras arquitectónicas, la excepción queda restringida a la fachada exterior.

84. Limitaciones de esa naturaleza figuran en las leyes de Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, España, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

Reproducción limitada para preservación o sustitución de ejemplares en bibliotecas públicas.

85. El proyecto de disposiciones tipo de la OMPI para leyes nacionales en derecho de autor (Ginebra, 1989), recomendó incorporar una limitación por la cual se permite reproducir en forma individual, una obra por una biblioteca o archivo cuyas actividades no tengan directa ni indirectamente fines de lucro, cuando el ejemplar respectivo se encuentre en la colección permanente de la biblioteca o archivo y dicha reproducción se realice con los siguientes fines:

- a. Preservar el ejemplar y sustituirlo en caso de extravío, destrucción o inutilización; o,
- b. Sustituir, en la colección permanente de otra biblioteca o archivo, un ejemplar que se haya extraviado, destruido o inutilizado.

86. Esa limitación figura, por ejemplo, en las leyes de Colombia, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Perú, Ecuador, España, Nicaragua, Paraguay, Perú, República Dominicana y en la Decisión 351 de la Comunidad Andina.

Ejecución pública de grabaciones o transmisiones en comercio de electrodomésticos.

80. Muchos ordenamientos permiten sin autorización ni remuneración la comunicación pública de obras en los establecimientos de comercio, con únicos fines demostrativos para la clientela de equipos receptores, reproductores o de ejecución musical o para la venta de los soportes materiales lícitos que las contienen (Brasil, Chile, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Perú, Panamá, Paraguay, República Dominicana).

81. Pero no podría ampararse en esta excepción el comerciante que efectúa la demostración por medio de soportes ilícitos, procede a su fijación en los equipos u obtiene copias del original o de sus copias, lo que tipifica un delito, sea por el uso de materiales infractores y/o por reproducción no autorizada de una obra protegida.

Las comunicaciones realizadas dentro de las instituciones de enseñanza.

82. Esta comunicación pública autorizada debe tener propósitos didácticos, sin fines de lucro y en general destinada exclusivamente a los alumnos, a sus padres o representantes y al personal docente de la institución.

83. Con determinados matices entre unas y otras, la limitación anotada figura, por ejemplo, en las leyes de Brasil, Costa Rica, Chile, El Salvador, Guatemala, Honduras, Panamá y Perú, así como en la Decisión 351 de la Comunidad Andina.

La publicación de retratos.

84. Algunos textos nacionales autorizan la utilización del retrato de una persona sin el consentimiento de la persona retratada, siempre que se reúnan algunas condiciones (variables entre una ley y otra), por ejemplo, que el uso se relacione con fines científicos, didácticos o culturales en general, con hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieren desarrollado en público (Colombia, Costa Rica, Guatemala, Perú, República Dominicana, Uruguay).

Anotaciones de lecciones o clases.

85. También ciertos ordenamientos permiten sin autorización ni remuneración las anotaciones sobre conferencias, clases o lecciones impartidas en instituciones educativas por parte de los alumnos a quienes van dirigidas, pero en respeto a los

“*usos honrados*” queda prohibida su reproducción, entendida en este caso como la obtención de copias de tales anotaciones, excepción que con diferencias de estilo entre ellas aparecen, por ejemplo, en las leyes de Argentina, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, Guatemala, Perú y República Dominicana.

El fotocopiado de breves fragmentos de obras o de obras agotadas.

86. Como ya fue visto al tratar sobre la remuneración compensatoria por las reproducciones reprográficas, algunos textos legislativos permiten la reproducción reprográfica de breves fragmentos de obras protegidas o de obras agotadas, siempre que sean destinadas al exclusivo uso personal (El Salvador, Honduras, Panamá, Perú, Venezuela).

87. Recordemos que, conforme a muchas leyes nacionales y sin perjuicio de que esté permitida tal reproducción sin el consentimiento del autor, quede sometida a una remuneración equitativa.

V

LAS LIMITACIONES DE ORDEN PÚBLICO

88. Cuando se analizó en la unidad 1 de este módulo si la protección de las obras por el derecho de autor estaba condicionada a que no atentaran contra el orden público o las buenas costumbres, se aclaró que tal no era requisito para la protección, sino que las previsiones del artículo 17 del Convenio de Berna solamente permiten a los países miembros establecer limitaciones a su utilización, que no una exclusión de la tutela.

VI

LA DURACIÓN DEL DERECHO PATRIMONIAL Y EL INGRESO DE LAS OBRAS AL DOMINIO PÚBLICO

89. Como ya fue estudiado en la unidad 4 de este módulo, el derecho patrimonial es temporal, de modo que extinguido el plazo de protección la obra ingresa al dominio público (o al “*patrimonio cultural común*” como lo denomina la ley chilena) y su uso es libre, siempre que se respeten los derechos morales paternidad del autor y la integridad de la obra.

90. Esa temporalidad constituye, en consecuencia, una limitación en el tiempo al derecho de explotación de la obra.

91. La protección mínima del derecho patrimonial, conforme al Convenio de Berna, dura la vida del autor y cincuenta años *post-mortem* (art. 7,1), salvo en los casos de excepción en que dicho plazo se calcula, por ejemplo, a partir de la publicación o, en su defecto, de la realización de la obra, como en las obras cinematográficas (art. 7,2) o a los cincuenta años después que la obra ha sido accesible al público, como en las anónimas o seudónimas (art. 7,3), salvo que durante ese período el autor haya revelado su identidad.

92. Otro supuesto de duración mínima convencional menor al de la vida del autor y un tiempo después de su muerte, es el de las fotografías y las obras de arte aplicado, que no debe ser inferior al de veinticinco años a partir de aquel en que fueron realizadas (art. 7,4), aunque en lo que se refiere a las fotografías el artículo 9 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA), dispone que las partes contratantes no pueden aplicar el artículo 7,4 del Convenio de Berna, por lo que una vez que entre en vigencia dicho instrumento, los países miembros deberán reconocer a las obras fotográficas el plazo general de protección previsto para las demás obras literarias y artísticas.

93. Como se trata de una duración mínima, muchos países han aumentado el plazo *post mortem* de la tutela, por ejemplo, a 80 años (Colombia), 75 años (Guatemala, Honduras, México), 70 años (Brasil, Ecuador, Nicaragua, Paraguay, Perú y los países de la Comunidad Europea) o 60 años (Venezuela).

94. Aunque el principio general es que el ingreso de las obras al dominio público implica que su uso de allí en adelante es gratuito, algunos países han reconocido la figura del “*dominio público oneroso*”, por el cual su uso implica el pago de una contraprestación equivalente a la que genera la utilización de las obras en dominio privado, pero en este caso con destino a instituciones oficiales encargadas de la promoción de la cultura.

95. La naturaleza jurídica del “*dominio público oneroso*” (o “*dominio público pagante*” como se le denomina, por ejemplo, en Argentina), no es la de un derecho de autor (porque el Estado no puede arrogarse a perpetuidad la condición de heredero del autor ni de titular de los derechos sobre sus obras), sino de una “*contribución para-fiscal*” o de un “*tributo*” que puede imponer el Estado a determinadas actividades económicas que se realizan en su territorio²¹.

96. Los países latinoamericanos que han acogido esta figura son Argentina, Bolivia, Paraguay y Uruguay.

²¹ Sobre las teorías que tratan de explicar la naturaleza jurídica del dominio público oneroso y su tratamiento en la legislación comparada, véase a ÉMERY, Miguel Ángel: “*Propiedad Intelectual*” (Ley 11.723). Ed. Astrea. Buenos Aires, 1999, pp. 94-97; y a LIPSZYC, Delia: “*Derecho de Autor y Derechos Conexos*”. Ob. Cit. pp. 265-267.

Módulo

II

*Parte general
sobre derecho
de autor*

UNIDAD 6

LA TRANSMISIÓN DE LOS DERECHOS Y LA EXPLOTACIÓN DE LA OBRA POR TERCEROS

Generalidades - La transmisión de los derechos “*mortis causa*” - La transferencia por acto entre vivos - La cesión de los derechos patrimoniales y su naturaleza jurídica - Elementos y características de la “*cesión*” de los derechos de explotación - Las presunciones de cesión de los derechos patrimoniales o de explotación - Las licencias o autorizaciones de uso - Los principios interpretativos de los contratos.

I

GENERALIDADES

1. La particular composición del derecho de autor, integrado como se ha visto por facultades de orden moral y de carácter patrimonial, hace que las características y efectos de su transmisión sean distintos, según se transfiera el derecho a título universal, por causa de muerte, o a título singular, por acto entre vivos.

2. La diferencia fundamental entre ambas clases de transferencias se encuentra en que mientras los derechos morales se transmiten, en cuanto a su ejercicio (y a veces con ciertas limitaciones) a los herederos u otros causahabientes del autor, siendo inalienables e irrenunciables por el titular, los derechos de explotación, en cambio, sí son transmisibles por acto entre vivos, total o parcialmente.

II

LA TRANSMISIÓN DE LOS DERECHOS *MORTIS CAUSA*

3. El derecho patrimonial del autor es temporal, pues dura toda la vida del autor y un tiempo después de su muerte, como fue tratado en la unidad 5 de este módulo.

4. Por el contrario, el derecho moral es en varias legislaciones, como se estudió en su oportunidad, perpetuo, de manera que extinguido el derecho de explotación y caída la obra en el dominio público su uso es libre, sin perjuicio de la misión encomendada al Estado o a otras personas o instituciones para defender la paternidad del autor y la integridad de su obra.

5. El derecho de autor, en su complejo contenido (moral y patrimonial), es entonces transmitido a los herederos u otros causahabientes del autor conforme a las reglas sucesorales del derecho común, con las restricciones contenidas en la ley especial.

6. Pero podría preguntarse quiénes pueden transmitir por causa de muerte el derecho de autor sobre la obra y la respuesta se encuentra en identificar al causante y determinar si es titular originario -es decir, el propio creador-, o derivado -mediante cesión entre vivos, por efecto de la ley o, a su vez, por transmisión *mortis causa*-, a los efectos de establecer cuáles derechos ostenta sobre la obra, pues apenas serán esos los que podrá transferir en caso de muerte.

7. Así, por ejemplo, el autor transmitirá a su fallecimiento las facultades de defensa del derecho moral (en cuanto a aquellos derechos de orden personal que

sean transferibles a los causahabientes), así como el goce y el ejercicio del patrimonial, mientras que el cesionario del derecho patrimonial -titular derivado por acto entre vivos-, solamente podrá transmitir el contenido económico del cual sea titular.

8. Ahora bien, la transmisión del derecho de autor *mortis causa*, aunque constituye una sustitución absoluta de uno de los sujetos de la relación jurídica, también tiene características especiales respecto a la sucesión de otros derechos por causa de muerte, en particular por las consideraciones siguientes:

- a. La transferencia del derecho moral a los herederos u otros sucesores del autor en lo que se refiere a la paternidad e integridad de la obra, está referida a su ejercicio, es decir, a la defensa para que terceros no pretendan usurpar la autoría de la creación o efectuar transformaciones o mutilaciones capaces de atentar contra el valor cultural de la obra o la reputación de su creador. No podría entonces un heredero arrogarse la paternidad de la obra o lesionar su integridad.
- b. En cuanto al derecho de divulgación puede ser ejercido, salvo disposición legal expresa en contrario, por los causahabientes del autor, aun cuando la obra haya permanecido inédita en vida del creador, a menos que éste haya prohibido en vida su divulgación mientras la creación se encuentre en dominio privado, como lo tienen dispuesto varias legislaciones nacionales.
- c. En cuanto al derecho patrimonial de transformación, pueden los derechohabientes del autor, en virtud de la transmisión *mortis causa*, autorizar traducciones, arreglos, versiones y otras modificaciones de la obra. Sostener lo contrario impediría que la creación pudiera ser conocida a través de diferentes géneros o por otros públicos, en desmedro, no solamente de los legítimos intereses patrimoniales de los herederos u otros sucesores, sino de la propia fama del autor fallecido. Piénsese, por ejemplo, en una obra literaria que alcanzara el éxito después del deceso del creador y sus causahabientes se vieran impedidos de autorizar su traducción a otros idiomas o su adaptación, por ejemplo, a una obra escénica o a una producción cinematográfica.
- d. Pero dada la íntima interrelación existente entre el derecho patrimonial de transformación y el derecho moral de integridad, el ejercicio del primero por parte de los herederos debe cuidar porque la traducción, adaptación, arreglo, versión u otra transformación que autoricen, no atenten contra el decoro de la obra ni la reputación de quien en vida fue su creador.
- e. También por ello, las revisiones, actualizaciones y comentarios autorizados por los herederos -lo que es común, por ejemplo, en las obras didácticas-,

deben realizarse de tal manera que pueda distinguirse lo que constituye el contenido de la obra original, de los agregados o comentarios autorizados.

- f. En cuanto al derecho de retiro de la obra del comercio o de arrepentimiento, se extingue generalmente a la muerte del autor, como ya fue estudiado en la unidad 3 del módulo II.
- g. Cuando se susciten conflictos entre los herederos u otros sucesores del autor para el ejercicio de cualesquiera de los derechos de los cuales son titulares, la solución de la controversia estará confiada a la autoridad judicial, sin perjuicio de la facultad conciliatoria o arbitral que corresponda a la autoridad administrativa competente, en los términos que contemple la ley aplicable.
- h. Por lo que atañe a aquellos aspectos sucesorios no previstos en la ley especial son aplicables, en correspondencia con las particularidades propias del derecho autoral, las reglas generales sobre sucesión previstas en el derecho común.

III

LA TRANSFERENCIA POR ACTO ENTRE VIVOS

9. Las modernas legislaciones autorales, que recogen por mayoría la tendencia a considerar al derecho de autor como una disciplina autónoma y de particularidades propias -entre ellas su compleja estructura de derechos morales y patrimoniales-, se apartan del concepto de venta (aunque así se le denomine, por ejemplo, en la ley argentina¹), propio de los derechos de dominio, para designar a la transferencia de derechos por acto entre vivos y optan por la de “*transmisión del derecho de explotación*” (Italia) o de los “*derechos patrimoniales*” (México, Nicaragua); o acogen la de “*explotación de la obra por terceros*” (Paraguay, Perú, Venezuela), la “*transmisión y enajenación de los elementos patrimoniales del derecho de autor*” (Guatemala, Portugal) o la “*transmisión y los contratos de utilización*” (República Dominicana).

10. Pero sin perjuicio de lo anterior, muchas de esas leyes denominan al contrato por el cual se transmiten derechos patrimoniales, como una “*cesión*” de tales

¹ Sin embargo, Mouchet y Radaelli, comentando la ley argentina, señalan que la “*venta*”, en esa legislación, se refiere a la enajenación definitiva y total del derecho pecuniario, diferenciándola de la “*cesión*” (total o parcial) de ese derecho (V.: MOUCHET, Carlos y RADAELLI, Sigfrido: “*Derechos intelectuales sobre las obras literarias y artísticas*”. Ob. Cit. Tomo II, pp. 122-123). A pesar de tan calificada opinión, no se entiende cómo puede ser una “*venta*” si a pesar de esa “*enajenación definitiva y total*”, el autor conserva los derechos morales, inalienables e irrenunciables.

derechos (Brasil, Colombia, España, Ecuador, El Salvador, Francia, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Venezuela).

11. A ello habría que agregar la posibilidad legal de optar entre un contrato de cesión de derechos de explotación sobre la obra o una licencia o autorización de uso, figuras ambas de diferentes características, como se verá más adelante.

12. En cambio, bajo una concepción unitaria del derecho de autor, como fue explicado en la unidad 3 de este módulo, solamente se plantea la posibilidad de la “*transmisión del derecho de autor*” para los casos de muerte del titular, reservando para los actos entre vivos la figura de la “*concesión de derechos de uso*”, que no transfiere derechos al concesionario sino una autorización para utilizar la obra de acuerdo a las modalidades convenidas.

IV

LA CESIÓN DE LOS DERECHOS DE EXPLOTACIÓN Y SU NATURALEZA JURÍDICA

13. Si partimos del concepto tradicional de la transferencia de derechos patrimoniales como una venta, entendemos que ésta exige la transferencia de una “*propiedad*” pero, en nuestro concepto², el derecho de autor no es tal propiedad (o al menos no lo es exclusivamente, aunque existan puntos de contacto entre el derecho patrimonial del autor y la propiedad común), entre otras por las razones siguientes:

- a. La propiedad tiene por objeto bienes muebles o inmuebles, mientras que la obra, como objeto del derecho de autor, es un bien incorporeal.
- b. El derecho de propiedad es perpetuo (porque dura mientras la cosa existe), pero el derecho de autor, en su aspecto patrimonial, es temporal, pues se extiende solamente durante la vida del autor y un tiempo después de su muerte, transcurrido el cual la obra pasa al dominio público.
- c. El derecho de autor no puede adquirirse por *usucapion* ni perderse por prescripción extintiva, como sucede con el derecho de propiedad. Otra cosa es la prescripción que pueda operar en relación con las acciones derivadas de su infracción, siempre a reserva de la perpetuidad del derecho moral, ya estudiada en este curso.

² ANTEQUERA PARILLI, Ricardo: “*Consideraciones sobre el Derecho de Autor*”. Ob. Cit. pp. 39 y 44; y “*El nuevo régimen del Derecho de Autor en Venezuela*”. Ed. Autoralex. Caracas, 1994. pp. 301-305.

- d. La misma palabra “*propiedad*” ha sido concebida teniendo en cuenta una relación jurídica cuyo contenido es exclusivamente patrimonial, mientras que el derecho de autor tiene una estructura compleja integrada por derechos de orden moral y otros de carácter económico.

14. Si la transferencia de derechos de explotación no es exactamente una venta pues este contrato está referido a otra clase de derechos, veamos si la transmisión total o parcial del derecho patrimonial del autor configura o no entonces una cesión de derechos, en el sentido del derecho común.

15. Para la doctrina, la cesión es una “*compra-venta*” de “*bienes incorporales*”³ y tipifica, en consecuencia, un “*contrato especial de venta*”.

16. Si resulta que la cesión del derecho común está referida a una “*venta*” de derechos, *venditio nominis*, de contenido económico, resulta que ello no es, exclusivamente, el derecho de autor, en razón de las facultades de orden personal del creador y de carácter extrapatrimonial sobre la obra, independientemente de su significación económica.

17. Y aun cuando se admitiera la tesis de la “*propiedad intelectual*” como una propiedad distinta (y al derecho de autor como una “*propiedad especial*” teniendo por objeto un bien inmaterial) y que la cesión del derecho común pudiera tener también como objeto, por ejemplo, todo derecho y toda acción que se encontrara en el comercio (aunque fuera intangible), el contrato de transferencia de derechos de explotación sobre una obra del ingenio no responde a las características de dicha cesión, entre otras, por las razones siguientes:

- a. El derecho de autor es un derecho complejo con una estructura integrada por atributos de orden moral y patrimonial y si bien el “*cesionario*”, en virtud del contrato, puede explotar la obra en los términos convenidos, no sustituye al autor, ni siquiera en las cesiones ilimitadas, pues conserva siempre el derecho moral, que es inalienable e irrenunciable.
- b. Los efectos de la “*cesión*” en el derecho de autor deben interpretarse en forma restrictiva, de manera que se limitan a los modos de explotación, al tiempo y al ámbito territorial pactados contractualmente y el autor se reserva los que no ha cedido expresamente, de suerte que incluso en las “*cesiones exclusivas*” el creador conserva el derecho de utilización por cualquier modalidad distinta de la transferida al “*cesionario*” y aun respecto del mismo modo de explotación, a todo territorio diferente del especificado en el contrato.

³ V.: PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge: “*Tratado práctico de Derecho Civil francés*”. Ed. Cultural S.A. La Habana, 1946. Tomo. 10. p. 340

- c. De allí que mientras la cesión del derecho común comprende el derecho cedido con sus accesorios, la transferencia de derechos autorales de explotación se limita a uno o a varios de los aspectos y modalidades que lo conforman.
- d. No puede hablarse entonces de una plena transmisión de derechos pues, en primer lugar, el autor retiene (incluso en las cesiones ilimitadas) las facultades intransferibles; y, en segundo lugar, aun los derechos que ha transmitido por acto entre vivos revierten a él al extinguirse el derecho del cesionario.
- e. El ejercicio del derecho por parte del “*cesionario*” está subordinado al interés del “*cedente*”, inclusive porque la transferencia de los derechos por parte del “*cesionario*” a un tercero exige el consentimiento del “*cedente*” (como lo tienen dispuesto como principio general muchos textos nacionales), salvo disposición legal en contrario.
- f. El autor puede, no obstante cualquier estipulación en contrario, revocar la “*cesión*” que haya hecho de sus derechos de explotación o de cualquiera de sus aspectos, mediante la suspensión de toda forma de utilización de la obra, en ejercicio de su derecho de retiro de la obra del comercio, de retracto o de arrepentimiento, con la sola condición de indemnizar al tercero afectado por los daños y perjuicios causados por esa decisión.
- g. Y si se extendiera la figura de la “*cesión*” a la “*no exclusiva*”, menos todavía podría hablarse de una sustitución absoluta del cedente, pues además de conservar los derechos de orden moral y los modos de explotación no contemplados en el contrato, el titular puede “*ceder*” la misma modalidad de uso o igual derecho a varias personas al mismo tiempo y para igual territorio concurriendo, incluso, en el ejercicio del derecho “*cedido*”, con los demás “*cesionarios*”.

18. Sobre el último particular, Delgado Porras hace una distinción entre la “*cesión exclusiva*” y la “*cesión no exclusiva*”. En la primera, dice que opera una transferencia de derechos, donde el transmitente, en base a su derecho y sin perder la titularidad del mismo, “*constituye*” uno o varios derechos nuevos en favor del adquirente, los cuales actúan como limitaciones de aquél, de manera que el autor, no obstante la cesión, sigue siendo el titular de la “*propiedad intelectual*”, no sólo en su vertiente de “*derecho moral*”, sino también en la que le atribuye un monopolio de explotación sobre su obra, que se extiende a todas las posibilidades de utilización económica de que ésta sea susceptible y el cual queda limitado por los derechos de explotación “*constituidos*” en favor de otras personas, “*mediante esa mal llamada cesión*”. En cambio -agrega-, por lo que respecta a la “*cesión no exclusiva*”, su naturaleza de acto transmisorio no aparece por ningún lado, pues se trata de

una “*simple autorización*”, donde el autorizado (o licenciario) no adquiere un derecho subjetivo del licenciante, cuyo derecho, para ser tal, tendría que participar en alguna forma y medida de la exclusividad de explotación y ser oponible, ya a los terceros, o, por lo menos, al propio transmitente, de quien lo único que puede exigir el autorizado es que le deje efectuar la explotación concedida⁴.

19. Las particularidades anotadas ponen de relieve, por una parte, la naturaleza compleja del derecho de autor, el cual tiene sus propias características que no permiten encuadrarlo plenamente en una de las categorías de la clásica división de los derechos; y, por la otra, que esa misma complejidad hace necesario interpretar la transferencia de los derechos autorales de explotación como una transmisión *sui generis* o, si se quiere, como una “*cesión atípica*” o una “*concesión específicamente autorial*”, que no puede asimilarse ni confundirse con la cesión del derecho común.

20. De allí que tomando en cuenta las particulares y autónomas características de la figura, las leyes nacionales, siguiendo la tradición francesa, contemplan un conjunto de disposiciones generales acerca de los contratos en materia de derecho patrimonial del autor, estableciendo determinadas limitaciones a la autonomía de la voluntad de las partes y, además, normas específicas para determinados contratos.

21. Al respecto -reflexiona Lipszyc-, lo siguiente:

“El principio de la autonomía de la voluntad –o libertad contractual o de estipulación-, perjudica a la parte más débil, habitualmente el autor, con menor fuerza económica. La regulación legal de la transmisión por acto Inter vivos debe contribuir a equilibrar las posiciones de ambas partes contratantes, atendiendo sus legítimos intereses. Ello no importa en modo alguno propiciar la supresión de la autonomía de la voluntad, porque el número de los contratos atípicos, los aún –no reconocidos- por la ley es, inevitablemente, mayor que el de los típicos, es decir, aquellos a los que la ley ha dado una regulación especial. Esto es comprensible porque lo legislado es siempre limitado, mientras que lo dependiente de la iniciativa privada es indeterminado. Las partes crean constantemente nuevos negocios jurídicos o modalidades contractuales, favorecidas por las nuevas formas de explotación de obras que posibilita el desarrollo tecnológico. En este aspecto la libertad contractual tiene un ancho campo de actuación. Pero es necesario que las leyes establezcan, con carácter general y obligatorio, un mínimo de condiciones que permitan que la

⁴ DELGADO PORRAS, Antonio: “Panorámica de la protección Civil y Penal en materia de Propiedad Intelectual”. Ed. Civitas, Madrid, 1988. pp. 56-59.

utilización de obras se lleve a cabo sin mengua de la finalidad político-jurídica de la materia”⁵.

22. De cualquier modo, en caso de dudas o a falta de norma expresa que resuelva una determinada situación relacionada con una “*cesión*”, como una especial forma de transferencia del derecho patrimonial, se debe, al acudir por vía de analogía al derecho común o a los principios generales del derecho, analizar previamente los principios generales que rigen el área contractual en derecho de autor y las características especiales de la disciplina en estudio, así como los preceptos básicos que deben inspirar la interpretación de los contratos de explotación en materia de derecho de autor.

V

ELEMENTOS Y CARACTERÍSTICAS DE LA “CESIÓN” DE LOS DERECHOS DE EXPLOTACIÓN

El objeto.

23. El objeto de la “*cesión*” del derecho patrimonial es la facultad de explotar la obra de acuerdo a la modalidad y a las limitaciones de tiempo y lugar, así como las condiciones de remuneración contempladas en el contrato.

24. Si la “*cesión*” es “*no exclusiva*”, el cedente puede “*transferir*” el mismo derecho a otros cesionarios, incluso por las mismas formas de uso e iguales condiciones de lugar y tiempo que las ya concedidas a terceros.

25. Salvo disposición legal expresa en contrario, la cesión no supone una transferencia ilimitada, ni en cuanto a las formas de uso ni respecto de la duración del derecho cedido, el cual regresa al cedente al extinguirse el derecho del cesionario.

26. Puede haber tantas variedades de “*cesión*” como modalidades de explotación de una obra existan, razón por la cual, además de los principios aplicables a los contratos en general, las leyes generalmente contienen previsiones especiales respecto de ciertos contratos específicos: el contrato de edición, el de edición-difusión de obras musicales, el de representación teatral y ejecución musical, el de inclusión fonográfica, el de producción audiovisual y el radiodifusión, por ejemplo.

⁵ LIPSZYC, Delia: “*Derecho de Autor y Derechos Conexos*”. Ob. Cit. p. 274.

El sujeto.

27. La “cesión” del derecho patrimonial (o de una determinada forma de utilización de la obra), supone la existencia de un sujeto titular del derecho -originario o derivado-, y de otro que, en virtud del contrato, se convierte en titular derivado del derecho cedido.

28. Si bien el cedente, en principio, es el autor, puede también serlo un tercero, cuando:

- a. Se trata de un derechohabiente *mortis causa* del creador de la obra.
- b. Por presunción establecida en la ley (generalmente *iuris tantum*), el derecho patrimonial ha sido cedido a una persona distinta del autor.
- c. Quien transmite los derechos a un tercero es, a su vez, un cesionario del autor.
- d. La titularidad del derecho patrimonial *mortis causa* corresponde al Estado, a falta de herederos del autor.

29. En cuanto a los sujetos de la cesión en las obras complejas (en colaboración y colectivas), especialmente respecto de la cualidad del cedente (que puede corresponder a varias personas), nos remitimos a la unidad 2 de este módulo.

Las características.

30. Si bien cada contrato de transferencia de derechos de explotación sobre la obra tiene, especialmente en cuanto a la modalidad de utilización objeto del mismo, sus propias características, pueden señalarse como principios generales aplicables a todos los contratos que transmiten el derecho patrimonial del autor, los siguientes:

- a. La “cesión” es un contrato bilateral, porque de él surgen para ambas partes derechos y obligaciones recíprocas, incluso cuando se haya realizado a título gratuito (en la medida en que lo permita la ley aplicable), pues el “cesionario” siempre tendrá el deber de respetar el derecho moral y de abstenerse de utilizar la obra por aquellos modos que no hayan sido objeto de la transferencia, mientras que el “cedente” debe garantizarle al “cesionario” el uso pacífico del derecho transmitido, conforme a un principio de derecho común.
- b. Es un contrato que, conforme a muchas legislaciones, debe constar por escrito, a menos de que se trate de los casos en que la propia ley presume, salvo pacto en contrario, la cesión del derecho a un tercero.

- c. Puede ser realizada a título gratuito u oneroso pero, salvo pacto en contrario, muchos textos legales la presumen onerosa, todo ello sin perjuicio de que algunas leyes establezcan la irrenunciabilidad del derecho del autor a recibir una remuneración por la explotación de su obra. Por lo demás, la onerosidad del contrato surge del propio carácter pecuniario del derecho patrimonial.
- d. La “cesión” a título oneroso implica en favor del “cedente” una contraprestación económica que, conforme a muchas legislaciones y como es común en la práctica contractual, debe ser proporcional a los ingresos que obtenga el “cesionario” por la utilización de la creación intelectual, salvo en los casos de excepción en que la ley permite el sistema de remuneración fija o de “tanto alzado”.
- e. Puede ser parcial, es decir, restringida a un determinado modo de explotación, a una duración y a un territorio específico; o ilimitada, que comprende, sea por un tiempo determinado o bien por toda su duración, las diversas formas de utilización de la obra, pero salvo pacto expreso en contrario, presunción o mandato legal, la transferencia se limita a los modos de uso previstos específicamente en el contrato, así como a la duración y al ámbito territorial específicamente convenidos.
- f. De no haberse expresado el ámbito territorial, debe tenerse como por tal al país de su otorgamiento y de no constar explícitamente la modalidad de utilización objeto de la cesión, la transferencia debe interpretarse en forma limitada a aquella modalidad que se deduzca necesariamente del propio contrato y sea indispensable para cumplir su finalidad.
- g. La “cesión” puede ser exclusiva o no exclusiva.
- h. Si es exclusiva, confiere el derecho al cesionario de explotar la obra en la modalidad convenida y con exclusión de cualquier otra persona, inclusive del propio cedente, así como de otorgar cesiones no exclusivas a terceros, lo que implica que la facultad para el “cesionario” de conceder “cesiones” exclusivas a terceros queda supeditada al consentimiento del “cedente” (como lo tienen dispuesto varios ordenamientos nacionales), salvo en los casos previstos en la ley.
- i. Como a falta de estipulación contractual expresa la “cesión” no confiere al “cesionario” ningún derecho de exclusividad, la transferencia con ese carácter de exclusividad de los derechos cedidos debe pactarse expresamente, a menos que se trate de los casos en que la ley presume, salvo pacto en contrario, una transmisión ilimitada de derechos con esas características, como ocurre en varias legislaciones a favor del productor del programa de ordenador o de

computación, del productor de la obra audiovisual, de quien publica la obra colectiva bajo su nombre y responsabilidad o en el contrato de edición.

- j. Si la cesión es no exclusiva, el “*cesionario*” queda facultado para utilizar la obra de acuerdo con los términos de la cesión y en concurrencia, tanto con otros cesionarios como con el propio cedente, de modo que éste puede “*ceder*” el derecho sobre la misma modalidad de explotación a diferentes “*cesionarios*” y concurrir con todos ellos en la utilización de la obra por el mismo medio.
- k. La “*cesión*” puede versar sobre obras existentes o futuras, pero en este último supuesto tales creaciones deben estar claramente determinadas en el contrato, al punto que varios textos nacionales declaran nula la cesión global de obras futuras, es decir, el conjunto de obras que, sin determinación, el autor pueda crear con posterioridad al contrato.
- l. Es también generalmente nula cualquier estipulación por la cual el autor se comprometa a no crear alguna obra en el futuro, principio que emana de los derechos fundamentales relativos a la libertad de creación y de expresión del pensamiento.

Los efectos.

31. El contrato de “*cesión*” de derechos de explotación produce los efectos siguientes:

- a. La transferencia al “*cesionario*” del derecho “*cedido*”, con las limitaciones de modos de uso, tiempo y delimitación territorial convenidos.
- b. La obligación del “*cedente*” de mantener al “*cesionario*” en el goce y el ejercicio pacíficos del derecho transferido.
- c. La obligación del “*cesionario*” de remunerar al “*cedente*”, conforme a la ley y al contrato, salvo en los casos en que se haya pactado expresamente la transferencia a título gratuito y a menos que la ley aplicable declare irrenunciables los beneficios económicos que corresponden al autor por la explotación de la obra.
- d. El derecho y la obligación del “*cesionario*” de utilizar la obra según los modos previstos en el contrato (en las cesiones “*exclusivas*”), ya que la ausencia de explotación, además de atentar contra los intereses económicos del “*cedente*” (especialmente cuando se ha estipulado en su favor el régimen de

participación proporcional en los ingresos obtenidos con el uso), puede lesionar los intereses afectivos del autor, quien desea que su obra sea divulgada y conocida. Esta obligación incluye la de efectuar la explotación en las condiciones técnicas adecuadas para garantizar el decoro de la obra y la reputación del autor.

- e. El derecho del “cedente” de autorizar o no al cesionario para la transferencia a un tercero de los derechos “cedidos”, como lo tienen previsto muchos ordenamientos nacionales, salvo en los casos permitidos por la ley.
- f. El derecho del “cedente” de revocar la “cesión” que haya otorgado de su derecho de explotación, mediante la suspensión de cualquier utilización de la obra, conforme al derecho de arrepentimiento o de retiro de la obra del comercio.

El principio de la remuneración proporcional.

32. Un precepto mayoritariamente reconocido en las legislaciones de tradición jurídica latina o continental establece que la remuneración del “cedente” debe ser proporcional a los ingresos que obtenga el “cesionario” por la explotación de la obra (El Salvador, España, Francia, Honduras, Panamá, Paraguay, Perú, Venezuela, Decisión 351 de la Comunidad Andina).

33. Ese principio, de elemental justicia, sugiere algunas reflexiones:

- a. El derecho de autor, ni las obras protegidas, son una simple mercancía: en la protección del autor y su obra entran en juego, como fue visto en la unidad 2 del módulo I, factores sociales y culturales de interés público, muy especialmente el estímulo a la creatividad y el desarrollo de una cultura endógena.
- b. Por ello, si el autor no tiene la expectativa razonable de vivir del producto de su obra, se desvía a otra actividad (o debe compartirla con otras necesarias para su subsistencia), en desmedro del fomento a una producción cultural nacional.
- c. Al no ser una simple mercadería, la relación autor/usuario no puede dejarse librada al simple juego de la oferta y la demanda, porque es evidente que siempre habrá más autores (oferta) que productores dedicados a la difusión de las creaciones (demanda); y más obras (oferta) que la posibilidad de los empresarios para difundirlas (demanda).
- d. Si se trata a la obra (y al derecho que la protege) como a un mero producto comercial (sin valorar los factores humanos, sociales y culturales implica-

dos) y a la relación autor/usuario bajo las reglas de la oferta y la demanda, el creador nunca tendrá la oportunidad de conseguir una relación de “*ganar-ganar*”, salvo contadísimas excepciones, porque siendo siempre mayor la oferta de autores y de obras que la capacidad y la demanda de la industria, el empresario tendrá también la posición ventajosa en las negociaciones para imponer sus condiciones, particularmente en cuanto a someter contractualmente al autor a una remuneración única por la “*cesión*” de su derecho, independientemente del éxito de la obra, así como de los ingresos que se obtengan por su explotación.

- e. Así las cosas, la regla legal de la participación proporcional no viene a tutelar al autor “*incapaz de defender su derecho*”, sino a establecer un justo equilibrio frente a relaciones desiguales.
- f. Pero también es evidente que en algunos casos de excepción, la participación proporcional en beneficio del “*cedente*” no responde a la naturaleza o a las características de la explotación de la obra. De allí que, no obstante el principio de la participación proporcional, las leyes se encarguen de establecer algunos supuestos de excepción (en los cuales es posible pactar una remuneración a “*tanto alzado*”) que, como tales, deben ser objeto de interpretación restrictiva.
- g. Los supuestos de excepción más adoptados por las leyes nacionales son:
 - i. Si no puede ser determinada prácticamente la base del cálculo de la participación proporcional.
 - ii. Si faltan los medios para fiscalizar la aplicación de esa participación.
 - iii. Si los gastos de las operaciones de cálculo y de fiscalización no guardan proporción razonable con la suma a la cual alcanzaría la remuneración del autor.
 - iv. Si la naturaleza o las condiciones de la explotación hacen imposible la aplicación de la regla de la remuneración proporcional, por ejemplo, si la utilización de la obra sólo presenta un carácter accesorio en relación al objeto principal explotado.
 - v. En lo que concierne a la publicación de libros, cuando se trata de ediciones populares o de ediciones de lujo con tiraje limitado; y en las traducciones, siempre que así lo pida el traductor.
- h. En cualquier caso, el sistema de la contraprestación fija debería plantearse siempre como un supuesto excepcional, porque rompe el principio por el

cual el autor debe seguir la suerte económica de su obra, lo que supone la remuneración proporcional a los ingresos que se obtengan por su utilización.

VI

LAS PRESUNCIONES DE CESIÓN DE LOS DERECHOS PATRIMONIALES O DE EXPLOTACIÓN

34. Aunque el principio general es que toda cesión debe surgir de un contrato y pactarse en forma expresa, varias leyes nacionales prevén por excepción algunas presunciones *iuris tantum* de transferencia de los derechos patrimoniales a un tercero, como fue visto en la unidad 2 de este módulo, siendo las más comunes las que favorecen al productor de la obra audiovisual, al productor del programa de computación (“*software*”), al patrono en relación con las obras creadas bajo una relación laboral o al comitente en las producciones realizadas en cumplimiento de un contrato por encargo.

35. Las características y los efectos de esas presunciones, cuando así se encuentran establecidas en determinados ordenamientos, no son iguales en los textos nacionales (a veces con diferencias notables en una misma ley entre los diferentes supuestos antes anotados), siendo algunas de las variantes las siguientes:

- a. Cesión ilimitada, exclusiva y por toda la duración del derecho.
- b. Transferencia ilimitada y por todo el plazo de protección, pero en forma no exclusiva.
- c. Transmisión restringida a las modalidades de explotación que conformaban la actividad habitual del tercero al momento de la creación de la obra o al tiempo de la celebración del contrato.
- d. Presunción de autorización a favor del cesionario para que, además, ejerza la defensa de los derechos morales, en algunos textos solamente en la medida que resulte necesario para la explotación de la obra.

VII

LAS LICENCIAS O AUTORIZACIONES DE USO

36. La otra modalidad de explotación de la obra por terceros no supone una transferencia de derechos por parte del titular -originario o derivado-, sino una sim-

ple autorización para que utilice la obra de acuerdo a las modalidades contempladas en la licencia y la remuneración convenida.

37. En ese sentido, el Glosario de la OMPI señala que la licencia es:

*“La autorización (permiso) concedida por el autor u otro titular del derecho de autor (licenciante) al usuario de la obra (licenciataria) para utilizar ésta en una forma determinada y de conformidad con unas condiciones convenidas entre ambos en el contrato pertinente. **A diferencia de la cesión, la licencia no transfiere la titularidad; constituye únicamente un derecho o derechos a utilizar la obra con sujeción al derecho de autor, derecho que sigue siendo de la pertenencia del licenciante ...**”* (hemos destacado)⁶.

38. Una definición similar figura en varios textos nacionales (Ecuador, Perú, Paraguay, así como República Dominicana por vía reglamentaria), pero esa misma naturaleza se deduce de las leyes según las cuales el autor puede sustituir la “*cesión*” por una “*licencia*” u “*optar*” entre una u otra, lo que hace evidente que se trata de dos figuras distintas donde la diferencia se encuentra, precisamente, en que la primera es traslativa de derechos y la segunda una simple autorización de uso.

39. Del mismo modo, el proyecto de disposiciones tipo de la OMPI para leyes en materia de derecho de autor, plantea la licencia (art. 42), en los términos siguientes:

“1) El autor de una obra podrá otorgar licencias a terceros para realizar actos comprendidos en sus derechos patrimoniales. Tales licencias podrán ser exclusivas o no exclusivas”.

“2) Las licencias no exclusivas darán derecho al licenciataria a realizar los actos correspondientes en forma concurrente con el autor y con otros titulares de licencias no exclusivas, en la forma que le esté permitida”.

40. Las figuras de la “*cesión*” y de las de licencias de uso pueden coexistir en una misma legislación (Brasil, Ecuador, El Salvador, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Venezuela, Decisión 351 de la Comunidad Andina), al disponerse que el titular de derechos patrimoniales puede igualmente conceder a terceros una simple licencia de uso, no exclusiva e intransferible, la cual se rige por las estipulaciones del contrato respectivo y las atinentes a la cesión de derechos, en cuanto sean aplicables.

⁶ V.: Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI): “*Glosario de derecho de autor y derechos conexos*”. Ob. Cit. Voz 142. p. 145.

41. Nada impide que en ausencia de una disposición expresa que contemple ambas figuras jurídicas, conforme al principio de la libertad contractual y al carácter exclusivo del derecho patrimonial, su titular, en vez de transferirlo total o parcialmente a un tercero, le otorgue una licencia a éste y allí conste que se trata de una autorización de uso y no de una traslación de derechos.

42. La aplicabilidad *mutatis mutandi* de los principios de la cesión a los contratos de licencia, está referida, fundamentalmente, a la presunción de onerosidad; a la limitación de la autorización a la modalidad autorizada y al tiempo y al ámbito territorial pactados contractualmente; a la concurrencia con otros licenciarios en la explotación de la obra, por ser una licencia que se presume no exclusiva; al principio de la remuneración proporcional, salvo en los casos permitidos por la ley y a la prueba del contrato por escrito.

43. Es de hacer notar que en las legislaciones que siguen la corriente unitaria del derecho de autor, la “*cesión*” entre vivos es sustituida por una “*concesión*” de derechos de explotación o por una licencia o autorización, exclusiva o no, para la utilización de la obra conforme a las disposiciones de la ley y de la misma autorización (Alemania).

VIII

LOS PRINCIPIOS INTERPRETATIVOS DE LOS CONTRATOS

Introducción.

44. El derecho de autor es un derecho tutelar, razón por la cual muchas de sus normas están dirigidas a proteger al débil jurídico -el autor-, frente a los usuarios de su obra.

45. Ese carácter protector surge, en primer lugar, de la desventaja en que se encuentra el creador al negociar el uso de su creación frente a utilizadores que le superan en recursos e influencias de diversa índole, incluso, cuando el autor es representado por una entidad de gestión colectiva; y, en segundo lugar porque, como ya fue dicho, en el mercado de la difusión de las obras, en sus diversas modalidades, es mucho mayor la oferta de productos creativos que la demanda de los usuarios, de modo que el autor puede enfrentarse a propuestas lesivas a sus intereses y, apremiado por necesidades económicas o por el deseo de dar a conocer su obra, acepta condiciones desventajosas o, por lo menos, desproporcionadas con los beneficios que se obtienen con su explotación.

46. Y es de hacer notar que las medidas necesarias para garantizar una adecua-

da remuneración a los autores es lo que constituye, en buena medida, el estímulo a la creatividad, de cuya existencia dependen, en definitiva, las industrias culturales.

47. Y en esa óptica, tampoco puede obviarse que el autor es un “*trabajador cultural*”, aunque su labor la realice en forma independiente y que tanto por su esfuerzo ingenioso como por el riesgo que asume al dedicarse a la creación -cuya contraprestación pecuniaria está sujeta a la circunstancia aleatoria del éxito económico de la obra-, y no a una actividad más estable, debe ser protegido para que obtenga un provecho equitativo por el uso de su creación, para no encontrarse frente a unas industrias prósperas -en el legítimo derecho que tienen de ver recuperadas sus inversiones y de obtener una ganancia-, pero con unos creadores injustamente remunerados.

48. Por otra parte, no debe olvidarse que el derecho de autor, por su estructura compleja, integrada por facultades de orden moral y patrimonial, debe apreciarse desde una perspectiva especial en la cual entran en juego, además, derechos inalienables, irrenunciables, imprescriptibles y perpetuos, tanto en protección del propio creador, como en resguardo de los valores culturales encarnados en las obras producidas, fuente natural para el desarrollo de una creatividad endógena.

Principios rectores.

49. De acuerdo a los razonamientos precedentes, la interpretación de los contratos atinentes a los derechos sobre las obras del ingenio protegidas por el derecho de autor, sea mediante cesión de derechos o a través de licencias de uso, debe partir de los siguientes principios generales:

- a. El autor de la obra es la persona física que crea la obra, pues solamente las personas naturales tienen la capacidad de pensar, sentir y crear.
- b. Si la autoría corresponde a la persona que crea la obra, es ella quien tiene la titularidad originaria de los derechos sobre la creación, a menos que una norma legal disponga lo contrario en forma explícita.
- c. De otra manera, la titularidad de los derechos sobre la obra en cabeza de un tercero tendrá siempre un carácter derivado, cuyo goce y ejercicio se refieren, solamente, a los derechos pecuniarios, salvo que una disposición legal expresa confiera también a dicho titular derivado la defensa del derecho moral, especialmente en la medida en que sea necesario para la explotación de la obra, lo que no constituye en ningún caso una transferencia del derecho moral, sino una habilitación para que el tercero lo ejerza en representación del autor.

- d. El derecho moral sobre la obra es inalienable, irrenunciable, imprescriptible, inembargable y perpetuo.
- e. El derecho de autor en su contenido complejo, de facultades de orden moral y matrimonial, sólo puede transferirse por causa de muerte. Cualquier otra forma de transmisión únicamente puede estar referida a los derechos de utilización.
- f. Siendo el derecho patrimonial exclusivo del autor -o, en su caso, de sus derechohabientes o causahabientes-, toda forma de utilización de la obra debe considerarse incluida en el derecho de explotación, salvo excepción legal expresa que, por ese mismo carácter, debe interpretarse en forma restrictiva.
- g. Cualquier enumeración legal de los modos de uso que configuran el derecho de explotación, es simplemente ejemplificativa.
- h. La enajenación del soporte material que contiene la creación, no confiere al adquirente, salvo en alguna facultad específica contemplada por vía de excepción en un texto determinado, el ejercicio de ningún derecho de explotación sobre la obra.
- i. Toda “cesión”, “concesión” o “licencia” de uso sobre una obra debe presumirse realizada, salvo disposición legal o contractual expresa, a título oneroso. Esa presunción surge del carácter patrimonial del derecho cedido, concedido o licenciado, según los casos, el cual implica, necesariamente, una contraprestación económica, a menos que conste explícitamente lo contrario. Interpretar de otro modo la situación sería tanto como considerar que, en forma implícita, el cedente, concedente o licenciante ha renunciado a su derecho y la renuncia de un derecho no se presume, todo ello sin perjuicio de que, bajo el imperio de algunos textos nacionales, la remuneración debida al autor por la explotación de su obra tenga el carácter de irrenunciable.
- j. Toda cesión, concesión o licencia debe constar por escrito, salvo excepción legal expresa.
- k. Toda forma de transferencia de derechos o de licencia de uso para la explotación de una obra, debe limitarse a la modalidad de explotación, a la duración y al ámbito territorial pactado expresamente por las partes.
- l. Es nula la transferencia respecto de aquellos modos de usos desconocidos al momento de la contratación. En efecto, si la “cesión” se limita a las modalidades de utilización contempladas en el convenio, mal puede especificarse un modo de explotación que se desconoce. Por otra parte, si el objeto del

contrato es la utilización de la obra por determinadas formas, ampliar sus efectos a aquellos que puedan surgir en el futuro hace que el contrato, en cuanto a esa extensión, carezca de objeto. Finalmente, cláusulas extensivas a modalidades desconocidas al momento de contratar privarían al autor de la capacidad de negociar las condiciones más adecuadas respecto de una forma de explotación cuyas características y expectativas económicas, entre otras circunstancias, son ignoradas.

- m. Toda “*cesión*”, “*concesión*” o “*licencia*” debe considerarse intransferible, de manera que su transmisión a un tercero requiere del consentimiento del cedente, concedente o licenciante, según los casos.
- n. Ninguna “*cesión*”, “*concesión*” o “*licencia*” confiere, salvo disposición expresa en contrario, ningún derecho de exclusiva o monopolio de explotación sobre la obra.
- o. Es nula, por contraria a derechos fundamentales como el de la libertad de expresión y pensamiento y al libre desarrollo de la personalidad, cualquier cláusula contractual por la cual se prohíba al autor crear nuevas obras en el futuro.
- p. También es nula toda cesión global de obras futuras, porque ata injustificadamente al autor, incluso por toda la duración del derecho, a un mismo “*cesionario*” o “*concesionario*”, aunque el éxito de las obras por crearse o el cambio de las condiciones del mercado podrían permitirle negociar, en su momento, las transferencias o autorizaciones de uso de esas creaciones en condiciones distintas o más ventajosas.
- q. La transferencia de derechos sobre una obra futura solamente es admisible cuando se trate de una creación determinada, especificada, al menos, por su género. Aún así, la validez del contrato debe estar limitada en el tiempo, transcurrido el cual, los derechos revierten al cedente. Es deseable que toda legislación establezca el límite temporal de la validez de los contratos de cesión de derechos sobre obras futuras.
- r. El autor debe seguir la suerte económica de su obra, de manera que, salvo los casos permitidos expresamente por la ley, toda transmisión o licencia de uso para la explotación de una obra, debe implicar en favor del cedente o licenciante una remuneración proporcional a los ingresos que se obtengan con su utilización.
- s. En los casos en que esté permitida la transferencia de derechos o la licencia de uso a cambio de una contraprestación fija, el “*cedente*” o “*licenciante*”

debe tener la posibilidad de exigir un pago complementario cuando exista una ganancia desproporcionada a favor del “cesionario” o “licenciado” con la utilización de la obra, en comparación con la suma fija que aquél haya recibido al celebrar el contrato. Incluso, ese derecho debe existir en los casos en que se haya pactado una remuneración proporcional, cuando dicho porcentaje haya sido manifiestamente inferior al generalmente acostumbrado en “cesiones” o “licencias” de la misma naturaleza o características.

- t. Toda interpretación de los contratos en el ámbito de los derechos intelectuales, debe partir del principio del “*in dubio pro auctoris*” de manera que “*la interpretación de los negocios jurídicos sobre derechos de autor será siempre restrictiva*” por lo que “*no se admite el reconocimiento de derechos más amplios de los expresamente concedidos por el autor en el instrumento respectivo*”, como lo han dispuesto muchas legislaciones.
- u. El anterior principio interpretativo aparece consagrado igualmente en la Convención Internacional para la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión (Convención de Roma), para las relaciones entre el derecho de autor y los derechos conexos, cuando dispone que “*la protección prevista en la presente Convención dejará intacta y no afectará en modo alguno a la protección del derecho de autor sobre las obras literarias y artísticas*”, de manera que “*ninguna de las disposiciones de la presente Convención podrá interpretarse en menoscabo de esa protección*” (art. 1).
- v. La disposición precedente, que con ligeras variantes de redacción ha sido adoptada por la mayoría de las leyes nacionales, es complementada por varios de esos textos con aquella según la cual “*en caso de conflicto se estará siempre a lo que más favorezca al autor*”.

Módulo

II

Parte general
sobre derecho
de autor

UNIDAD 7

LOS PRINCIPALES CONTRATOS DE EXPLOTACIÓN

Introducción – El contrato de edición – El contrato de edición-difusión de obras musicales - Los contratos de representación teatral y de ejecución musical - El contrato de inclusión fonográfica - El contrato de radiodifusión – El contrato de producción audiovisual – La cesión de artículos periodísticos

I

INTRODUCCIÓN

1. Como se señaló en la unidad anterior, si bien es cierto que en principio rige la autonomía de las partes en los contratos por los cuales el titular del derecho de autor “*transfiere*” total o parcialmente el aspecto patrimonial de su derecho a un tercero (u opta por una “*licencia*” que no transmite derechos al licenciataria), también lo es que las normas generales sobre los contratos en esta disciplina y que se prevén en las leyes nacionales (ya estudiadas en la unidad 6 de este módulo), constituyen una limitación a esa autonomía, particularmente en relación con aquellos preceptos que no pueden ser relajados por la voluntad de las partes.

2. Lo mismo ocurre, en lo específico, con los contratos típicamente reglamentados por las leyes, los cuales no solamente deben interpretarse en consonancia con los principios generales que rigen la materia, sino también por su regulación especial.

3. Aunque tradicionalmente los textos nacionales contienen disposiciones particulares para los contratos relativos a las modalidades de explotación existentes desde antiguo, es decir, el de edición y el de representación, existe una tendencia creciente a incorporar normas aplicables a otros contratos “*típicos*” que con el avance tecnológico se producen con tanta frecuencia como aquellos.

4. En esta unidad trataremos de hacer un esbozo de los contratos más extendidos en la legislación comparada, a saber:

- a. El contrato de edición.
- b. El contrato de edición-difusión de obras musicales.
- c. Los contratos de representación teatral y de ejecución musical.
- d. El contrato de inclusión de obras en fonogramas.
- e. El contrato de radiodifusión.
- f. El contrato de producción audiovisual.

II

EL CONTRATO DE EDICIÓN

Concepto.

5. Se entiende que hay contrato de edición cuando el autor de una obra o sus derechohabientes ceden a otra persona llamada editor, el derecho de publicar, distri-

buir y difundir la obra por su propia cuenta y riesgo, en las condiciones pactadas por las partes y con sujeción a lo dispuesto en la propia ley.

6. De esa definición, de la propia naturaleza del contrato y de otras disposiciones contenidas en muchas leyes nacionales, se desprenden las consideraciones siguientes:

- a. El editor es la persona natural o jurídica que mediante contrato con el autor o su derechohabiente se obliga a asegurar la publicación y difusión de la obra por su propia cuenta.
- b. El contrato de edición supone, necesariamente, la publicación de la obra, es decir, la producción de ejemplares puestos al alcance del público con el consentimiento del titular del derecho, con el fin de satisfacer las necesidades razonables del público, teniendo en cuenta la naturaleza de la obra, como lo establece el artículo 3,3 del Convenio de Berna.
- c. La publicación no implica, necesariamente, que los ejemplares se produzcan en forma gráfica (edición “*en papel*”), de manera que los mismos pueden estar contenidos también en otro objeto físico, por ejemplo, en soportes digitales.

Edición y otras figuras contractuales.

7. No puede asimilarse el contrato de edición a otros del derecho común, como la venta, la sociedad, el arrendamiento o el de trabajo, porque, en verdad, no se confunde con ninguno de ellos.

8. No es una venta, porque no se trata de la disposición de un derecho de propiedad, como analizamos al tratar sobre la naturaleza jurídica de la cesión de los derechos de explotación, en particular porque no hay la sustitución absoluta de uno de los sujetos de la relación jurídica.

9. El objeto del contrato no es la “*cesión*” de una obra sino la transferencia de algunas de las facultades que el titular del derecho tiene sobre la creación, especialmente respecto de algunos de los modos de utilización, como la publicación y la distribución.

10. Pero aunque se tratara de una cesión ilimitada de derechos patrimoniales – lo que constituiría un contrato con consecuencias mucho más amplias que en el de edición–, el autor conserva siempre el goce y el ejercicio de las facultades morales, inalienables e irrenunciables.

11. No es una sociedad, porque no le es aplicable el principio de la participación de todos los socios en los beneficios y pérdidas sociales, ya que el editor procede a la publicación, distribución y difusión de la obra a su cuenta y riesgo, estando obligado a remunerar al autor con independencia de la utilidad o pérdida que genere la edición de la obra, razón por la cual el factor “*riesgo empresarial*” es un punto de diferenciación entre el contrato de edición y otras figuras contractuales en el mundo editorial¹.

12. Tampoco constituye un arrendamiento, porque éste supone la entrega por una de las partes a la otra de un bien mueble o inmueble, por cierto tiempo y mediante un precio determinado. Por el contrario, la única entrega que hace el autor al editor es la del objeto material que contiene la creación, pero no la obra misma, que es inmaterial. De otro lado, no tienen cabida en un alquiler las regulaciones que respecto del derecho moral son esenciales en la edición de una obra.

13. Y no es un contrato de trabajo, porque carece de los elementos propios de la relación laboral, como la prestación de servicios bajo la forma de salario y la subordinación del autor al editor.

14. Por otra parte, el contrato en estudio debe distinguirse de otras figuras jurídicas cuya similitud es sólo aparente.

15. No puede confundirse -y así lo aclara, por ejemplo, la ley francesa-, con el contrato “*a cuenta del autor*”, por el cual éste o sus causahabientes abonan al editor una remuneración convenida, a condición de que este último fabrique un número de ejemplares de la obra y garantice su publicación, distribución y difusión ya que, por esencia, el contrato de edición supone que el editor asuma la publicación, la distribución y la difusión a su cuenta y riesgo.

16. Tampoco es contrato de edición el “*de cuenta a medias*”, donde el autor o sus derechohabientes encargan al editor la producción, publicación, distribución y difusión de una cantidad de ejemplares, con el compromiso de repartir los beneficios y las pérdidas de la explotación en la proporción prevista, lo que tipifica un contrato de sociedad o una “*asociación en participación*”.

17. Y no se asimila el contrato de edición a aquel en que el titular del derecho hace producir a sus expensas un número de ejemplares y encarga a un tercero únicamente el depósito de los ejemplares, su distribución o venta, a cambio de una retribución o si se estipula solamente la remuneración fija o proporcional del individuo a quien se le encomienda la reproducción o la distribución y la venta, siendo todos

¹ V.: ESPÍN ALBA, Isabel: “*Contrato de edición literaria*”. Ed. Comares. Granada, 1994. p. 192.

los riesgos a cuenta del titular del derecho quien, en consecuencia, sería el verdadero editor.

18. Resulta entonces un elemento esencial del contrato de edición la obligación, por cuenta del editor, de producir, publicar, distribuir y difundir los ejemplares de la obra, así como de remunerar por ello al cedente.

Características.

19. El contrato de edición participa de las mismas características de los otros contratos de cesión de derechos patrimoniales.

20. No obstante, por su importancia y particularidades, las legislaciones nacionales lo regulan de una manera muy detallada, especialmente en cuanto a las cláusulas contractuales obligatorias, la interpretación supletoria de la ley en ausencia de algunas de ellas, las obligaciones de las partes, la situación de la quiebra del editor y las causas de resolución del contrato.

Cláusulas fundamentales en el contrato de edición.

21. Resulta imposible, dado el somero estudio de este manual, detallar las disposiciones que con mayores o menores especificidades, prevén las legislaciones en cuanto a las cláusulas que obligatoriamente deben estipular las partes en el contrato de edición.

22. A título meramente ejemplificativo y sin perjuicio de la necesaria consulta directa a la ley aplicable, pueden señalarse como cláusulas que más comúnmente son exigidas por los ordenamientos nacionales, las siguientes:

- a. La identificación del autor (y, en su caso, del traductor, adaptador o compilador), del editor y de la obra.
- b. Si la obra es inédita o no.
- c. El ámbito territorial del contrato.
- d. El idioma en que ha de publicarse la obra.
- e. Si la cesión confiere o no al editor un derecho de exclusiva.
- f. El número de ediciones autorizadas.
- g. El plazo para la puesta en circulación de los ejemplares de la única o primera edición.

- h. El número mínimo y máximo de ejemplares que alcanzará la edición o cada una de las que se convengan.
- i. Los ejemplares que se reservan al autor, a la crítica, a la promoción de la obra y los que servirán para sustituir los ejemplares defectuosos.
- j. La remuneración del autor.
- k. El plazo dentro del cual el autor debe entregar al editor el soporte que contiene la obra y que sea necesario para la producción de los ejemplares.
- l. La calidad de la edición.
- m. La forma de fijar el precio de los ejemplares.

Disposiciones supletorias.

23. Algunas legislaciones nacionales, contemplan o no la exigencia de cláusulas necesarias en el contrato, como las indicadas precedentemente, suplen la voluntad de las partes en cuanto a algunos aspectos no previstos contractualmente o en caso de omisión de algunas de las cláusulas anteriormente mencionadas y que, en principio, son fundamentales en el contrato de edición.

24. Dicho de otra manera, si determinada mención obligatoria no se contempla en el contrato, muchas leyes contienen, en ciertos supuestos, una solución sustitutiva de la ausencia de voluntad expresada por las partes.

25. También a manera de ejemplo, son varios los textos legales según los cuales, a falta de disposición en el contrato se entiende que:

- a. La obra ya ha sido publicada con anterioridad.
- b. Se cede al editor el derecho por una sola edición.
- c. Se presume que la cesión al editor por esa edición tiene el carácter de exclusiva.
- d. Se entiende que la obra será publicada en el idioma en el que está expresada en el ejemplar entregado al editor.
- e. La ley fija un número mínimo de ejemplares que conforman la primera edición.
- f. También la ley determina a título supletorio un porcentaje de la edición cuyos ejemplares quedan reservados al autor, a la crítica, a la promoción y a la sustitución de aquellos que resulten defectuosos.

- g. El texto legal establece, siempre en ausencia de voluntad expresada por las partes, el plazo en que el cedente debe entregar el ejemplar de la obra al editor en condiciones que permitan su producción.
- h. Se fija por vía legal el porcentaje que corresponde al autor sobre el precio de cada ejemplar objeto de venta.
- i. La calidad de la edición y el precio de los ejemplares los determina el editor.

Obligaciones del editor.

26. Sin perjuicio de lo que dispongan las partes en el contrato o de las previsiones contenidas en la legislación aplicable, se entiende que son deberes del editor:

- a. Respetar los derechos morales del autor, lo que no requiere de disposición expresa ya que tales facultades son inalienables e irrenunciables. Esa obligación existe también respecto del derecho moral del traductor, del adaptador o del compilador, según los casos, como autores de las respectivas obras derivadas.
- b. Permitir al autor introducirle modificaciones a la obra conforme al derecho moral de modificación, sin perjuicio de su derecho a exigir una indemnización por los daños y perjuicios sufridos con ello, de ser el caso.
- c. Publicar la obra en la forma pactada sin introducir ninguna modificación que el autor no hubiere autorizado, todo ello en resguardo del derecho moral de integridad de la obra y del patrimonial de transformación de la misma.
- d. Indicar en cada ejemplar el título de la obra y, en caso de traducción también el título en el idioma original; el nombre o el seudónimo del autor, del traductor, compilador o adaptador, cuando corresponda, a menos que ellos exijan la publicación anónima, todo ello en respeto del derecho moral de paternidad (y al anónimo), tanto del autor de la obra originaria como de la derivada, así como del derecho sobre el título de la obra.
- e. Colocar también en todos los ejemplares sus datos como editor, así como los del impresor, la mención de reserva del derecho de autor, del año de la primera publicación y de las siguientes, de ser el caso; el número de ejemplares impresos y la fecha en que se terminó la impresión.
- f. Someter las pruebas de la tirada al autor, salvo pacto en contrario, lo que

constituye una obligación recíproca con el autor, pues éste tiene el deber de corregir dichas pruebas, a menos que se haya convenido otra cosa.

- g. Distribuir y difundir la obra en el plazo convenido y sus ejemplares, bajo las condiciones estipuladas y conforme a los usos habituales en materia editorial.
- h. Satisfacer al autor la remuneración convenida partiendo de dos premisas básicas: la primera, la presunción de onerosidad de los contratos; y la segunda, el principio de la remuneración proporcional, salvo en los supuestos en que la ley, por excepción, permita una contraprestación fija.
- i. Liquidar periódicamente (a veces, dentro de un plazo fijado por la ley), la remuneración pactada, cuando la misma sea proporcional, a menos que en el contrato se haya fijado un plazo menor; o en el momento en que los ejemplares estén disponibles para su distribución y venta, si dicha remuneración se ha fijado en un tanto alzado, salvo que se haya pactado otra cosa en cuanto a la fecha en que es exigible esta liquidación.
- j. Presentarle al autor en las condiciones y oportunidades indicadas en el literal anterior, un estado de cuentas con indicación de la fecha y tiraje de la edición, número de ejemplares vendidos y en depósito para su colocación, así como el de los ejemplares inutilizados o destruidos por caso fortuito o fuerza mayor.
- k. Permitirle al autor en forma periódica la verificación de los documentos y comprobantes demostrativos de los estados de cuenta, así como la fiscalización de los depósitos donde se encuentren los ejemplares objeto de la edición.
- l. Solicitar el registro del derecho de autor de la obra y hacer el depósito legal, en nombre del autor si éste no lo ha hecho, en obligación respecto de la cual debe observarse, en primer lugar, que la protección reconocida por la ley es independientemente de cualquier formalidad, de modo que el registro es facultativo y no constitutivo de derechos; y, en segundo lugar, que el deber impuesto al editor respecto del registro y el depósito constituye un mandato por efecto de la ley, ya que tanto uno como el otro debe efectuarlos en nombre del autor y no en nombre propio, sin perjuicio, por supuesto, de que en los mismos figure él en su condición de editor y, en consecuencia, como titular derivado del derecho cedido en las condiciones pactadas en el contrato.
- m. Restituir al autor el soporte que se le haya entregado a los efectos de la edición, una vez finalizadas las operaciones de diagramación, impresión y tiraje, salvo imposibilidad de orden técnico.

- n. Las demás que resulten del contrato y las que le imponga la ley como cesionario de uno de los derechos del autor.

Obligaciones del autor o del cedente.

27. Las obligaciones generales del autor (u otro cedente en el contrato de edición), son:

- a. Responsabilizarse por la autoría y la originalidad de la obra frente al editor.
- b. Transferir al editor la facultad de publicar, distribuir y difundir la obra en los términos pactados contractualmente, obligación que surge de la propia esencia del contrato.
- c. Garantizar al editor el goce y el ejercicio pacífico y, en su caso, exclusivo, del derecho objeto del contrato.
- d. Entregar al editor en debida forma y en el plazo convenido, un soporte de la obra objeto de la edición, en condiciones aptas para proceder al proceso de montaje y producción de los ejemplares.
- e. Corregir las pruebas de la tirada, salvo pacto en contrario. Como regla de común aceptación, se estima que el plazo y las modalidades para la corrección de las pruebas, a falta de estipulación expresa, queda diferido a lo que es la práctica acostumbrada de acuerdo a los usos, tomando en cuenta, por ejemplo, la naturaleza y extensión de la obra, así como la oportunidad en que se espera que los ejemplares estén a disposición del público.
- f. Las demás que resulten del contrato y las que le imponga la ley como cedente del derecho de edición.

Extinción del contrato.

28. La doctrina ha ensayado varias clasificaciones para determinar las causas que extinguen el contrato de edición, cuya explicación detallada excede los propósitos de este manual.

29. En todo caso y quedando a salvo las causales de extinción de los contratos conforme al derecho común, se estima que, en general, son motivos de terminación del contrato de edición, los siguientes:

- a. El vencimiento del término, en caso de que el contrato no se haya pactado por un número de ediciones sino por una duración determinada, no obstante lo cual se admite que, de no haberse estipulado otra cosa, el editor puede continuar la venta de los ejemplares todavía en depósito hasta su agotamiento. De cualquier manera, la facultad del editor de comercializar dichos ejemplares invendidos, no afecta el derecho del cedente a contratar una nueva edición de la obra con otro editor, siempre que las partes no hayan establecido alguna limitación temporal al respecto.
- b. El agotamiento de la edición, cuando el contrato se haya celebrado por una o varias ediciones, pero debe recordarse que salvo pacto o disposición legal en contrario, el contrato sólo confiere al editor el derecho de publicar una edición de la obra.
- c. La muerte del autor antes de concluir la obra, si se trata de una producción futura. Esta forma de extinción se justifica, como afirma Desantes, ya que dicho contrato se celebra *intuitu personae* respecto del autor, de modo que a la muerte de éste no es posible exigir la conclusión de la obra a sus causahabientes.²
- d. La imposibilidad justificada del autor para concluir la obra, por ejemplo, debido a una incapacidad física o mental que le impida realizarla o terminarla. Si antes de esa circunstancia el autor hubiese concluido una parte de la obra, no es posible la edición, en respeto a los derechos morales de divulgación e integridad, si el autor manifiesta su voluntad de no publicar la obra inconclusa.
- e. La pérdida de la obra, es decir, cuando el original o el ejemplar único que la contiene desaparecen en poder del cedente o del editor, de modo que no pueden sustituirse, para los efectos de la edición, con otro soporte, todo ello sin perjuicio de la eventual acción por reclamación de daños y perjuicios, cuando corresponda. No se extingue el contrato, en consecuencia, si el objeto perdido es, por ejemplo, una copia del manuscrito, si el original subsiste o hay otras reproducciones del mismo.

La quiebra del editor.

30. La vigencia o no del contrato de edición en caso de quiebra del editor ofrece distintas soluciones a la luz de la legislación comparada, pues algunos textos (Costa

² DESANTES, José María: “*La relación contractual entre autor y editor*”. Ed. Universidad de Navarra. Pamplona, 1970. p. 254.

Rica, Ecuador, Francia, Italia, Venezuela) disponen que no produce la resolución del contrato, salvo que, por ejemplo, no se hubiera iniciado la impresión de la obra, o que en un lapso determinado no se continúe la explotación del fondo del fallido o no se enajene a otro editor; y en la otra variante, están las leyes según las cuales la liquidación del editor rescinde la relación contractual con el cedente (Paraguay), específicamente si la edición aún no ha comenzado (Colombia, El Salvador, Honduras, Panamá, República Dominicana).

31. A falta de disposición específica en la ley sobre la materia, rigen las normas generales del derecho común, especialmente las relativas al concurso de acreedores.

Los contratos de co-edición.

32. Sucede con alguna frecuencia en la práctica editorial que el contrato de edición es celebrado entre el autor -o un derechohabiente suyo- y varios editores, quienes se obligan solidariamente frente al cedente a publicar, distribuir y difundir la obra, en contrato que se conoce como de “*co-edición*”.

33. Con vistas a esa figura, algunos ordenamientos disponen que quedan también regulados por las disposiciones relativas al contrato de edición, los de co-edición en los cuales exista más de un editor obligado frente al autor.

III

EL CONTRATO DE EDICIÓN-DIFUSIÓN DE OBRAS MUSICALES

Introducción.

34. En el lenguaje común, el término “*edición*” se entiende como referido, exclusivamente, a la producción y distribución de obras literarias en forma gráfica.

35. Pero no es así en la terminología jurídico-autoral, donde el concepto es mucho más amplio porque no se restringe a las obras expresadas por escrito, sino que comprende, en general, a la publicación y difusión de los ejemplares de las mismas a cargo y por cuenta del editor.

36. Una de las modalidades de edición es la de las obras musicales.

37. Durante mucho tiempo, la edición de obras musicales respondía a los mismos principios que los de las obras escritas, porque el editor se limitaba a hacer

producir y distribuir los ejemplares gráficos en los cuales se reproducía la partitura (en similitud con la edición del libro) y a partir de ella las orquestas y agrupaciones corales ejecutaban o interpretaban la composición.

38. Pero con el advenimiento de la fonografía y la radiodifusión (radio y televisión), la edición gráfica de la partitura comenzó a perder importancia, ya que para la ejecución de la obra musical ya no era imprescindible su ejecución “*en vivo*” con los artistas en el auditorio, sino que el público podía disfrutar de ese género a partir del uso de una fijación sonora o de la captación de una emisión de radiodifusión.

39. Con esos avances tecnológicos, la edición “*en papel*” de las partituras musicales quedó para aquellas composiciones que ya habían resultado un éxito con sus primeras fijaciones fonográficas³, impresos en los cuales se interesaban las orquestas y coros para efectuar sus propias ejecuciones o interpretaciones, o fonograbadores de otros países que las solicitaban para realizar sus propias fijaciones (a veces con otros arreglos u orquestaciones), o productores de obras audiovisuales que las necesitaban para orquestar e incluir esas composiciones en las bandas sonoras de sus producciones.

40. Es así como el rol del editor musical se alejó del editor literario porque su labor ya no consistía, exclusivamente, en la edición gráfica de la partitura, sino en la promoción de la obra de las más diversas maneras, por ejemplo, entre los intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, así como entre los productores cinematográficos y otras obras audiovisuales.

41. Como resultado, el contrato de edición musical fue adquiriendo sus propios perfiles, en muchos aspectos distintos al de la “*edición literaria*”, lo que dio lugar a una figura contractual específica que en las legislaciones se le denomina “*contrato de edición de obras musicales*” (México, Nicaragua, Paraguay) o de “*edición-divulgación de obras musicales*” (Perú).

42. Ambas denominaciones son imperfectas, porque la figura contractual que se estudia es más amplia que la del editor común de obras gráficas (pues la del editor musical implica otras gestiones además de la producción, publicación y distribución de ejemplares), y la expresión “*divulgación*” que acompaña a la palabra “*edición*” en ciertos textos no deja de ser confusa, ya que se puede confundir con el hecho de la “*divulgación de la obra*”, ejercicio del derecho moral que consiste en

³ Comenta Lipszyc que las obras musicales están destinadas fundamentalmente a ser ejecutadas, de manera que la edición en papel nunca fue su forma de explotación típica, sino el punto de partida para que la ejecución pudiera realizarse, aunque, originariamente, la impresión gráfica de las partituras musicales tenía una importancia comparable, en cierta medida, a la edición de obras literarias (V.: LIPSZYC, Delia: “*Derecho de autor y derechos conexos*”. Ob. Cit. p. 301).

dar a conocer la obra al público por primera vez, lo que no hace a la esencia del contrato de edición musical, que bien puede tener por objeto una obra ya divulgada con anterioridad.

43. De allí que utilicemos la denominación más próxima a lo que hace a la esencia de esta figura contractual, vale decir, la de edición-difusión de la obra musical.

44. Pero mientras algunas leyes se limitan a señalar que las disposiciones relativas al contrato de edición (en el sentido tradicional) se aplican, “*salvo que la naturaleza de la explotación de la obra lo excluya, a los contratos de edición de obras musicales*” (Ecuador), otras simplemente incluyen algunas disposiciones particulares para la edición musical en el título o capítulo relativo a la edición en general (Colombia, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Panamá, República Dominicana), como las siguientes:

- a. El contrato de edición es válido aunque no se exprese el número de ejemplares (“*partituras*”), siempre que se confeccionen en cantidad suficiente para atender las necesidades normales para la explotación (España).
- b. El convenio queda rescindido de pleno derecho si el editor, en un plazo determinado, no pone en venta la cantidad suficiente de ejemplares como para difundirla, no reemprende la venta si la tirada inicial está agotada (Colombia, El Salvador, Paraguay, Perú) o no ha realizado ninguna gestión para la divulgación de la obra (República Dominicana).
- c. El autor tiene derecho a rescindir el contrato si la obra no ha rendido beneficios en un período fijado por la ley y el editor no demuestra haber realizado actos positivos para su difusión (Colombia, El Salvador, Paraguay, Perú, República Dominicana).
- d. Se ordena la aplicación de la normativa del contrato de edición de obras literarias, en lo pertinente, a la edición de obras musicales, salvo en las disposiciones específicas que respecto de este último contemple la misma ley (Colombia, Ecuador, El Salvador, Panamá, República Dominicana).
- e. Se aplican a las ediciones musicales algunas disposiciones específicas del contrato de edición, por ejemplo, sobre la quiebra del editor y acerca de la legitimación procesal (Paraguay) o en relación con los períodos de liquidación y también respecto de la legitimación del editor para actuar frente a terceros (Perú).

45. Sin perjuicio de lo anterior, ciertos textos normativos nacionales han “*independizado*” el contrato de edición musical, dadas sus particulares características, confiriéndole un tratamiento separado y autónomo (México, Paraguay, Perú).

Concepto.

46. Como regla general se entiende que el contrato de edición-difusión de obras musicales es aquel por el cual el autor cede al editor el derecho exclusivo de edición y lo faculta para que por sí o por terceros, realice la fijación y la reproducción sonora de la obra, la adaptación audiovisual, la traducción, la sub-edición y cualquier otra forma de utilización de la obra que se establezca en el contrato, quedando obligado el editor a su más amplia divulgación, por todos los medios a su alcance, percibiendo por ello la participación en los rendimientos pecuniarios que ambos acuerden.

47. Sin embargo, para algún texto legal, el editor musical no puede realizar la sincronización audiovisual, la adaptación con fines publicitarios o la traducción, arreglo o la adaptación de la obra musical, si no cuenta, en cada caso, con la autorización expresa del autor o de sus causahabientes (México).

48. Bajo la figura contractual motivo de estos comentarios, el “*editor musical*” se convierte en un “*empresario*” o en un “*promotor*” del autor y de la obra objeto de la cesión porque, como afirma Uchtenhagen, la mejor música en los mejores discos se quedaría en los almacenes si no se ofrece incansablemente y con grandes gastos, inclusive mediante la visita regular a los estudios de radio y televisión para recomendar, insistentemente, los fonogramas más recientes; la toma de contacto con los intérpretes más famosos para animarles a cantar esta o aquella obra; la visita a todas las ferias musicales y la participación en los festivales de música con el fin de promocionar la composición; la distribución gratuita de ejemplares y otras funciones más que no sólo son indispensables para el editor con el fin de tener el mayor éxito en su actividad, sino también de la mayor importancia para el autor^{4 5}, ya que ambos participan en los rendimientos pecuniarios obtenidos con la explotación de la obra en la proporción convenida en el contrato.

Características.

49. La propia definición del contrato de edición-difusión de obra musical es compleja y de su propio contenido surgen sus características, conforme a las consideraciones siguientes:

⁴ V.: UCHTENHAGEN, Ulrich: “*El contrato de edición en el ámbito musical*”, en el libro-memorias del V Congreso Internacional sobre la protección de los Derechos Intelectuales. Buenos Aires, 1990. p. 25.

⁵ Entre otras actividades, adicionales a las indicadas por Uchetnhagen se encuentran, por ejemplo, la promoción de la obra ante las agencia publicitarias para lograr la sincronización remunerada de la obra en mensajes comerciales; con los productores de “*multimedia*” y de “*bases de datos*” para que incluyan la obra en sus producciones y colecciones; y ante los “*proveedores de contenidos*” en las “*redes de la información*” (como *Internet*), para que incorporen a la obra en sus servicios de transmisión por la red.

- a. Se trata de una cesión, lo que implica una transferencia de derechos y no una simple licencia de uso, ya que el editor musical puede, a su vez, transferir sus derechos a un tercero (por ejemplo, a los sub-editores en el extranjero), lo que implica que es un titular del derecho cedido por el autor y no, simplemente, un licenciatario de los mismos.
- b. Como regla general, se pacta la exclusividad de la cesión a favor del editor-difusor (al igual que sucede en el contrato de edición gráfica), en principio contrario a la regla común a los contratos de cesión en general donde la no exclusividad se presume y la exclusiva debe probarse.
- c. El concepto de edición-difusión musical no está restringido a la edición gráfica de la partitura, sino a la publicación de la obra, es decir, a la producción de ejemplares de la misma, lo que no solamente se produce con la edición de la partitura en papel, sino también, por ejemplo, a través de una grabación sonora. De allí que entre los derechos cedidos al editor musical esté el de “*fijación y reproducción fonomecánica de la obra*”.
- d. Pero, además, el contenido de los derechos cedidos va más allá del derecho de reproducción (en partituras u otro tipo de ejemplares), porque alcanza también al derecho patrimonial de transformación, pues generalmente comprende la facultad para el editor de hacer o autorizar la adaptación audiovisual y la traducción de la obra, la utilización de la obra en álbumes y de editar separadamente la letra y la música, entre otros.
- e. A esos derechos se agregan los de “*sub-edición*”⁶, así como “*cualquier otra forma de utilización de la obra que se establezca en el contrato*”, lo que con la mayor frecuencia ocurre respecto del derecho de comunicación pública, sea a título de “*cesión*” o bien bajo la figura de una participación del editor en los beneficios derivados de esa modalidad de explotación de la obra.
- f. El “*cedente*” es el compositor de una obra musical (y, en su caso, el autor de la letra), pero también lo puede ser su derechohabiente, como titular derivado, sea por transmisión *mortis causa* o bien por transferencia entre vivos, con las limitaciones legales respecto de la transmisión a terceros de los derechos transferidos al cesionario.
- g. El “*cesionario*” es el editor-difusor musical, persona natural o jurídica a quien

⁶ Uchtenhagen define a los subeditores como aquellas personas que reciben, asignadas por el editor original (es decir, de aquel editor que concluye un contrato de edición con el autor), los derechos de edición para un territorio geográfico determinado (V.: UCHTENHAGEN, Ulrich: “*La protección de las obras musicales*”, en el libro-memorias del IV Congreso Internacional sobre la protección de los Derechos Intelectuales. Ciudad de Guatemala, 1989. p. 103).

le son cedidos los derechos ya mencionados y cualquier otro transmisible que figure en el contrato.

- h. El contrato no se celebra por un número de ediciones sino por un tiempo determinado, el cual, según las prácticas usuales y salvo alguna limitación legal al respecto, se extiende por toda la duración del derecho⁷.
- i. En cuanto a la participación económica del autor y del editor, las prácticas contractuales más adoptadas establecen que el autor cede al editor hasta un 33,33% de los beneficios provenientes de la utilización de la obra en el país del contrato y hasta un 50% de los ingresos provenientes del exterior.
- j. Finalmente, el contrato de edición de obras musicales contiene una excepción al principio general según el cual los efectos de la cesión se limitan al ámbito territorial expresamente convenido y, a falta de mención expresa al respecto, al del país del otorgamiento, ya que si, conforme a la definición de este contrato, el autor cede al editor el derecho de sub-edición y éste significa la transmisión del derecho a terceros para otros territorios (sub-editores), parece evidente que los efectos del contrato se extienden a todo el mundo, previsión que por lo demás es común en la figura contractual que se comenta.⁸

Obligaciones del cedente.

50. Son deberes del titular del derecho objeto del contrato de edición-difusión de obras musicales:

- a. Entregar al editor un ejemplar de la obra cedida, que puede serlo en partitura o a través de un soporte sonoro.
- b. Ceder al editor, en forma exclusiva, los derechos de reproducción, adaptación audiovisual, traducción y cualquier otro previsto en el contrato⁹.
- c. Transferir igualmente al editor el derecho de sub-edición, de modo que el editor ya no necesita del consentimiento del cedente para transferir, en cada

⁷ Sobre la práctica contractual comparada, véase a VENTURA VENTURA, José Manuel: “*La edición de obras musicales*”. Ed. Centro de Estudios Empresariales. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 2000.

⁸ En ese sentido, señala Lipszyc (Ob. Cit. pp. 304-305), el contrato de subedición es el medio de que se vale el editor originario para lograr el objetivo de difundir las obras en todas las áreas geográficas para conseguir una utilización mundial.

⁹ Como regla general, la cesión de los derechos de adaptación y traducción en el contrato de edición de obras musicales, comprenden el de realizar o autorizar, por ejemplo, arreglos y orquestaciones, sincronizaciones en obras audiovisuales y mensajes publicitarios y otras de similar naturaleza, sin perjuicio del derecho moral e irrenunciable del autor a la integridad de su obra.

- oportunidad, su derecho a terceros (sub-editores), como es la regla general prevista en muchas legislaciones.
- d. Compartir con el editor los beneficios derivados de la explotación de la obra, de acuerdo a los porcentajes determinados contractualmente.
 - e. Garantizar al editor el goce y el ejercicio pacífico de su derecho, como en cualquier otra cesión de derechos de explotación.

Obligaciones del editor-difusor musical.

51. Son obligaciones del cesionario en el contrato de edición-difusión de obras musicales, las siguientes:

- a. Respetar el derecho moral el autor, dado su carácter inalienable e irrenunciable.
- b. Editar la obra, por sí o por terceros, en soportes gráficos o sonoros.
- c. Realizar todas las gestiones conducentes a la difusión de la obra, por todos los medios a su alcance.
- d. Liquidar periódicamente las remuneraciones al autor dentro del plazo establecido por la ley (o, en su defecto, el convenido por las partes), así como presentarle un estado de cuentas y permitirle en forma periódica la verificación de los documentos y comprobantes demostrativos.

Extinción del contrato.

52. El contrato de edición musical se extingue por el vencimiento del plazo acordado por las partes.

53. Pero además, como ya fue visto, muchos ordenamientos conceden al autor el derecho de darlo por resuelto (con variantes entre uno y otro texto), si el editor no ha editado o publicado la obra o no ha realizado ninguna gestión para su divulgación en el plazo establecido contractualmente o, en su defecto, el previsto en la propia ley (Colombia, El Salvador, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana).

54. Igualmente, varios textos nacionales disponen que el autor puede pedir la resolución del contrato si la obra musical o dramático-musical no ha producido

beneficios económicos en un lapso determinado por la ley y el editor no demuestra haber realizado actos positivos para la difusión de la misma (Colombia, El Salvador, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana).

55. Las anteriores causales sugieren lo siguiente:

- a. Es posible que el editor no haya editado o publicado la obra (en el sentido de una producción de ejemplares gráficos puestos a disposición del público), pero sí, por ejemplo, producido una grabación sonora no destinada a su distribución al público y con ella haya realizado todas las gestiones dirigidas a la difusión de la obra en el plazo establecido en el contrato (o en el supletorio establecido por la ley), de manera que la ausencia de éxito de la obra no le sea imputable, en cuyo caso no debería proceder la resolución.
- b. El éxito de una obra puede ser –y de hecho lo es–, muy aleatorio, dependiendo, entre otras cosas, de las condiciones del mercado o del gusto del público en un determinado momento, de manera que la ausencia de beneficios económicos puede ser extraña a la labor del editor, si éste ha realizado todas las gestiones conducentes a su difusión¹⁰, supuesto en que tampoco puede proceder la resolución del contrato.

IV

LOS CONTRATOS DE REPRESENTACIÓN TEATRAL Y DE EJECUCIÓN MUSICAL

Introducción.

56. Por tradición (y siendo una de las modalidades más antiguas de explotación de las obras, especialmente escénicas), el contrato de representación aparece regulado especialmente en la mayoría de las legislaciones latinoamericanas.

57. Aunque la expresión “*representación*”, en sentido estricto, se refiere al espectáculo “*en vivo*”, es decir, con los intérpretes o ejecutantes de la obra actuando frente al público, algunas legislaciones le dan a ese vocablo una connotación más amplia, cuando:

¹⁰ Es común en la práctica que el éxito de una obra musical, a pesar de la diligencia del editor, ocurra años después de haberse iniciado su promoción, por ejemplo, cuando se logra su inclusión en un filme o en una telenovela, se convence a un artista famoso para que la interprete o si un determinado estilo “*se pone de moda*”.

- a. Para alguna ley (Chile), el contrato de representación versa únicamente sobre el espectáculo “*en vivo*” (esencialmente dramático o dramático-musical), y sólo se aplica por extensión a “*la ejecución singularizada de una o varias obras musicales y la recitación o lectura de las obras literarias en público ... en cuanto les fueren aplicables*”.
- b. Ciertos textos, siguiendo la tradición francesa, no solamente denominan “*representación*” al “*espectáculo viviente*”, sino que extienden su sentido a la ejecución pública, a la radiodifusión o a la exhibición cinematográfica de cualesquiera obras (Argentina, Brasil, Honduras).
- c. Otros ordenamientos consideran “*representación pública*” a toda aquella que se realice fuera del domicilio privado, sea “*en vivo*” (lo que sería representación *stricto sensu*) o “*fijada*” y/o “*transmitida*” por radio o televisión (Bolivia, Colombia, República Dominicana).
- d. Muchas leyes ordenan aplicar las disposiciones del contrato de representación, *mutatis mutandis*, a las demás modalidades de comunicación pública (Ecuador, Nicaragua, Venezuela), con lo cual regulan, en un mismo conjunto de dispositivos, a dos convenios que, a su vez, versan sobre dos modalidades distintas de explotación, vale decir, la representación de obras escénicas (dramáticas, dramático-musicales, coreográficas, pantomímicas) y la ejecución o transmisión de otras obras por diversos medios como la radiodifusión, la transmisión por cable o la ejecución a través de aparatos reproductores de sonidos, entre otras.
- e. Otras extienden las regulaciones del contrato de representación teatral, exclusivamente a la ejecución de obras musicales (España), pero algunas de ellas, a pesar de esa extensión aparentemente limitada, finalizan ordenando la aplicación de esas disposiciones también a las demás modalidades de comunicación pública de cualesquiera obras (El Salvador, Panamá, Paraguay, Perú), a cuyos efectos el intérprete debe acudir como referencia a las diversas formas de comunicación pública que a título enunciativo aparecen mencionadas en el capítulo correspondiente a las facultades que conforman el derecho patrimonial.

58. Pero algunos textos optan por una regulación separada, es decir, por una parte, el contrato de representación (aunque se incluyan allí algunos modos de comunicación que no constituyen un “*espectáculo viviente*”), por una parte; y, por la otra, el de comunicación pública de obras musicales (República Dominicana) o el de ejecución pública de obras musicales (Colombia).

59. Todas las variantes legislativas señaladas reflejan las dificultades para co-

mentar las características del contrato en referencia pues, como dice Colombet, los límites del contrato dependen de la definición de representación que da la ley¹¹.

60. Por su parte, el Glosario de la OMPI entiende como representación o ejecución a la interpretación de una obra a un grupo de auditores o espectadores en presencia de los mismos, mediante acciones tales como la escenificación, recitación, canto o danza¹², con lo que, en principio, entiende a la representación como el “*espectáculo viviente*”.

61. Pero como también en la definición anotada se comprende a la ejecución musical y dada la influencia francesa (que, como se dijo, hace comprender también en el concepto de representación la que se realiza en forma indirecta, es decir, sin la presencia personal de los intérpretes o ejecutantes), el mismo glosario agrega como modalidades de representación o ejecución públicas a las realizadas con ayuda de mecanismos o procesos técnicos tales como micrófonos, receptores de radio o televisión, tocadiscos, o por proyección.¹³

Concepto.

62. Algunos textos legales definen al contrato de representación teatral o de ejecución musical (con algunas variantes de estilo entre unas y otras), como aquel por el cual el autor, sus derechohabientes o la sociedad de gestión correspondiente, ceden o licencian a una persona natural o jurídica, el derecho de representar o ejecutar públicamente una obra literaria, dramática, musical, dramático-musical, pantomímica o coreográfica, a cambio de una compensación económica (Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú).

63. La anterior definición debe interpretarse conjuntamente con otras disposiciones que contienen una enumeración ejemplificativa de los actos que comprenden la comunicación pública de las obras (sean musicales o de otro género, como las dramáticas, las pantomímicas, las coreográficas o las audiovisuales), o que contemplan excepciones al derecho exclusivo del autor de autorizar o no la comunicación pública de sus obras, ya que el ámbito doméstico no es la única limitación existente respecto de ese derecho de explotación sino también otras formas de comunicación permitidas por la ley, sin la autorización del autor ni pago de remuneración, como fue visto en la unidad 5 de este módulo.

¹¹ V.: COLOMBET, Claude: “*Grandes principios del derecho de autor y los derechos conexos en el mundo*” Ob. Cit. p. 120.

¹² V.: Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI): “*Glosario de Derecho de Autor y Derechos Conexos*” (autor: György Boytha). Ginebra, 1980. Voz 178. p. 182.

¹³ Idem.

64. Otra ley alude al contrato de representación o ejecución pública, para referirse a aquel en que el autor o sus derechohabientes otorgan a la entidad correspondiente su consentimiento para realizar “*la primera representación pública de una obra dramática o dramático-musical o la primera ejecución pública de una obra musical*” (Cuba), de lo que no se desprende con claridad si la figura se aplica igualmente cuando tal representación o ejecución se realiza sobre una obra ya divulgada, al menos por el mismo medio.

65. En todo caso, debe hacerse notar que en el contrato de representación o ejecución, cuando se celebra entre el titular del derecho o su representante y una emisora de radio o televisión, el único cesionario o licenciataria autorizado en el convenio para la utilización de la obra (o del repertorio licenciado por la entidad de gestión) es la estación transmisora y no quienes realizan una utilización secundaria de la misma, razón por la cual la autorización concedida a las empresas de radio, de televisión o cualquier entidad emisora, no implica facultad alguna para la recepción de dichas emisiones y su utilización por terceros, en público o en lugares donde éste tenga acceso, requiriéndose para ello el permiso expreso de los autores de las obras correspondientes o de la entidad que los represente.¹⁴

66. De igual modo y como consecuencia del principio sobre la “*independencia de los derechos*”, la autorización para representar o ejecutar una obra no comprende ninguna otra modalidad de utilización, sea por una comunicación distinta a la expresamente autorizada o bien por cualquier otra forma de explotación, por ejemplo, a través de su reproducción o por medio de la distribución de ejemplares.

67. La contraprestación económica a que tiene derecho el cedente o licenciante, por la representación o ejecución de la obra admite dos formas de fijación: la primera, de acuerdo a lo pactado en el contrato; la segunda, conforme a la tarifa publicada al efecto por la respectiva sociedad de gestión colectiva.

Características.

68. El contrato en estudio admite dos probabilidades: la de una “*cesión*” de derechos patrimoniales o la de una “*licencia*” o autorización de uso de la obra.

¹⁴ El principio comentado armoniza con otras disposiciones contenidas en las leyes nacionales, cuando contemplan como modalidades distintas de comunicación pública de una obra, la transmisión por radio-difusión o por medio de conductores físicos (tales como el hilo, el cable o la fibra óptica) y la captación, en lugares de acceso público, de la obra difundida por radio o televisión, y del mismo modo concuerda con principios de universal adopción, según los cuales cada una de las modalidades de utilización de las obras es independiente de las demás y sobre cada forma de uso debe existir autorización expresa.

- a. Aunque algunas leyes, al definir el contrato señalan que el autor “cede” el derecho al empresario (El Salvador, España, Venezuela) con lo cual parecería que es de su esencia que haya una “cesión”, ya se ha visto que el autor siempre puede optar por conceder una “licencia” o autorización de uso, en vez de “ceder” su derecho.
- b. Nada distinto ocurre cuando la ley aplicable dispone que el autor “concede” el derecho al empresario (Chile, México) o lo “autoriza” para la representación teatral o, en su caso, para la ejecución musical (Nicaragua, República Dominicana).
- c. Y siempre quedan las leyes que plantean expresamente, inclusive para los contratos en general, las dos alternativas: que el autor “ceda” o que el autor “licencie” o “autorice” (Ecuador, Guatemala, Honduras, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Venezuela).

69. Cuando se opta por la figura de la licencia, ésta puede ser “exclusiva” (en casos especiales, por ejemplo cuando se trata de la representación teatral de una obra singularizada), aunque sea temporal y limitada territorialmente; o “no exclusiva”, más generalizada cuando se refiere a “repertorios” de obras, como las que conceden las sociedades de gestión colectiva en relación con el catálogo que administran.

70. Pero no es de olvidar que, como principio general, toda cesión y cualquier licencia de uso se presumen otorgadas a título “no exclusivo”, salvo que la ley expresamente establezca lo contrario, lo que ocurre con aquellos textos que reconocen al empresario en el contrato de representación teatral un derecho de exclusiva por un tiempo determinado, a menos que las partes hayan convenido otra cosa (Chile, Ecuador).

71. En cualquier caso, deben señalarse como particularidades propias de los contratos de representación y de ejecución musical, las siguientes:

- a. Pueden celebrarse por tiempo determinado o por un número específico de representaciones o ejecuciones públicas.
- b. El pacto a término es frecuente en aquellas comunicaciones públicas en las cuales es difícil determinar el número de representaciones o ejecuciones que autoriza el titular del respectivo derecho, como ocurre con las licencias globales por todo un repertorio (“contratos de repertorio”), que conceden generalmente las sociedades de gestión colectiva para las ejecuciones musicales en locales públicos o a través de la radio o la televisión.

- c. Por el contrario, el contrato por un número determinado de representaciones se celebra generalmente acerca de obras especialmente singularizadas y cuya cantidad de comunicaciones resulta fácilmente determinable, como en los conciertos “*en vivo*” de un determinado artista o en las representaciones de una obra teatral.
- d. Las diferencias que anteceden influyen en el sistema tarifario -es decir, en la remuneración correspondiente a los autores o sus derechohabientes-, ya que mientras en las licencias de repertorio se aplica con frecuencia el sistema de una remuneración global por el uso de todo un catálogo de obras o, incluso, una contraprestación fija (que en algunas leyes solamente es permitido en supuestos de excepción), en las licencias individuales el régimen ordinario es el de la remuneración proporcional a los ingresos obtenidos por el empresario en la explotación de la obra, por ejemplo, un porcentaje sobre el precio de las entradas.
- e. Cuando el contrato se celebra con carácter exclusivo, algunas leyes limitan su validez en el tiempo (España, Paraguay, Perú, Venezuela), salvo pacto expreso en contrario.
- f. También, salvo convenio o disposición legal en contrario, el contrato no confiere al empresario ningún derecho de exclusiva o monopolio de explotación, lo que quiere decir que concurre con otros cesionarios o licenciarios en el uso de la misma obra, incluso con el propio cedente o licenciante.
- g. Algunos ordenamientos disponen que si se trata de una cesión o una licencia con carácter exclusivo, la falta o interrupción de las representaciones en el plazo acordado por las partes, pone fin al contrato de pleno derecho.
- h. El anterior dispositivo debe interpretarse como referido a las cesiones o licencias exclusivas (porque el titular del derecho se ve impedido de ceder o licenciar a otro para explotar la misma obra) y fundamentalmente aplicable a los casos de contratos de representación o ejecución que tengan por objeto una o varias obras especialmente determinadas (una obra dramática o dramático-musical), porque constituye una obligación del empresario el representarla o ejecutarla, pero no a los casos en que la cesión o la licencia es otorgada por una sociedad de gestión colectiva sobre todo un repertorio, constituido generalmente por centenares de miles de obras, caso en el cual el empresario no se compromete a utilizar todas y cada una de ellas, sino las que se corresponden con la naturaleza del negocio, el gusto del público, los horarios de transmisión, etc.

Obligaciones del cedente o licenciante.

72. Son deberes del titular del derecho objeto de la cesión o la licencia:

- a. Entregar al empresario un ejemplar de la obra cedida, cuando ello sea necesario a los fines de la representación o ejecución, lo que no se aplica cuando la comunicación se realiza a partir de soportes disponibles en el comercio (v.gr.: discos y audiocassettes).
- b. Garantizar al empresario el goce y el ejercicio pacífico de su derecho, como corresponde en general a cualquier clase de cesión o de licencia.

Obligaciones del empresario.

73. De acuerdo a las características del contrato y las disposiciones legales aplicables, los principales deberes del cesionario o, en su caso, licenciataria del derecho de representación o ejecución, son:

- a. Respetar el derecho moral del autor, obligación común a todo contrato de cesión o licencia de uso y que surge del carácter inalienable e irrenunciable del derecho moral, de manera que el autor tiene, por ejemplo, el derecho de exigir que se anuncie su nombre o seudónimo en toda comunicación de la obra o que se difunda en forma anónima y de oponerse a todo atentado contra la integridad de la misma.
- b. Representar o comunicar la obra, cuando corresponda, según los términos del contrato. En ese sentido -comenta Satanowsky-, el autor, al transferir los derechos sobre su obra, ha tenido en cuenta la publicidad y difusión que significa su representación y ejecución pública, y la falta de ejercicio de estas actividades le causa un perjuicio material y moral, de manera que el autor tiene derecho a exigir del cesionario que represente o ejecute públicamente su obra dentro del plazo y en las condiciones convenidas.¹⁵
- c. Anunciar a los autores (así como a los intérpretes principales), a menos que se amparen expresamente en el derecho al anónimo.
- d. Garantizar y facilitar al autor o a sus representantes la inspección de la representación o ejecución y la asistencia a las mismas gratuitamente. Esta obligación va dirigida a posibilitar al titular del derecho (el autor, su derechoha-

¹⁵ SATANOWSKY, Isidro: “*Derechos Intelectuales*”. Ob. Cit. Tomo I. p. 460.

biente o la sociedad de gestión colectiva que administre sus derechos), la constatación del uso de las obras objeto de la representación o ejecución, así como la de todos aquellos datos necesarios para determinar, por ejemplo, el número de asistentes o la cantidad de entradas vendidas.

- e. Satisfacer puntualmente la remuneración convenida, deber implícito en la presunción *iuris tantum* de onerosidad de todos los contratos autorales de cesión y de licencia y que, conforme a muchas legislaciones, debe consistir en una contraprestación proporcional a los ingresos que obtenga el cesionario o licenciario por la explotación de la obra, salvo supuestos de excepción expresamente contemplados en el texto legal. En cualquier caso, es ilícita toda representación o ejecución de la obra (o cualquier otro acto de comunicación pública de la misma) que se realice sin el consentimiento previo y escrito del titular del derecho. En los supuestos de remuneración proporcional, ésta se determina, generalmente, en un porcentaje fijado sobre el monto de la entrada o, cuando se trata de la comunicación pública de todo un repertorio (como en la ejecución de obras musicales a través de la radio o la televisión), en un tanto por ciento de los ingresos totales obtenidos por el cesionario por su actividad como comunicador.
- f. Informar al titular del derecho o a su representante del contenido de la representación o ejecución, mediante la presentación del programa exacto de la representación o ejecución, anotando al efecto, de ser el caso, en planillas diarias las obras utilizadas y sus respectivos autores, las mismas que deben contener los datos del empresario responsable. El cumplimiento de esta obligación depende de las características de la representación o ejecución pues está referida, fundamentalmente, a aquellos supuestos en que la comunicación versa sobre un catálogo limitado de obras (recitales y conciertos) o existen los medios técnicos para determinar las obras del repertorio licenciado que han sido objeto de la comunicación (v.gr.: por radio o televisión), pero resulta imposible cuando las características de la utilización del repertorio impiden esa anotación o identificación de las obras utilizadas y sus respectivos autores (v.gr.: mediante aparatos difusores de sonido en salas de baile, bares o restaurantes).
- g. Si la remuneración al titular del derecho se ha establecido en una remuneración proporcional a los ingresos obtenidos por el utilizador de la obra, éste debe permitirle al cedente o licenciante el acceso a aquellos elementos que le permitan verificar esos ingresos y, en consecuencia, su propio beneficio, razón por la cual, en ese supuesto, algunas leyes imponen al empresario la obligación de rendir cuentas al cedente.

Extinción del contrato.

74. Además de las causas generales de terminación de los contratos de acuerdo al derecho común, el contrato de representación se extingue:

- a. Por vencimiento del plazo, cuando se haya celebrado por tiempo determinado.
- b. Por cumplimiento del contrato, al efectuarse el número de representaciones o ejecuciones acordadas.
- c. Por el vencimiento de un plazo tácito, que se entiende cuando ya no haya concurrencia de público¹⁶, el cual, aunque resulta de la propia naturaleza del contrato, figura de manera explícita en algunos ordenamientos (Bolivia, Colombia, República Dominicana).
- d. Por falta o interrupción de las representaciones o ejecuciones en el plazo acordado por las partes, si se trata de derechos exclusivos.

V

EL CONTRATO DE INCLUSIÓN FONOGRAFICA

Introducción.

75. A reserva de lo que se estudiará con detalle sobre el fonograma y su productor en la unidad 3 del módulo 4, el análisis del contrato de inclusión fonográfica parte de dos conceptos fundamentales, a saber:

- a. Fonograma, es decir, los sonidos de una ejecución o de otros sonidos, o de representaciones digitales de los mismos, fijados por primera vez en forma exclusivamente sonora, siendo copias del fonograma las grabaciones gramofónicas, magnetofónicas y digitales.
- b. Productor de fonogramas, o sea, la persona natural o jurídica bajo cuya iniciativa, responsabilidad y coordinación, se fijan por primera vez los sonidos de una interpretación o ejecución u otros sonidos, o representaciones digitales de los mismos.

¹⁶ V.: CUÉ BOLAÑOS, Angelina: “Ambito de protección del derecho de autor: obra dramática (representación)”, en el libro-memorias del VI Congreso Internacional sobre la protección de los Derechos Intelectuales. Ciudad de México, 1991. p. 62.

76. Es así como la actividad del productor fonográfico es de carácter económico-técnico-empresarial, mediante la cual logra una fijación sonora (fonograma), donde generalmente se incorpora una obra musical preexistente y una interpretación o ejecución artística y que se reproduce, a su vez, en copias de fonogramas (audiocassettes, cintas y discos digitales), con miras a su distribución al público y a su ejecución pública.

77. Por esa labor, el productor fonográfico goza de un derecho “conexo” sobre su fonograma pero, a su vez, ese productor es un “usuario” del derecho de autor, pues la fijación que realiza (a menos que se trate de ruidos naturales o de obras caídas en el dominio público), constituye un acto incluido en el derecho de reproducción sobre la obra, exclusivo del autor, razón por la cual dicha grabación supone el consentimiento del titular del derecho sobre la creación.

Denominación.

78. Aunque tradicionalmente el contrato de inclusión de obras en fonogramas se denominaba “*de reproducción mecánica*” (y las remuneraciones derivadas de la explotación de esas obras en dichas grabaciones sonoras como “*derechos fonomecánicos*”), hoy el nombre debe responder al “*entorno digital*”, donde no existe una reproducción mecánica sino la fijación de la representación de los sonidos y la obtención de copias por medios electrónicos.

79. Tal es la razón de la tendencia legislativa actual en llamar a esta figura como “*contrato de inclusión en fonogramas*”, lo que comprende tanto la analógica como la digital¹⁷.

Concepto.

80. Algunas legislaciones definen al contrato de inclusión fonográfica como aquel donde el autor de una obra musical, o su representante, autoriza a un productor de fonogramas, mediante remuneración, a grabar o fijar una obra para reproducirla sobre un disco fonográfico, una banda magnética, un soporte digital o cualquier otro dispositivo o mecanismo análogo, con fines de reproducción y venta de ejemplares (Bolivia, El Salvador, Panamá, Paraguay, Perú).

¹⁷ Para una mayor información sobre el contrato en comento, véase a BRACAMONTE ORTIZ, Guillermo: “*Los contratos en derecho de autor y derechos conexos. El contrato de inclusión fonográfica*”. Trabajo publicado en el Libro-Memorias del III Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos. Ed. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)/Instituto Interamericano de Derecho de Autor (IIDA)/República Oriental del Uruguay. Montevideo, 1997; y a LIPSZYC, Delia: “*Derecho de Autor y Derechos Conexos*”. Ob. Cit. pp. 324-331.

81. Sin embargo, el anterior concepto peca por defecto, ya que el objeto de la grabación puede ser de una obra no musical (un poema declamado, una copla recitada, un discurso), razón por la cual otros ordenamientos definen más exactamente a este contrato como aquel por el cual el autor autoriza al productor, mediante una remuneración previamente acordada, a fijar la obra en un fonograma para su reproducción y distribución (República Dominicana), u otra fórmula similar (Colombia, Honduras).

82. Con fines meramente aclaratorios (porque el principio surge de la “*independencia de los derechos*”), algunos textos señalan que la autorización concedida al productor fonográfico no comprende el derecho de comunicación pública (Colombia, Honduras, Panamá, República Dominicana).

Características.

83. En general, las características del contrato de inclusión fonográfica son similares, *mutatis mutandis*, a las del contrato de edición, aunque con algunas particulares características (varias de las cuales surgen de su propia definición), a saber:

- a. Generalmente se trata de un contrato de “*licencia*” y no de “*cesión*”, ya que el concepto del mismo citado *supra* y adoptado por varias legislaciones nacionales (Bolivia, Colombia, Ecuador, El Salvador, Honduras, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana), emplea la expresión “*autorizar*” y no “*ceder*”, de modo que el titular del derecho sobre la obra no hace ninguna transferencia al productor, sino que le concede un permiso para su utilización en un fonograma.
- b. Sin embargo, la tendencia reciente en las leyes latinoamericanas es a disponer que las licencias de uso se rigen por las estipulaciones del contrato respectivo “*y las atinentes a la cesión de derechos, en cuanto sean aplicables*”, lo que excluye, por no ser pertinente, la transmisión de derechos cuando se trata de una licencia.
- c. Pero se trata de un contrato de licencia o autorización que tiene sus propias peculiaridades, ya que mientras la licencia común es intransferible, en el contrato que nos ocupa la autorización otorgada al productor por el autor o el editor (o por la entidad de gestión que los represente), para incluir la obra en un fonograma, concede generalmente al autorizado el derecho a reproducir u otorgar licencias a terceros para la reproducción de su fonograma, condicionada al pago de una remuneración.

- d. Ello se debe a que si bien el productor fonográfico no es un titular de derechos sobre las obras que incluye en su fijación sonora (pues lo que ostenta es una licencia), sí es un titular de derechos sobre su fonograma. De allí que algunos ordenamientos disponen que el productor fonográfico puede, a su vez, otorgar licencias a terceros para la reproducción de su fonograma (Honduras, Paraguay, Perú), lo que además es práctica común en las previsiones contractuales contenidas en esta clase de contratos.
- e. En todo caso, la licencia que se otorga al productor por el contrato que se estudia, sigue siendo no exclusiva, de modo que el licenciataria (productor fonográfico) queda facultado para utilizar la obra mediante su inclusión en el fonograma, pero esa autorización no le confiere ningún monopolio en su explotación, de modo que concurre con el propio licenciante (autor u otro titular de los derechos) y otros licenciarios, en el uso de la creación, inclusive en la misma modalidad de utilización. Ello quiere decir que el autor puede licenciar también a otros productores fonográficos para que hagan su propia fijación de la misma obra.
- f. Nada impide que por vía contractual se sustituya la licencia por una cesión y que ésta se conceda con carácter de exclusiva, aunque ello no hace a la generalidad de los casos en la práctica.
- g. El objeto del contrato es el derecho de fijar la obra en un fonograma¹⁸, así como de reproducir esa fijación en copias, con miras a su comercialización. Si bien es cierto que la mayoría de las veces esa fijación versa sobre una obra musical, también lo puede ser de otro género susceptible de interpretación o ejecución, como ya fue visto.
- h. La licencia concedida por el contrato de inclusión en fonogramas no se extiende a otros modos de utilización de la obra, conforme al principio general por el cual los efectos de la cesión (aplicables también a las licencias), se limitan a las formas de utilización previstas en el contrato. Por ello, la autorización concedida al productor fonográfico no comprende el derecho de comunicación pública de la obra contenida en el fonograma, ni de ningún otro derecho distinto al expresamente autorizado.
- i. A diferencia del contrato de edición (donde el autor limita, por lo general, el número de ejemplares que conforman la edición o ediciones de la obra), en el

¹⁸ Zea, al comentar la definición de la ley colombiana, la critica, porque señala que no es la obra la que se fija, sino los sonidos de su interpretación o ejecución (V.: ZEA FERNÁNDEZ, Guillermo: “*Contrato de inclusión en fonogramas y ejecución pública de obras musicales en la ley colombiana sobre derechos de autor*”, en el libro-memorias del Congreso Internacional sobre la protección de los Derechos Intelectuales. Caracas, 1986. p. 295).

de inclusión fonográfica no figura en principio esa limitación, pues es costumbre pactar el contrato de manera tal que el productor pueda realizar el número de reproducciones que estime conveniente, de acuerdo a las características del mercado y el éxito de la obra, obteniendo el autor una remuneración proporcional por los ingresos que se deriven de la venta de esas reproducciones.

- j. El licenciante es el autor de la obra, o un derechohabiente suyo (por acto entre vivos o por causa de muerte), que ostente el derecho objeto de la licencia, como lo es, por ejemplo, el editor musical, o sus respectivos representantes.
- k. Como regla general, el licenciante es una entidad de gestión colectiva, quien concede la autorización al productor fonográfico por todo un repertorio (“*licencia global*”) con carácter no exclusivo y en nombre de todo el catálogo de obras que administra.
- l. El licenciado es el productor fonográfico.

Obligaciones del licenciante.

84. Son obligaciones del titular del derecho objeto de la autorización:

- a. Entregar al productor un ejemplar de la obra (partitura, soporte sonoro), cuando ello sea necesario para su inclusión en el fonograma.
- b. Garantizar al productor el goce y el ejercicio pacífico del derecho licenciado, como corresponde a cualquier clase de contrato de esta naturaleza.

Obligaciones del productor fonográfico.

85. Son obligaciones del productor autorizado para la inclusión de la obra en el fonograma:

- a. Respetar los derechos morales de los autores y artistas intérpretes o ejecutantes, dado su carácter de inalienables e irrenunciables.
- b. Consignar en todos los ejemplares o copias del fonograma, incluso en aquellos destinados a su distribución gratuita, las indicaciones que figuren en la ley o se pacten en el contrato, entre ellas:

- i. El nombre de los autores y el título de las obras respectivas, conforme al derecho moral de paternidad y del derecho al título de la obra.
 - ii. La indicación de los intérpretes principales, la denominación de los grupos orquestales o corales y, en su caso, de los respectivos directores, también en respeto de los derechos morales de los artistas intérpretes o ejecutantes.
 - iii. Las siglas de la sociedad de gestión colectiva que administre los derechos sobre las obras incluidas en el fonograma, obligación que puede figurar en la propia ley (Bolivia, El Salvador, Panamá, Paraguay, Perú) o en las licencias globales generalmente pactadas entre las entidades de gestión colectiva y los productores fonográficos.
 - iv. La mención de reserva de derechos, tanto de los autores e intérpretes, como del propio productor de fonogramas, conforme al artículo 8 de la Convención de Roma sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión (Convención de Roma) y del artículo 5 de la Convención para la protección de los productores de fonogramas contra la reproducción no autorizada de sus fonogramas (Convención Fonogramas).
 - v. La razón o denominación social del productor (Bolivia, Brasil, Colombia, El Salvador, Ecuador, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana) y/o, bajo algunas legislaciones, además, la marca que lo identifique (Brasil, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú, República Dominicana).
- c. Satisfacer periódicamente al licenciante (autor, editor u otro titular del derecho), las remuneraciones pactadas en el contrato, así como a los artistas intérpretes o ejecutantes participantes en la grabación, sea directamente, a través de su representante autorizado, o bien por conducto de la sociedad de gestión colectiva que administre el repertorio correspondiente.
 - d. Llevar un sistema de registro que le permita la comprobación a los autores y artistas intérpretes o ejecutantes sobre la cantidad de reproducciones vendidas y permitir que éstos puedan verificar la exactitud de las liquidaciones de sus remuneraciones mediante la inspección de comprobantes, oficinas, talleres, almacenes y depósitos, sea personalmente, a través de representante autorizado o por medio de la entidad de gestión colectiva correspondiente.

Extinción del contrato.

86. Como regla general, las leyes nacionales que regulan el contrato de inclusión en fonogramas no contemplan causales específicas de extinción de ese contra-

to, de manera que son aplicables las genéricas previstas para los contratos de cesión o de licencia de derechos patrimoniales y las que resulten aplicables de acuerdo al derecho común.

87. En todo caso, si el contrato se ha pactado por un tiempo determinado, se extinguirá con el vencimiento del mismo y si se ha celebrado por la producción de un número especificado de ejemplares, al concluir esa producción, sin perjuicio del derecho del productor de mantener en venta los ejemplares invendidos al momento de la terminación del contrato, salvo estipulación en contrario.

VI

EL CONTRATO DE RADIODIFUSIÓN

Concepto.

88. Al iniciar el tema del contrato de radiodifusión debe recordarse que por radiodifusión se entiende la transmisión a distancia, por vía inalámbrica, vale decir, a través del espacio radioeléctrico, de sonidos o de imágenes y sonidos, de modo que comprende tanto la radiodifusión exclusivamente sonora como la televisiva.

89. Ahora bien, son pocas las leyes internas que se ocupan de regular expresamente y como un contrato típico al de radiodifusión (Ecuador, México, Paraguay, Perú), el cual es definido por la ley peruana como *“aquel mediante el cual el autor, su representante o derechohabiente, autorizan a un organismo de radiodifusión para la transmisión de su obra”*.

90. Y algunas leyes extienden el ámbito de este contrato a aquel que se celebra para la transmisión de la obra a través de estaciones que no emiten su señal por radiodifusión, sino a través de conductores físicos o guías artificiales, como el cable y la fibra óptica (Ecuador, México), lo que tiene sentido porque el medio técnico empleado para la transmisión (alámbrico o inalámbrico), no hace a la esencia del contrato.

91. En todo caso se trata, en verdad, de una sub-especie de contrato que tiene por objeto una modalidad específica de comunicación pública, de manera que le son aplicables los principios contenidos en las leyes acerca del contrato de representación (o, en su caso, de ejecución musical), cuando el texto aplicable extiende el concepto de *“representación”* o el de *“ejecución pública”* de la obra (o el respectivo contrato), al de su transmisión a distancia.

92. Recordemos que para algunos textos legales el contrato de representación puede abarcar cualquier otra forma de comunicación pública (incluyendo la radiodifusión), como también que otros ordenamientos ordenan aplicar “*mutatis mutandis*” o “*en lo pertinente*”, las disposiciones del contrato de representación a las otras modalidades de comunicación pública (inclusive por radiodifusión).

93. Asimismo, hacemos notar que, como ya fue dicho, varias legislaciones, al definir lo que es representación, incluyen expresamente a la radiodifusión.

94. Por el contrario, también debemos recordar que en ciertas leyes el contrato de representación es aplicado en su sentido estricto, es decir, al “*espectáculo viviente*”, de manera que el contrato de radiodifusión queda librado a los principios generales de interpretación de los contratos autorales y a lo que dispongan contractualmente las partes, salvo que haya disposiciones legales expresas en relación con esta modalidad contractual, de modo que los preceptos comunes a todos los contratos autorales se aplican aquí a falta de una previsión especial en la ley.

Características.

95. Por su propia definición, el contrato de radiodifusión constituye una “*licencia*” de uso y no una “*cesión*” de derechos, porque tratándose de un importante número de radiodifusores a quienes los autores autorizan la transmisión de sus obras, mal querrán los titulares del derecho transferirlos al organismo de radiodifusión y, menos aún, a un radiodifusor determinado con el carácter de exclusivo.

96. Normalmente el contrato de licencia se celebra entre una entidad de gestión colectiva y el organismo de radiodifusión, mediante una “*licencia global*” o un “*contrato de repertorio*”.

97. El contrato puede tener por objeto solamente obras musicales o también producciones dramáticas, dramático-musicales u otras susceptibles de transmisión por telecomunicación.

98. La finalidad del contrato es la transmisión de la obra y, por extensión, puede aplicarse, no solamente a los organismos de radiodifusión *stricto sensu*, sino también a las estaciones transmisoras por medios alámbricos.

99. Como se trata de una modalidad de comunicación pública, son aplicables, “*en lo pertinente*”, las disposiciones de la ley:

- a. Respecto de las limitaciones de todo contrato de comunicación pública, por ejemplo, el de que la autorización para la comunicación pública (en este caso, por radiodifusión), no implica autorización para la reproducción de la obra.

- b. Las excepciones al derecho de comunicación pública (v.gr.: las realizadas dentro de instituciones de enseñanza, la difusión de artículos de actualidad, etc.).

Obligaciones del cedente o licenciante.

100. Garantizarle al organismo de radiodifusión el goce y el ejercicio del derecho licenciado (o, en su caso, “cedido”), como es principio general en todos los contratos.

101. Entregarle al organismo de radiodifusión un ejemplar de la obra, cuando se trate de una autorización sobre obras singularizadas y ello sea necesario para la transmisión.

102. Observar las demás obligaciones que se deriven de la ley o del contrato.

Obligaciones del organismo de radiodifusión.

103. Son obligaciones del radiodifusor:

- a. Respetar el derecho moral de los autores y de los artistas intérpretes o ejecutantes:
 - i. Anunciando, en cada caso, el nombre del autor y de los intérpretes principales así como, en su caso, el del director de la agrupación orquestal o coral correspondiente.
 - ii. Absteniéndose de introducirle transformaciones o mutilaciones a la obra (o a la interpretación artística) que afecten el derecho de integridad.
- b. Respetar los derechos patrimoniales de traducción y modificación de los autores.
- c. Observar los límites de la autorización concedida, de manera que la autorización para la radiodifusión de la obra no se extiende a las demás modalidades de utilización, por el principio de la independencia de los derechos.
- d. Anotar en planillas diarias cada una de las obras transmitidas y remitirlas a la sociedad de gestión correspondiente.
- e. Satisfacer puntualmente al licenciante la remuneración convenida.

- d. Cumplir con las demás obligaciones impuestas por la ley en el caso de la explotación de la obra por terceros y las que emanen del propio contrato.

Extinción del contrato.

104. El contrato de radiodifusión se extingue:

- a. Por la expiración del término, en caso de cesiones o licencias por tiempo determinado.
- b. Por la transmisión de la obra, cuando se haya convenido una cesión o una licencia para una o varias transmisiones determinadas, de acuerdo a los términos del contrato.
- c. De acuerdo a las demás causales de extinción que en relación con los contratos de explotación de las obras figuren en la ley, en la normativa aplicable del derecho común y en aquellas que surjan de las cláusulas convenidas contractualmente.

VII

EL CONTRATO DE PRODUCCIÓN AUDIOVISUAL

Generalidades.

105. Aunque es verdad que ciertas obras audiovisuales (como las producciones televisivas dirigidas a su transmisión “*en vivo*”), no requieren de su fijación en un soporte para ser mostradas al público, la tendencia legislativa iberoamericana apunta a definir a la obra audiovisual (sea para su exhibición como filme en salas de cine o bien para su transmisión por televisión), como “*toda creación expresada mediante una serie de imágenes asociadas, que den la sensación de movimiento, con o sin sonorización incorporada, que esté destinada esencialmente a ser mostrada a través de dispositivos apropiados o de cualquier otro medio de proyección o comunicación de la imagen y del sonido, con independencia de la naturaleza o características del soporte material que la contenga*” y las cuales “*incluyen a las cinematográficas y a todas las obras que se expresen por medios análogos comparables a la cinematografía*” (República Dominicana, hemos destacado) o fórmulas esencialmente similares (Brasil, Ecuador, España, Guatemala, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Venezuela, así como la Decisión 351 de la Comunidad Andina).

106. Conforme a esas definiciones y a los efectos del tratamiento por la ley de la obra audiovisual se precisa, a los efectos de su exhibición o proyección, de la existencia de un soporte material, cualquiera que sea.

107. De allí que algunas legislaciones contemplen de manera separada de la obra audiovisual (aunque aplicándole los mismos principios, *mutatis mutandis*), la llamada “obra radiofónica”, es decir, la creada especialmente para su transmisión por radio o televisión (El Salvador, España, Panamá, Paraguay, Venezuela), la cual puede existir sin la necesidad de su fijación en un soporte físico y que comprende, tanto las audiovisuales para televisión como las exclusivamente sonoras.

108. Ahora bien, aunque la tendencia casi unánime en el derecho comparado iberoamericano es la de contemplar ciertas disposiciones específicas acerca de las obras audiovisuales (incluidas las cinematográficas), algunas de las cuales se refieren de alguna manera al contrato celebrado por los autores con el productor, las mismas se centran particularmente en los aspectos siguientes:

- a. La determinación del autor o de los autores de la obra audiovisual.
- b. El régimen de titularidad de derechos patrimoniales en cabeza del productor, sea originaria o por efecto de la ley, o bien derivada de una presunción *iuris tantum* de cesión de derechos patrimoniales sobre la obra en su favor, sea total o parcialmente.
- c. La forma de calcular la duración del derecho sobre la obra cinematográfica.

109. Pero los anteriores particulares son en algunos casos independientes del contrato de producción audiovisual, de manera que algunas normas relativas a este género creativo (y no necesariamente al contrato en estudio), las estudiaremos al tratar sobre las disposiciones especiales para ciertas obras (en este caso, las audiovisuales), en la unidad 2 del módulo III de este curso.

110. Por el momento nos limitaremos a hacer algunas consideraciones generales sobre el contrato de producción audiovisual, sobre la base comparada de aquellos ordenamientos de la región que tratan específicamente, con mayor o menor fortuna, algunas normas reguladoras de dicho contrato, entre ellas las de Brasil, Colombia, Ecuador, España, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y Venezuela.

Concepto.

111. Para la ley nicaragüense, por ejemplo, se entiende por contrato de producción audiovisual aquel en virtud del cual los autores de una obra de ese género se

obligan frente al productor a aportar a la creación de la obra sus respectivas contribuciones intelectuales mediante la cesión de los derechos de explotación que se estipulen.

112. En la fórmula dominicana se dispone que habrá contrato de fijación audiovisual, cuando el autor o coautores conceden al productor, el derecho exclusivo de producir la obra audiovisual y fijarla, reproducirla, distribuirla y comunicarla públicamente, por sí mismo o por intermedio de terceros.

113. En doctrina, se entiende por contrato de realización o de producción audiovisual aquel por el cual el autor de una obra literaria, dramática o artística –o su derechohabiente–, autoriza a una persona natural o jurídica (el *productor*), a incluir dicha contribución en una obra audiovisual, que este último se obliga a producir por su cuenta y riesgo, sin subordinación jurídica, y a publicitar, distribuir y comunicar al público (por sí mismo o por terceros), esencialmente mediante la producción o exhibición si se trata de una obra cinematográfica y mediante la venta o el alquiler si es una obra videográfica no destinada esencialmente a la televisión¹⁹.

Características.

114. Aunque la tendencia legislativa general es la de que se trata de un contrato de “*cesión*” (y tal es la fórmula contractual más acostumbrada, especialmente cuando tiene por objeto aportes creados especialmente para la producción audiovisual), nada impide que el autor opte por una “*licencia*”, otorgada por el autor al productor para que éste incorpore a la producción, total o parcialmente, elementos de una obra primigenia a ser utilizada eventualmente formando parte de la obra audiovisual (muchas veces en forma circunstancial o en algunos pasajes de la producción), como ocurre, por ejemplo, con la sincronización de una música preexistente oída eventualmente en algunas escenas o haciendo de “*cortina musical*” en algún momento de la proyección.

115. Por ello, varios ordenamientos exceptúan de la cesión a que se refiere el contrato de producción audiovisual, a las composiciones musicales (México, Nicaragua).

116. Aunque en principio el contrato contiene una cesión a favor del productor de los derechos patrimoniales a título exclusivo (Colombia, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Venezuela), en algunos textos la exclusividad debe pactarse expresamente (Brasil) o la cesión puede ser o no exclusiva (Cuba), pero nada impide que los contribuyentes puedan utilizar su aporte separadamente y

¹⁹ V.: LIPSZYC, Delia: “*Derecho de Autor y Derechos Conexos*”. Ob. Cit. p. 342.

en un género diferente, siempre que con ello no perjudiquen la explotación de la obra común, u otra fórmula similar (Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, España, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Venezuela).

117. Si bien el contrato supone en muchas legislaciones una cesión ilimitada, algunas leyes reconocen como irrenunciable el derecho de los autores a recibir una remuneración equitativa por el alquiler de los soportes (España) o por la proyección o exhibición pública de la producción audiovisual (Ecuador, España), al menos en lo que se refiere al derecho de ejecución musical (Brasil).

118. Como regla general se establece que si uno de los autores se niega a terminar su contribución o se encuentra impedido de hacerlo por fuerza mayor, no podrá oponerse a que se utilice la parte ya realizada de su contribución con el fin de terminar la obra, sin que ello obste a que respecto de esta contribución tenga la calidad de autor y goce de los derechos que de ella se deriven u otra fórmula equivalente (Brasil, Colombia, Chile, España, Guatemala, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Venezuela).

119. Otras particularidades acerca de las obras audiovisuales, serán estudiadas en la unidad 2 del módulo III de este manual.

Cláusulas del contrato de producción audiovisual.

120. Solamente algunos textos contienen previsiones acerca de las cláusulas que deben contener los contratos de producción audiovisual y, además, las disposiciones pertinentes no guardan uniformidad.

121. Por ello, sin perjuicio de la consulta obligada al texto de la ley aplicable, anotaremos con fines referenciales las más comunes en las legislaciones que regulan este aspecto y según las cuales el contrato debe contener, por ejemplo:

- a. La autorización del derecho exclusivo.
- b. El título de la obra audiovisual.
- c. Los nombres o seudónimos del director y de los demás coautores.
- d. El título de la obra adaptada y su autor, si fuere el caso.
- e. El nombre de los intérpretes principales.
- f. La remuneración debida por el productor a los coautores de la obra y a los intérpretes, así como el tiempo, lugar y forma de pago.

- g. El plazo de conclusión de la obra y el establecido para su explotación.
- h. La responsabilidad del productor frente a los coautores e intérpretes, en caso de co-producción.

Obligaciones del cedente o licenciante.

122. Garantizarle al productor el goce y el ejercicio del derecho cedido (o, en su caso, “*licenciado*”), como es principio general en todos los contratos.

123. Entregarle al productor un ejemplar de la obra, cuando ello sea necesario a los efectos de su incorporación a la producción.

124. Observar las demás obligaciones que se deriven de la ley o del contrato.

Obligaciones del productor audiovisual.

125. Son obligaciones del productor:

- a. Respetar el derecho moral de los autores y de los artistas intérpretes o ejecutantes:
 - i. Indicando en la exhibición de la obra el nombre de los autores y de los intérpretes principales.
 - ii. Absteniéndose de introducirle alteraciones o mutilaciones a la obra (o a la interpretación artística) que afecten el derecho de integridad, sin perjuicio del derecho patrimonial que se le haya cedido (o licenciado) para hacer o autorizar adaptaciones u otras transformaciones de las obras preexistentes, así como para los efectos de su doblaje o subtítulo.
- b. Observar los límites de los derechos cedidos, conforme al principio de la “*independencia de los derechos*”, de modo que la cesión (o la licencia) para utilizar la obra en la producción audiovisual, no implica ninguna otra forma de explotación, por ejemplo, su escenificación teatral.
- c. Producir la obra en el plazo convenido o, en su defecto, en el fijado supletoriamente por la ley y proceder a su explotación.
- d. Satisfacer las remuneraciones convenidas en el contrato.

- e. Rendir cuentas periódicas a los autores, en el caso en que se haya convenido una remuneración proporcional a los ingresos derivados de la explotación de la obra audiovisual.
- f. Cumplir con las demás obligaciones impuestas por la ley en el caso de la explotación de la obra por terceros y las que emanen del propio contrato.

VIII

LA CESIÓN DE ARTÍCULOS PERIODÍSTICOS

126. Si bien es cierto que la mera noticia del día está excluida de la protección por el derecho de autor al carecer del elemento de originalidad, como se estudió en la unidad 1 del módulo II, situación distinta plantea el de los reportajes periodísticos y artículos de opinión, en los cuales existe un aporte creativo.

127. Tales contribuciones pueden realizarse bajo la modalidad de obra creada bajo relación laboral, como ocurre con los comunicadores sociales que prestan servicios subordinados al medio de difusión, o bien por encargo, especialmente de parte de los colaboradores y columnistas independientes de los medios de comunicación.

128. En el primer caso, como regla general, el régimen aplicable en cuanto a la transferencia de derechos al medio de comunicación social, depende de las normas generales contenidas en la ley nacional en cuanto a las obras creadas bajo contrato de trabajo o, en su defecto, conforme a lo convenido por las partes.

129. Sin embargo, algunas leyes contienen soluciones específicas para los trabajos periodísticos creados en cumplimiento de una relación laboral, por ejemplo, al disponer que el autor no puede reservarse el derecho de reproducción, que se presumirá cedido a la empresa periodística, pero conserva sus derechos respecto de la edición independiente de sus producciones (Paraguay) en forma de colección (Ecuador, Perú, República Dominicana).

130. En el caso de las obras periodísticas por encargo, también el principio general es aplicar las normas que sobre este tipo de contratos contiene la ley nacional o, a falta de ellas, lo que hayan pactado las partes.

131. No obstante lo anterior, ciertas leyes ofrecen soluciones específicas para este supuesto, por ejemplo, que:

- a. Las personas o editoriales que publiquen diarios y revistas, tienen la titularidad del derecho sobre el conjunto de la publicación, pero los autores de las obras en ella incluidas mantienen el derecho sobre su respectiva contribución (Cuba).
- b. Salvo pacto en contrario, la cesión de artículos para periódicos, revistas u otros medios de comunicación social, sólo confiere al editor o propietario de la publicación el derecho de insertarlo por una vez, quedando a salvo los demás derechos patrimoniales del cedente (Honduras, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Venezuela).
- c. El autor mantiene el derecho de explotación separada de su contribución, siempre que no perjudique la utilización normal de dicho aporte en la publicación en la que se haya insertado, y puede disponer libremente de su obra cuando en el plazo de un mes en el caso de los diarios, o de seis meses en otros medios, la misma no se hubiere reproducido (España).
- d. La persona natural o jurídica que hubiere encargado artículos periodísticos, trabajos, fotografías, gráficos u otras obras susceptibles de publicación a través de periódicos, revistas u otros medios de difusión pública, tiene el derecho de publicar dichas obras por el medio de difusión previsto en el encargo, así como de autorizar o prohibir la utilización de la obra por medios similares o equivalentes a los de su publicación original, pero quedan a salvo los derechos de explotación del autor en medios de difusión diferentes, que no entrañen competencia con la publicación original (Ecuador).
- e. El autor puede ceder el derecho de utilización a la empresa periodística y debe, en tal supuesto, identificarse con su nombre o seudónimo, además de hacer colocar en lugar visible la mención “*derechos reservados*” (Uruguay).

Módulo

II

*Parte general
sobre derecho
de autor*

UNIDAD 8

LAS COMUNICACIONES POR SATÉLITE Y LA TELEVISIÓN POR CABLE

Generalidades – Precisiones conceptuales - Las transmisiones por satélite - Las transmisiones por satélite y los Convenios Internacionales - La televisión por cable - La distribución por cable de las transmisiones por satélite

I

GENERALIDADES

1. La colocación en el espacio de satélites artificiales capaces de recibir desde la tierra y enviar hacia la tierra señales portadoras de programas, planteó desde su inicio la inquietud acerca de la protección de los diferentes intereses involucrados.

2. Aunque nunca hubo dudas en cuanto al derecho de los creadores de las obras contenidas en la emisión de permitir o no su difusión, por hilo o sin hilo, especialmente a la luz del Convenio de Berna (arts. 11,1,2° y 11 *bis*,1, 1° y 2°), la aparición del satélite aconsejaba el otorgamiento de una protección adicional y específica a quien enviaba a través del satélite un programa para ser captado por un receptor autorizado a los efectos de la distribución de la señal portadora del programa.

3. Por ello, la comunidad internacional, por intermedio de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), la UNESCO, la OIT y la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT), convocó a una Conferencia Internacional de Estados para la elaboración del Convenio sobre la distribución de señales portadoras de programas transmitidas por satélite (Convención Satélites, Bruselas, 1974), mediante el cual cada uno de los Estados Contratantes se obliga a tomar todas las medidas adecuadas y necesarias para impedir que, en o desde su territorio, se distribuya cualquier señal portadora de un programa, por un distribuidor a quien no esté destinada la señal, si ésta ha sido dirigida o ha pasado por un satélite.

4. Pero la falta de adhesión al citado Convenio, no significa un desmejoramiento de la tutela debida a los titulares de derechos intelectuales sobre los programas transmitidos, ya que dicho instrumento tiene por objeto la protección de los derechos económicos del organismo de origen que envía los programas a un distribuidor por medio de un satélite y el de aquel a quien va destinada la señal para su distribución, todo ello sin perjuicio de la tutela ya reconocida a los titulares de derechos a través del Convenio de Berna, la Convención Universal, la Convención de Roma o el Convenio Fonogramas.

II

PRECISIONES CONCEPTUALES

5. Siguiendo a la Convención de Bruselas (artículo primero), definiremos ciertos vocablos especializados, así:

- a. Señal es todo vector producido electrónicamente y apto para transportar programas.

- b. Programa es el conjunto de imágenes, de sonidos, o de imágenes y sonidos, registrados o no, e incorporados a señales destinadas, finalmente, a la distribución.
- c. Satélite es un dispositivo situado en el espacio extra-terrestre y apto para transmitir señales.
- d. Señal emitida es toda aquella portadora de un programa, que se dirige hacia un satélite o pasa a través de él.
- e. Señal derivada es la obtenida por la modificación de las características técnicas de la señal emitida, haya habido o no una fijación intermedia o más.
- f. Organismo de origen es la persona física o jurídica que decide qué programas portarán las señales emitidas.
- g. Distribuidor es la persona natural o jurídica que decide efectuar la transmisión de señales derivadas al público en general, o a cualquier parte de él.
- h. Distribución es toda operación con la que un distribuidor transmite señales derivadas al público en general o a cualquier parte de él.

6. A su vez, por televisión por cable se entiende el sistema que permite la transmisión y recepción de programas distribuidos por cables coaxiales, fibras ópticas u otros conductores físicos, tanto de programas radiodifundidos por otras estaciones o recibidos por medio del satélite (en directo o en diferido), como de programas producidos o transmitidos por la propia estación de cable.

III

LAS TRANSMISIONES POR SATÉLITE

Generalidades.

7. Normalmente se habla de dos clases de satélites de radiodifusión: los de servicios fijos (o de “*punto a punto*”), conocidos como “*CS*” (*Communication Satellite*), que enlazan dos estaciones terrestres, una transmisora y otra receptora, y a través de ésta un distribuidor que transmite o retransmite al público la señal recibida, o a parte de él, sea por ondas hertzianas o por medio de un conductor físico (cable); y los satélites de “*radiodifusión directa*”, o “*DBS*” (*Direct Broadcasting Satellite*), cuyas señales son susceptibles de ser recibidas directamente por el público.

8. Pero existen también los llamados satélites “*híbridos*”, capaces de cumplir ambas funciones y, en todo caso, la constante intensificación de la potencia de los satélites de comunicación hace perder importancia a la distinción indicada, pues son susceptibles de transmitir señales que se captan directamente por el público, inclusive a través de pequeñas “*antenas parabólicas*”.

9. Deben distinguirse los conceptos de “*señal*” (como vector) y “*programa*”, este último como contenido incorporado a la señal y que comprende, no solamente obras y demás bienes intelectuales, sino también otros conjuntos de imágenes y sonido (como informaciones noticiosas y espectáculos deportivos).

10. Al utilizar el espacio hertziano para emitir desde la tierra hacia un satélite la señal contentiva de un programa y recibir del satélite desde la tierra esa señal, hay radiodifusión.

11. De allí que, por interpretación del Convenio de Berna, que hace comprender en la expresión “*radiodifusión*” y “*comunicación al público*” a toda difusión sin hilo (art. 11bis1), sin exigir que la misma sea captada por el público en forma directa o indirecta, el proyecto de disposiciones tipo de la OMPI para leyes de derecho de autor, define como radiodifusión “*la comunicación al público de una obra ... por transmisión inalámbrica ...*”, de manera que “*la radiodifusión incluirá la realizada por un satélite desde la inyección de una obra hacia el satélite, tanto en la etapa ascendente como en la etapa descendente de la transmisión, hasta que la obra se comunica al público ...*”. (art. 1, iii) y así aparece aclarado expresamente en numerosas leyes nacionales (Ecuador, México, Nicaragua, Paraguay, Perú, República Dominicana) y en la Decisión 351 sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, vinculante para todos los países de la Comunidad Andina.

12. Del mismo modo, conforme al Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA), el autor tiene el derecho exclusivo de autorizar “*cualquier*” comunicación al público de la obra, “*por medios alámbricos o inalámbricos...*” (art. 8), todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en la mayoría de las legislaciones, según las cuales el autor tiene el derecho exclusivo de autorizar o no la comunicación pública de su obra, entendida como cualquier forma o procedimiento, conocido o por conocerse, a través del cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra por toda modalidad de difusión de los signos, las palabras, los sonidos o las imágenes, como se estudió en la unidad 4 de este módulo.

13. Todo el proceso de emisión y recepción de la señal contentiva de un programa es, desde su inicio, una comunicación pública, pues sería difícil que en la práctica se emitiera una señal al satélite con el único fin de almacenarla y no divulgarla o difundirla, aunque fuera “*en diferido*”.

La fase ascendente.

14. La emisión de una señal, para ser ascendida al satélite, constituye la primera fase de un proceso destinado a la captación de la programación, aun cuando en ese momento todavía no sea recibida por el público.

15. Si bien el titular de los derechos sobre la señal es el organismo que decide emitirla y resuelve respecto de los programas que contendrá, no debe olvidarse que dicha señal, cualquiera sea el tipo de satélite y la modalidad de la transmisión, es portadora de un programa, generalmente contentivo de un conjunto de bienes intelectuales, previa, autónoma y jurídicamente protegidos.

16. El emisor es, en la mayoría de los casos, un organismo de radiodifusión que tiene, en el marco de los derechos conexos, el derecho exclusivo de autorizar o no la fijación, reproducción o retransmisión de sus emisiones (Convención de Roma, art. 13), además del que corresponde a los titulares de derechos sobre las obras contenidas en el programa transmitido a autorizar o no su comunicación pública, inclusive su transmisión por cualquier medio o procedimiento y la retransmisión por radiodifusión o mediante conductores físicos de la obra radiodifundida (Convenio de Berna, arts. 11,1, 2° y 11bis1; TODA, art. 8).

17. La variedad de programas contenidos en las señales transmitidas por satélite se ha ampliado considerablemente con las transmisiones digitales y que, a título enunciativo, comprenden las expresadas en forma gráfica, los programas de ordenador o de computadoras, los video-juegos y demás presentaciones en “*multimedia*”, las composiciones musicales con o sin letra, las obras audiovisuales (filmes, telenovelas, “*video-clips*”, documentales), las escénicas (v.gr.: dramáticas, dramático-musicales), las competencias deportivas u otros espectáculos de “*arena*” (juegos, circos, etc.) y los documentales, entrevistas y demás expresiones que puedan constituir “*obras periodísticas*”.

18. En muchas de esas transmisiones y de las obras objeto de la comunicación se encuentran involucrados los derechos conexos de los artistas intérpretes o ejecutantes y de los productores de fonogramas y a esos derechos se unen los del organismo que efectúa la emisión con el consentimiento de los titulares del contenido de la programación y los de quien, con el consentimiento de ellos, realiza la retransmisión alámbrica o inalámbrica de la programación recibida.

19. Al menos una parte de la programación contenida en la señal está almacenada en bases de datos, de donde emanan asimismo los derechos que puedan existir sobre dicha compilación y sobre el “*software*” empleado para su realización.

20. Como desde la fase ascendente (mediante la cual se emite la señal hacia el satélite), hay radiodifusión y comunicación pública, el organismo de origen debe

obtener la anuencia de los titulares de derechos sobre la programación allí incorporada.

21. El primer responsable en la comunicación es entonces el organismo de origen, es decir, la persona natural o jurídica que decide qué programas portarán las señales emitidas, pero esa responsabilidad no excluye la de quien, sin autorización, recibe la señal contentiva del programa para su retransmisión (alámbrica o inalámbrica), su exhibición pública o su fijación en un soporte material con miras a la reproducción y distribución al público.

22. Ante el fenómeno de la “globalización” de las transmisiones satelitales, la OMPI ha señalado:

“La cuestión de cuáles son los elementos que constituyen un acto de radiodifusión en el caso de la radiodifusión directa por satélite es importante porque, frecuentemente, los programas se emiten desde un país (o desde aguas internacionales fuera de la jurisdicción de un país) y se transmiten al público de otro país. La respuesta a la pregunta de dónde tiene lugar el acto de radiodifusión determina también la identidad de la persona que tiene derecho a autorizar dicha radiodifusión, si dicha persona no es la misma en el país o lugar de la emisión que la que se encuentra en el país o países donde normalmente se reciben las señales”.

*“Como el derecho de autor es un derecho territorial en virtud del Convenio de Berna, que existe separada e independientemente en cada país, el titular del derecho de autor en un país es el que puede ejercer el derecho de autor en ese país. Además, de conformidad con el párrafo 2) del artículo 5 del Convenio de Berna, ‘la extensión de la protección, así como los medios procesales acordados al autor para la defensa de sus derechos, se regirán exclusivamente por la legislación del país en que se reclama la protección’. Ello significa que, en el caso de la radiodifusión directa por satélite, en la que un programa es emitido desde un país y comunicado al público de otro o de otros países -habida cuenta del hecho de que la radiodifusión empieza en un país y sólo termina en el otro país-, se deberá cumplir con los requisitos de dos o más leyes, a saber, la ley del país de emisión y la ley o leyes del país o países donde normalmente se reciben las señales, y, si el titular del derecho de radiodifusión no es el mismo en todos esos países, se deberán respetar los derechos de los titulares del derecho de autor de cada uno de esos países”.*¹

¹ OMPI: Documento preparatorio para la segunda sesión de expertos sobre un eventual Protocolo al Convenio de Berna, en “Derecho de Autor”. No. 4. Ginebra, 1992. p. 73.

23. Las premisas citadas no impiden una regulación distinta cuando un grupo de países que conforman un mercado común y un espacio sin fronteras interiores, aprueba una solución unitaria, en virtud de la cual, dentro de ese territorio comunitario se localice la comunicación pública vía satélite en una cadena ininterrumpida desde su inyección hasta su recepción, en el país desde el cual se realiza la emisión².

La fase descendente.

24. En la fase descendente aparece la distribución de la señal recibida por el “*distribuidor*”, quien decide efectuar la transmisión de señales derivadas al público en general o a una parte de él y que comprende, no solamente la retransmisión por vía hertziana, sino también la realizada a través de un conductor, por ejemplo, el cable o la fibra óptica.

25. El Convenio de Berna establece el derecho exclusivo del autor a autorizar o prohibir toda comunicación pública, por hilo o sin hilo, de la obra radiodifundida, cuando esta comunicación se haga por organismo distinto del de origen (art. 11*bis* 1) y en cuanto al Convenio de Bruselas sobre Satelites, el Informe General de la Conferencia Internacional de Estados que elaboró el instrumento, aclaró que el vocablo “*distribución*”, incluía cualquier método de telecomunicación presente o futuro para emisión de señales, comprendiendo no sólo las formas tradicionales de radiodifusión, sino también las transmisiones por cable u otros canales fijos de comunicación, las efectuadas por rayo láser y las realizadas mediante satélite de radiodifusión directa.

26. El distribuidor no autorizado de la señal recibida es responsable de dicha distribución, pero ello no excluye, por una parte, la responsabilidad del emisor en caso de que haya lanzado la señal con violación de los derechos sobre el programa radiodifundido; y, por la otra, la del receptor final (sea que reciba la señal del distribuidor o bien que la capte directamente del satélite), cuando procede, a su vez, a comunicar, por hilo o sin hilo, el programa recibido, o a fijarlo materialmente para su reproducción y distribución al público.

27. La fase descendente presenta, además, ciertos aspectos de orden técnico que inciden, en muchos casos, en la infracción de los derechos.

- a. Las “*zonas de desbordamiento inevitables*”, es decir, aquellas a las cuales no va dirigida la señal pero que, por razones técnicas, quedan comprendidas en el “*cono de recepción*”. En tales supuestos la responsabilidad frente a los titulares de derechos sobre el programa se ubica en el organismo emisor, sin

² V.: Directiva Europea N° 93/83/CEE del 27 de septiembre de 1993.

perjuicio de la correspondiente a los distribuidores locales no autorizados que procedan a una nueva utilización (v.gr.: exhibición pública, retransmisión inalámbrica o por redes de cable, reproducción).

- b. Las “*zonas de sombra*”, comprendidas en la “*zona de servicio*” destinataria de la señal, pero que por motivos de orden físico (montañas, rascacielos, etc.), la programación no es captada en ellas. Si un distribuidor no autorizado procede a retransmitir la señal hacia la “*zona de sombra*”, incurre en ilícito, porque ha procedido a una nueva comunicación pública sin la anuencia de los titulares de derechos ni el pago de la remuneración correspondiente, obteniendo de esa manera un enriquecimiento sin causa³.
- c. Los “*descodificadores de señal*” suministrados o autorizados por los sistemas de “*televisión de pago*” a las personas que lo han alquilado o comprado y que resultan necesarios para descodificar las señales codificadas que difunde la emisora. La utilización del aparato supone un pago periódico al emisor quien, también periódicamente, sustituye la clave a ser descodificada.

28. Algunas maquinaciones fraudulentas han permitido la recepción de la señal codificada, tanto en la “*zona de servicio*” como en la “*zona de desbordamiento inevitable*”, burlando las reglas del sistema.

29. Sin perjuicio de que tales conductas infrinjan disposiciones legales de distinta naturaleza (por importación o exportación prohibidas de los “*descodificadores*”, declaración falsa del domicilio donde se encuentra el “*descodificador*”, utilización indebida del servicio postal, etc.), es de hacer notar los graves daños que, en el área de los derechos intelectuales, pueden generarse en contra de los respectivos titulares.

30. Piénsese en una obra audiovisual que se está transmitiendo por “*televisión por suscripción*” a la “*zona de servicio*”, mientras que todavía está por estrenarse o se está exhibiendo en las salas de cine de la “*zona de desbordamiento inevitable*” y que en ésta un receptor, utilizando un “*descodificador*”, reciba la programación, sea para su uso o bien para su distribución al público por vía hertziana o a través de una red de cable.

³ Michinel Álvarez cita la sentencia dictada por el BG alemán, el 7/11/80, en la cual se dijo: “*el presente caso sólo trata la cuestión de cuándo la operación de sistemas de televisión por cable del demandado en Hamburgo y Nuremberg, que se intentaba exclusivamente para reconstruir la recepción de emisiones (radio y televisión), impedida por los rascacielos en áreas de recepción bloqueada constituye una violación adicional del derecho de comunicación pública del autor*” (V.: ÁLVAREZ MICHINEL, Miguel Ángel: “*Distribución por cable y derecho de autor*”, en Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor. Ed. Marcial Pons. Tomo XVI. Madrid, 1994-1995. p. 311).

31. Tales prácticas, en el país de recepción, lesionan igualmente los intereses de la industria y el comercio local: laboratorios de copiado de películas, empresas de subtítulo, distribuidores y exhibidores cinematográficos, emisoras locales de televisión que han obtenido la cesión o licencia de uso para la transmisión posterior de la obra, etc.

32. Deben recordarse aquí las disposiciones que acerca de la acción de eludir los dispositivos técnicos de autotutela aplicados por los titulares de derechos, contienen tanto el TODA (art. 11) como el TOIEF (art. 18), y los delitos tipificados en las legislaciones nacionales de reciente promulgación en relación con esa y otras conductas infractoras a las medidas tecnológicas de protección.

IV

LAS TRANSMISIONES POR SATÉLITE Y LOS CONVENIOS INTERNACIONALES

33. Conforme al artículo 11*bis*1 del Convenio de Berna, los autores gozan del derecho exclusivo de autorizar “*la radiodifusión de sus obras o la comunicación de estas obras por cualquier medio que sirva para difundir sin hilo los signos, los sonidos o las imágenes*”.

34. Asimismo, el TODA pauta que sin perjuicio de las disposiciones pertinentes del Convenio de Berna, los autores de obras literarias y artísticas gozan del derecho exclusivo de autorizar cualquier comunicación al público de sus obras por medios alámbricos o inalámbricos, comprendida la puesta a disposición del público de sus obras, de tal forma que los miembros del público puedan acceder a esas obras desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija (art. 8).

35. A su vez, las legislaciones nacionales, como ya ha sido visto, reconocen a los autores el derecho exclusivo de autorizar o no la comunicación pública de sus obras, a través de signos, palabras, sonidos o imágenes, por cualquier medio o procedimiento, conocido o por conocerse.

36. No queda duda entonces de la ilicitud en la transmisión o retransmisión de una obra -a través del satélite u otro medio inalámbrico de comunicación-, sin la respectiva autorización del autor que, siendo una facultad de orden patrimonial supone, salvo pacto expreso en contrario, una remuneración equitativa.

37. Desde el ángulo de los derechos morales, se encuentran, por lo menos, los de paternidad e integridad (Convenio de Berna, art. 6*bis*), que pueden ser lesionados en transmisiones efectuadas con omisión o usurpación de paternidad de la obra

o con deformaciones, mutilaciones u otras alteraciones que causen perjuicio al decoro de la obra o a la reputación del autor. Todo ello además de la eventual violación a otros derechos morales consagrados en las leyes nacionales (derecho a la divulgación y al inédito, derecho de retracto o de arrepentimiento).

38. Por su parte, la Convención de Roma reconoce a los artistas el derecho de prohibir la radiodifusión y la comunicación al público de sus interpretaciones o ejecuciones para las cuales no hubieren dado su consentimiento, excepto si la interpretación o ejecución utilizada en la radiodifusión o comunicación al público constituye por sí misma una ejecución radiodifundida o se hace a partir de una fijación realizada con su consentimiento (art. 7), derecho que por lo demás figura, incluso, en las legislaciones de los países que no han adherido a ese convenio, como se estudiará en la unidad 2 del módulo IV de este curso.

39. También la Convención de Roma plantea la alternativa diferida a las legislaciones nacionales, de reconocerle a los productores de fonogramas (conjuntamente o no con los artistas intérpretes o ejecutantes), de una remuneración equitativa por la utilización para la radiodifusión o cualquier otra forma de comunicación al público, de sus fonogramas o de reproducciones del mismo (art. 12), derecho que aplicado en beneficio de ambos (artistas intérpretes o ejecutantes y productores de fonogramas), constituye una constante legislativa en la región latinoamericana.

40. Por lo que se refiere al Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (TOIEF), va más allá de la Convención de Roma, pues no solamente reconoce a los intérpretes o ejecutantes y a los productores el derecho de remuneración equitativa por la comunicación pública de la interpretación o ejecución y del fonograma que la contiene, sino que también consagra un derecho exclusivo de autorizar o prohibir (en cabeza de ambos titulares), cuando la utilización del fonograma (y las interpretaciones o ejecuciones allí fijadas), implica su puesta a disposición del público, ya sea por hilo o por medios inalámbricos, de tal manera que los miembros del público puedan tener acceso a tales prestaciones desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija (arts. 10 y 14).

41. En cuanto a los derechos del radiodifusor, la Convención de Roma consagra en su favor la facultad de autorizar o prohibir la retransmisión de sus emisiones y la comunicación al público de sus emisiones de televisión, si éstas se efectúan en lugares accesibles al público mediante el pago de un derecho de entrada (art. 13), como se analizará en la unidad 4 del módulo IV de este curso.

42. Este derecho cobra singular importancia cuando:

- a. Un receptor no autorizado de la señal la distribuye para comunicarla al público, sea por ondas hertzianas o por cable, bien por “*televisión abierta*” o en

“*televisión por suscripción*”, ya que esas distribuciones constituyen una retransmisión.

- b. El receptor de la señal -incluso cuando la haya recibido por radiodifusión directa-, hace una comunicación al público del programa mediante el cobro de entrada, lo que ocurre en circuitos cerrados para la transmisión de espectáculos deportivos u otros de similar naturaleza.

43. También el Acuerdo sobre los ADPIC se ocupa de los radiodifusores, al reconocerles el derecho de prohibir, si se emprenden sin su autorización, la fijación, la reproducción de las fijaciones y la retransmisión por medios inalámbricos de las emisiones, así como la comunicación al público de sus emisiones de televisión y, si la legislación del país miembro no reconoce esos derechos, debe conceder a los titulares de derecho de autor sobre la materia objeto de la emisión la posibilidad de impedir tales utilizaciones, sin perjuicio de lo dispuesto en el Convenio de Berna.

44. En lo que atañe a la protección del organismo de origen, la Convención de Bruselas obliga a los Estados Contratantes a tomar todas las medidas necesarias para impedir que, en o desde su territorio, se distribuya cualquier señal portadora de un programa, por un distribuidor a quien no esté destinada la señal, si ésta ha sido dirigida hacia un satélite o ha pasado por un satélite (art. 2,1).

45. Se ha hecho práctica frecuente en algunos países la recepción de la señal emitida por satélites de servicio fijo a través de “*antenas parabólicas*”, para su distribución no autorizada, sea por ondas hertzianas o bien por conductores físicos, al público en general o a parte de él.

46. La misma situación podría presentarse con la recepción y distribución de la señal portadora de programas, recibida por medio de un satélite de radiodifusión directa y que igualmente lesiona a los diferentes titulares de derechos sobre la programación, especialmente cuando la emisión está dirigida a un círculo determinado de usuarios (televisión de pago) y un tercero no autorizado procede a su distribución, por medios hertzianos o mediante conductores físicos, lo que, independientemente de las previsiones de la Convención de Bruselas vulnera derechos expresamente consagrados en los Convenios Internacionales sobre derecho de autor y derechos conexos, ya comentados.

47. Finalmente, es de destacar que, además de las infracciones por la distribución no autorizada, se presentan también los casos de fijación indebida de los programas recibidos, porque si se realiza con miras a la distribución de copias al público tipifica el ilícito de “*piratería*”, que viola el derecho de reproducción y es reprimido penalmente en la mayor parte de las legislaciones nacionales.

V

LA TELEVISIÓN POR CABLE

48. Dos han sido los términos más comunes para referirse a la transmisión por hilo de imagen y sonido:

- a. Distribución por cable.
- b. Televisión por cable.

49. El primero de ellos tiene un sentido más amplio que el segundo, pues cubre igualmente las transmisiones por conductores físicos de emisiones exclusivamente sonoras, en lo que algunos países llaman “*hilo musical*”, pero en esta unidad nos referiremos únicamente a la distribución por conductores físicos de señales portadoras de programas audiovisuales, es decir, a la televisión por cable, sin perjuicio de recordar que toda transmisión (sonora o audiovisual, alámbrica o inalámbrica), constituye una modalidad de comunicación pública de la obra, exclusiva del autor.

50. El vocablo “*cable*” no sólo comprende el “*hilo*” o el “*cable coaxial*”, sino también la “*fibra óptica*” y cualquier otro medio de transmisión, conocido o por conocerse, guiado por señales producidas electrónicamente.

51. Al oponer la expresión “*distribución por cable*” (o en el presente caso, “*televisión por cable*”) a la de “*radiodifusión*”, aquella supone la existencia de un dispositivo mediante el cual se guía a las señales de una instalación de distribución hacia una receptora que las transforma en oscilaciones audibles y visibles, mientras que ésta implica la transmisión de ondas radioeléctricas que se propagan por el espacio sin guía artificial.

52. La comunicación de una obra al público a través de la televisión por cable constituye un derecho privativo del autor, pues de acuerdo al artículo 11,1 del Convenio de Berna, los autores tienen la facultad exclusiva de autorizar la transmisión pública, por cualquier medio, de la representación y ejecución de sus obras; y conforme al artículo 11*bis*1 del mismo instrumento, tienen el derecho de permitir o no toda comunicación pública, por hilo o sin hilo, de la obra radiodifundida, cuando esta comunicación se haga por organismo distinto del de origen.

53. El TODA concede un derecho de comunicación pública por cualquier procedimiento alámbrico o inalámbrico, comprendido aquel en que los miembros del público pueden acceder a la obra desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija (art. 8), al tiempo que el TOIEF reconoce los derechos de remuneración y puesta a disposición del público ya señalados al tratar el tema de las transmisiones por satélite.

54. Nada distinto ocurre a nivel de las normas nacionales que reconocen al autor el derecho exclusivo de autorizar o no la comunicación pública de su obra, por cualquier medio o procedimiento, incluida la transmisión y la retransmisión, alámbrica o inalámbrica, de los signos, las palabras, los sonidos o las imágenes.

55. La transmisión televisiva por cable puede ocurrir:

- a. A partir de la retransmisión íntegra y simultánea de una emisión radiodifundida; o,
- b. Por la transmisión de una programación propia.

56. En cuanto a la primera modalidad, la distribución por cable constituye una comunicación pública de la obra distinta de su transmisión por satélite, de suerte que el autor tiene el derecho exclusivo de autorizar o no toda distribución por cable de la obra radiodifundida (Convenio de Berna, art. 11 *bis*1).

57. Si bien es cierto que, por excepción, está permitido al organismo de radiodifusión retransmitir, sin autorización del autor ni pago de remuneración adicional, la obra originalmente radiodifundida por él con autorización del autor, siempre que la retransmisión se haga en forma simultánea y sin alteraciones, nada impide al autor, en ejercicio de su derecho a autorizar o no la radiodifusión de su obra, negociar su contrato con el emisor original estableciendo remuneraciones complementarias en caso de retransmisión por cable, o prohibiendo que la emisión radiodifundida pueda ser, a su vez, distribuida a través del cable por el mismo radioemisor.

58. La segunda modalidad, igualmente privativa del autor (Convenio de Berna, arts. 11, 11 *bis* y 11 *ter*), ocurre cuando:

- a. La transmisión por cable no se hace simultáneamente con la radiodifusión original (transmisión “*en diferido*”).
- b. La transmisión por cable se produce simultáneamente con la radiodifusión, pero introduciendo modificaciones a la emisión original (v.gr.: doblaje directo, a otro idioma, de los diálogos originales).
- c. La transmisión se realiza introduciendo sub-títulos en la pantalla, para traducir la emisión original, lo que técnicamente sólo es posible, al menos todavía, en la transmisión “*diferida*”.
- d. En cualquier otro caso, la transmisión por cable no se efectúa simultáneamente con la emisión original o se introducen modificaciones a esta última.

- e. Por supuesto, si la planta de televisión por cable hace su propia programación, aunque se aproveche de partes de programas recibidos por radiodifusión.

59. La distribución por cable del programa radiodifundido, pero con alteraciones o modificaciones, independientemente de sus repercusiones en el ámbito de los derechos de reproducción y comunicación pública, puede lesionar los morales de paternidad e integridad sobre las obras y las interpretaciones o ejecuciones comunicadas al público, así como el derecho patrimonial de transformación correspondiente al autor.

60. La utilización permitida por el artículo 11*bis*1 (ii) del Convenio de Berna, sólo aprovecha al distribuidor si el programa es retransmitido por cable y sin alteraciones, por el mismo organismo que efectuó la radiodifusión original y por tanto no caben interpretaciones que extiendan ese beneficio a personas distintas (aunque sean filiales o pertenezcan al mismo grupo empresarial), de la que originó la radiodifusión, ni siquiera alegando circunstancias de orden geográfico o técnico, a menos que, por supuesto, el retransmisor por cable cuente con la autorización expresa de los respectivos titulares de derechos.

61. La facultad reconocida a las legislaciones nacionales por el artículo 11*bis* 2 del Convenio de Berna, en cuanto a decidir las condiciones del ejercicio del derecho exclusivo de autorizar la comunicación pública por hilo de la obra radiodifundida, cuando esa comunicación la realice un organismo distinto del radiodifusor original, exige los requisitos siguientes:

- a. Que se limite al país que las ha establecido, de manera que la distribución por cable no puede extenderse, por ejemplo, a territorios fronterizos.
- b. Que no se lesionen los derechos morales del autor.
- c. Que se respete el derecho del autor a recibir una remuneración equitativa (pues no se trata de una utilización gratuita), fijada por la autoridad competente a falta de acuerdo amistoso.

62. Se advierte entonces que el establecimiento de una licencia no voluntaria de esa naturaleza supone que:

- a. La transmisión por cable se haga sin alteraciones, pues de lo contrario podrían lesionarse los derechos morales del autor.
- b. La retransmisión sea simultánea con la radioemisión original, pues de otra forma el distribuidor por cable tendría que hacer una fijación de esa transmisión (para distribuirla “*en diferido*”), fijación o registro efímero que sólo

aparece autorizado por el artículo 11bis 3 para las emisiones de radiodifusión únicamente y no para su distribución por cable.

63. Como se estudió en la unidad 5 del módulo II de este curso, ninguna de las legislaciones iberoamericanas ha reconocido este tipo de licencias no voluntarias, razón por la cual los autores conservan el derecho exclusivo de autorizar la comunicación al público de la obra radiodifundida, conjuntamente con las demás modalidades que conforman el derecho de comunicación pública.

VI

LA DISTRIBUCIÓN POR CABLE DE LAS TRANSMISIONES POR SATÉLITE

64. El derecho exclusivo del autor (y, en su caso, de otros titulares de derecho intelectual), de autorizar o no la comunicación pública de la obra u otro bien protegido, por cualquier medio o procedimiento, permite plantear, en la práctica, algunas interesantes situaciones, a saber:

- a. Que el destinatario de una señal transmitida por satélite, autorizado exclusivamente para su distribución por ondas hertzianas, proceda también a su retransmisión por cable, o viceversa, situaciones ambas donde la comunicación no autorizada es ilícita, en perjuicio de los diversos titulares de derechos sobre la programación.
- b. Que un distribuidor no destinatario de la señal, amparado en la posesión de una estación terrena que la capta o aprovechando el sistema de radiodifusión directa, instale su propia red de televisión por cable, para distribuir la programación recibida, supuesto igualmente ilícito.
- c. Que el teledifusor por cable no autorizado para ello, distribuya la programación “*en diferido*”, para lo cual requiere grabarla previamente, caso en el que, además de la violación del derecho de comunicación pública infringe el de reproducción, es decir, la fijación del programa en un soporte material capaz de hacerlo conocer al público.
- d. Que el distribuidor por cable, sin autorización, comunique la programación recibida mediante sus propias adiciones o supresiones, o incorporando a la transmisión sus propios programas, con lo cual, de “*distribuidor pasivo*”, se convierte en “*distribuidor por cable de programas propios*”, situación en la que, sin perjuicio de la infracción al derecho patrimonial de comunicación

pública, puede también lesionar los derechos morales de paternidad e integridad sobre la programación inicialmente transmitida.

- e. Que el receptor final de la programación (sea recibida a través de su propia estación o antena receptora desde un satélite de servicio fijo, bien por medio de un satélite de radiodifusión directa o como abonado a una red de televisión por cable), instale su propio sistema interno de cable para redistribuir la señal a terceros, lo que ocurre, por ejemplo, con aquellos establecimientos hoteleros o de alojamiento que distribuyen la programación, con su red interna a las habitaciones⁴.
- f. Que el receptor final de la programación (también porque la reciba a través de su estación receptora o como abonado a una televisión por cable), instale en una unidad plurifamiliar (especialmente en edificios en condominio), su propio sistema interno de cable para distribuir la programación a todas las unidades de vivienda.

65. En cuanto al apartado precedente, es de recordar que conforme al Convenio de Berna, como ya fue visto, es privativo del autor el autorizar o no la comunicación pública, por hilo o sin hilo, de la obra radiodifundida “*cuanto esta comunicación se haga por organismo distinto del de origen*” (art. 11 bis, 1,2) y es evidente que la comunidad de propietarios no es el organismo de origen de la señal ni de la programación y que, salvo autorización expresa, no puede comunicar la obra por instrumentos capaces de transmitir la programación recibida del satélite.

66. Y no puede alegarse justificarse la licitud de esa utilización afirmándose que no es pública, porque se dirige a los apartamentos que configuran la edificación, pues la señal es distribuida no a un “*ámbito doméstico*” sino a muchos domicilios privados. De lo contrario, una estación de televisión por cable podría, igualmente, argumentar la licitud de la distribución no autorizada, alegando que envía la señal únicamente a unidades familiares y no a locales públicos. Tampoco habría diferencia entonces entre la distribución a los apartamentos de un edificio y esa

⁴ Como se estudió en las unidades 4 y 5 del módulo II, un hotel u otro lugar de alojamiento similar no puede calificarse de “*ámbito doméstico*”, “*círculo familiar*” o “*domicilio privado*”, pues es accesible a todo aquel que existiendo habitación disponible desee alojarse a cambio de un precio, y siendo un local disponible al público, la distribución que se haga a las habitaciones constituye una comunicación pública y aunque no se facture independientemente al huésped el servicio de “*televisión por cable*” o “*televisión por satélite*” en su habitación, el ánimo de lucro con el sistema es evidente, porque forma parte de una de las comodidades ofrecidas al viajero, de las cuales dependen, la clasificación del hotel (lo que a su vez incide en el precio), la tarifa de alojamiento por el conjunto de facilidades ofrecidas o el incremento de clientes. En cualquier caso, no es de esperar que el hotelero lo haga con fines altruistas, sin esperar un beneficio, el cual, por lo demás, no es requisito para calificar a esa comunicación de pública, la que siempre se encuentra sometida al régimen de autorización previa (haya o no fines de lucro), salvo excepción legal expresa.

misma distribución entre vecinos de la misma calle o, incluso, a todo un barrio, urbanización u otro colectivo de viviendas⁵.

67. La inexistencia de finalidad de lucro es irrelevante, porque la falta de un enriquecimiento no legaliza la transmisión, ya que el derecho exclusivo del autor no está limitado, salvo excepción legal expresa, a que el uso de su obra se realice con ánimo de enriquecimiento. Pero además, la ausencia de fines lucrativos no siempre estará clara, pues el mantenimiento del servicio supone un alza en las cuotas de contribución a los gastos comunes (de los que no disfrutarán los titulares de derechos sobre la programación) y de esas erogaciones se beneficiarán, a su vez, la administradora del condominio y la empresa contratada para el mantenimiento, entre otros.

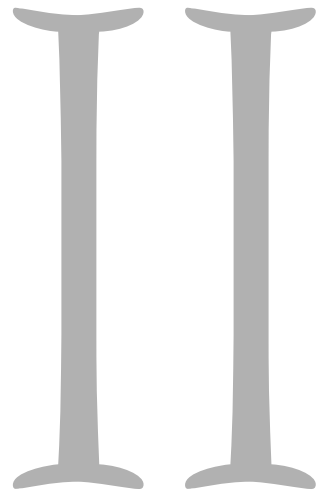
68. La modalidad de comunicación motivo de estos comentarios se hace cada vez más lesiva para los titulares de derechos, dado el proceso de masificación de viviendas y de que muchos conjuntos residenciales están integrados, en muchas grandes ciudades, por cientos y hasta miles de unidades habitacionales.

69. Si la misma situación se repite simultáneamente en numerosos conjuntos de viviendas, saltan a la vista las pérdidas del distribuidor autorizado, el desaliento para nuevas contrataciones de esa naturaleza y la lesión consecencial para los autores de las obras y otros titulares de derechos intelectuales sobre la programación o emisión, desvirtuando así los derechos consagrados en los instrumentos Internacionales y en las legislaciones nacionales.

70. Y si la “*antena comunitaria*” logra captar las señales (contentivas de una programación protegida), mediante “*descodificadores*” u otros instrumentos técnicos no autorizados y dirigidos a eludir los dispositivos instrumentados por los titulares de derechos para evitar la transmisión, retransmisión o recepción no autorizadas, esa conducta, *per se*, es ilícita, al menos de forma expresa para los países que ingresen al TODA o al TOIEF, o tal conducta esté tipificada como tal en la respectiva ley interna, aunque no se pertenezca a esos tratados.

⁵ En el mismo sentido, comenta Lipszyc que “*la distribución de programación por medio de un sistema propio interno de cable entre las unidades que forman parte de un conjunto de unidades de viviendas vecinas también constituye un acto de comunicación pública por un organismo distinto al de origen. Lo mismo ocurre cuando, a través de una potente antena comunitaria, se captan señales portadoras de programas radiodifundidos directamente o a través de un satélite de servicio fijo (de distribución o de “punto a punto”) -es decir que están destinadas a una estación terrena-, y se distribuyen entre las unidades de un conjunto residencial o de viviendas ...*” (LIPSZYC, Delia: “*Derecho de Autor y Derechos Conexos*”. Ob. Cit. p. 209).

Módulo



Parte general

sobre derecho

de autor

UNIDAD 9

LA EXPLOTACIÓN DE LAS OBRAS EN EL ENTORNO DIGITAL

El derecho de autor y el desarrollo tecnológico – La adecuación legislativa ante el entorno digital - El derecho de reproducción en la era digital - El derecho de distribución en el entorno digital - El derecho de comunicación pública y la puesta a disposición de contenidos en las redes digitales – El entorno digital y los derechos de remuneración por copia privada - El derecho de explotación y los medios técnicos de protección – Las excepciones o limitaciones al derecho patrimonial en el entorno digital - El derecho de autor en el comercio electrónico y sus vinculaciones con el sistema de nombres de dominio - La responsabilidad de los sujetos que intervienen en la puesta a disposición de contenidos a través de las redes digitales

I

EL DERECHO DE AUTOR Y EL DESARROLLO TECNOLÓGICO

La evolución de las ideas.

1. Si el derecho de autor tiene por objeto la protección de los autores de las obras que tengan originalidad y concreción de forma, es evidente que uno de los fines perseguidos con la tutela es el “*estimulo a la creatividad*”, concepto dinámico que impone la necesidad de producir e interpretar las normas con un sentido “*vivencial*”, a la par de las nuevas formas creativas que nacen con el talento del hombre y de las novedosas formas de uso que surgen con el avance de la técnica, resultado también del ingenio humano.

2. Por ello, cuando se plantea con temor la suerte del derecho de autor con el advenimiento de nuevas tecnologías, especialmente en el campo de la informática y las telecomunicaciones, se olvida que desde su reconocimiento expreso en el marco del derecho positivo hasta la fecha, el derecho de autor ha tenido que afrontar varios “*traumas*” con el avance tecnológico, los cuales han sido superados, de una parte, con una interpretación judicial basada en el espíritu y los propósitos que fundamentan la protección y no solamente en la letra fría y estática de la norma; y de la otra, cuando ha sido necesario, con las reformas legislativas adecuadas al avance de los tiempos.

De la imprenta a la fibra óptica.

3. Un breve recuento de la evolución del derecho de autor al compás de los avances tecnológicos, como se encuentra explicado con detalle en otro trabajo al cual nos remitimos¹, parte de la invención de la imprenta, que dio lugar al sistema de los “*privilegios*” y luego evolucionó hacia un derecho del autor sobre su obra, pasando por la invención de las cajas musicales y los aparatos reproductores de música (que generó el reclamo de los creadores por la explotación de sus producciones a través de esos artefactos), el surgimiento de la obra cinematográfica como nuevo género creativo (que hizo temer por la desaparición de las obras escénicas tradicionales), el advenimiento de la radiodifusión (primero exclusivamente sonora y después televisiva), la masificación de las reproducciones reprográficas y luego

¹ V.: ANTEQUERA PARILLI, Ricardo: “*Los Derechos Intelectuales ante el Desafío Tecnológico (El Derecho de Autor y los Derechos Conexos ante la Tecnología Digital)*”. Documento OMPI/ACAD/HAV(00/5 (iii). Academia de la OMPI sobre Propiedad Intelectual. La Habana, 2000.

también la copia privada de las grabaciones sonoras y audiovisuales (incrementándose igualmente el fenómeno de la piratería), las transmisiones por satélite y la aparición de un nuevo y veloz conductor físico, la fibra óptica, generando la inquietud de los autores ante cada una de esas novedades técnicas.

4. Pero en todos ellos resultaron aplicables los principios “clásicos” del derecho de autor que permitieron, en esencia, resolver los problemas sin fracturas en el sistema, especialmente a partir de las siguientes premisas básicas:

- a. Estando protegidas todas las obras del ingenio, cualquier listado catálogo legislativo de las obras protegidas tiene un carácter no limitativo.
- b. El autor tiene el derecho exclusivo de explotar su obra por cualquier medio o procedimiento, salvo excepción legal expresa.

De las grabaciones analógicas a la tecnología digital.

5. Lo que hoy más preocupa al mundo autoral, está en enfrentar y ofrecer soluciones a los problemas que se generan con el uso combinado de la tecnología digital y las telecomunicaciones, tanto en lo que se refiere a los derechos morales (especialmente en cuanto a las “alteraciones digitales” de las obras preexistentes), como a los de carácter patrimonial, por ejemplo, respecto de su ejercicio y de la instrumentación de los controles que deben aplicarse para que la “navegación” de las obras a través de las “superautopistas de la información”, no se realice en perjuicio del derecho de los autores a autorizar o prohibir la comunicación pública de sus obras por cualquier medio, ni en desmedro de la remuneración a que tienen derecho, ni que tales formas de utilización afecten los respectivos derechos de los intérpretes o ejecutantes, de los productores de fonogramas y de los organismos de radiodifusión.

6. Señala Delgado Porras que la consecución de todas las predicciones actuales y futuras sobre el “negocio” que ofrece la infraestructura global de la información a los profesionales de la composición, la interpretación o ejecución musical, la edición de las obras de este género y la producción fonográfica –y a otras obras o bienes intelectuales susceptibles de transitar por las “redes digitales”, agregamos nosotros-, depende de dos factores fundamentales:

- a. El acierto con que el Derecho ampare, al nivel más elevado posible, los intereses de los nombrados profesionales en la explotación de sus obras y prestaciones, especialmente en su forma de transmisión “punto a punto” y a solicitud del destinatario de la misma (“transmisión digital interactiva”) por intermedio de una “red digital” del tipo de la “Internet”.

- b. El grado de protección efectiva de los derechos que, para la tutela de los mencionados intereses, se reconozca y conceda a dichos sujetos².

II

LA ADECUACIÓN LEGISLATIVA ANTE EL ENTORNO DIGITAL

Introducción.

7. Las transformaciones fundamentales que está viviendo el mundo en el campo de la tecnología, las comunicaciones y las relaciones comerciales, imponen también un proceso evolutivo en la protección de los bienes intelectuales que son objeto del derecho de autor y de los derechos conexos.

8. Hoy existe un mercado universal de obras de consumo masivo, que permite a millones de personas una mayor dedicación a la cultura y al esparcimiento, lo que para Bercovitz es un factor de influencia decisiva, por el extraordinario aumento de las relaciones económicas internacionales que dan lugar a la “*globalización de la economía*”, como interdependencia de los mercados nacionales, cada vez más integrados a un mercado mundial³.

Nuevos géneros creativos.

9. A pesar de las discusiones doctrinarias, resulta ya un hecho que los programas de ordenador o de computación han encontrado protección en el ámbito del derecho de autor y, además, en los mismos términos que las obras literarias, como será estudiado en la unidad 3 del módulo III de este curso.

10. A su vez, las bases o compilaciones de datos también encuentran abrigo dentro de la tutela autoral, dado su carácter de compilaciones, siempre que por la selección o disposición de las materias constituyan creaciones intelectuales, y así se analizará en la unidad 4 del módulo III.

² V.: DELGADO PORRAS, Antonio: “*El futuro digital: la protección de los derechos en la red*”. Seminario sobre “*El entorno profesional y legal del músico*”. Fundación Autor y SGAE, con la colaboración de AIE. Madrid, 2000, p. 1.

³ V.: BERCOVITZ, Alberto: “*La importancia económica de los derechos de autor y de los derechos conexos. Planteamiento y líneas generales*”. Ob. Cit. pp. 323-329.

11. Queda por aclarar la protección de las bases de datos que, carentes de originalidad, sean el producto de considerables inversiones pues, existiendo un importante consenso en cuanto a la necesidad de su tutela, se presentan diferencias respecto del marco adecuado para su regulación jurídica, es decir, si en el ámbito del derecho de autor o mediante una reglamentación “*sui generis*”, como será estudiado en la unidad 5 del módulo IV.

12. Por lo que se refiere a las producciones “*multimedia*”, que permiten reunir en un solo soporte digital textos, sonidos e imágenes fijas o en movimiento, permitiendo una relación interactiva con el usuario, son objeto de protección en tanto revistan características de originalidad, pero queda por determinar, en lo que todavía presenta discusiones, si son obras audiovisuales (por la expresión de imágenes en movimiento con o sin sonorización incorporada) o se consideran bases de datos, siempre que por la selección o disposición de las materias (textos, palabras, sonidos, imágenes), constituyan creaciones intelectuales, sin perjuicio, por lo demás, de los derechos existentes sobre las obras que hayan sido incorporadas a la compilación.

Nuevas formas de explotación.

13. Sobre el derecho que corresponde a los autores de autorizar o no la utilización de su obra, debe recordarse que, como es tendencia cada vez más universal, ese derecho se entiende con carácter ilimitado, salvo excepción legal expresa, como fue analizado en la unidad 4 de este módulo.

14. Con la combinación de la tecnología digital y las telecomunicaciones a través de satélites geoestacionarios y redes de fibra óptica, comienzan a producirse un sinnúmero de nuevas formas de explotación de las obras, que repercuten tanto en la esfera de los derechos morales (especialmente en cuanto a la integridad frente a su manipulación digital), como en el ámbito de los derechos de orden patrimonial.

15. Y el uso masivo se extiende con las “*superautopistas de la información*” que conducen a la “*sociedad de la información*” y que traerán necesariamente como consecuencia (si se pretende que esa masificación, antes que perjudicar, beneficie a los autores), la instrumentación de mecanismos técnicos que permitan, por una parte, evitar la comunicación o el acceso no autorizado a las obras; y, por la otra, el control de las utilidades que conduzca a una efectiva recaudación y distribución de las remuneraciones correspondientes.

16. En cuanto a los mecanismos de “*autotutela*” dirigidos a impedir la utilización no autorizada de la obra, no puede soslayarse el hecho de que “*la técnica puede ayudar a burlar la técnica*”, de manera que pueden inventarse aparatos u

otros sistemas dirigidos a neutralizar los controles aplicados por el titular del derecho para evitar el uso no consentido de su creación.

La grabación digital.

17. La grabación digital es un medio tecnológico mediante el cual los datos (v.gr.: palabras, sonidos, imágenes), se registran en forma procesable por un computador, de modo que se garantizan reproducciones idénticas.

18. Para procesarse electrónicamente, dichos datos se traducen en signos comprensibles por el ordenador, transformando los elementos convencionales (letras, números, colores, imágenes, sonidos, etc.), en signos binarios, lo que se simboliza en el lenguaje de la computación como “1” ó “0”.

19. Así, la digitalización nace como la técnica adecuada para lograr que el computador pueda inteligir información y que la conversión de los signos convencionales en digitales permita que al ser leídos y procesados, la pantalla o la impresora nos devuelvan palabras, sonidos, colores o imágenes⁴.

20. A la fidelidad de los datos incorporados, se une la impresionante velocidad de respuesta y la masa enorme de información susceptible de almacenarse (por “*compresión digital*”), de modo que a la facilidad en el acceso se une la economía del sistema, ya que la entrada a todos esos datos por métodos tradicionales sería, en razón de volumen y costos, prácticamente imposible, al menos para el hombre común.

21. A ello se agrega el avance tecnológico en telecomunicaciones, lo que hace accesible al público toda esa información por medios inalámbricos (v.gr.: satélites), o a través de conductores físicos (v.gr.: fibra óptica) que transmiten los datos a distancia, de manera que al entrar en el sistema telemático no resulta necesario, siquiera, la posesión del soporte material (“*playback*”) que sirve de intermediario entre la fuente y el usuario.

La transmisión digital.

22. Si “*transmisión*” es la difusión a distancia de elementos de información (obras de diferentes géneros, noticias, datos), tanto por medios inalámbricos (radio-

⁴ V.: MILLE, Antonio: “*Problemas de propiedad intelectual relacionados con la composición y ejecución musical con medios electrónicos*”, en Derecho de la Alta Tecnología (DAT). Año V. Nro. 52/53. Buenos Aires, diciembre, 1992/enero, 1993.

difusión) como a través de conductores físicos (hilo, cable, fibra óptica), “*transmisión digital*” significa la tele-comunicación por medios digitales, desde la comunicación interpersonal -como la telefonía celular y el correo electrónico-, hasta la difusión de la información a partir de su almacenamiento digital y su recepción por el usuario a través de medios digitalizados.

23. Es así como la tecnología digital ha propiciado el desarrollo de “*software*” capaces de memorizar, clasificar y seleccionar la información que se le ha suministrado y la invención de soportes con la posibilidad de almacenar un sinnúmero de hechos, noticias, datos u obras preexistentes (v.gr.: CD ROM, DVD), cuyo contenido es además susceptible de ser transmitido a distancia.

24. Esa difusión digital de la información permite desde la transmisión y recepción de ofertas para la adquisición de bienes y servicios – “*comercio electrónico*”-, la promoción de tales bienes y servicios mediante experiencias de “*realidad virtual*” y la realización de operaciones financieras por el sistema de “*home banking*”, hasta la comunicación de obras expresadas por escrito -a partir de verdaderas “*librerías electrónicas*”-, de muestras pictóricas, de composiciones musicales o de producciones audiovisuales, por ejemplo.

25. Las repercusiones de ese fenómeno obligan a revisar diversos conceptos, por ejemplo, en la defensa de los derechos de la personalidad (por la posibilidad de transmitir información confidencial); el derecho probatorio y de los contratos, pues muchas transacciones se realizan por transmisiones digitales sin que, necesariamente, la voluntad de las partes se materialice en un soporte tangible; en el derecho laboral, a través del “*tele-trabajo*”, que planteará dudas acerca de la existencia o no de los derechos y obligaciones que forman parte de la relación de dependencia, para el cálculo de las horas extras o para determinar si un accidente puede calificarse o no como ocurrido en el marco de la relación laboral; en el derecho aduanero, ya que es factible que una “*mercancía*” (*software*, libros, grabaciones sonoras o audiovisuales), se “*introduzca en el país*” con fines comerciales, sin que el soporte físico transite por las aduanas; o en el marco del derecho de autor y los derechos conexos, tema que nos ocupa.

26. En la medida en que se amplían los elementos susceptibles de transmisión digital, se producen un conjunto de efectos, técnicos y jurídicos, entre otros, que:

- a. Se sustituyan paulatinamente los diversos aparatos de trabajo o domésticos - el televisor, los equipos de sonido y video, la máquina de escribir, el teléfono y el fax-, por un solo artefacto que funcionaría a manera de un “*supercomputador*” dotado de una “*inteligencia central*”.
- b. Si bien una gran parte de las transmisiones que se reciben por esos medios telemáticos son realizadas a partir del almacenamiento o la fijación de la

información en un soporte material, la fidelidad de los signos, los sonidos y las imágenes que se logra a través de las comunicaciones a distancia efectuadas por medio de la tecnología digital, avizoran que cada vez el público necesitará menos del soporte físico contentivo de las obras, hechos o datos, emitidos desde la fuente de la transmisión hasta el usuario receptor.

- c. Esa mejora cualitativa en la recepción de la información estimulará su grabación privada -incluso la piratería-, mediante la posibilidad de realizar copias de la transmisión recibida con la misma calidad de imagen o sonido, que si se efectuara directamente a partir de un soporte digital.
- d. Desde el punto de vista autoral y de manera general no exhaustiva, puede señalarse que una cuota importante del contenido de las grabaciones y de las transmisiones digitales está constituida por “*programas*” de alguna de estas clases:
 - i. Obras expresadas en forma gráfica (libros, folletos, revistas, etc).
 - ii. Programas de computación (“*software*”).
 - iii. Vídeo-juegos y presentaciones en “*multimedia*”.
 - iv. Composiciones musicales, con o sin letra.
 - v. Obras audiovisuales (v.gr.: filmes, telenovelas, “*video clips*”).
 - vi. Obras escénicas (v.gr.: dramáticas, dramático-musicales, coreográficas, pantomímicas).
 - vii. Competencias deportivas y otros espectáculos de “*arena*” (v.gr.: competencias, circos, etc.) durante los cuales se interpreten o ejecuten obras protegidas.
 - viii. Reportajes y documentales periodísticos.

27. A la anterior enumeración tendrían que agregarse los bienes intelectuales protegidos por los derechos conexos, especialmente las prestaciones artísticas, las grabaciones sonoras y las emisiones de radiodifusión.

28. Pero la combinación de la tecnología digital con las modernas telecomunicaciones, hace que mientras la transmisión tradicional ha mantenido al usuario-receptor como un “*espectador pasivo*”, es decir, conformado con recibir la programación que resuelve el organismo de emisión, las transmisiones digitales permiten, además, una interacción entre quien suministra la información y quien la recibe, así como la interconexión directa de diversos usuarios.

29. Y esa tecnología constituirá el nervio central de las comunicaciones en materia de enseñanza, investigación, entretenimiento e información, y su verdadera

dimensión estará unida al volumen del material disponible y autorizado que pueda ponerse en circulación, en buena parte, como ya quedó detallado, por obras, interpretaciones y producciones protegidas por el derecho de autor o por los derechos conexos.

30. Toda la fenomenología digital, en concordancia con los intereses en juego y los derechos tutelados, impone la necesidad de analizar cuáles de esos intereses pueden verse vulnerados a través de las nuevas tecnologías y cuál el estado de la normativa aplicable, en función de ofrecer o no una adecuada protección a tales derechos.

III

EL DERECHO DE REPRODUCCIÓN EN LA ERA DIGITAL

Generalidades.

31. No debe olvidarse que, al menos en el sistema de tradición jurídica latino-germánica, el derecho de autor descansa sobre los principios siguientes:

- a. El autor tiene el derecho exclusivo de explotar su obra por todo medio o procedimiento.
- b. Ese derecho patrimonial es ilimitado en cuanto a las formas de utilización de la obra, es decir, no está sujeto al sistema del “*numerus clausus*”, de manera que la enumeración legal de las formas de explotación tiene un carácter no limitativo, salvo norma legal expresa que disponga lo contrario.
- c. A todo ello tendrían que agregarse los principales atributos patrimoniales que, con las variantes propias de cada legislación, son reconocidos a los artistas intérpretes o ejecutantes, a los productores de fonogramas y a los organismos de radiodifusión en el marco de los derechos conexos, a estudiarse en el módulo IV de este curso.

El derecho de reproducción y la tecnología digital.

32. La digitalización implica el almacenamiento de la obra en la memoria de un ordenador (“*in put*”), a los efectos de que la máquina pueda “*comprender*” la información, a través de programas de computación que permiten introducir, clasificar y seleccionar la información recibida.

33. Esa tecnología ha permitido la invención de soportes “*off line*” con la posibilidad de almacenar un sinnúmero de hechos, datos u obras preexistentes; y de la telemática, para el acceso directo a bases centralizadas de información, desde simples receptores a distancia, en comunicación “*on line*”.

34. Si el uso digital implica el almacenamiento electrónico de la información, cabe la pregunta: ¿ese proceso está o no sometido al derecho de explotación exclusivo del autor?

35. La respuesta es fundamental porque de concluirse en la negativa, sería lícita entonces la fijación digital de las obras, inclusive en la base de datos que sirviera de intermediaria entre quien suministra la información (incluidas las obras y demás producciones protegidas) y quien la solicita y recibe.

36. Si analizamos el artículo 9,1 del Convenio de Berna, el derecho de reproducción se extiende a “*cualquier procedimiento y bajo cualquier forma*”, al tiempo que el 9,3 del mismo CB aclara que “*toda grabación sonora o visual será considerada como una reproducción*” en el sentido del Convenio.

37. Formulemos entonces otra pregunta: ¿es el almacenamiento electrónico una forma de reproducción?

38. La respuesta también es afirmativa porque:

- a. Aunque se acogiera la interpretación restrictiva, en cuanto a limitar el concepto de reproducción a la realización de, por lo menos, una copia, lo cierto es que al almacenarse la obra electrónicamente se obtiene otro ejemplar, de manera que queda sometido a su autorización previa.
- b. Pero además, es incierto que la reproducción esté supeditada, necesariamente, a la obtención de una copia, no solamente porque las disposiciones citadas extienden la reproducción a cualquier forma o procedimiento, sino también porque el artículo 9,3 del Convenio de Berna se refiere a la “*grabación*”, que es sinónimo de “*fijación*”, de lo que no hay dudas que comprende su almacenamiento electrónico, independientemente de que la fijación sea “*efímera*” o “*permanente*”⁵ 6.

⁵ La jurisprudencia estadounidense, por ejemplo, ha interpretado que la transmisión en red electrónica de un computador a otro, aunque solamente resida en la memoria RAM de cada ordenador, tiene la fijación suficiente (*Advance Computer Servis of Michigan Inc. V. MAI Systems Corp.* 845 F. supp. 356, 363, E.D. Va. 1994, en “*Intellectual Property and the National Information Infrastructure*”, primera entrega, en Derecho de la Alta Tecnología (DAT). Año VII. N° 76/77. Buenos Aires, 1995. p. 29.

⁶ El Tribunal de Primera Instancia de París, resolvió, ya en 1996, conforme a las disposiciones vigentes para la fecha en la ley francesa, que “*quien memoriza sin autorización en su computadora personal conecta-*

39. Como señala Delgado Porrás, no hay dudas en que la incorporación de las obras a las redes digitales es una reproducción, bien en su fijación por un medio electrónico (un sitio en la red), bien en la copia en dicho medio de una fijación preexistente y, en ambos casos, una operación realizada para hacer posibles la comunicación y la multiplicación de ellas por medio de los servicios que operan en la red, está sometida al derecho de reproducción del autor⁷.

40. Cualquier duda queda aclarada con la “*Declaración Concertada*” al artículo 1,4 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA), que reza:

“El derecho de reproducción, tal como se establece en el Artículo 9 del Convenio de Berna, y las excepciones permitidas en virtud del mismo, son totalmente aplicables en el entorno digital, en particular a la utilización de obras en forma digital. Queda entendido que el almacenamiento en forma digital en un soporte electrónico de una obra protegida, constituye una reproducción en el sentido del artículo 9 del Convenio de Berna (hemos destacado).

41. Un dispositivo similar, con las adecuaciones del caso, figura como “*Declaración Concertada*” a los artículos 7, 11 y 16 del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (TOIEF).

IV

EL DERECHO DE DISTRIBUCIÓN EN EL ENTORNO DIGITAL

42. La transmisión digital recibida por el usuario de una red digital es almacenada de forma “*efímera*” en la memoria RAM de su computador, como también puede fijarla en la memoria permanente del equipo receptor.

43. Ante esas posibilidades cabe preguntarse si el almacenamiento, además de una reproducción como fue visto, constituye o no también una distribución de ejemplares de la obra, interpretación o producción (pues se dice que en cada fijación, efímera o permanente, hay otro ejemplar) y, de ser el caso, si concurre o no con el derecho de distribución.

da a Internet una obra protegida, la reproduce y propicia su utilización colectiva”, declarando en consecuencia una violación al derecho de reproducción (V.: KEREVER, André: “Derecho de Autor e Internet: Jurisprudencia”, en UNESCO: Boletín de Derecho de Autor. Vol. XXXI. No. 3. París, 1997. p. 42).

⁷ DELGADO PORRAS, Antonio: “*El futuro digital: la protección de los derechos en la red*”. Ob. Cit. pp. 8-9.

44. Siendo posible, además, la transferencia electrónica, resulta que, por ejemplo, la información, transmitida desde un computador que sirve de “emisor” a otros que hacen de “receptores”, puede quedar almacenada incluso en la memoria “residente” de los destinatarios o en algún dispositivo de almacenamiento asociado con cada uno de los aparatos que recibieron la transferencia, con lo cual se producen varias copias y con cada una de ellas pueden realizarse, a su vez, nuevas transmisiones y más copias.

45. La cuestión fue muy debatida en el seno de la cuarta sesión de expertos para un eventual Protocolo al Convenio de Berna (Ginebra, 1994), aprobado luego como Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA) y la mayoría de las delegaciones concluyeron en que el derecho de distribución (como obligación convencional mínima), debía limitarse a la distribución de copias físicas y tangibles, pero no a las transmisiones digitales en las que la obra es comunicada con un almacenamiento de camino al receptor.

46. Así quedó plasmado en la “*declaración concertada*” a los artículos 6 y 7 del nuevo Tratado, la cual reza:

*“Tal como se utilizan en estos Artículos las expresiones “copias” y “originales y copias” sujetas al derecho de distribución y al derecho de alquiler en virtud de dichos Artículos, se refieren exclusivamente a las copias fijadas que se pueden poner en circulación como objetos tangibles (en esta declaración concertada, la referencia a “copias” debe ser entendida como una referencia a “ejemplares”, expresión utilizada en los Artículos mencionados)”.*⁸

47. Pero esa declaración no impide concluir que:

- a. La transmisión digital de una obra es un acto de comunicación pública, sometido al régimen de autorización, como se verá más adelante.
- b. Si la reproducción comprende la “*fijación*” de la obra en cualquier soporte, el almacenamiento electrónico (efímero o permanente) es una fijación y, en consecuencia, un acto de reproducción, como figura con sentido aclaratorio en la “*Declaración Concertada*” al artículo 1,4 del TODA, también transcrita.
- c. Si a partir de una transferencia se retransmiten las obras a terceros y éstos hacen sus propias fijaciones, hay nuevamente actos que constituyen repro-

⁸ Una disposición similar figura como “*Declaración Concertada*” a los artículos 2.e), 8, 9, 12 y 13 del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (TOIEF).

ducción (por el almacenamiento electrónico), sin perjuicio del derecho de comunicación pública por la transmisión y/o retransmisión.

48. En consecuencia:

- a. Para el almacenamiento electrónico de las obras, interpretaciones o ejecuciones protegidas, el “*proveedor del contenido*” en la red digital ha debido obtener la autorización de los titulares del respectivo derecho.
- b. Para la transmisión de los programas así almacenados, también dicho “*operador*” ha tenido que lograr la anuencia correspondiente, por tratarse de un acto de comunicación pública, como se verá posteriormente.
- c. Las situaciones planteadas con motivo del almacenamiento digital y de la transmisión de la programación así fijada pueden resolverse, en consecuencia, mediante la aplicación de los principios atinentes a los derechos de reproducción y comunicación pública, según los casos.
- d. No parecería lógico que si el titular de los derechos autoriza el almacenamiento de la obra en la base centralizada de datos, así como su transmisión a los usuarios solicitantes, impida la fijación “*efímera*”, cuando ella resulte necesaria, desde el punto de vista técnico, para que dichos receptores capten la información cuya comunicación ha sido consentida⁹.
- e. Es como en el caso del “*uso honrado*” permitido para el “*software*”, en cuanto a considerar que es lícito su almacenamiento en la memoria RAM del equipo del usuario lícito, a los solos efectos de la utilización del programa informático, como se estudiará en la unidad 3 del módulo III.
- f. Otra cosa es el uso abusivo que pueda hacer el usuario con ese almacenamiento -a partir de un soporte o de una transmisión digital-, lo que podría dar lugar a infracciones al derecho de reproducción o al derecho de comunicación pública, según los casos.

49. Nada impide que, además, una legislación considere a los actos mencionados como formas de “*distribución por transmisión*”, independientemente de calificarlos también como modos de reproducción y de comunicación pública de las obras.

⁹ La Directiva Europea sobre la protección jurídica de las bases de datos (96/6/CE del 11/3/96), por ejemplo, dispone que el usuario legítimo de una base de datos o de copias de la misma puede efectuar, sin la autorización de la base de datos, todos los actos que sean necesarios para el acceso al contenido de la base y a su normal utilización (art. 6,1).

V

EL DERECHO DE COMUNICACIÓN PÚBLICA Y LA PUESTA A DISPOSICIÓN DE CONTENIDOS EN LAS REDES DIGITALES

50. Tomando en cuenta los avances tecnológicos que hacen surgir nuevas formas de uso de las obras, las leyes nacionales, como lo hacen por ejemplo la mayoría de las latinoamericanas, reconocen al autor, de manera expresa, un derecho general de comunicación pública que comprende la difusión, por cualquier medio o procedimiento, de los signos, las palabras, los sonidos o las imágenes, sin perjuicio de que se indiquen, además, a título enunciativo, algunos de los modos de utilización que configuran ese derecho.

51. También, con fines meramente aclaratorios, varios de esos textos nacionales disponen que la comunicación pública es todo acto por el cual una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar, puede tener acceso a la obra, independientemente del momento o el sitio elegido por cada uno de esos individuos para acceder a la misma.

52. Aplicada la definición al tema que se comenta, el acceso público a las transmisiones digitales por aparatos receptores es un acto de comunicación pública, sometido en consecuencia a la autorización previa de los titulares de derechos sobre la programación emitida, sea que esa telecomunicación se realice por vía inalámbrica o a través de conductores físicos.

53. Podría no obstante plantearse la interrogante de lo que debe calificarse como “público” si las transmisiones digitales permiten, gracias a los sistemas interactivos, que un solo usuario, en un momento determinado, haya solicitado el acceso y disfrute de un programa específico (v.gr.: una obra musical o un filme) y se pregunte: ¿puede esa única persona calificarse como “público” y, por ende, afirmarse que existe allí una comunicación pública?.

54. La respuesta es afirmativa, porque el sistema pone a disposición de todo el público abonado a la red la posibilidad de acceder a esa programación, aunque una o pocas personas la soliciten en una determinada ocasión.

55. Pero, evidentemente, la interpretación se facilita con la definición recogida en muchas legislaciones, porque basta que el público “pueda” tener acceso a la obra, aunque no acceda efectivamente a ella, a lo que se agrega que, entre los mo-

dos de comunicación pública se encuentre, por ejemplo, el “*acceso público a bases de datos de ordenador por medio de telecomunicación, cuando éstas incorporen o constituyan obras protegidas*”¹⁰.

56. En el artículo 8 del TODA (siguiendo lo que ya había sido recogido por muchas leyes nacionales para el “*entorno analógico*”), incluye entre las modalidades de comunicación pública como derecho exclusivo del autor, “*la puesta a disposición del público de sus obras, de tal forma que los miembros del público puedan acceder a estas obras desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija*”¹¹.

57. Así, el TODA no hace otra cosa que aclarar lo que, conforme a los principios ya anotados, era asunto resuelto, sea por disposición expresa de las leyes o bien a través de la interpretación jurisprudencial y de la doctrina.

58. Por ello, el artículo 8 del TODA tiene como finalidad -señala Fícsor-, eliminar cualquier vacío interpretativo que pudiera existir en relación con los derechos susceptibles de aplicarse en materia de transmisiones digitales, porque la última frase (“*la puesta a disposición del público ...*”) constituye una mera aclaración, pues una transmisión interactiva por demanda está cubierta por el derecho exclusivo de autorización¹².

59. Ahora bien: ¿qué hace distinta, a los efectos de la disciplina, la transmisión digital e interactiva de contenidos protegidos, en relación con las otras formas de explotación que ya habían surgido en el tiempo con la tecnología analógica?. Veamos:

- a. En el ángulo positivo, se trata de un medio masivo de utilización mundial de las obras (y prestaciones) como nunca antes se había visto, de modo que si dichas formas de uso causan –como deben causar- una remuneración a favor

¹⁰ Delgado Porras, comentando la ley española de 1987 (que en ese sentido fue seguida por la mayoría de las leyes latinoamericanas promulgadas en la última década del siglo XX), afirma que el legislador hispano se anticipó al uso que había de darse a ese concepto en la más novedosa de las explotaciones ofrecidas a las obras por la tecnología digital, de la que entonces venía a ser un precedente el acceso público por telecomunicación a obras comprendidas en bases de datos (Ob. Cit. p. 11).

¹¹ En lo que se refiere a los artistas intérpretes o ejecutantes y a los productores de fonogramas, como se analizará en las unidades 2 y 3 del módulo IV, los artículos 10 y 14 del TOIEF le reconocen el derecho de autorizar la “*puesta a disposición del público*” de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas, o de los fonogramas, según corresponda, ya sea por hilo o por medios inalámbricos, “*de tal manera que los miembros del público puedan tener acceso a ellas desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija*”.

¹² V.: FÍCSOR, Mihály: “*Nuevas orientaciones en el plano internacional: Los nuevos Tratados de la OMPI sobre derecho de autor y sobre interpretaciones o ejecuciones y fonogramas*”, en el libro-memorias del III Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos. Montevideo, 1997. Tomo 1. p. 338.

de los titulares de derechos, y esa retribución se hace verdaderamente efectiva en proporción a la explotación de esas creaciones y prestaciones, lo que debe avizorarse es una “*era de prosperidad*” para los autores, los artistas y las industrias culturales.

- b. Como señala Bercovitz, estamos ante un mercado, que aun cuando opera por medios distintos, hay unos oferentes, unas obras que se ofrecen, y unos adquirentes o usuarios, y en este nuevo mercado, que son las autopistas o la sociedad de la información, los derechos patrimoniales deben seguir atribuyendo al titular la explotación exclusiva de la obra dentro del mercado¹³.
- c. También la Directiva Europea 2001/29/CE del 22-5-01 sobre derecho de autor y derechos afines en la sociedad de la información¹⁴, en sus considerandos 5 y 10 resalta que si bien la protección de la propiedad intelectual no requiere la definición de nuevos conceptos, las actuales normativas deben adaptarse adecuadamente a las realidades económicas tales como las nuevas formas de explotación, para que los autores y los intérpretes puedan continuar su labor creativa y artística, recibiendo una compensación adecuada por el uso de sus obras y prestaciones, igual que los productores, para poder financiar esa labor.
- d. Desde una óptica negativa, las redes digitales como “*Internet*” son básicamente “*inseguras*” (y no solamente para los derechos de “*propiedad intelectual*”, sino también para otros campos como el financiero, el de la confidencialidad de los datos o el de la seguridad pública), de manera que, como nunca antes, el “*auxilio tecnológico*” resulta fundamental para que esa “*inseguridad*” no se revierta en contra de los titulares de derechos sobre las obras y prestaciones que circulan a través de las redes digitales.
- e. De allí que el ya citado “*Green Paper*” de los Estados Unidos sobre la Propiedad Intelectual y la Infraestructura Nacional de la Información, haya destacado que el éxito de las “*superautopistas de la información*” está supeditado, necesariamente y entre otras cosas, al “*volumen de obras que circulen a través de ellas*” y a que “*se garantice una efectiva protección de los respectivos derechos*” (hemos destacado)¹⁵.

¹³ V.: BERCOVITZ, Alberto: “*Riesgos de las nuevas tecnologías en la protección de los derechos intelectuales. La quiebra de los conceptos tradicionales del derecho de propiedad intelectual. Soluciones jurídicas*”, en *El derecho de propiedad intelectual y las nuevas tecnologías*. Ed. Ministerio de Cultura. Madrid, 1996. pp. 71-109.

¹⁴ V.: Diario Oficial de las Comunidades Europeas No. L 167 de 22/06/2001.

¹⁵ V.: “*Intellectual Property and the National Information Infrastructure*” (primera entrega). Ob. Cit. pp. 25-26.

60. Pero la “*inseguridad*” no es exclusiva de las redes digitales como *Internet*, pues ya existía en el mundo analógico. Como ejemplo, las emisiones de radiodifusión “*tradicional*” y las efectuadas a través de satélites con destino a numerosos países, que en ocasiones se han efectuado desde territorios que no reconocen protección a la programación contenida en la señal (contribuyendo a la impunidad del emisor) y que generaron la invención de los codificadores de señales y la obligación impuesta a los estados (al menos en Tratados sub-regionales, como el de Libre Comercio para América del Norte y el del Grupo de los Tres¹⁶), de tipificar como ilícita la acción de descodificar señales codificadas, ilicitud que también fue reconocida en la legislación interna de muchos países, miembros o no de los instrumentos internacionales que contenían ese compromiso.

61. Y a pesar de su “*inseguridad*”, las transmisiones a través de redes digitales dejan siempre “*huellas*”, a veces más detectables que las dejadas por algunas explotaciones efectuadas en el mundo analógico. Más “*inseguras*” son, por ejemplo, las escenificaciones teatrales realizadas desde siempre por pequeños grupos artísticos en poblaciones lejanas o las ejecuciones musicales analógicas (“*en vivo*” o a partir de soportes sonoros), efectuadas en modestos lugares públicos situados en lugares apartados, a pesar de lo cual la gestión colectiva tradicional ha sido eficiente, en muchos países, para localizar la explotación y sus responsables, así como para recaudar allí las remuneraciones correspondientes con miras a su distribución.

62. La importancia de la “*inseguridad*” de las redes y las transmisiones digitales (en comparación con las del mundo analógico) se ubica, en primer lugar, en la misma complejidad del sistema; y, en segundo lugar, en el volumen de las utilidades que pueden realizarse con las nuevas tecnologías y las importantes sumas que los titulares de derechos pueden ganar o perder con esas nuevas modalidades de explotación.

63. Una “*efectiva protección*” de los derechos intelectuales en el mundo de la puesta a disposición de obras y prestaciones a través de las transmisiones digitales pasa entonces por varios objetivos básicos, en especial que:

- a. Los titulares de derechos instrumenten dispositivos técnicos de “*autotutela*”, necesarios para impedir o restringir utilidades no autorizadas de sus obras o prestaciones a través de las “*redes digitales*”.
- b. Las legislaciones contemplen como ilícito cualquier acto dirigido a eludir esos sistemas de “*autoprotección*”.

¹⁶ El TLC (o por sus siglas en inglés, NAFTA), está constituido por el Tratado de Libre Comercio entre Canadá, Estados Unidos de América y México, al tiempo que el G3 es el Tratado del Grupo de los Tres, que agrupa a Colombia, México y Venezuela.

- c. La gestión colectiva se adecue al “*mundo digital*”, para controlar el uso que se haga de sus repertorios por medio de las “*transmisiones digitales*” e instrumentar sistemas seguros de información dirigidos a identificar las obras y prestaciones efectivamente utilizadas a los fines de una eficaz distribución de las remuneraciones percibidas de los usuarios, como se verá en la unidad 2 del módulo V.
- d. Se tipifique como ilícito cualquier acto destinado a suprimir o alterar la información electrónica dispuesta por las sociedades de gestión colectiva para la administración de sus repertorios en el ciberespacio.

64. En la actualidad, son cientos de miles las producciones protegidas disponibles a través de la red, a partir de sitios que las almacenan y comunican, muchos de ellos sin la autorización de los titulares de los respectivos derechos.

65. En el caso de las grabaciones sonoras, debe destacarse el MP3, formato capaz de comprimir música para ser enviada fácil y rápidamente a la red, que puede copiarse en el disco duro de un ordenador y ejecutarse por el usuario-receptor a través del audio con una calidad equivalente a la de un CD, como también distribuirse a terceros, así como el almacenamiento de la información recibida en aparatos “*de bolsillo*”, para ser oída a través de auriculares similares a un “*walkman*”.

66. En ese sentido cobra singular importancia la controversia surgida a raíz del “*Napster*”, sitio organizado por *Napster Inc.* con un programa que permite conectar a quienes lo visitan con archivos MP3, actuando como un servicio gratuito de información que opera como un motor de búsqueda y donde el usuario que se conecta puede utilizar una “*lista caliente*” (“*host list*”) para buscar a otros usuarios que tienen disponible en el archivo MP3 la grabación que desea “*bajar el visitante*”¹⁷ y que, de acuerdo a información de CNN¹⁸, quintuplicó en seis meses su número de usuarios, pasando de 1,1 millones en febrero de 2000 a 4,9 millones en julio del mismo año, con una velocidad de cargas y descargas de obras protegidas a razón de 10.000 ficheros por segundo.

67. El Tribunal de Distrito de California (27-7-2000), ante la acción intentada contra *Napster Inc.* por titulares de varios de los derechos involucrados, declaró que “*cuando la infracción alcanza tal magnitud mayorista los demandantes tienen derecho a reclamar sus derechos de autor*”, ordenando como medida cautelar detener el intercambio de materiales protegidos.

¹⁷ V.: ÉMERY, Miguel Ángel: “*Observancia de los derechos de autor y los derechos conexos en las redes digitales, la tecnología y sus posibilidades en materia de información y supervisión. La pertinencia de los Acuerdos del ADPIC*”. Documento OMPI/DA/MVD/00/3. Montevideo, 2000. p. 13.

¹⁸ V.: <http://www.cnnenespanol.com/2000/tec/09/11/napster/index.html>.

68. Ante la apelación interpuesta por la demandada, la Corte de San Francisco, en decisión del 12 de febrero de 2001, aunque ordenó modificar en algunos aspectos la providencia cautelar dictada por el Tribunal de Distrito, también señaló, entre otras cosas, que los usuarios de Napster infringían al menos dos de los derechos exclusivos: el de reproducción y el de distribución; que si el operador de un sistema sabe de un material infractor específico disponible en su sistema y deja de purgarlo, dicho operador contribuye a una infracción directa; para escapar de una responsabilidad subsidiaria, el derecho reservado a vigilar debe ser ejercido en su máxima extensión, de modo que dejar de vigilar la conducta del infractor primario conduce a la imposición de esa responsabilidad por infracción del derecho de autor; Napster tenía el derecho y la capacidad de vigilar su sistema y falló en ejercer ese derecho para evitar el intercambio infractor de material protegido; Napster tenía la capacidad de localizar el material infractor listado en sus índices de búsqueda y el derecho a detener el acceso de los usuarios al sistema; Napster, por su conducta y con su conocimiento, alentaba y asistía la infracción de los derechos de autor de los demandantes; y que Napster se beneficiaba económicamente de la disponibilidad de obras protegidas en su sistema¹⁹.

69. Sin embargo, la Corte consideró que la responsabilidad negligente solamente podía ser impuesta en la medida en que Napster:

- a. Tuviera conocimiento razonable de ficheros infractores específicos con composiciones musicales y grabaciones sonoras protegidas.
- b. Supiera o debiera saber que tales ficheros estaban disponibles en el sistema.
- c. Dejara de actuar para evitar la distribución de las obras y grabaciones protegidas.

VI

EL ENTORNO DIGITAL Y LOS DERECHOS DE REMUNERACIÓN POR COPIA PRIVADA

70. Es evidente que las modernas tecnologías han facilitado la “*copia privada*” de las obras y que la combinación de la digitalización de los signos, los sonidos o las imágenes, por una parte, y las “*superautopistas de la información*” por la otra, estimulará todavía más ese fenómeno.

¹⁹ V.: Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos de América para el Noveno Circuito. Caso 00-16401: A&M Records vs. Napster.

71. La “*copia privada*”, especialmente la digital, por ser un “*clónico*” del original, no puede considerarse formando parte de los “*usos honrados*” ya analizados. Pero parece poco realista el reconocimiento de un derecho exclusivo de autorizar o no la reproducción para “*uso personal*” de las obras, porque su ejercicio práctico sería poco menos que imposible.

72. De allí la figura del “*derecho de remuneración*” en beneficio de los titulares de derechos sobre las obras, interpretaciones o ejecuciones artísticas y producciones fonográficas objeto de la copia privada, sobre los equipos y soportes materiales utilizados para tal reproducción, como fue estudiado en la unidad 5 del módulo II de este manual.

73. Esa excepción al derecho exclusivo no se aplica a los programas de ordenador -donde la única copia permitida es la que se realiza con fines de resguardo o seguridad, como se verá en la unidad 3 del módulo III-, dado que ninguna compensación sustitutiva podría equivaler a la pérdida sufrida por los titulares de derechos ante la disminución en la compra de los ejemplares originales -o en la adquisición de la respectiva licencia de uso-, dado el abismo existente entre la facilidad de la copia y el bajo precio del soporte virgen, en comparación con la complejidad en la elaboración y los altísimos costos de producción de un “*software*” competitivo.

VII

LAS EXCEPCIONES O LIMITACIONES AL DERECHO PATRIMONIAL EN EL ENTORNO DIGITAL

74. El artículo 9,2 del Convenio de Berna (por lo que se refiere al derecho de autor), es lo suficientemente amplio como para permitir limitaciones al derecho de reproducción siempre que se respeten los “*usos honrados*”, es decir, que se trate de “*casos especiales*” (o sea, expresamente tipificados y de interpretación restrictiva), que no atenten contra la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses del autor, en dispositivo recogido no solamente para el derecho de reproducción, sino también para todos los demás derechos protegidos, en el Acuerdo sobre los ADPIC (art. 13), en el TODA (art. 10) y en el TOIEF (art. 16).

75. Una “*Declaración Concertada*” contenida en el TODA (la cual tiene su equivalente en el TOIEF para los derechos de los intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas), es de importancia vital en torno al tema que nos ocupa y es la relacionada con el artículo 10 (atinente al principio de los “*usos honrados*”), cuando dispone que se permite a las partes contratantes “*aplicar y ampliar debidamente las limitaciones y excepciones al entorno digital*”, inclusive para “*estable-*

cer nuevas excepciones y limitaciones que resulten adecuadas al entorno de red digital”²⁰.

76. Un análisis superficial de esa declaración supondría que, de acuerdo al TODA (como también conforme al TOIEF), se estaría abriendo una brecha para tolerar, en el mundo digital, formas libres de uso que lesionaran sin justificación los derechos reconocidos a los autores (y, en su caso, a los intérpretes o ejecutantes y a los productores fonográficos), mediante la incorporación de nuevas excepciones o limitaciones.

77. Pero debe advertirse que el principio de los “*usos honrados*” implica, como ya fue dicho, la prueba de los tres pasos o niveles, ya estudiados en este manual.

78. Por tanto –apunta Fícsor–, si bien la tecnología digital puede cambiar las condiciones de uso de las obras (interpretaciones o ejecuciones y fonogramas, añadimos nosotros), el traslado al entorno digital de limitaciones o excepciones válidas en el mundo analógico, o el reconocimiento de nuevas excepciones o limitaciones, solamente son aceptables, en los términos del Tratado, sobre la base de la comprobación de esos tres niveles²¹.

79. Así lo confirma la citada Directiva Europea sobre derecho de autor y afines en la sociedad de la información, cuando:

- a. Resalta en su considerandos 34 y 35 que debe ofrecerse a los Estados miembros la posibilidad de establecer determinadas limitaciones o excepciones en el entorno digital, pero que en ciertos casos deben implicar para los titulares el derecho a recibir una compensación equitativa para recompensarles adecuadamente por el uso que se haya hecho de sus obras y prestaciones.
- b. Contempla en su artículo 5 un conjunto de limitaciones que siguen muy de cerca (a veces casi textualmente) las explicadas en la unidad 5 de este módulo II y que ya han sido incorporadas a numerosas legislaciones, de modo que no existe ninguna verdadera “*novedad*” en comparación con lo que se ha tenido en cuenta en muchos textos nacionales, incluso por aquellos aprobados antes de la “*era digital*”.

²⁰ Una disposición similar figura como “*Declaración Concertada*” al artículo 16 del TOIEF.

²¹ Ob. Cit. pp. 340-341.

VIII

EL DERECHO DE EXPLOTACIÓN Y LOS MEDIOS TÉCNICOS DE PROTECCIÓN

80. Como lo señaló el Informe estadounidense sobre Propiedad Intelectual y la Infraestructura Nacional de Información, la facilidad con la que se infringen las leyes y la dificultad para detectarlo y hacerlas cumplir, obliga a los titulares de derechos de autor a recurrir a la tecnología, así como a la ley, para obtener una eficaz protección de sus obras mediante la ayuda tecnológica y aplicar sistemas contra el acceso, reproducción, manipulación, distribución, ejecución o presentación no autorizados, con el fin de hacer respetar la integridad de las obras y la administración y la licencia de esos derechos²².

81. El artículo 11 del TODA (y su equivalente, el art. 18 del TOIEF), compromete a las partes contratantes a proporcionar recursos jurídicos efectivos contra la acción de eludir las medidas tecnológicas utilizadas por los autores (o, en el TOIEF, por los intérpretes o ejecutantes y los productores fonográficos), para restringir actos que, en relación con los derechos reconocidos en el propio Tratado, no estén autorizados por los autores o permitidos por la ley, de lo que se desprende el derecho que tienen entonces dichos titulares de aplicar dispositivos o sistemas técnicos de “*autotutela*” para protegerse contra el uso indebido de sus obras y prestaciones.

82. Aunque es innecesario, algunos textos (como los de Ecuador y Perú), con fines meramente aclaratorios, disponen que los titulares de derechos tienen la facultad de implementar o de exigir para la reproducción o la comunicación de su obras o prestaciones, la incorporación de mecanismos, sistemas o dispositivos de autotutela, con el fin de impedir su comunicación, recepción, retransmisión, reproducción o modificación no autorizadas.

83. También la *Digital Millenium Copyright Act* (DMCA) de los Estados Unidos (1998)²³ reconoce al titular del derecho de autor la facultad de impedir que se neutralicen las medidas técnicas que se hayan dispuesto para controlar el acceso a las obras protegidas.

84. La Directiva Europea 2001/29/CE sobre derecho de autor y afines en la sociedad de la información define como “*medidas tecnológicas*” toda técnica, dis-

²² V.: “*Green Paper*” (sexta entrega), en Derecho de la Alta Tecnología (DAT). Año VII. N° 82/83. Buenos Aires, 1995; y “*Green Paper*” (séptima entrega), en DAT. Año VII/VIII. N° 84/85. Buenos Aires, 1995.

²³ Para una amplia información comentada sobre la DMCA, v.: GINSBURG, Jane: “*News from US*”, en *Revue Internationale du Droit D’Auteur* (RIDA). No. 179. París, 1999. pp. 143-299.

positivo o componente que, en su funcionamiento normal, esté destinado a impedir o restringir actos referidos a obras o prestaciones protegidas que no cuenten con la autorización del titular de los derechos, considerándose “*eficaces*” cuando el uso de la obra o prestación protegidas esté controlado por los titulares de derechos mediante la aplicación de un control de acceso o un procedimiento de protección que logre ese objetivo (art. 6,3).

85. Los dispositivos de “*autoprotección*” en el entorno digital pueden ser de diversas clases, por ejemplo:

- a. Sistemas de “*codificación*”, “*encriptamientos*” y “*huellas digitales*” aplicados sobre los mismos soportes que impidan al poseedor almacenar, duplicar o modificar su contenido o restrinjan el número de copias posibles, lo que sirve de “*autotutela*” tanto frente al “*proveedor de contenidos*” y a los “*proveedores de servicios*” como ante el “*usuario-receptor*”.
- b. Controles de acceso a las obras y prestaciones en el “*server*”, sea como una limitación parcial que exija el cumplimiento de determinados procedimientos de identificación, lo que permitiría reconocer al usuario permitiendo o negando la información solicitada, o bien como una forma de restricción total.
- c. Controles “*de segundo nivel*”, que permiten el acceso a los archivos, pero de manera que éstos solamente puedan ser ejecutados para un fin específico, como sería el de su visión o audición por parte del usuario-receptor, pero no para su almacenamiento, duplicación o retransmisión²⁴.

86. Pero como apuntó el informe estadounidense ya citado, la técnica también puede burlar la protección que la misma tecnología ha creado, razón por la cual se recomendó a los legisladores prohibir la importación, fabricación y distribución de dispositivos (u otro componente incorporado en cualquier producto), el ofrecimiento o la ejecución de todo servicio cuyo objetivo sirviera para evitar, desviar, eliminar, desactivar o de cualquier otra manera anular los medios técnicos aplicados para proteger los derechos protegidos²⁵.

²⁴ Para una amplia y fundamentada información sobre los dispositivos técnicos de autotutela, véase a RODRÍGUEZ, Manuel Antonio: “*Los mecanismos de autotutela en derecho de autor y derechos conexos*”. Tesis de post-grado para optar al grado de Especialista en Propiedad Intelectual de la Universidad de Los Andes (mención honorífica con recomendación de publicación). Mérida, 1999.

²⁵ Aunque en términos más limitados (protección de señales codificadas) y antes de la aprobación del TODA y el TOIEF, ya el Tratado de Libre Comercio para América del Norte (TLC) contenía un dispositivo por el cual se comprometía a los países miembros a reprimir penalmente la fabricación, importación, venta, arrendamiento o cualquier acto que permitiera tener un dispositivo o sistema que fuera de ayuda primordial para descifrar una señal de satélite codificada portadora de programas, sin la autorización del distribuidor

87. Por razones similares, el fin perseguido en el artículo 11 del TODA (y en el 18 del TOIEF), ha sido ampliado en varios textos nacionales para sancionar, no sólo la acción de eludir los dispositivos técnicos de “*autotutela*” como los indicados (pues la conducta de eludir constituye en muchos casos el último eslabón de la cadena delictiva), sino también, con variantes entre una y otra ley, la fabricación, importación, venta, arrendamiento, puesta en circulación de dispositivos o productos o la prestación de servicios cuyo propósito o efecto sea impedir, burlar, eliminar, desactivar o eludir de cualquier forma, los dispositivos técnicos que los titulares hayan dispuesto para proteger sus respectivos derechos (Ecuador, Nicaragua, Paraguay, Perú y República Dominicana), aunque algunos textos limitan la tipificación de ese delito a las mencionadas acciones solamente cuando están referidas a los dispositivos o sistemas útiles para descifrar señales satelitales codificadas (Costa Rica, Ley de Observancia de los derechos de Propiedad Intelectual).

88. La DMCA estadounidense define tres violaciones, a saber:

- a. Neutralizar las medidas técnicas de protección que permitan controlar el acceso a las obras protegidas.
- b. Fabricar, difundir o poner en disposición cuanto dispositivo exista, o prestar servicios que neutralicen los sistemas de control de acceso.
- c. Fabricar, difundir o poner en disposición, dispositivos, o prestar servicios que neutralicen una medida técnica que proteja eficazmente los derechos reconocidos al titular del derecho de autor.

89. La Directiva Europea sobre derecho de autor y derechos afines en la sociedad de la información (arts. 6,1 y 6,2), establece la obligación para los Estados miembros de ofrecer una protección adecuada contra:

- a. La elusión de cualquier medida tecnológica efectiva, cometida por una persona a sabiendas, o teniendo motivos razonables para saber que sigue ese objetivo.
- b. La fabricación, importación, distribución, venta, alquiler, publicidad para la venta o el alquiler, o la posesión con fines comerciales, de cualquier dispositivo, producto o componente o la prestación de servicios que:

legítimo de dicha señal; y de establecer como ilícito civil la recepción, en relación con actividades comerciales, o la ulterior distribución de una señal de satélite codificada portadora de programas, que hubiere sido descodificada sin autorización del distribuidor legítimo de la señal o la participación en cualquier actividad de las tipificadas como delito (art. 1707) y una previsión similar se incorporó al Tratado del G3 (art. 18-07, 5 y 6).

- i. Sea objeto de una promoción, de una publicidad o de una comercialización con la finalidad de eludir la protección, o
- ii. Sólo tenga una finalidad o uso comercial limitado al margen de la elusión de la protección, o
- iii. Esté principalmente concebido, producido, adaptado o realizado con la finalidad de permitir o facilitar la elusión de la protección de cualquier medida tecnológica eficaz.

IX

EL DERECHO DE AUTOR EN EL COMERCIO ELECTRÓNICO Y SUS VINCULACIONES CON EL SISTEMA DE NOMBRES DE DOMINIO

90. Como una definición no exhaustiva se entiende por comercio electrónico toda relación comercial estructurada a partir de uno o más mensajes de datos (u otros medios que contengan información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos), mediante la cual, entre otras cosas, se producen operaciones de intercambio o suministro de bienes (tangibles o intangibles) y servicios, incluidas las actividades de publicidad y mercadeo, sin que exista contacto físico entre quien ofrece los bienes y servicios y quien los demanda.

91. Esas operaciones, por medio de “*compras virtuales*” y transacciones bancarias en línea, iniciadas en la década de los 90 a través de “*Internet*”, se han proyectado de manera tal que hoy constituyen, potencialmente, el mercado más amplio e integral de toda la historia, hasta el punto que para el año 2004 se estima que el valor del comercio electrónico entre empresas de todo el mundo alcanzará los 7,3 billones de dólares²⁶.

92. Pero la misma “*globalización*” de las operaciones que se realizan y los elementos involucrados en ellas (no solamente los vinculados al derecho de autor y los derechos conexos²⁷), imponen la necesidad de ciertas constantes internaciona-

²⁶ V.: CHARLES, Carol: “*Nueva reglamentación mundial para el comercio electrónico: profundizar el diálogo más allá del G-8*”, en <http://www.usinfo.state.gov/journals/ites/0500/ijes/giic3.htm>

²⁷ Hillman apunta, entre los diversos ilícitos que se pueden cometer en la red, la difusión de instrucciones para la preparación de actos terroristas; el envío de mensajes que incitan al odio o a la discriminación; el hurto y la destrucción de datos que atentan contra la seguridad y confidencialidad de la información; el uso indebido de tarjetas de crédito ajenas; la recolección, procesamiento y transmisión no autorizada de datos personales; y el envío de mensajes difamatorios o injuriantes (V.: HILLMAN CHARTRAND, Harry: “*El copyright y el nuevo orden económico mundial*”, en *Derecho de la Alta Tecnología*, DAT. No. 131. Buenos Aires, julio de 1999. pp. 7-22).

les, a nivel normativo, razón por la cual la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su 85ª. Sesión plenaria (1996), aprobó una “*Ley Modelo sobre Comercio Electrónico*”, redactada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)²⁸, recomendando a los Estados su adopción “*habida cuenta de la necesidad de que el derecho aplicable a los métodos de comunicación y almacenamiento de información sustitutivos de los que utilizan papel sea uniforme*”²⁹.

93. A nivel comunitario y con un contenido mucho más completo que la ley-modelo de la CNUDMI, los efectos armonizadores ya se han producido en el seno de la Unión Europea, con la Directiva 2000/31/CE del 8-6-2000 sobre el Comercio Electrónico³⁰ y también en los ámbitos nacionales comienza a legislarse sobre la materia, como es el caso de varios países de América Latina³¹.

94. Ahora bien, la misma inmaterialidad de los contenidos protegidos por los diversos derechos comprendidos en la “*propiedad intelectual*”, hace que constituyan un objeto natural del comercio electrónico y no solamente aquellos que se enmarcan en el sub-sistema normativo del derecho de autor y de los derechos conexos, sino también dentro de los comprendidos en la disciplina sobre la protección de los signos distintivos, lo que, también en ciertos casos, tiene implicaciones en relación con el derecho de autor y los derechos afines.

95. El primer escenario de controversias fue el de los “*nombres de dominio*”, al comienzo entendidos como “*direcciones electrónicas*” (similares a las “*direcciones postales*” del mundo real) y que posteriormente pasaron a constituir verdaderos “*identificadores*” de fabricantes y comercializadores de bienes y servicios³².

96. La problemática de tales “*nombres de dominio*” se asocia con los conflictos generados entre marcas que identifican productos o servicios (en particular las “*renombradas*” y las “*notoriamente conocidas*”) y estos nuevos elementos distintivos, especialmente cuando el uso por terceros de nombres de dominio idénticos o similares a una marca ya protegida, genera confusión en el público acerca del origen empresarial de los contenidos promocionados en la página identificada con el

²⁸ La “*Ley Modelo*” fue modificada en 1998, para la adición de un artículo 5 bis al proyecto original.

²⁹ V.: <http://www.uncitral.org/spanish/texts/electcom/ml-ec.htm>

³⁰ V.: Diario Oficial de las Comunidades Europeas, L 178 del 17/2/2000.

³¹ Así, por ejemplo, la Ley No. 527 de 1999 de la República de Colombia, por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, se establecen las entidades de certificación y se dictan otras providencias.

³² Para una amplia información sobre el tema, v.: ANTEQUERA HERNÁNDEZ, Ricardo: “*El uso de identificadores en el ciberespacio (consideraciones a propósito de la explotación de signos identificadores en la Internet)*”. Trabajo de post-grado para optar al título de Especialista en Propiedad Intelectual (Mención Honorífica con recomendación de Publicación). Universidad de Los Andes. Mérida, 1999.

nombre de dominio y los que se distinguen con la marca, lo que además de atentar contra el derecho marcario, constituye un acto de competencia desleal que generalmente también infringe las leyes de protección al consumidor.

97. Igualmente se presenta el caso de terceros que solicitan y obtienen la asignación de un nombre de dominio idéntico o similar a una marca ya protegida, sin el propósito de usarlo, sino con la deliberada intención de ofrecerlo luego al titular de dicha marca a cambio de un precio, lo que, entre otras cosas, constituye un acto de mala fe y un “*aprovechamiento parasitario*”.

98. Son conocidos los conflictos planteados con motivo de la asignación a terceros de nombres de dominio (idénticos o similares a marcas de productos o servicios generalmente famosas), resueltos a través del Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI³³ como el de *jpmorgan.org*³⁴ (favorable a *J.P. Morgan*), *banesto.org*³⁵ (con fallo a favor del *Banco Español de Crédito*) y *christiandiorcosmetics.com*³⁶ (con dictamen que favoreció a *Parfums Christian Dior*), o decididos por tribunales nacionales, como el del nombre de dominio *harrods.com*, conocido por la justicia británica y que declaró con lugar la demanda planteada por *Harrods Ltd*³⁷.

99. Pero la problemática de los nombres de dominio también alcanza al derecho de autor y a los derechos conexos, por ejemplo, cuando el medio identificador cibernético coincide con el título de una obra altamente conocida o con el nombre de un autor, editor, productor u otro titular del derecho muy prestigioso, al tiempo que través de la página en la WEB se comercializan en forma electrónica, bajo el nombre de dominio asignado, productos o servicios vinculados al derecho de autor o a los derechos conexos, de suerte que el público accede a la página y adquiere dichos bienes o servicios ofrecidos a través de la tienda virtual, en la creencia de que se trata de obras, ediciones o producciones que emanan de ese autor, editor o productor.

100. Y no se trata de un mero ejercicio teórico pues casos de esa naturaleza han sido también resueltos a través del Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI, por ejemplo, del nombre de dominio *microsoft.org* (con resolución a favor de *Microsoft Corporation*³⁸); el de *bbcenespanol.com* (decidido a favor de *The British Broad-*

³³ V.: <http://arbiter.wipo.int/domains/decisions/1-200-es.html>

³⁴ V.: <http://arbiter.wipo.int/domains/decisions/html/d2000-0035.html>

³⁵ V.: <http://arbiter.wipo.int/domains/decisions/html/d2000-0018.html>

³⁶ V.: <http://arbiter.wipo.int/domains/decisions/html/d2000-0022.html>

³⁷ V.: BUGALLO MONTAÑO, Beatríz: “*Internet, comercio electrónico y propiedad intelectual*”. Ed. Universidad de Montevideo. Facultad de Derecho. Montevideo, 2000. p. 85.

³⁸ V.: <http://arbiter.wipo.int/domains/decisions/html/d2000-0053.html>

*casting Corporation*³⁹) y el de tarzanonline.net (con dictamen favorable a *Edgar Rice Burroughs, Inc.*⁴⁰); o por los tribunales nacionales, tal el del nombre de dominio playmen.it (resuelto por la justicia estadounidense a favor de *Playboy Enterprises*⁴¹).

101. Pero la problemática que ocupa la mayor atención entre el derecho de autor y los derechos conexos, por una parte, y el comercio electrónico por la otra, es la puesta a disposición del público de contenidos (obras de diversos géneros, prestaciones artísticas, grabaciones sonoras), objeto de protección autoral o por sus derechos afines.

102. De esa manera, el comercio electrónico permite proveer al público de una amplia oferta de bienes intelectuales, desde la compra-venta de bienes tangibles (o “*bienes duros*”⁴²), es decir, que no son transferidos a través de la red (comercio electrónico indirecto), hasta la recepción del contenido por el consumidor en forma de objetos intangibles, conocidos como “*bienes blandos*”⁴³, o sea, que llegan directamente al adquirente por medio de la *Internet* (comercio electrónico directo⁴⁴).

103. El primer caso (comercio electrónico indirecto), ocurre a través del acceso público a supermercados virtuales, desde verdaderos “*superstore*” (que ponen a la venta libros, discos, videos, software, etc.), como amazon.com, hasta tiendas especializadas: Barnes & Noble (www.bn.com) para libros, CDNow! (www.cdenow.com) para grabaciones musicales, videotalk.net para soportes audiovisuales o zdnet.com para programas de ordenador.

104. Ya allí podrían presentarse conflictos con los titulares de derechos si los objetos tangibles susceptibles de adquirirse a través de tiendas de esa naturaleza, consistieran en soportes físicos con reproducciones no autorizadas.

105. Sin embargo, el tema más complejo consiste en las transmisiones en línea de obras literarias o artísticas (o de prestaciones protegidas por los derechos conexos), es decir, el comercio electrónico directo o de puesta a disposición de contenidos protegidos a través de las redes digitales, tema que fue estudiado *supra*.

³⁹ V.: <http://arbiter.wipo.int/domains/decisions/html/d2000-0050.html>

⁴⁰ V.: <http://arbiter.wipo.int/domains/decisions/html/d2000-0115.html>

⁴¹ V.: GLICKSON, Scott L.: “*Identificando y administrando riesgos en el Cyberspacio*”, en Derecho de la Alta Tecnología (DAT). No. 111. Buenos Aires, noviembre de 1997. p. 11.

⁴² V.: MILLÉ, Antonio: “*Impacto del Comercio Electrónico sobre la Propiedad Intelectual*”, en Derecho de la Alta Tecnología (DAT). No. 117. Buenos Aires, 1998. p. 2.

⁴³ Idem.

⁴⁴ V.: BUGALLO MONTAÑO, Beatriz: Ob. Cit. p. 39.

X

LA RESPONSABILIDAD DE LOS SUJETOS QUE INTERVIENEN EN LA PUESTA A DISPOSICIÓN DE CONTENIDOS A TRAVÉS DE LAS REDES DIGITALES

106. Partiendo del principio por el cual el almacenamiento electrónico es una reproducción sometida a autorización previa; que la puesta a disposición de obras y prestaciones por transmisiones digitales es una comunicación pública (que además implica actos de reproducción) y que deben instrumentarse acciones y recursos eficaces contra la acción de eludir los dispositivos técnicos de “*autotutela*” y de burlar los sistemas de información electrónica capaces de gestionar los derechos sobre las obras y prestaciones que circulan por la red, queda por determinar la responsabilidad de los intervinientes en esa puesta a disposición de los contenidos protegidos.

107. En un orden cronológico está, en primer lugar, el “*proveedor de contenidos*”, es decir, aquel que elige lo que se publica en una página o sitio en la WEB y que puede estar constituido o no por obras protegidas por el derecho de autor o prestaciones tuteladas por los derechos conexos.

108. No hay dudas acerca de la responsabilidad de ese proveedor por su intervención, pues la elección y el almacenamiento con miras a su transmisión impone la obligación de solicitar previamente las autorizaciones respectivas, en lo que la jurisprudencia estadounidense ha denominado “*infracción directa*”⁴⁵, equivalente a la “*responsabilidad objetiva*”, en razón de considerar que dicho proveedor sabe – o debería saber-, que está poniendo a disposición obras y prestaciones mediante modalidades de uso que exigen un consentimiento previo.

109. Pero a veces es difícil la identificación y localización física de ese proveedor a los efectos de actuar judicialmente en su contra, éste carece de solvencia económica o se ubica en territorios donde no existe protección legal a las obras y prestaciones objeto de la puesta a disposición digital, todo con el propósito de eludir eventuales reclamaciones.

110. De allí que deba examinarse la responsabilidad que corresponde a los “*intermediarios*” entre el proveedor del contenido y el público receptor.

111. Es así como aparece el “*proveedor de servicios*” en línea, o sea, el propietario del servidor que pone a disposición del proveedor del contenido un espacio en

⁴⁵ V.: *Playboy Enterprises Ltd. v. Frena*, 839F. Supp. M.D.Fla.1993, en GLICKSON, Scott L.: “*Identificando y administrando riesgos en el Cyberspacio*”. Ob. Cit. p. 10.

la memoria de ese servidor para “alojar” dicho contenido, el cual a partir de allí se encuentra disponible al público conectado a la red.

112. La Directiva Europea sobre Comercio Electrónico define al “*prestador de servicios*” como a cualquier persona física o jurídica que suministra un servicio en la sociedad de la información y como “*proveedor de servicios establecido*” a aquel que ejerce de una manera efectiva una actividad económica a través de una instalación estable y por un período de tiempo indeterminado.

113. La responsabilidad del proveedor del servicio ha sido declarada en varias resoluciones judiciales, entre ellas, bajo las figuras anglosajonas de la *contributory infringement* (“*violación contributoria*”) por prestar apoyo a actos constitutivos de una infracción directa⁴⁶ o de la “*vicarious liability*” (responsabilidad originada en otro), si ha sido notificado por el agraviado de la actividad ilícita o al menos en cuanto a su obligación de suspender el servicio al tener conocimiento de la actividad infractora; y, como lo resolvió el Tribunal de Primera Instancia de La Haya, “*sobre la base del cuidado que corresponde en aras de una adecuada conducta social*” si el proveedor de servicio es notificado de que “*uno de los usuarios de su sistema informático está infringiendo un copyright o de otra manera actúa ilícitamente a través de su home page*”⁴⁷.

114. Asimismo, el Tribunal de Primera Instancia de Estrasburgo prohibió al proveedor de servicios la difusión en *Internet* de un diario que también se transmitía por la red mediante contrato celebrado por dicho proveedor con el editor del periódico, pero sin la autorización de los periodistas⁴⁸.

115. En otros casos los proveedores de servicios han evitado conflictos, suspendiendo de inmediato la puesta a disposición al público de la página contentiva del material no autorizado, una vez que han sido notificados por los titulares de derechos acerca de la transmisión ilícita.

116. En la Directiva Europea y bajo la denominación de “*mera transmisión*”, el artículo 12,1 dispone que los Estados Miembros garantizarán que, en el caso de un servicio de la sociedad de la información que consista en transmitir en una red de comunicaciones datos facilitados por el destinatario del servicio⁴⁹ o en facilitar acceso

⁴⁶ V.: *Sega Enterprises Ltd. v. Maphia*, 857F. Supp. 679 (N.D. Cal. 1994), en GLICKSON, Scott L.: Ob. Cit. p. 10. Sobre el tema de la “*vicarious liability*” en la DMCA, v.: GINSBURG, Jane: Ob. Cit. pp. 226-227.

⁴⁷ V.: *Church of Spiritual Scientology v. Dataweb B.V. et al. 96/1048*, en LIPSZYC, Delia: “*La responsabilidad del proveedor de servicios y del proveedor de acceso*”. Documento OMPI-SGAE/DA/COS/00/26-b. San José de Costa Rica, 2000. p. 3.

⁴⁸ V.: *Union Syndicale des Journalistes Français CDFT y otros c/Sté. Plurimédia*, en LIPSZYC, Delia: Ob. Cit. p. 4.

⁴⁹ La Directiva define como destinatario del servicio a cualquier persona física o jurídica que utilice

a una red de comunicaciones, “no se pueda considerar al prestador de servicios de este tipo responsable de los datos transmitidos”, a condición de que el referido prestador:

- a. No haya originado él mismo la transmisión;
- b. No seleccione al destinatario de la transmisión; y,
- c. No seleccione ni modifique los datos transmitidos.

117. Sin embargo, el artículo 12,3 aclara que la anterior disposición “no afectará a la posibilidad de que un tribunal o una autoridad administrativa, de conformidad con los sistemas jurídicos de los Estados miembros, exija al prestador de servicios que ponga fin a una infracción o que la impida”.

118. Tampoco la Directiva establece una liberación general de responsabilidad para el proveedor de servicios, la cual está condicionada a que:

- a. El prestador de los servicios no tenga conocimiento efectivo de que la actividad de la información es ilícita y, en lo que se refiere a una acción de daños y perjuicios, no tenga conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito (art. 14,1,a); o a que,
- b. En cuanto tenga conocimiento de esos puntos, el prestador de servicios actúe con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a ellos sea imposible (art. 14,2,b).

119. En todo caso, la misma Directiva, si bien dispone que no se impondrá obligación a los prestadores de servicios en cuanto a supervisar los datos que transmitan o almacenen (art. 15,1), faculta a los Estados miembros para establecer obligaciones a dichos prestadores en cuanto a comunicar con prontitud a las autoridades competentes los presuntos datos ilícitos o las actividades ilícitas llevadas a cabo por destinatarios de sus servicios, o también la obligación de suministrar a dichas autoridades, a solicitud de éstas, cualquier información que permita identificar a los destinatarios de sus servicios con los que hayan celebrado acuerdos de almacenamiento (art. 15,2).

120. Dentro de un concepto amplio de lo que se entienden como “prestadores de servicios” se encuentran igualmente los “proveedores de acceso”, o sea, los que ofrecen al público la conexión a la red, cuya responsabilidad en la transmisión de contenidos no autorizados ha sido motivo de discusiones pues, al decir de la doctri-

un servicio de la sociedad de la información por motivos profesionales o de otro tipo y, especialmente, para buscar información o para hacerla accesible (art. 2,d).

na, no faltan argumentos para impugnar la pretensión de inmunidad de tales proveedores, recordando que en el pasado los distribuidores de programas por cable también intentaron rehuir su responsabilidad argumentando que no eran más que presatarios técnicos, sin control sobre los contenidos y que esa pretensión fue rechazada⁵⁰.

121. El problema de la responsabilidad se complica si se toma en cuenta la “*Declaración Concertada*” al artículo 8 del TODA cuando deja entendido que el simple suministro de instalaciones físicas para facilitar o realizar una comunicación, en sí mismo, no representa una comunicación en el sentido del propio Tratado o del Convenio de Berna.

122. A la luz de esa declaración, lo primero que debe afirmarse es que, independientemente de que el mero suministro de instalaciones no constituya, por sí mismo, un ilícito (ni tampoco una comunicación pública en el sentido del TODA), tampoco quiere decir que esa conducta no pueda contribuir, en algunos casos, a la comisión de un acto ilegítimo, del cual el proveedor podría resultar al menos corresponsable, si tiene conocimiento de esa ilicitud y, a pesar de ello, no realiza los actos necesarios para impedir su participación en el acto indebido pues, como comenta Schuster, la expresión “*en sí mismo*” empleada por la “*Declaración Concertada*” quiso dejar claro que cualquier actividad que el proveedor de suministros realice, podría constituir una forma específica de explotación de las obras⁵¹.

123. Si se toma como referencia la Directiva Europea sobre comercio electrónico, podría concluirse en la exención de responsabilidad del proveedor de acceso, siempre que no tuviere conocimiento de que la actividad que presta es ilícita, ni tampoco información de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revelara su carácter ilícito o que, en cuanto tuviera conocimiento de ello, no actuara con prontitud para hacer que el acceso a los datos fuera imposible.

124. El mencionado instrumento comunitario regula asimismo el tema de la “*memoria tampón*” (o “*catching*”), conocida en castellano como “*memoria caché*”, consistente en el almacenamiento automático, provisional y temporal de datos facilitados por el destinatario del servicio y transmitidos por una red de comunicaciones, realizado con el solo fin de hacer más eficaz la transmisión ulterior de la información a otros destinatarios del servicio, a petición de éstos.

⁵⁰ V.: LUCAS, André: “*La propiedad intelectual y la infraestructura global de la información*”, en *Boletín de Derecho de Autor*. Ed. UNESCO. Vol. XXXII. No. 1. París, enero-marzo, 1998. pp. 13-14.

⁵¹ SCHUSTER VERGARA, Santiago: “*Propiedad Intelectual en Internet. Responsabilidad en las redes digitales*”. Conferencia presentada en el Simposio sobre “*Responsabilidades Legales en las Redes Digitales*”, organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Embajada de Estados Unidos y Telefónica, sobre Responsabilidades Legales en Internet. Santiago de Chile, septiembre, 1999, p. 23.

125. La Directiva dispone que el prestador de ese servicio de “*catching*” no es responsable de dicho almacenamiento automático, provisional y temporal, siempre que, entre otras cosas, no modifique la información y actúe con celeridad para retirar la información que haya almacenado o hacer que el acceso a ella sea imposible, en cuanto tenga conocimiento efectivo del hecho de que la información ha sido retirada del lugar de la red en que se encontraba inicialmente, de que se ha imposibilitado el acceso a dicha información o de que un tribunal u otra autoridad competente ha ordenado retirarla o impedir que se acceda a ella (art. 13,1).

126. La DMCA estadounidense indica los requisitos a cumplir por una persona que albergue el contenido de terceros, a los efectos de quedar eximida de toda responsabilidad directa por violación del derecho de autor o por alguna responsabilidad derivada del hecho de un tercero (“*vicarious liability*”), que son:

- a. La persona no debe saber qué contiene lo que suministra o, en todo caso, no debe saber que la actividad para la que el sistema utiliza el contenido entraña un hecho fraudulento.
- b. Tampoco debe saber qué actos, hechos o circunstancias se desprenden de la actividad considerada como fraudulenta.
- c. El suministro del servicio no debe implicar una ventaja pecuniaria vinculada directamente a la actividad fraudulenta.
- d. En cuanto el administrador de la información albergada tenga conocimiento de que hay una actividad fraudulenta, debe tomar medidas inmediatas para suprimir el contenido o para bloquear el acceso al mismo.
- e. Una vez que el titular del derecho de autor le ha notificado el fraude al administrador de la información, éste debe actuar inmediatamente para suprimir el contenido o bloquear el acceso a lo tachado como fraudulento.

127. A falta de una regulación específica en la ley nacional, deben aplicarse necesariamente las reglas generales de la responsabilidad civil y penal pues, como apunta Schuster, los proveedores de servicios son responsables, conforme al derecho común, cuando no han adoptado las medidas de prudencia o atención que las necesidades demandan para evitar el daño a terceros, de modo que pueden considerarse promotores de la infracción o encubridores de la misma, según el caso⁵².

128. Finalmente, queda la responsabilidad del usuario-receptor que celebra con el proveedor del contenido un “*contrato de mouse-click*” (por el cual se compro-

⁵² Ob. Cit. pp. 23-25.

mete a acceder a la información exclusivamente para su uso personal, sea solamente para su lectura o bien, incluso, para imprimir una sola copia), no obstante lo cual, en violación del contrato (y de los derechos sobre el material transmitido), reproduce varias copias o retransmite la información a terceros a través de la misma red.

129. Aunque el ilícito anterior es evidente (por los actos de reproducción y comunicación pública efectuados por el usuario-receptor sin la autorización de los titulares de derechos), el problema estriba en su detección y persecución, lo que sería, en la mayoría de los casos, más costosa que el daño resarcible (a menos que se tratara de una utilización a escala comercial⁵³), razón por la cual resulta cada vez más indispensable el establecimiento de responsabilidades en cabeza del proveedor de contenidos y, en las condiciones comentadas, de los proveedores de servicios, así como la protección de las obras y prestaciones a través de medios técnicos que impidan esa reproducción y/o retransmisión no autorizadas, así como la represión a quien de cualquier manera eluda o contribuya a eludir tales dispositivos instrumentados para la defensa de los derechos.

⁵³ El 7 de septiembre de 2000 se publicó una noticia donde MP3.com fue condenada judicialmente en Estados Unidos, por considerarse que había violado deliberadamente el derecho de reproducción de los productores fonográficos. MP3.com ofrecía un servicio llamado MyMP3 que permitía al público almacenar canciones de una base “on line”, siempre que los “suscriptores” afirmasen que poseían un ejemplar legítimo del respectivo C.D. A esos efectos, MP3.com había almacenado alrededor de 80.000 CD’s. El servicio ofrecido, de una avanzada tecnología, permite que potencialmente millones de usuarios puedan bajar “simultáneamente las canciones”. El Juez Federal no encontró en la defensa de MP3.com una prueba convincente de que no estuviera actuando dolosamente. Por el contrario, consideró que actuando con conocimiento de lo ilícito de su conducta, violaba intencionalmente el “copyright” de la accionante, procurándose ganancias indebidas que redundaban en la alta cotización de sus acciones. El Juez condenó a MP3.com a indemnizar a Universal U\$ 25.000,00 por cada CD de su repertorio almacenado en MyMP3 y como se estimó que se utilizaban entre 4.700 a 10.000 CD’s de la actora, el total de la indemnización puede llegar a U\$ 250 millones. La sentencia expresó que con la indemnización fijada “deseaba enviar un mensaje a otras compañías de Internet”, y que “no hay inmunidad en el ciberespacio que exima la aplicación ordinaria de las leyes de los Estados Unidos, incluyendo el “Copyright Act”. No obstante que la sentencia fue apelada, las acciones de MP3.com cayeron bruscamente, ya que la compañía (que convino en pagar indemnizaciones transaccionales que se estiman en U\$ 20 millones a cada una de las empresas SONY, EMI, WARNER y BMG), debe enfrentar todavía las acciones de los autores y editores de las obras contenidas en los catálogos utilizados para la infracción (V.: ÉMERY, Miguel Ángel: “El copyright en las redes digitales. Los nuevos Tratados de la OMPI. Nueva forma de los ilícitos. Posibilidades en materia de información y supervisión”. Documento presentado en el Séptimo Encuentro Germano-Argentino. Universidad de Buenos Aires, 2001, pp. 22-23).

BIBLIOGRAFÍA DEL TOMO I

Obras Generales

ANTEQUERA PARILLI, Ricardo: “*Consideraciones sobre el Derecho de Autor*”. Buenos Aires, 1977.

_____ “*Derecho de Autor*”. Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual (SAPI). Caracas, 1998.

ASCARELLI, Tullio: “*Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales*” (traducción de E. Verdera y L. Suárez-Llanos). Ed. Bosh. Barcelona, 1970.

BAYLOS CORROZA, Hermenegildo: “*Tratado de Derecho Industrial*”, Ed. Civitas, 1ª edición, Madrid, 1978, y 2da. edición. Ed. Cívitas. Madrid, 1993.

COLOMBET, Claude: “*Grandes principios del derecho de autor y los derechos conexos en el mundo*” (traducción de Petite Almeida). Ed. UNESCO/CINDOC. París, 1997. pp. 46-47.

DELGADO PORRAS, Antonio: “*Panorámica de la protección civil y penal en materia de propiedad intelectual*”. Ed. Civitas. Madrid, 1988.

ÉMERY, Miguel Ángel: “*Propiedad Intelectual*” (Ley 11.723). Ed. Astrea, 1999.

JESSEN, Henry: “*Derechos Intelectuales*” (traducción de Luis Grez Zuloaga). Ed. Jurídica de Chile, 1970.

LIPSYC, Delia: “*Derecho de Autor y Derechos Conexos*”. Ed. UNESCO/ CERLALC/ZAVALLÍA. Buenos Aires, 1993.

MOUCHET, Carlos y RADAELLI, Sigfrido: “*Derechos intelectuales sobre las obras literarias y artísticas*”. Ed. Guillermo Kraft. Buenos Aires, 1948.

SATANOWSKY, Isidro: «*Derecho Intelectual*». Ed. TEA. Buenos Aires, 1954.

UNESCO: “*ABC del Derecho de Autor*”. París, 1982.

Obras, monografías, trabajos, conferencias y documentos sobre aspectos particulares

ADSUARA VALERA, Borja: “*La pre-historia del reconocimiento de los derechos de Propiedad Intelectual*”, en el libro-memorias del III Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos. Ed. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)/Instituto Interamericano de Derecho de Autor (IIDA)/República Oriental del Uruguay. Montevideo, 1997.

ABRAHAM, Robert J.: “Posibles conflictos en la interpretación de normas desde la óptica del copyright”, en el libro-memorias del I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual. Ed. Ministerio de Cultura. Madrid, 1991.

ALIKHAN, Shahid: “La función del Derecho de Autor en la Evolución Cultural y Económica de los países en desarrollo. La experiencia en Asia”, en Boletín de Derecho de Autor. Ed. UNESCO. Volumen XXX, No. 4, octubre de 1966.

ANTEQUERA HERNÁNDEZ, Ricardo: “El uso de identificadores en el ciberespacio (consideraciones a propósito de la explotación de signos identificadores en la Internet)”. Trabajo de post-grado para optar al título de Especialista en Propiedad Intelectual (Mención Honorífica con recomendación de Publicación). Universidad de Los Andes. Mérida, 1999.

ANTEQUERA PARILLI, Ricardo: “La fijación de tarifas por las entidades autorales y el contencioso-administrativo”. Ed. Diario de Tribunales-Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara. Barquisimeto, Venezuela, 1986.

_____ “La ejecución pública de obras grabadas” en el libro-memorias del V Congreso Internacional sobre la protección de los Derechos Intelectuales. Buenos Aires, 1990.

_____ “Los autores de las obras literarias y artísticas (autoría y titularidades)”. Documento OMPI/DA/JU/COS/92/3 (a). Seminario Regional de la OMPI sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para Jueces de Centroamérica y Panamá. San José, Costa Rica, 1992.

_____ “El Derecho de Autor y los Derechos Conexos y las Cláusulas Constitucionales”. Documento OMPI/CNR/PRY/93/3. Curso OMPI/SUISA de formación en Derecho de Autor y Derechos Conexos para América Latina. San Bernardino, Paraguay, 1993.

_____ “Las obras creadas por encargo y bajo relación laboral”, en el libro-memorias del II Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos (“Num Novo Mundo do Direito de Autor”). Ed. Direcção-Geral dos Espectáculos. Lisboa, 1994.

_____ “El nuevo régimen del Derecho de Autor en Venezuela”. Ed. Autoralex. Caracas, 1994.

_____ “El Derecho de Autor y los Derechos Conexos y su papel en el desarrollo cultural, social y económico”. Documento OMPI/DA/ANG/99/2. Curso OMPI/SGAE de formación en Derecho de Autor y Derechos Conexos para América Latina. Antigua, Guatemala, 1999.

_____ “Los derechos reconocidos a los autores en los Tratados. Las obras literarias y artísticas como objeto de esos derechos”. Documento OMPI/DA/ANG/99/8. Curso OMPI/SGAE de formación en Derecho de Autor y Derechos Conexos para América Latina. Antigua, Guatemala, 1999.

“Propiedad Intelectual, Derecho de Autor y Derechos Conexos”. Documento OMPI-SGAE/DA/COS/00/3. Séptimo Curso Académico Regional de la OMPI sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para países de América Latina. San José, Costa Rica, 2000.

“Los Derechos Intelectuales ante el Desafío Tecnológico (El Derecho de Autor y los Derechos Conexos ante la Tecnología Digital)». Documento OMPI/ACAD/HAV(00/5 (iii). Academia de la OMPI sobre Propiedad Intelectual. La Habana, 2000.

“El Derecho de comunicación pública de las obras protegidas por el derecho de Autor”. Conferencia dictada en el Curso para formación de jueces de la República de Chile, Santiago, 2001.

ARGUDO CARPIO, Esteban: “Autoría y titularidad en las obras realizadas bajo una relación de trabajo”. Tesis de investigación presentada en el I Curso Internacional de Post-Grado para la formación de profesores universitarios en Derecho de Autor y Derechos Conexos, en “Breviario de Derecho de Autor”. Varios autores. Ed. Livroska/EPI/ULA. Caracas, 2000.

BAÑARES ACEDO, María Dolores: “Nuevas formas de explotación y nuevos derechos patrimoniales. Los derechos de alquiler y préstamo”, en el libro-memorias del III Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos. Ed. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). Instituto Interamericano de Derecho de Autor (IIDA). República Oriental del Uruguay. Montevideo, 1997.

BARREIRO, Jacqueline: “El contrato de edición literaria”, en el libro-memorias del III Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos. Ed. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). Instituto Interamericano de Derecho de Autor (IIDA). República Oriental del Uruguay. Montevideo, 1997.

BAUTISTA, Eduardo: “La ‘Constitución cultural’ en la Sociedad de la Información”, en el libro-memorias del II Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos (“Num Novo Mundo do Direito de Autor”). Ed. Direcção-Geral dos Espectáculos. Lisboa, 1994.

BAYLOS MORALES, Ma. del Buen Consejo: “La frontera entre derecho de autor, derechos conexos y propiedad industrial. Planteamiento. Visión doctrinal del tema”, en el libro-memorias del I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual. Ed. Ministerio de Cultura. Madrid, 1991.

BECOURT, Daniel: «La Révolution française et le droit d’auteur pour un nouvel universalisme», en «Revue Internationale du Droit D’Auteur» (RIDA). No. 143. París, 1990.

BERCOVITZ, Alberto: “Problemática de la protección de las invenciones bio-

tecnológicas desde una perspectiva europea”, en “*Forum Regional sobre el impacto de las nuevas tecnologías en el derecho de la propiedad intelectual para los países de América Latina y el Caribe*”. OMPI. Montevideo, 1989.

_____ “*La importancia económica de los derechos de autor y de los derechos conexos. Planteamiento e ideas generales*”, en el libro-memorias del I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual. Ed. Ministerio de Cultura. Madrid, 1991.

_____ “*Riesgos de las nuevas tecnologías en la protección de los derechos intelectuales. La quiebra de los conceptos tradicionales del derecho de propiedad intelectual. Soluciones jurídicas*”, en *El derecho de propiedad intelectual y las nuevas tecnologías*. Ed. Ministerio de Cultura. Madrid, 1996.

BERTRAND, André: «*En la ‘jungla’ del derecho de autor internacional: ¿El derecho moral francés resultará inmoral en Norteamérica?*», en *Derecho de la Alta Tecnología (DAT)*. Año I. No. 8. Buenos Aires, abril de 1989.

BRACAMONTE ORTIZ, Guillermo: “*Los contratos en derecho de autor y derechos conexos. El contrato de inclusión fonográfica*”, en el libro-memorias del III Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos. Ed. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)/Instituto Interamericano de Derecho de Autor (IIDA)/República Oriental del Uruguay. Montevideo, 1997.

BRICEÑO RAMOS, Asunta: “*Instituciones fundamentales del contrato de edición en la legislación venezolana con referencia a la edición del libro gráfico*”. Tesis de Grado para optar al título de Especialista en Propiedad Intelectual (Mención honorífica con recomendación de Publicación). Universidad de Los Andes. Mérida, 1999.

BUGALLO MONTAÑO, Beatríz: “*Internet, comercio electrónico y propiedad intelectual*”. Ed. Universidad de Montevideo. Facultad de Derecho. Montevideo, 2000.

CÁMARA AGUILA, Ma. del Pilar: “*El derecho moral del autor*”. Ed. Comares. Granada, 1998.

CASAS, Ramón: “*La protección de los artistas plásticos en el derecho español*”, en el libro-memorias del I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual. Ed. Ministerio de Cultura. Madrid, 1991.

COHEN JEHORAM, Herman: «*Critical reflections on the economic importance of copyright*», en *Right*. Ed. International Publishers Association (IPA) and The International Group of Scientific, Technical and Medical Publishers (STM). Vol. 2. No. 4. 1988-1989.

CISAC: (Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores):

«*Carta del Derecho de Autor*», aprobada en 1956 por el Congreso de Hamburgo de la Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores (CISAC), en «*El Derecho de Autor en América*». Consejo Panamericano de la CISAC. Buenos Aires, 1969.

CUÉ BOLAÑOS, Angelina: «*Ambito de protección del derecho de autor: obra dramática (representación)*», en el libro-memorias del VI Congreso Internacional sobre la protección de los Derechos Intelectuales. Ciudad de México, 1991.

CHARLES, Carol: “*Nueva reglamentación mundial para el comercio electrónico: profundizar el diálogo más allá del G-8*”, en <http://www.usinfo.state.gov/journals/ites/0500/ijes/giic3.htm>

DE LA PUENTE GARCIA, Esteban: «*El derecho de autor, los derechos conexos y el derecho a la cultura, en el marco de los Derechos Humanos y las garantías constitucionales: Su perfil en el orden constitucional español*», en el libro-memorias del I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual. Ed. Ministerio de Cultura. Madrid, 1991.

DELGADO PORRAS, Antonio: “*Fundamento y evolución del derecho de autor*”. Documento OMPI/DA/JU/COS/92/2. Seminario Regional de la OMPI sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para jueces de Centroamérica y Panamá. San José, 1992.

_____ “*Los derechos morales del autor*”, en el Curso OMPI/SUISA de formación en Derecho de Autor y Derechos Conexos para América Latina. Documento OMPI/CNR/PRY/93/17. San Bernardino (Paraguay), 1993.

_____ “*Propiedad Intelectual*”, Documento OMPI/CNR/PAN/94/1. Curso de la OMPI sobre derecho de autor y derechos conexos y su protección en el Convenio de Berna y en la Convención de Roma, Panamá, 1994.

_____ “*La obra colectiva: ¿un hallazgo o un pretexto?*”, en el libro-memorias del II Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos (“*Num novo mundo do Direito de Autor?*”). Ed. Direcção-Geral dos Espectáculos. Lisboa, 1994.

_____ “*La protección de las obras audiovisuales: la autoría y la titularidad en el sistema jurídico latino o continental*”, en el libro-memorias del III Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos. Ed. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)/Instituto Interamericano de Derecho de Autor (IIDA)/República Oriental del Uruguay. Montevideo, 1997.

_____ “*Derecho de comunicación pública por el medio de la radiodifusión. Ampliación del derecho de comunicación pública*”. Curso OMPI/SGAE de formación en Derecho de Autor y Derechos Conexos para América Latina. Documento OMPI/DA/ANG/99/15. Antigua, Guatemala, 1999.

_____ “*El futuro digital: la protección de los derechos en la red*”. Seminario sobre “*El entorno profesional y legal del músico*”. Fundación Autor y SGAE, con la colaboración de AIE. Madrid, 2000.

_____ “*Los derechos de emisión y retransmisión –inalámbrica y alámbrica- de las obras*”. Séptimo Curso Académico Regional de la OMPI sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para países de América Latina. Documento OMPI/SGAE/DA/COS/00/20b. San José, Costa Rica, 2000.

_____ “*Comunicación Pública de obras y fonogramas efectuada en las habitaciones de hoteles, hospedajes y establecimientos similares*”. III Seminario Nacional sobre derechos de Propiedad Intelectual. Mar del Plata (Argentina), 2001.

DAT (DERECHO DE LA ALTA TECNOLOGÍA): “*Green Paper. “Intellectual Property and the National Information Infrastructure*”, Año VII. N° 76/77. Buenos Aires, 1994-1995; Año VII. N° 82/83. Buenos Aires, 1995; Año VII. N° 82/83. Buenos Aires, 1995; Año VII/VIII. N° 84/85. Buenos Aires, 1995.

DESANTES, José María: «*La relación contractual entre autor y editor*». Ed. Universidad de Navarra. Pamplona, 1970.

DIETZ, Adolf: “*Moral rights and technological challenge*”, en el libro-memorias del II Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos (“*Num novo mundo do Direito de Autor?*”). Ed. Direcção-Geral dos Espectáculos. Lisboa, 1994.

ÉMERY, Miguel Ángel: “*Observancia de los derechos de autor y los derechos conexos en las redes digitales, la tecnología y sus posibilidades en materia de información y supervisión. La pertinencia de los Acuerdos del ADPIC*”. Documento OMPI/DA/MVD/00/3. Montevideo, 2000.

_____ “*El copyright en las redes digitales. Los nuevos Tratados de la OMPI. Nueva forma de los ilícitos. Posibilidades en materia de información y supervisión*”. Documento presentado en el Séptimo Encuentro Germano-Argentino. Universidad de Buenos Aires, 2001.

ESPÍN ALBA, Isabel: “*Contrato de edición literaria*”. Ed. Comares. Granada, 1994.

ESPIN CANOVAS, Diego: «*Las facultades del derecho moral de los autores y artistas*». Ed. Civitas. Madrid, 1991.

_____ “*Los derechos del autor de obras de arte*”. Ed. Civitas. Madrid, 1996.

FERNÁNDEZ BALLESTEROS, Carlos: “*El derecho de autor y los derechos conexos en los umbrales del año 2000*”, en el libro-memorias del I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual, Ed. Ministerio de Cultura. Madrid, 1991.

- FÍCSOR, Mihály:** “*Nuevas orientaciones en el plano internacional: Los nuevos Tratados de la OMPI sobre derecho de autor y sobre interpretaciones o ejecuciones y fonogramas*”, en el libro-memorias del III Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos. Montevideo, 1997.
- GARZÓN, Álvaro:** «*El derecho de autor, los derechos conexos y el derecho a la cultura en el marco de los Derechos Humanos y las garantías constitucionales: Planteamiento, panorámica y perspectivas globales*», en el libro-memorias del I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual. Ed. Ministerio de Cultura. Madrid, 1991.
- GAUBIAC, Yves:** «*Dimensiones internacionales del derecho de autor: Nota sobre la preparación de un libro*», en «*Boletín de Derecho de Autor*». Vol. XXII, Nos. 1-2. París, 1988.
- GINSBURG, Jane:** “*News from US*”, en *Revue Internationale du Droit D’Auteur* (RIDA). No. 179. París, 1999.
- GLICKSON, Scott L.:** “*Identificando y administrando riesgos en el Cyberespacio*”, en *Derecho de la Alta Tecnología (DAT)*. No. 111. Buenos Aires, noviembre de 1997.
- GRAU, Alberto:** “*Biotecnologías y Propiedad Intelectual*”, en “*Forum Regional sobre el impacto de las nuevas tecnologías en el derecho de la propiedad intelectual para los países de América Latina y el Caribe*”. OMPI. Montevideo, 1989.
- HARVEY, Edwin:** «*Derechos de autor, de la cultura y la información*». Ed. De Palma. Buenos Aires, 1975.
- HILLMAN CHARTRAND, Harry:** “*El copyright y el nuevo orden económico mundial*”, en *Derecho de la Alta Tecnología, DAT*. No. 131. Buenos Aires, julio de 1999.
- HUMMEL, Marlies:** «*La importancia económica del derecho de autor*», en *Boletín de Derecho de Autor*. UNESCO. Vol. XXIV. No. 2. París, 1990.
- IRIBARNE, Rodolfo Antonio y RETONDO, Hilda:** “*Plagio de obras intelectuales*”, en *Los ilícitos civiles y penales en Derecho de Autor*. Instituto Interamericano de Derecho de Autor (IIDA). Buenos Aires, 1981.
- KEREVER, André:** “*Derecho de Autor e Internet: Jurisprudencia*”, en *Boletín de Derecho de Autor*. Ed. UNESCO. Vol. XXXI. No. 3. París, 1997.
- KLAVER, Franca:** «*Towards a Publishers Right*», en *Right*. Ed. IPA-STM. Vol. 2. No. 1. 1988.
- KOUMANTOS, Georges:** «*El Derecho de Autor y el financiamiento de la política educativa*», en *Boletín de Derecho de Autor*. Ed. UNESCO. Vol. XVI. No. 4. París, 1982.

LIPSZYC, Delia: «*La protección de la obra extranjera y los convenios internacionales*», en el libro-memorias del Congreso Internacional sobre la protección de los Derechos Intelectuales. Ed. OMPI-Universidad Católica «*Andrés Bello*» e Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara. Caracas, 1986.

_____ «*La piratería de obras escritas y la reprografía*», en el libro-memorias del III Congreso Internacional sobre la protección de los Derechos Intelectuales. Lima, 1988.

_____ «*La protección de las obras literarias y la política cultural del libro*», en el libro-memorias del IV Congreso Internacional sobre la protección de los Derechos Intelectuales. Guatemala, 1989.

_____ «*Derechos Morales*», en el Seminario sobre derecho de autor y derechos conexos en el área del sistema judicial de la República Oriental del Uruguay. OMPI, Suprema Corte de Justicia y Centro de Estudios Judiciales del Uruguay. Documento OMPI/DA/JU/MVD/96/6. Montevideo, 1993.

_____ «*Posibles conflictos de interpretación de normas, visto desde la posición continental*», en el libro memorias del III Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos Ed. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)/Instituto Interamericano de Derecho de Autor (IIDA)/República Oriental del Uruguay. Montevideo, 1997.

_____ «*Distribución y Alquiler ¿Nuevos derechos patrimoniales?*». Curso OMPI/SGAE para América Latina sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos. Punta del Este/Montevideo, 1997.

_____ «*Consecuencias sustantivas de la adhesión al Convenio de Berna. Los beneficiarios de la protección: autores, derechohabientes y titulares de derechos*». Curso OMPI/SGAE para América Latina de formación en Derecho de Autor y Derechos Conexos. Documento OMPI/DA/HAV/98/6. La Habana, 1998.

_____ «*La responsabilidad del proveedor de servicios y del proveedor de acceso*». Documento OMPI-SGAE/DA/COS/00/26-b. San José de Costa Rica, 2000.

LUCAS, André: «*La propiedad intelectual y la infraestructura global de la información*», en Boletín de Derecho de Autor. Ed. UNESCO. Vol. XXXII. No. 1. París, enero-marzo, 1998.

_____ «*Aspectos de Derecho Internacional Privado de la protección de las obras y los objetos de derechos conexos transmitidos por las redes digitales mundiales*». Grupo de Consultores sobre los aspectos de Derecho Internacional Privado relativos a la protección de las obras y objetos de derechos conexos transmitidos a través de redes digitales mundiales. Documento OMPI/GCPIC/1. Ginebra, 1998.

- MASSAGUER, José:** “*El Tratado de Washington sobre la Propiedad Intelectual respecto de los circuitos integrados*”, en *Derecho de la Alta Tecnología (DAT)*. Año II. N° 18. Buenos Aires, marzo de 1990.
- MICHINEL ÁLVAREZ, Miguel Ángel:** “*Distribución por cable y derecho de autor*”, en *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*. Ed. Marcial Pons. Tomo XVI. Madrid, 1994-1995.
- MOLAS VALVERDE, J.:** “*Normas procesales de especialización en Propiedad Intelectual*”. Ed. Nauta. Barcelona, 1968.
- MURASHIGE, Kate H.:** “*El impacto de la biotecnología sobre el derecho de propiedad intelectual y Consideraciones en materia de concesión de licencias*”. en “*Forum Regional sobre el impacto de las nuevas tecnologías en el derecho de la propiedad intelectual para los países de América Latina y el Caribe*”. OMPI. Montevideo, 1989.
- MILLÉ, Antonio:** «*Problemas de propiedad intelectual relacionados con la composición y ejecución musical con medios electrónicos*», en *Derecho de la Alta Tecnología (DAT)*. Año V. Nro. 52/53. Buenos Aires, diciembre, 1992/enero, 1993.
- _____ “*Impacto del Comercio Electrónico sobre la Propiedad Intelectual*”, en *Derecho de la Alta Tecnología (DAT)*. No. 117. Buenos Aires, 1998.
- NORDEMANN, Wilhelm:** “*Forma e idea en el Derecho de Autor*” en “*La protección de las ideas*”. Association Littéraire et Artistique Internationale. Sitges, 1992.
- OLSSON, Henry:** “*La importancia económica del derecho de autor*”, en *Derecho de la Alta Tecnología (DAT)*. Año I. No. 2. Buenos Aires, 1988.
- _____ “*La importancia económica y cultural del derecho de autor*”, en el libro-memorias del II Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos (“*Num Novo Mundo do Direito de Autor*”). Ed. Direcção-Geral dos Espectáculos. Lisboa, 1994.
- OMPI (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual):** “*Guía del Convenio de Berna*” (autor principal: Claude Masouyé). Ginebra, 1978.
- _____ “*Glosario de derecho de autor y derechos conexos*” (autor principal: György Boytha), Ginebra, 1980.
- _____ “*Disposiciones tipo para leyes nacionales en materia de derecho de autor*”. Ginebra, 1989.
- _____ «*Comentarios al proyecto de disposiciones tipo para leyes en materia de derecho de autor*». Documento CE/MPC/1/2-III. Ginebra, 1989.
- _____ “*Derecho de Autor*”. Año IV. No. 4. Ginebra, 1992.

- _____ Documento preparatorio para la segunda sesión de expertos sobre un eventual Protocolo al Convenio de Berna, en *“Derecho de Autor”*. No. 4. Ginebra, 1992.
- _____ *“Información General”*, publicación No. 400 (s), Ginebra, 1995.
- _____ *“Nociones básicas de derecho de autor y derechos conexos”*. Documento OMPI/DA/QUI/97/1. Seminario Nacional de la OMPI sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para diplomáticos del Ecuador. Quito, 1997.
- PEREA GONZÁLEZ, Teresa:** *“La protección de las obras de dominio público”*, en el libro-memorias del II Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos (*“Num Novo Mundo do Direito de Autor”*). Ed. Direcção-Geral dos Espectáculos. Lisboa, 1994.
- PÉREZ SERRANO, Nicolás:** *«El derecho moral de los autores»* en Anuario de Derecho Civil. Madrid, 1949.
- PINA, Rolando E.:** *«Cláusulas constitucionales operativas y programáticas»*. Ed. Astrea. Buenos Aires, 1973.
- PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge:** *«Tratado práctico de Derecho Civil francés»*. Ed. Cultural S.A. La Habana, 1946.
- PLAZAS, Arcadio:** *“Estudio sobre Derecho de Autor”* (reforma legal colombiana). Ed. Temis. Bogotá, 1984.
- POLLAUD-DULIAN, F.:** *«El derecho moral en Francia, a través de la jurisprudencia reciente»* (traducción de Antonio Muñoz), en *Revue Internationale du Droit D’Auteur*. No. 145. París, julio de 1990.
- REBELLO, Catarina:** *“El derecho moral en el mundo contemporáneo. Su naturaleza y contenido”*, en el libro-memorias del X Congreso Internacional sobre la protección de los Derechos Intelectuales. Ed. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)/República del Ecuador/Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. Quito, 1995.
- RETONDO, Hilda:** *“La protección de las artes visuales y de las obras publicitarias. Las obras arquitectónicas”*, en el libro-memorias del III Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos. Ed. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)/Instituto Interamericano de Derecho de Autor (IIDA)/República Oriental del Uruguay. Montevideo, 1997.
- _____ *“Los titulares del derecho de autor, el contenido del derecho y la duración de los derechos patrimoniales”*. Trabajo presentado en el III Seminario sobre Derechos de Propiedad Intelectual, Mar del Plata (Argentina) del 7 al 9 de junio de 2001.
- RODRÍGUEZ, MANUEL ANTONIO:** *“Los mecanismos de autotutela en dere-*

cho de autor y derechos conexos". Tesis de post-grado para obtener el grado de Especialista en Propiedad Intelectual de la Universidad de Los Andes (mención honorífica con recomendación de publicación). Mérida, 1999.

RODRÍGUEZ MIGLIO, Leandro D.: *"Comunicación pública de radiodifusiones primarias mediante altavoz u otro procedimiento análogo"*. Documento OMPI/DA/SDO/96/11. Curso OMPI/SGAE de formación en Derecho de Autor y Derechos Conexos para América Latina. Santo Domingo, 1996.

_____ *"Consecuencias de la Adhesión al Convenio de Berna para un País Miembro de la OMC. Consecuencias sustantivas de la adhesión. El contenido de la protección. Los derechos reconocidos: derecho de representación o comunicación pública. Derecho de recitación pública"*. Documento OMPI/DA/HAV98/12. Curso OMPI/SGAE de formación en Derecho de Autor y Derechos Conexos para América Latina. La Habana, 1998.

_____ *"La noción de 'público' y las facultades/derechos de representación, ejecución y recitación públicas de las obras 'en vivo' y por 'cualquier medio o procedimiento'"*. Documento SGAE/DA/COS/00/19. Séptimo Curso Académico Regional de la OMPI sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para países de América Latina. San José, Costa Rica, 2000.

_____ *"Derecho de transmisión al público de las obras por cualquier medio distinto de la radiodifusión"*. Documento OMPI-SGAE/DA/COS/00/20^a. Séptimo Curso Académico Regional de la OMPI sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para países de América Latina. San José, Costa Rica, 2000.

RUBIO TORRES, Felipe: *"Autoría y Titularidad. Transmisión del Derecho de Autor"*, en el Seminario sobre Derecho de Autor para jueces y fiscales, y en el Seminario sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para Profesores Universitarios, organizados por el Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe (CERLALC), el Convenio "Andrés Bello" y la Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) La Paz, Bolivia, 1999.

_____ *"Consideraciones generales sobre el Derecho de Autor"*, en el II Seminario Centroamericano sobre Propiedad Intelectual para Catedráticos Universitarios. Secretaría de Integración Económica Centroamericana (SIECA). Ciudad de Guatemala, 2000.

SANSÓ, Benito: *"Las patentes de invención en Venezuela"*, en SANSÓ, Benito y RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard: *"Estudios de Derecho Industrial"*, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho. Caracas, 1965.

SANTIAGO, Vanisa: *"La edición musical (El contrato de edición musical. Contrato modelo. Su presencia en las leyes de América Latina)"*. en el Curso Regional OMPI/SGAE sobre derecho de autor y derechos conexos para países de

América Latina. Documento OMPI/DA/PDE/97/13 (b). Punta del Este/Montevideo, 1997.

_____ “*Derechos de puesta en circulación, distribución, alquiler e importación de las obras*”. Documento OMPI-SGAE/DA/COS/00/16b. Séptimo Curso Académico Regional de la OMPI sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para países de América Latina. San José, Costa Rica, 2000.

_____ “*Las excepciones y limitaciones a los derechos de autor y conexos en general. Consideración especial de la copia para uso personal de las obras musicales y audiovisuales*”. Documento OMPI-SGAE/DA/COS/00/ 25a. Séptimo Curso Académico Regional de la OMPI sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para países de América Latina. San José, Costa Rica, 2000.

SHERWOOD, Robert M.: “*Propiedad Intelectual y desarrollo económico*”. Ed. Heliasta. Buenos Aires, 1995.

SCHUSTER, Santiago: “*Derechos de reproducción y transformación de las obras*”, en el Curso OMPI/SGAE de formación en Derecho de Autor y Derechos Conexos para América Latina. Documento OMPI/DA/HAV/98/8. La Habana, 1998.

_____ “*Propiedad Intelectual en Internet. Responsabilidad en las redes digitales*”. Conferencia presentada en Simposio sobre “*Responsabilidades Legales en las Redes Digitales*”, organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Embajada de Estados Unidos y Telefónica, sobre Responsabilidades Legales en Internet. Santiago de Chile, septiembre, 1999.

_____ “*Derechos de reproducción y transformación de las obras*”. Documento OMPI-SGAE/DA/COS/00/16^a. Séptimo Curso Académico Regional de la OMPI sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para países de América Latina. San José, Costa Rica, 2000.

SCIARRA QUADRI, Armando: “*Las obras figurativas y los signos marcarios*”. Trabajo publicado en el Libro-Memorias del III Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos. Ed. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)/Instituto Interamericano de Derecho de Autor (IIDA)/República Oriental del Uruguay. Montevideo, 1997.

SZABO, Imre: «*Fundamentos históricos de los Derechos Humanos*», en *Las dimensiones internacionales de los Derechos Humanos* (Karel Vassak, Editor General). Serbal/ UNESCO. París, 1984.

TORRES, Mónica: “*Autoría y Titularidad*”. II Seminario sobre Propiedad Intelectual para Catedráticos Universitarios. Secretaría de Integración Económica Centroamericana (SIECA) y Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID). Guatemala, 2000.

_____ “*La gestión colectiva del derecho de reproducción en otras catego-*

rias de obras (distintas de las musicales) – la reprografía de obras impresas bajo licencia”. OMPI-SGAE/DA/COS/00/22^a. Séptimo Curso Académico Regional de la OMPI sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para países de América Latina. San José, Costa Rica, 2000.

_____ “*El régimen de la remuneración equitativa de la copia para uso personal de las obras impresas y su transponibilidad o no al entorno digital*”. Documento OMPI/Sgae/DA/COS/00/25b. Séptimo Curso Académico Regional de la OMPI sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para países de América Latina. San José, Costa Rica, 2000.

UCHTENHAGEN, Ulrich: “*La protección de las obras musicales*”, en el libro-memorias del IV Congreso Internacional sobre la protección de los Derechos Intelectuales. Ciudad de Guatemala, 1989.

_____ «*La importancia económica del derecho de autor*», en *Derecho de la Alta Tecnología (DAT)*. Año III. No. 27. Buenos Aires, 1990.

_____ “*El contrato de edición en el ámbito musical*”, en el libro-memorias del V Congreso Internacional sobre la protección de los Derechos Intelectuales. Buenos Aires, 1990.

_____ “*La importancia económica del derecho de autor y de los derechos conexos (visión del tema en las obras literarias y artísticas)*”, en el libro-memorias del I Congreso Iberoamericano sobre Propiedad Intelectual. Ed. Ministerio de Cultura. Madrid, 1991.

_____ “*Introducción. Historia del Derecho de Autor y los Derechos Conexos*”. Documento OMPI/DA/PDEI/97/1. Curso OMPI/Sgae de formación en Derecho de Autor y Derechos Conexos para América Latina. Punta del Este/Montevideo, 1997.

_____ “*El derecho moral y las nuevas tecnologías*”, en el libro-memorias del III Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos. Montevideo, 1997.

_____ “*Consecuencias sustantivas de la adhesión al convenio de Berna. El contenido de la protección: su determinación por la ‘protección mínima convencional (pmc)’. El derecho moral*”. Documento OMPI/DA/HAV/98/11. Curso OMPI/Sgae de formación en Derecho de Autor y Derechos Conexos para América Latina. La Habana, 1998.

UNESCO: “*Boletín de Derecho de Autor*”. Vol. XXXIV, No. 1. París, 2000.

UZCÁTEGUI URDANETA, Mariano: “*Propiedad Industrial*”, Ed. Casuz, 2a. edición, Caracas, 1970.

VAN BOVEN, Theodoor: «*Criterios distintivos de los Derechos Humanos*», en *Las dimensiones internacionales de los Derechos Humanos* (Karel Vassak, Editor General). Serbal/ UNESCO. París, 1984.

VENTURA VENTURA, José Manuel: *“La edición de obras musicales”*. Ed. Centro de Estudios Empresariales. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 2000.

VILLALBA, Carlos y LIPSZYC, Delia: *“Derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión”*. Ed. Víctor P. de Zavalía. Buenos Aires, 1976.

VILLALBA, Carlos Alberto: *«Los Derechos Intelectuales como parte de los Derechos Humanos»*, en *«Derechos Humanos»*. Memorias de las XI Jornadas «J.M. Domínguez Escovar». Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara. Barquisimeto (Venezuela), 1986.

“Daños. Cómo evaluar el resarcimiento por la utilización no autorizada de las obras. Su incidencia en la jurisprudencia (desde la perspectiva del abogado)”, en el libro-memorias del V Congreso Internacional sobre la protección de los Derechos Intelectuales. Ed. Ministerio de Educación y Justicia de la Nación/Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)/Instituto Interamericano de Derecho de Autor (IIDA). Buenos Aires, 1990.

“La Propiedad Intelectual en sus facetas”, Curso Internacional OMPI-SUISA sobre derecho de autor y derechos conexos. Documento OMPI/CNR/MEX/9/1. Puebla (México), 1991.

“La positivización del Derecho de Autor”, en el libro-memorias del III Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos. Ed. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)/Instituto Interamericano de Derecho de Autor (IIDA)/República Oriental del Uruguay. Montevideo, 1997.

“El derecho moral antes y después del Acuerdo sobre los ADPIC”. Documento OMPI/DA/PDE/97/9. Curso OMPI/SGAE de formación sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para América Latina. Punta del Este/Montevideo, 1997.

“La justificación del Derecho de Autor y de los Derechos Conexos por el progreso cultural de la humanidad”. Documento OMPI-SGAE/DA/COS/00/6. Séptimo Curso Académico Regional de la OMPI sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para países de América Latina. San José, Costa Rica, 2000.

ZAPATA LÓPEZ, Fernando: *“Estructura y contenido del Derecho de Autor”*. II Seminario Centroamericano sobre Propiedad Intelectual para Catedráticos Universitarios. Secretaría de Integración Económica Centroamericana (SIECA). Ciudad de Guatemala, 2000.

“Duración de los derechos patrimoniales del autor”. Documento OMPI-SGAE/DA/COS/00/24. Séptimo Curso Académico Regional de la OMPI sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para países de América Latina. San José, Costa Rica, 2000.

ZAVALA RODRÍGUEZ, Carlos Juan: “*Régimen legal de los dibujos y modelos industriales*”, Ed. De Palma, Buenos Aires, 1962.

ZEA FERNÁNDEZ, Guillermo: “*Contrato de inclusión en fonogramas y ejecución pública de obras musicales en la ley colombiana sobre derechos de autor*”, en el libro-memorias del Congreso Internacional sobre la protección de los Derechos Intelectuales. Caracas, 1986.