

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

Tomo II



Ricardo Antequera Parilli

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

Tomo II

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](mailto:e.judicatura@codetel.net.do)

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

Colección General ISBN: 99934-816-0-2

Tomo II ISBN: ISBN 99934-816-2-9

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. 450 : cm 21.59 x 25.40

Colección General ISBN: 99934-816-0-2

Tomo II ISBN: 99934-816-2-9

- a. Propiedad intelectual – Derecho de autor – República Bolivariana de Venezuela
- b. Tecnología – Derecho de autor – República Dominicana. I. autor

# ÍNDICE GENERAL DEL SEGUNDO TOMO

## MÓDULO III DISPOSICIONES ESPECIALES PARA CIERTAS OBRAS

### UNIDAD 1

#### DISPOSICIONES ESPECIALES PARA CIERTAS OBRAS ARTÍSTICAS

Las obras de artes plásticas .....	3
El derecho de seguimiento (“ <i>droit de suite</i> ”).....	10
Las artes aplicadas .....	14
Las obras arquitectónicas.....	25
Las “ <i>obras publicitarias</i> ” .....	29

### UNIDAD 2

#### DISPOSICIONES ESPECIALES SOBRE LAS OBRAS AUDIOVISUALES

Introducción .....	37
Concepto .....	39
La autoría .....	42
La titularidad de los derechos y el productor .....	44
La titularidad y el ejercicio del derecho moral .....	46
La titularidad del derecho patrimonial.....	47
Las producciones “ <i>multimedia</i> ” .....	49
Las obras radiofónicas .....	52

### UNIDAD 3

#### DISPOSICIONES ESPECIALES SOBRE LOS PROGRAMAS DE COMPUTACIÓN

(“*Software*”, programas de ordenador, programas de computadoras,  
programas de computación, computacionales o de cómputo)

Denominación .....	57
Concepto .....	57
Objeto .....	59
La protección jurídica de los programas de computadoras y la evolución de las ideas .....	60

La protección del “ <i>software</i> ” por el derecho de autor y su ubicación entre las obras protegidas .....	62
“ <i>Software</i> ”: legislación, jurisprudencia y doctrina .....	65
La autoría y la titularidad de los derechos patrimoniales .....	66
Los derechos morales .....	68
Límites a los derechos de explotación sobre los programas de ordenador .....	69
Los contratos de licencias .....	76

#### UNIDAD 4

##### DISPOSICIONES ESPECIALES PARA LAS BASES Y COMPILACIONES DE DATOS

Concepto .....	79
Evolución .....	79
Bases y compilaciones de datos .....	80
Las bases de datos sin utilización de obras preexistentes .....	81
Bases de datos y obras preexistentes .....	82
La base de datos como obra protegida por el derecho de autor .....	85
Las bases de datos en la “ <i>sociedad de la información</i> ” .....	89

### MÓDULO IV DERECHOS CONEXOS O AFINES AL DERECHO DE AUTOR

#### UNIDAD 1

##### INTRODUCCIÓN

Generalidades .....	95
Evolución .....	96
Naturaleza jurídica .....	99
La “ <i>cláusula de salvaguardia</i> ” .....	101
Excepciones y limitaciones .....	102
La aplicación extensiva del derecho de autor .....	103

#### UNIDAD 2

##### LOS DERECHOS CONEXOS O AFINES DE LOS ARTISTAS INTÉRPRETES O EJECUTANTES

Antecedentes .....	109
Naturaleza jurídica .....	110
El sujeto .....	113

El objeto .....	115
El derecho moral .....	117
El derecho patrimonial .....	119
La duración del derecho patrimonial .....	129

### UNIDAD 3

#### LOS DERECHOS CONEXOS O AFINES DE LOS PRODUCTORES DE FONOGRAMAS

Introducción .....	133
Naturaleza jurídica .....	134
El sujeto .....	135
El objeto .....	136
Los derechos patrimoniales exclusivos .....	137
El derecho de remuneración por la “ <i>utilización secundaria</i> ” del fonograma .....	144
Disposiciones comunes a los intérpretes o ejecutantes y a los productores de fonogramas .....	147
La duración del derecho .....	148

### UNIDAD 4

#### LOS DERECHOS CONEXOS O AFINES DE LOS ORGANISMOS DE RADIODIFUSIÓN

Introducción .....	153
Antecedentes .....	154
El objeto .....	155
El sujeto .....	156
El contenido del derecho .....	158
La duración del derecho .....	162
Las propuestas de los radiodifusores ante las nuevas tecnologías .....	162

### UNIDAD 5

#### OTROS DERECHOS CONEXOS U OBJETO DE UNA PROTECCIÓN “*SUI GENERIS*” EN ALGUNAS LEGISLACIONES

Introducción .....	171
Las meras fijaciones audiovisuales .....	171
Las fijaciones fotográficas no creativas .....	173
La divulgación de obras inéditas en dominio público .....	174
Las bases de datos no creativas .....	175
Las expresiones del folklore .....	178

## MÓDULO V

### GESTIÓN COLECTIVA DEL DERECHO DE AUTOR Y LOS DERECHOS CONEXOS

#### UNIDAD 1

##### INTRODUCCIÓN

Concepto .....	191
Denominación .....	191
Antecedentes .....	192
Necesidad de la gestión colectiva .....	193
La gestión colectiva y los usos administrados .....	194
Naturaleza jurídica de las entidades de gestión .....	196
La supervisión estatal .....	200

#### UNIDAD 2

##### EL FUNCIONAMIENTO DE LA GESTIÓN COLECTIVA DEL DERECHO DE AUTOR Y LOS DERECHOS CONEXOS

Principales funciones y atribuciones de las sociedades de gestión colectiva ..	213
La legitimación de las sociedades de gestión colectiva para el ejercicio de acciones judiciales y administrativas .....	222
La gestión colectiva en el entorno digital y los sistemas de protección .....	228
La cooperación internacional .....	232

## MÓDULO VI

### LA PROTECCIÓN DEL DERECHO DE AUTOR Y LOS DERECHOS CONEXOS O AFINES EN EL ÁMBITO ADMINISTRATIVO Y JUDICIAL

#### UNIDAD 1

##### LA PARTICIPACIÓN TUTELAR DEL ESTADO

Introducción .....	237
El registro .....	238
El depósito legal .....	241
Las Oficinas Nacionales de Derecho de Autor y sus principales deberes y atri- buciones .....	242



## UNIDAD 2

### LA PROTECCIÓN EN EL ÁMBITO ADMINISTRATIVO

La fiscalización y el régimen de sanciones en el ámbito administrativo .....	253
La protección administrativa en el marco del Acuerdo sobre los ADPIC .....	253
Las medidas en frontera .....	257

## UNIDAD 3

### LA PROTECCIÓN EN EL ÁMBITO JUDICIAL CIVIL

La noción de infracción en derecho de autor y derechos conexos .....	273
La responsabilidad civil en derecho de autor y derechos conexos .....	274
Las principales acciones civiles .....	282
Las indemnizaciones y el cálculo de los daños y perjuicios .....	291
Las medidas cautelares .....	298

## UNIDAD 4

### LA TUTELA PENAL

Generalidades .....	309
Naturaleza jurídica .....	312
La ubicación .....	316
La tipicidad .....	318
La situación en el Convenio de Berna .....	319
Las disposiciones penales en el ADPIC .....	320
Las previsiones de los Tratados de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA) y sobre Interpretación, Ejecución y Fonogramas (TOIEF) .....	330
La penalidad .....	331
Los principales delitos tipificados en las leyes nacionales .....	333
Medidas cautelares .....	350

## MÓDULO VII

### LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DEL DERECHO DE AUTOR Y LOS DERECHOS CONEXOS O AFINES AL DERECHO DE AUTOR

#### UNIDAD 1

##### EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY NACIONAL Y LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DEL DERECHO DE AUTOR Y LOS DERECHOS CONEXOS O AFINES AL DERECHO DE AUTOR

Generalidades .....	353
La protección internacional y el ámbito de aplicación de las leyes nacionales .....	355

El Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas ...	357
La Convención Universal de Derecho de Autor .....	361
La Convención de Roma .....	364
El Convenio Fonogramas .....	366
La Convención de Bruselas sobre Satélites .....	367
El Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA) .....	367
El Tratado de la OMPI sobre Interpretaciones o Ejecuciones y Fonogramas (TOIEF) .....	381

## **UNIDAD 2**

### **EL DERECHO DE AUTOR Y LOS DERECHOS CONEXOS O AFINES EN EL DERECHO COMERCIAL INTERNACIONAL**

El derecho de autor y los derechos conexos en los procesos de integración ...	395
El derecho de autor y los derechos conexos en las relaciones económicas inter- nacionales .....	395
El Tratado de la Organización Mundial del Comercio (OMC) .. y el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) .....	397



## 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.

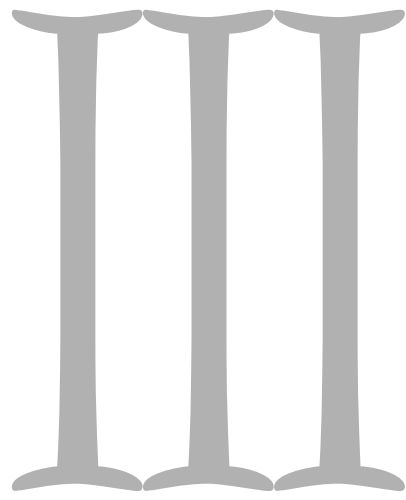
Es muy oportuno tener en cuenta que el trabajo de la referida Comisión Nacional debe inscribirse en el marco de una visión sistémica del gobierno dominicano para el tratamiento de los temas vinculados a la Propiedad Intelectual en general y al Derecho de Autor y a los Derechos Conexos en particular, 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



*Disposiciones  
especiales  
para ciertas  
obras*

## UNIDAD 1

### DISPOSICIONES ESPECIALES PARA CIERTAS OBRAS ARTÍSTICAS

Las obras de artes plásticas - El derecho de seguimiento (*“droit de suite”*) - Las artes aplicadas - Las obras arquitectónicas – Las *“obras publicitarias”*.





# I

## LAS OBRAS DE ARTES PLÁSTICAS

### Introducción.

1. Como el derecho de autor protege a toda obra original, cualquiera que sea su forma de expresión, género, mérito o destino, las legislaciones hacen, como ya ha sido explicado, una simple enumeración no exhaustiva de las creaciones tuteladas, entre ellas, al estilo del Convenio de Berna, a “*las obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado [y] litografía*” (art. 2,1).

2. La protección con independencia del mérito tiene gran relevancia en aquellos géneros donde se pretende expresar la belleza, como en las “*artes plásticas*” u “*obras de las bellas artes*”, porque la valoración de la creación en cuanto a su valor artístico no corresponde a la ley sino a la crítica, cambiante, por lo demás, en el espacio y en el tiempo.

3. Apunta Casas, “*una pintura de nulo valor o el dibujo de un niño en edad escolar son ‘obras’ en la misma medida que el cuadro de un pintor famoso*”<sup>1</sup>.

### Concepto.

4. El Glosario de la OMPI define a la obra artística (u obra de arte), como la creación que tiene por finalidad apelar al sentido estético de quien la contempla<sup>2</sup>, en estilo seguido por algunas leyes nacionales (Ecuador, Panamá, Perú) y la Decisión 351 de la Comunidad Andina.

5. Aunque el anterior concepto incluye entre las obras de arte a las fotografías y a las de arquitectura, las leyes que definen a las artes plásticas excluyen, a los efectos de las normas aplicables específicamente al género de las bellas artes, a las obras fotográficas, a las arquitectónicas y a las audiovisuales (estas últimas aunque la cinematografía pueda ser considerada también una obra artística y de allí su ubicación en el “*séptimo arte*”).

6. La exclusión no niega el sentido estético de una fotografía, de una obra de arquitectura o de un filme cinematográfico, sino que obedece a que las artes plásticas, en el sentido estricto citado, tienen aspectos muy específicos (como el “*droit*

<sup>1</sup> 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. Tomo I. p. 260.

<sup>2</sup> OMPI: “*Glosario de Derecho de Autor y Derechos Conexos*”. Ob. Cit. Voz 13. p. 13.

*de suite*”, a estudiarse más adelante), que ninguna relación guardan con las obras fotográficas, las arquitectónicas o las audiovisuales.

7. A ello se agrega que, en ciertos aspectos también particulares, las fotografías, las creaciones arquitectónicas y las producciones cinematográficas tienen, a su vez, varias disposiciones especiales que no se aplican a las “*obras de arte*”<sup>3</sup>, como también pueden existir normas legales específicas para las obras de arte aplicado que no están referidas a las clásicas obras plásticas.

## Objeto.

8. Las dificultades que presenta centrar el objeto al estudiar la regulación especial de las obras de artes plásticas, fueron planteadas en los debates del Comité de Expertos gubernamentales sobre las obras de arte visuales, convocado por la OMPI y la UNESCO en París, 1986, donde se discutió el problema de determinar a qué tipos de obras estaba referida la convocatoria.

9. Sin entrar a considerar el valor plástico o estético de la fotografía, la arquitectura o la cinematografía, dicho Comité limitó sus discusiones a aquellas obras de arte visual tradicionalmente denominadas “*obras de arte figurativas*”, “*obras gráficas y plásticas*” o de “*bellas artes*”, en el sentido más estricto del término, o sea, la pintura, el dibujo, la escultura y otras de similar naturaleza, a cuyos efectos el documento adoptado estableció en el “*Principio VAI*” que “*las ‘obras de artes visuales’ comprenden en particular las pinturas, los dibujos, las aguafuertes y demás grabados y las esculturas*”<sup>4</sup>.

10. Como ya ha sido explicado en este curso, la tutela por el derecho de autor tiene por objeto a la obra, en su forma de expresión original y no a las ideas, métodos o procedimientos, de manera que no gozan de la protección, por ejemplo, el estilo pictórico, la corriente escultórica o la temática elegida para el desarrollo de la creatividad del artista, aunque en algunos casos extremos, bajo la ley estadounidense, se haya acudido a la competencia desleal, en solución jurisprudencial ampliamente criticada por la doctrina de ese país<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> De allí que aunque Isidro Satanowsky incluya como obra “*dinámico-plástica*” a la cinematográfica (“*Derechos Intelectuales*”. Ob. Cit. Tomo I, pp. 219-248) y Antonio Chaves, a las de arte aplicado (“*La protección de las obras de artes plásticas. Planteamiento. Su realidad actual*”, en el libro-memorias del I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual. Madrid, 1991. pp. 241-247), lo cierto es que ambas tienen sus propias características, a la luz de ciertas normas especiales contempladas en las leyes, distintas a las aplicables a las obras de las “*bellas artes*”.

<sup>4</sup> V.: Documento UNESCO/OMPI/CGE/VAR4. París, 7 de enero de 1987, en UNESCO: “*Boletín de Derecho de Autor*”. Vol. XXI. No. 1, París, 1987. pp. 4-16.

<sup>5</sup> En la jurisprudencia norteamericana, informa Ginsburg sobre la sentencia dictada en el caso Romm

## Sujeto.

11. La autoría de la obra plástica tiene peculiares características pues, como comenta Baylos, el autor en esta clase de creaciones aporta la primera materialización, que es por lo que su reproducción por un tercero se reduce a ser la “*actualización*” en otra materia o energía, de los elementos que aparecen ordenados en el ejemplar original, de manera que el autor maneja de una forma directa, al mismo tiempo que compone y concibe la obra, los materiales que va a utilizar como sus elementos expresivos<sup>6</sup>.

12. Mientras en otras obras puede ser un tercero quien materialice el primer ejemplar (como la amanuense que toma el dictado del escritor o el técnico que graba “*en vivo*” la copla musical que improvisa el compositor), en la obra plástica la pintura o la escultura salen “*de las manos*” del artista.

13. Pero debe distinguirse al verdadero creador de los ayudantes, asistentes o colaboradores técnicos pues, como bien lo aclara la ley de los Países Bajos, “*cuan- do una obra ha sido hecha según los planos y bajo la dirección y vigilancia de un tercero, se reputará a éste como autor*”.

## Obra plástica y soporte material.

14. Conforme se estudió en la unidad 1 del módulo II, el objeto del derecho de autor lo constituye la obra realizada -*corpus mysticum*- y no el soporte que la contiene -*corpus mechanicum*-, que apenas sirve de vehículo para que se advierta su existencia y pueda apreciarse su expresión creativa.

15. Por ello, la tela, la madera o los metales sirven para exteriorizar la idea, pero no constituyen la obra como objeto protegido. Podrán existir muchas repro-

---

Art. Vs. SIMCA Int'l (786 F, Supp 1126, 1992), en el que se trataba de la imitación por una artista (Patricia) del estilo de otro (Tarkay) en la serie de carteles “*Mujeres en los cafés*”. Las dos series mostraban mujeres sentadas en diferentes cafés. El editor de Tarkay interpuso una acción no por violación del derecho de autor, sino por competencia desleal, porque ante la proximidad de las obras de Patricia al estilo de Tarkay, había un riesgo de confusión por parte del público entre la obra de ambos artistas y que “*Patricia*” podía ser tomado por un “*Tarkay*”. El Tribunal concedió la razón al editor, dado el parecido entre los temas y el estilo. Sin embargo, Ginsburg objeta la sentencia (ya sea que se hubiera declarado la protección por el derecho de autor o bien por la competencia desleal), considerándola un “*paso criticable*”, porque, a su vez, el estilo de Tarkay se parece a un Matisse cruzado con un Modigliani, por lo que se pregunta: “*¿se debería por ello igualmente concluir que Tarkay es deudor de los derechos de autor de estos dos artistas anteriores?*” (V.: GINSBURG; Jane: “*La protección de las obras de arte en los Estados Unidos*”, en “*Derechos del Artista Plástico*”. Ed. Aranzadi. Pamplona, 1996. p. 149).

<sup>6</sup> V.: BAYLOS CORROZA, Hermenegildo: “*Tratado de Derecho Industrial*”. 2da. Edición. Madrid, 1993. Ob. Cit. p. 549.

ducciones de una obra pictórica, pero ésta será una sola sin importar que la propiedad de los varios soportes o copias pertenezca a distintas personas.

16. Esa distinción cobra tal importancia en las artes plásticas, que partiendo del principio general por el cual el derecho de autor es independiente del objeto material que contiene la obra, cuya enajenación no implica la cesión al adquirente de ningún derecho patrimonial, algunas leyes en América Latina, sólo por excepción, contemplan ciertas limitaciones, de interpretación restrictiva, a ese derecho exclusivo del autor en relación con su obra de arte, a saber:

- a. Si el contrato por encargo se refiere a una obra plástica, la obra misma es de la “*propiedad*” de quien ordena la ejecución (Colombia), lo que supone una titularidad por efecto de la ley de los derechos patrimoniales en cabeza del comitente, siendo los morales inalienables e irrenunciables.
- b. La enajenación una obra plástica, salvo pacto en contrario, no lleva implícito el derecho de reproducción, que permanece reservado al autor o sus derechohabientes (Argentina), sin mención al menos expresa al derecho de exposición o exhibición, el cual bajo esa concepción debería interpretarse que continúa en cabeza del creador.
- c. Queda prohibido al propietario del objeto que contiene la obra de arte exhibirla o reproducirla “*con fines de lucro*” (Chile), lo que implica la licitud de esos actos –y solamente ellos–, cuando se efectúan sin ánimo lucrativo.
- d. Salvo pacto en contrario, el contrato de enajenación del soporte que incorpora la creación plástica sólo confiere al adquirente el derecho de exponerlo públicamente (Brasil, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Panamá, Paraguay, Perú, Venezuela), al menos si la obra se ha creado por encargo (República Dominicana).
- e. Además del derecho de exposición, el adquirente del soporte tiene el derecho de plasmar la obra en catálogos, pero en ambos casos el autor puede oponerse si la exhibición se realiza en condiciones que perjudiquen su honor o reputación profesional (México).

17. Partiendo del principio por el cual las excepciones al derecho patrimonial son restrictivas -y del precepto por el cual el derecho de autor es independiente de la propiedad del objeto físico que contiene la creación-, la facultad de exposición por el adquirente del soporte (o la de su incorporación a catálogos) reconocida por algunas legislaciones, tiene carácter limitativo y no se extiende a otras modalidades de utilización de la obra, como la reproducción, salvo que:

- a. El titular del derecho y quien adquiere el objeto que la contiene hayan convenido otra cosa, mediante contrato que debe celebrarse por escrito, como es requisito generalmente exigido para todas las cesiones de derechos patrimoniales.

- b. La obra haya sido creada en cumplimiento de una relación laboral y la ley aplicable establezca alguna presunción de cesión de derechos patrimoniales a favor del empleador, en los términos establecidos en dicha legislación o en el contrato de trabajo.
- c. La creación se haya realizado por encargo y la legislación contemple una cesión presunta de derechos en beneficio del comitente, siempre bajo las condiciones previstas al efecto por el texto legal aplicable<sup>7</sup>.

18. A falta de disposición expresa que limite el derecho patrimonial del autor de la obras de arte, rige el principio general por el cual la enajenación del soporte que la contiene no implica la cesión de ningún derecho a favor del adquirente.

19. Pero si para el ejercicio de los derechos patrimoniales que conserva a pesar de la enajenación, el autor de la obra plástica necesita, en muchas ocasiones, tomar contacto con el original, cobra singular importancia el derecho de acceso, estudiado en la unidad 4 del módulo 2 de este curso.

## **Las artes plásticas y la integridad de la obra.**

20. Las obras de las bellas artes tienen la particularidad de incorporarse generalmente a un soporte único, al punto que para la doctrina el modelo artístico se define como una obra que no puede ser reproducida sino imitada<sup>8</sup>, de manera que existiendo un vínculo inseparable entre la creación y su forma de expresión, la destrucción del objeto físico implica casi siempre la desaparición de la obra misma.

21. De allí que se discuta si el propietario del objeto que contiene la obra artística está o no obligado a conservarlo y, por tanto, le está vedado destruirlo.

22. Podría argumentarse que a pesar del vacío existente en la mayoría de las leyes, es posible resolver la cuestión a partir de los principios ya indicados, es decir, que la enajenación del soporte en el cual se incorpora la obra no produce a favor del adquirente la cesión del derecho de explotación (salvo excepción legal expresa) y que los derechos de orden moral (como el de respeto a la integridad de la creación), son inalienables e irrenunciables.

---

<sup>7</sup> En la jurisprudencia estadounidense se ha interpretado, por ejemplo, que el contrato escrito debe celebrarse al comienzo del encargo y se ha rechazado, por ejemplo, que el escrito exigido por la ley (para considerar a la obra hecha por encargo o “*work made for hire*”), pueda estar constituido por un cheque emitido por el comitente y cobrado por el autor (V.: GINSBURG: Jane: “*La protección de las obras de arte en los Estados Unidos*”. Ob. Cit. pp. 147-148).

<sup>8</sup> Baylos Corroza, por ejemplo, considera que sólo has tres formas de obtener presuntos ejemplares de una pintura, las tres artificiales e impropias: la fotografía, que evidentemente no sustituye a la obra; la copia, que no reproduce al cuadro sino que imita al modelo incorporado en el mismo y el plagio (Ob. Cit. pp. 553-554).

23. Pero el asunto no deja de ser polémico, ya que entran en conflicto dos derechos de rango constitucional, como son el del autor sobre su obra y el del adquirente sobre la propiedad del soporte, aunque siendo independientes pero compatibles, el ejercicio del derecho de propiedad sobre el objeto material (*corpus mechanicum*) no debe afectar el derecho intelectual sobre el bien intelectual (*corpus mysticum*).

24. En cuanto al deber de conservar la obra, la Casación Francesa, en sentencia del 3-12-91, dejó establecido que la obligación de conservación va implícita en el concepto de respeto a la integridad de la obra, y siempre resulta esperable de aquel a quien pertenece el soporte un mínimo de diligencia para conservarlo en perfecto estado<sup>9</sup>.

25. También la jurisprudencia en ese país se pronunció sobre la destrucción del soporte en un caso donde la obra de arte era una fuente instalada en el “hall” de un centro comercial y el propietario la había desmontado por razones de seguridad, sin consentimiento del autor. Ante la demanda del autor, el propietario fue condenado a resarcir los daños por lesión al derecho moral del escultor, pero se rechazó la pretensión de éste en cuanto a la reinstalación de la fuente en su lugar originario, porque implicaba negar a dicho propietario su derecho a la libre disposición de un bien propio<sup>10</sup>.

26. En la doctrina francesa, los profesores Lucas opinan que como la transformación o destrucción del objeto que contiene la creación artística ponen en juego el respeto a la obra incorporal, no parece excesivo, incluso si hay que derogar el derecho común de la propiedad mobiliaria, subordinar la licitud a la demostración de un justo título apreciado *in concreto* y que es igualmente legítimo obligar al propietario a informar preventivamente al autor, así como reconocer a éste un derecho a retomar la obra cuya destrucción se prevea<sup>11</sup>.

27. En la jurisprudencia española, la reclamación del escultor Pablo Serrano (comentada en la unidad 2 del módulo I), aunque rechazada incluso por el Tribunal Supremo, hoy habría tenido un resultado distinto, luego de aprobada la ley de 1987, que consagra expresamente el derecho moral de integridad.

28. En ese sentido, la Audiencia Provincial de Santander, en sentencia del 3-11-92, ante el caso de un mural cerámico adosado a la pared de una clínica que a los efectos de transformarla en hotel fue destruido, dictaminó:

---

<sup>9</sup> Cit. ORTEGA DOMÉNECH, Jorge: “*Obra plástica y derechos de autor*”. Ed. Reus. Madrid, 2000. pp. 340-341.

<sup>10</sup> Cit. ESPÍN CANOVAS, Diego: “*Los derechos del autor de obras de arte*”. Ob. Cit. p. 97.

<sup>11</sup> LUCAS A. y Lucas H.J.: “*Propriété littéraire & artistique*”. Cit. ESPÍN CANOVAS, Diego: Ob. Cit. pp. 96-97.

“... la destrucción prematura (a los 20 años de su construcción) y unilateral del edificio, al que estaba incorporado el mural de autos desconoció y vulneró el derecho moral de autor del creador de aquél de modo injustificado en su faceta de mantenimiento de su integridad durante el tiempo que si bien no fue expresamente pactado, era el exigible de conformidad con todas las circunstancias que hemos comentado, y con la buena fe, los usos y la Ley de Propiedad Intelectual, impidiendo de esta manera que otras generaciones y otras gentes pudieran haber concurrido al disfrute para su autor de la tercera vida, la vida de la fama, el prestigio y la estima; suponiendo además aquella destrucción un objetivo desprecio de la obra y de su autor y un evidente atentado a su reputación”<sup>12</sup>.

29. También cuando González López se pregunta: “¿puede el propietario del soporte que contiene la obra artística modificarla o destruirla?”, responde que en el artículo 14.4 de la ley española (equivalente al 6bis 1 del Convenio de Berna), se “faculta al autor no sólo para impedir modificaciones a la obra, sino también cualquier atentado contra ella, por lo que parece evidente que el autor pueda oponerse, en virtud del mencionado artículo, a que el propietario destruya el soporte”<sup>13</sup>.

30. Por su parte, Espín Canovas opina que en defecto de norma legal que resuelva la situación debe aplicarse la buena fe como principio general del Derecho, lo que impediría llevar a cabo la destrucción sin previo aviso al autor, si ello es posible, como vía para algún convenio de readquisición de la obra en términos equitativos<sup>14</sup>.

31. La ley suiza impide al propietario la destrucción del original sin haberlo ofrecido antes al autor por el precio del soporte, cuando éste demuestre un interés legítimo para su conservación y, si el autor no puede recuperar la obra, tiene derecho a reproducirla antes de que se proceda a su destrucción<sup>15</sup>.

32. En California (1980) y Nueva York (1984) se aprobaron leyes sobre las obras de arte en virtud de las cuales ni el poseedor ni el propietario del soporte pueden hacer (o permitir que se haga) con intención una mutilación, alteración o destrucción de la obra, y en 1990 una ley federal estadounidense (*Visual Artists' Rights Act*), extendió a toda la Unión las disposiciones de esas leyes estatales, pero en cuanto a las obras incorporadas a un inmueble de modo que no puedan

<sup>12</sup> Cit. HUALDE SÁNCHEZ, José Javier: “El derecho moral del artista plástico”, en “Derechos del Artista Plástico”. Ed. Aranzadi. Pamplona, 1996. p. 49.

<sup>13</sup> V.: GONZÁLEZ LÓPEZ, Marisela: “El derecho moral del autor en la ley española de Propiedad Intelectual”. Ed. Marcial Pons. Madrid, 1993. pp. 201-203.

<sup>14</sup> Ob. Cit. p. 100.

<sup>15</sup> Cit. HUALDE SÁNCHEZ, José Javier: “El derecho moral del artista plástico”. Ob. Cit. pp. 36-37.



separarse del mismo sin sufrir daños o ser destruidas, pueden ser deterioradas o destruidas siempre que el autor haya consentido por escrito su instalación en el inmueble, con conocimiento del riesgo que corre la obra de ser modificada o destruida<sup>16</sup>.

33. Finalmente, el derecho moral de integridad (Convenio de Berna, art. 6 bis), no solamente protege los “ataques directos” sino también los “indirectos” a la obra, como lo sería, en opinión de Casas, la modificación del emplazamiento o su exhibición en condiciones que la hagan desmerecer<sup>17</sup>.

### **Obra plástica e imagen personal.**

34. El derecho sobre la obra plástica puede entrar en conflicto con los derechos de la personalidad de otro si el autor del retrato o busto de otra persona decide, en ejercicio de su derecho patrimonial, por ejemplo, exponerla públicamente o hacerla objeto de reproducciones, al tiempo que la persona retratada o esculpida se niega a esa utilización por considerar que esa divulgación afecta sus derechos a la imagen o a la intimidad de su vida privada.

35. Para resolver el problema, algunas leyes, con algunas variantes entre ellas, disponen que el retrato o busto de una persona no puede ponerse en el comercio sin su consentimiento y, a su muerte, de sus causahabientes.

36. Pero como el bien jurídico allí protegido es el derecho de la personalidad del individuo retratado o esculpido (derecho a su imagen y a su intimidad), las propias normas exceptúan de la autorización la publicación del retrato si se relaciona con fines científicos, didácticos o culturales en general o con hechos o acontecimientos de interés público o desarrollados en público (Ecuador, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay).

## **II**

### **EL DERECHO DE SEGUIMIENTO (“DROIT DE SUITE”)<sup>18</sup>**

37. El derecho de seguimiento, de participación o “*droit de suite*”, consiste en el derecho del autor a recibir una remuneración proporcional, aplicada sobre cada

---

<sup>16</sup> Idem. pp. 35-36.

<sup>17</sup> V.: CASAS, Ramón: “*La protección de los artistas plásticos en el derecho español*”. Ob. Cit. p. 269.

<sup>18</sup> Para una amplia información sobre el “*droit de suite*”, v.: ANTEQUERA PARILLI, Ricardo: “*Derecho de Autor*”. Ob. Cit. Tomo I, pp. 247-253; COLOMBET, Claude: “*Grandes principios del derecho de*

reventa que se haga del ejemplar original que contiene su obra, lo que le permite “*seguir*” la suerte económica de la misma.

38. No es un derecho exclusivo, porque el autor no puede autorizar o prohibir las sucesivas reventas del soporte que contiene su creación, sino de recibir una contraprestación por cada negociación, en los casos establecidos por la ley.

39. Aunque el Convenio de Berna (art. 14 *ter*) difiere a las leyes nacionales la adopción y las modalidades de este derecho -el cual puede estar referido tanto a las obras plásticas como a los manuscritos originales de autores y compositores-, la mayoría de los ordenamientos que lo prevén se han limitado a consagrarlo respecto del soporte que contiene obras de las bellas artes, ya que, como lo informa la “*Guía del Convenio de Berna*”, sucede en la práctica que la venta de los manuscritos sólo presenta un interés secundario (salvo raras excepciones), mientras que pintores y escultores obtienen de la enajenación de sus obras de arte, sobre todo, el principal beneficio pecuniario de su labor creadora<sup>19</sup>.

40. En todo caso, el mismo Convenio dispone que este derecho no es exigible en los países miembros mientras la ley nacional del autor no admita esa protección y en la medida en que la permita la del país donde es reclamada, de modo que su aplicación está sometida al requisito de la reciprocidad material.

41. El “*droit de suite*” fue la respuesta a una realidad incontrovertible: el que muchos autores, especialmente de obras de arte, tienen que vender en los primeros años de su carrera y a ínfimos precios, los ejemplares de sus obras, que en función del prestigio alcanzado por el artista en el tiempo y de la crítica favorable a su talento, son revendidos posteriormente a altos precios, de los cuales solamente se lucran los sucesivos vendedores y adquirentes, sin ningún beneficio para el creador, a cuyos méritos se debe, en toda o en gran medida, el valor de reventa que va adquiriendo la producción artística<sup>20</sup>.

---

*autor y los derechos conexos en el mundo*”. Ob. Cit. pp. 91-95; GUTIÉRREZ VICÉN, Javier: “*Manual legal del arte*”. Ed. Ministerio de Cultura, Madrid, 1993; “*Consecuencias sustantivas de la adhesión al Convenio de Berna. El contenido de la protección: su determinación por la ‘protección mínima convencional’ (PMC). Derechos reconocidos al margen de la ‘pmc’: el ‘droit de suite’*”. Curso OMPI/SGAE de formación en Derecho de Autor y Derechos Conexos para América Latina. Documento OMPI/DA/HAV/98/14. La Habana, 1988; “*Los derechos reconocidos a los autores en los tratados: el droit de suite*”. Curso OMPI/SGAE de formación en Derecho de Autor y Derechos Conexos para América Latina. Documento OMPI/DA/ANG/99/16. Antigua, Guatemala, 1999 y “*El derecho de seguimiento (droit de suite) sobre las obras de arte*”. Séptimo Curso Académico Regional de la OMPI sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para países de América Latina. Documento OMPI-SGAE/DA/COS/00/21. San José, Costa Rica, 2000; y LIPSZYC, Delia: “*Derecho de Autor y Derechos Conexos*”. Ob. Cit. pp. 212-215.

<sup>19</sup> V.: OMPI: “*Guía del Convenio de Berna*”. Ob. Cit. p. 108.

<sup>20</sup> Narra Gutiérrez Vicén los ejemplos de Constantín Guys (1805-1892), quien se deshizo de buena parte de su obra por una pequeña cantidad para poder ingresar en una casa de salud y el de la viuda de

42. La polémica surgió en Francia, a raíz de la aparición de un dibujo de Forain, que mostraba a dos niños harapientos observando la venta pública de una pintura en elevado precio, mientras que uno de ellos le decía al otro: ¡Mira, un cuadro de papá!<sup>21</sup>.

43. Fruto del debate público, donde se destacó la injusticia hacia los artistas plásticos, la legislación francesa incorporó en 1920 la figura del “*droit de suite*” y el ejemplo fue seguido por Bélgica, según ley de 1921. Ese reconocimiento –informa Gutiérrez Vicén-, también tuvo como misión ayudar a las viudas de artistas fallecidos durante la Primera Guerra Mundial<sup>22</sup>.

44. Hoy el derecho de participación –a pesar de la hostilidad por parte de muchos de los que se benefician del mercado del arte<sup>23</sup>-, va recibiendo paulatina acogida en las legislaciones nacionales, entre ellas, la mayoría de las latinoamericanas (Bolivia, Brasil, Ecuador, El Salvador, Costa Rica, Chile, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela), así como por la Decisión 351 de la Comunidad Andina sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos.

45. No obstante –apunta Casas Vallés-, en la lista de leyes que lo han adoptado hay ausencias de peso, lo que sitúa fuera del ámbito de aplicación de este derecho a las dos plazas fuertes del comercio artístico (Londres y Nueva York) y una que comienza a adquirir importancia (Tokio)<sup>24</sup>.

46. Sin embargo, la situación comenzará a revertir en aquellos países europeos cuyas legislaciones internas no consagraban el “*droit de suite*”, con la aprobación de la Directiva 2001/84/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 27 de septiembre de 2001, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original<sup>25</sup>.

---

Stanislas Lepine (1836-1892), que hubo de subsistir al fallecimiento de su marido como vendedora ambulante (V.: GUTIÉRREZ VICÉN, Javier: “*El derecho de seguimiento (droit de suite) sobre las obras de arte*”. Ob. Cit. p. 2). También Casas Vallés destaca el caso del *Ángelus* de Millet, malvendido por éste y que pronto alcanzó precios fabulosos, mientras la hija del pintor se ganaba la vida vendiendo flores en un *Music-Hall* (V.: CASAS VALLÉS, Ramón: “*El derecho de participación de los artistas plásticos (droit de suite) en la LPI: bases teóricas*”, en “*Derechos del Artista Plástico*”. Ed. Aranzadi. Pamplona, 1996. p. 69).

<sup>21</sup> V.: SCIARRA, Armando: “*El droit de suite en América Latina*”. Separata de “*Revue Internationale du Droit d’Auteur*”. RIDA. París, 1979. pp. 72-123.

<sup>22</sup> V.: GUTIÉRREZ VICÉN, Javier: “*El derecho de seguimiento (droit de suite) sobre las obras de arte*”. Ob. Cit. p. 2.

<sup>23</sup> V.: COLOMBET, Claude: “*Grandes principios del derecho de autor y los derechos conexos en el mundo*”. Ob. Cit. pp. 91-92.

<sup>24</sup> V.: CASAS VALLÉS, Ramón: “*El derecho de participación de los artistas plásticos (droit de suite) en la LPI: bases teóricas*”. Ob. Cit. p. 77.

<sup>25</sup> V. Diario Oficial de las Comunidades Europeas, L272 del 13 de octubre de 2001.

47. La adopción del “*droit de suite*” fue recomendada por el Comité de Expertos Gubernamentales OMPI/UNESCO sobre las Artes Visuales (París, 1986) y se sugiere en el proyecto de disposiciones tipo para leyes nacionales en derecho de autor, elaborado por la Oficina Internacional de la OMPI<sup>26</sup>.

48. Entre las opciones en la legislación comparada latinoamericana, están:

- a. En cuanto al objeto, la mayoría se inclina por aplicarlo solamente a las obras de arte (excluidas las de arte aplicado, las fotografías, las obras arquitectónicas y las audiovisuales).
- b. Algunas leyes lo extienden a los manuscritos originales de autores y compositores (Bolivia, Brasil, Guatemala, Honduras, Nicaragua).
- c. En forma excepcional, la ley uruguaya no restringe el “*droit de suite*” a las obras de arte ni a los manuscritos originales, sino que se refiere al “*derecho a participar en la plusvalía de la obra sobre los beneficios que obtengan los sucesivos adquirentes*”, lo que interpretado literalmente implica su aplicación a las reventas de todo soporte de obras, aunque sean de los que son objeto de reproducciones en gran escala, como los libros o las grabaciones sonoras.
- d. El “*droit de suite*” se transmite por causa de muerte por toda la duración del derecho patrimonial, salvo en Chile, donde se extingue a la muerte del autor.
- e. Es un derecho inalienable (Bolivia, Brasil, Costa Rica, Chile, Ecuador, Honduras, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Venezuela y Decisión 351 de la Comunidad Andina).
- f. También es irrenunciable (Bolivia, Brasil, Costa Rica, Ecuador, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay, Venezuela), lo que no es otra cosa que una consecuencia de su inalienabilidad.
- g. La regla más extendida es aplicarlo cuando la venta del ejemplar se hace en subasta u oferta pública, o a través de un negociante profesional (Bolivia, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Venezuela y Decisión 351 de la Comunidad Andina), dadas las dificultades prácticas para hacerlo efectivo cuando la negociación se realiza directamente entre particulares.

---

<sup>26</sup> Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI): “*Proyecto de disposiciones tipo para leyes nacionales en materia de derecho de autor*”. Ginebra, 1989.

- h. En otras leyes no se alude al requisito de la venta pública o a la intermediación de un comerciante del arte, de lo que se deduce que se aplica tanto a las ventas públicas como a las privadas (Brasil, Costa Rica, Uruguay).
- i. También varias leyes confían la administración de este derecho a la gestión colectiva (Honduras, Panamá, República Dominicana, Venezuela), si la hubiere (Guatemala) o esa administración por parte de la sociedad de gestión es facultativa (Nicaragua).
- j. La mayor parte de los textos establecen un porcentaje sobre el precio de venta (como lo sugiere el proyecto de disposiciones tipo de la OMPI), haya existido o no ganancia en la negociación (Bolivia, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, República Dominicana, Perú, Venezuela y Decisión 351 de la Comunidad Andina).
- k. Son pocos los ordenamientos que establecen el derecho de participación sobre la plusvalía, es decir, aplicado al mayor valor de la obra en relación con la última venta (Brasil, Chile).
- l. Ciertas disposiciones nacionales ordenan a los titulares de establecimientos mercantiles, negociantes profesionales o cualquier persona interviniente en la reventa, notificar a la sociedad de gestión o, en su caso, al autor o sus derechohabientes acerca de la negociación, en un plazo determinado, y facilitar la documentación necesaria para la práctica de la liquidación (Ecuador, Paraguay, Perú).

### III

## LAS ARTES APLICADAS

#### **Generalidades.**

49. La obra de arte aplicado es una creación artística con funciones utilitarias o incorporada en un artículo útil, ya sea de artesanía o producida a escala industrial, como los modelos en joyería, orfebrería, bisutería, mueblería, vestidos y decoración.

50. Esta categoría tiene por su forma de expresión una naturaleza artística, pero su destino es de utilización industrial.

51. El Convenio de Berna incluye en su enumeración ejemplificativa de obras a las artes aplicadas (art. 2,1), pero deja reservada a las leyes nacionales la facultad

de regular lo concerniente a las mismas (art. 2,7), inclusive para disminuir el plazo mínimo de protección en comparación con el de otras obras, siempre que no sea inferior al de 25 años a partir de su realización (art. 7,4).

52. Sin embargo, para las obras protegidas únicamente como dibujos y modelos en el país de origen, no se puede reclamar en otro país de la Unión más que la protección especial concedida en este último a los dibujos y modelos, pero si tal tutela específica no se confiere en este país, tales obras deben ser tuteladas como artísticas.

53. Como puede verse, los países de la Unión de Berna no gozan de entera libertad para reglamentar la protección de las artes aplicadas, pues en cuanto a la duración, deben respetar el mínimo de veinticinco años desde la realización de la obra y a los efectos de su protección se impone la reciprocidad cuando se trate de obras que en el país de origen se hayan protegidas únicamente en su calidad de dibujos o diseños y modelos, pues en tales casos no puede reclamarse para ellas, en otro país de la Unión, otra protección especial que la que este último país dispense a los dibujos o diseños y a los modelos<sup>27</sup>.

54. Pero -agrega la “*Guía del Convenio de Berna*”-, un país que no dispense protección especial a los dibujos o diseños y modelos, debe tutelar en todo caso las obras de artes aplicadas en su calidad de obras artísticas, es decir, con arreglo a la protección del derecho de autor y sin más formalidades<sup>28</sup>.

55. La tendencia en las legislaciones latinoamericanas es la de reconocer la protección a las obras de artes plásticas, sean o no aplicadas, sin disminuir el plazo de protección para estas últimas respecto de las demás obras del ingenio, razón por la cual deben aplicarse las reglas generales acerca de la duración.

## **Obra de arte aplicado y diseño industrial.**

56. El Convenio de París para la protección de la Propiedad Industrial contempla la protección de los dibujos y modelos industriales en todos los países de la Unión (art. 5, *quinquies*).

57. El diseño industrial (dibujos y modelos), es definido generalmente como toda reunión de líneas o combinación de colores o cualquier forma externa bidi-

---

<sup>27</sup> V.: Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI): “*Guía del Convenio de Berna*”. Ob. Cit. pp. 23-24.

<sup>28</sup> Idem. p. 24.

mensional 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.

58. Los conceptos de “*obra de arte aplicado*” y “*diseño industrial*” reflejan diversos elementos en común, a saber:

- a. Son producciones “*de forma*”, porque lo que se protege no es el contenido, sino la “*forma de expresión*” (bidimensional o tridimensional) que se incorpora a un producto industrial o de artesanía.
- b. Ambas expresiones formales tienen un destino “*utilitario*”, es decir, se incorporan a artículos de artesanía o producidos a escala industrial.

59. De allí la posibilidad de que una obra de arte aplicado sea, a su vez, un diseño industrial y pueda protegerse en el ámbito de ambas disciplinas.

### **La posible protección acumulada y su importancia.**

60. En los bienes intelectuales que se desplazan en el “*terreno movedizo*” entre el derecho de autor y la propiedad industrial -y en el caso que nos ocupa, el de las artes aplicadas y los diseños industriales-, la primera pregunta que salta a la vista es: ¿cuál es la importancia práctica de la cuestión, si cualquiera sea el camino, la creación se encuentra protegida?.

61. La respuesta se contiene en los principios siguientes:

- a. En el derecho de autor, la obra de arte aplicado queda protegida por el solo hecho de la creación, sin cumplimiento de formalidades, de manera que el registro es voluntario y declarativo; en la propiedad industrial, el diseño destinado a darle una apariencia especial a un producto, debe ser registrado a los efectos de la protección legal.
- b. En el derecho de autor no importa el destino de la obra: basta el carácter literario o artístico con características de originalidad; en la propiedad industrial, el diseño debe estar destinado específicamente a darle a un producto industrial o artesanía una apariencia especial.
- c. En el derecho de autor no se exige la novedad, porque la obra se protege por el solo hecho de la creación, de manera que no puede denegarse el registro, que siempre es meramente declarativo, o la tutela legal, por el hecho de que la obra se haya dado a conocer públicamente con anterioridad; en la propiedad industrial, la oficina competente debe examinar la novedad del diseño, careciendo de ese requisito aquel que se haya hecho accesible al público en

cualquier lugar o en cualquier momento, mediante una descripción, una utilización o por cualquier otro medio<sup>29</sup>.

- d. En el derecho de autor no se conoce la figura de la “*legalidad*” como requisito de la protección, vale decir, que la obra queda protegida aunque eventualmente atente contra el orden público o las buenas costumbres<sup>30</sup>; en la propiedad industrial no son registrables los diseños industriales que sean contrarios a la moral, al orden público o a las buenas costumbres.
- e. En el derecho de autor, los derechos morales son inalienables e irrenunciables y no quedan limitados al de paternidad, sino que comprenden también, por ejemplo, el del respeto a la integridad de la obra, éste por el cual el autor puede oponerse a cualquier deformación o mutilación de la obra, que atente contra el decoro de la misma o su propia reputación como autor; en la propiedad industrial el derecho moral se limita, generalmente, al de paternidad, sin que se reconozca su inalienabilidad o su irrenunciabilidad.
- f. En el derecho de autor, el derecho patrimonial comprende el exclusivo de realizar, autorizar o prohibir todo uso de la obra, por cualquier medio o procedimiento, conocido o por conocerse, salvo excepción legal expresa; en la propiedad industrial el derecho sobre el diseño es más limitado, porque se circunscribe al de “*excluire a terceros*” en la fabricación, importación, oferta, introducción al comercio o uso comercial de productos que lo reproduzcan.
- g. Mientras la protección en el derecho de autor no sólo alcanza al uso de la obra de arte aplicado en el producto, sino a cualquier otra forma de uso (aunque sea con independencia de dicho artículo), ya que la tutela se reconoce cualquiera sea su destino; la protección al diseño industrial va ligada al producto, de modo que el derecho de exclusión está referido a la fabricación, importación, oferta o puesta en circulación de artículos que reproduzcan ese diseño.
- h. En el derecho de autor el plazo mínimo para las artes aplicadas, conforme al Convenio de Berna, es de veinticinco años a partir del año de su realización,

---

<sup>29</sup> De ser posible la protección de un diseño, tanto por la propiedad industrial como por el derecho de autor, en su carácter de obra de arte aplicado, debe solicitarse previamente su registro ante la oficina competente en propiedad industrial, antes de proceder, si el interesado lo desea, a su inscripción en la oficina de derecho de autor, ya que de lo contrario la primera solicitud podría ser denegada, por falta de novedad.

<sup>30</sup> Otra cosa es que existan limitaciones legales en cuanto a la utilización pública de la obra, porque conforme al Convenio de Berna, sus disposiciones no suponen perjuicio al derecho que corresponde al gobierno de cada país de permitir, vigilar o prohibir, mediante medidas legislativas o de policía interior, la circulación, representación o exposición de cualquier obra o producción, respecto a la cual la autoridad competente hubiere de ejercer este derecho (art. 17).



pero en muchas leyes se ha extendido esa duración, equiparándola a la de las demás obras, vale decir, cincuenta años *post mortem* o más; en el ámbito de la propiedad industrial, el periodo de protección del diseño es mucho menor, generalmente de diez años a partir de la solicitud del registro.

## **La posible distinción entre las artes aplicadas y los diseños industriales: la alternativa de una protección excluyente.**

62. Para un sector de la doctrina se distingue el “*modelo artístico*” y el “*modelo industrial*”<sup>31</sup>, de modo que el primero está protegido por el derecho de autor y el segundo por la propiedad industrial, y la tutela acumulada se limita a los casos en que una misma creación pueda invocar ambas características.

63. De seguirse esa tesis, habría que definir lo que es “*artístico*”, para llegar a la conclusión de que es lo que tiene por fin apelar al sentido estético, quedando incluidas en el concepto las obras de arte aplicado<sup>32</sup>. Y en el mismo sentido, calificar como “*industrial*” lo que puede ser utilizado o aplicado a la industria.

64. Pero el sentido de lo estético varía entre una persona y otra, y tanto las obras de arte aplicado como los diseños industriales apelan a él, aunque sea desde el punto de vista ornamental, y ambos son aplicables a la industria, de manera que la distinción anotada no ayuda a resolver la cuestión, en cuanto a establecer un criterio de exclusión o protección acumulada.

65. Por eso se pregunta Zavala Rodríguez: ¿dónde comienza el arte, dónde termina la industria?. ¿Cómo se podrá trazar una línea de separación entre un dibujo artístico y un dibujo industrial?<sup>33</sup>.

66. La teoría se dificulta todavía más cuando la legislación autoral donde la protección se reclama establece que la tutela a las obras del ingenio -incluidas las de artes aplicadas-, se reconoce cualquiera que sea su mérito, al tiempo que la ley aplicable en materia de propiedad industrial no excluye de la tutela a los diseños industriales por el hecho de tener un valor o carácter artístico.

67. En posición parecida a la anterior, se afirma que si la creación es de carácter artístico la tutela se ubica en el derecho de autor, pero si es ornamental, debe aplicarse la normativa atinente a los diseños industriales.

<sup>31</sup> V.: OTERO-LASTRES: “*El modelo industrial*”, cit. por CASADO CERVIÑO, Alberto: “*Interrelación entre propiedad industrial y propiedad intelectual*”, en el libro-homenaje a H. Baylos. Grupo Español de la AIPPI. Barcelona, 1992. p. 105.

<sup>32</sup> Tal es en lo fundamental la definición contenida en el Glosario de la OMPI sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos. Ob. Cit. Voz. 13. p. 13.

<sup>33</sup> V.: ZAVALA RODRÍGUEZ, Carlos Juan: “*Régimen Legal de los Dibujos y Modelos Industriales*”. Ed. De Palma. Buenos Aires, 1962. p. 37.

68. Pero arte y ornamentación no son criterios que se contraponen o se excluyen y en ocasiones se complementan: muchas obras plásticas, con independencia de su mérito, se crean con la finalidad de adornar, especialmente, espacios domésticos o de trabajo, así como figuras tridimensionales que se incorporan a los portales de edificios e iglesias, tienen el mismo objetivo, y como quiera que la obra está protegida cualquiera que sea su finalidad, no podrían excluirse por ese hecho del ámbito del derecho de autor; y un diseño artístico aplicado a un producto industrial o artesanal, no dejará de ser arte porque ofrezca a ese producto una apariencia especial.

69. Otra tesis sostiene que la elección acerca de la normativa adecuada para la protección no debe partir de la valoración que se tenga acerca del mérito de la obra, sino de la finalidad tenida en cuenta al crearla, lo que admite dos variantes:

- a. Que se trate de expresiones artísticas preexistentes, creadas primigeniamente como obras de arte y que, posteriormente, son utilizadas como modelo para la presentación de productos industriales.
- b. Que sean modelos o dibujos creados específicamente para su utilización en la industria.

70. Conforme a la teoría en comentarios, una pintura, aunque de muy modesto valor pero por haberse creado como obra artística, estaría protegida por el derecho de autor, aunque luego se usara para darle apariencia especial a un artículo; y en cambio, un diseño para cubiertos de plata, por muy bello que fuera, se habría ingeniado especialmente para su aplicación en un producto de la industria y, por tanto, tutelado como diseño industrial.

71. Por otra parte, la posición presenta varios inconvenientes, por ejemplo:

- a. Si se parte del principio de la “*unidad del arte*”, éste existe con prescindencia del objetivo que se planteó primigeniamente el creador de la obra o la persona por cuya cuenta la realizó.
- b. Conforme a un precepto casi universalmente aceptado en el campo del derecho de autor, las obras del ingenio están protegidas “*sin importar su forma de expresión, su mérito o su destino*”.
- c. Ello quiere decir que en la esfera del derecho de autor, no se puede desechar la protección en razón de que la finalidad de la creación haya estado en su aplicación a la apariencia de un producto, independientemente de la tutela que se le reconozca en el ámbito de la propiedad industrial.

- d. Las propias legislaciones autorales definen a las obras de arte aplicado como aquellas que se incorporan a un artículo útil, sea una obra de artesanía o bien producida a escala industrial, sin distinguir las preexistentes de las que hayan sido creadas específicamente para esa finalidad.
- e. Tampoco las legislaciones en materia de propiedad industrial hacen la distinción, porque lo exigido es que la forma externa bidimensional o tridimensional se incorpore a un producto industrial o de artesanía para darle una apariencia especial, sin importar que tal forma de expresión haya sido creada especialmente con ese fin o se trate de una creación preexistente.

72. La tesis de la disociabilidad del producto –conocida también como de la “*accesoriedad*”– reconocida en la ley autoral italiana de 1941 y recogida por alguna legislación latinoamericana<sup>34</sup>, señala que las obras de arte están protegidas por el derecho de autor “*aunque estén aplicadas a la industria, siempre que su valor artístico pueda ser considerado con separación del carácter industrial del producto al que se encuentran anexas*”.

73. Dicho de otro modo: si la obra artística puede existir por sí misma, con independencia del producto al cual sirve, está protegida por el derecho de autor, independientemente de que también halle tutela como dibujo o modelo industrial.

74. Pero –crítica Pachón Muñoz–, la separabilidad debe entenderse como una “*disociabilidad del producto*” en un sentido ideal o conceptual de la obra de arte, es decir, como la posibilidad de concebir la obra independientemente de elementos materiales a los que ella se une, y cualquier producto, por más industrial que sea, tiene una forma separable idealmente y concebible fuera de su aplicación industrial<sup>35</sup>.

75. A lo anterior se agrega que el criterio de la “*disociabilidad*” confunde la obra –*corpus misticum*– con el soporte material –*corpus mechanicum*–, ya que es común en todas las obras de artes plásticas –la pintura, el dibujo, la escultura–, que la creación se incorpore a un objeto físico –el lienzo, la piedra, el metal–, no obstante que la separación –al menos ideal–, entre ambos bienes es perfectamente posible, sea una obra de arte puro o aplicado.

76. Otro criterio pretende establecer la distinción en el modo de reproducción: si es manual –v.gr.: la “*mano del pintor o del escultor*”–, o si es mecánico, es decir, mediante su producción a escala industrial.

---

<sup>34</sup> El criterio de la disociabilidad del producto figura en el artículo 6° de la ley colombiana. Sin embargo, ya no es aplicable, dada la preeminencia de la norma comunitaria andina (Decisión 351), que protege a las obras de arte aplicado, sin ningún otro requisito (art. 4.j).

<sup>35</sup> V.: PACHÓN MUÑOZ, Manuel: “*Manual de Propiedad Industrial*”. Ed. Temis. Bogotá, 1984. p. 84.

77. Si se aceptara ese criterio, un simple trazo hecho manualmente por el artista, sin originalidad en la forma de expresión pero capaz de darle alguna apariencia especial a un producto, sería protegido por el derecho de autor, pero una “obra de arte”, por el hecho de reproducirse mecánicamente, solamente podría calificar como diseño industrial.

78. Pero, además, si la propia legislación autoral define a la obra de arte aplicado como aquella que tiene fines utilitarios y que se incorpora a un bien producido a escala industrial, es porque admite que tales obras serán, efectivamente, objeto de reproducción mecánica y no manual.

79. Por otra parte, la reproducción de muchas obras protegidas por el derecho de autor se realiza por medios gráficos, mecánicos y electrónicos. ¿acaso la reproducción litográfica de una obra pictórica no se realiza por métodos industriales, y sin embargo, cada copia de ella es una reproducción de una obra protegida por el derecho de autor?. ¿Cómo se reproducen las obras musicales cuando se incorporan a fijaciones fonográficas?. ¿Cómo se duplican los programas de ordenador?.

80. En ese sentido Poulliet –criticando la teoría–, afirma que “una estatua obtenida por reproducción mecánica debería considerarse, conforme con este criterio, como un simple modelo industrial, y un canasto de paja o un encaje, porque está hecho a mano, debe conservar la tutela del derecho de autor”<sup>36</sup>.

## **El principio de la unidad del arte y la protección acumulada.**

81. La posición francesa –que cada vez gana mayores adeptos en la doctrina y en las legislaciones de tradición latina–, no establece ninguna distinción excluyente entre el arte aplicado y el diseño industrial y, por tanto, admite la posibilidad de protección acumulada por ambos sistemas, siempre que, por supuesto, el bien sobre el cual se reclama la tutela reúna los requisitos existenciales establecidos en los regímenes respectivos.

82. Así, por ejemplo, una supuesta obra de arte aplicado no estará protegida por el derecho de autor si carece de originalidad, de la misma manera que no podrá invocar la tutela de la propiedad industrial si no es un diseño destinado a darle a un producto industrial o artesanal una apariencia especial, o si carece de novedad o no ha cumplido con el requisito del registro establecido al efecto.

---

<sup>36</sup> Cit. ZAVALA RODRÍGUEZ, Carlos Juan: “Régimen Legal de los Dibujos y Modelos Industriales”. Ob. Cit. pp. 34-35.

83. La ley francesa, por ejemplo, reconoce la protección a las obras de artes aplicadas, sin exigir el requisito de la dissociabilidad; la portuguesa considera obras protegibles por el derecho de autor a las de artes aplicadas, a los diseños o modelos industriales y a las de diseño que constituyan una creación artística, independientemente de la protección de que gocen en la esfera de la propiedad industrial; y la española de Propiedad Intelectual (cuyo contenido versa sobre el derecho de autor y los derechos conexos), protege a las obras de arte, sean o no aplicadas, sin condición alguna, como es también la constante en las leyes de los países de América Latina.

84. En interpretación de su ley nacional, la jurisprudencia francesa señaló, en el caso de un *modelo de ensaladera* cuyo periodo de protección por la propiedad industrial había vencido, que “*la ley protege, en efecto, todas las creaciones originales de forma, cualquiera que sean el mérito estético o el valor artístico*”, y que “*la forma de un vulgar artículo de cocina tiene los honores de la propiedad artística*”<sup>37</sup>, conforme a los principios de acumulación y compatibilidad, compartidos por la doctrina más importante de ese país<sup>38</sup>.

85. También es la posición doctrinaria dominante en España, especialmente luego de la aprobación de la ley española de Propiedad Intelectual de 1987<sup>39</sup>.

86. Pero la claridad del legislador español va mucho más allá, en dispositivo que ha inspirado también a varias legislaciones latinoamericanas, cuando se dispone que el derecho de autor es “*independiente*” y “*compatible*” con los derechos de propiedad industrial que puedan existir sobre la obra, con lo cual no hay ninguna razón para impedir la protección conjunta o simultánea.

87. Esa posibilidad de acumulación es recomendada en la ley-tipo de la OMPI sobre dibujos y modelos industriales para países en desarrollo<sup>40</sup>.

## La protección acumulada y sus dificultades.

88. Señala Perot Morell que la justificación de la acumulación no solamente se justifica, sino que se impone, porque “*es la única actitud lógica ante la imposibili-*

<sup>37</sup> Cit. BAYLOS CORROZA, Hermenegildo: “*Tratado de Derecho Industrial*”. 2a. edición. Madrid, 1993. p. 802.

<sup>38</sup> V.gr.: Henri Desbois, Claude Colombet y Perot Morell, citados por Baylos, ob. cit. pp. 802-803.

<sup>39</sup> V.: BAYLOS CORROZA, Hermenegildo: “*Tratado de Derecho Industrial*”. 2a. edición. Ob. Cit. pp. 798-805; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: “*Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*”. Ed. Tecnos. Madrid, 1989. p. 230; CASADO CERVIÑO, Alberto: “*Interrelación entre propiedad industrial y propiedad intelectual*”. Ob. Cit. pp. 104-106; ESPÍN CÁNOVAS, Diego: “*Las obras de artes plásticas en la Ley de Propiedad Intelectual de 11 de noviembre de 1987*”, en el libro-homenaje a H. Baylos. Grupo Español de la AIPPI. Barcelona, 1992. p. 331-332.

<sup>40</sup> Cit. FERNANDEZ BALLESTEROS, Carlos: “*El derecho de autor y los derechos conexos en los*

*dad de trazar objetivamente y en función de criterios válidos la frontera entre el arte puro y el arte aplicado a la industria”<sup>41</sup>.*

89. Pero ello no quiere decir que la protección independiente y compatible no deje de presentar algunas dificultades, si por ejemplo:

- a. Se presenta para el registro de la propiedad industrial un diseño que exprese una obra de arte ya divulgada como tal, en cuyo caso habrá falta de novedad a los efectos de la protección como diseño industrial, pero se podrá invocar la tutela por el derecho de autor, impidiendo el uso no autorizado de dicha obra en cualquier producto de la industria o de la artesanía.
- b. Se aspira a utilizar un diseño ajeno cuya protección por la propiedad industrial ha fenecido por extinción del plazo de protección, pero la obra de arte aplicado utilizada para ese diseño todavía se encuentra en dominio privado conforme a la legislación sobre derecho de autor, supuesto en el cual el titular de este derecho puede invocarlo para impedir todo uso no autorizado de su obra, incluyendo su incorporación a un producto industrial o artesanal.
- c. Una obra de arte aplicado, protegida también como diseño industrial, se usa igualmente para un fin distinto al de darle una apariencia especial a un producto industrial o artesanal (v.gr.: en un documental sobre obras de arte o en un libro) y los derechos de explotación de esa obra, como diseño industrial, pertenecen a una persona distinta del creador, caso en el cual este último podría accionar contra dicho utilizador con fundamento en el derecho de autor, incluso contra el propio titular del derecho sobre el diseño industrial, salvo que la ley aplicable o el contrato celebrado entre las partes, dispongan otra cosa<sup>42</sup>, por ejemplo, una cesión ilimitada del derecho de explotación.
- d. Se presente a registro como diseño industrial una obra artística perteneciente 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 del diseño industrial, sin perjuicio de las acciones que ejerza, en el ámbito de la ley autoral, por usurpación de paternidad y utilización ilícita.

---

*umbrales del año 2000*”, en el libro-memorias del I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual. Ed. Ministerio de Cultura. Madrid, 1991. pp. 107-133.

<sup>41</sup> V.: PEROT, Morell, M.A.: “*Les difficultés d’application de l’article 2, alinea 2 de la loi du 14 juillet 1909, sur les dessins et modèles*”, cit. por BAYLOS CORROZA, Hermenegildo: Ob. Cit. p. 803.

<sup>42</sup> No debe olvidarse que como es constante en las legislaciones autorales de tradición latina o continental, los efectos de la cesión del derecho de explotación se limitan a los modos de explotación previstos en el contrato, salvo en algunas leyes, por lo que se refiere a las obras creadas por encargo o bajo contrato de trabajo, donde se presume una cesión (limitada o ilimitada) del derecho patrimonial en favor del patrono o comitente.

- e. Por su mismo carácter utilitario, el diseño es objeto de modificaciones en el tiempo –v.gr.: de acuerdo a las condiciones del mercado o al gusto del público–, y que, dada su protección simultánea por el derecho autoral, el autor accione contra el titular del derecho de explotación sobre el diseño, en ejercicio de su derecho moral, inalienable e irrenunciable, de integridad de la obra, por considerar que esas transformaciones atentan contra el decoro de su creación o su propia reputación como autor, cuestión que se hace más compleja cuando la ley aplicable reconoce ese derecho moral sin exigir que la modificación lesione el decoro o reputación de la obra o de su autor. La situación se resuelve si el autor, en ejercicio de su derecho patrimonial, ha autorizado al titular de los derechos sobre el diseño para realizar modificaciones, adaptaciones u otras transformaciones de su obra, con la particularidad de que en muchas legislaciones autorales, tal consentimiento debe constar por escrito. La solución también dependerá de lo que prevea la ley aplicable en relación con las obras creadas por encargo o bajo relación de trabajo.
- f. Se aspira a la protección por el derecho de autor de un diseño industrial en el cual, por su forma de expresión, el arte puro o aplicado no aparece por ninguna parte, sino que cumple una función estrictamente técnica, cuestión que replantea el tema de la valoración subjetiva (tomando en cuenta que la protección autoral se reconoce cualquiera sea el mérito de la obra), y que debe ser resuelta por el Juez en caso de conflicto, posiblemente con el auxilio de expertos.

## **Las obras de arte aplicado y los diseños de indumentaria.**

90. Nadie duda que los diseños relativos a la indumentaria, en la medida en que reúnan la característica de originalidad, son obras de arte aplicado y, en consecuencia, protegidos por el derecho de autor.

91. A su vez, el artículo 5 *quinquies* del Convenio de París dispone que los dibujos y modelos industriales están protegidos en todos los países de la Unión, pero no impide que la tutela a determinados diseños, como los de indumentaria, queden protegidos también en el marco del derecho autoral.

92. El ADPIC dispone que los países miembros tendrán libertad para cumplir con la protección de los dibujos o modelos textiles, “*mediante la legislación sobre dibujos o modelos industriales o mediante la legislación sobre el derecho de autor*” (art. 25,2).

93. Es entonces evidente que debe otorgarse tutela a los diseños industriales relativos a la indumentaria, pero que corresponde a la legislación donde se reclama

la protección el determinar la vía adecuada: la propiedad industrial, el derecho de autor, o ambas<sup>43</sup>.

94. Independientemente de que la legislación sobre propiedad industrial proteja o no como diseño a los modelos de vestuario, los mismos siempre estarán protegidos por el derecho de autor como obras de arte aplicado, a menos que la ley autoral respectiva los excluya expresamente.

## IV LAS OBRAS ARQUITECTÓNICAS

### **El objeto.**

95. Apunta Colombet que en las creaciones arquitectónicas no sólo están protegidos los planos, croquis y maquetas, sino también las obras propias de la arquitectura como son las construcciones realizadas a partir de esos planos, y aunque algunas legislaciones guardan silencio al respecto, la solución parece imponerse razonablemente<sup>44</sup>.

96. Y es que, como afirma Moraes, en la obra de arquitectura, antes de existir la cosa construida, hay una definición gráfica y dimensional de concepción pura: los planos, esbozos, plantas, croquis, muestras, anteproyectos, proyectos y maquetas que, en tanto obras, gozan de la protección del derecho de autor; pero que la creación arquitectónica es, en sí, una edificación, un cuerpo que materializa una conjugación de formas y funciones de habitabilidad, ideadas por una mente creadora<sup>45</sup>.

97. Dicho en otras palabras: la creación arquitectónica, como obra, tiene la característica de presentar dos modos de expresión: la concepción artística del arquitecto se concreta y exterioriza con el acabado de los planos (primera forma de expresión), pero la obra adquiere vida y es susceptible de ser conocida por el público en general a través de su construcción (segunda forma de expresión).

98. Ambos son medios de exteriorización de carácter artístico tutelados por el derecho de autor; uno y otro pueden ser objeto de plagio o de atentados a su integri-

---

<sup>43</sup> Debe recordarse, en todo caso, que conforme al artículo 2,7 del Convenio de Berna, para las obras protegidas únicamente como dibujos y modelos en el país de origen no se puede reclamar en otro país de la Unión más que la protección especial concedida en este país a los dibujos y modelos; pero que si tal protección no se concede en este país, las obras quedan protegidas como obras artísticas.

<sup>44</sup> Ob. Cit. p. 25.

<sup>45</sup> MORAES, Walter: “*Questoes de direito de autor*”. Ed. Revista dos Tribunais. Sao Paulo, 1977. pp. 44-45.



dad; y tanto los planos como la construcción pueden ser reproducidos (duplicación de los diseños o repetición de la construcción).

99. De allí que la concepción arquitectónica, desde la etapa de su diseño, ya goce de protección como obra, y así lo contempla el listado enunciativo del Convenio de Berna, al indicar entre las creaciones tuteladas a “*las ilustraciones, mapas, planos, croquis y obras plásticas relativos ... a la arquitectura*”.

100. Aunque pareciera del texto transcrito que solamente está protegida la obra arquitectónica en planos, pero no en la edificación, el artículo 4,2,b del Convenio de Berna dilucida la cuestión, al establecer que están protegidos por el Convenio “*los autores de obras arquitectónicas edificadas en un país de la Unión o de obras de artes gráficas y plásticas incorporadas a un inmueble sito en un país de la Unión*” (hemos destacado).

## **La obra arquitectónica y el derecho de integridad.**

101. El problema que plantean las dos formas de expresión de la obra arquitectónica, se encuentra en determinar si el destinatario del primer soporte material (los planos), está facultado para hacerle modificaciones a la segunda forma de expresión (la construcción), o incluso destruirla, sin el consentimiento del autor.

102. La respuesta no es uniforme en la legislación comparada, pues existen distintas soluciones, que con algunas variantes entre unas y otras, se pueden sistematizar así:

- a. El propietario tiene derecho a cualquier modificación de la obra que decida realizar, pero el autor puede exigir la supresión de su nombre en la obra modificada, si aparece consignado en la misma (Colombia, Chile, México, Perú, República Dominicana).
- b. El autor puede oponerse a las modificaciones que alteren estética o funcionalmente su obra. Para las modificaciones necesarias en el proceso de construcción o con posterioridad a ella, se requiere la simple autorización del arquitecto, quien no puede negarse a concederla a no ser que considere que la propuesta modificatoria altera estética o funcionalmente su obra (Ecuador).
- c. El autor de la obra arquitectónica no puede oponerse a las modificaciones que se hicieren necesarias durante la construcción de la obra o con posterioridad a ella (Venezuela), pero deber ser consultado antes de su realización, teniendo un derecho de preferencia para efectuarlas (Panamá). En cualquier caso, si las modificaciones se hacen sin el consentimiento del arquitecto, éste

puede repudiar la paternidad de la obra modificada y queda vedado al propietario invocar en lo futuro el nombre del autor del proyecto original (Panamá, Paraguay, Venezuela).

- d. El autor tiene el derecho de vigilar el proceso de construcción para garantizar su conformidad con el proyecto, y una vez edificada el propietario no está facultado para introducir modificaciones sin la consulta previa del arquitecto, bajo pena de indemnización por daños. A falta de acuerdo, el creador puede renunciar a la paternidad de la obra transformada, sin que el propietario esté autorizado para invocar, en provecho propio, el nombre del autor del proyecto inicial (Portugal).
- e. El propietario de la edificación puede modificarla sin el consentimiento del autor (Estados Unidos).

103. Varias de las soluciones anotadas no hacen distinción entre la obra arquitectónica artística o rutinaria, ni diferencian las modificaciones necesarias o caprichosas, ni otorgan ningún derecho preferente para que el autor del proyecto original realice las transformaciones, sino que se limitan a concederle un derecho de repudio a la paternidad de la obra resultante y, además, en algunas, existe la posibilidad, ante una decisión inconsulta por parte del constructor o propietario, de tener que indemnizar al autor por los perjuicios que la misma pudiere causarle.

104. Sobre el derecho a la integridad de la obra arquitectónica, la Casación Francesa, en decisión del 1-12-87, decidió que el arquitecto tiene derecho a invocar el respeto de su obra frente al propietario, pero que hay que respetar *“el equilibrio entre los legítimos intereses en presencia, entre el derecho de propiedad y el derecho moral: en el caso de un inmueble, hay que admitir las modificaciones no desnaturalizantes necesarias para su utilización, su mantenimiento o su conservación”*<sup>46</sup>.

105. También el Tribunal Federal Alemán resolvió que partes de un trabajo arquitectónico pueden disfrutar de la protección por el derecho de autor, en cuanto satisfagan las exigencias de creatividad y que los dibujos técnicos pueden reclamar simultáneamente esa protección<sup>47</sup>.

## **La obra arquitectónica y el derecho de reproducción.**

106. El arquitecto (como el autor de cualquier obra) tiene, como ya fue estudiado en este curso, el derecho exclusivo de autorizar o no la reproducción de su obra

<sup>46</sup> Cit. ORTEGA DOMÉNECH, Jorge: Ob. Cit. pp. 344-345.

<sup>47</sup> Cit. RETONDO, Hilda: *“Las obras arquitectónicas”*, en el libro-memorias del III Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos. Montevideo, 1997. Tomo 2. p. 685.

por cualquier procedimiento y en cualquier forma (Convenio de Berna, art. 9,1), en el caso que nos ocupa, a través de su duplicación en planos o por su “*repetición*” en varias construcciones.

107. Como los límites a ese derecho deben ser objeto de regulación legal expresa, respetando además el principio de los “*usos honrados*”, las excepciones al derecho de reproducción del arquitecto solamente pueden surgir de:

- a. Una disposición legal específica, de interpretación restrictiva.
- b. Una presunción de cesión prevista en la legislación respectiva (o una titularidad por efecto de la ley), a favor del patrono o del comitente, en las obras creadas bajo relación laboral o en cumplimiento de un contrato por encargo, según el caso.
- c. Una cesión parcial o total de los derechos patrimoniales, por acto entre vivos, entre el arquitecto y el adquirente de los planos, mediante contrato que, conforme es constante en las legislaciones, debe constar por escrito.

108. No obstante, y con fines fundamentalmente aclaratorios, algunos textos nacionales contienen normas especiales al respecto, por ejemplo:

- a. La enajenación de planos, croquis y trabajos semejantes no da derecho al adquirente sino a la ejecución de la obra tenida en vista, no pudiendo enajenarlos, reproducirlos o servirse de ellos para otras obras, pues esos derechos quedan reservados a su autor, salvo pacto en contrario (Argentina, Costa Rica, Honduras).
- b. La adquisición de un plano o proyecto de arquitectura implica para el adquirente el derecho de ejecutar la obra proyectada, pero se requiere el consentimiento del autor para utilizarlo nuevamente en la construcción de otra obra (Paraguay, Perú).
- c. La adquisición de un proyecto de arquitectura implica el derecho del adquirente para ejecutar la obra proyectada, pero se requiere el consentimiento escrito de su autor en los términos que él señale y de acuerdo con la ley de ejercicio profesional, para utilizarlo en otras obras (Ecuador).

## V

### LAS OBRAS PUBLICITARIAS

#### **El objeto.**

109. Los mensajes publicitarios no son objeto de mención en las leyes autorales (ni tampoco en los Convenios Internacionales), aunque algún texto, por excepción, incluye en el catálogo enunciativo de las obras a los “*lemas y leyendas de carácter publicitario, si se revistieren de originalidad*” (Portugal).

110. Pero la omisión legislativa no constituye una exclusión de la protección por el derecho de autor, sino que las obras literarias o artísticas están tuteladas con independencia de su destino, es decir, que importa poco si tienen como finalidad su apreciación contemplativa, su uso utilitario o la promoción de un producto o de un servicio.

111. El uso de expresiones como “*creativos*” y “*talentos*” empleadas en el argot publicitario revelan que existe en los mensajes un aporte del ingenio y que la producción de obras “*al gusto del cliente*” no es exclusiva de la publicidad, sino que también sucede, por ejemplo, en los proyectos arquitectónicos y en los retratos pictóricos.

112. Cuando el autor crea por encargo un mensaje publicitario, puede recibir instrucciones sobre la “*idea*” –que no es susceptible de protección por el derecho de autor–, pero los trazos en el dibujo o la combinación de notas musicales, le son propios.

113. El que muchas “*obras publicitarias*” sean creadas en equipo, sin que a veces se puedan separar los aportes de cada uno de sus integrantes, no es exclusivo de los mensajes comerciales, porque estaríamos allí en presencia de una “*obra en colaboración*” o de una “*obra colectiva*” (de acuerdo a las características de la creación en particular), cuyas soluciones, en cuanto a la autoría y la titularidad ya fueron explicadas en este curso, sin perjuicio de la aplicación de las normas específicas sobre las obras creadas bajo relación laboral o por contrato de obra por encargo.

114. Algunos aportes al mensaje comercial tienen un autor identificable, como el compositor de la música creada para la obra.

115. Como consecuencia, la llamada “*obra publicitaria*”, es decir, la producida especialmente para su difusión con el fin de promocionar la venta o prestación de bienes o servicios, no constituye, por su forma de expresión, un género autónomo,

ya que sus características especiales solamente se encuentran en la finalidad, la cual es intrascendente para el derecho de autor.

116. Estas producciones estarán protegidas por el derecho autoral en la medida que tengan formas expresivas artísticas o literarias con características de originalidad<sup>48</sup>, de suerte que algunos mensajes, ayunos de creación, no gozan de tutela por el derecho de autor.

117. Una “obra publicitaria” tendrá carácter literario si consiste solamente en un texto (como en los folletos promocionales); o artístico, por el empleo de dibujos, pinturas o fotografías; o musical, con o sin letra, como en los “jingles”; o audiovisual –con los elementos artístico-literarios que integran este tipo de producciones-, especialmente si se trata de creaciones destinadas a su difusión por el cine o la televisión; o, incluso, científico, si el texto del anuncio explica, por ejemplo, las cualidades terapéuticas de un medicamento.

## Obra publicitaria y derecho marcario

118. La protección de los mensajes en el marco del derecho de autor, se reconoce sin perjuicio de la tutela compatible e independiente en la esfera del derecho marcario, y a ese efecto existan pronunciamientos jurisprudenciales<sup>49</sup>.

<sup>48</sup> Sobre la protección de las obras publicitarias, v.: DE LA CUESTA RUTE, José María: “Régimen jurídico de la publicidad”. Ed. Tecnos. Madrid, 1974. p. 374; EMERY, Miguel Angel: “La publicidad y los derechos de autor”, en el libro-memorias del VII Congreso Internacional sobre la protección de los Derechos Intelectuales. pp. 115-128 y “La evolución jurisprudencial en la protección de las obras publicitarias”, en el libro-memorias del III Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos. Montevideo, 1997, pp. 697-703; GALAN CORONA, Eduardo: “El derecho de autor y la publicidad” (planteamiento general), en el libro-memorias del I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual. pp. 1049-1059; HUNG VAILLANT, Francisco: “La regulación de la actividad publicitaria”. Ed. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Derecho. Caracas, 1972. pp. 43-44; LEMA DEVESA, Carlos: “El derecho de autor y la publicidad” (su regulación en España), en el libro-memorias del I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual. pp. 1061-1066; QUARTÍN GRACA, Pedro: “Os direitos de autor envolvidos na obra publicitária. Criador, agência e anunciante”, en el libro-memorias del II Congreso Iberoamericano de Direito de Autor e Direitos Conexos. Lisboa, 1994. pp. 501-509; REBELLO, Catarina: “El derecho moral (contenido). Su incidencia en las obras publicitarias”, en el libro-memorias del VIII Congreso Internacional sobre la protección de los Derechos Intelectuales. Asunción, Paraguay, 1993. pp. 175-196 y “A titularidade do direito de autor nas obras publicitárias”, en el libro-memorias del III Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos. pp. 691-695; SANTAELLA, Manuel: “Introducción al derecho de la publicidad”. Ed. Civitas. Madrid, 1982; SATANOWSKY, Isidro: “Derechos Intelectuales”. Ob. Cit. Tomo I. pp. 194-195; SCHUSTER VERGARA, Santiago: “El derecho de autor y la publicidad” (su situación en las legislaciones de los países de Latinoamérica), en el libro-memorias del I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual. pp. 1067-1075; ZAVALA RODRIGUEZ, C.J.: “Publicidad Comercial” (su régimen legal). Ed. De Palma. Buenos Aires, 1947. pp. 496-497.

<sup>49</sup> Cit. EMERY, Miguel Angel: “La publicidad y los derechos de autor”. Ob. Cit. pp. 115-128 y “La evolución jurisprudencial en la protección de las obras publicitarias”. Ob. Cit. pp. 697-703 ; LEMA DEVESA, Carlos: Ob. Cit. pp. 1065-1066; ZAVALA RODRIGUEZ, C. J.: Ob. Cit. pp. 497-498.

119. Esta protección es posible, por ejemplo, en los anuncios que se limitan a la reproducción de los signos distintivos del producto, por ejemplo, el dibujo y la palabra o la combinación de palabras que forman la marca.

120. Pero dicha tutela no excluye a la autoral cuando, conjuntamente con la reproducción del signo distintivo, se presentan otros dibujos o textos; o cuando siendo el medio utilizado la radio, el cine o la televisión, el mensaje se acompaña de una música, un decorado o una coreografía, según los casos.

121. A ello se agrega la posibilidad de la tutela acumulada del derecho de autor y del derecho marcario respecto de aquellos diseños y dibujos contentivos de elementos artísticos con una originalidad que supere la simple “*eficacia distintiva*”.

## Obra y lemas publicitarios

122. Es posible que el mensaje comercial consista, simplemente, en el empleo de un lema que invite a consumir un producto o a utilizar un servicio.

123. Los lemas unidos a un signo comercial protegido encuentran su tutela en el derecho marcario, aunque por excepción, si además tienen elementos literarios o artísticos originales, pueden gozar también de la protección por el derecho de autor, lo que ocurriría, por ejemplo, si el “*slogan*” consiste en una copla original, es decir, en una manifestación literaria.

## Obra e idea publicitaria

124. El mensaje comercial supone generalmente un plan preexistente donde se ha perfilado el destinatario, las bondades del producto o el servicio, los medios de comunicación adecuados, el estilo del anuncio y los elementos que debe contener y sobre esas ideas se procede a estructurar el mensaje, dándole una forma de expresión, elemento éste que es el objeto del derecho de autor.

125. Por eso, la “*idea publicitaria*”, sin una exteriorización concreta de orden literario o artístico, no está protegida por la disciplina en estudio<sup>50</sup>, pero, a su vez, no puede sostenerse que “... cuando no es posible aplicar en el caso concreto las normas contenidas en la Ley sobre el Derecho de Autor o en la Ley de Propiedad

---

<sup>50</sup> Así, la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, dictaminó: “... El demandado puede apropiarse de ideas y expresarlas en figuras propias y en el propio lenguaje; pero no es lícito apropiarse de las combinaciones que a ese material ha dado el actor con sus ilustraciones y lenguaje y crear sustancialmente con ellos la misma composición” (Cit. ZAVALA RODRIGUEZ, C.J.: Ob. Cit. p. 497).

*Industrial, las creaciones o ideas publicitarias quedan desasistidas de tutela jurídica*”<sup>51</sup>, ya que la usurpación dolosa de una idea o plan ajenos, fruto de un esfuerzo intelectual -aunque no alcance una forma de expresión tutelable por el derecho de autor-, puede hallar una fundamentación de reclamo en las normas sobre competencia desleal, revelación de secretos o el enriquecimiento sin causa, según sea el caso.

## **Autoría y titularidades**

126. Como es constante en el sistema latino o continental, sólo puede ser autor la persona física que realiza la creación intelectual, quien es entonces el titular originario del derecho, y nada distinto ocurre con las obras publicitarias. Otra cosa es que la titularidad de los derechos de explotación corresponda a un tercero, con carácter derivado.

127. Pero los anuncios publicitarios, salvo que consistan en una creación individualizada, constituyen casi siempre obras complejas, tanto en su participación creativa, como en las diversas modalidades contractuales que se presentan en torno a su creación.

128. Algunos mensajes pueden ser obras colectivas, no sólo por el sinnúmero de personas que intervienen, sino también por el carácter indirecto o indeterminado de sus aportes, lo que hace imposible identificar las distintas contribuciones y sus respectivos autores. En tal caso la situación se ha resuelto en muchas legislaciones, con una titularidad por efecto de la ley en favor de la persona natural o jurídica bajo cuya iniciativa se crea la obra, o mediante una cesión presunta de los derechos de utilización en beneficio de quien asume la responsabilidad de coordinar la producción colectiva, como fue visto en la unidad 2 del módulo II de este manual.

129. En otros supuestos puede ser una obra en colaboración, cuyos autores y aportes son susceptibles de individualizarse (v.gr.: el “*jingle*” publicitario, en el cual no hay dificultad para identificar al autor de la letra y al compositor de la música), en cuyo caso, deben aplicarse las normas generales sobre esa categoría de creaciones (divisibles o indivisibles), y sin perjuicio del derecho de los autores de utilizar separadamente su contribución personal, siempre que no perjudiquen con ello la explotación de la obra en su conjunto, como también fue analizado en la unidad 2 del módulo II.

130. No obstante, la obra publicitaria constituye, según regla general, una obra creada para terceros, casi siempre mediante un contrato donde el “*anunciante*” encarga a una “*agencia*” su realización.

---

<sup>51</sup> V.: HUNG VAILLANT, Francisco: “*La regulación de la actividad publicitaria*”. Ob. Cit. p. 43.

131. Como las personas jurídicas no tienen la capacidad de crear, la agencia requiere, necesariamente, de autores –personas físicas–, trabajadores a su servicio o creadores independientes contratados para ello, en cuyo caso son aplicables las normas establecidas en la ley respectiva acerca de las obras realizadas bajo relación laboral o por encargo, según corresponda.

132. Parecería entonces que la titularidad de los derechos de uso recae en la agencia –patrono de los creativos a su servicio o comitente del aporte encomendado a un tercero–, no obstante que, a su vez, se trata de una obra por encargo encomendada por el anunciante, de manera que nuevamente deben aplicarse las normas legales o contractuales relativas a la titularidad de los derechos en los casos de obras creadas por encomienda, siendo comitente, en definitiva, el anunciante, o sea, la persona por cuenta de quien se realiza la obra y la que asume al fin de cuentas los costos de producción y divulgación.

133. Ello quiere decir que si el anunciante ostenta la titularidad de los derechos de explotación, también debe asumir las responsabilidades que de ella se deriven, incluso frente a reclamaciones por la apropiación, incorporación o sincronización indebidas de obras ajenas en el mensaje, independientemente de la responsabilidad civil solidaria que recaiga sobre la agencia, o de la responsabilidad penal individualizada en la persona que, directamente, haya incurrido en algún delito tipificado por la ley.

134. Pero la prudencia aconseja que la titularidad de los derechos patrimoniales entre anunciante y agencia, y entre ésta y sus subordinados o quienes crean por su encargo, esté sujeta a claras regulaciones contractuales<sup>52</sup>.

## **La sincronización de obras preexistentes.**

135. Comenta Schuster que así como se utilizan obras nuevas para un fin determinado, pueden emplearse también creaciones que nacieron con otro objetivo y que un publicista desea incorporarlas a su mensaje publicitario<sup>53</sup>.

---

<sup>52</sup> En ese sentido, Emery (“*La evolución jurisprudencial en la protección de las obras publicitarias*”. Ob. Cit. p. 701), destaca la complicación existente en torno a la titularidad de los derechos de explotación sobre las obras publicitarias “*desde que la polifacética realidad de la actividad publicitaria puede determinar que el comitente sea el anunciante y el locatario de obra la agencia, o que el comitente sea la agencia y el locatario de obra una persona individual, con el agregado de que -a falta de pacto expreso-, casi nunca resulta bien claro en la relación entre el anunciante y su agencia, si la segunda transmite al primero los derechos intelectuales sobre la campaña creada y si lo hace en que momento o con que extensión*”.

<sup>53</sup> V.: SCHUSTER VERGARA, Santiago: “*El derecho de autor y la publicidad*” (su situación en las legislaciones de los países de Latinoamérica). Ob. Cit. p. 1070.



136. La inclusión es muy común, por ejemplo, en el fondo musical introducido a un comercial, constituido por una composición preexistente, y como quiera que los mensajes a través del cine, la radio o la televisión tienen una duración muy breve, la sincronización de la obra primigenia está sujeta a supresión de compases y otras modificaciones.

137. La situación se complica cuando, además, se sustituye la letra original de la canción por otra alusiva al producto o servicio promocionados.

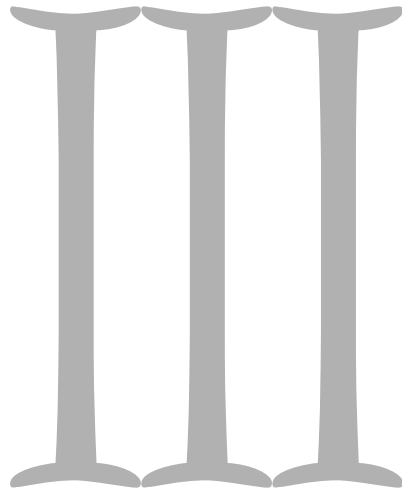
138. En ambos supuestos, la sincronización no sólo tiene implicaciones sobre los derechos de reproducción, comunicación pública y transformación, sino también en la esfera del derecho moral de integridad, ya que las alteraciones pueden afectar el decoro de la obra o la reputación del autor, por lo que es necesario el consentimiento del titular del derecho, sin el cual el uso de la obra preexistente es ilícito.

139. Finalmente, una práctica condenable consiste en la “*adaptación*” de una obra extranjera de éxito, cambiándole algún compás o ritmo, para aparentar la condición de una obra nueva –y supuestamente original–, lo que tipifica un plagio<sup>54</sup>.

---

<sup>54</sup> V.: ÉMERY, Miguel Ángel: “*La publicidad y los derechos de autor*”. Ob. Cit. pp. 126-127.

Módulo



*Disposiciones  
especiales  
para ciertas  
obras*

## UNIDAD 2

### DISPOSICIONES ESPECIALES SOBRE LAS OBRAS AUDIOVISUALES

Introducción – Concepto – La autoría – La titularidad de los derechos y el productor – La titularidad y el ejercicio del derecho moral – La titularidad del derecho patrimonial - Las producciones “*multimedia*” – Las obras radiofónicas



# I

## INTRODUCCIÓN

1. Desde la primera proyección pública de imágenes en movimiento, efectuada en 1895, la cinematografía constituyó uno de los géneros creativos más trascendentes de todos los tiempos y ese papel protagónico se fortalecerá, en buena medida, con la “*sociedad de la información*”.

2. Pero las primeras realizaciones cinematográficas no mostraban elementos creativos, artísticos o literarios –aunque era sin lugar a dudas una gran innovación técnica–, pues se trataba de filmaciones de escenas espontáneas en la calle o de simples sucesos noticiosos.

3. Fue especialmente a partir de las dos primeras décadas del siglo XX cuando se prepararon escenas montadas en forma similar al teatro, con los actores frente a la cámara; luego surgió la escenografía creada especialmente para la filmación; se siguió al intérprete en el curso de sus movimientos, con lo que apareció el “*cine persecución*”; se alternaron acciones que se desarrollaban simultáneamente en sitios distintos; se combinaron los decorados naturales con los artificiales; los intérpretes estilizaron los actos del personaje que encarnaban; se escribieron argumentos específicamente para el cine y se abandonaron los convencionalismos teatrales: nació la obra cinematográfica<sup>1</sup>.

4. El cine sonoro significó una nueva era en el género de las artes visuales en movimiento, pues por primera vez el público pudo advertir la coincidencia de las palabras con el movimiento de los labios, percibir los ruidos sincronizados con las escenas y apreciar las composiciones interpretadas en la obra. Luego de una etapa rudimentaria, en la que el sonido se plasmó en la misma cinta al lado de las imágenes, se inventó la banda sonora fijada en una película distinta y se incorporaron otros elementos creativos: la música compuesta especialmente para la cinematografía y el arreglo o la adaptación de canciones preexistentes.

5. Esa evolución, desde las simples grabaciones audiovisuales no creativas hasta la cinematografía como obra, fue seguida por el Convenio de Berna, porque su mención no aparecía de forma expresa en el Acta Originaria (1886) ya que, además de la simple fijación de hechos noticiosos o cotidianos, las filmaciones de la época se limitaban a fijar las escenas captadas en el teatro, razón por la cual los creadores del argumento se oponían al reconocimiento de un nuevo género, al estimar que el aporte creativo estaba en la obra literaria y por ello se ofuscaban al oír

---

<sup>1</sup> V.: GERARD, Paul-Daniel: “*Los Derechos de Autor en la obra cinematográfica*”. Ed. Ariel. Barcelona, 1958. pp. 26-34.

hablar de “*realizadores cinematográficos*”, a quienes tildaban de ser “*los que le dan vueltas a la manivela*”<sup>2</sup>.

6. Pero en el Acta de Berlín (1908) se aclaró que estaban protegidas como obras literarias y artísticas las producciones cinematográficas cuando, por las disposiciones escenográficas o combinaciones de incidentes representados, el autor hubiere dado a su obra un carácter personal y original.

7. El Acta de Roma (1928), simplificó las cosas, al disponer que se protegían como obras literarias y artísticas las producciones cinematográficas cuando el autor hubiere dado a la obra carácter original, y a partir del Acta de Bruselas (1948) se incluyó en el catálogo ejemplificativo de las creaciones protegidas a “*las obras cinematográficas y las obtenidas por un procedimiento análogo a la cinematografía*”.

8. Y es que, como apunta Baylos, la cinematográfica es una obra valorada y protegida autónomamente, pues produce una realidad significativa nueva, para la cual logra la objetivación de realidades dinámicas que promueven sensaciones, emociones y vivencias propias de lo real<sup>3</sup>.

9. Prueba de ello es que distintas versiones audiovisuales basadas en el mismo argumento son obras distintas y cada una de ellas sugiere sus propias percepciones al espectador, de modo que no son simples realizaciones de una obra idéntica.

10. Pero siempre es exigible, como a cualquier obra, la originalidad, lo que hace la diferencia entre una “*obra audiovisual*” y una simple “*fijación audiovisual*” ésta que se limita a captar, por ejemplo, la interpretación o ejecución de una obra preexistente o que se realiza a partir de la grabación de una emisión televisiva.

11. Aunque permanezca la discusión doctrinaria acerca de la ubicación de la obra cinematográfica como literaria, artística o incluso como “*dinámico-plástica*”<sup>4</sup>, se trata de un asunto superfluo, en cuanto que el derecho de autor protege a las obras del ingenio cualquiera que sea su género o forma de expresión<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> V.: MATTYSENS, Jean: “*Gestión y control de los derechos sobre las obras audiovisuales*”. Informe al XXXV Congreso de la Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores (CISAC). Documento AG/86/992. Madrid, 1986.

<sup>3</sup> V.: BAYLOS CORROZA, Hermenegildo: “*Tratado de Derecho Industrial*”. 2da. Edición. Ob. Cit. p. 548.

<sup>4</sup> V.: SATANOWSKY, Isidro: “*Derechos Intelectuales*”. Ob. Cit. Tomo I. pp. 219-248.

<sup>5</sup> Sobre el tema, véase a ANTEQUERA PARILLI, Ricardo: “*Derecho de Autor*”. Ob. Cit. Tomo I. pp. 211-214.

12. En los últimos años, el avance tecnológico, por una parte, y la creatividad del hombre en el dominio artístico y literario, por la otra, han permitido la aparición de nuevas modalidades dentro del género de las obras audiovisuales.

13. Así, la invención de nuevos formatos para la fijación de la imagen y el sonido (v.gr.: el “*video-tape*” y el disco digital) y la facilidad para realizar esas grabaciones y reproducirlas, hacen que el celuloide ya no sea más que una de las técnicas de fijación de una obra cinematográfica.

14. Esas nuevas técnicas han facilitado también su aprovechamiento para ser utilizadas en otros géneros audiovisuales (v.gr.: los “*video-clips*” y las telenovelas), distintos al cinematográfico tradicional o para fines diferentes al de la expresión estética, como en los programas de enseñanza y en los documentales científicos.

## II CONCEPTO

15. Para el estudio de la regulación legal de las obras audiovisuales, es necesario definir previamente algunos términos, a saber:

- a. Obra cinematográfica es toda secuencia de imágenes impresionadas de manera sucesiva sobre un material sensible, casi siempre acompañada de sonido, para fines de proyección como filme en movimiento<sup>6</sup>.
- b. Película cinematográfica es la sucesión de imágenes impresionadas sobre una banda de celuloide, transparente y sensible a la luz, para fines de proyección sobre una pantalla<sup>7</sup>. En consecuencia, la película no es otra cosa que uno de los soportes físicos que permiten proyectar la obra.
- c. Fijación audiovisual es una grabación que proyectada ofrece una sensación de movimiento, sea de una producción audiovisual, de escenas cotidianas, de la representación o ejecución artística de una obra preexistente o de una emisión de televisión.
- d. La obra audiovisual se ha definido en varias leyes nacionales como toda creación expresada mediante una serie de imágenes asociadas que dan sensación

---

<sup>6</sup> Organización Mundial de la Propiedad Intelectual: “*Glosario de derecho de autor y derechos conexos*”. Ob. Cit. Voz 35. p. 35.

<sup>7</sup> Idem. Voz 33. p. 33.

de movimiento, con o sin sonorización incorporada, susceptible proyectarse o exhibirse a través de aparatos idóneos o por cualquier otro medio de comunicación de la imagen y del sonido, independientemente del soporte material que la contiene, sea en películas de celuloide, en videogramas, en representaciones digitales o en cualquier otro objeto, conocido o por conocerse, quedando comprendidas en el concepto las obras cinematográficas y las obtenidas por un procedimiento análogo a la cinematografía.

16. El concepto de obra audiovisual es el que más interesa a los fines de este estudio, sobre la base de las consideraciones siguientes:

- a. Debe tratarse de una forma de expresión a través de imágenes asociadas que den la sensación de movimiento, es decir, de imágenes sucesivas y no fijas, a diferencia de los llamados “*diaporamas*”, que consisten en la simple sucesión de diapositivas.
- b. A pesar de que la expresión “*audiovisual*” supone la existencia de imagen y sonido, la citada definición legal la extiende a aquellas obras cuyas imágenes no tienen sonorización incorporada, para incluir en ella –aunque parezca una imprecisión terminológica–, a las “*películas mudas*”.
- c. Esa modalidad creativa debe ser susceptible de proyectarse o exhibirse a través de cualquier aparato idóneo u otro medio de comunicación de la imagen y del sonido, como pueden ser proyectores de películas, equipos de video, televisión o computación.
- d. El objeto físico en el cual esté fijada eventualmente la obra puede ser de cualquier clase: una película cinematográfica, una cinta de vídeo o un soporte digital, o cualquier otro conocido o por conocerse.
- e. Pero como se ha dicho, la obra audiovisual debe tener originalidad y no ser una simple fijación audiovisual pues, como apunta Delgado Porrás, si un realizador de televisión se limita a poner sus conocimientos técnicos al servicio de una mejor percepción por el espectador de un espectáculo musical o teatral, emitido desde dentro o fuera del estudio, no crea una obra audiovisual<sup>8</sup>.
- f. La simple fijación de una emisión televisiva, por ejemplo, a través de una videgrabadora, no instituye a dicha grabación en una nueva obra audiovi-

---

<sup>8</sup> V.: DELGADO PORRAS, A.: “*La obra audiovisual. Planteamiento general*”, en el libro-memorias del I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual. Madrid, 1991. Tomo II. p. 734.

sual. Se trata, apenas, de la incorporación a un soporte material de una emisión radiodifundida, cuyo derecho de grabación y reproducción corresponde al organismo de radiodifusión, en el marco de los derechos conexos, sin perjuicio de los derechos de los autores y demás titulares sobre las obras comprendidas en la emisión y, eventualmente, de los derechos afines de los artistas intérpretes o ejecutantes participantes en la programación y el de los productores de fonogramas cuya fijación se incorpore a la programación emitida.

17. La obra audiovisual no sólo comprende a las obras cinematográficas tradicionales, sino también a cualesquiera otras que reúnan los requisitos mencionados, como las telenovelas, los videos musicales, los documentales o los programas audiovisuales de enseñanza, por ejemplo.

18. En efecto, la aparición de la telenovela, como género que se ha independizado de la cinematografía tradicional, o la producción de programas musicales (que reúnen decorados, coreografías, guión, realización, dirección, etc.) y la posibilidad de su fijación por medio de soportes distintos a la película en celuloide para su posterior transmisión o repetición, plantean otras formas de expresión artística, de carácter audiovisual, que, entre otras cosas, se diferencian del filme convencional en que no se destinan a ser proyectadas en salas de cine, sino exclusivamente para su difusión a través de la televisión.

19. Asimismo, las obras musicales, tradicionalmente fijadas en fonogramas, es decir, en fijaciones exclusivamente sonoras, cuyas copias (discos, cintas) se destinaban al público, hoy también son dadas a conocer a través de una nueva modalidad de expresión, los “*video-clips*”, donde además de los sonidos quedan grabadas otras contribuciones artísticas (inclusive la interpretación o ejecución del artista intérprete o ejecutante), como el decorado, el vestuario, la coreografía y la dirección, incluso, a veces, con algunos parlamentos.

20. La tecnología educativa ha incorporado el género audiovisual para su utilización en la enseñanza. Y no consiste muchas veces en la simple recitación de un texto preexistente por parte del profesor que aparece en la pantalla (lo que sería una simple fijación audiovisual de dicha obra, es decir, una reproducción de ella), sino de producciones más complicadas y comprensivas de diversos aportes creativos que intercalan, por ejemplo, escenas alusivas a la materia, diálogos (como en los cursos para el aprendizaje de idiomas), escenarios artificiales o escogencia de los naturales, la incorporación de otros sonidos (música, efectos sonoros), todo ello además del concurso del realizador o director. Tenemos así otra modalidad de obra audiovisual.

21. También está el caso de los mensajes publicitarios creados para el cine o la televisión expresados por medio de imágenes en movimiento y que contienen di-



versas aportaciones creativas: escenografía, coreografía, diálogos, música y dirección.

22. Conforme a los principios a anotados, la expresión tradicional de “*obras cinematográficas, a las cuales se asimilan las obras expresadas por procedimiento análogo a la cinematografía*” (Convenio de Berna, art. 2,1), no obstante su sentido meramente ejemplificativo, puede ser sustituida con mejor tecnicismo por la más breve y omnicomprendensiva de “*obra audiovisual*”, al estilo de muchas leyes recientes (Brasil, Ecuador, El Salvador, España, Francia, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Venezuela) y de la Decisión 351 de la Comunidad Andina.

### III LA AUTORÍA

23. La obra audiovisual es generalmente el resultado del concurso de varios aportes (v.gr.: el argumento, los diálogos, la música compuesta para la obra) que se conjugan en una secuencia de imágenes fruto de la creatividad de un director.

24. Se trata, pues, de una obra generalmente en colaboración (donde los aportes pueden ser separados), o una obra “*plural*”<sup>9</sup> en la cual se atribuye la autoría, al menos en el sistema latino o continental, a las personas físicas que realizan la creación intelectual.

25. Sin embargo, no todas las contribuciones tienen el carácter de “*obra*”, pues algunas de ellas se ubican en el marco de los derechos conexos, tal el caso de los actores, mientras que otras son participaciones esencialmente técnicas, sin una verdadera aportación creativa y original, por ejemplo, las de asistentes, sonidistas, utileros y maquilladores.

26. También como una afirmación de carácter general, varias de esas participaciones sí constituyen, evidentemente, una aportación creadora: la del autor del argumento, la del compositor de la música y la del director.

27. Para la determinación de la autoría, las legislaciones han seguido alguna de las opciones siguientes:

- a. Establecer una lista cerrada acerca de quiénes son los coautores de la obra cinematográfica (Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, España, Honduras,

---

<sup>9</sup> V.: DELGADO PORRAS, Antonio: “*La protección de las obras audiovisuales. La autoría y la titularidad en el sistema jurídico latino o continental*”. Ob. Cit. p. 480.

México, Nicaragua), sistema de “*numerus clausus*” que, al menos en la letra de la ley, no admite la coautoría de ningún otro participante distinto de los mencionados en la norma<sup>10</sup>.

- b. Constituir una presunción *iuris tantum* acerca de quiénes son los coautores de la obra audiovisual (Ecuador, El Salvador, Chile, Francia, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Venezuela), pero se admite el reconocimiento de otros creadores, de acuerdo a lo que ellos pacten entre sí o en el contrato que celebren con el productor, sistema denominado por Delgado Porrás como del “*numerus apertus matizado*”<sup>11</sup>.

28. La segunda fórmula parece ser la más indicada, porque:

- a. No deja abandonada la atribución de la autoría de la obra audiovisual al principio general por el cual son autores las personas físicas que realizan la creación intelectual, lo que crearía una situación de incertidumbre en cada obra, a resolver caso por caso.
- b. No cierra la lista acerca de quiénes son los creadores de la producción, pues en diversos casos algunos intervinientes que en muchas obras tendrían apenas una participación secundaria, en otras podrían desempeñar un papel fundamental en su realización, por ejemplo, la del coreógrafo en una comedia musical cuya danza constituye un elemento primordial, la del diseñador de los vestidos en la obra ambientada en una determinada época y donde el vestuario es el aporte más creativo, la del creador de efectos especiales en producciones donde la tecnología juega un papel fundamental en la expresión audiovisual o la del autor de los dibujos animados en muchas obras destinadas al público infantil.

29. Pero en ninguno de los dos sistemas existe unanimidad al momento de determinar la autoría (por presunción *iuris et de iure* o *iuris tantum*, según la opción acogida) de la obra audiovisual, aunque muchas de ellas admiten como coautores a:

- a. El autor del argumento.
- b. El autor de la adaptación.
- c. El autor del guión y diálogos.

---

<sup>10</sup> Apunta Delgado Porrás que repugna al sistema continental, tanto el reconocimiento del director-realizador como el autor único de la obra audiovisual, como la determinación de los autores de ella aplicando el sistema de un “*numerus clausus*” (“*La protección de las obras audiovisuales. La autoría y la titularidad en el sistema jurídico latino o continental*”. Ob. Cit. p. 480).

<sup>11</sup> V.: DELGADO PORRAS, Antonio: “*La Obra audiovisual. Planteamiento general*”. Ob. Cit. pp. 737.

- d. El autor de la música especialmente compuesta para la obra.
- e. El dibujante, en caso de diseños animados.

30. Aunque la enumeración anterior es simplemente indicativa (pues siempre deberá acudirse al texto de la ley específica que se invoca para la protección), es de hacer notar que también existen otras fórmulas, por ejemplo:

- a. Conferir una coautoría al productor de la obra (Argentina, Costa Rica), a pesar de ser éste, en la mayoría de los casos, una persona jurídica.
- b. Atribuir una autoría única en cabeza del director sobre la obra en su conjunto (Guatemala).

31. Pero además de los autores originarios, debe determinarse la situación de los creadores de aportes preexistentes (v.gr.: la novela adaptada a la obra audiovisual, la música previamente compuesta y que se sincroniza a la banda sonora), ya que debe partirse del principio por el cual el autor tiene el derecho exclusivo de hacer o autorizar las traducciones, así como las adaptaciones, arreglos y otras transformaciones de su obra y el también derecho exclusivo de autorizar o no su reproducción, distribución y comunicación pública.

32. En ese sentido, varias legislaciones disponen que si la obra audiovisual ha sido tomada de una preexistente, todavía protegida, el autor de la obra originaria queda equiparado a los autores de la obra nueva (El Salvador, Panamá, Paraguay, Perú, Venezuela), lo que en todo caso implica siempre la previa autorización de los autores de las obras primigenias para su incorporación a la producción audiovisual.

## IV

### LA TITULARIDAD DE LOS DERECHOS Y EL PRODUCTOR

33. Ya se ha estudiado la tendencia legislativa preponderante en los países de tradición jurídica latina para reconocer la autoría sólo a las personas físicas que crean la obra, quienes, en consecuencia, detentan igualmente la titularidad originaria de los derechos sobre la misma.

34. Y también ha sido explicado que en los países del mismo sistema los derechos de orden moral son inalienables e irrenunciables, de manera que permanecen en cabeza de los autores –personas naturales–, aunque hayan transmitido, por acto entre vivos, los atributos de carácter patrimonial.



35. Pero las innovaciones tecnológicas y la complejidad en la realización de las obras audiovisuales, hizo nacer al lado del llamado “*cine puro*” o “*cine de autor*” (aquel en que el papel fundamental lo tiene el director y, eventualmente, el argumentista), el denominado “*cine de producción*”, que requiere, además del elemento creativo, toda una complicada organización administrativa y un elevado soporte financiero, sin cuya existencia la realización de la obra sería imposible.

36. Surgió entonces el productor, es decir, la persona natural o jurídica que tiene la iniciativa, la coordinación y la responsabilidad en la producción de la obra.

37. Por ello, con el cine a gran escala nacieron también los grandes productores, con instalaciones y estudios propios, y con una planta permanente de autores, artistas y técnicos que los obliga a financiar un sinnúmero de películas por año, para mantener activa toda esa infraestructura.

38. Al lado de esas poderosas productoras han sobrevivido los “*productores independientes*”, algunos con filmes de una gran calidad, pero insuficientes para satisfacer las necesidades del mercado.

39. Así, las diversas formas de expresión creativa a través de la imagen y el sonido, los modernos recursos tecnológicos y la actividad económica necesaria para su desarrollo, permiten afirmar que en el mundo actual la producción audiovisual es arte, es espectáculo, es técnica y es industria.

40. Sin embargo, la tradición latina, que se funda en el principio de la creatividad, atributo exclusivo del ser humano –lo que no es, generalmente, el productor–, afirma que la aprobación del argumento y la elección de los colaboradores (además del financiamiento de la obra), si bien constituyen una actividad técnico-empresarial que precisa no solamente de dinero, sino también de inteligencia, gusto y hasta un cierto sentido artístico, no son por ello actos de creación, de manera que el productor –persona física o moral–, no es autor ni coautor de la obra, aunque sea titular (limitado o ilimitado) de los derechos de explotación sobre la misma, como se estudiará posteriormente.

41. A esos efectos se presume usualmente que es productor de la obra audiovisual, salvo pacto en contrario, la persona natural o jurídica que aparece indicada como tal en la obra de la manera usual (Convenio de Berna, art. 15,2), como ocurre generalmente en las obras cinematográficas donde se hace figurar el nombre del productor, en una de las secuencias del filme (o en los envoltorios de los soportes videográficos de la obra), al lado del símbolo © y del año de la primera publicación o en alguna otra forma.

## V

### LA TITULARIDAD Y EL EJERCICIO DEL DERECHO MORAL

42. Partiendo del principio por el cual los autores son los titulares originarios del derecho y que, no obstante cualquier cesión del derecho patrimonial, el derecho moral es inalienable e irrenunciable, algunas leyes han establecido reglas especiales a los efectos de su ejercicio (Bolivia, Brasil, Colombia, El Salvador, Honduras, México, Panamá, República Dominicana, Venezuela).

43. Con las variantes entre unos y otros textos, la tendencia es a establecer que, al menos salvo pacto en contrario entre los coautores:

- a. El director o realizador ostenta la titularidad o el ejercicio (según la opción elegida por cada legislador) del derecho moral sobre la obra audiovisual en su conjunto, vale decir, sobre la creación en colaboración resultante de las diversas aportaciones.
- b. Esa atribución al director o realizador, no impide el ejercicio del derecho moral por parte de cada uno de los coautores, en relación con sus respectivas contribuciones (v.gr.: el argumento, el guión, la música).
- c. Tampoco el ejercicio del derecho moral en cabeza del director o realizador, le impide al productor, en la medida en que lo permita la ley respectiva, la defensa del mismo, al menos en cuanto sea necesario para la explotación de la obra.

44. 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, se proyectan o transmiten versiones digitalizadas de filmes originalmente realizados en blanco y negro.

45. 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 ejercicio de los derechos morales sobre la misma, especialmente en cuanto a la integridad de la creación<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> 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

## VI

### LA TITULARIDAD DEL DERECHO PATRIMONIAL

46. El productor de la obra audiovisual, como se ha dicho, no es un autor o coautor de la obra, ni un titular originario de los derechos sobre ella (al menos en la tendencia más generalizada de la tradición continental), salvo que, siendo una persona natural, realice una aportación creativa, por ejemplo, que además de su actividad técnico-empresarial, escriba el argumento, el guión o los diálogos, componga la música o dirija el filme.

47. Por el contrario, es posible en el sistema “angloamericano” que mediante una *fictionis iuris* se considere “autor” de la obra cinematográfica al productor, aunque se trate de una persona jurídica.

48. En todo caso, dado el rol preponderante que tiene el productor en lo que hace a la realización y al financiamiento de la obra, es necesario establecer un régimen que le permita la titularidad derivada (total o parcial) de los derechos de explotación, como es la constante mayormente adoptada en las legislaciones latinoamericanas.

49. En ese sentido, buena parte de las leyes de la región presumen, salvo prueba en contrario, que los autores de la obra audiovisual han cedido al productor, en forma exclusiva y por toda su duración, todos los derechos patrimoniales sobre la obra (Bolivia, Colombia, El Salvador, Guatemala, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Venezuela) u otra fórmula similar (Uruguay).

50. Sin embargo, esas variantes tienen sus propios matices, por ejemplo, que:

- a. La presunción se extienda también a la autorización de los autores para que el productor proceda a la divulgación de la obra, lo que no constituye una cesión en su favor del derecho moral de divulgación, que es inalienable e irrenunciable, sino una presunción de que los autores, en ejercicio de ese derecho, lo han autorizado a dar a conocer la producción al público. Ningún productor invertiría sumas millonarias en una obra cinematográfica si después debiera mantenerla inédita por impedimento de los autores.

---

derechos sobre la versión colorizada. El tema ha sido motivo de muchos comentarios doctrinales (v.gr.: 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; LIPSZYC, Delia: “Posibles conflictos de interpretación de normas, visto desde la posición continental”. Ob. Cit. pp. 959-961; MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual: “El daño moral contractual en la Ley de Propiedad Intelectual”. Ed. Tecnos. Madrid, 1996, pp. 122-124; 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).

- b. De allí el sentido del artículo 14 *bis* 2,b) del Convenio de Berna, por el cual en los países de la Unión donde la legislación reconoce a los autores de las contribuciones aportadas a la producción como titulares de la obra, una vez que se han comprometido a aportar tales contribuciones, no pueden, salvo estipulación en contrario o particular, oponerse a la reproducción, distribución, representación y ejecución pública, transmisión por hilo al público, radiodifusión, comunicación al público, subtítulo y doblaje de los textos, de la obra cinematográfica.
- c. Como la cesión comprende todos y cada uno de los derechos patrimoniales (salvo excepción legal o pacto en contrario), quedan incluidos en ella los de transformación, doblaje y subtítulo, todo ello sin perjuicio de la obligación de respetar los derechos morales de los autores a la integridad de sus contribuciones.
- d. Siendo una presunción *iuris tantum*, el contrato celebrado entre los coautores y el productor puede establecer un régimen diferente, por ejemplo, un plazo menor en el tiempo de la cesión de los derechos o una participación económica por la exhibición del filme o por su comercialización a través de otros soportes distintos al originario (v.gr.: del celuloide al videograma o al disco digital).
- e. Se permite al productor el uso de una aportación inconclusa, si uno de los coautores se niega a terminar su contribución o se encuentra impedido de hacerlo por fuerza mayor, caso en que no puede oponerse a que se utilice la parte ya realizada 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 ello se deriven.
- f. No obstante lo ilimitado de la cesión en favor del productor, queda reservado el derecho de cada uno de los autores a disponer libremente de la parte de la obra audiovisual que constituya su creación personal, cuando se trate de un aporte divisible, para explotarlo en un género diferente, siempre que no perjudique con ello la explotación de la obra común, lo que es usual, por ejemplo, cuando el escritor publica en forma de libro una versión novelada del argumento o el compositor autoriza la grabación sonora de la música del filme.
- g. Se trata también en este caso de una presunción *iuris tantum*, de modo que nada impide estipular otras condiciones en el contrato que celebren los autores y el productor de la obra.
- h. Algunas leyes exceptúan de la presunción de cesión a favor del productor la de los derechos patrimoniales sobre las composiciones musicales incorporadas a la obra (Honduras, México, Nicaragua), o establecen que las empresas

cinematográficas deben mantener a disposición de los interesados, copia auténtica de los contratos, convenios o acuerdos, individuales o colectivos, autorizando y disciplinando la remuneración por ejecución pública de las obras musicales y fonogramas contenidos en sus obras audiovisuales (Brasil).

- i. Se presume, en varias de las leyes indicadas y salvo pacto en contrario, que el productor está facultado para ejercer la defensa de los derechos morales sobre la obra audiovisual, lo que tampoco constituye una cesión del derecho moral, sino una presunción de autorización para que pueda ejercerlos, en fórmula que admite en doctrina tanto adeptos como adversarios, como se explicó en la unidad 3 del módulo II de este curso.
- j. Esa defensa del derecho moral por el productor no perjudica la facultad que tiene el director o realizador para ejercerlo sobre la obra audiovisual en su conjunto, o la que corresponde a los autores para su ejercicio sobre sus respectivas contribuciones.

51. En otra variante, algunas legislaciones confieren al productor el ejercicio pleno y exclusivo de los derechos patrimoniales (Costa Rica), lo que se asemeja más a una titularidad del derecho de explotación por efecto de la ley que a una presunción *iuris tantum* de cesión de tales derechos por parte de los autores al productor.

52. En posición parecida a la anterior, ciertos textos atribuyen “*el derecho de autor*” al productor audiovisual (Ecuador, Cuba, Chile), pero tomando en cuenta que los derechos morales son inalienables e irrenunciables en esos mismos ordenamientos, la titularidad por efecto de la ley debe interpretarse como referida exclusivamente a los de orden patrimonial.

53. Todas las fórmulas anteriores son compatibles con el artículo 14*bis* 2 a) del Convenio de Berna, por el cual la determinación de los titulares del derecho de autor sobre la obra cinematográfica queda reservada a la legislación del país en que la protección se reclame.

## VII

### LAS PRODUCCIONES “MULTIMEDIA”

54. Si en el lenguaje informático se denomina “*media*” a las diferentes familias de archivo que pueden utilizarse en un sistema<sup>13</sup>, el prefijo “*multi*” implica entonces por lo menos dos distintos elementos que se integran en él.

---

<sup>13</sup> MILLÉ, Antonio: “*Status jurídico de las ‘obras multimedia’ y de las ‘bases de datos’*”, cit. ENCA-



55. Pero la singularidad de estas producciones no está en que su contenido se exprese en forma digitalizada (ya que esa combinación se ha dado ya en los discos compactos) o en que se incluyan allí combinaciones de diversas obras (lo que antes de la tecnología digital, ya se producía en las obras cinematográficas), sino en la “interactividad” entre el usuario y esos elementos mediante el uso de un “software” o programa de computación.

56. Por ello, la definición de producción “multimedia” implica necesariamente la “interactividad”, pues alude a un sistema que permite reunir en un solo soporte digital y en un único lenguaje de signos de expresión, textos, sonidos e imágenes fijas o en movimiento, donde el usuario puede interactuar “navegando” a través de dichos elementos.

57. O como dice Delgado Porras, la producción “multimedia” es:

*“... todo soporte en el que hayan sido almacenados en lenguaje digital y en número no inferior a dos de diversos géneros, textos, sonidos, imágenes fijas o en movimiento que pueden constituir la expresión de obras literarias, musicales, visuales (de las artes plásticas y fotográficas) y audiovisuales preexistentes o creadas para su explotación a partir de tales soportes, cuya estructura y acceso están gobernados por un programa de ordenador que permite la interactividad de dichos elementos”<sup>14</sup>.*

58. Así, señala Millé, ideas y expresiones que anteriormente tuvieron una base diferente, se registran hoy en soportes de una única clase, mediante un único sistema de signos expresivos. Hasta ahora, la obra pictórica se expresaba mediante el trazo del pintor y quedaba registrada en el lienzo; la musical, se manifestaba a través de la anotación del compositor y quedaba en el pentagrama; la literaria, mediante una sucesión de frases y quedaba en el texto: con la digitalización, todas estas obras comparten un único medio de soporte y un solo lenguaje de signos de expresión<sup>15</sup>.

59. Este sistema puede operar con la incorporación de obras ya creadas con anterioridad, por ejemplo, imágenes fijas (fotografías, pinturas, esculturas) o en

---

BO VERA, Miguel Ángel: “Las obras multimedia”, en “Nuevas tecnologías y Propiedad Intelectual”. Ed. Reus. Madrid, 1999. pp. 71-84.

<sup>14</sup> DELGADO PORRAS, Antonio: “Las producciones ‘multimedia’: ¿un nuevo género de obras?”, en el libro-memorias del III Congreso Iberoamericano de 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 I. pp. 257-276.

<sup>15</sup> MILLÉ, Antonio: “El ambiente tecnológico de la sociedad de la información”, en “Derechos Intelectuales”. No. 6. Ed. Astrea. Buenos Aires, 1993. p. 83.

movimiento (obras cinematográficas y otras fijaciones audiovisuales), en 2 y 3 dimensiones; expresiones gráficas (textos, signos, palabras); y sonidos (obras musicales, recitaciones, efectos sonoros), lo que tiene especial significación en el marco de los derechos de adaptación, arreglo, traducción y transformación.

60. La utilización de obras primigenias en “*multimedia*” puede en algunos casos incidir en el derecho moral de integridad, si la interactividad permite, por ejemplo, “*capturar*” a uno de los personajes del filme para salvarlo del final trágico previsto en la película original, y esa posibilidad de “*adaptación*” ofrecida al usuario no ha sido autorizada por el titular del derecho sobre la obra, desvirtuando el concepto y la expresión originarias; o si una imagen fija preexistente (v.gr.: una fotografía), es puesta en movimiento, creando efectos no deseados por el autor de la fotografía así incorporada.

61. Tales adaptaciones y transformaciones serán lícitas en la medida en que hayan sido autorizadas por el autor, con fundamento en su derecho patrimonial de modificación. Por ello, buena parte de las controversias, en torno al derecho moral, se centrarán en aquellos casos en que la incorporación o transformación de las obras preexistentes en la presentación “*multimedia*” se realicen sin el consentimiento del autor.

62. Así como existen “*multimedia*” totalmente ayunas de creatividad o se limitan al mero almacenamiento de obras ya creadas (en cuyo caso habrá simplemente un soporte digital sin creatividad, ni en la forma de expresión ni en la composición de los elementos, es decir, una “*producción*”, pero no una “*obra multimedia*”), también algunas son “*obras*”, en el sentido del derecho de autor, es decir, con características de originalidad, sea con la incorporación autorizada de obras preexistentes en forma tal que reúna el requisito de la individualidad como requisito existencial para que pueda considerarse una creación protegida (en cuyo caso se estará en presencia de una obra derivada), o bien si el “*multimedia*” es una obra originaria, porque todos los elementos incorporados son primigenios, presentados e integrados en un conjunto resultante con esa originalidad.

63. Por ello Delgado Porras ensaya una definición de “*obra multimedia*” (para distinguirla de la simple “*producción multimedia*”), como “*la que fue concebida como una creación unitaria, es expresada mediante la reunión y fijación, en un medio digital, de elementos textuales, sonoros, de imágenes fijas o animadas, entre otros, pertenecientes, al menos, a dos de dichos géneros –cuyos elementos pueden constituir la expresión de obras o de prestaciones objeto de derechos conexos-, y de una propuesta de uso interactivo de dichos elementos ejecutable por un programa de ordenador*”<sup>16</sup>.

<sup>16</sup> V.: DELGADO PORRAS, Antonio: “*Las producciones ‘multimedia’: ¿un nuevo género de obras?*”. Ob. Cit. p. 265.

64. A su vez, una “*obra multimedia*” puede ser individual, si es producida por una persona que domina todos los géneros incorporados a la producción o, lo que es más frecuente, una obra en colaboración, para cuya elaboración intervienen varios coautores.

65. La discusión doctrinaria se centra en determinar si lo protegido es el “*software*” que permite la presentación; si se trata de una base de datos tutelada como tal compilación (siempre que por la selección o disposición de las materias compiladas haya una creación personal); o si es una obra audiovisual<sup>17</sup>.

66. Aunque el programa de computación goza de protección por sí mismo, el asunto de la ubicación de la tutela de la obra “*multimedia*”, queda librado en la mayoría de los países a la interpretación jurisprudencial, de acuerdo a las características de la producción en concreto, aunque una ley nacional (Perú), señala que las disposiciones relativas a las obras audiovisuales son de aplicación, en lo pertinente, a las obras que incorporan electrónicamente imágenes en movimiento, con o sin texto o sonido<sup>18</sup>.

67. En todo caso, no se trata de un simple ejercicio teórico, ya que la ubicación de la “*obra multimedia*” en uno o en otro género (obra audiovisual o base de datos) puede tener importantes relevancias prácticas cuando la ley aplicable contiene un régimen especial en cuanto a la autoría o la titularidad de los derechos en relación con las obras audiovisuales o las bases o compilaciones de datos, o para las obras en colaboración y las obras colectivas, según corresponda al caso concreto.

## VIII

### LAS OBRAS RADIOFÓNICAS

68. Algunas legislaciones nacionales (España, Francia, Panamá, Paraguay, Venezuela), incorporan en el ámbito de la protección a las llamadas “*obras radiofónicas*”, definidas como las especialmente producidas para su transmisión por radio o televisión.

69. Pero no es lo mismo “*obra radiofónica*” que “*obra radiodifundida*”, ya que la primera expresión alude a la creación realizada especialmente para su trans-

---

<sup>17</sup> Sobre la polémica, v.: DELGADO PORRAS, Antonio: “*Las producciones ‘multimedia’: ¿un nuevo género de obras?*”. Ob. Cit. y ENCABO VERA, Miguel Ángel: “*Las obras multimedia*”, en “*Nuevas tecnologías y Propiedad Intelectual*”. Ob. Cit.

<sup>18</sup> La asimilación de las “*producciones multimedia*” a las “*obras audiovisuales*” fue la opción recomendada por el “*Green Paper*” estadounidense sobre la Infraestructura Nacional de la Información (V.: “*Intellectual Property and the National Information Infrastructure*” (primera entrega), en *Derecho de la Alta Tecnología* (DAT). Año VII. No. 76/77. Buenos Aires, 1995. p. 33.

misión por radio o televisión, como son los casos de las radionovelas, o los editoriales que se redactan para su lectura en los noticieros radiales o televisivos. Por el contrario, “obra radiodifundida” es toda aquella que se transmite por radio o televisión, aunque no haya sido creada especialmente para ese fin y, por tanto, es una creación preexistente, cuya autoría y titularidad originaria corresponde a quien la ha realizado, salvo disposición legal en contrario o, en su caso, alguna transferencia de derechos mediante cesión o por causa de muerte.

70. En algunas de esas leyes (Panamá, Paraguay, Venezuela), se ordena aplicar a esta categoría, *mutatis mutandi*, las disposiciones correspondientes a las obras audiovisuales.

71. Por el contrario, Colombet, comentando a la ley francesa, ha señalado que el dispositivo contemplado en ella para las obras audiovisuales no ha sido declarado aplicable a las radiofónicas, de manera que el productor de esta última no puede beneficiarse con una presunción de cesión (como la que existe a favor del productor audiovisual), pues debe ser expresa<sup>19</sup>.

72. A falta de esa previsión legislativa y cuando la obra radiofónica no puede calificarse como audiovisual (como es el caso de las radionovelas o los reportajes creados para su radiodifusión sonora), rigen las normas generales acerca de la autoría y la titularidad o, en su caso, las especiales relativas a las creadas obras por encargo o bajo relación de trabajo, según corresponda, salvo cuando la ley admita pacto en contrario.

73. La prudencia aconseja que la titularidad de los derechos en las obras radiofónicas sea objeto de claras reglas contractuales entre el radiodifusor y las personas que crean a su servicio o por su encargo.

---

<sup>19</sup> Cit. LIPSYC, Delia: “Derecho de Autor y Derechos Conexos”. Ob. Cit. p. 92.



Módulo

III

*Disposiciones  
especiales  
para ciertas  
obras*

## UNIDAD 3

### DISPOSICIONES ESPECIALES SOBRE LOS PROGRAMAS DE COMPUTACION

(“*Software*”, programas de ordenador, programas de computadoras, programas de computación, computacionales o de cómputo)

Denominación – Concepto – Objeto - La protección jurídica de los programas de computadoras y la evolución de las ideas - La protección del “*software*” por el derecho de autor y su ubicación entre las obras protegidas - “*Software*”: legislación, jurisprudencia y doctrina – La autoría y la titularidad de los derechos patrimoniales – Los derechos morales - Límites a los derechos de explotación sobre los programas de ordenador - Los contratos de licencias.



# I

## DENOMINACIÓN

1. Para evitar un anglicismo se le ha buscado al “*software*” un sinónimo en castellano, pero la adopción no ha sido unánime pues se le llama “*programa de ordenador*” (Ecuador, El Salvador, España, Honduras, Panamá, Paraguay, Perú, Decisión 351 de la Comunidad Andina), “*programa computacional*” (Chile), “*programa de cómputo*” (México, Costa Rica, Nicaragua), “*programa de computadora*” (Honduras, República Dominicana) o “*programa de computación*” (Argentina, Venezuela), a veces usando en forma indistinta varios de esos términos, inclusive el de “*sopORTE lógico*” (Bolivia), por ejemplo.

# II

## CONCEPTO

2. Las mayoría de las leyes latinoamericanas de reciente promulgación, con algunas variantes de forma, definen al “*software*” como la:

*“... expresión de un conjunto de instrucciones mediante palabras, códigos, planes o en cualquier otra forma que, al ser incorporadas en un dispositivo de lectura automatizada, es capaz de hacer que un ordenador -un aparato electrónico o similar capaz de elaborar informaciones-, ejecute una tarea u obtenga un resultado. La protección del programa de ordenador comprende también la documentación técnica y los manuales de uso”.*

3. De acuerdo a ese concepto, lo protegido no son las instrucciones en sí mismas (ya que no son objeto de protección por el derecho de autor las ideas, los procedimientos, métodos o conceptos matemáticos en sí), sino la forma de expresión de esas instrucciones, es decir, “*el ropaje con que la idea se viste*”.

4. Se estima que la noción de “*software*” no sólo alcanza al programa mismo, sino también a su descripción o documentación técnica (que comprende una representación de las instrucciones, suficiente para determinar las operaciones que constituyen el programa) y a los documentos auxiliares o manuales de uso.

5. De allí que al hablar de “*programa de computación*” o de “*computadora*” deba entenderse que incluye a la expresión de la secuencia de instrucciones, a la descripción técnica y a la documentación auxiliar, como lo disponen varias legislaciones (Ecuador, España, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Venezuela) y la Decisión 351 de la Comunidad Andina.



6. Por supuesto que a la misma conclusión se llega a la luz de cualquier ordenamiento que, según es unánime en el Derecho Comparado, indique entre las obras protegidas a las expresadas por escrito, que es el caso de tales documentos técnicos.

7. El programa de ordenador, como las demás obras, debe tener originalidad, en el sentido de individualidad, pues como lo señaló la Casación francesa, en sentencia del 7-3-86, los programas protegidos deben alcanzar cierto nivel de creación personal, más allá de la aplicación de la simple lógica del programa, pues no es suficiente que el creador haga ciertas elecciones o utilice únicamente técnicas de programación corriente<sup>1</sup>.

8. El programa, por ser entonces el resultado de un proceso creativo, adquiere en su forma de expresión elementos de originalidad, que lo diferencian de cualquier otro diseñado con anterioridad (salvo el caso de plagio), así ambos se dirijan a cumplir la misma función u obtener igual resultado.

9. Incluso en los “*software standard*”, destinados a un sinnúmero de usuarios y que como regla general se destinan a similar finalidad (v. gr.: procesadores de textos, programas de contabilidad, hojas de cálculo, etc.), cada uno de ellos tiene su propia individualidad, por ejemplo, en la velocidad de respuesta, aprovechamiento de la memoria, “*amigabilidad*” con el usuario, cumplimiento de tareas colaterales, eficacia en el desempeño de las funciones, modalidades de comandos, etc.

10. Así, el Tribunal de París, en sentencia del 2-11-82, dijo:

*“La elaboración de un programa de computador es una obra del espíritu original en su composición y su expresión más allá de una simple lógica automática y compulsiva; en efecto, los analistas-programadores han escogido como los traductores de obras, entre diversos modos de representación y expresión, y su escogencia lleva la marca de su personalidad”<sup>2</sup>.*

11. Sin embargo, como también ocurre con cualquier otro bien inmaterial que aspire a ser “*obra*”, un programa de ordenador que carezca totalmente de elementos creativos no goza de la tutela en el marco de los derechos intelectuales.

12. La Casación francesa, en sentencia del 7-3-86, juzgó que los programas protegidos debían alcanzar cierto nivel de creación personal, más allá de la aplica-

<sup>1</sup> Cit. BLOMQUIST, Jorgen: “El derecho de autor y la protección de los programas para ordenadores”, en *Revue Internationale du Droit D’Auteur (RIDA)*. No. 151. París, enero de 1992. p. 28; y CORBET, Jan: “¿Lleva el desarrollo técnico a un cambio de la noción de autor?”, en *Revue Internationale du Droit D’Auteur (RIDA)*. No. 148. París, abril de 1991. p. 76.

<sup>2</sup> Cit. PACHON MUÑOZ, Manuel: “Manual de derechos de autor”. Ed. Temis. Bogotá, 1988. p. 37.

ción de la simple lógica del programa, pues no era suficiente que el creador hiciera ciertas elecciones o utilizara sólo técnicas de programación corriente<sup>3</sup>.

13. En todo caso –ya se ha señalado otras veces–, la originalidad de la obra se presume y quien la niegue debe probarla<sup>4</sup>.

### III OBJETO

14. El programa de computación es una obra compleja, en el sentido de que forman parte de él diversos elementos creativos, algunos captados directamente por el hombre (“*elementos ostensibles*”) y que constituyen la “*interfase de usuario*”, y otros que conforman “*elementos ocultos*” (estructura interna del programa), no legibles por el ser humano.

15. Ribas define al “*programa fuente*” (o “*código fuente*”) como la expresión final del conjunto de ideas desarrolladas durante el proceso de análisis y que está escrito en un lenguaje de alto nivel, comprensible por el ser humano pero no por el ordenador, siendo el núcleo formal del programa y la primera expresión independiente del proceso de creación merecedor de protección<sup>5</sup>.

16. Con el proceso de compilación, el programa fuente se convierte en un código incomprendible para el ser humano, formado por impulsos electromagnéticos que sólo el computador puede entender, de manera que el código objeto es como una traducción del código fuente y, por tanto, también objeto de protección<sup>6</sup>.

17. Siendo los “*elementos ocultos*” parte de la expresión creativa, son susceptibles de plagio, cuando el usurpador “*maquilla*” la presentación externa del programa (generalmente en la forma como se presenta en la pantalla), pero copia la estructura interna de la obra (programa fuente); o a la inversa, es decir, desarrolla su propio “*código-fuente*”, pero con el ánimo de confundir al público y competir deslealmente con el titular de los derechos sobre el “*software*” que desea defraudar, imita los elementos que conforman la “*interfase de usuario*” del programa origina-

---

<sup>3</sup> Cit. BLOMQUIST, Jorgen: “*El derecho de autor y la protección de los programas para ordenadores*”, en *Revue Internationale du Droit D’Auteur (RIDA)*. No. 151. París, enero de 1992. p. 28; y CORBET, Jan: *Ob. Cit.* p. 76.

<sup>4</sup> V.: SATANOWSKY, Isidro: “*Derechos Intelectuales*”. *Ob. Cit.* Tomo I. p. 470.

<sup>5</sup> V.: Ribas, Javier: “*La protección de los programas de ordenador. Planteamiento – Visión General*”, en el I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual. Ed. Ministerio de Cultura. Madrid, 1991. Tomo I. p. 139.

<sup>6</sup> *Idem.* p. 140.

rio o, incluso, sustituye por el suyo el nombre o las demás indicaciones colocadas por el titular en el programa legítimo.

18. La función final que utiliza el usuario del “*software*” es el programa aplicativo (el procesador de textos, la hoja de cálculo, el programa de diseño gráfico, etc.), pero éste requiere de un “*software*” preexistente, llamado programa o sistema operativo, que constituye el “*ambiente*” bajo el cual opera el programa de aplicación.

19. Para evitar confusiones en el intérprete de la ley, así como sentencias que, por ejemplo, descartaran el plagio cuando lo usurpado es el “*elemento oculto*” del programa o desecharan la tutela del sistema operativo, resulta conveniente aclarar expresamente que la protección se extiende tanto al programa fuente como al programa objeto (ADPIC, art. 10,1), a “*cualquiera que sea su modo o forma de expresión*” (TODA, art. 4), u otra expresión equivalente de las usadas por varias leyes nacionales (Argentina, Ecuador, España, Guatemala, México, Nicaragua, Paraguay, Perú, República Dominicana, así como Panamá y Venezuela por vía reglamentaria) y por la Decisión 351 de la Comunidad Andina.

20. Por el contrario, dado que el derecho de autor no protege las ideas, los métodos, los sistemas o los procedimientos en sí mismos, se afirma que no queda protegido el algoritmo, aunque eventualmente pueda considerarse el elemento creativo más importante en la elaboración de un programa<sup>7</sup>.

## IV

### LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS PROGRAMAS DE COMPUTADORAS Y LA EVOLUCIÓN DE LAS IDEAS

21. A pesar de que al independizarse la secuencia de instrucciones (“*software*”) de la máquina (“*hardware*”) y que permite a ésta cumplir una función o tarea, el programa adquirió el *status* de bien intelectual autónomo y se advirtió la presencia de una nueva creación humana merecedora de tutela, pero el camino recorrido en el tiempo para ubicar el marco apropiado para esa protección estuvo lleno de altibajos y vacilaciones<sup>8</sup>.

22. Aunque hoy resulte anecdótico, es de recordar la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Turín (25-5-82), que ante la reclamación por parte

---

<sup>7</sup> Así aparece en las cuestiones examinadas en los comités de expertos sobre un Protocolo al Convenio de Berna (aprobado luego como Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor). V.: Publicación OMPI BCP/CE/III/2-II. Ginebra, 1993.

<sup>8</sup> Sobre el tema, v.: ANTEQUERA PARILLI, Ricardo: “*Derecho de Autor*”. Ob. Cit. Tomo I. pp. 279-319.

del productor por actos de piratería que se cometían sobre sus “*video-juegos*”, éstos fueron calificados por el Juzgador como “*menudencias inventadas para salvar del aburrimiento a gente desocupada*” (rechazando así la demanda), así como la emitida por el Tribunal de la Apelación, que al revocar dicha sentencia consideró al “*video-juego*” una “*obra audiovisual*”<sup>9</sup>, lo que no resolvía la cuestión porque se limitaba a proteger las imágenes en movimiento expresadas en la pantalla, no incluía en la tutela al “*código-fuente*”, olvidaba que muchos “*software*” no son video-juegos (ni expresan imágenes en movimiento) e ignoraba la existencia de la documentación técnica y de los manuales de uso.

23. También en esa etapa el Tribunal de Primera Instancia de París, aunque admitió la protección del programa de ordenador, consideró que no era una obra literaria o artística, aunque ubicaba la tutela en el marco del derecho de autor<sup>10</sup>.

24. Al mismo tiempo, las oficinas nacionales competentes en materia de patentes rechazaban el carácter de invención de los programas de computación, como lo hizo la estadounidense en decisión de 1964, en posición que fue recogida por el Convenio de Munich sobre la Patente Europea (1973) y las decisiones del Acuerdo de Cartagena (311, 313, 344 y la vigente 486) estas últimas vinculantes en materia de propiedad industrial para todos los países de la Comunidad Andina, aunque hoy se admita, en algunos casos, la patentabilidad del *software*<sup>11</sup>.

25. La incertidumbre continuó al plantearse entonces la posibilidad de proteger a los programas de computadoras por un derecho *sui generis*, a cuyos efectos un Comité de Expertos de la OMPI elaboró un proyecto de disposiciones tipo para la protección del soporte lógico, cuyo contenido se asemejaba bastante a las disposiciones contenidas en las leyes autorales para las obras literarias y artísticas (y sin excluir la posibilidad de que los legisladores adoptaran esa protección *sui generis* a través de sus leyes de derecho de autor), proyecto que no dio resultados, no solamente por las similitudes entre esa tutela particular y la protección autoral lo que contribuía a una dispersión legislativa, sino además porque nada impedía (como también sucede, por ejemplo, con las obras audiovisuales), que las leyes sobre dere-

<sup>9</sup> Cit. ROSELLO, Carlos: “*Orientaciones de la jurisprudencia italiana en materia de tutela de software*”, en *Derecho de la Alta Tecnología (DAT)*. Año I. No. 7. Buenos Aires, marzo de 1989. p. 9.

<sup>10</sup> Cit. VILLALBA, Carlos: “*Los programas de computación y los derechos intelectuales*”, en el libro-memorias del I Congreso Internacional sobre la protección de los Derechos Intelectuales. Caracas, 1986. pp. 129-130.

<sup>11</sup> Aunque en principio el programa de computación no es patentable, puede serlo en algunos casos, por ejemplo, si reúne los requisitos de patentabilidad (novedad, altura inventiva e industriabilidad), se integra de manera inseparable a una máquina patentable (V.: ANTEQUERA PARILLI, Ricardo: “*Derecho de Autor*”. Ob. Cit. Tomo I. pp. 287-288) o la patente se otorga en concurrencia con el “*hardware*”, lo que hace posible una protección acumulada (V.: CASTÁN, Antonio: “*Perspectivas actuales en la protección de los programas de ordenador*”, en “*Nuevas Tecnologías y Propiedad Intelectual*”. Ob. Cit. pp. 119-122).

cho de autor incorporaran algunos dispositivos específicos aplicables únicamente a los programas de ordenador.

26. Al abandono de la protección *sui generis* abonó el hecho de que, al mismo tiempo, se producían las primeras sentencias, resoluciones administrativas y reformas legales que reconocían la protección de los programas de computación por el derecho de autor, como obra del ingenio y considerando el carácter enunciativo del catálogo contenido en el artículo 2,1 del Convenio de Berna.

## V

### LA PROTECCIÓN DEL “SOFTWARE” POR EL DERECHO DE AUTOR Y SU UBICACIÓN ENTRE LAS OBRAS PROTEGIDAS

#### Antecedentes.<sup>12</sup>

27. Es de recordar la resolución de la Oficina del “Copyright” de los Estados Unidos (1964) que, bajo el imperio de la ley de 1909, inscribió un programa de ordenador como “libro”, al considerarlo una “obra escrita” siempre que el “software” tuviera cierto grado de originalidad<sup>13</sup>.

28. A esta decisión administrativa, y a falta de mención expresa del “software” en la enumeración enunciativa de las obras contenida en las leyes nacionales vigentes en la época, se unieron las resoluciones, decretos y acuerdos dictados en otros países (Colombia, México, Perú, Uruguay)<sup>14</sup> y a ellos se agregó la posición de muchas oficinas gubernamentales competentes en derecho de autor para el registro de las obras (Argentina, Costa Rica, Ecuador, Venezuela), que admitieron la inscripción, en ese contexto, de los programas computacionales.

29. Pero el encuadre del “software” en el derecho de autor no tuvo únicamente importantes defensas teóricas<sup>15</sup> (y asimismo algunas adversas<sup>16</sup>), sino también repercusiones prácticas, como las siguientes:

<sup>12</sup> Sobre el tema, v.: ANTEQUERA PARILLI, Ricardo: “Derecho de Autor”. Ob. Cit. Tomo I. pp. 290.

<sup>13</sup> Cit. SCHRADER, Dorothy: “Protección del Software en los Estados Unidos”, en el libro-memorias del VII Congreso Internacional sobre la protección de los Derechos Intelectuales. Santiago de Chile, 1992. pp. 131-132.

<sup>14</sup> Cit. “Derecho de la Alta Tecnología” (DAT). Nos. 8 y 9. Buenos Aires, 1989.

<sup>15</sup> V.: ANTEQUERA PARILLI, Ricardo: “La protección de los programas de computación, con especial referencia a la legislación venezolana”, en “La protección jurídica del software y de las bases de datos”, Ed. Invesoft, Caracas, 1990, y “La protección jurídica de los programas de computación”, en el

- a. No requiere del registro para su protección, la cual queda garantizada, conforme al Convenio de Berna (art. 5,2) sin el cumplimiento de formalidades.
- b. La tutela es inmediata, por el solo hecho de la creación.
- c. La duración, salvo disposición legal expresa en contrario, es la misma que la reconocida a las demás obras del ingenio.
- d. No es necesaria una Convención especial para su tutela internacional.
- e. No es imprescindible la “novedad” ni el “nivel inventivo”, desde su apreciación en el campo de la propiedad industrial, porque la protección por el derecho de autor sólo exige la originalidad en la forma de expresión, por estimar como suficiente que el trabajo intelectual, en razón de la labor espiritual en que se apoya, se destaque de la masa de producciones comunes que son el resultado de la mera rutina<sup>17</sup>, o que no sea, simplemente, una imitación descarada o encubierta de una obra preexistente, característica del plagio.

30. La incorporación del programa de ordenador como objeto del derecho de autor a través de su mención expresa en las leyes sobre esta materia, ha sido la constante en las recientes actualizaciones, como ha ocurrido en América Latina, sea al introducirlo en las leyes internas (Argentina, Bolivia, Brasil, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Venezuela), o en la normativa comunitaria sub-regional, como la Decisión 351 de la Comunidad Andina.

---

libro-memorias del VIII Congreso Internacional sobre la protección de los Derechos Intelectuales. Asunción, 1993; BLOMQUIST, Jorgen: “*El derecho de autor y la protección de los programas para ordenadores*”, Ob. Cit.; CORBET, Jan: “*¿Lleva el desarrollo técnico a un cambio de la noción de autor*”, Ob. Cit.; DELGADO, Antonio: “*La protección del software y de las bases de datos a la luz de las directivas de la Comunidad Económica Europea*”, en el libro-memorias del VII Congreso Internacional sobre la protección de los Derechos Intelectuales. Santiago de Chile, 1992; MILLÉ, Antonio: “*Contratación de programas de computación a medida*”, en “*Derechos Intelectuales*”. Ed. Astrea. No. 2. Buenos Aires, 1987, y “*La protección del software por el derecho de autor. Elementos básicos y normativa latinoamericana*”, en “*La protección jurídica del software y de las bases de datos*”. Ob. Cit.; RODRÍGUEZ, Manuel: “*La protección procesal del software*”, en “*La protección jurídica del software y de las bases de datos*”. Ob. Cit.; ROSELLO, Carlos: “*Orientaciones de la jurisprudencia italiana en materia de tutela del software*”, en Derecho de la Alta Tecnología (DAT). Año I. No. 7. Buenos Aires, marzo de 1989; SCHRADER, Dorothy: “*Protección del Software en los Estados Unidos*”. Ob. Cit.; VILLALBA, Carlos: “*Los programas de computación y los derechos intelectuales*”, Ob. Cit. Caracas, 1986.

<sup>16</sup> V.: FERNÁNDEZ MASÍÁ, Enrique: “*Informática y propiedad intelectual: software, bases de datos y creaciones asistidas por ordenador*”, en “*Los derechos de propiedad intelectual en la nueva sociedad de la información*”. Ed. Comares. Granada, 1998. pp. 2-9.

<sup>17</sup> V.: GOLDSCHMIDT, Roberto: “*La reforma del derecho de autor en Venezuela*”, en “*Nuevos Estudios de Derecho Comparado*”. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Derecho. Caracas, 1962. p. 356.

## El “software” como obra literaria.

31. En muchos foros se afirmó que, a pesar de que las instrucciones que se introducen en el ordenador se expresan a través de un lenguaje, lo más parecido a los programas son las obras científicas (mejor que la literatura de ficción)<sup>18</sup>, y para ello se ha afirmado que el proceso creativo de un programa de computación supone la aplicación de métodos lógicos y elementos matemáticos, propios de la ciencia, razón por la cual el “software” es una obra científica.

32. Pero tal posición no resolvía la verdadera cuestión, ya que las producciones científicas no están protegidas en razón de su contenido, sino de su forma de expresión, razón por la cual se ubicó al “software” entre las obras literarias, en cuanto a estar exteriorizada por escrito a través de uno o varios lenguajes, aunque simultáneamente se le estime, por su contenido, como de naturaleza científica.

33. Si se define como obra literaria a toda creación intelectual de carácter literario, científico, técnico o meramente práctico, expresada mediante un lenguaje determinado, resulta que bajo esa acepción se comprenden un sinnúmero de manifestaciones creativas que utilizan el lenguaje como forma de expresión.

34. Por ello, son obras literarias no sólo las que aspiran a expresar belleza -la novela, el cuento, el verso-, sino también las que tienen un contenido científico (un libro de geografía, química o biología); una finalidad informativa (una compilación de datos); o meramente práctica (un recetario de cocina).

35. Para considerarlo obra literaria, en ese sentido amplio, se argumenta que el “software” se expresa en código fuente y se reproduce a partir del código objeto, en un lenguaje natural, como también así se exteriorizan la documentación técnica y los manuales de uso.

36. Además, el lenguaje de programación, si bien creado artificialmente por el hombre para realizar un tipo de comunicación especializada, tiene una semántica y una sintaxis perfectamente pre-establecidas, al igual que los idiomas naturales.

37. Tales son las razones por las cuales la Directiva Europea del 14-5-91 sobre la protección jurídica de los programas de ordenador<sup>19</sup>, el ADPIC en el marco del Tratado de la OMC, la Decisión 351 de la Comunidad Andina, el Tratado de Libre Comercio para América del Norte (TLC), el Tratado del Grupo de los Tres (G3) y,

---

<sup>18</sup> V.: DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús: “De los programas de ordenador”, en “Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual” (Coordinador: Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano). Ed. Tecnos. Madrid, 1989. Ob. Cit. p. 1327.

<sup>19</sup> V.: “Diario Oficial de las Comunidades Europeas”. No. L-122/42, del 17-5-91.

más recientemente, el nuevo Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA), disponen que los programas de ordenador quedan protegidos “como” o “en los mismos términos” que las obras literarias, de manera que encuentran también su tutela bajo el amparo del Convenio de Berna.

38. La indicación explícita de que los programas de ordenador son protegidos como obras literarias (o en los mismos términos que ellas), se dirige a prevenir que alguna decisión jurisprudencial interprete que, a pesar de su condición de “obra del ingenio”, el “software” no es creación literaria o artística y se concluya entonces que no goza de protección internacional en los términos del Convenio de Berna, sino que es necesaria la aprobación de una convención distinta.

## VI

### “SOFTWARE”: LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA<sup>20</sup>

39. Se ha dicho que la tendencia universal, tanto en las legislaciones como en los tratados internacionales e instrumentos comunitarios, es la de reconocer la protección a los programas de computación en la esfera del derecho de autor, lo que en la actualidad parece un asunto ya resuelto.

40. Entre las leyes nacionales, si bien las primeras reformas legislativas apuntaron solamente a agregar en el catálogo enunciativo de obras protegidas a los programas de computación, las últimas tendencias apuntan a incorporar normas específicas para resolver situaciones particulares relativas a este género de obras, como

---

<sup>20</sup> Para una más amplia información sobre la evolución legislativa, jurisprudencial y administrativa en torno a la protección del “software”, v.: ANTEQUERA PARILLI, Ricardo: “Derecho de Autor”. Ob. Cit.: DELGADO, Antonio: “La protección del software y de las bases de datos a la luz de las directivas de la Comunidad Económica Europea”, en el libro-memorias del VII Congreso Internacional sobre la protección de los Derechos Intelectuales. OMPI. Santiago de Chile, 1992. pp. 161-192; FERNÁNDEZ MASIÁ, Enrique: “Informática y propiedad intelectual: software, bases de datos y creaciones asistidas por ordenador”. Ob. Cit. pp. 2-13; HEREDERO, Manuel: “La regulación jurídica de los programas de ordenador en el derecho español”, en el libro-memorias del I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual. Ministerio de Cultura. Madrid, 1991. Tomo I. pp. 149-162; LIPSZYC, Delia: “Derecho de Autor y Derechos Conexos”. Ob. Cit. pp. 104-111; MILLÉ, Antonio: “El software y los bancos de datos a la luz de la jurisprudencia”, en el libro-memorias del V Congreso Internacional sobre la protección de los Derechos Intelectuales. OMPI. Buenos Aires, 1990. pp. 151-175, y “La protección del software por el derecho de autor. Elementos básicos y normativa latinoamericana”, en “La protección jurídica del software y de las bases de datos”. Ed. Invesoft. Caracas, 1990; SCHRADER, Dorothy: “Protección del software en los Estados Unidos”, en el libro-memorias del VII Congreso Internacional sobre la protección de los Derechos Intelectuales. Ob. Cit. pp. 131-159; VILLALBA, Carlos: “La protección de los programas de computación y de los bancos de datos”, en el libro-memorias del III Congreso Internacional sobre la protección de los Derechos Intelectuales. OMPI. Lima, 1988. pp. 57-90.



también existen en muchos textos nacionales en relación con las obras audiovisuales, las artes plásticas, las obras arquitectónicas, los artículos de actualidad, los discursos pronunciados en debates públicos, etc.

41. Pero aun en aquellos países cuya ley no menciona expresamente a los programas de ordenador, la jurisprudencia se ha encargado de aclarar que, estando tuteladas “todas” las obras del ingenio de carácter creador, y habida cuenta de la enumeración simplemente ejemplificativa de la ley, el “software” es una creación protegida por el derecho de autor.

42. Así, antes de las reformas que incorporaron expresamente al “software” como obra protegida por el derecho de autor, se produjeron resoluciones judiciales, interlocutorias o definitivas, en Argentina, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, Uruguay y Venezuela, siguiendo así la tendencia jurisprudencial que se había iniciado años antes en países como Austria, Bélgica, Francia, Holanda e Italia, entre otros.

43. Por lo que se refiere a la doctrina iberoamericana, aparece expresada, especialmente, en las ponencias de los Congresos Internacionales sobre Derechos Intelectuales, realizados en Caracas (1986), Bogotá (1987), Lima (1988), Guatemala (1989), Buenos Aires (1990), México (1991), Santiago de Chile (1992), Asunción (1993) y Quito (1995), bajo los auspicios de la OMPI y en los Congresos Iberoamericanos celebrados en Madrid (1991), Lisboa (1994) y Montevideo (1997), organizados por los gobiernos de los respectivos países, la OMPI y el Instituto Interamericano de Derecho de Autor (IIDA), trabajos que, elaborados por expertos de América y Europa y publicados en los respectivos libros-memoria, coinciden al señalar la tutela del “software” por el derecho de autor<sup>21</sup>.

## VII

### LA AUTORÍA Y LA TITULARIDAD DE LOS DERECHOS PATRIMONIALES

44. No parece necesario recordar que para el sistema de tradición latina, es un principio fundamental que la condición de autor sólo pertenece a la “persona física” que crea la obra y, en consecuencia, es él quien tiene la “titularidad original” de los derechos, sin perjuicio de la “titularidad derivada” que, con determinadas limitaciones, pueda ostentar un tercero.

<sup>21</sup> V.: ANTEQUERA PARILLI, Ricardo: “La protección jurídica de los programas de computación”, en el libro-memorias del VIII Congreso Internacional sobre la protección de los Derechos Intelectuales. OMPI. Asunción, Paraguay, 1993. pp. 437-464; DE FREITAS, Eduardo: “La protección jurídica de los programas de ordenador”, en el libro-memorias del III Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor

45. El problema de la autoría y la titularidad en relación con el programa de ordenador no se presenta si el “*software*” es una obra individual (pues coinciden en la misma persona las condiciones de autor y de titular originario del derecho), ni cuando es una obra en colaboración (porque los autores pueden ser perfectamente identificados), sino en los numerosos programas de ordenador (especialmente los “*software standard*”), que muchas veces son “*obra colectiva*”, al ser creados por varios autores bajo la iniciativa y responsabilidad de otra persona que los publica o divulga con su nombre y donde las diversas participaciones creativas -sea por el número de participantes, bien por el carácter indirecto de esos aportes-, se fusionan en el conjunto, de modo que resulta imposible identificar las distintas contribuciones y sus respectivos autores.

46. Para resolver el asunto, algunas leyes de la región (El Salvador, Guatemala, Honduras, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Venezuela), consagran una presunción *iuris tantum* de cesión ilimitada, exclusiva y por toda su duración, de los derechos patrimoniales por parte de los autores del “*software*” al productor, es decir, a la persona natural o jurídica que aparece indicada en la obra del modo usual, salvo prueba en contrario.

47. En algunas leyes esa presunción rige a favor del comitente en relación con los “*software*” creados por encargo (Chile), mientras que en otros textos se ha preferido atribuirle directamente al productor una titularidad de los derechos patrimoniales por efecto de la ley (Ecuador), o al patrono cuando se trata de programas creados bajo relación de trabajo (Argentina, Chile, México).

---

y Derechos Conexos. Montevideo, 1997. p.p. 621-626; DELGADO, Antonio: “*La protección del software y de las bases de datos a la luz de las directivas de la Comunidad Económica Europea*”, en el libro-memorias del VII Congreso Internacional sobre la protección de los Derechos Intelectuales. OMPI. Santiago de Chile, 1992. pp. 161-192; GUTIERREZ, Octavio: “*Modos de protección de los programas computacionales, según la legislación chilena*”, en el libro-memorias del VII Congreso Internacional sobre la protección de los Derechos Intelectuales. OMPI. Santiago de Chile, 1992. pp. 193-205; HEREDERO, Manuel: “*La regulación jurídica de los programas de ordenador en el derecho español*”, en el libro-memorias del I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual. Ministerio de Cultura. Madrid, 1991. Tomo I. pp. 149-162; LARREA RICHERAND, Gabriel: “*El derecho de autor y la tecnología en los campos de la informática y de las comunicaciones por satélite y cable*”, en el libro-memorias del I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual. Tomo I. pp. 381-409; MILLÉ, Antonio: “*El software y los bancos de datos a la luz de la jurisprudencia*”, en el libro-memorias del V Congreso Internacional sobre la protección de los Derechos Intelectuales. OMPI. Buenos Aires, 1990. pp. 151-175; RIBAS, Javier: “*La protección de los programas de ordenador*”, en el libro-memorias del I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual. Tomo I. pp. 137-148; SCHRADER, Dorothy: “*Protección del software en los Estados Unidos*”, en el libro-memorias del VII Congreso Internacional sobre la protección de los Derechos Intelectuales. Ob. Cit. pp. 131-159; TOBAR CARRIÓN, Bernardo: “*La protección de los programas de ordenador y de las bases de datos*”, en el libro-memorias del X Congreso Internacional sobre la protección de los Derechos Intelectuales. Quito, 1995, pp. 359-387; VILLALBA, Carlos: “*La protección de los programas de computación y de los bancos de datos*”. Ob. Cit. Lima, 1988. pp. 57-90.

48. Como “*titular derivado*” del derecho de explotación (o titular por efecto de la ley, según la legislación aplicable), el productor tiene el goce y el ejercicio del derecho patrimonial con exclusión de los propios cedentes (o según corresponda, de los propios autores) y entre esos derechos se encuentra el de transformación de la obra, razón por la cual, salvo pacto en contrario, los autores no pueden oponerse a que el productor realice modificaciones o versiones del programa, ni programas derivados del mismo.

## VIII

### LOS DERECHOS MORALES

49. Un segundo problema en relación con el *software*, se plantea en torno a los “*derechos morales*” por ser, entre otras cosas, inalienables e irrenunciables.

50. El inconveniente no sólo se presenta en relación al derecho de paternidad (donde en los programas con características de “*obra colectiva*” es, en la práctica, imposible de reconocer en sentido positivo, razón por la que se publican como anónimas, bajo el nombre del productor), sino también respecto del derecho de integridad.

51. Resulta una exageración afirmar que los “*derechos morales*” no existen en los programas de ordenador, pues cuando se trata de un “*software*” individual, es decir, creado por una sola persona (lo que ocurre en muchos programas creados “*a medida*”), la identificación del autor es perfectamente posible y tiene derecho a ser reconocido como tal en la obra, conforme a su derecho moral de paternidad.

52. Del mismo modo, el derecho de integridad también puede invocarse. Piénsese, por ejemplo, en un programa creado para efectuar operaciones financieras lícitas y es modificado con el fin de cometer un delito informático.

53. Lo que sí es cierto es que el goce y el ejercicio de los derechos morales en los casos de programas de computación “*standard*” se atenúa, pero ello no es exclusivo del *software*, ya que la situación también ocurre en muchos diccionarios, enciclopedias y otras obras colectivas.

54. Así, la Casación francesa, afirmó:

*“... aunque el autor de una contribución a una obra colectiva sigue estando investido del derecho moral del autor al respeto de su obra, ese derecho está limitado por la naturaleza de la obra, que impone la fusión de la contribución del autor dentro de un conjunto, de manera que el*

*responsable de la publicación tiene derecho a aportar a las contribuciones de los diferentes autores las modificaciones que justifique la necesaria armonización de la obra en su totalidad*<sup>22</sup>.

55. Lo que sí es cierto es que los programas “*standard*” son realizados por incontables programadores, de complicada identificación, quienes además rotan frecuentemente en diversos empleos, sin que parezca posible suponer que cada uno de ellos, como coautores, pueda efectivamente oponerse a deformaciones o mutilaciones de su respectivo aporte, de por sí difícil de identificar e individualizar.

56. De allí que como fórmula legislativa ya adoptada en varios textos (v.gr.: El Salvador, Honduras, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Venezuela), la titularidad plena del derecho de explotación en cabeza del productor, esté además acompañada de la presunción por la cual, siempre salvo pacto en contrario, el productor cuenta con la autorización de los autores para divulgar la obra y defender los derechos morales sobre la misma, en solución que, como fue visto en la unidad 3 del módulo II, tiene adeptos y adversarios.

57. En todo caso, no se trata de una “*cesión*” del derecho moral -el cual es inalienable-, sino de una presunción de autorización por parte de los autores para que el productor pueda “*ejercerlo*”: el de divulgar la obra porque mal podría pensarse en un productor que realizara grandes inversiones para la realización de un programa de ordenador que luego no pudiera darlo a conocer al público; y los de paternidad e integridad, porque el productor se encuentra en mejor posición, dada su infraestructura empresarial (especialmente en los programas de uso masivo), para perseguir aquellas acciones que lesionen el derecho moral de los autores del programa, infracciones que, eventualmente, pueden también atentar contra la explotación de la obra.

## IX

### LÍMITES A LOS DERECHOS DE EXPLOTACIÓN SOBRE LOS PROGRAMAS DE ORDENADOR

#### **Generalidades.**

58. El tema de las limitaciones al derecho de explotación sobre el programa de computadoras parte de los mismos principios generales aplicables a las demás obras, a saber:

---

<sup>22</sup> Cit. POLLAUD-DULIAN, F.: “*El derecho moral en Francia*”, en *Revue Internationale du Droit D’Auteur* (RIDA). No. 145. París, julio de 1990. p. 142.

- a. El derecho patrimonial es exclusivo, de modo que solamente su titular tiene la facultad de autorizar el uso de su obra por cualquier medio o procedimiento.
- b. Toda excepción a ese derecho exclusivo debe ser objeto de interpretación restrictiva, sometida al principio de los “*usos honrados*”, el cual implica que:
  - i. Se trate de casos determinados, específicamente contemplados en la ley.
  - ii. No atenten contra la explotación normal de la obra.
  - iii. No causen ningún perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular del derecho.

59. Sin perjuicio de la obligada consulta a los términos establecidos en la ley nacional respectiva a los efectos de determinar qué limitaciones al derecho sobre el “*software*” ha previsto el legislador, haremos un somero comentario sobre las soluciones más generalizadas en la legislación comparada.

### **La introducción del programa en la memoria del equipo.**

60. El uso de un programa de computación implica su introducción en la memoria efímera (RAM) del aparato, lo que supone entonces su fijación en un soporte material, característica de la reproducción, exclusiva del autor -en este caso del productor, como titular del derecho-, e ilícita sin su consentimiento.

61. Pero es imposible pretender que se adquiriera o licencie un programa que no pueda ser usado, de manera que la autorización para esa introducción en la memoria temporal tendría que resultar implícita, pero como toda excepción al derecho de explotación debe ser objeto de aplicación restrictiva.

62. De allí la norma generalizada por la cual no constituye reproducción ilegal la introducción del programa de ordenador en la memoria interna del respectivo aparato, por parte del usuario lícito y para su exclusivo uso personal.

63. El “*uso personal*” está referido a la utilización por un sólo individuo y ese concepto no puede extenderse, por ejemplo, al círculo interno de una empresa o de una organización, razón por la cual se entiende que esa reproducción permitida no se extiende al aprovechamiento del programa por varias personas, mediante la instalación de redes, estaciones de trabajo u otro procedimiento análogo (como ocurre con la introducción del programa en una memoria central, o “*servidor*”, para su uso en diferentes terminales), a menos que se obtenga el consentimiento expreso del titular de los derechos.

## El derecho de adaptación y transformación.

64. Si bien común a todas las obras del ingenio, el derecho exclusivo de adaptación o transformación presenta una singularidad en el caso de los programas de computación, ya que el usuario final, bien porque ello resulte indispensable para la operabilidad del “*software*”, sea con el objeto de adaptarlo a sus necesidades particulares, puede realizarle adaptaciones o modificaciones las cuales, salvo norma que las permita, resultarían ilícitas.

65. De allí las soluciones contempladas en varias legislaciones por las cuales el usuario lícito de un programa de ordenador, puede realizar una copia o una adaptación de dicho “*software*”, siempre y cuando sea indispensable para su utilización.

66. Pero ese límite al derecho de explotación del productor del programa está sujeto a los requisitos siguientes:

- a. Que quien la alegue sea un usuario lícito, es decir, licenciado o autorizado para el uso del programa.
- b. La adaptación debe ser indispensable para el uso del programa, de manera que no están permitidas las transformaciones caprichosas, innecesarias o intrascendentes.
- c. En ningún caso, la copia de esa adaptación puede exceder el límite de la “*copia de seguridad*”.

67. Según otra excepción recogida en varios ordenamientos internos, no constituye transformación o adaptación, a los efectos de la previa autorización y salvo prohibición expresa del titular del derecho, la realizada por el usuario lícito, incluida la corrección de errores, destinada exclusivamente para su uso personal.

68. De existir esta limitación en la ley respectiva, es necesario que:

- a. El titular del derecho (es decir, el productor, salvo pacto en contrario), no haya hecho reserva alguna acerca de tales transformaciones o adaptaciones, por ejemplo, en la licencia o autorización de uso.
- b. Esa adaptación o transformación se destine al exclusivo “*uso personal*”, que la restringe a la utilización por un solo individuo, de manera que no es uso personal el que se destina a varias personas, aunque pertenezcan o laboren, por ejemplo, en la misma empresa.

69. De allí que la obtención de copias del programa, así adaptado o transformado, para su utilización por varias personas o con destino a su distribución, es ilícita, salvo el consentimiento expreso del titular del derecho, pues el uso simultáneo o la distribución al público serían violatorios a los derechos de reproducción y de distribución y contrarios a los “*usos honrados*”.

## La copia de seguridad.

70. El soporte magnético original que contiene la secuencia de instrucciones dirigidas al computador, puede ser dañado o destruido, lo que hace que el usuario lo reemplace con una copia tomada del mismo original, siempre que este último quede a resguardo, a fin de obtener una nueva duplicación si la primera copia se daña, extravía o destruye.

71. Pero esa copia constituye un acto de reproducción, reservado a la potestad exclusiva del titular de los derechos, a menos que una norma expresa disponga lo contrario, o haya sido autorizada en el contrato de enajenación del soporte original o en la licencia de uso.

72. Por eso la conveniencia de establecer como una excepción al derecho de reproducción la “*copia de seguridad*” del programa de ordenador, como ya ha sido acogido en varias legislaciones y mediante esta figura el usuario lícito puede obtener una copia del programa, siempre y cuando:

- a. Se trate de la llamada “*copia de resguardo*” o de “*seguridad*”.
- b. Dicha copia tenga como único fin la de reemplazar el ejemplar legítimamente adquirido, cuando el mismo no pueda utilizarse por daño o pérdida.

73. Los anteriores requisitos, que integran una excepción al derecho exclusivo de explotación, son de interpretación restrictiva, razón por la cual la “*copia de seguridad*” no está destinada a su uso simultáneo con el ejemplar original, por ejemplo, en otro computador, como la que realizan algunos usuarios corporativos “*que poseen instalaciones constituidas por múltiples computadoras y que utilizan este ardid para evitar el costo de adquirir una licencia para cada uno de ellos*”<sup>23</sup>.

74. Es así como la reproducción de un programa de ordenador, incluso para su uso personal, es ilícita sin el consentimiento o autorización del productor, con la excepción de la copia de seguridad.

---

<sup>23</sup> MILLÉ, Antonio: “*La protección del software por el derecho de autor. Elementos básicos y normativa latinoamericana*”, en “*La protección jurídica del software y de las bases de datos*”. Invesoft. Caracas, 1990. p. 25.

## **El arrendamiento secundario del “software”.**

75. Como fue visto en la unidad 4 del módulo II, uno de los derechos exclusivos que conforman el aspecto patrimonial es del distribución, incluyendo, por lo menos, la venta y el alquiler (además del préstamo público “o cualquier otra forma”, según algunas legislaciones).

76. Ese derecho, por supuesto, se extiende a cualesquiera de las obras protegidas, incluyendo al programa de ordenador.

77. Ahora bien, existen supuestos en que un programa de computación se encuentra adherido o formando parte, como accesorio, de otro bien, el principal (v.gr.: una máquina o un producto), y este último puede ser objeto de un contrato, por ejemplo, el alquiler o el préstamo de un automóvil cuyo motor tiene instalado un “software” que permite el control de la temperatura, el nivel del aceite u otros aspectos de su funcionamiento.

78. También puede ocurrir que el alquiler o el préstamo no tengan por objeto esencial el programa de ordenador en sí, por ejemplo, en el arrendamiento de un fondo de comercio, con todas sus instalaciones y equipos, incluidos los computadores y los programas lícitamente allí instalados.

79. En casos como los descritos, el “software” no constituye el elemento principal del contrato, razón por la cual conforme al artículo 11 *in fine* del ADPIC (en lo referente a los programas de ordenador), el derecho de alquiler no se aplica a aquellos arrendamientos cuyo objeto principal no sea el programa en sí.

80. Pero debe recordarse que, como límite al derecho exclusivo de utilización que corresponde al titular, la norma comentada debe ser objeto de interpretación restrictiva y no puede ser aplicada de modo tal que atente contra la explotación normal del programa o cause un perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular del derecho.

## **La descompilación.**

81. La “descompilación” como una limitación al derecho exclusivo sobre el “software” figura en la Directiva Europea del 14-5-91 sobre la protección de los programas de ordenador y, excepcionalmente, en una ley latinoamericana (Perú).

82. Como no es una constante en las legislaciones de la región, nos limitaremos a señalar la posibilidad de que dos programas independientes no puedan in-



terconectarse, es decir, no puedan funcionar juntos, y ninguno de los productores de los “*software*” preexistentes elaboren un “*programa puente*” que permita esa interconexión.

83. De ser así, el usuario legítimo de ambos programas puede aspirar a que se le permita lograr la interoperabilidad de esos programas, para lo cual, debe utilizar la “*ingeniería inversa*”, es decir, mediante la descompilación de, al menos, uno de los programas originarios, a través de la reproducción del código y la traducción de su forma, con el objeto de lograr la interconexión de todos los elementos de un sistema informático.

84. Esa descompilación, de no estar expresamente permitida por la ley, es ilícita, porque se efectúan actos de reproducción y traducción, y exceden, por lo demás, los términos usualmente contenidos en las licencias de uso concedidas por el titular del derecho sobre el programa.

85. De allí que, cuando el legislador nacional ha considerado procedente esa excepción como una limitante al derecho exclusivo de utilización, debe hacerla objeto de previsión expresa, por la cual se exima del régimen de autorización por parte del titular de los derechos sobre el programa de ordenador, la reproducción del código y la traducción de su forma, cuando sea indispensable para obtener la información necesaria con el fin de lograr la interoperabilidad de un programa creado de forma independiente con otros programas, siempre que:

- a. La descompilación sea efectuada por un usuario lícito del programa, vale decir, por quien ostente una licencia de uso u otra persona facultada para utilizar una copia del “*software*” o, en su nombre, por parte de una persona debidamente autorizada por el titular.
- b. La información necesaria para conseguir la interoperabilidad no haya sido puesta previamente, o después de una solicitud razonable al titular del derecho, en forma rápida, tomando en cuenta todas las circunstancias.
- c. La descompilación se limite estrictamente a las partes del programa original imprescindibles para lograr la interoperabilidad.

86. Sin embargo, la interconexión así obtenida no puede:

- a. Utilizarse para fines distintos a los estrictos necesarios para la interoperabilidad del programa creado de forma independiente.
- b. Destinarse al desarrollo, producción o comercialización de un programa sustancialmente similar en su expresión, o para cualquier otro acto que in-

frinja el derecho de autor, v.gr.: comunicación pública, reproducción o distribución.

- c. Comunicarse a terceros, salvo cuando sea necesario a los efectos de la interoperabilidad del programa creado de forma independiente.

87. La excepción comentada no puede afectar los “*usos honrados*”, es decir, ha de interpretarse de manera que su aplicación no perjudique de modo injustificado los legítimos intereses del titular del derecho ni sea contraria a la explotación normal del programa informático.

88. Es de hacer notar que en sentido inverso a la descompilación permitida en los términos explicados, la ley mexicana incluye entre los derechos exclusivos sobre el programa de computación, el de autorizar o prohibir la compilación, los procesos para revertir la ingeniería de un programa de computación y el desensamblaje.

### **La duración del derecho.**

89. El período general de protección, calculado sobre la vida del autor y un tiempo después de su muerte, solamente sería aplicable a los programas individuales o hechos en colaboración (como ocurre en muchos “*software*” creados por encargo o “*a medida*”), pues allí no hay problemas qué resolver al aplicar el plazo *post mortem auctoris*.

90. Pero sabemos que no es el caso común en los programas de computación “*standard*”, la mayoría de los cuales revisten las características de las obras colectivas.

91. Por ello lo aconsejable para que los programas de ordenador se rijan por el mismo sistema de cálculo de la protección en el tiempo –sean individuales, en colaboración o colectivos–, es uniformando el período de duración para todos ellos, inspirándose en el régimen ya acogido desde antiguo para las obras audiovisuales.

92. Es así como la mayoría de las legislaciones disponen que para los programas de ordenador, el período de duración del derecho se extingue al cumplimiento de un determinado número de años (que no podría ser inferior a 50, pero que en algunas leyes es mayor), contados a partir del primero de enero del año siguiente al de su primera publicación o, en su defecto, al de su terminación.

## IX

### LOS CONTRATOS DE LICENCIA

93. Los contratos de cesión de derechos por parte del titular del “*software*” a un tercero son excepcionales, pues se limitan generalmente a los programas “*a medida*” hechos “*al gusto del cliente*”, quien encarga a un programador para su realización, generalmente a cambio de una transmisión de los derechos, o dicho programa es realizado por un empleado en cumplimiento de sus obligaciones laborales.

94. Pero cuando es el productor quien autoriza a terceros para la utilización de su programa (común en los llamados “*software standard*” o “*software paquete*”), la figura acostumbrada es la licencia de uso.

95. Los contratos de licencia en materia de programas de computación no difieren de las demás licencias para la explotación de una obra, de acuerdo a las características explicadas en la unidad 6 del módulo II de este curso.

96. Solamente reiteraremos algunos de sus principios:

- a. No transfieren al licenciatarario ningún derecho sobre la obra, sino que lo autorizan para la utilización del programa, en los términos expresamente establecidos en la licencia.
- b. Su interpretación es restrictiva, vale decir, se limita a los modos de utilización taxativamente autorizados y en las condiciones allí establecidas.
- c. Es onerosa, salvo pacto expreso en contrario.
- d. Deben constar por escrito.
- e. En la práctica –especialmente en los “*software standard*”- la licencia está contenida dentro del propio empaque donde se encuentra el soporte legítimo, o adosado a él, con la advertencia de que la adquisición de dicho soporte implica la aceptación por el adquirente (licenciatarario) de las condiciones establecidas por el licenciante en la propia licencia.

Módulo

III

*Disposiciones  
especiales  
para ciertas  
obras*

## UNIDAD 4

### DISPOSICIONES ESPECIALES PARA LAS BASES Y COMPILACIONES DE DATOS

Concepto – Evolución – Bases y compilaciones de datos - Las bases de datos sin utilización de obras preexistentes - Bases de datos y obras preexistentes - La base de datos como obra protegida por el derecho de autor – Las bases de datos en la “*sociedad de la información*”.



# I

## CONCEPTO

1. A pesar de que las legislaciones autorales de reciente aprobación en buena parte de los países latinoamericanos, contienen un catálogo preliminar de conceptos o acepciones para diversos términos (como también lo hace la Decisión 351 de la Comunidad Andina), no definen sin embargo a las bases de datos, aunque las mencionan en el listado enunciativo de obras protegidas <sup>1</sup>.

2. Por el contrario, la Directiva Europea 96/9 del 11-3-96 sobre la protección jurídica de las bases de datos <sup>2</sup>, entiende como tales a las recopilaciones de obras, de datos o de otros elementos independientes, dispuestos de manera sistemática o metódica y accesibles individualmente por medios electrónicos o de otra forma (art. 1,2).

3. Utilizaremos ese concepto como referencia a los efectos del estudio de la protección de las bases de datos por el derecho de autor.

# II

## EVOLUCIÓN

4. Los simples hechos (históricos, noticiosos, etc.) y los datos (v.gr.: numéricos, climáticos, de nomenclatura), por no constituir obras en sí mismos, no gozan de la protección por el derecho de autor, ya que no existe allí una forma de expresión literaria o artística con características de originalidad.

5. Pero la recopilación de esos hechos y datos (al igual que la compilación de obras preexistentes) puede constituir una obra protegida, como se verá más adelante, siendo en la actualidad uno de los sectores con mayores perspectivas en el mundo de la información.

6. Así, el aprovechamiento de las técnicas de almacenamiento digital para recopilar diversos elementos de información en forma rápida y de manera seleccionada, clasificada y ordenada, que de otra manera sería de imposible acceso para el hombre común (especialmente a través de los sistemas tradicionales, casi siempre manuales), unido a las modernas tecnologías comunicacionales, constituyen hoy un

---

<sup>1</sup> Brasil, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Venezuela y la Decisión 351 de la Comunidad Andina.

<sup>2</sup> V.: Diario Oficial de las Comunidades Europeas, No. L 77/24 del 27-3-96.

medio de primordial importancia para satisfacer las necesidades de información, educación, investigación y entretenimiento, entre otras, y significa un alto porcentaje de las inversiones de las industrias computacionales e informáticas.

7. En ese sentido –comenta Schuster–, la producción de bases de datos y la distribución de éstas, forman parte de una industria “*de contenido*” que tiene repercusiones directas en la infraestructura de la información y constituyen la esencia y el origen de la sociedad de la información<sup>3</sup>.

8. Cuando se trata de una base electrónica, ello implica una organización informática de datos y de información, un sistema de manejo de bases de datos, un control que permite a los usuarios ingresar al mismo de acuerdo a los derechos de acceso a través de sus equipos, una administración o manejo de los datos, un diseño de la base y de su estructura, así como la selección o instrumentación del “*software*” que permite operarlo<sup>4</sup>.

9. En consecuencia, la compilación electrónica de datos supone la preexistencia de un *software* (protegido como “*obra originaria*”), diseñado para almacenar, clasificar y seleccionar la información, el cual goza de protección como tal, en el marco del derecho de autor, conforme fue visto en la unidad anterior.

10. El problema resulta en determinar la incidencia de las bases de datos, independientemente de la protección del *software* o programa de computación diseñado para operar el acceso a los elementos de información recopilados.

11. En tal sentido, es de observar que el avance tecnológico ha hecho surgir, de un lado, soportes magnéticos con una capacidad de memoria suficiente, no solamente para almacenar hechos y datos, sino también un sinnúmero de obras completas; y del otro, los sistemas de telecomunicaciones digitales que hoy permiten el acceso directo a las centrales de información, desde simples receptores a distancia (por pantalla y/o por impresora), en comunicación “*on line*”.

### III

## BASES Y COMPILACIONES DE DATOS

12. Algunas legislaciones utilizan la denominación “*bases de datos*” al incluirlas entre las obras protegidas, a pesar de que en el lenguaje informático el uso de esa

---

<sup>3</sup> V.: SCHUSTER VERGARA, Santiago: “*Bases de datos originales y no originales*”. Conferencia dictada en el Segundo Taller de Formación de Profesores en materia de Propiedad Intelectual, organizado por la Universidad Autónoma de México y la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). Ciudad de México, 1999. p. 1.

<sup>4</sup> VILLALBA, Carlos: “*La protección de los programas de computación y de los bancos de datos*”, en el libro-memorias del III Congreso sobre la protección de los Derechos Intelectuales. Lima, 1988. p. 75.

expresión está generalmente reservado a aquellas colecciones procesadas por medios informáticos, mientras que las compilaciones en general comprenden también las legibles de cualquier otra forma (v.gr.: por fichas o listados impresos mediante técnicas del mundo “analógico”).

13. Pero desde el punto de vista del derecho de autor la originalidad o no en la recopilación de obras, hechos o datos no depende de su almacenamiento informático, razón por la cual la expresión “*bases de datos*” (o la de “*bancos de datos*”), comprende a todas las compilaciones de información, independientemente de que existan o no en forma impresa, en unidades de almacenamiento en computador o de cualquier otra forma<sup>5</sup>.

14. Por ello, el Acuerdo sobre los ADPIC se refiere a las “*compilaciones de datos ... en forma legible por máquina o en otra forma*” (art. 10), mientras que el artículo 5 del TODA se denomina “*compilaciones de datos (bases de datos)*” o de otros materiales “*en cualquier forma*”.

15. De allí que cuando una legislación utiliza la expresión “*bases de datos*”, está aludiendo a toda compilación de elementos de información, independientemente de que la misma se realice por medios manuales o digitalizados.

## IV

### LAS BASES DE DATOS SIN UTILIZACIÓN DE OBRAS PREEXISTENTES

16. Siempre que se alude a las compilaciones, colecciones y antologías, se piensa en la figura de “*obras derivadas*” ya que, como regla general, se forman mediante la utilización de obras previamente creadas.

17. Pero puede ocurrir, y así sucede en muchos casos, que la recopilación esté conformada por hechos y datos que no constituyen, ellos mismos, obra originaria.

18. Entre las bases o compilaciones de datos que no utilizan en su contenido obras preexistentes están, por ejemplo, las bibliográficas, donde sólo se emplea la simple información referencial de las obras citadas (v.gr.: autor, título, editorial, lugar de publicación, etc.), pero no se realiza ninguna transcripción, adaptación o resumen de las mismas y tienen como finalidad que el usuario conozca de su exis-

---

<sup>5</sup> FERNANDEZ 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. Tomo I. Madrid, 1991. pp. 107-133.



tencia y localización; las de directorio (v.gr.: clasificación o ubicación de empresas u otras instituciones, nóminas de profesionales por especialidad, etc.); y las numéricas (v.gr.: índices bursátiles, tipos cambiarios, etc.).

## V

### BASES DE DATOS Y OBRAS PREEXISTENTES

19. Es factible que la base de datos sea el resultado de la compilación o selección de obras primigenias, sea mediante la reproducción íntegra de las obras, o bien a través de su adaptación o modificación, en ambos casos, para que sea lícita, siempre que se respeten los derechos de los autores de las creaciones preexistentes.

20. En el ámbito de los derechos morales tales bases de datos podrían lesionar el derecho de divulgación, si se incorporara, total o parcialmente, una obra inédita; el derecho de paternidad, cuando se omitiera el nombre del autor o autores de las obras compiladas, comentadas o resumidas; o el derecho de integridad, si las modificaciones, adaptaciones o resúmenes desvirtuaran la obra original, mediante transformaciones, supresiones o adiciones no autorizadas.

21. En la órbita de los derechos patrimoniales, la incidencia de las bases de datos en relación con las obras primigenias se presenta así:

- a. Respecto del derecho de reproducción, la sola introducción de las obras (o sus adaptaciones o resúmenes) en la memoria del ordenador (“*in put*”), implica su fijación en un soporte material y, en consecuencia, una modalidad de uso sometida a autorización previa ya que, como fue visto en la unidad 9 del módulo II, el simple almacenamiento electrónico constituye un acto de reproducción, en el sentido del artículo 9,1 del Convenio de Berna.
- b. Con mayor razón la “*salida*” de la información contenida en la base (incluyendo las obras primigenias), a través de impresora (“*out put*”), constituye un acto de reproducción, exclusivo del autor, ya que este derecho comprende cualquier forma o procedimiento.
- c. La puesta a disposición del público de los ejemplares contentivos de la información almacenada en la base (incluyendo las obras originarias, íntegras o adaptadas), así reproducidos por impresora, además de ser el resultado de una reproducción –derecho reservado al autor, como fue visto–, constituye un acto de distribución, igualmente exclusivo de los autores de las obras preexistentes.

- d. El acceso por el público de la base de datos (“*out put*”) por medio de pantallas, además de ser también el resultado de una fijación (reproducción) electrónica en la fuente que suministra la información, constituye un acto de comunicación pública, sometido en consecuencia a la autorización de los titulares de derechos sobre las obras así comunicadas.
- e. La adaptación o transformación de las obras para su incorporación en la base de datos es un acto de modificación (sin perjuicio del acto de reproducción que significa ya su almacenamiento electrónico), y forma parte igualmente del derecho exclusivo de sus respectivos autores.

22. Es este último derecho –el de transformación– el que presenta mayores dificultades en torno a las obras ya creadas y cuyo contenido pueda ser utilizado en una base de datos.

23. La situación es tan compleja que resulta difícil establecer reglas fijas aplicables automáticamente a cada caso que se analice, pues la solución depende en mucho de las particularidades del asunto concreto, por ejemplo:

- a. La mera referencia bibliográfica de las obras, sin utilización de su contenido, no afecta en nada los derechos sobre las mismas (siempre que la cita sea correcta), ya que no se lesiona la paternidad del autor ni la integridad de las creaciones, no emplea su contenido de manera que pueda hablarse de transcripción o de adaptación, ni pretende eludir el acceso a los ejemplares producidos por el titular de los derechos o con su consentimiento, pues al contrario orienta al usuario acerca de la forma de localizar el soporte autorizado.
- b. La referencia textual de algunos párrafos de la obra originaria, con respeto a la mención del autor y la fuente, puede ampararse en el “*derecho de cita*”, siempre que se trate de una obra ya divulgada y a condición de que se haga conforme a los “*usos honrados*”, en la medida justificada por el fin que se persiga.
- c. Si se consideran como “*usos honrados*” aquellos que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor, el tratamiento de la transcripción de párrafos de la obra originaria, como limitación al derecho de explotación del autor, dependerá de cada caso, tomando en cuenta la extensión de la cita en proporción con la obra citada, la medida necesaria para informar al lector y no para competir con el derecho patrimonial del autor y si esa reproducción afecta o no la adquisición por el público del ejemplar de la obra, entre otras circunstancias.

d. La traducción de la obra transcrita o adaptada, es evidente que requiere de la autorización del autor.

24. El resumen de las obras incorporadas a las bases de datos es el que presenta aristas más complicadas, pues si se toma en cuenta que los autores de las obras literarias y artísticas tienen el derecho exclusivo de autorizar o no las adaptaciones, arreglos y otras transformaciones de sus obras, no hay dudas en que si el resumen constituye una adaptación o transformación de la obra originaria, está sujeta al régimen de autorización.

25. Sin embargo, se ha afirmado que si el resumen no constituye una adaptación, sino una mera noticia indicativa del contenido de la obra, no existe obra derivada y, en consecuencia, no se ha infringido el derecho a que se refieren las citadas disposiciones.

26. También se argumenta, en apoyo al resumen no autorizado, que si éste no va dirigido a desestimular al público en la adquisición del ejemplar o la consulta directa de la obra citada, no se causa ninguna lesión al derecho patrimonial del autor.

27. Tal parece ser el sentido de la sentencia de la Casación Francesa, en el caso *Le Monde* contra *Microfor*, cuando afirmó que:

*“... no entra en el campo de aplicación del artículo 40 el análisis puramente indicativo realizado con fines documentarios siempre que no implique una exposición **sustancial** del contenido de la obra ni permita al lector evitar recurrir a la consulta de la obra”* (hemos destacado)<sup>6</sup>.

28. El asunto fue tan controvertido que la Casación, en el citado caso, regresó el asunto a la Cámara de Apelaciones de París para que dictara un nuevo fallo, el cual confirmó el sentido de las sentencias dictadas en la primera y segunda instancias (esta última objeto de la Casación), afirmando que si se suprimía el contenido de la información original (tomada de *Le Monde* por *Microfor*), no subsistía obra que pudiera considerarse pedagógica, científica o de información, de manera que los denominados “*resumés signalétiques*”, daban una idea completa y deformada, tanto de los artículos como del conjunto del diario citado, lo que vulneraba el derecho moral del autor<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> Cit. DEL CORRAL, Milagros: “Protección de los bancos de datos y de las obras preexistentes que constituyen su objeto”, en “La protección jurídica del software y de las bases de datos”, en “La protección jurídica del software y de las bases de datos. Ed. Invesoft. Caracas, 1990. p. 119.

<sup>7</sup> Cit. VILLALBA, Carlos: Ob. Cit. p. 83.

29. Resulta entonces que respecto de los extractos o resúmenes puede presentarse una rica casuística, donde la duda debe inclinarse por el derecho del autor, porque:

- a. Cuando afecta la integridad de la obra resumida (por deformaciones o mutilaciones), se infringe el derecho moral al respeto a la creación.
- b. Si de acuerdo a las características del caso concreto, se estima que no es un simple resumen indicativo del contenido, sino una verdadera transformación o adaptación, se viola el derecho patrimonial de modificación.
- c. Si un “*inocente*” extracto, por breve que sea, se elabora de tal manera que revela el contenido sustancial de la obra y desestimula, en consecuencia, la consulta de la obra originaria, se atenta contra su explotación normal, lo que es contrario a los “*usos honrados*”.
- d. Cuando de cualquier modo esa modalidad de utilización lesiona injustificadamente el derecho patrimonial, se actúa también contra los “*usos honrados*”, contrarios al derecho de explotación exclusivo del autor.

## VI

### LA BASE DE DATOS COMO OBRA PROTEGIDA POR EL DERECHO DE AUTOR

#### **El objeto.**

30. Conforme al artículo 2,5 del Convenio de Berna son obras 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.

31. Aunque se trata de una enumeración ejemplificativa, podría interpretarse que, literalmente hablando, el Convenio de Berna solamente protege a las compilaciones cuando los elementos de información recopilados lo constituyen obras literarias o artísticas preexistentes.

32. Pero también podría afirmarse que cuando el artículo 2,5 del Convenio de Berna se refiere a la selección o disposición de las “*materias*” y dado el carácter meramente enunciativo de las obras allí protegidas, el dispositivo permite que dichas colecciones no recopilen obras, sino también “*materias*”, incluyendo hechos, datos u otros elementos de información.

33. En ese sentido, la jurisprudencia en muchos países consideró que el factor clave para determinar la protección por el derecho de autor no era el carácter de obra o no del material recopilado, sino la originalidad en la selección o disposición de las materias contenidas en la colección, fueran éstas obras literarias o artísticas o bien otros elementos de información no protegidos por sí mismos (hechos o datos).

34. La tendencia ha sido recogida en las modernas legislaciones, cuando mencionan en el catálogo no exhaustivo de las obras protegidas a *“las bases de datos, siempre que dichas colecciones sean originales en razón de la selección, coordinación o disposición de su contenido”* u otra fórmula similar.

35. Y la concordancia de dispositivos como el anotado y la protección internacional por el Convenio de Berna y el ADPIC, figura en la *“Declaración Concertada”* al artículo 5 del TODA, cuando señala que:

*“El ámbito de la protección de las compilaciones de datos (bases de datos) en virtud del artículo 5 del presente Tratado, leído junto con el artículo 2, está en conformidad con el artículo 2 del Convenio de Berna y a la par con las disposiciones pertinentes del Acuerdo sobre los ADPIC”.*

## **La originalidad.**

36. Un requisito necesario para hablar de *“obra”* al referirse a las bases de datos, es que por la disposición o selección de las materias (obras originarias, obras derivadas, hechos o datos), pueda afirmarse que se trata de un trabajo creativo, con características de originalidad (en el sentido de individualidad), de manera que quedan excluidas aquellas colecciones de datos producto del simple trabajo mecánico o rutinario –siempre se menciona el ejemplo de los listados telefónicos–, en los que no se advierte una creación personal y, por tanto, carecen de tutela autoral.

37. Como afirma la Guía del Convenio de Berna, *“el reunir, mediante simple yuxtaposición, obras o trozos de obras, sin aportación personal de ninguna clase, no basta para justificar la protección de la obra resultante”*<sup>8</sup>.

38. La Directiva Europea sobre la protección jurídica de las bases de datos establece algunos elementos de apreciación sobre la originalidad, a saber:

- a. Los criterios por los cuales las bases de datos son susceptibles de protección por el derecho de autor, deben limitarse al hecho de que la selección o dispo-

---

<sup>8</sup> V.: OMPI: *“Guía del Convenio de Berna”*. Ob. Cit. p. 22.

sición del contenido constituya una labor de creación intelectual propia del autor y esta protección se refiere a la estructura de la base de datos (Considerando 15).

- b. Para determinar si una base de datos puede acceder a la protección del derecho de autor, no deben aplicarse más criterios que la originalidad en el sentido de creación intelectual y, en especial, no deben aplicarse criterios estéticos o cualitativos (Considerando 18).

39. En cualquier caso, la originalidad de una base de datos no está en la forma de expresión sino, generalmente, como en todas las colecciones, en la composición, vale decir, en la manera como se disponen y se seleccionan los materiales objeto de la compilación.

40. Sobre esos particulares tuvo la oportunidad de pronunciarse el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, cuando resolvió que *“la originalidad en las compilaciones o bases de datos no radica en la ‘expresión’ de las obras u otros elementos recopilados (pues esa expresión ya se encuentra presente en el material coleccionado), sino en la “selección” o en la “disposición” de las materias objeto de la recopilación”* y que *“como los vocablos ‘selección’ y ‘disposición’, están separados por una “o”, disyuntiva, la originalidad exigida por dichas normas puede estar en uno cualquiera de esos elementos (o en ambos), vale decir, en la selección o en la disposición de las obras o de los datos recopilados en las bases”*.

41. Agregó el Tribunal que *“la originalidad en la ‘selección’ implica la pre-existencia de un importante número de elementos de información (obras o simples hechos o datos), de los cuales el compilador elige algunos de ellos, conforme a un determinado criterio y a una metodología específica que reflejen un acto creativo”,* mientras que *“la originalidad en la ‘disposición’ implica que no puede tratarse de una mera acumulación de hechos o datos (por muy laboriosa que sea esa acumulación), ni tampoco que esa disposición se realice con la aplicación de simples criterios rutinarios (como las guías profesionales realizadas solamente a partir del índice alfabético de todos los miembros colegiados), sino que supone una clasificación de esos datos en forma tal que den como resultado una “creación personal”*<sup>9</sup>.

## **El contenido.**

42. Como la base de datos puede recopilar obras o también simples elementos de información que no constituyen creaciones preexistentes, el ADPIC (art. 10,2) y

---

<sup>9</sup> V.: Interpretación prejudicial del 11/6/99, en el Proceso 10-IP-99.

el TODA (art. 5) aclaran que la protección reconocida a las bases de datos no se hace extensiva a los datos, informaciones o material compilados y no afecta los derechos que existan sobre las obras o materiales que la conforman.

43. Dicho de otra manera: si la base de datos está constituida por hechos u otros elementos que no son obras, el derecho sobre la compilación no impide que otros utilicen tales hechos o datos (siempre que por la selección o disposición de los mismos no se tipifique un plagio respecto de la base preexistente); pero cuando el material seleccionado o compilado está constituido por obras preexistentes en dominio privado, es necesario que el autor de la base de datos haya obtenido la autorización correspondiente de los autores de las obras incorporadas a la compilación, salvo en los casos de utilización lícita, de interpretación restrictiva.

44. Y en lo que se refiere a las obras en dominio público, en las cuales no se requiere autorización para su uso, nadie puede oponerse a que otros compendien las mismas producciones, siempre que realicen sus propias compilaciones, distintas de la suya, pero quedan subsistentes los derechos de paternidad del autor y la integridad de tales obras primigenias, habida consideración del carácter perpetuo que se le asigna en muchas legislaciones de tradición latina a los derechos morales.

45. Considerada una obra protegida, el autor de la base de datos tiene el carácter de autor de su compilación y, sin perjuicio de los derechos de los autores de las obras originarias, ostenta los derechos morales y patrimoniales sobre la recopilación.

## **La autoría y la titularidad.**

46. En los países de la tradición continental, nada cambia el principio relativo a la autoría y la titularidad originaria de los derechos en cabeza de la persona física que realiza la producción intelectual.

47. Pero resulta que muchas bases de datos tienen características propias de las obras colectivas (definidas en la unidad 1 del módulo II), de manera que, en cuanto a la titularidad de los derechos debe acudir, en la mayoría de los casos, a la disposición que contenga la ley aplicable respecto del régimen atinente a las creaciones colectivas<sup>10</sup>, sin perjuicio de aquellos casos en que la obra pueda considerarse individual o en colaboración.

---

<sup>10</sup> En ese sentido, la Directiva Europea sobre la protección jurídica de las bases de datos dispone que “cuando la legislación de un Estado miembro reconozca las obras colectivas, la titularidad de los derechos patrimoniales corresponderá a la persona que sea titular de los derechos de autor” (art. 4,2).

48. Del mismo modo es aplicable, cuando corresponda, el régimen atinente a las obras creadas por encargo o bajo relación laboral.

### **La protección de las bases no creativas.**

49. Para finalizar, queda el caso de aquellas bases de datos que almacenan un gran volumen de información y que demandan grandes inversiones para su realización (como sucede con algunos catálogos de venta), pero donde no existe originalidad en la selección o disposición de las materias.

50. Tal es la situación actual, donde se discute la posibilidad de una protección *sui generis* (al estilo de la concedida en la Directiva europea sobre las bases de datos), como se estudiará en la unidad 5 del módulo IV de este curso.

51. En las legislaciones donde no existe esa protección *sui generis*, podría acudir a las normas del derecho común sobre el enriquecimiento sin causa o, incluso, con fundamento en las normas que reprimen la competencia desleal.

## VII

### LAS BASES DE DATOS EN LA “SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN”

52. La tecnología digital es la que ha permitido que las compilaciones efectuadas por métodos tradicionales cedan el paso a las bases electrónicas de datos, capaces de almacenar volúmenes enormes de elementos de información, recuperables por el usuario a gran velocidad; y que la aplicación de esa tecnología a las telecomunicaciones es la que le permite al abonado al servicio entrar al sistema sin que resulte necesaria la posesión del soporte material que sirve de intermediario entre la fuente y el usuario.

53. Es así como las bases centralizadas desde las cuales los “proveedores de contenido” pueden suministrar información a los usuarios receptores (tal el caso de la *Internet*), no se limitan, como en el pasado, al almacenamiento de simples datos (índices bursátiles, itinerarios aéreos, condiciones climáticas, etc.), o de obras expresadas por escrito (resúmenes, artículos, etc.), sino de toda una variedad de elementos de información protegidos por el derecho de autor, por ejemplo, obras escénicas, musicales, figurativas, audiovisuales y programas de ordenador, así como de prestaciones tuteladas por los derechos conexos (v.gr.: interpretaciones o ejecucio-



nes artísticas, grabaciones sonoras), lo que ha ampliado el espectro de las llamadas “*superautopistas de la información*”<sup>11</sup>.

54. Como lo señala la Directiva Europea sobre el derecho de autor y los derechos afines en la sociedad de la información, ya comentada en la unidad 9 del módulo II, el derecho de autor y los derechos afines desempeñan un papel importante al proteger y estimular el desarrollo y la comercialización de nuevos productos y servicios y la creación y explotación de su contenido creativo (Considerando 2) y la existencia de un marco jurídico armonizado en esta materia fomentará un aumento en la inversión en actividades de creación e innovación, incluida en la infraestructura de red, lo que a su vez se traducirá en el desarrollo de la industria, tanto por lo que respecta al suministro de contenido y de la tecnología de la información como, de modo más general, a una amplia gama de sectores de la industria y la cultura, lo que preservará el empleo e impulsará nuevos puestos de trabajo (considerando 4).

55. Ya esa realidad había sido avizorada en el Libro Verde de las Comunidades Europeas sobre el derecho de autor y los derechos afines en la Sociedad de la Información, al destacar que el éxito de su instauración estaba supeditado a la posibilidad de que los nuevos servicios y productos pudieran explotarse plenamente en las autopistas de la información, las cuales tendrían que recurrir necesariamente a obras preexistentes o propiciar la creación de nuevas obras<sup>12</sup>.

56. Así, el éxito de muchas grandes bases de datos estará ligado, en gran parte, a la instrumentación de esas autovías digitales, y el crecimiento de una infraestructura global de la información a que esas compilaciones electrónicas sean capaces de almacenar el volumen necesario de obras solicitadas por el público, lo que dependerá, también en buena medida, de que se asegure una adecuada protección a los titulares de derechos sobre el material preexistente que se desea utilizar, a los efectos de que otorguen las autorizaciones respectivas.

57. Ello estará vinculado, no solamente a la correcta aplicación de las normas legales sobre la protección de los derechos, sino también al diseño e instrumentación de medios técnicos de “*autotutela*” (dirigidos a evitar utilizaciones no autorizadas) y a la obligación de los países de sancionar toda acción que se dirija a desac-

---

<sup>11</sup> Con la expresión “*superautopistas de la información*” se designa al aprovechamiento conjunto de la informática, las redes de fibra óptica y las comunicaciones satelitales, que permitan el acceso interactivo a sistemas multimedia en línea, pero, como apunta Keplinger. Es mucho más que la actual *Internet*, pues constituirá un sistema de telecomunicaciones con alta velocidad, banda ancha e interactivo, capaz de transmitir textos, sonidos, imágenes y vídeo a gran velocidad, muy superior a *Internet*, que se confía a técnicas telefónicas normales (V.: KEPLINGER, Michael: “*La infraestructura global de la información y su marco legal*”, en Derecho de la Alta Tecnología (DAT). Año VII. N° 82/83. Buenos Aires, 1995. p. 18.

<sup>12</sup> Comisión de las Comunidades Europeas: “*Libro Verde*” (los derechos de autor y los derechos afines en la Sociedad de la Información). Bruselas, 1995. p. 3.

tivarlos u otras conductas relacionadas con la elusión de las medidas tecnológicas eficaces instrumentadas por los titulares del derecho para evitar o controlar el acceso a las obras (incluidas las almacenadas en bases de datos) que pretendieran circular a través de las redes digitales, como se analizó en la unidad 9 del módulo II de este curso.



Módulo

IV

*Derechos  
conexos o  
afines al  
derecho de  
autor*

UNIDAD 1

INTRODUCCION

Generalidades – Evolución - Naturaleza jurídica - La “*cláusula de salvaguardia*” - Excepciones y limitaciones - La aplicación extensiva del derecho de autor



# I

## GENERALIDADES

1. Con posterioridad al reconocimiento universal del derecho de autor, se han incorporado a numerosos ordenamientos un conjunto de derechos que, reunidos bajo el nombre de “vecinos”, “conexos” o “afines” al derecho de autor (según la denominación que haya preferido cada legislador nacional), tienen como objeto ciertas manifestaciones de diversa índole, que no constituyen una “creación” literaria o artística en sí mismas, pero tienen una importante vinculación con la difusión de las obras o sirven de “intermediarias” entre el autor y su creación con el público.

2. El hecho de ubicar a tales prestaciones y producciones en el marco de los derechos “conexos” y no como objeto del derecho de autor, hace a una de las diferencias sustanciales entre el sistema latino o continental de protección y el del “copyright” o angloamericano: el primero solamente reconoce protección autoral a las creaciones intelectuales con características de originalidad (y por tanto las prestaciones artísticas y las actividades empresariales no creativas, pero relacionadas con la creación, deben ser objeto de un derecho distinto, aunque “vecino” al del autor); y el segundo, mediante una *fictio iuris*, admite considerar como “obra” a expresiones carentes de originalidad, como las grabaciones sonoras o las emisiones de radiodifusión.

3. No se trata, en consecuencia, de negar la tutela necesaria a esos bienes culturales o actividades técnico-empresariales que contribuyen a la divulgación de las obras literarias o artísticas, sino a ubicar su protección en el marco que les corresponde, con su propia regulación jurídica, aunque razones de economía legislativa y de la aplicación común de varios de los dispositivos que regulan el derecho del autor, aconsejen su incorporación en un título o capítulo separado, pero ubicado generalmente dentro de la misma ley especial sobre derecho de autor.

4. Las prestaciones y producciones que conforman los derechos “conexos”, han sido objeto de reconocimiento internacional a través de 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) y el Acuerdo sobre los ADPIC; y, al menos parcialmente, en el Convenio de Ginebra para la protección de los productores de fonogramas contra la reproducción no autorizada de sus fonogramas (Convención Fonogramas) y en el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (TOIEF), como se estudiará más adelante.

5. En el ámbito del Derecho Comunitario Europeo, los derechos afines figuran por ejemplo, en las Directivas 92/100 del 19-11-92 sobre derechos de alquiler y

préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual<sup>1</sup>; 93/83 del 27-9-93 sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable<sup>2</sup>; 93/98 del 29-10-93 relativa a la armonización del plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines<sup>3</sup> y 2001/29 del 22-5-01 sobre derecho de autor y derechos afines en la sociedad de la información<sup>4</sup>.

6. Los derechos de los intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, están consagrados igualmente en el Derecho Comunitario Andino, a través de la Decisión 351 del Acuerdo de Cartagena que contiene el Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, vinculante para Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela.

7. Tales derechos se encuentran igualmente reconocidos en la mayor parte de las legislaciones internas en los diferentes países latinoamericanos.

8. Finalmente, ha sido una tendencia reciente en algunas leyes nacionales incorporar otros derechos afines (u “*otros derechos intelectuales*”), a distintas prestaciones que guardan cierta afinidad con la protección conferida a los autores sobre las obras, como se estudiará en la unidad 5 de este mismo módulo.

9. Sin embargo, para algunos de estos últimos derechos se ha recurrido también a la figura de una protección *sui generis*, sea en la misma legislación sobre derecho de autor o bien en una ley separada y especial.

## II EVOLUCIÓN

10. Antes de la existencia de mecanismos facilitadores de la fijación sonora o audiovisual o de las transmisiones a distancia, la actuación del artista intérprete o ejecutante se realizaba “*en vivo*”, ante el público presente en el espectáculo, de manera que el artista recibía una remuneración por su actuación mediante un contrato que, según las características de cada caso, se ubicaba en la locación de obra o en la prestación de servicios subordinados.

---

<sup>1</sup> V.: Diario Oficial de las Comunidades Europeas No. L 346/61 del 27-11-92.

<sup>2</sup> V.: Diario Oficial de las Comunidades Europeas No. L 248/15 del 6-10-93.

<sup>3</sup> V.: Diario Oficial de las Comunidades Europeas No. L 290/9 del 24-11-93.

<sup>4</sup> V.: Diario Oficial de las Comunidades Europeas No. L 167 de 22/06/2001.

11. Pero los avances tecnológicos permitieron, por ejemplo, que la interpretación de una obra musical –cuyo disfrute requería antes de la asistencia del público a la función–, fuera capaz de fijarse y reproducirse poniéndose a disposición a través de soportes sonoros; esa misma prestación podía transmitirse a distancia con la aparición sucesiva de la radio y la televisión; y el surgimiento de la cinematografía –y posteriormente con la circulación de soportes audiovisuales para uso doméstico–, posibilitó no sólo la fijación de la actuación del intérprete, sino también la distribución en el comercio y en gran escala de los objetos capaces de reproducir imagen y sonido a través de aparatos conectados a la pantalla de televisión.

12. Es cierto que por vía de relación contractual el intérprete o ejecutante podía reclamar del productor fonográfico, por ejemplo, una retribución proporcional a las ventas de los ejemplares que reproducían la fijación sonora de su interpretación o ejecución, pero ello no resolvía la situación de las comunicaciones públicas efectuadas mediante el uso de esos soportes, tanto en locales públicos (discotecas, cafés, restaurantes, etc.), como a través de la radiodifusión.

13. Ello constituía, en verdad, un enriquecimiento sin causa para el utilizador, al no remunerar al artista intérprete o ejecutante (como sí lo hacía al autor), quien con el empleo de esas grabaciones perdía oportunidades de trabajo, amén de la temida disminución en las ventas de los discos a causa de su radiodifusión.

14. Y en el ámbito extra-patrimonial, se planteaba la posibilidad de que se omitiera el nombre del artista en el aprovechamiento de sus interpretaciones grabadas (desvinculándolo del éxito de la prestación), o que la fijación sonora o audiovisual, o su posterior utilización, se realizaran con deformaciones o mutilaciones afectando no sólo a la obra interpretada, sino también a la integridad de la prestación artística y al prestigio del intérprete.

15. El justo reclamo formulado por la Unión Internacional de Músicos, motivó a la Organización Internacional del Trabajo (OIT) a la búsqueda de soluciones legislativas (tanto de alcance nacional como de orden multilateral), para la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes.

16. En ese sentido, la Conferencia de Revisión del Convenio de Berna (Roma, 1928), expresó su deseo porque los gobiernos adoptaran medidas destinadas a resguardar los derechos de los intérpretes y una nueva Conferencia de Revisión del mismo Convenio (Bruselas, 1948), si bien descartó la posibilidad de la protección a través del derecho de autor, formuló su aspiración de regular internacionalmente a través de otros instrumentos la protección de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes, como “*derechos vecinos*” al derecho de autor<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> V.: OMPI: “*Guía de la Convención de Roma y del Convenio Fonogramas*” (autor principal: Claude Masouyé). Ginebra, 1982. pp. 8-9.



17. La desprotección internacional también fue planteada en relación con la producción fonográfica la cual, con el transcurrir el tiempo y como producto del avance tecnológico, se convirtió en una empresa compleja y de grandes inversiones que implicaba, por ejemplo:

- a. La selección de las obras, artistas, arreglistas y orquestadores, en función del gusto del público en un momento determinado y de acuerdo a las expectativas de ventas de los soportes sonoros.
- b. La contratación de orquestas, estudios de grabación y personal técnico especializado, con el objeto de lograr fijaciones de alta calidad.
- c. La instalación de depósitos y la instrumentación de cadenas de distribución y ventas para facilitar el acceso del público a las reproducciones legítimas de la grabación.
- d. Todo un conjunto de actividades colaterales a la producción fonográfica, vinculadas, por ejemplo, a la presentación de los soportes al público (v.gr.: portadas, fotografías) y a la promoción de la grabación y del artista<sup>6</sup>.

18. A esos fenómenos se fueron agregando otros en apoyo a una debida protección internacional de los productores fonográficos, como la invención de las duplicadoras de alta velocidad, la aparición de los soportes digitales (que permiten la duplicación “clónica” de la fijación original) y el incremento de la llamada “copia privada” y del ilícito de la “piratería”.

19. Y no puede dejar de mencionarse la también legítima aspiración de los organismos de radiodifusión, quienes reclamaron una tutela adecuada frente a conductas indebidas, como las retransmisiones no autorizadas de sus emisiones (especialmente a partir de la invención de las “antenas repetidoras” y el sistema de “microondas”, hoy superadas con las modernas tecnologías como el satélite, el cable y las transmisiones o retransmisiones digitales) y las grabaciones de tales emisiones, todas las cuales afectaban las considerables inversiones necesarias para colocar la señal en el espacio y los recursos económicos, técnicos y humanos empleados con el fin de producir la transmisión destinada al público<sup>7</sup>.

20. A partir de 1949 se iniciaron una serie de reuniones internacionales que tuvieron como corolario la adopción, en 1961, de la Convención Internacional sobre la protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión (Convención de Roma), administrada conjuntamente por la OMPI, la OIT y la UNESCO.

---

<sup>6</sup> V.: ANTEQUERA PARILLI, Ricardo: “Derecho de Autor”. Ob. Cit. Tomo II. pp. 637-638.

<sup>7</sup> Idem. p. 663.

21. Posteriormente y debido a factores como la “*globalización de la economía*”; la importancia económica de las actividades industriales y comerciales vinculadas a los derechos de propiedad intelectual en general; las distorsiones en el comercio internacional ante los desniveles en la protección de esos derechos; el avance inusitado de la “*piratería*”; y la necesidad de crear mecanismos coercitivos, en el área comercial, contra aquellos países donde la tutela fuera ineficiente o inefectiva, hicieron que el derecho de autor y los “*derechos conexos*” se incorporaran al “*Derecho Comercial Internacional*”, lo que se consolida con el Tratado de la OMC y su Anexo 1C que contiene el Acuerdo ADPIC<sup>8</sup>.

22. Pero el desafío tecnológico, especialmente en el campo digital y en el de las telecomunicaciones, planteó la necesidad de actualizar la tutela internacional, lo que ocurrió en 1996 con la Conferencia Diplomática convocada por la OMPI, la cual aprobó tanto el nuevo Tratado sobre Derecho de Autor (TODA), como el Tratado sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (TOIEF).

23. Al momento de redactar este manual, continúan los trabajos preparatorios con vistas a la aprobación de un nuevo Tratado de la OMPI sobre los organismos de radiodifusión.

### III NATURALEZA JURÍDICA

24. Resulta muy difícil construir una teoría que explique bajo una concepción unitaria la naturaleza jurídica de los derechos afines o conexos, salvo su ubicación en el amplio espectro del “*espacio jurídico*” de la propiedad intelectual, como fue visto en la unidad 1 del módulo II de este curso.

25. Y es que la diversidad de objetos tutelados por los derechos afines hace que no se trate de derechos idénticos o al menos análogos entre sí, sino que el elemento que los vincula es el de ser, precisamente, conexos al del autor, pues cada uno de ellos tiene su propio sujeto, objeto, características y contenido de la protección legal.

26. Por ello, sin entrar a analizar teorías que pretendan explicar la naturaleza jurídica de estos derechos, destacaremos algunas premisas básicas (al menos de acuerdo al sistema continental, latino o “*franco-germánico*”), a saber:

---

<sup>8</sup> La expresión “*derechos conexos*”, si bien utilizada en la doctrina (y en muchas legislaciones nacionales) desde hace varias décadas, se emplea por primera vez en un instrumento internacional de alcance multilateral, en el Acuerdo sobre los ADPIC, aunque la de “*derechos afines*” ya se venía empleando en el ámbito del Derecho Comunitario Europeo.

- a. Los diferentes bienes jurídicos protegidos como derechos conexos o afines al derecho de autor no son obras, sino prestaciones artísticas (en el caso de los intérpretes o ejecutantes) o actividades organizativas y técnico-empresariales (en el supuesto de los productores fonográficos y los radiodifusores), vinculadas, en muy buena medida, a la utilización de obras protegidas por el derecho autoral.
- b. Para distinguir lo que es “obra” de lo que constituye una prestación artística o una producción fonográfica (y lo mismo es válido para una emisión de radiodifusión), debemos destacar que el primer concepto supone el cumplimiento de uno de sus requisitos existenciales, a saber, la “originalidad”, el cual no hace a la naturaleza de los bienes protegidos por los “derechos conexos”.
- c. La prestación artística, por ejemplo, implica casi siempre la interpretación o ejecución de una “obra” literaria o artística preexistente (ésta a la cual, para estar protegida, sí se le exige el requisito de la originalidad), salvo los casos en que la legislación aplicable, como se verá en su oportunidad, extienda la protección a las interpretaciones o ejecuciones de expresiones del folklore o a los artistas de variedades y de circo, que no interpretan o ejecutan una obra.
- d. Pero la originalidad no es requisito para la protección de la interpretación artística, pues “*si algún requisito no se impone a la interpretación para que se encuentre protegida, es que sea original y novedosa o aporte algún elemento creativo, diferente de interpretaciones anteriores*”<sup>9</sup>.
- e. El fonograma, por su parte, no es una obra originaria, ya que se trata de la fijación de unos sonidos (o de su representación digital) consistentes, casi siempre, en una creación literaria o artística preexistente (salvo en las grabaciones de otros efectos sonoros, como los sonidos de los animales o los ruidos de la selva, que tampoco son obras), de manera que la mayoría de los fonogramas no existirían sin una obra primigenia.
- f. Y tampoco el fonograma es una obra derivada, porque el productor fonográfico -generalmente una persona jurídica-, no arregla la obra, sino que la fija, con el concurso de la prestación de los artistas intérpretes o ejecutantes. Si el fonograma constituyera una adaptación, ésta no la efectuaría la productora fonográfica, sino el arreglista o el adaptador, y tal no es el sentido de la protección (porque el arreglo o la adaptación ya encuentran protección en el

---

<sup>9</sup> V. : 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. 15.

marco del derecho de autor), pues lo que se pretende tutelar bajo la esfera de los “*derechos conexos*” es la actividad empresarial del productor.

- g. La misma argumentación cabe para las transmisiones radiodifundidas, pues la emisión no constituye una creación en sí misma, sino que contiene una programación, constituida en buena parte por obras preexistentes (e interpretaciones o ejecuciones artísticas y producciones fonográficas), de suerte que la “*vecindad*” con el derecho de autor está en que la radiodifusión constituye un medio para la difusión de esas creaciones (y demás bienes intelectuales protegidos) y en que la actividad necesaria para producir la transmisión merece, igualmente, una tutela legal específica.

## IV LA “*CLÁUSULA DE SALVAGUARDIA*”

27. La Convención de Roma 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 “*por lo tanto, ninguna de las disposiciones de la presente Convención podrá interpretarse en menoscabo de esa protección*” (art. 1).

28. Esa norma es prácticamente copiada en el artículo 1,2 del TOIEF y con simples variaciones de estilo, también figura en muchos textos nacionales, en Directivas Europeas y en la Decisión 351 de la Comunidad Andina.

29. La cláusula de salvaguardia obedece a las vinculaciones que existen entre el derecho autoral y los derechos conexos y al temor expresado en su momento por las organizaciones representativas de los autores, en cuanto a que el reconocimiento de estos derechos podía significar un menoscabo al goce o el ejercicio de los derechos por parte de los creadores.

30. Así, se ha destacado que si bien en algunos casos el derecho de autor no tiene implicaciones, por ejemplo, cuando se trata de un artista de circo que no interpreta una obra, o de una producción fonográfica que se limita a fijar el canto de los pájaros o de una emisión de radiodifusión que transmite solamente un mero hecho noticioso, lo cierto es que la mayoría de las interpretaciones o ejecuciones artísticas versan sobre obras, que casi la totalidad de las grabaciones sonoras contienen fijaciones de obras y que buena parte de la programación de las estaciones de radio y televisión está constituida por obras.

31. En ese sentido, comenta la “*Guía de la Convención de Roma y del Convenio Fonogramas*” que la protección dispensada a los derechos “*conexos*” deja in-

tacta, no menoscabándola en lo más mínimo, la del derecho de autor, de manera que ninguna disposición de la Convención de Roma puede ser interpretada en forma tal que resulte lesiva para este derecho y que en la intención de sus redactores, la Convención no afecta a la situación jurídica de un titular de derecho de autor<sup>10</sup>.

32. Como un agregado aclaratorio, ciertos textos nacionales (y también la Decisión 351 de la Comunidad Andina), han señalado que “*en caso de conflicto se estará siempre a lo que más favorezca al autor*” u otra expresión similar (Panamá, Paraguay, República Dominicana, Venezuela), incluso no solamente en relación con los derechos conexos, sino como principio de carácter general (Perú).

33. El sentido de la norma es que si en un conflicto entre el titular del derecho de autor y el de un derecho conexo (o entre el derecho del autor y cualquiera otro previsto en la ley), existiere dudas interpretativas, éstas deben resolverse en beneficio del titular del primero.

## V

### EXCEPCIONES Y LIMITACIONES

34. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15,2 de la Convención de Roma, y sin perjuicio de las limitaciones específicas para los derechos conexos contempladas en el artículo 15,1 del mismo instrumento, todo Estado contratante puede establecer en su legislación nacional y respecto a la protección a los artistas intérpretes o ejecutantes, de los productores de fonogramas y de los organismos de radiodifusión, limitaciones de la misma naturaleza que las establecidas en tal legislación nacional con respecto a la protección del derecho de autor sobre las obras literarias o artísticas.

35. Al comentar el dispositivo, señala Lipszyc que este *paralelismo* con el derecho de autor tiene por finalidad que los derechos protegidos en la Convención de Roma no queden en una situación preferencial respecto de los autores<sup>11</sup>.

36. No sería coherente con la “*cláusula de salvaguardia*” que, por ejemplo, la utilización de una obra por determinado medio o procedimiento fuera lícita sin el consentimiento del titular ni pago de remuneración (por ubicarse entre los casos de excepción al derecho exclusivo de explotación del autor), mientras que en las mis-

<sup>10</sup> V.: Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI): “*Guía de la Convención de Roma y del Convenio Fonogramas*”. Ob. Cit. p. 19.

<sup>11</sup> LIPSZYC, Delia: “*Los Tratados sobre los derechos de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes*”. Curso Académico Regional OMPI/SGAE de formación en Derecho de Autor y Derechos Conexos. Documento OMPI/DA/ANG/99/22. Antigua, Guatemala, 1999, p. 16.

mas circunstancias, el uso de una interpretación o ejecución artística, de una producción fonográfica o de una emisión de radiodifusión, estuviera sujeta al consentimiento previo del titular del respectivo derecho y sometida, además, a una contraprestación económica.

37. Pero cualquier ley se haría inútilmente extensa si debiera repetir, en el título o capítulo relativo a los derechos conexos, todas y cada una de las excepciones o límites que ella misma establece para el derecho del autor.

38. De allí que una breve frase puede resolver el problema, cuando algunos ordenamientos disponen que sin perjuicio de las limitaciones específicas, todas las excepciones y límites establecidos en el texto legal para el derecho de autor, son también aplicables a los derechos conexos reconocidos por la ley.

## VI

### LA APLICACIÓN EXTENSIVA DEL DERECHO DE AUTOR

39. Por la “*afinidad*” existente entre los derechos conexos y el derecho de autor, parece evidente que varios de los dispositivos contemplados por la ley en relación con los creadores y sus obras, son también aplicables a artistas, productores y emisores respecto de sus respectivas interpretaciones, producciones o emisiones.

40. Así, por ejemplo, cuando se dispone que el intérprete o ejecutante tiene el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir la comunicación al público de su interpretación o ejecución “*en vivo*”, no existe ninguna razón para que no se hagan comprender como modalidades de esa comunicación pública, las previstas en el caso del derecho del autor a realizar, autorizar o prohibir esa misma modalidad de explotación.

41. De igual modo, cuando la ley reconoce al productor fonográfico el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir la reproducción de su fonograma, no hay motivo para interpretar la reproducción de una manera distinta que cuando se regula ese mismo derecho respecto del autor y su obra.

42. Lo mismo ocurriría respecto del derecho exclusivo del organismo de radiodifusión de realizar, autorizar o prohibir la reproducción de sus emisiones.

43. De allí el dispositivo incorporado a algunos textos nacionales según el cual los titulares de derechos conexos u otros derechos intelectuales, pueden invocar las disposiciones relativas a los autores y sus obras “*en tanto se encuentren conformes*

con la naturaleza de sus respectivos derechos” u otra expresión equivalente (Ecuador, Panamá, Paraguay, Perú, Venezuela).

44. Pero un dispositivo como el anterior amerita algunas reflexiones, a saber:

- a. No se trata de una extensión “*a ciegas*” de los derechos de los autores sobre sus obras a los titulares de derechos conexos sobre sus respectivas interpretaciones, producciones o emisiones.
- b. Esa aplicación extensiva está sujeta a que las disposiciones relativas a los autores y sus creaciones sean compatibles con la naturaleza del respectivo derecho conexo.
- c. Para ello es necesario que el intérprete de la ley advierta que los derechos afines o conexos son distintos al derecho del autor, tanto en su naturaleza, como en el sujeto, el objeto y el contenido, de modo que muchas disposiciones relativas al autor y su obra no son aplicables, ni en forma analógica ni extensiva, a los titulares de los derechos “*afines*” al autor.
- d. Por ejemplo, mientras el derecho patrimonial reconocido al autor comprende “*cualquier forma o procedimiento*”, como ya fue estudiado en este curso, los derechos de explotación concedidos a intérpretes, productores o radiodifusores, no se conciben como *numerus apertus*, sino como *numerus clausus*, es decir, limitados a los previstos expresamente en la ley.
- e. De igual modo, al aplicar la referida cláusula debe advertirse que los derechos conexos también son distintos entre sí, cada uno de ellos con su propia naturaleza, de manera que, por ejemplo, la aplicación extensiva al artista intérprete o ejecutante de una determinada disposición relativa al autor, puede ser improcedente respecto del productor fonográfico o del organismo de radiodifusión.
- f. Valga como ejemplo que si se reconocen determinados derechos morales al intérprete o ejecutante, en razón de que la protección se funda en una labor intelectual propia de la persona humana, mal podrían los productores de fonogramas o los organismos de radiodifusión (generalmente personas jurídicas), pretender reclamar derechos morales sobre sus producciones o emisiones (invocando la aplicación extensiva de las disposiciones relativas al autor y su obra), ya que la tutela a sus derechos se fundamenta en la protección a una actividad organizativa técnico-empresarial.

45. Pero hay otras disposiciones del derecho de autor que sí son perfectamente aplicables a los derechos conexos, por ejemplo:

- a. Las excepciones o limitaciones al derecho patrimonial, como ya fue visto.
- b. Los principios interpretativos de los contratos, en particular:
  - i. La formalidad escrita.
  - ii. La presunción de onerosidad.
  - iii. La remuneración proporcional.
  - iv. La limitación a los modos de explotación autorizados y al tiempo y ámbito territorial convenidos.
- c. Las acciones y los procedimientos civiles y administrativos para la defensa de los derechos, incluyendo el sistema cautelar.





Módulo

IV

Derechos  
conexos o  
afines al  
derecho de  
autor

## UNIDAD 2

LOS DERECHOS CONEXOS O AFINES DE LOS ARTISTAS INTÉRPRETES O  
EJECUTANTES

Antecedentes – Naturaleza jurídica - El sujeto - El objeto – El derecho moral – El derecho patrimonial - La duración del derecho patrimonial



# I

## ANTECEDENTES

1. Ya la Biblia, al narrar la descendencia de Caín, nos cuenta que Jubal fue padre de aquellos que tocaban el arpa y la flauta (Gen. 4,21), quienes, o eran cantautores, o interpretaban obras musicales de sus antepasados.

2. Con la aparición de las comunidades tribales nacieron nuevas formas de expresión: el grabado, la oración, la danza.

3. Una de ellas –cuenta Priestley–, consistía en la “*magia simpática*” que la explica de la manera siguiente: “*Una tribu cazadora que anduviera escasa de carne decidiría representar el acto de descubrir y matar un venado. Si fue así, alguien tuvo que interpretar el papel de venado y otros el de los cazadores triunfantes*”<sup>1</sup>.

4. Pero es exagerado pensar que toda obra requiere de un artista que la interprete o ejecute, pues existen géneros como el de las artes visuales (v.gr.: pintura, dibujo, escultura) y otras creaciones (programas de ordenador, bases de datos, planos arquitectónicos y topográficos, cartas geográficas, etc.), en cuya exteriorización no interviene la interpretación o ejecución artística.

5. No obstante, hay ciertas categorías de obras (dramáticas, coreográficas, pantomímicas, musicales y dramático-musicales) que precisan de su interpretación o ejecución para ser conocidas, de manera que el intérprete se convierte en un intermediario entre el autor y su obra con el público.

6. Ello implica una relación de conexidad entre el derecho del autor como creador de la obra y el otorgado a quienes la interpretan o ejecutan, aunque el reconocimiento legislativo de esos derechos no ha sido simultáneo en el tiempo.

7. El primer derecho objeto de regulación sistemática fue el del autor, el cual inició su desarrollo a partir de una innovación tecnológica: la imprenta, mientras que la adopción legal de los derechos del artista fue muy posterior, aunque también surgió con motivo del avance de la técnica.

8. Como fue explicado en la unidad anterior, la fijación sonora (y después la audiovisual) y las telecomunicaciones, causaron un gran impacto a los intérpretes o ejecutantes, cuyas prestaciones podían ser disfrutadas por el público sin su participación personal en el acto.

---

<sup>1</sup> Cit. OBÓN LEÓN, J. Ramón: “*Derecho de los artistas intérpretes (actores, cantantes y músicos ejecutantes)*”. Ed. Trillas. México, 1986. p. 11.

9. Esos fenómenos tecnológicos favorecieron al autor, dadas las nuevas modalidades capaces de reproducir o de comunicar públicamente sus creaciones (con el consiguiente lucro derivado de las modernas utilidades), pero comportó un perjuicio para el artista, que no contaba con una protección legislativa análoga respecto de sus interpretaciones o ejecuciones, al tiempo que el uso de sus grabaciones le hacía perder oportunidades de trabajo.

10. Así, el uso de copias de fonogramas sustituyó la presencia del artista en salas de fiestas y otros sitios similares; la radio amplió la cobertura de la prestación artística, pues no se limitaba al ámbito físico del lugar donde se actuaba, lo que se agravaba si, en vez de la interpretación personal del artista desde los estudios, se empleaba una grabación sonora; el “*video-tape*” permitió que una televisora fijara la interpretación o ejecución y la retransmitiera numerosas veces sin tener que tratar nuevamente la presencia del intérprete.

11. Si bien ya en las primeras décadas del Siglo XX se produjeron las primeras reformas legislativas que incorporaban expresamente la protección del intérprete (v.gr.: Argentina, Uruguay), la tutela en el ámbito internacional esperó por más tiempo, con la adopción, en 1961, de la Convención Roma y luego los demás instrumentos que serán comentados en esta unidad.

## II NATURALEZA JURÍDICA

12. Sobre la discusión en doctrina acerca de la naturaleza de los derechos de los intérpretes a fin de determinar, especialmente, si es un nuevo aspecto del derecho autoral o si tiene sus propias características que lo instituyen en un derecho distinto y autónomo, existe numerosa bibliografía<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> V.: ANTEQUERA PARILLI, Ricardo: “*Los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes*”, en el libro-memorias del II Congreso Iberoamericano de Derecho de Autor y Derechos Conexos”. Lisboa, 1994. Tomo II. pp. 559-574; ASCARELLI, Tullio: “*Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales*” Ob. Cit. pp. 765-766; BAYLOS, Hermenegildo: “*Tratado de Derecho Industrial*”. Ob. Cit. 1a. Edición. pp. 525-527; CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio: “*Derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes*”, en “*Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*” (Coordinador: Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano). Ob. Cit. 1989. pp. 1425-14; JESSEN, Henry: “*Los derechos conexos de artistas intérpretes y ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión*”, en el libro-memorias del Congreso Internacional sobre la protección de los Derechos Intelectuales. pp. 163-186; LIPSZYC, Delia: “*Derecho de Autor y Derechos Conexos*”. Ob. Cit. pp. 360-373 y “*Los derechos de los artistas o ejecutantes en el panorama legislativo latinoamericano. Noción de artista intérprete o ejecutante. Sus derechos morales. Sus derechos patrimoniales sobre sus interpretaciones o ejecuciones ‘en vivo’.* *Idem sobre sus interpretaciones o ejecuciones fijadas. Derechos patrimoniales a una remuneración equitativa por ciertas utilidades de sus interpretaciones o ejecuciones*”. Documento OMPI-SGAE/DA/SRZ/01/17, presentado en el

13. Las posiciones que asimilan el derecho del artista al del autor (sea como “coautor” de la obra preexistente, como “colaborador” del creador originario o bien como “adaptador” de la obra primigenia, siendo entonces autor de una obra “derivada”), han sido objeto de muchas críticas.

14. Si el artista interpreta o ejecuta una “obra” preexistente, creada también por un “autor” preexistente, el artista no es un autor. La obra ya existe en forma autónoma antes de su interpretación.

15. La obra es, además, única, con prescindencia del número de interpretaciones que de ella se realicen.

16. Por el contrario, la prestación artística supone la interpretación o ejecución de una obra, lo que implica la preexistencia de una creación original, salvo los casos en que la ley aplicable extiende la protección a las interpretaciones o ejecuciones de expresiones del folklore, o a los artistas de variedades y de circo que no interpretan o ejecutan una obra.

17. La actividad artística implica así una relación de dependencia con la obra, pues como señala De Sanctis, cuando una interpretación es *independiente* de la obra interpretada se está dentro del derecho del autor y no del derecho del intérprete<sup>3</sup>.

18. En cuanto a la originalidad, como afirman Villalba y Lipszyc, “si se le trata de dar un fundamento autoral, el derecho de intérprete, sufrirá un impacto anulador”<sup>4</sup>, pues no se exige originalidad a la prestación artística para que goce de protección legal.

19. La naturaleza distinta del derecho de autor y los “derechos conexos” (entre los cuales el del intérprete), aparece en la propia Convención de Roma, cuando contempla la “cláusula de salvaguarda”, ya comentada en la unidad anterior.

20. En cuanto a la ubicación del derecho del intérprete en el derecho laboral si bien, en muchos casos, la relación del artista con el empresario se presenta como

---

Octavo Curso Académico Regional de la OMPI/SGAE sobre derecho de autor y derechos conexos para países de América Latina. Santa Cruz de la Sierra (Bolivia), 2001; OBON LEON, J. Ramón: “Derechos de los artistas intérpretes (actores, cantantes y músicos ejecutantes)”. Ob. Cit.; y VILLALBA, Carlos y LIPSZYC, Delia: “Derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión”. Ob. Cit.

<sup>3</sup> DE SANCTIS, V. Cit. 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. 14.

<sup>4</sup> V.: VILLALBA y LIPSZYC: “Derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión”. Ob. Cit. p. 15.

una prestación de servicios subordinados (donde el aporte del trabajador se traduce en la actuación remunerada por un pago constitutivo de salario), es lo cierto que los derechos del artista rebasan esa relación contractual, pues se extiende, por ejemplo, al derecho de autorizar o no la fijación de su interpretación y la de obtener una contraprestación por la utilización pública de esa grabación.

21. Y resulta evidente que entre el artista y el propietario de una sala de baile que emplea grabaciones sonoras, o entre el intérprete y el radiodifusor que transmite esas mismas fijaciones, no existe una relación de dependencia, además de que un vínculo de empleo no permite explicar ciertos atributos de orden extra-patrimonial, tal el derecho del artista a vincular su nombre a la interpretación o ejecución, o a la defensa de su integridad.

22. Las mismas críticas a las teorías laborales, son valederas para la teoría que asimila los derechos del intérprete a un simple contrato de locación de obra.

23. Respecto de la tesis de los derechos de la personalidad (partiendo de que la interpretación o ejecución artística está conformada por un conjunto de elementos personales: el nombre, la voz, la imagen), aunque no hay duda sobre el importante sustrato personal que tiene la actuación de un artista, lo es cierto es que los derechos de la personalidad se ostentan por el hecho de ser persona y son comunes a todas ellas (de allí que nacen con toda persona y se extinguen con su muerte), en tanto que los derechos artísticos dependen de la interpretación o ejecución de una obra (lo que no toda persona realiza), de suerte que el objeto del derecho es dicha interpretación o ejecución. De otro lado, no nacen con la persona, sino con la actuación.

24. Cada vez cobra mayor fuerza la tesis que asigna al derecho del artista sus propias características, dentro de los “*derechos intelectuales*”, pero con sus propias peculiaridades que lo distinguen del derecho del autor.

25. Lo anterior no niega los puntos de coincidencia que existen entre la figura del autor y la del artista intérprete o ejecutante, por ejemplo:

- a. Aunque el artista, en principio, es el intérprete o ejecutante de una obra, “*cuan- do estos artistas interpretan o ejecutan sus propios sketches, pantomimas u otras obras, pueden gozar, en lo que a ellas respecta, de la protección que se dispensa al derecho de autor*”<sup>5</sup>.
- b. Como el autor, el artista es también, necesariamente, una persona física. El autor, porque únicamente el ser humano puede crear; y el artista porque su

---

<sup>5</sup> V.: OMPI: “*Guía de la Convención de Roma y del Convenio Fonogramas*”. Ob. Cit. p. 55.

prestación constituye una labor intelectual, ya que la actuación teatral o la ejecución musical, por ejemplo, sólo la hacen posible las persona naturales.

- c. Existe la probabilidad de reunir en una misma persona a dos sujetos diferentes, si el artista interpreta su propia obra, típico caso de los “cantautores”; o si el director de una obra de teatro no se limita a coordinar la “puesta en escena”, sino que realiza una adaptación de la creación preexistente.
- d. Los intérpretes o ejecutantes gozan de algunos derechos morales sobre su interpretación o ejecución, coincidentes a veces con los que disfrutaban los autores sobre sus creaciones literarias o artísticas.

26. En cualquier caso, el mismo carácter especial de los derechos del intérprete permite determinar, igualmente, que la propia naturaleza de esos atributos los hace diferentes a otros derechos “conexos” (como el del productor fonográfico y el del organismo de radiodifusión), cuya analogía se limita a que todos son, precisamente, conexos o vecinos al autoral.

### III

#### EL SUJETO

27. De acuerdo 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*”.

28. El ADPIC no contiene una definición al respecto, pero podría deducirse que es válido, para su aplicación, el concepto de la Convención de Roma<sup>6</sup>.

29. El artículo 2,a) del TOIEF define a los artistas intérpretes o ejecutantes como a “*todos los actores, cantantes, músicos, bailarines u otras personas que representen un papel, canten, reciten, declamen, interpreten o ejecuten en cualquier forma obras literarias o artísticas o expresiones del folclore*”.

---

<sup>6</sup> A diferencia de la relación existente entre el Convenio de Berna y el ADPIC (que hace suyos los artículos 1 a 21 del Convenio de Berna, salvo el artículo 6bis), no existe la misma vinculación entre este último y la Convención de Roma, pero al establecer el ADPIC un régimen de protección mínimo para los artistas intérpretes o ejecutantes, sin definirlos, y al disponer que en relación con los derechos allí atribuidos “*todo Miembro podrá establecer condiciones, limitaciones, excepciones y reservas en la medida permitida por la Convención de Roma*” (art. 14,6), puede deducirse que la definición contenida en la Convención de Roma para los artistas intérpretes o ejecutantes, es válida para los ADPIC.



30. De la comparación de los dos conceptos se desprende que mientras en la Convención de Roma la protección de los intérpretes o ejecutantes “*que no ejecuten obras literarias o artísticas*”, como sería el de muchas “*expresiones del folclore*”, es facultativa de los Estados (art. 9), esa incorporación, en idénticas condiciones que para la tutela de los intérpretes o ejecutantes de una obra literaria o artística, figura expresamente como obligante en el TOIEF<sup>7</sup>.

31. El Glosario de la OMPI define a las expresiones del folclore como las obras pertenecientes a la herencia cultural de una nación, creadas, conservadas y elaboradas por comunidades autóctonas de generación en generación por personas no identificadas, a cuyos efectos pone entre los ejemplos a los cuentos populares, las canciones folklóricas, la música y las danzas instrumentales, así como los ritos de los pueblos<sup>8</sup>.

32. Pero no hay aquí una protección a las expresiones del folclore en sí mismas (tema que será tratado en la unidad 5 de este módulo), sino de aquellos que las interpretan o ejecutan.

33. En cualquier caso, cuando se señala que los artistas son quienes interpretan o ejecutan obras literarias artísticas, no es menester que éstas se encuentren dentro del plazo de protección por el derecho de autor, ya que puede tratarse de obras en dominio público.

34. Finalmente, aunque ya se ha dicho que la figura del artista intérprete o ejecutante supone que el sujeto es siempre una persona física, queda el tema de determinar el ejercicio de los derechos cuando se trata de interpretaciones o ejecuciones “*colectivas*”, como en las orquestas y coros.

35. El artículo 8 de la Convención de Roma dispone que cada uno de los estados miembros puede determinar en su ley, los modos según las cuales los intérpretes o ejecutantes estén representados si varios de ellos participan en una misma ejecución.

36. La fórmula mayoritariamente acogida es la de presumir que los artistas participantes en esas interpretaciones o ejecuciones colectivas confían esa representación a los directores de las respectivas agrupaciones.

---

<sup>7</sup> Por supuesto que, tratándose de principios convencionales mínimos, nada impide a los legisladores nacionales reconocer también dicha protección a otros protagonistas del espectáculo (v.gr.: artistas de variedades y de circo, deportistas, toreros, etc.), sea ampliando la definición de lo que, a la luz de la respectiva ley nacional se entiende por artista intérprete o ejecutante, o bien concediéndoles un derecho específico.

<sup>8</sup> OMPI: “*Glosario de Derecho de Autor y Derechos Conexos*”. Ob. Cit. Voz 119. p. 121.

## IV EL OBJETO

### La situación en el Derecho Internacional.

37. Si se mira superficialmente el contenido de la Convención de Roma, pareciera que ella protege por igual a todas las interpretaciones o ejecuciones artísticas, sean aquellas que solamente comunican sonidos o bien las que pueden ser objeto de fijaciones audiovisuales.

38. En efecto, el artículo 7 *eiusdem* reconoce a los intérpretes o ejecutantes el derecho de radiodifusión y comunicación pública, así como el de fijación sobre una base material de la interpretación o ejecución y el de reproducción de la fijación de la ejecución, sin que el término “*fijación*” aparezca limitado a la que contiene exclusivamente una grabación sonora.

39. Sin embargo, el artículo 19 del mismo texto convencional dispone que una vez que un artista intérprete o ejecutante ha consentido en que su actuación se incorpore a una fijación visual o audiovisual, dejan de aplicarse los derechos que se refiere el mencionado artículo 7 del Convenio.

40. Así, en la Convención de Roma los derechos de los intérpretes o ejecutantes, para el caso de las actuaciones audiovisuales, se limitan a los actos que ocurren “*antes*” de la fijación realizada con su consentimiento, es decir, los de “*impedir*” la radiodifusión o comunicación de su actuación “*en vivo*” (a menos que la interpretación o ejecución utilizada constituya por sí misma una ejecución radiodifundida), así como también la primera fijación de su interpretación o ejecución que se pretenda realizar sin su autorización.

41. El ADPIC es todavía más limitado, porque restringe su contenido a los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes “*en lo que respecta a la fijación de sus interpretaciones o ejecuciones en un fonograma*” (art. 14,1), de modo que, en cuanto a los principios mínimos a que se refiere dicho Acuerdo, no pareciera admitirse que los artistas puedan invocarlos en lo que se refiere al derecho de “*impedir*” la fijación de su actuación en soportes audiovisuales, siempre sobre la base de que los legisladores pueden incorporar esa protección sobre dicho nivel mínimo y sin perjuicio de las obligaciones contraídas por los países que se adhieren a la Convención de Roma.

42. En el TOIEF, el alcance de la protección mínima para las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales se limita al derecho de autorizar la radiodifusión y la comunicación al público de sus interpretaciones o ejecuciones no fijadas, excepto

cuando la interpretación constituya por sí misma una ejecución o interpretación radiodifundida (art. 6,i).

43. En cuanto al derecho de autorizar o no la fijación de sus ejecuciones o interpretaciones no fijadas (art. 6,ii), el TOIEF no lo limita a las grabaciones exclusivamente sonoras (de lo que podría deducirse que se aplica también a las audiovisuales), pero se presenta el escollo interpretativo de lo que se entiende por “*fijación*” en el mismo Tratado, cuyo artículo 2,c), la define como “*la incorporación de sonidos, o la presentación de éstos, a partir de la cual puedan percibirse, reproducirse o comunicarse mediante un dispositivo*” (hemos destacado), y de allí podría alegarse que el derecho de fijación a que se refiere el artículo 6,ii) del TOIEF, está limitado al de las grabaciones sonoras.

44. Así, los derechos de reproducción, distribución, alquiler y puesta a disposición previstos en el TOIEF, están limitados a las interpretaciones o ejecuciones artísticas fijadas en fonogramas.

45. Queda para un nuevo Tratado el reconocimiento de esos derechos (o algunos de ellos), en relación con las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales.

## **La situación en la legislación comparada latinoamericana.**

46. Superando con creces los niveles mínimos establecidos en los instrumentos internacionales anotados, la mayoría de las legislaciones latinoamericanas (incluyendo la Decisión 351 de la Comunidad Andina), protege a todos los artistas intérpretes o ejecutantes, tanto de las interpretaciones o ejecuciones grabadas en fonogramas como de las fijadas por medios audiovisuales.

47. Por excepción, la ley de Guatemala excluye de la protección a los intérpretes de obras audiovisuales, mientras que la de Colombia establece algunas restricciones a los derechos una vez que los artistas intérpretes o ejecutantes han autorizado la incorporación de su interpretación o ejecución en una fijación de imagen o de imágenes y sonidos.

48. A título referencial, tampoco la Directiva Europea 92/100 del 19-11-92 sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual, hace esa discriminación<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> Sobre los derechos de los artistas en obras audiovisuales, v.: MARTÍN VILLAREJO, Abel: “*El ejercicio de los derechos conexos sobre las interpretaciones artísticas integradas en la obra audiovisual. Prácticas contractuales*”. 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.

## V

### EL DERECHO MORAL

#### **La protección mínima en los instrumentos internacionales.**

49. La Convención de Roma ni el ADPIC reconocen derechos morales a los artistas intérpretes o ejecutantes, aunque sí figuran en muchas legislaciones nacionales e instrumentos comunitarios.

50. Y esos derechos morales se han reconocido, no sólo si la interpretación o ejecución se incorpora a una grabación sonora, sino también en las actuaciones audiovisuales, ya que la digitalización, por ejemplo, permite tanto la distorsión de los sonidos como la manipulación de las imágenes, como puede ocurrir en las producciones “multimedia”.

51. Las distorsiones o manipulaciones pueden afectar la integridad de la interpretación o ejecución y hasta la reputación del artista quien aspira también al reconocimiento del derecho a la paternidad sobre su prestación intelectual.

52. El derecho moral de los intérpretes o ejecutantes se aprobó en el TOIEF, pero sólo para los intérpretes o ejecutantes “*en lo relativo a sus interpretaciones o ejecuciones sonoras en directo o sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas*” y, aun así, con un nivel de protección menor al ya contemplado en la mayoría de las leyes del sistema latino o “*franco-germánico*”.

53. En efecto, conforme al artículo 5,1) del TOIEF:

*“Con independencia de los derechos patrimoniales del artista intérprete o ejecutante, e incluso después de la cesión de esos derechos, el artista intérprete o ejecutante conservará, en lo relativo a sus interpretaciones o ejecuciones sonoras en directo o sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas, el derecho a reivindicar ser identificado como el artista intérprete o ejecutante de sus interpretaciones o ejecuciones excepto cuando la omisión venga dictada por la manera de utilizar la interpretación o ejecución, y el derecho a oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de sus interpretaciones o ejecuciones que cause perjuicio a su reputación”.*

54. Si bien el texto anterior sigue de cerca al artículo 6bis del Convenio de Berna para la protección del derecho moral de los autores, la protección mínima reconocida a los artistas intérpretes y ejecutantes tiene en el TOIEF un nivel disminuido en relación con el Convenio de Berna (y en comparación con la prevista en

muchas leyes del sistema continental, en cuanto a los derechos de los intérpretes o ejecutantes), por las razones siguientes:

- a. Los derechos morales solamente se aplican a los artistas intérpretes o ejecutantes “*en lo relativo a sus interpretaciones o ejecuciones sonoras en directo o sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas*”, de suerte que no puede ser invocado, como mínimo convencional, a las interpretaciones o ejecuciones artísticas objeto de fijación audiovisual.
- b. El derecho moral de “*paternidad*” de los intérpretes o ejecutantes, a diferencia del correspondiente a los autores (conforme al Convenio de Berna, art. 6bis), debe respetarse, en los términos mínimos del Tratado, “*excepto cuando la omisión venga dictada por la manera de utilizar la interpretación o ejecución*”, lo que significa que, al menos en algunos casos, es válida la omisión del nombre del artista al utilizar su interpretación o ejecución.
- c. El derecho de integridad, conforme al TOIEF (art. 5,1), puede ser reclamado por los artistas intérpretes o ejecutantes respecto de “*cualquier deformación, mutilación u otra modificación de sus interpretaciones o ejecuciones que cause perjuicio a su reputación*”, pero no en relación con “*cualquier atentado*”, como sí lo dispone, para los autores, el artículo 6bis del Convenio de Berna.

55. Los derechos morales en el TOIEF, al estilo del Convenio de Berna en relación con las obras literarias y artísticas (art. 6bis), deben mantenerse después de la muerte del artista, “*por lo menos hasta la extinción de sus derechos patrimoniales*” (art. 5,2), lo que admite la posibilidad de su perpetuidad.

56. La situación aplicada a una futura protección internacional para las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales luce todavía más compleja, como demuestran las diferentes propuestas presentadas a la consideración de la Conferencia Diplomática reunida en Ginebra (2000) para la discusión (y, en su caso, la aprobación) de un “*Protocolo al TOIEF*” o un nuevo Tratado (según las opciones presentadas a la Conferencia) para dichas interpretaciones o ejecuciones, la cual no dio los resultados esperados y se espera por una ocasión más propicia para reiniciar las discusiones sobre el tema.

57. Pero el problema más agudo se da en relación con el “*derecho de integridad*” de la prestación artística audiovisual, pues si bien es cierto que la mayoría de las propuestas presentadas a la Conferencia Diplomática del 2000 coincidieron en un texto similar al contenido en el artículo 5,1 del TOIEF relativo a las actuaciones sonoras (para aplicarse a las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales “*en directo*”), luego comenzaron los “*agregados*” a esos textos que disminuían la protec-

ción de las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales en comparación con las fijadas en grabaciones sonoras.

58. Pueden ponerse como ejemplo, las propuestas por las cuales no debía considerarse un perjuicio grave a la reputación del artista el uso de tecnología, medios, formatos o métodos de distribución, difusión, puesta a disposición o comunicación al público nuevos o modificados, o que el artista “*deberá considerar en forma razonable los intereses que tengan los demás intérpretes o ejecutantes de la obra, los autores de guiones, diálogos u obras creadas para la realización de la obra, y el realizador principal de ésta, al tratar de ejercer los derechos antes descritos respecto de dicha obra*”; o también que no obstante el derecho de integridad del intérprete o ejecutante, el productor audiovisual podía realizar la reducción, compactación, edición o doblaje de la obra, sin deformar la participación del artista.

### **El derecho moral en la legislación comparada latinoamericana.**

59. Siguiendo la tendencia existente en la tradición continental, las leyes latinoamericanas de reciente promulgación (incluyendo a la Decisión 351 de la Comunidad Andina), reconocen a los intérpretes o ejecutantes los dos derechos morales fundamentales, es decir:

- a. El de reivindicar la paternidad de su interpretación o ejecución; y,
- b. El de oponerse a cualquier deformación o mutilación que atente o pueda poner en peligro su decoro o reputación.

60. Alguna legislación ha sido más generosa, al extender a los intérpretes o ejecutantes los mismos derechos morales reconocidos a los autores (Colombia).

## VI

### EL DERECHO PATRIMONIAL

#### **Generalidades.**

61. Tanto en la Convención de Roma como en el ADPIC, los derechos patrimoniales de los intérpretes o ejecutantes están concebidos como facultades de “*impedir*” algunos actos para los cuales no han prestado su consentimiento, lo que evidentemente tiene un alcance más limitado que el de un derecho de “*autorizar*” (que, además, lleva implícita la facultad de “*prohibir*”) esas conductas.

62. Esa fórmula convencional, de acuerdo a las actas de la Conferencia que aprobó la Convención de Roma, se utilizó para que algunos países, como el Reino Unido, pudieran continuar protegiendo a los artistas intérpretes o ejecutantes mediante disposiciones de derecho penal<sup>10</sup>.

63. Por el contrario, el TOIEF reconoce a los artistas intérpretes o ejecutantes protegidos por el Tratado, un derecho exclusivo de “*autorizar*” aquellos actos determinados por el propio instrumento.

64. Tal es además la tendencia más generalizada en las legislaciones autorales latinoamericanas.

65. Finalmente, se encuentra el derecho de “*utilización secundaria*” del fonograma que contiene la interpretación o ejecución artística, el cual no confiere la facultad de “*autorizar*”, sino de percibir una remuneración equitativa por esa explotación, como se estudiará en su oportunidad.

## **El derecho de radiodifusión y comunicación al público de las interpretaciones o ejecuciones no fijadas.**

66. La Convención de Roma reconoce a los artistas intérpretes o ejecutantes el derecho de impedir “*la radiodifusión y la comunicación al público de sus interpretaciones o ejecuciones para las que no hubieren dado su consentimiento, excepto cuando la interpretación o ejecución utilizada en la radiodifusión o comunicación al público constituya por sí misma una ejecución radiodifundida o se haga a partir de una fijación*” (art. 7,1,a).

67. Comentando la norma, la “*Guía de la Convención de Roma y del Convenio Fonogramas*” apunta que el consentimiento del artista es necesario para la radiodifusión (radiofonía o por televisión) y para la comunicación al público de su interpretación o ejecución directa o “*viva*” a condición de que no se interponga en ese proceso una radiodifusión o una fijación de esa interpretación o ejecución<sup>11</sup>.

68. El ADPIC establece el derecho de los intérpretes o ejecutantes la facultad de impedir “*... la difusión por medios inalámbricos y la comunicación al público de sus interpretaciones o ejecuciones en directo*” (art. 14,1).

69. El TOIEF reconoce a los intérpretes o ejecutantes el derecho exclusivo de autorizar la radiodifusión y comunicación al público de sus interpretaciones o eje-

<sup>10</sup> V.: LIPSZYC, Delia: “*Derecho de Autor y Derechos Conexos*”. Ob. Cit. pp. 826-827.

<sup>11</sup> Ob. Cit. p. 46.

ciones no fijadas, excepto cuando la interpretación o ejecución constituya por sí misma una ejecución o interpretación radiodifundida (art. 6,i).

70. Del análisis comparativo de los tres dispositivos se desprenden varios elementos en común, a saber:

- a. Se trata de un derecho sobre las radiodifusiones o comunicaciones “*en vivo*” o “*en directo*” y no sobre aquellas que se realizan a partir de una fijación realizada con el consentimiento del intérprete o ejecutante.
- b. Si la interpretación se está haciendo directamente por la radiodifusión u otro medio de comunicación al público (como lo sería la actuación de un cantante en un programa de televisión), no podría fijarse esa interpretación, pero, precisamente por la misma naturaleza del medio, esa actuación está destinada a ser radiodifundida y por tanto no puede impedirla el artista que la realiza con su consentimiento<sup>12</sup>.
- c. Quedan comprendidas en el derecho todas las interpretaciones o ejecuciones “*en vivo*”, sean sonoras o audiovisuales.
- d. La expresión “*radiodifusión*”, de la Convención de Roma y el TOIEF, se corresponde con la de “*difusión por medios inalámbricos*” usada en el ADPIC.
- e. Aunque la radiodifusión no comprende la emisión por medios alámbricos (v.gr.: hilo, cable, fibra óptica), dicha transmisión queda comprendida entre los actos de “*comunicación pública*” de la interpretación o ejecución “*en vivo*”, sometida al derecho de “*impedir*”, según la Convención de Roma y el ADPIC, o al de “*autorizar*”, conforme al TOIEF.

71. Pero los derechos reconocidos en los artículos citados contienen un conjunto de limitaciones, de modo que el intérprete o ejecutante no goza del derecho de “*impedir*” o de “*autorizar*” (según los casos), los actos siguientes:

- a. La retransmisión inalámbrica, si la radiodifusión de origen que contiene la interpretación o ejecución fue realizada con su consentimiento.

---

<sup>12</sup> V.: CORRALES, Carlos: “*La protección de los derechos conexos de los artistas intérpretes o ejecutantes (los derechos exclusivos y los derechos de remuneración)*”. 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. pp. 3-4.



- b. La retransmisión alámbrica (v.gr.: hilo, cable, fibra óptica), de la emisión de la interpretación o ejecución por medio de la radiodifusión, si ésta se efectuó con su autorización.
- c. La comunicación pública de la emisión radiodifundida (por ejemplo, mediante equipos de radio o televisión colocados en un lugar público), si dicha emisión por radiodifusión se hizo con su consentimiento.
- d. La comunicación al público de la interpretación o ejecución, realizada a partir de fijaciones sonoras realizadas con su autorización.

72. Sin embargo, las anteriores excepciones no limitan el derecho del artista a recibir una remuneración equitativa cuando se trate de “*utilizaciones secundarias*” de un fonograma que contenga su interpretación o ejecución, por medio de la radiodifusión u otra forma de comunicación pública, como se verá más adelante.

73. Sin perjuicio de la necesaria consulta a la ley aplicable en cada caso, es de hacer notar la tendencia mayoritaria en América Latina a reconocer a los intérpretes o ejecutantes el derecho de autorizar la comunicación al público en cualquier forma de sus interpretaciones y ejecuciones no fijadas, así como la fijación y la reproducción de sus interpretaciones o ejecuciones, a menos que la comunicación pública de su interpretación o ejecución constituyan por sí mismas una ejecución radiodifundida o se realicen a partir de una fijación previamente autorizada, todo ello sin perjuicio del derecho a recibir una contraprestación económica por la referida “*utilización secundaria*” del fonograma contentivo de su interpretación o ejecución, compartida con el productor fonográfico.

## **El derecho de fijación.**

74. La Convención de Roma (art. 7,1,b) reconoce a los intérpretes o ejecutantes el derecho de “*impedir*” la fijación sobre una base material, sin su consentimiento, de su ejecución no fijada.

75. El ADPIC concede igualmente a los artistas, “*en lo que respecta a la fijación de sus interpretaciones o ejecuciones en un fonograma*”, ese derecho de “*impedir*” la fijación de sus interpretaciones o ejecuciones en directo (art. 14,1).

76. El TOIEF (art. 6,ii), reconoce a los intérpretes o ejecutantes el derecho de “*autorizar*” la fijación de sus ejecuciones o interpretaciones no fijadas.

77. La diferencia sustancial entre los distintos textos la hace el ADPIC, pues el derecho de fijación se concede sólo para las exclusivamente sonoras (fonogramas),

de manera que al tenor de dicho instrumento (que no conforme a la Convención de Roma ni de acuerdo al TOIEF), los intérpretes o ejecutantes no gozan del derecho de “*impedir*” la grabación audiovisual de sus interpretaciones o ejecuciones.

78. Pero debe recordarse que el propio ADPIC dispone que ninguna de las disposiciones contenidas en las Partes I a IV del Acuerdo (entre las cuales se encuentran las normas relativas al derecho de autor y a los derechos conexos), “*irá en detrimento de las obligaciones que los Miembros puedan tener en virtud del Convenio de París, el Convenio de Berna, la Convención de Roma y el Tratado sobre Propiedad Intelectual respecto de los Circuitos Integrados*” (art. 2,2, hemos destacado).

79. En relación con el derecho de fijación, debe hacerse notar que es posible que el artista no desee la fijación de su actuación realizada “*en vivo*”, al punto que la violación de ese derecho puede dar lugar a la práctica ilícita del “*bootlegging*”, es decir, a la grabación por contrabando de espectáculos artísticos, lo que permite su fijación para la posterior distribución de las copias al público, a veces antes de colocarse en el comercio el fonograma o videograma legítimo; o la incorporación de la interpretación o ejecución en un soporte, para su transmisión “*en diferido*” por radiodifusión.

80. El derecho de fijación de la interpretación o ejecución artística es de mayoritaria adopción por parte de las legislaciones vigentes en América Latina (incluyendo la Decisión 351 de la Comunidad Andina), con la acotación de las previsiones de la ley de Guatemala que, por excepción en el área latinoamericana, excluye totalmente del ámbito de protección a los artistas de obras audiovisuales.

## **El derecho de reproducción.**

81. La Convención de Roma hace una distinción entre el derecho de fijación (art. 7,1,b) y el de reproducción (art. 7,1,c).

82. En ese sentido, si bien es cierto que la fijación, en sí misma, constituye una reproducción (si se entiende por reproducción la fijación y la obtención de copias, como se interpreta en derecho de autor), la diferencia se encuentra en que mientras el de fijación se concede en la Convención sin restricciones, el de impedir la reproducción está sometido a las condiciones establecidas en el propio texto convencional.

83. En efecto, de acuerdo al artículo 7,1,c) de la Convención de Roma, el artista intérprete o ejecutante tiene el derecho de “*impedir*” la reproducción, sin su consentimiento, de la fijación de su ejecución, en los casos siguientes:

- a. Si la fijación original se hizo sin su consentimiento.
- b. Si se trata de una reproducción para fines distintos de los que había autorizado.
- c. Si consiste en una fijación original hecha con arreglo a lo dispuesto en el artículo 15 de la misma Convención, que se hubiere reproducido para fines distintos a los previstos en dicho artículo<sup>13</sup>.

84. Entre los anteriores supuestos, el segundo parece ser el que puede generar mayores conflictos, porque habrá que acudir a las condiciones de la autorización (o del contrato que la contiene), para determinar si la reproducción de la interpretación o ejecución se ha realizado en contravención a los términos expresados en dicho consentimiento.

85. Así, se ha sostenido que el derecho de reproducción se ve ligeramente limitado, *“pues una vez que un artista intérprete o ejecutante ha prestado el consentimiento para la reproducción de una interpretación o ejecución, únicamente podrá impedir al productor (o a otros) la realización de una reproducción que exceda el propósito del acuerdo”*<sup>14</sup>.

86. Por su parte, el artículo 14,1 del ADPIC reconoce a los artistas intérpretes o ejecutantes el derecho de *“impedir”* la reproducción de la fijación de su interpretación o ejecución.

87. Entre ambos dispositivos existe el elemento en común de distinguir, a los efectos del derecho concedido, la fijación y la reproducción, pero también se anotan las diferencias siguientes:

---

<sup>13</sup> Conforme al artículo 15,1 de la Convención de Roma, *“cada uno de los Estados Contratantes podrá establecer en su legislación excepciones a la protección concedida por la presente Convención en los casos siguientes: a) cuando se trate de una utilización para fines privados; b) cuando se hayan utilizado breves fragmentos con motivo de informaciones sobre sucesos de actualidad; c) cuando se trate de una fijación efímera realizada por un organismo de radiodifusión por sus propios medios y para sus propias emisiones; d) cuando se trate de una utilización con fines exclusivamente docentes o de investigación científica”*. De igual modo, el párrafo 2 del mismo artículo 15 permite a las legislaciones nacionales, además, establecer para los derechos reconocidos en la Convención limitaciones de igual naturaleza que las previstas para el derecho de autor, pero dichas leyes no pueden establecer licencias o autorizaciones obligatorias sino en la medida en que sean compatibles con las disposiciones de la propia Convención de Roma.

<sup>14</sup> V.: WALTER, Michel M.: *“La relación y comparación entre la Convención de Roma, el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT) y el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC); la evolución y el posible mejoramiento de la protección de los derechos conexos reconocidos por la Convención de Roma”*, en la Décimo Séptima sesión ordinaria del Comité Intergubernamental sobre la Convención Internacional sobre la protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión (Convención de Roma, 1961). Documento OIT/UNESCO/OMPI/ICR.17/6. Ginebra, 1999. p. 21.

- a. En ADPIC, a distinción de la Convención de Roma, solamente se reconoce el derecho de reproducción a los intérpretes o ejecutantes, “*en lo que respecta a la fijación de sus interpretaciones o ejecuciones en un fonograma*”, lo que no se extiende a las reproducciones audiovisuales.
- b. El artículo 14,1 del ADPIC no hace referencia a las limitaciones previstas en la Convención de Roma para el derecho de reproducción, ya anotadas, pero debe observarse que conforme al artículo 14,2 del mismo ADPIC, todo Miembro puede establecer condiciones, limitaciones, excepciones y reservas, en la medida permitida por la Convención de Roma.

88. Las legislaciones latinoamericanas de reciente promulgación reconocen a los intérpretes o ejecutantes el derecho de autorizar o prohibir la fijación y la reproducción de sus interpretaciones o ejecuciones (sonoras o audiovisuales), con la salvedad de Guatemala que excluye de ese derecho a los artistas en obras audiovisuales.

### **El derecho de reproducción de los artistas en el entorno digital.**

89. El artículo 7 del TOIEF (art. 7), reconoce a los intérpretes o ejecutantes el derecho de “*autorizar*” la reproducción directa o indirecta de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas, por cualquier procedimiento o bajo cualquier forma.

90. Como en el ADPIC, este derecho queda restringido a las reproducciones de las fijaciones exclusivamente sonoras, de suerte que no alcanza a las grabaciones audiovisuales.

91. Pero en comparación con la Convención de Roma y el ADPIC, el artículo 7 del TOIEF contiene dos elementos nuevos: por una parte, aclara que la reproducción puede ser “*directa o indirecta*”; y, por la otra, que dicha reproducción alcanza a la realizada “*por cualquier procedimiento o bajo cualquier forma*”.

92. En cuanto al último aspecto, la “*declaración concertada*” aprobada por la Conferencia Diplomática del TOIEF, tanto en relación con los intérpretes o ejecutantes (art. 7), como por lo que se refiere a los productores de fonogramas (art. 11), establece que “*el derecho de reproducción, según queda establecido en los Artículos 7 y 11, y las excepciones permitidas en virtud de los mismos y del Artículo 16, se aplican plenamente al entorno digital, en particular a la utilización de interpretaciones o ejecuciones y fonogramas en formato digital. Queda entendido que el almacenamiento de una interpretación o ejecución protegida o de un fonograma en forma digital en un medio electrónico constituye una reproducción en el sentido de esos Artículos*”.

## El derecho de distribución.

93. Como ya fue visto en la unidad 4 del módulo II, el derecho de distribución puede verse como un derecho de “*primera distribución*” (que para muchos ya está inmerso en el de reproducción), por el cual se tiene el derecho exclusivo de autorizar o no la “*primera venta*” (u otra forma de transferencia de la propiedad), del ejemplar o copias de la interpretación o ejecución (o del fonograma); o como un derecho “*general*” de distribución, por el cual, si bien la primera venta agota el derecho a autorizar o no la reventa de tales ejemplares, no extingue, por el contrario, el derecho de permitir o no el alquiler o el préstamo de los mismos.

94. Bajo ninguna de las dos acepciones este derecho aparece reconocido en la Convención de Roma ni en el ADPIC.

95. En el TOIEF (como también en el TODA para el derecho de autor), se adoptaron como dos derechos distintos el de distribución, por una parte, y el de alquiler por la otra.

96. Así, de acuerdo al artículo 8,1 del TOIEF, los artistas intérpretes o ejecutantes gozan del derecho exclusivo de autorizar la puesta a disposición del público del original y de los ejemplares de sus interpretaciones o ejecuciones, mediante venta u otra transferencia de propiedad.

97. Este derecho solamente es concedido en el Tratado con relación a las interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas, de modo que no alcanza, como protección mínima convencional, a los ejemplares que contienen una grabación audiovisual de la interpretación o ejecución artística.

98. La distribución, conforme a la “*Declaración Concertada*” adoptada por la Conferencia, se refiere a las copias fijadas que puedan ponerse en circulación como objetos tangibles.

99. Como se trata de un derecho de reciente aparición, por lo que se refiere a los artistas intérpretes o ejecutantes, apenas comienza a incorporarse a las últimas legislaciones aprobadas en algunos países de América Latina (Nicaragua, República Dominicana).

100. Una situación interpretativa interesante podría presentarse en relación con la ley de Guatemala la cual, además de los derechos tradicionales de los artistas para la fijación y reproducción, por ejemplo, agrega el de “*cualquier otra forma de utilización de sus interpretaciones y ejecuciones*” o al estilo de la ley de Brasil, “*cualquier otra modalidad de utilización de sus interpretaciones o ejecuciones*” (bajo cuyas expresiones podría considerarse incluido el derecho de distribución, y

también el de alquiler, el cual se estudiará a continuación), aunque la guatemalteca exceptúa de todos esos derechos a los intérpretes de obras audiovisuales.

### **El derecho de alquiler.**

101. La Convención de Roma no concede a los artistas intérpretes o ejecutantes un derecho de alquiler sobre los ejemplares que contienen sus interpretaciones o ejecuciones.

102. El ADPIC (art. 14,4), reconoce un derecho de alquiler a los productores de fonogramas y a “*todos los demás titulares de los derechos sobre los fonogramas según los determine la ley nacional*”, lo que supone que mientras ese derecho es obligatorio en relación con los productores de la grabación sonora, es solamente una facultad de los estados en relación con los intérpretes o ejecutantes.

103. Por el contrario, el TOIEF reconoce en forma expresa, como un derecho distinto al de distribución, el exclusivo de autorizar el alquiler “*comercial*” de las copias físicas que incorporen la interpretación o ejecución fijada en un fonograma<sup>15</sup> (tal como lo establezcan las legislaciones de las partes contratantes), inclusive después de la distribución realizada por el intérprete o ejecutante, o con su consentimiento (art. 9,1), derecho que nuevamente se limita a las prestaciones incorporadas a las grabaciones exclusivamente sonoras.

104. En el supuesto anterior, como ocurre con el mismo derecho de los autores, el de alquiler no se agota por el hecho de haber colocado (distribuido) los ejemplares para la venta u otra transferencia de la propiedad.

105. Son válidos para el derecho de alquiler los comentarios ya formulados en relación con el derecho de distribución en cuanto a su aplicación, como obligación mínima, a los ejemplares tangibles, así como los atinentes a la situación legislativa en América Latina, con el agregado de la ley de Brasil, que reconoce de forma expresa el derecho de los intérpretes o ejecutantes a autorizar el arrendamiento de los ejemplares que contienen sus interpretaciones o ejecuciones.

### **El derecho de remuneración por la “*utilización secundaria*” de la interpretación o ejecución fijada en fonogramas.**

106. Como el derecho de remuneración por la radiodifusión o cualquier otra forma de comunicación al público de un fonograma, puede corresponder a los artis-

---

<sup>15</sup> El TODA y el TOIEF persisten en el error ya existente en el ADPIC, al referirse al “*alquiler*”

tas intérpretes o ejecutantes, a los productores de fonogramas o a ambos, de acuerdo a lo que disponga cada legislación nacional, lo estudiaremos en la unidad siguiente entre las disposiciones comunes a ambas categorías de derechos.

## **El derecho de “puesta a disposición” y las transmisiones “digitales”.**

107. Al analizar las comunicaciones públicas “a la carta” en relación con las interpretaciones o ejecuciones artísticas y las grabaciones sonoras, varias delegaciones en los distintos comités reunidos para la elaboración del texto aprobado posteriormente como TOIEF, señalaron que si bien la transmisión analógica de las interpretaciones o ejecuciones y fonogramas debía mantenerse como un “derecho de remuneración” (al estilo de la Convención de Roma), el escenario cambiana con las “transmisiones digitales interactivas”, que debían someterse al derecho exclusivo de autorizar o prohibir por parte de los respectivos intérpretes o ejecutantes.

108. Fue así como la Conferencia Diplomática aprobó el derecho de “puesta a disposición del público de las interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas”, por hilo o por medios inalámbricos, de tal manera que los miembros del público puedan tener acceso a ellos “desde el lugar y en el momento en que cada uno de ellos elija” (art. 10), de modo que el artista goza, en este caso, de un derecho exclusivo de autorizar las transmisiones digitales “a pedido” de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas, en las cuales cada usuario puede solicitar, en un lugar y momento determinados, la audición de una prestación artística grabada.

109. Como se desprende del propio texto convencional, este derecho de “puesta a disposición” solamente se concede a los intérpretes o ejecutantes en relación con sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas, de modo que no alcanza a las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales.

110. Este derecho no figura en la Convención de Roma ni en el Acuerdo sobre los ADPIC.

111. Por lo que se refiere a las legislaciones vigentes en los países de América Latina y por tratarse también de un derecho nuevo, apenas aparece expresamente en las de muy reciente promulgación (Brasil, Nicaragua, República Dominicana), con el agregado de la ley guatemalteca en cuanto al derecho de los artistas de autorizar

---

comercial al público” —equivalente al “arrendamiento comercial al público” del ADPIC—, pues lo que se pretende es reconocer un derecho de “alquiler al público”, independientemente de que ese contrato pueda considerarse o no, en el caso concreto, un acto de comercio.

“cualquier otra forma de utilización de sus interpretaciones y ejecuciones” (lo que podría incluir a las comunicaciones digitales interactivas), pero quedando excluidos los artistas en obras audiovisuales.

## VII

### LA DURACIÓN DEL DERECHO PATRIMONIAL

112. Asumiendo que por aplicación analógica de los principios relativos al derecho de los autores se considere que también el derecho moral de los intérpretes o ejecutantes es perpetuo (o que al menos puede serlo), analizaremos el tema de la duración como una limitación en el tiempo de los derechos patrimoniales de los artistas.

113. La Convención de Roma (art. 14), reconoce una protección mínima de 20 años contados a partir del final del año de:

- a. La fijación, en lo que se refiere a los fonogramas y a las interpretaciones o ejecuciones grabadas.
- b. La realización de la actuación, en lo que atañe a las interpretaciones o ejecuciones que no estén grabadas en fonogramas.

114. El ADPIC eleva esa protección mínima, al extenderla a 50 años contados a partir del año civil en que se haya realizado la fijación o haya tenido lugar la interpretación o ejecución (art. 14,5).

115. El TOIEF mantiene ese mismo plazo mínimo de protección, aunque solo se refiere al año en que la fijación ha sido fijada en un fonograma, pero omite el supuesto en que la interpretación o ejecución no haya sido objeto de una grabación sonora (art. 17,1).

116. Como se trata de un plazo que no puede ser inferior, pero sí mayor, varios textos nacionales, al aumentar el periodo de protección de los autores por encima de los 50 años a que se refiere el Convenio de Berna, también lo han hecho en relación con los titulares de derechos conexos, entre ellos los correspondientes a los artistas intérpretes o ejecutantes.

117. Otras legislaciones, se bien mantienen el derecho del autor en el mínimo convencional de 50 años *post-mortem*, han adaptado su texto a las obligaciones mínimas contempladas en ADPIC para la duración del derecho de los intérpretes o ejecutantes.



118. Como muchas legislaciones no limitan el derecho de los artistas a las interpretaciones o ejecuciones fijadas en grabaciones sonoras, sino que comprenden también las fijadas en obras audiovisuales, el período de tutela calculado a partir del final del año de la fijación, no hace referencia exclusiva a la grabación en fonogramas.

119. Es de hacer notar, finalmente, que para algunos ordenamientos la protección en el tiempo de los artistas se calcula en forma similar a la de los autores, vale decir, la vida del intérprete o ejecutante y un tiempo después de su muerte (Perú).

120. Esta última fórmula, si bien satisface las aspiraciones de los artistas, plantea un problema práctico cuando se trata de agrupaciones corales u orquestales, supuesto en que sería muy difícil aplicar el principio del cálculo a partir de la muerte del último artista integrante del grupo artístico.

121. De allí que en caso de acogerse el cálculo de protección *post mortem* sea aconsejable disponer que en las interpretaciones o ejecuciones “colectivas”, el período de tutela se computa a partir del final del año en que tuvo lugar la fijación.

Módulo

IV

*Derechos  
conexos o  
afines al  
derecho de  
autor*

## UNIDAD 3

### LOS DERECHOS CONEXOS O AFINES DE LOS PRODUCTORES DE FONOGRAMAS

Introducción – Naturaleza jurídica - El sujeto – El objeto – Los derechos patrimoniales exclusivos – El derecho de remuneración por la “*utilización secundaria*” del fonograma – Disposiciones comunes a los intérpretes o ejecutantes y a los productores de fonogramas - La duración del derecho



# I

## INTRODUCCIÓN

1. La invención del fonógrafo marcó el inicio de un nuevo “*intermediario*” entre la composición musical y el público, porque permitió por primera vez el disfrute doméstico de las obras de música, sin necesidad de asistir al concierto o a la sala de baile.

2. Pero las grabaciones sonoras destinadas a la comercialización se limitaron, durante mucho tiempo, a una mera producción industrial, sin la presencia de esfuerzos técnicos o artísticos significativos, ya que la fijación apenas necesitaba de rústicos aparatos para proceder a la fijación de los sonidos y a su incorporación en soportes materiales (v.gr.: el disco “*de pasta*” o de “*acetato*”), mediante la grabación de una obra preexistente y de una interpretación o ejecución artística.

3. En el tiempo, la producción fonográfica se convirtió en una empresa complicada y exigente de considerables inversiones, que implicó el desarrollo de toda una actividad técnico-empresarial, a la cual vino a agregarse el desarrollo tecnológico, recientemente, además, con el advenimiento de la tecnología digital, que ha permitido lograr mejoras sustanciales en la fidelidad del sonido, tanto en la grabación como en los soportes puestos a disposición del público, desde los antiguos discos llenos de “*ruidos de superficie*”, pasando por el audiocassette, para llegar al disco compacto y la cinta digital.

4. Ya la invención del audiocassette y las audiograbadoras, que facilitaron la regrabación por el procedimiento “*back to back*” y la aparición de las duplicadoras de alta velocidad, plantearon con dramatismo el surgimiento de la “*copia privada*” y la “*piratería*” de las grabaciones sonoras, al tiempo que la tecnología digital ha facilitado la duplicación “*clónica*” del ejemplar original, especialmente con la aparición de los soportes digitales borrables y grabables.

5. La situación se complica todavía más con el surgimiento de las transmisiones digitales y la instauración de la “*sociedad de la información*”, lo que permite la recepción en casa de la grabación seleccionada en el momento deseado y la cual puede ser almacenada por el usuario e incluso retransmitida a terceros, y así sucesivamente.

6. Todo ello plantea que cada vez más el usuario de la música necesitará menos de la adquisición del ejemplar para disfrutar de la grabación, y que la disminución en las ventas de tales soportes desestimulará las inversiones en el sector fonográfico, a menos que se aprueben los mecanismos adecuados para que se repriman eficazmente los ilícitos contra los derechos intelectuales y para que el disfrute de las

grabaciones sonoras no redunde en un menoscabo de los legítimos intereses de autores, artistas y productores.

## II NATURALEZA JURÍDICA

7. La naturaleza jurídica del fonograma es motivo de arduas discusiones en doctrina, desde los que no vacilan en denominarlo “obra fonográfica”<sup>1</sup>, pasando por quienes lo consideran un bien intelectual desprovisto de las facultades de orden moral<sup>2</sup>, pero cuyos derechos son asimilados a los del autor<sup>3</sup>, hasta los que sostienen que lo protegido es la actividad industrial o técnico-empresarial, y no la personal<sup>4</sup>.

8. Esta última es la posición más adoptada en la doctrina de tradición latina o continental, que en mayoría considera que el fonograma no es una obra porque no constituye una creación original<sup>5</sup>, de modo que su protección se ubica en un derecho distinto al del autor<sup>6</sup>, en el ámbito de los “derechos conexos”.

9. En consecuencia, también por abrumadora mayoría, las legislaciones que siguen la tradición jurídica latina reconocen al productor fonográfico un derecho distinto, vecino al autoral –y en cierta forma subordinado a este último–, que pretende garantizarle un conjunto de facultades pecuniarias derivadas de su actividad industrial y de una labor de coordinación técnica y artística<sup>7</sup>.

---

<sup>1</sup> V.: GRANDE, Carlos: “Los avances tecnológicos y las obras fonográficas”, en el libro-memorias del I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual. Madrid, 1991.

<sup>2</sup> V.: EMERY, Miguel Angel: “Protección de los productores fonográficos en las legislaciones latinoamericanas”, en el libro-memorias del I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual. Ob. Cit. Tomo I. pp. 462-463; JESSEN, Henry: “Los derechos conexos de artistas intérpretes y ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión”, en el libro-memorias del Congreso Internacional sobre la protección de los Derechos Intelectuales. Caracas, 1986. p. 178.

<sup>3</sup> VEGA VEGA, José Antonio: “Derecho de Autor”. Ed. Tecnos. Madrid, 1990. p. 171.

<sup>4</sup> LIPSZYC, Delia: “Derecho de autor y derechos conexos”. Ob. Cit. p. 394.

<sup>5</sup> V.: ANTEQUERA PARILLI, Ricardo: “El nuevo régimen del Derecho de Autor en Venezuela”. Ob. Cit. p. 406; ASCARELLI, Tullio: “Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales” Ob. Cit. p. 773; BAYLOS, Hermenegildo: “Tratado de Derecho Industrial”. Ob. Cit. 1a. Edición. Ob. Cit. pp. 526-527; DELLA COSTA, Héctor: “El derecho de autor y su novedad”. Ed. Cathedra. Buenos Aires, 1971. p. 134-135; HUNG VAILLANT, Francisco: “Estudios sobre derecho de autor”. Ed. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1968. p. 50; LIPSZYC, Delia: “Derecho de autor y derechos conexos”. Ob. Cit. p. 391; MOUCHET, Carlos: “Los derechos de los autores e intérpretes de obras literarias y artísticas”. Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1966, p. 86; PACHON MUÑOZ, Manuel: “Manual de derechos de autor”. Ed. Temis. Bogotá, 1988. p. 112.

<sup>6</sup> VILLALBA, Carlos: “La vinculación del derecho de autor con los derechos conexos”, en el Curso Internacional OMPI-SUISA sobre derecho de autor y derechos conexos. Asunción, Paraguay, 1993. Documento OMPI/CNR/PRY/93/6. p. 13.

<sup>7</sup> Solamente en la ley argentina el vocablo “fonograma” figura en el catálogo enunciativo de “obras” protegidas, lo que a su vez genera una discusión en cuanto a determinar si para el legislador de ese país el

10. Es de hacer notar que la Convención de Ginebra sobre Fonogramas deja en libertad a los países miembros para reconocer la protección a través de uno o más de las vías siguientes: protección mediante la concesión de un derecho de autor o de otro derecho específico; tutela en la legislación relativa a la competencia desleal o protección por medio de sanciones penales (artículo 3).

### III EL SUJETO

11. La Convención de Roma (art. 3,c), entiende como productor de un fonograma a la “*persona natural o jurídica que fija por primera vez los sonidos de una ejecución u otros sonidos*”.

12. La calificación de “*por primera vez*”, está basada en la noción de prioridad en la operación de fijar los sonidos de la interpretación o ejecución (o las representaciones digitales de los mismos), de manera que no es productor quien se limita a reproducir la fijación realizada por un tercero.

13. La fijación puede ser de los sonidos de una interpretación o ejecución “*u otros sonidos*”, ya que estos últimos pueden surgir, incluso, en forma natural, como el canto de las aves o el murmullo del agua.

14. El Acuerdo ADPIC no define al productor de fonogramas, de modo que debería tomarse en cuenta, a los efectos de su aplicación, el concepto contenido en la Convención de Roma.

15. A su vez, el TOIEF define al productor fonográfico como 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 (art. 2,d).

16. La primera frase agregada en el nuevo Tratado (que “*toma la iniciativa y tiene la responsabilidad económica*”), no hace otra cosa que aclarar lo que ya se desprendía de la Convención de Roma, es decir, que la razón de la tutela legal está en la protección a una actividad empresarial necesaria para la difusión a gran escala de las obras sonoras, por lo que algunas leyes aclaran que si la actividad fonográfica se realiza en el seno de una empresa, el titular de ésta es también el productor del fonograma<sup>8</sup>.

---

fonograma es una obra o si dicha expresión figura allí para destacar una de las clases de soportes en que puede contenerse una obra sonora, como también dicha ley usa el término “*escritos*” para aludir al soporte material en que pueden fijarse las obras literarias o artísticas.

<sup>8</sup> En ese sentido, el Informe de la Conferencia Diplomática que aprobó la Convención de Roma,

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

18. La segunda adición (“o las representaciones de sonidos”), responde a la adaptación del concepto al “entorno digital”, donde no se fijan los sonidos en sí mismos, sino su representación a través de signos binarios legibles por una computadora.

19. En relación con el productor de fonogramas como sujeto del derecho, debe hacerse notar que algunas legislaciones disponen que el derecho de reproducción, el de distribución y el de comunicación digital (los cuales se estudiarán más adelante), se extienden a la persona natural o jurídica que explote el fonograma bajo el amparo de una cesión o licencia exclusiva.

20. Un dispositivo como el anotado sugiere tres precisiones fundamentales, a saber:

- a. El cesionario o licenciatarario no se convierte por ello en el productor original del fonograma, sino en un “titular derivado”, en caso de “cesión”, o de un “delegado”, en virtud de la licencia, habida cuenta de que, como lo aclaran muchos ordenamientos nacionales, “a diferencia de la cesión, la licencia no transfiere la titularidad de los derechos”.
- b. Conforme a la mayoría de las leyes los contratos de cesión y de licencia deben hacerse por escrito, salvo que la propia norma legal presuma la transferencia de los derechos, que no es el caso en comento.
- c. Tal titularidad o legitimación no favorece a quien ostente una cesión o una licencia no exclusiva.

## IV EL OBJETO

21. La Convención de Roma define al “fonograma” como toda fijación exclusivamente sonora de los sonidos de una ejecución o de otros sonidos (art. 3,b), al tiempo que el TOIEF complementa la definición, al incluir no solamente a la fijación de los sonidos, sino también a la “representación de éstos” (art. 2,b), atendien-

---

aclaró que, cuando un operador empleado por una persona jurídica fija sonidos en el desempeño de su empleo, debe considerarse productor a la persona jurídica, o sea, al empresario, y no al operador (V.: OMPI: “Guía de la Convención de Roma y del Convenio Fonogramas”. Ob. Cit. p. 28).

do al fenómeno de la tecnología digital, donde no se fijan los sonidos en sí mismos, sino signos binarios, representativos de ellos y que se simbolizan en el lenguaje de la computación como “1” ó “0”.

22. Esa alusión figura igualmente en las definiciones de “*productor de fonogramas*” (art. 2,d), ya comentada, y en las de “*radiodifusión*” (art. 2,f) y “*comunicación al público*” (art. 2,g).

23. En ese sentido, aclara la Oficina Internacional de la OMPI, “*debería señalarse que la referencia a las ‘representaciones de sonidos’ no amplía el alcance de las disposiciones pertinentes previstas en los tratados ya existentes; simplemente refleja el deseo de brindar una aclaración, a la luz la tecnología actual*”<sup>9</sup>.

24. En todo caso, al tratarse de fijaciones exclusivamente sonoras, no son aplicables las disposiciones sobre los fonogramas a aquellas grabaciones visuales o audiovisuales.

## V

### LOS DERECHOS PATRIMONIALES EXCLUSIVOS

#### **Generalidades.**

25. Como se trata de la protección a una actividad empresarial, ninguno de los instrumentos internacionales (como tampoco las legislaciones nacionales), reconocen derechos morales a los productores de fonogramas, sino los de orden patrimonial o de explotación.

26. Pero es de destacar que mientras en la Convención de Roma y en el AD-PIC, los derechos de los intérpretes o ejecutantes, como fue estudiado, se traducen únicamente en una facultad de “*impedir*” (y sólo de “*autorizar*” en el caso del TOIEF), en todos los instrumentos a estudiarse en esta unidad los derechos reconocidos a los productores de fonogramas implican la facultad de “*autorizar*” los actos que se determinan en cada caso.

27. A continuación estudiaremos, en primer lugar, los derechos exclusivos contemplados en la normativa internacional y a continuación otras facultades que se han adicionado en algunas legislaciones nacionales.

---

<sup>9</sup> V.: Documento OMPI/DA/COS/99/2. San José, 8 de diciembre de 1999. p. 5.



## El derecho de reproducción.

28. El derecho exclusivo del productor fonográfico de “*autorizar o prohibir*” la reproducción “*directa o indirecta*” de su fonograma, figura tanto en la Convención de Roma (art. 10) y en la Convención de Ginebra sobre Fonogramas (art. 2), como en el ADPIC (art. 14,2)<sup>10</sup>.

29. En el TOIEF (art. 11), se reconoce a los productores de fonogramas un derecho de “*autorizar*” (lo que por argumento a contrario conlleva el de “*prohibir*”), la reproducción directa o indirecta de sus fonogramas, “*por cualquier procedimiento o bajo cualquier forma*”, siguiendo así de cerca, con esta última expresión, el texto del artículo 9,1 del Convenio de Berna (relativo al derecho de reproducción de los autores), agregado que constituiría, en cuanto a los productores fonográficos, la “*novedad*” incorporada al instrumento.

30. Aunque el derecho en estudio tiene por objeto a un fonograma, es decir, a una fijación exclusivamente sonora, nada impide que el productor ejerza su derecho contra la inclusión de su grabación de sonidos en una obra audiovisual, ya que se trataría de una producción fonográfica (sonora) preexistente.

31. Debe recordarse también la “*Declaración Concertada*” a los artículos 7, 11 y 16 del TOIEF, por la cual –como ya se dijo al estudiar el derecho de reproducción de los intérpretes o ejecutantes–, “*queda entendido que el almacenamiento de una interpretación o ejecución o de un fonograma en forma digital en un medio electrónico constituye una reproducción en el sentido de esos Artículos*”.

## El derecho de distribución.

32. El derecho de distribución, concebido como un derecho de “*primera distribución*” del original del fonograma o de sus copias, que no figura en la Convención de Roma, en el Convenio de Ginebra sobre Fonogramas ni en el ADPIC, se encuentra previsto en el artículo 12 del TOIEF, en los mismos términos que el contemplado en el mismo Tratado para los artistas intérpretes o ejecutantes en grabaciones sonoras, ya explicado.

33. En todo caso, y aún mucho antes de la aprobación del TOIEF, siempre se consideró a nivel jurisprudencial y doctrinal que el derecho de distribución estaba

---

<sup>10</sup> Como apunta Lipszyc (“*Derecho de Autor y Derechos Conexos*”. Ob. Cit. p. 832), la reproducción “*directa*” se realiza a partir de la matriz, mientras que la indirecta puede efectuarse a partir de un disco o cinta reproducido por medio de un aparato adecuado o tomado de una radiodifusión, de una transmisión por hilo o cable, etc.

inmerso en el de reproducción y, en relación específica con el productor fonográfico, se estimó que conforme a este derecho el productor podía elegir el mercado y territorio para la puesta a disposición del público de las copias de su fonograma, las condiciones para llevar a cabo esa distribución y los demás aspectos comerciales propios del negocio<sup>11</sup>.

## El derecho de alquiler.

34. El derecho de “*alquiler comercial*” del original o de las copias del fonograma, inclusive después de la distribución de los ejemplares realizada por el productor o con su consentimiento, previsto en el TOIEF (art. 13,1), no está contemplado en las Convenciones de Roma y Ginebra sobre Fonogramas.

35. En cuanto al ADPIC, el artículo 14,4 ordena aplicar, *mutatis mutandis*, a los productores de fonogramas, las disposiciones sobre el derecho de “*arrendamiento comercial*” previsto en el artículo 11 para los programas de ordenador.

36. Ahora bien, mientras en todos los demás instrumentos se hace referencia como sujeto del derecho al “*productor de fonogramas*”, en los términos ya estudiados, en el ADPIC, específicamente en relación con el derecho de alquiler, se le atribuye “*a los productores de fonogramas y a todos los demás titulares de derechos sobre los fonogramas según lo determine la legislación de cada Miembro*” (art. 14,4, hemos destacado).

37. La frase así agregada en el ADPIC no deja de ser extraña, pues si bien podría entenderse que, siendo transmisibles los derechos de orden patrimonial, la expresión “*todos los demás titulares de derechos sobre los fonogramas*” alude a los cesionarios de los derechos transferidos por el productor original, quedaría siempre la pregunta: ¿por qué se incluyó la expresión solamente para el derecho de alquiler y no para los otros derechos relativos a los fonogramas, si también estos otros pueden transmitirse?.

38. La explicación, en opinión de Walter, tiene sus variantes, pues:

- a. Podría basarse en que esa disposición tendría en cuenta a algunos estados miembros donde los derechos exclusivos de los productores fonográficos no están organizados como derechos conexos, sino como elementos del derecho de autor; o,

---

<sup>11</sup> V.: BRACAMONTE ORTIZ, Guillermo: “*Derechos de reproducción, distribución, alquiler e importación de los fonogramas*”. Séptimo Curso Académico Regional de la OMPI sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para países de América Latina. Documento OMPI-SGAE/DA/COS/00/16d. San José, Costa Rica, 2000. p. 6.

- b. También podría fundamentarse en que el artículo 14,4 del ADPIC es una disposición general que se ocupa del derecho de alquiler y extiende la aplicación del artículo 11 del mismo Acuerdo a todas las personas –tanto autores como titulares de derechos conexos–, que intervienen en cualquier aspecto de los fonogramas, lo que le hace decir que, en todo caso, el texto de la cláusula no es claro ni correcto, porque ni los autores ni los intérpretes o ejecutantes son titulares de derechos “sobre los fonogramas” en sentido estricto.

39. Concluye el mencionado jurista en que:

*“aparentemente el propósito de esta norma es claro: la extensión del nuevo derecho de alquiler (‘Berna adicional’) no se limita a los productores de fonogramas, sino que se aplica a todos los titulares de derechos ‘respecto de los fonogramas’ de conformidad con la legislación nacional, tales como los artistas intérpretes o ejecutantes, los compositores y los escritores”<sup>12</sup>.*

## **El derecho de puesta a disposición de los fonogramas.**

40. Ya en la década de los ochenta en el Siglo XX se planteaba la realidad que se avecinaba con la próxima existencia de grandes bases centralizadas de datos, conectadas a redes satelitales y de fibra óptica, susceptibles de permitir a los abonados disfrutar en cualquier momento de las obras y grabaciones preferidas, de modo que con la popularización del sistema costaría menos ese servicio que la adquisición de los ejemplares de las obras o los aparatos de grabación y reproducción<sup>13</sup>.

41. Tal es la razón por la cual, comenzando los noventa, se anunciaba como una realidad impostergable el uso conjunto de ordenadores y de los medios de telecomunicación para establecer redes digitales, que permitirían la transmisión inmediata y a pedido de obras, interpretaciones o ejecuciones y producciones fonográficas desde y hacia cualquier parte del mundo.

42. Por ello también se reflexionaba sobre una posible transformación del derecho conexo de los productores fonográficos sobre sus grabaciones, mediante la

<sup>12</sup> V.: WALTER, Michel M.: Ob. Cit. p. 27.

<sup>13</sup> V.: UCHTENHAGEN, Ulrich: “Nuevos procedimientos técnicos para la grabación y difusión de obras literarias y artísticas”, en el libro-memorias del 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, patrocinado por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). Montevideo, 1989. pp. 105-107.

remuneración que cada usuario conectado a la base de datos debería pagar por el uso de esas prestaciones, pues no se advertía otra solución al respecto<sup>14</sup>.

43. Todo conducía entonces a la necesidad de completar la normativa ya existente conforme a la Convención de Roma, el Convenio sobre Fonogramas y el ADPIC, para adecuarla al “*entorno digital*”, y no solamente por el fenómeno mismo de la grabación y regrabación digitalizadas, sino también por las transmisiones de las fijaciones fonográficas a través de las “*superautopistas de la información*”<sup>15</sup>.

44. Así, el derecho de “*puesta a disposición del público de los fonogramas*” por hilo o por medios inalámbricos, de tal manera que los miembros del público puedan tener acceso a ellos “*desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija*”, contemplado en el TOIEF (art. 14), significa que en lugar de la simple remuneración por la comunicación pública del fonograma (como será estudiado más adelante), el productor goza en este caso específico de un derecho exclusivo de autorizar las transmisiones digitales “*a pedido*” de su fonograma (como también aparece reconocido a los intérpretes o ejecutantes en relación con sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en ese fonograma, TOIEF, art. 10), en las cuales cada usuario abonado a la red puede solicitar, en un lugar y momento específico, la audición de una determinada grabación sonora, aunque él solo, por ser el único solicitante en esa precisa ocasión, constituya un “*público*”<sup>16</sup>.

## **El derecho de inclusión del fonograma en una obra audiovisual.**

45. El derecho de inclusión de la grabación sonora en una producción audiovisual no figura en ningún instrumento internacional, porque esa “*sincronización*” (tanto la inclusión misma como la obtención de copias), constituye un acto de reproducción, ya contemplado entre los derechos exclusivos que corresponden al productor.

---

<sup>14</sup> SCHUSTER, Santiago: “*La importancia económica de los derechos conexos: ¿hacia el fin de la era de los soportes?*”, en el libro-memorias del I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual. Madrid, 1991. Tomo I. p. 358.

<sup>15</sup> Para una amplia información sobre el “*boom*” de la música en línea, v.: BRACAMONTE ORTIZ, Guillermo: “*El ejercicio del derecho de reproducción y distribución por parte del productor de fonogramas y los mecanismos o medios legales que deben ponerse en vigencia internacionalmente para la protección de las grabaciones sonoras en el entorno digital*”. Documento presentado en el Foro de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT) y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT). Trinidad-Tobago, 1999.

<sup>16</sup> Comenta Müller, que con la llamada “*superautopista de la información*”, habrá una enorme demanda por nuevos productos y, en la mayoría de ellos, la música será parte indispensable, y que nadie se engañe pensando que los productores fonográficos se tornarán obsoletos, porque ningún programa de computador transformará a alguien en autor, en artista o en productor (V.: MÜLLER, Joao Carlos: “*Los*

46. Sin embargo, algunas leyes nacionales, a mayor abundamiento y con fines meramente aclaratorios, lo estipulan expresamente (Nicaragua, Paraguay, Perú), con el objeto de destacar que el productor tiene el derecho exclusivo de autorizar o prohibir el uso de su grabación en la banda sonora de obras cinematográficas, de telenovelas o, lo que es más todavía frecuente, de mensajes publicitarios.

47. Ello no impide que el productor de la obra audiovisual, en caso de no lograr la autorización del productor fonográfico, obtenga el consentimiento del autor para la utilización de la composición musical en la obra audiovisual, pero sin utilizar para ello el fonograma perteneciente a su productor.

### **El derecho de adaptación o modificación del fonograma por medios técnicos.**

48. Por similares razones que las explicadas para el derecho de “sincronización”, el derecho del productor de autorizar o no la modificación de su fonograma por medios técnicos no figura en los instrumentos internacionales y, de alguna manera, es superfluo, porque esa modificación implica la fijación de la versión original del fonograma, lo que por sí sólo implica un acto de reproducción, que ya forma parte de los derechos exclusivos del productor.

49. La adopción expresa de este derecho en algunos textos nacionales (México, Nicaragua, Paraguay, Perú), también con fines meramente aclaratorios, obedece a la práctica reciente de realizar “mezclas” de diferentes grabaciones sonoras, que antes se realizaban por medios “artesanales” y hoy pueden ser objeto de verdaderas “producciones fonográficas” ilícitas, las cuales, además de lesionar los derechos morales y patrimoniales de autores e intérpretes, afectan gravemente los intereses de la industria fonográfica.

50. Un ejemplo de ello consiste en la incorporación de la tecnología digital a las consolas de los “disc-jockeys” en discotecas y otras salas de baile, quienes utilizan esos recursos para modificar el sonido del fonograma, desde alteraciones menores (v.gr.: incorporación de ruidos o efectos sonoros), hasta transformaciones importantes como cambios en la melodía, armonía o ritmo, hasta llegar a la mezcla simultánea o alternativa de dos o más fonogramas<sup>17</sup>.

---

derechos intelectuales ante el desafío tecnológico: ¿Adaptación o Cambio? (en los derechos conexos)”, en el libro-memorias del III Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos. Montevideo, 1997. pp. 97-106.

<sup>17</sup> 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. p. 25.

51. El ilícito se agrava cuando esas “*versiones*”, contentivas además de varias obras incorporadas originalmente a diversas producciones fonográficas, son fijadas (con la alta fidelidad que permite la tecnología digital) y reproducidas (sin “*ruido de superficie*”), lo que además de constituir una violación al derecho de reproducción del productor, es una violación concurrente a los derechos sobre las obras e interpretaciones allí fijadas y duplicadas.

### **El derecho de importación.**

52. Ya en la unidad 4 del módulo II se estudió la polémica existente en torno al derecho de importación del autor, no de las duplicaciones ilícitas (sobre las cuales no hay dudas que se persiguen con fundamento en el derecho de reproducción), sino de los ejemplares producidos en forma legítima para un determinado territorio, pero que son exportados hacia otro país para el cual no han sido autorizados.

53. La misma polémica se presenta, *mutatis mutandis*, en relación con el productor de fonogramas y los ejemplares o copias de sus fonogramas, razón por la cual nos remitimos a los comentarios expresados en dicha unidad.

54. Baste señalar que mientras algunas legislaciones omiten pronunciarse expresamente sobre este derecho (pero que puede surgir de una interpretación amplia del derecho de reproducción y del carácter territorial de los derechos y de los contratos), otras lo hacen de alguna de las maneras siguientes:

- a. Disponiendo que el derecho de importación del productor comprende la facultad de autorizar o prohibir la importación de copias de fonogramas legalmente fabricados y la de impedir la importación de copias fabricadas sin la autorización del titular del derecho (Guatemala).
- b. Previendo una norma contraria a la anterior, por la cual se permite la importación y distribución de fonogramas, siempre que éstos sean legítimos (Panamá), lo que conduce a la duda interpretativa en cuanto a considerar lícitos o no los ejemplares autorizados para territorios distintos del país de importación.
- c. Reconociendo al productor el derecho exclusivo de autorizar la importación, distribución al público, alquiler u otra utilización, por cualquier forma o medio, de las copias de sus fonogramas (El Salvador, Venezuela).

## VI

### EL DERECHO DE REMUNERACIÓN POR LA “UTILIZACIÓN SECUNDARIA” DEL FONOGRAMA

55. El artículo 12 de la Convención de Roma dispone:

*“cuando un fonograma publicado con fines comerciales o una reproducción de ese fonograma se utilicen directamente para la radiodifusión o para cualquier otra forma de comunicación al público, el utilizador abonará una remuneración equitativa y única a los artistas intérpretes o ejecutantes, o a los productores de fonogramas, o a unos y otros. La legislación nacional podrá, a falta de acuerdo entre ellos, determinar las condiciones en que se efectuará la distribución de esa remuneración”.*

56. Dicho de otra manera: el productor fonográfico (o si corresponde, el intérprete o ejecutante), no puede prohibir la comunicación pública de su fonograma, en los términos mínimos convencionales, sino que, de acuerdo al sistema elegido por cada legislador nacional, puede tener el derecho a recibir una contraprestación por ese uso de su fonograma.

57. Es de hacer notar que el haber contemplado la Convención de Roma la fórmula de un derecho de remuneración y no de un derecho exclusivo, se debió a las diferentes tendencias afloradas en la Conferencia Diplomática, de modo que la solución convencional no impide que una legislación nacional opte por la fórmula de un derecho exclusivo de autorizar o prohibir.

58. El derecho de remuneración por la comunicación pública del fonograma, no figura en el ADPIC.

59. La tendencia tradicional en las legislaciones del sistema latino es la de optar por el sistema de no reconocerle al productor (ni al artista intérprete o ejecutante), el derecho exclusivo de autorizar o no la comunicación pública del fonograma (o, en su caso, de la interpretación o ejecución artística contenida en la grabación sonora), sino el de recibir una remuneración equitativa por tal utilización.

60. Sin embargo, también existe la corriente legislativa opuesta, es decir, la de reconocerle al productor un derecho exclusivo de comunicación pública (Bolivia, Brasil, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Honduras, Nicaragua), en lo que la “*Guía de la Convención de Roma y del Convenio Fonogramas*” califica como soluciones “*más audaces*” que las previstas en dicho Convenio<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup> Ob. Cit. p. 62.

61. En la actualidad la proporción entre las leyes de América Latina que eligen el sistema de simple remuneración y las que optan por el derecho exclusivo de autorizar la comunicación pública del fonograma, arroja resultados más o menos equilibrados, aunque sigue siendo la del sistema de remuneración la más acogida.

62. El artículo 15,1 del TOIEF establece que tanto los artistas intérpretes o ejecutantes como los productores de fonogramas, gozan del derecho a una remuneración equitativa y única por la utilización directa o indirecta para la radiodifusión o cualquier otra forma de comunicación al público de la interpretación o ejecución fijada en un fonograma publicado con fines comerciales, quedando diferido a las leyes internas el determinar si la retribución puede ser reclamada por el intérprete o ejecutante, o por el productor fonográfico, o por ambos.

63. Este derecho a remuneración por la “*utilización secundaria*” del fonograma tiene, en el TOIEF y en la Convención de Roma, numerosos aspectos en común, a saber:

- a. En ambos instrumentos, como obligación mínima, no es un derecho exclusivo de “*autorizar*” o no la radiodifusión o comunicación pública del fonograma, sino de un derecho a obtener una remuneración equitativa por esa modalidad de utilización.
- b. También en la Convención y en el Tratado se requiere que el fonograma utilizado haya sido publicado con fines comerciales, pero el artículo 15,4) del TOIEF se encarga de aclarar, además, que los fonogramas puestos a disposición del público, por hilo o por medios inalámbricos, de tal manera que los miembros del público puedan tener acceso a ellos desde el lugar y en el momento en que cada uno de ellos elija, se consideran, a los efectos del derecho de remuneración equitativa, como si hubiesen sido publicados comercialmente.
- c. La remuneración se causa, en ambos casos, no sólo por el uso del fonograma a través de la radiodifusión (sonora o visual), sino también por cualquier otra forma de comunicación pública del fonograma o de sus reproducciones.
- d. Los dos instrumentos difieren a las legislaciones nacionales el establecer que esa remuneración equitativa y única no corresponda a ambas categorías de titulares, sino que pueda destinarse únicamente a los artistas intérpretes o ejecutantes, sólo a los productores fonográficos, o a ambos.
- e. Igualmente en ambos textos se establece que los países miembros pueden establecer en su legislación nacional, en ausencia de un acuerdo entre el intérprete o ejecutante y el productor fonográfico, los términos en los que la remuneración equitativa será compartida entre dichos artistas y productores.



64. En cuanto a la no aplicación de este derecho, o a su aplicación limitada, el artículo 16,1 de la Convención de Roma permite a un Estado Miembro, previa notificación al Secretario General de las Naciones Unidas, indicar que no observará ninguna disposición del artículo 12 *eiusdem*, o que no lo aplicará en relación con determinadas utilidades, o que no lo hará con respecto a los fonogramas cuyo productor no sea nacional de otro Estado Contratante, o que con respecto a los fonogramas cuyo productor sea nacional de otro Estado Miembro limitará la amplitud y la duración de la protección prevista en dicho artículo, basándose en el principio de la reciprocidad material, es decir, equivalente.

65. Por su parte, el TOIEF (art. 15,3) dispone que toda Parte Contratante puede, mediante notificación cursada al Director General de la OMPI, declarar que aplicará las disposiciones del párrafo 1 del artículo 15 (derecho de remuneración), únicamente respecto de ciertas utilidades o que limitará su aplicación de alguna otra manera o que no aplicará ninguna de estas disposiciones.

66. A su vez, entre la Convención de Roma y el TOIEF encontramos algunas diferencias, a saber:

- a. En la Convención de Roma la remuneración se causa cuando el fonograma es utilizado “*directamente*” para la radiodifusión o comunicación pública, mientras que en el TOIEF esa utilización puede ser “*directa o indirecta*”, de lo que surge una importante consecuencia, a saber:
  - i. La utilización “*directa*”, conforme a las actas de la Conferencia de la Convención de Roma, no comprende la del uso del fonograma en una retransmisión, entendida como la reemisión simultánea de una transmisión<sup>19</sup>.
  - ii. El uso “*indirecto*” del fonograma, sí comprendería la retransmisión, así como, por ejemplo, la radiodifusión de una grabación sonora reproducida en una cinta o en el disco rígido de un ordenador<sup>20</sup>.
- b. La “*Declaración Concertada*” al artículo 15 del TOIEF deja entendido que dicho artículo no impide la concesión del derecho de remuneración equitativa “*a artistas intérpretes o ejecutantes del folclore y productores de fonogramas que graben folclore, cuando tales fonogramas no se publiquen con la finalidad de obtener un beneficio comercial*” (hemos destacado), lo que, como cuestión no obligante y además facultativa de las legislaciones nacionales, permite ampliar el campo de aplicación del derecho de remuneración equitativa, disposición que no tiene equivalente en la Convención de Roma.

<sup>19</sup> Cit. LIPSZYC, Delia: Ob. Cit. p. 836.

<sup>20</sup> V.: WALTER, Michel M.: Ob. Cit. p. 35.

67. El principio general consiste entonces en reconocer a los artistas intérpretes o ejecutantes y a los productores de fonogramas, como protección mínima, el derecho a recibir una remuneración por la radiodifusión o comunicación pública de la interpretación o ejecución artística y del fonograma que la contiene; y, como excepción, un derecho exclusivo de “autorizar” cuando se trate de transmisiones digitales “a pedido”, este último de acuerdo al derecho de “puesta a disposición”, previsto en el TOIEF.

## VII

### DISPOSICIONES COMUNES A LOS INTÉRPRETES O EJECUTANTES Y A LOS PRODUCTORES DE FONOGRAMAS

#### **Obligaciones relativas a las medidas tecnológicas**

68. El tema de las medidas tecnológicas y de los sistemas técnicos de “autotutela” en relación con el derecho de autor y los derechos conexos es posterior a la última revisión del Convenio de Berna (1971) y a la Convención de Roma (1961), pero contemporáneo con la época de las negociaciones que dieron como resultado el ADPIC (aunque éste no contenga disposiciones al respecto) ya que, al menos de manera parcial, figura en convenios de alcance sub-regional aprobados en la misma época, como el Tratado de Libre Comercio para América del Norte (TLC) y el del Grupo de los Tres (G3), como fue explicado en la unidad 9 del módulo II y cuyo contenido es aplicable a la protección tecnológica y a los medios de autotutela que instrumenten los intérpretes o ejecutantes y de los productores de fonogramas sobre sus respectivas prestaciones y producciones.

69. De allí que el TOIEF (art. 18), en el mismo sentido que el TODA (art. 11), comprometa a proporcionar protección adecuada y recursos efectivos contra la acción de eludir las medidas tecnológicas efectivas que hayan sido utilizadas por los intérpretes o ejecutantes o los productores de fonogramas, en relación con los derechos reconocidos en el instrumento y que respecto de sus interpretaciones o ejecuciones y producciones, restrinjan actos que no estén autorizados por los titulares concernidos o permitidos por la ley.

#### **Obligaciones relativas a la información sobre la gestión de derechos**

70. Como será estudiado en el módulo V de este curso, la administración colectiva de los derechos –en principio del autor, y luego también de los conexos de artistas intérpretes o ejecutantes y productores fonográficos–, surgió como una ne-

cesidad frente a las utilizaciones que el titular no podía controlar directamente ni, mucho menos, recaudar por sí mismo las remuneraciones correspondientes.

71. Uno de los principales retos actuales para esa gestión colectiva es el control de las comunicaciones públicas disponibles “*a pedido*” del repertorio que administran, las cuales desplazarán paulatinamente, en alguna medida importante, a la venta de los soportes tangibles, cuya disminución deberá ser compensada (y aumentada, si se quieren alentar la creatividad y las inversiones en el sector), con el uso remunerado de los bienes protegidos.

72. Y una eficaz administración colectiva en el mundo actual implica la aplicación de métodos de identificación y controles para la recaudación y distribución adaptados a ese entorno digital.

73. Pero la tecnología digital puede contribuir a soslayar los dispositivos implementados por los titulares para controlar el uso e identificar las interpretaciones o ejecuciones o las producciones fonográficas protegidas, mediante aparatos u otros artificios destinados a suprimir o alterar la información.

74. Es así como el TOIEF (en el mismo sentido que el TODA), dispone que las Partes Contratantes deben proporcionar recursos adecuados y efectivos contra cualquier persona que, con conocimiento de causa, realice sabiendo o, con respecto a acciones civiles, teniendo motivos razonables para saber que induce, permite, facilita u oculta una infracción que consista en suprimir o alterar sin autorización cualquier información electrónica sobre la gestión de derechos; o distribuya, importe para su distribución, emita, comunique o ponga a disposición del público, sin autorización, interpretaciones o ejecuciones fijadas o fonogramas, sabiendo que la información electrónica sobre la gestión de derechos ha sido suprimida o alterada sin autorización (art. 19,1).

75. Otros detalles acerca de la gestión colectiva en el mundo digital serán expuestos en la unidad 2 del módulo V de este curso.

## VIII

### LA DURACIÓN DEL DERECHO

76. La extensión mínima de la protección del derecho del productor fonográfico, conforme a la Convención de Roma, es de 20 años contados a partir del final del año de la fijación (art. 14,a); en el ADPIC es de 50 años, también desde el final del año en que tuvo lugar dicha fijación (art. 14,5); y en el TOIEF, siendo igualmente de 50 años, se cuenta a partir del final del año en que se ha publicado el fonograma o,

si la publicación no tuvo lugar dentro de los 50 años de la fijación, desde el final del año en que se realizó la fijación.

77. Algunas leyes nacionales, al aumentar el plazo de protección de protección del derecho de los autores por encima del mínimo de 50 años *post mortem* previsto en el Convenio de Berna, también han elevado el periodo de tutela de los productores de fonogramas (e igualmente el de los artistas intérpretes o ejecutantes), superando incluso el de 50 años previstos en el TOIEF.



Módulo

IV

*Derechos  
conexos o  
afines al  
derecho de  
autor*

## UNIDAD 4

### LOS DERECHOS CONEXOS O AFINES DE LOS ORGANISMOS DE RADIODIFUSIÓN

Introducción – Antecedentes - El objeto - El sujeto - El contenido del derecho – La duración - Las propuestas de los radiodifusores ante las nuevas tecnologías.



# I

## INTRODUCCIÓN

1. Al estudiar el tema de los derechos de los organismos de radiodifusión sobre sus señales, debe aclararse previamente que el “*derecho conexo*” conferido a tales entes versa sobre su emisión –la cual, en sí misma, no es una obra–, y no cuando el emisor es, a su vez, productor de los programas que transmite (v.gr.: telenovelas, radionovelas, reportajes, documentales, etc.), pues en estos últimos casos, si tales programas reúnen el requisito de la originalidad, se está en el campo del derecho de autor y la titularidad de los derechos sobre esa programación puede recaer sobre el radiodifusor (no como tal, sino como productor de esas obras), con la cualidad que le atribuya la legislación donde se reclame la protección (v.gr.: titular por efecto de la ley del derecho de explotación o un titular derivado en virtud de una presunción *iuris tantum* de cesión de todos o algunos de los derechos patrimoniales).

2. No debe confundirse entonces a la “*obra radiofónica*” (protegida como tal en algunas leyes y entendida como la producida especialmente para su transmisión por la radio o la televisión), con la “*obra radiodifundida*”, la que no es otra cosa que una obra preexistente y que forma parte de la programación contenida en la señal emitida por el radiodifusor, pues respecto de esta última el organismo de radiodifusión no es titular de derecho alguno (salvo que se le haya cedido expresamente o haya alguna presunción legal al respecto), sino un usuario de la misma, debiendo obtener las autorizaciones que correspondan, abonando al efecto las respectivas remuneraciones<sup>1</sup>.

3. En esos casos el organismo no está protegido en su carácter de radiodifusor, sino en su condición de productor, patrono o comitente de obras realizadas por terceros, según corresponda.

4. Por el contrario, al entrar en la esfera de los “*derechos conexos*”, nos estamos refiriendo a la protección de la actividad económica y técnico-organizativa del radiodifusor, en relación con la señal que emite.

5. Esa conexidad con el derecho del autor (y, en su caso, con el derecho de los intérpretes o ejecutantes y el de los productores fonográficos), no está en la protección de obra alguna, sino en que la transmisión contiene una programación, consti-

---

<sup>1</sup> Sobre el tema, v.: ANTEQUERA PARILLI, Ricardo: “*Los radiodifusores como usuarios de las obras*”. Documento OMPI/CR/BUE/99/3. Mesa Redonda de la OMPI para los países de América Latina y el Caribe sobre protección de las Bases de Datos y protección de los Organismos de Radiodifusión. Buenos Aires, 1999.



tuida en buena parte por obras del ingenio, interpretaciones o ejecuciones artísticas y grabaciones sonoras.

## II ANTECEDENTES

6. La invención de la radiofonía por Hertz y Marconi, y posteriormente de la televisión, significaron el medio de difusión más amplio que hayan podido lograr muchos géneros creativos sonoros y audiovisuales, así como una dimensión inusitada de acceso a la información.

7. Pero en sus inicios, la radiodifusión apenas se limitó a emisiones de contenido rudimentario: la radio, a transmitir obras musicales –al comienzo con el intérprete frente al micrófono y luego a partir de grabaciones–, y eventualmente la difusión de noticias, casi siempre mediante la simple lectura de lo publicado en los medios impresos; la televisión, a difundir obras cinematográficas, programas de bajo costo y noticieros con poca cobertura.

8. No obstante, la posterior instalación de antenas repetidoras para cubrir áreas mayores en un mismo país; la aparición del satélite para que la señal llegue a cualquier territorio; la ampliación del contenido de la programación, para poner al alcance del público la imagen de la noticia, sin importar el lugar de su ocurrencia y permitir el disfrute de eventos y espectáculos de la más diversa naturaleza, inclusive con el surgimiento de nuevos géneros creativos, como la telenovela y el “*video-clip*”; las considerables inversiones para colocar la señal y los recursos económicos, técnicos y humanos necesarios con el fin de producir la transmisión, fueron varios de los elementos que justificaron la protección de los organismos de radiodifusión en el marco de los derechos intelectuales, como “*derechos afines*”.

9. Ya con anterioridad a la aprobación de la Convención de Roma (1961), algunas legislaciones vigentes reconocían la tutela a las entidades radiodifusoras en la esfera de los “*derechos conexos*”, como Italia, en 1941; o a la emisión como “*obra*” objeto del “*copyright*”, tal el caso de la ley del Reino Unido de 1956.

10. Sin embargo, la Convención de Roma, aun respecto de aquellos países que no pertenecían a ella, significó una importante referencia para las reformas legislativas nacionales surgidas a partir de 1961.

11. Es así como los organismos de radiodifusión encontraron protección en su carácter de titulares de derechos afines, vecinos o conexos (según la denominación utilizada en cada texto), en los países de la Comunidad Europea (en varios de ellos

inclusive antes de la Directiva 92/100/CEE del 19-11-92 sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor y de la Directiva 93/83 del 27-9-93 sobre derecho de autor y derechos afines en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable), y también en muchos de los latinoamericanos, siendo ya un compromiso que debe asumirse, aun cuando no se haya adherido a la Convención de Roma pero se ingrese a la OMC y resulte obligante el cumplimiento de las obligaciones contempladas en ADPIC.

### III EL OBJETO

12. De acuerdo a la Convención de Roma el objeto de la protección, en el caso que nos ocupa, es la emisión de radiodifusión, o sea, la difusión inalámbrica de sonidos o de imágenes y sonidos para su recepción por el público (art. 3,f).

13. Ello quiere decir que la tutela mínima para los organismos de radiodifusión está referida, en dicho instrumento, a la difusión a distancia de sonidos y/o imágenes para su captación por el público en general por medio de ondas radioeléctricas<sup>2</sup>.

14. En consecuencia, y salvo que la ley nacional aplicable disponga otra cosa, no está protegida por el derecho conexo previsto en la Convención de Roma la emisión de origen a través de conductores físicos (v.gr.: radiodifusión por cable), lo que no impide que:

- a. Una interpretación jurisprudencial de “*avanzada*” aplique por analogía a los organismos de emisión por cable, la protección dispensada a las emisoras de radiodifusión.
- b. El emisor alámbrico accione contra quien abuse de su señal, invocando otras figuras jurídicas (v.gr.: enriquecimiento sin causa, competencia desleal, “*aprovechamiento parasitario*”, etc.).
- c. Los titulares de derechos sobre la programación (v.gr.: autores, intérpretes, productores), reclamen igualmente contra la transmisión o retransmisión alámbrica no autorizada de sus obras, interpretaciones o ejecuciones artísticas o producciones fonográficas.

15. En todo caso, valen adicionalmente las precisiones siguientes:

- a. La radiodifusión puede realizarse a partir de grabaciones previas (v.gr.: fijaciones sonoras o audiovisuales) o mediante espectáculos “*en vivo*” (v.gr.:

---

<sup>2</sup> V.: OMPI: “*Glosario de derecho de autor y derechos conexos*” . Ob. Cit. Voz 26. p. 26.

- conciertos, programas de variedades, espectáculos deportivos), sin previa fijación.
- b. Importa poco que la transmisión se realice en forma “analógica” o convencional, o por medio de la tecnología digital.
  - c. Hay radiodifusión independientemente de que se acceda a la transmisión en forma gratuita o mediante suscripción o pago.
  - d. En consecuencia, la radiodifusión es “abierta” (cuando el público puede sintonizar libremente a la estación emisora) o “cerrada” (o “por suscripción”), si la señal solamente puede captarse, lícitamente, por el sector del público que cuenta con un dispositivo proporcionado por el emisor o, en su caso, por el distribuidor autorizado de la señal.
  - e. El acto de radiodifusión se produce con el envío de la señal, pues el factor determinante es la emisión, “independientemente de la captación y de la escucha o la visión”<sup>3</sup>.
  - f. Por utilizar el espacio “hertziano”, la emisión lanzada hacia un satélite, también constituye radiodifusión.

## IV EL SUJETO

16. La Convención de Roma no define al organismo de radiodifusión, pero con fundamento en su contenido se entiende como tal a la persona natural o jurídica que emite, mediante difusión inalámbrica, sonidos (radio) o imágenes y sonido (televisión), para su recepción por el público.

17. A su vez, dicho instrumento indica que la emisión consiste en la difusión inalámbrica de sonidos o de imágenes para su captación por el público (art. 3,f).

18. Con fundamento en los particulares expuestos sobre el objeto de la protección, nada impide que por una interpretación jurisprudencial “dinámica” o mediante disposición legal expresa, como ya fue dicho, se reconozca también protección al organismo que emite la señal de origen a través de conductores físicos, ya que no es el medio técnico utilizado lo que justifica la protección, sino el hecho de la emisión, sea alámbrica o inalámbrica.

---

<sup>3</sup> V.: OMPI: “Guía del Convenio de Berna” . Ob. Cit. p. 79.

19. Esa protección análoga ha sido ya reconocida expresamente por algunas legislaciones latinoamericanas (Ecuador, Paraguay, Perú, República Dominicana).

20. A la misma conclusión se llega si al reconocer a los radiodifusores un conjunto de derechos sobre su transmisión, se define a ésta como la efectuada por ondas radioeléctricas, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo (México).

21. Nada distinto ocurre en la Comunidad Andina cuando:

a. La Decisión 351 define al organismo de radiodifusión como “*la empresa de radio o televisión que transmite programas al público*” (art. 3), sin exigir que dicha transmisión sea alámbrica o inalámbrica.

b. El mismo instrumento define como emisión a la “*difusión a distancia de sonidos o de imágenes y sonidos para su recepción por el público*” (art. 3), nuevamente sin que la misma deba ser transmitida a través del espacio radioeléctrico o por medio de una guía artificial, omitiendo expresamente del concepto de emisión el carácter inalámbrico de la transmisión, y esa omisión tiene que ser deliberada pues, de otro modo, el legislador andino se habría limitado a copiar la definición contenida en la Convención de Roma.

c. La norma comunitaria contiene también una definición de “*retransmisión*”, (art. 3), como la “*reemisión de una señal o de un programa recibido de otra fuente, efectuada por difusión inalámbrica de signos, sonidos o imágenes, o mediante hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo*” (hemos destacado).

d. Es evidente entonces que si el legislador comunitario quiso superar los niveles mínimos de la Convención de Roma para extender el concepto de retransmisión a la efectuada por conductores físicos, es porque también el derecho sobre la emisión susceptible de retransmisión, incluye la efectuada mediante guías artificiales como el cable o la fibra óptica.

22. Pero la protección no se extiende, por la vía del derecho conexo, al simple retransmisor por cable de una emisión ajena (es decir, al mero “*distribuidor pasivo*”), sino solamente a quien realiza la transmisión de origen por guías artificiales.

23. Así se encarga de aclararlo la normativa europea, de la manera siguiente:

a. En la Directiva 92/100, cuando al reconocer a las entidades de radiodifusión el derecho exclusivo de autorizar o prohibir la fijación de sus emisiones (art. 6,2), dispone que “*las empresas de difusión por cable no gozarán del derecho contemplado en el apartado 2 cuando simplemente retransmitan por*

*cable emisiones de organismos de radiodifusión*” (art. 6,3), de lo que se desprende que si tales empresas realizan una emisión originaria (y no una simple retransmisión), sí gozan del respectivo derecho de fijación.

- b. En la Directiva 93/83, al disponer que los estados miembros velarán para que la distribución por cable en su territorio de programas de otros estados miembros, se realice respetando los derechos de autor y afines aplicables (art. 8,1), de lo que se infiere que el simple “*distribuidor pasivo*” de una emisión ajena solamente es un usuario de las obras, interpretaciones, producciones y emisiones que retransmite.

24. Y es que la protección no está dirigida al mero “*distribuidor*”, porque hace perder la esencia acerca del sujeto de la protección y de su objeto, si se entiende que, tomando las palabras de Corrales en relación con los organismos de radiodifusión, se protege a quien toma la iniciativa de la producción de una emisión, coordinándola y asumiendo la responsabilidad de prepararla y de integrar los múltiples elementos que convergen en la programación, reuniendo así características que la individualizan<sup>4</sup>.

## V

### EL CONTENIDO DEL DERECHO<sup>5</sup>

25. Es sabido que el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (TOIEF), no contiene normas aplicables a los derechos de los organismos de radiodifusión, de suerte que la tutela internacional básica se encuentra, todavía, en la Convención de Roma y en el ADPIC.

26. La protección mínima contenida en la Convención de Roma (art. 13), comprende el derecho del organismo de radiodifusión a autorizar o prohibir:

- a. La retransmisión de sus emisiones.
- b. La fijación sobre una base material de sus emisiones.

<sup>4</sup> V.: CORRALES, Carlos: “*La protección internacional de los derechos conexos en el plano normativo. Los tratados sobre la protección de los derechos de los organismos de radiodifusión*”. Curso Académico Regional de la OMPI sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para países de América Latina. Documento OMPI/DA/ANG/99/25. Antigua, Guatemala, 1999. p. 4.

<sup>5</sup> Sobre el tema, v.: CORRALES, Carlos: “*La protección internacional de los derechos conexos en el plano normativo. Los tratados sobre la protección de los derechos de los organismos de radiodifusión*”. Ob. Cit., y BRACAMONTE ORTIZ, Guillermo: “*Los derechos de los organismos de radiodifusión. Otros derechos conexos*”. Documento OMPI-SGAE/DA/SRZ/01/20, presentado en el Octavo Curso Académico Regional de la OMPI sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para países de América Latina. Santa Cruz de la Sierra (Bolivia), 2001.

- c. La reproducción de las fijaciones de sus emisiones hechas sin su consentimiento.
- d. La comunicación al público de sus emisiones de televisión cuando éstas sus efectúen en lugares accesibles al público mediante el pago de un derecho de entrada, bajo las condiciones que determine la ley nacional del país donde se reclame la protección.

27. La retransmisión está referida a la emisión simultánea por un organismo de radiodifusión de una emisión de otro organismo de radiodifusión (art. 3,g), simultaneidad que excluye la retransmisión “*en diferido*”, porque de ser ese el caso, la misma necesitaría de una grabación previa de la emisión original, lo que caería en otro de los derechos reconocidos al organismo radiodifusor (la fijación sobre una base material de sus emisiones), todo ello, como ya se ha dicho, sin perjuicio del derecho de comunicación pública que corresponde a los autores sobre las obras literarias o artísticas retransmitidas, ni del derecho de reproducción reconocido a los titulares sobre las obras, interpretaciones y producciones incorporadas a la programación.

28. La retransmisión debe ocurrir igualmente, como protección mínima, por medios inalámbricos (como también lo contempla el ADPIC, art. 14,3), porque no está regulada en ninguno de los citados instrumentos la retransmisión a través de conductores físicos.

29. En todo caso (siempre a falta de disposición legal aplicable), el organismo de radiodifusión cuya emisión es retransmitida mediante cable, puede accionar contra el infractor, como se ha visto, invocando otras figuras (v.gr.: enriquecimiento sin causa, competencia desleal), por una parte; y, por la otra, los autores, artistas, productores y demás titulares de derechos sobre el contenido del programa, tienen derecho a reclamar por la comunicación pública no autorizada de sus obras, interpretaciones o producciones, según el caso.

30. Pero es de hacer notar que la tendencia legislativa que cada vez cobra mayor fuerza es la de reconocer al organismo de radiodifusión un derecho exclusivo de retransmisión de sus emisiones (sean alámbricas o inalámbricas), como ocurre en un gran número de legislaciones latinoamericanas (Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Venezuela), incluida la Decisión 351 de la Comunidad Andina.

31. Aunque la Convención de Roma no lo dice expresamente, el derecho de autorizar o no la fijación sobre una base material de la emisión, cubre tanto la grabación total como parcial de la misma.

32. El derecho a permitir o no la reproducción de la fijación de una emisión, comprende también la de autorizar o no aquella duplicación de la grabación realizada con arreglo al artículo 15 de la misma Convención, cuando ella sea utilizada para fines distintos a los previstos en esa disposición<sup>6</sup>.

33. Finalmente, el último derecho mencionado (la comunicación de las emisiones televisivas efectuadas en lugares públicos mediante el pago de entrada), está sometido a tres condiciones:

- a. Que se trate de emisiones de televisión, de manera que quedan excluidas las comunicaciones públicas por la radiodifusión sonora, todo ello sin perjuicio del derecho de autorizar o prohibir o, en su caso, de recibir una remuneración, que corresponde a los autores, artistas y productores sobre las obras, interpretaciones o producciones contenidas en los programas cuya emisión sea objeto de esa utilización pública.
- b. Que dichas comunicaciones se realicen en lugares accesibles al público, pues no se aplica a aquellas captaciones realizadas en un círculo familiar o en el ámbito doméstico.
- c. Que el acceso a esa comunicación exija del pago de una entrada, o sea, un lucro directo por el acto, de modo que no comprende los casos de lucro indirecto, tal aquel en que no se cobra por el acceso sino por los servicios prestados en el local.

34. El derecho de comunicación pública sobre las emisiones de televisión bajo las condiciones indicadas, ha sido el menos recogido en las legislaciones nacionales, especialmente porque se trata de uno de los supuestos donde, conforme al artículo 16 de la Convención de Roma, un Estado puede indicar en cualquier momento que no aplicará algunas de las disposiciones convencionales, supuesto en el cual los demás estados contratantes no están obligados a conceder ese mismo derecho a los organismos de radiodifusión cuya sede se encuentre en aquel que hace la reserva.

---

<sup>6</sup> Artículo 15: 1. Cada uno de los Estados Contratantes podrá establecer en su legislación excepciones a la protección concedida por la presente Convención en los casos siguientes: a) Cuando se trate de una utilización para uso privado; b) Cuando se hayan utilizado breves fragmentos con motivo de informaciones sobre sucesos de actualidad; c) Cuando se trata de una fijación efímera realizada por un organismo de radiodifusión por sus propios medios y para sus propias emisiones; d) Cuando se trate de una utilización con fines exclusivamente docentes o de investigación científica. 2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 de este artículo, todo Estado Contratante podrá establecer en su legislación nacional y respecto a la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, de los productores de fonogramas y de los organismos de radiodifusión, limitaciones de la misma naturaleza que las establecidas en tal legislación nacional con respecto a la protección del derecho de autor sobre las obras literarias y artísticas. Sin embargo, no podrán establecerse licencias o autorizaciones obligatorias sino en la medida en que sean compatibles con las disposiciones de la presente Convención”.

35. No obstante lo anterior, ese derecho comienza a tener una importante recepción en las legislaciones latinoamericanas, en algunas de estas variantes:

- a. Sin hacer distinción entre las características de la emisión objeto de la comunicación pública, es decir, tanto la exclusivamente sonora como la televisiva, siempre con la condición de que se ingrese mediante un derecho de entrada (Ecuador, Nicaragua, Perú, República Dominicana), haya fines de lucro directo (México) o al menos donde el público pueda acceder para efectos de consumir o adquirir productos o servicios de cualquier índole (Guatemala).
- b. Restringida a las emisiones de televisión, siempre con el requisito de que se efectúe en lugares sujetos al pago de un derecho de admisión (El Salvador, Honduras).
- c. Limitada igualmente a las emisiones de televisión, pero exigiendo solamente que la comunicación de la emisión televisiva se haga en un lugar de frecuencia colectiva, aunque no se ingrese mediante un derecho de entrada (Brasil, Costa Rica).
- d. Reconocida como un derecho de remuneración y no como un derecho exclusivo, sea sobre las emisiones de radiofonía como también las de televisión, siempre que sea con el pago de un derecho de entrada (Paraguay).
- e. También como un derecho de remuneración, sobre la emisión sonora o televisiva, sin exigir que el ingreso esté condicionado al pago de un derecho de entrada, siempre que sea un lugar de libre acceso para el público (Chile).

36. El escenario mínimo de protección conforme al ADPIC comprende el derecho de los organismos de radiodifusión a prohibir 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 (art. 14,<sup>37</sup>).

37. Pero el compromiso para el reconocimiento de esos derechos es más limitado, pues admite que los estados miembros de la OMC no concedan tales derechos a los organismos de radiodifusión, siempre que reconozcan a los titulares de derechos de autor sobre la materia objeto de las emisiones, la posibilidad de impedir los actos antes mencionados, a reserva de lo dispuesto en el Convenio de Berna.

---

<sup>7</sup> Nótese que en el ADPIC no es necesario que la comunicación pública de la emisión de televisión se realice a cambio de un derecho de entrada.



## VI LA DURACIÓN

38. De acuerdo a la Convención de Roma (art. 14,c) y al ADPIC (art. 14,5), el plazo mínimo de protección para los organismos de radiodifusión es de 20 años, contados a partir del final del año civil en que se realizó la emisión.

39. Sin embargo, existe la tendencia legislativa a elevar ese periodo, por lo menos a 50 años y, en varios ordenamientos, por encima de ese plazo.

## VIII LAS PROPUESTAS DE LOS ORGANISMOS DE RADIODIFUSIÓN ANTE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS

40. Como quiera que los organismos de radiodifusión quedaron excluidos del TOIEF (y el ADPIC poco innova en relación con los derechos reconocidos en la Convención de Roma), se iniciaron los trabajos preparatorios con vistas a la posibilidad de un nuevo Tratado Internacional sobre los derechos de los organismos de radiodifusión.

41. A esos efectos se tienen en cuenta, fundamentalmente, algunas de las aspiraciones expresadas por los organismos de radiodifusión en relación con las modernas tecnologías, entre ellas, las manifestadas en el Simposio Mundial de la OMPI sobre Radiodifusión, Nuevas Tecnologías de la Comunicación y Propiedad Intelectual, celebrado en Manila del 28 al 30 de abril de 1997<sup>8</sup> y en el Proyecto de Tratado presentado por diversas organizaciones vinculadas al sector de la radiodifusión ante la segunda sesión del Comité Permanente de la OMPI sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos (Ginebra, mayo de 1999<sup>9</sup>) el cual, en lo adelante, denominaremos “*El Proyecto*”.

42. Como apunta Fícsor, varias de las ideas allí señaladas se encuentran más o menos respaldadas, pero otras no lo están completamente<sup>10</sup>.

43. De allí que esta unidad se limitará a comentar los aspectos del proyecto con mayores probabilidades de ser incorporados al eventual nuevo instrumento interna-

---

<sup>8</sup> V.: Documento OMPI/DA/CUN/98/4, preparado por Mihály Fícsor, para la fecha Subdirector General de la OMPI, y presentada en el Simposio sobre Derecho de Autor, Radiodifusión y Nuevas Tecnologías para países de América Latina y el Caribe. Cancún, 1998.

<sup>9</sup> V.: Documento OMPI/SCCR/2/6 del 7 de abril de 1999.

<sup>10</sup> V.: Documento OMPI/DA/CUN/98/4, ya citado, p. 9.

cional, sea porque ya han encontrado recepción en algunas legislaciones nacionales (en varios casos, también en las latinoamericanas), o bien porque gozan de apoyo en diversos círculos especializados<sup>11</sup>.

### **La retransmisión (simultánea o diferida) de sus emisiones.**

44. Esta primera aspiración obedece a que de acuerdo a la definición de retransmisión contenida en el artículo 3.g) de la Convención de Roma, la reemisión debe ser simultánea, de modo que la facultad de autorizar o prohibir las retransmisiones diferidas de las emisiones constituiría un derecho nuevo a nivel convencional.

45. Sin embargo, en los países que pertenecen a la Comunidad Andina de Naciones rige con prioridad a las leyes internas la Decisión 351 sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, la cual ofrece un concepto más amplio de lo que se entiende por retransmisión (art. 3), ya que no exige la simultaneidad en la reemisión, de manera que en esos países el organismo de radiodifusión tiene el derecho de autorizar o prohibir la retransmisión de sus emisiones, tanto la simultánea como la diferida.

46. La misma situación se plantea con otras leyes latinoamericanas, cuando:

- a. Definen a la retransmisión como la reemisión de una señal o de un programa recibido de otro organismo de radiodifusión, sin que en el concepto se exija la simultaneidad en la reemisión (Chile, Ecuador, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana).
- b. Incluyen en el concepto de retransmisión, tanto la simultánea como la posterior (Costa Rica, Guatemala, Honduras).
- c. Comprenden la “*distribución simultánea o diferida*” de la emisión (México).
- d. Disponen que los organismos de radiodifusión tienen el derecho exclusivo de autorizar o no la retransmisión de sus emisiones “*por cualquier medio o procedimiento*” (Ecuador, Panamá, Paraguay).

---

<sup>11</sup> Sobre otras propuestas de los radiodifusores, v.: ANTEQUERA PARILLI, Ricardo: “*Algunas consideraciones sobre los derechos de los organismos de radiodifusión y el impacto de las nuevas tecnologías*”. Conferencia presentada en las sesiones de la OMPI sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos. Conferencia Latinoamericana - Américas 2000, co-organizadas con la Asociación Internacional de Radiodifusión (AIR - IAB), en cooperación con la Asociación Nacional de Radiodifusores (NAB) de los Estados Unidos de América. Miami, 2000.

- e. Reconocen el derecho de retransmisión, sin condiciones (Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Perú, República Dominicana, Venezuela).
- f. No establecen un derecho exclusivo de autorizar o prohibir la retransmisión (simultánea o no), sino un derecho de remuneración (Chile).

47. Quiere decir entonces que la postura asumida por esos ordenamientos coincide básicamente con la propuesta presentada en “*El Proyecto*”, por la cual se entiende por retransmisión “*la radiodifusión simultánea o en diferido de un organismo de radiodifusión de la emisión de otro organismo de radiodifusión*”.

48. Finalmente, la retransmisión “*en diferido*” impone, necesariamente, que la emisión se fije en un soporte material (analógico o digital), en forma permanente o temporal, para su reemisión posterior, y este derecho de fijación sí figura en el artículo 13,b) de la Convención de Roma y en el artículo 14,3 del ADPIC.

### **La distribución por cable (alámbrica) de sus emisiones de radiodifusión, tanto en forma simultánea como diferida.**

49. Esta propuesta también responde a la inquietud de que conforme al artículo 3,g) de la Convención de Roma, la retransmisión allí protegida es la simultánea “*por un organismo de radiodifusión de una emisión de otro organismo de radiodifusión*” (hemos destacado), es decir, la inalámbrica, como también se exige expresamente en el ADPIC (art. 14,3).

50. Dicho de otra manera: en los mínimos convencionales el organismo de radiodifusión solamente tiene el derecho de autorizar o no la retransmisión que haga de la emisión otro organismo de radiodifusión y no, por ejemplo, un retransmisor por cable.

51. El aspirado derecho de los organismos de radiodifusión para autorizar o no la retransmisión (o distribución) alámbrica, tampoco resulta una novedad para los países regidos por la Decisión 351 de la Comunidad Andina, la cual hace comprender en el término “*retransmisión*” la reemisión de una señal o de un programa recibido de otra fuente, efectuada tanto por difusión inalámbrica como la realizada “*mediante hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo*” (art. 3), de modo que los organismos de radiodifusión tienen el derecho de autorizar o prohibir las retransmisiones de sus emisiones, sean éstas alámbricas o inalámbricas, en directo o en diferido.

52. Similar situación se plantea en la mayoría de las leyes latinoamericanas que han adoptado una disposición similar; no hacen distinciones acerca del modo de retransmitir la señal; reconocen al organismo de radiodifusión el derecho de autorizar o no la retransmisión de sus emisiones “*por cualquier medio o procedimiento*”; o tipifican como violación de los derechos “*la retransmisión por cualquier medio alámbrico o inalámbrico, de una emisión de radiodifusión, sin el consentimiento del organismo de radiodifusión*” u otra fórmula similar.

53. La reciente corriente legislativa latinoamericana se orienta entonces a adoptar las disposiciones de “*El Proyecto*”, por el cual los radiodifusores deben gozar del derecho exclusivo de autorizar o no la distribución por cable de sus emisiones, es decir, la transmisión simultánea o diferida de sus emisiones mediante conductores físicos, como hilos alámbricos, cables o fibras ópticas, o sistemas de microondas, destinados a la recepción del público.

### **La comunicación al público de sus emisiones (sonoras o audiovisuales).**

54. “*El Proyecto*” define a la comunicación al público de una emisión, como aquella que hace que la emisión o su fijación resulte audible o visible en lugares accesibles al público, lo que quiere decir que comprende tanto a las emisiones sonoras como a las televisivas.

55. Por otra parte, a diferencia de la Convención de Roma, “*El Proyecto*” no exige que el acto de comunicación pública de la emisión de radiodifusión se efectúe mediante el pago de un derecho de entrada, de suerte que el derecho aspirado por los radiodifusores comprende también el de autorizar o prohibir tales comunicaciones aunque el ingreso del público a las mismas sea gratuito.

56. Para sustentar la propuesta, el memorandum explicativo de “*El Proyecto*” señala que el derecho previsto en la Convención de Roma, limitado a la comunicación de las emisiones de televisión en lugares accesibles al público mediante el pago de una entrada carece prácticamente de contenido, ya que por lo general dichos lugares han dejado de existir desde hace bastante tiempo y, por tanto, debe extenderse a aquellos otros donde se ejerce una actividad comercial (restaurantes, hoteles, grandes almacenes, etc.).

57. Si bien el ADPIC contemplan el derecho de los radiodifusores de prohibir la comunicación al público de sus emisiones (sea o no mediante el pago de un derecho de entrada), éstas se limitan a las de televisión y, además, se permite a las legislaciones nacionales el no reconocer ese o cualesquiera de los otros derechos allí establecidos para los emisores, siempre que se conceda a los titulares de los

derechos de autor sobre la materia objeto de las emisiones, la posibilidad de impedir tales actos (art. 14,3).

58. Este derecho de comunicación pública, así concebido en “*El Proyecto*”, no tiene parangón en el marco de los derechos conexos, al menos con carácter obligatorio en el ámbito convencional internacional, pues los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas, conforme a la Convención de Roma y al TOIEF, no gozan de un derecho exclusivo y general de comunicación pública, sino de un derecho de remuneración.

59. Las reservas que algunos sectores autorales formulan a esta aspiración se encuentra en que si una legislación sustituye el derecho exclusivo de radiodifusión de los autores por un sistema de licencia no voluntaria (en los términos permitidos por el Convenio de Berna), no parece coherente que, a su vez, los organismos de radiodifusión gocen de un derecho exclusivo para autorizar o no la comunicación pública de sus emisiones, a pesar de que las mismas contienen obras respecto de los cuales sus autores, en razón de una de esas licencias, no gozan de un derecho de autorizar o prohibir, sino de un derecho de simple remuneración.

60. En el párrafo 35 de esta unidad, se hace una relación acerca de las posturas acogidas al respecto por las diversas legislaciones latinoamericanas.

**La puesta a disposición del público de fijaciones de sus emisiones, 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.**

61. Este derecho no es otra cosa que una “*especie*” dentro del “*género*” de la comunicación pública, y lo que pretende reconocer a los radioemisores es la facultad de autorizar o no la puesta a disposición del público de las fijaciones de las emisiones de radiodifusión a través de transmisiones o retransmisiones “*a pedido*” o “*a la carta*”, en términos similares a los contemplados en el TODA para el derecho de autor (art. 8) y en el TOIEF para los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas (arts. 10 y 14).

62. El derecho así planteado parece redundante si se acoge el ya comentado de comunicación al público de las emisiones, especialmente si se define como comunicación pública a todo acto por el cual “*el público pueda tener acceso*” a la emisión, lo que hace comprender también a la transmisión digital “*interactiva*”.

63. Este derecho constituiría una figura novedosa para las legislaciones latinoamericanas, aunque las leyes de Ecuador, Panamá, Paraguay, Perú y Venezuela

establecen que los titulares de derechos conexos (como los organismos de radiodifusión), pueden invocar en su favor las disposiciones relativas a los autores, en cuando estén conformes con sus respectivos derechos, de manera que es posible que los organismos de radiodifusión invoquen la facultad de autorizar o prohibir la “puesta a disposición” mediante accesos “a pedido”, por aplicación analógica y extensiva de uno de los derechos atribuidos a los autores en dichas leyes, es decir, el de “comunicación pública”, por cualquier procedimiento que sea, conocido o por conocerse.

### **Cualquier fijación de sus emisiones, con fines distintos a los privados y cualquier reproducción o distribución de dicha fijación.**

64. La novedad de esta propuesta es relativa ya que, al menos parcialmente, aparece contemplada en el artículo 13, b) y 13,c), de la Convención de Roma y en el artículo 14,3 del ADPIC.

65. Es cierto que en ambos instrumentos sólo se concede protección sobre la fijación, pero no sobre la distribución de los ejemplares así fijados sin autorización, pero en cuanto a la fórmula planteada en “*El Proyecto*” deberían formularse las consideraciones siguientes:

- a. La Convención de Roma no solamente reconoce al organismo de radiodifusión el derecho de autorizar o no la fijación de sus emisiones (art. 13,b), sino también de permitir o no la reproducción de las fijaciones hechas sin su consentimiento (art. 13,c,i), de suerte que no hay nada nuevo en “*El Proyecto*”.
- b. Si se trata de fijaciones (o reproducciones), no autorizadas, su distribución al público sería ilegal, por tratarse de ejemplares ilícitos, sin necesidad de ninguna norma expresa, razón por la cual tampoco aquí existe novedad en “*El Proyecto*”, salvo con fines meramente aclaratorios, como lo hace, en relación con los productores de fonogramas, el artículo 2 del Convenio Fonogramas.

### **La descodificación de emisiones codificadas.**

66. Se trata de una propuesta que conduce a un dispositivo equivalente, en cuanto corresponda para los organismos de radiodifusión, al ya previsto en el TODA para los autores (art. 11), y en el TOIEF para los intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas (art. 18).

67. Pero la aspiración de los radiodifusores peca aquí por defecto, ya que podrían existir otros dispositivos destinados al acceso, fijación o reproducción no au-

torizadas de emisiones radiodifundidas, distintos de los descodificadores de señal, de suerte que valdría la pena, en caso de prosperar la propuesta, que la norma se redactara en términos más generales y, posiblemente, muy parecidos a los contemplados en los nuevos Tratados de la OMPI, ya citados.

68. Ya son varias las leyes latinoamericanas que se han adelantado a esa previsión cuando tipifican como delito, por ejemplo, la descodificación de señales o la elusión de cualquier dispositivo instalado por o con la autorización del titular del derecho para evitar el uso no autorizado, como también la fabricación o la importación, para la venta o el alquiler, de un medio o sistema que permita o facilite la recepción de un programa codificado, radiodifundido o comunicado y, en general, cualquier dispositivo cuyo propósito o efecto sea impedir, burlar, eliminar, desactivar o eludir de cualquier forma, las medidas técnicas de autotutela que los titulares de derechos (como los organismos de radiodifusión), hayan dispuesto para proteger sus respectivos bienes intelectuales.

### **La protección análoga de las estaciones emisoras por cable.**

69. Como ya fue estudiado al tratar sobre el sujeto, la Convención de Roma y el ADPIC solamente dirigen su protección, como mínimo convencional, al organismo que efectúa su emisión a través del espacio radioeléctrico, es decir, por medios inalámbricos.

70. Y aunque no figura en “*El Proyecto*”, se trata de una aspiración de las empresas de radio o televisión que transmiten programas al público por medio de conductores físicos, para que no se les discrimine en razón del medio (alámbrico) utilizado para la emisión, ya que la conducta ilegítima de retransmitir, fijar o reproducir esa transmisión es la misma, bien que se utilice sin autorización una emisión de origen realizada en forma alámbrica o a través de ondas hertzianas.

71. También también fue visto que esa protección no va dirigida al simple “*distribuidor pasivo*” (o “*distribuidor parasitario*”), sino a aquel que asume la responsabilidad de realizar la coordinación y conformación de una programación para ser transmitida al público.

72. Finalmente, nos remitimos al capítulo de esta unidad relativo al sujeto de la protección, donde se destaca que esa tutela ha encontrado recepción en varias legislaciones e instrumentos comunitarios, inclusive latinoamericanos.

Módulo

IV

Derechos  
conexos o  
afines al  
derecho de  
autor

## UNIDAD 5

OTROS DERECHOS CONEXOS U OBJETO DE UNA PROTECCION “*SUI  
GENERIS*” EN ALGUNAS LEGISLACIONES

Introducción - Las meras fijaciones audiovisuales – Las fijaciones fotográficas no creativas – La divulgación de obras inéditas en dominio público - Las bases de datos no creativas – Las expresiones del folklore





# I

## INTRODUCCIÓN

1. Además de los derechos conexos “clásicos” explicados en las unidades anteriores, comienzan a incorporarse a la protección legal otros bienes inmateriales que no pueden calificarse de obras, al carecer de originalidad, pero que por su valor económico o cultural, según los casos, son merecedores de una tutela propia.

2. A los efectos de esa protección, algunas legislaciones han ampliado el espectro de los derechos afines para agregar como objeto de tutela de los derechos conexos a todos o a algunos de esos “nuevos” bienes inmateriales, o han reconocido a los mismos una protección “*sui generis*”, sea en el marco de la ley sobre derecho de autor o bien a través de un texto normativo especial.

3. En esta unidad trataremos sólo los supuestos que han tenido recepción en varias de las legislaciones iberoamericanas, en el entendido de que el catálogo no se agota allí, tomando en cuenta que ciertos textos de la región han incorporado también otras materias (como la protección de los personajes ficticios o simbólicos y los nombres artísticos, al estilo de la ley mexicana<sup>1</sup>), aunque por el momento con poca trascendencia en la legislación comparada.

# II

## LAS MERAS FIJACIONES AUDIOVISUALES

4. La fijación audiovisual es una grabación que proyectada a través de un soporte idóneo ofrece al espectador una sensación de movimiento y, aunque parezca contradictorio, en el concepto también se incluye a la que no tiene sonorización incorporada, como ocurre también con la definición de obra audiovisual, ya estudiada en este curso.

5. Esa fijación audiovisual puede contener, a su vez, una obra audiovisual (con elementos creativos como el argumento, el guión o los diálogos, la música especialmente compuesta para ella, la dirección, etc.), o bien la mera grabación de un simple hecho noticioso, un evento deportivo o un acontecimiento de la vida cotidiana, sin constituirse en el producto de ningún talento creador y, por tanto, ayuna de originalidad, de modo que no pueda calificarse como “obra” en el sentido del derecho de autor.

---

<sup>1</sup> Sobre el tema, v.: BRACAMONTE ORTIZ, Guillermo: “Los derechos de los organismos de radio-difusión. Otros derechos conexos”. Ob. Cit. pp. 16-17.

6. Pero, además de que muchas de esas fijaciones son el resultado de complejas organizaciones noticiosas y del esfuerzo mancomunado de inmensos recursos humanos y técnicos, que requieren además de toda una infraestructura de millonarias dimensiones<sup>2</sup>; otras, aunque producto incluso de la simple casualidad<sup>3</sup>, tienen en todo caso un considerable valor económico, de modo que su uso gratuito por parte de terceros podría calificarse de enriquecimiento injusto y “*aprovechamiento parasitario*”.

7. Si quien realiza la “*producción*” de esas grabaciones es un organismo de radiodifusión, éste tendrá derecho sobre su emisión como tal, con la facultad de autorizar o prohibir su fijación, reproducción o retransmisión, como fue visto en la unidad anterior, pero no sobre las fijaciones en sí mismas.

8. El asunto está en que careciendo esas grabaciones de originalidad no pueden gozar de la protección por el derecho de autor, razón por la cual algunas legislaciones le ofrecen una tutela específica, sea como otro derecho “*conexo*” o “*afín*” al derecho de autor o bien entre los “*otros derechos intelectuales*” tutelados, generalmente en la misma ley autoral.

9. De esa manera, las leyes de Ecuador, España, Paraguay y Perú, por ejemplo (con variantes de forma entre unas y otras), le reconocen al productor de imágenes en movimiento, con o sin sonido, “*que no sean creaciones susceptibles de ser calificadas como obra audiovisual*” (al estilo de la ley peruana), un derecho exclusivo de reproducción, distribución y comunicación pública, independientemente del “*derecho conexo*” reconocido al organismo que transmite esa programación por radio o televisión, a autorizar o prohibir la fijación, reproducción o retransmisión de sus emisiones.

10. Respecto del contenido de la protección, como se dirige a grabaciones no creativas, la tutela no es autoral, sino afín y, en consecuencia, los derechos reconocidos son más limitados.

11. En primer lugar, se trata de un derecho de explotación, de modo que no se reconocen sobre dichas fijaciones derechos morales, ya que no existe allí un “*autor*” (porque no hay obra) sino, simplemente, un productor o responsable; y como

---

<sup>2</sup> Por lo que se refiere a los eventos deportivos, los más emblemáticos pueden ser la grabación de los juegos del “*Mundial de fútbol*” o de la “*Serie Mundial de Béisbol*” y en cuanto a la información noticiosa producto de toda una infraestructura periodística, la grabación (y transmisión) de los bombardeos a Irak ocurridos durante la “*Guerra del Golfo*”.

<sup>3</sup> Recuérdense los varios “*videos aficionados*” que captaron las pasmosas escenas de los aviones estrellándose contra las torres gemelas del “*World Trade Center*” de Nueva York y, en casos mucho menos espectaculares ni trascendentes, los “*videos domésticos*” con escenas graciosas de la vida cotidiana que luego son transmitidos en programas televisivos de corte humorístico.

no hay una expresión de la personalidad con características de originalidad, no funcionan tampoco conceptos como la integridad de la creación o la revocación por cambio de convicciones.

12. En segundo lugar, el derecho patrimonial conferido no se extiende a “*cualquier forma o procedimiento*”, como en las obras del ingenio, sino a tres modalidades de explotación específicas: reproducción, distribución y comunicación pública, para cuyo entendimiento debe acudir a las disposiciones que sobre tales derechos contenga el mismo texto legal respecto de los autores y sus obras.

13. Y en tercer lugar, tales derechos están sometidos a las mismas limitaciones y excepciones contempladas en la ley respecto de las obras del ingenio y sobre los derechos patrimoniales de los creadores.

14. En caso de inexistencia de protección especial en la legislación habría que recurrir a otras figuras jurídicas para la protección de esas fijaciones no creativas, por ejemplo, el enriquecimiento sin causa o la competencia desleal.

### III

#### LAS FIJACIONES FOTOGRÁFICAS NO CREATIVAS

15. Las fotografías son objeto de protección por el derecho de autor siempre que, como las demás obras, constituyan una aportación creativa y personal, con características de originalidad.

16. Pero es posible, al igual que con las simples grabaciones audiovisuales ya estudiadas, que una fijación fotográfica no tenga características creativas -e incluso, que por venturas de la casualidad, pueda captar un acontecimiento importante-, pero susceptible de tener un valor económico apreciable y cuya explotación libre y gratuita por terceros, tendría las características de un enriquecimiento injusto en perjuicio de quien realizó la fijación.

17. De allí también la posibilidad de reconocer, en el marco de los derechos conexos o en la órbita de “*otros derechos intelectuales*”, un derecho exclusivo de explotación, por un tiempo determinado, al que realice una fotografía (u otra fijación obtenida por un procedimiento análogo), que no tenga el carácter de obra por carecer de originalidad.

18. Como en las simples grabaciones audiovisuales, la tutela se limita conforme a las legislaciones iberoamericanas que reconocen esta protección (España, Ecuador, Paraguay, Perú), a determinados derechos de explotación (reproducción, dis-

tribución y comunicación pública), generalmente “*en los mismos términos reconocidos a los autores fotográficos*”, por lo que deben aplicarse las disposiciones que respecto de los autores contiene la ley en relación con tales derechos.

19. Por no tener esas fijaciones el carácter de obra, los productores o responsables de tales fotografías no pueden invocar derechos morales.

20. Como en el caso de las simples grabaciones audiovisuales, los derechos sobre las fotografías no originales están sometidos a las mismas limitaciones y excepciones contempladas en la ley respecto de las obras del ingenio.

## IV

### LA DIVULGACIÓN DE OBRAS INÉDITAS EN DOMINIO PÚBLICO

21. Para algunas legislaciones nacionales, se entiende como obra póstuma a aquella que ha permanecido inédita durante la vida del autor y el plazo de protección *post mortem*.

22. Pero puede ocurrir –y de hecho ha sucedido en numerosas ocasiones–, que una obra inédita mantenida en el olvido durante todo el período de tutela, sea encontrada o ubicada por investigadores u otros estudiosos del autor o de su obra y, como consecuencia de ese hallazgo, la creación sea divulgada.

23. Algunas legislaciones nacionales reconocen un derecho “*afín*” u otro “*derecho intelectual*” a quien divulgue por primera vez (España, Venezuela), o publique (Ecuador, Perú), una obra que se mantuvo inédita durante la vida del autor y el plazo de protección *post-mortem*.

24. Este derecho sobre la obra inédita en dominio público, tiene como finalidad el estímulo a la publicación de creaciones que, de otra manera, permanecerían ocultas, privándose al acervo cultural común del conocimiento de producciones intelectuales que, por circunstancias diversas, nunca fueron dadas a conocer al público durante la vigencia del derecho de autor.

25. Dado que la actividad recompensada no es la creación (pues el que publica o divulga la obra inédita en dominio público no es su autor), no se reconocen derechos morales sino, en general, los mismos derechos de explotación que hubieren correspondido a su autor, para lo cual el intérprete debe acudir a las disposiciones contenidas en la misma ley con el fin de ubicar los derechos reconocidos a los autores, así como sus limitaciones y excepciones.

26. Como regla general, este derecho *sui generis* tiene un plazo inferior de protección al del autor, porque oscila entre los diez y los veinticinco años contados a partir del final del año en que tuvo lugar la divulgación o la publicación de la obra póstuma, todo conforme a la legislación donde esa protección se reclame.

## V LAS BASES DE DATOS NO CREATIVAS

27. Existen bases de datos que, en especial por el volumen de información almacenada o por los importantes recursos empleados en su elaboración, si bien no califican como obras, en razón de la falta de originalidad en la selección o disposición del contenido (como en muchos catálogos de ventas para operaciones de “*comercio electrónico*”), merezcan algún grado de protección, en razón de las inversiones cualitativas o cuantitativas realizadas, contra actos como la extracción sustancial y no autorizada de su contenido.

28. En ese sentido –comenta Schuster–, la protección por el derecho de autor se concede sólo a las bases de datos originales, lo que deja sin protección alguna a las bases de datos comunes, como las guías telefónicas, los listados de direcciones y otros catálogos con estructura enciclopédica que carecen de originalidad en la disposición y/o la selección de las materias que contienen, a pesar de las inversiones realizadas en su elaboración<sup>4</sup>.

29. Si carecen de originalidad, por las razones dichas, su protección no puede ubicarse en el derecho de autor, pero ello no impide que la tutela se reconozca a través de un derecho “*sui generis*”.

30. Así, la Directiva Europea 96/6/CE del 11-3-96 sobre la protección jurídica de las bases de datos<sup>5</sup>, considerado, entre otras cosas, que “*la fabricación de una base de datos requiere una gran inversión en términos de recursos humanos, técnicos y económicos, y que las bases de datos se pueden copiar o se puede acceder a ellas a un coste muy inferior al necesario para crearlas de forma independiente*”, establece dos sistemas:

- a. El primero, para la tutela por el derecho de autor sobre las bases de datos que, por la selección o la disposición de su contenido, constituyan creaciones intelectuales; y,

---

<sup>4</sup> SCHUSTER VERGARA, Santiago: “*Bases de datos originales y no originales*”. Conferencia dictada en el Segundo Taller de Formación de Profesores en materia de Propiedad Intelectual, organizado por la Universidad Autónoma de México y la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). Ciudad de México, 1999. p. 12.

<sup>5</sup> V.: Diario Oficial de las Comunidades Europeas No. L 66/20 del 27-3-96.

- b. El segundo, mediante un derecho “*sui generis*” para aquellas bases de datos que, con independencia de la protección por el derecho de autor u otros derechos, representen, por la obtención, verificación o presentación de su contenido, una inversión sustancial desde el punto de vista cuantitativo o cualitativo.

31. Conforme a este derecho “*sui generis*”, el fabricante de la base de datos puede prohibir la extracción y/o reutilización de la totalidad o de una parte de la misma, evaluada cualitativa o cuantitativamente.

32. Esta protección especial se reconoce por un plazo de quince años, a partir del 1º de enero del año siguiente a la fecha en que haya terminado el proceso de fabricación de la base de datos, aunque evidentemente, si la base tiene características de originalidad por la selección o disposición de su contenido, como ya fue expuesto, la tutela por el derecho de autor continúa por el plazo ordinario de protección y en relación con los derechos reconocidos sobre todas las obras del ingenio.

33. A manera de exposición de motivos, los considerandos de la Directiva Europea, aunque señalan que el derecho de autor es una forma apropiada de derechos exclusivos de los creadores de dichas obras, también destacan, entre otras cosas, que:

- a. Se precisan de medidas destinadas a impedir la extracción y/o reutilización no autorizadas del contenido de una base de datos, a falta de un régimen armonizado en materia de competencia desleal.
- b. La extracción y/o reutilización no autorizadas del contenido de una base de datos pueden tener consecuencias graves desde el punto de vista económico y técnico.
- c. Las bases de datos constituyen un instrumento de gran valor para el desarrollo del mercado comunitario de la información y de gran utilidad para otras muchas actividades.
- d. El crecimiento exponencial de la cantidad de información generada y procesada en los sectores del comercio y la industria exige que en todos los estados miembros se invierta en sistemas avanzados de tratamiento de la información.

34. Tales son, entre otros, los fundamentos de la Directiva para justificar la mencionada protección “*sui generis*”, destacándose por lo demás que las obras protegidas por el derecho de autor y las prestaciones protegidas por los derechos afines incorporadas a una base de datos, siguen siendo objeto de los respectivos

derechos exclusivos, por lo que no pueden incorporarse a una base de datos o extraerse de ella sin el permiso del titular del derecho de autor o afín, o de sus derechohabientes, según corresponda.

35. Ahora bien, la situación jurídica de la protección “*sui generis*” de las bases de datos en los países latinoamericanos es todavía precaria, pues solamente tenemos conocimiento de su incorporación a la ley mexicana, para la cual “*las bases de datos que no sean originales quedan, sin embargo, protegidas en su uso exclusivo por quien las haya elaborado, durante un lapso de 5 años*”.

36. Pero la interpretación de la norma citada no está exenta de dificultades, porque:

- a. No se aclara si el contenido de esa protección es la misma que la reconocida a las bases de datos que constituyan “*obra*”, conforme a los requisitos existenciales exigidos por el derecho de autor.
- b. Tampoco se dice quién es el titular de los derechos sobre dichas bases de datos, vale decir, si “*los autores*” (como en las obras del ingenio), o “*el fabricante*”, al estilo de la directiva europea.
- c. No se precisa si sobre dichas bases de datos no originales se reconocen derechos de orden moral, como en las obras protegidas por el derecho de autor, o solamente se conceden derechos de carácter patrimonial o de explotación.
- d. No se define si los derechos de orden patrimonial, al estilo de la directiva europea, se limitan a prohibir la extracción y/o reutilización de la totalidad o de una parte de la base de datos no creativa o si, por el contrario, se reconoce sobre ellas un derecho de explotación análogo al concedido a las obras del ingenio y que, de acuerdo a la misma ley mexicana, comprende la explotación de la creación “*en cualquier forma*”, salvo limitación legal expresa, lo que iría más allá de la extracción y/o reutilización de la base, incluyendo también, por ejemplo, su comunicación pública, reproducción o distribución por cualquier medio o procedimiento.

37. En los ordenamientos nacionales donde no se contempla expresamente una protección “*sui generis*” para las bases de datos no creativas, puede acudir a las figuras del derecho común, como el enriquecimiento sin causa y la competencia desleal, inclusive por la simulación de producto.

38. Es de hacer notar, finalmente, que en la agenda de las negociaciones sobre derecho de autor en el marco de la “*Alianza de Libre Comercio para las Américas*” (ALCA), está la posible protección “*sui generis*” de las bases de datos.



## VI

### LA PROTECCIÓN DE LAS EXPRESIONES DEL FOLKLORE<sup>6</sup>

#### Folklore y cultura tradicional.

39. La recomendación adoptada por la Conferencia General de la UNESCO en su 25ª Reunión (París, 15-11-89), señala que:

*“La cultura tradicional y popular es el conjunto de creaciones que emanan de una comunidad cultural fundadas en la tradición, expresadas por un grupo o por individuos y que reconocidamente responden a las expectativas de la comunidad en cuanto expresión de su identidad cultural y social; las normas y los valores se transmiten oralmente, por imitación o de otras maneras. Sus formas comprenden, entre otras, la lengua, la literatura, la música, la danza, los juegos, la mitología, los ritos, las costumbres, la artesanía, la arquitectura y otras artes”<sup>7</sup>.*

40. La anterior definición es muy amplia, porque comprende incluso manifestaciones que no tienen una forma de expresión literaria o artística equivalente a la que debe tener una “obra” en el sentido del derecho de autor.

41. Por el contrario, el concepto de lo que es “*expresión del folklore*” empleada por algunas leyes nacionales autorales que se han ocupado de una protección *sui generis* para esa clase de manifestaciones tiene un sentido más restrictivo, pues se limita a “*las producciones de elementos característicos del patrimonio cultural tradicional, constituidas por el conjunto de obras literarias o artísticas creadas por autores no conocidos o que no se identifiquen, que se transmitan de generación en generación y que respondan a las expectativas de la identidad cultural tradicional del país o de sus comunidades étnicas*” (de la ley paraguaya, hemos destacado).

42. Las disposiciones tipo para las leyes nacionales sobre la protección de las expresiones del folklore contra la explotación ilícita y otros actos perjudiciales (art. 2), pauta lo siguiente:

*“A los efectos de la presente [ley], se entiende por “expresiones del folklore” las producciones integradas por elementos característicos del*

<sup>6</sup> Sobre el tema, v.: ANTEQUERA PARILLI, Ricardo: “*La protección de las expresiones del folklore*”. Documento OMPI-SGAE/DA/SRZ/01/28a, presentado en el Octavo Curso Académico Regional de la OMPI/SGAE sobre derecho de autor y derechos conexos para países de América Latina, y UCHTENHAGEN, Ulrich: “*La protección de las expresiones del folklore*”. Documento OMPI-SGAE/DA/SRZ/01/28a, presentado en el Octavo Curso Académico Regional de la OMPI/SGAE sobre derecho de autor y derechos conexos para países de América Latina. Santa Cruz de la Sierra (Bolivia), 2001.

<sup>7</sup> Cit. LIPSZYC, Delia: “*Derecho de Autor y Derechos Conexos*”. Ob. Cit. p. 93.

*patrimonio artístico tradicional desarrollado y perpetuado por una comunidad, o por individuos que reflejen las expectativas de esa comunidad, en particular: i) Las expresiones verbales, tales como los cuentos populares, la poesía popular y los enigmas; ii) Las expresiones musicales, tales como: las canciones y la música instrumental populares; iii) Las expresiones corporales, tales como: las danzas y representaciones escénicas, sea que estas expresiones estén fijadas o no en un soporte; y, iv) Las expresiones tangibles, tales como: a) Las obras de arte popular y tradicional, tales como: dibujos, pinturas, tallas, esculturas, alfarería, terracota, mosaico, ebanistería, forja, joyería, cestería, labores de punto, textiles, tapices, trajes; b) Los instrumentos musicales; (c) [Las obras arquitectónicas]. (hemos destacado)<sup>8</sup>.*

43. Si se analizan los diferentes conceptos expresados, se observa que los contenidos en las legislaciones autorales acerca de lo que son “*expresiones del folklore*”, por una parte, y el que define a los elementos de la “*cultura tradicional*” o a las mismas “*expresiones del folklore*” en las disposiciones-tipo de 1982, por la otra, se hayan diferencias fundamentales, a saber:

- a. Las expresiones del folklore, en cuanto se pretenda ofrecerles una protección “*análoga*” a la que reconoce el derecho de autor, solamente comprende a las manifestaciones literarias o artísticas, a semejanza de las “*obras literarias y artísticas*” como objeto del derecho autoral.
- b. Esas manifestaciones, como las “*obras*”, deben reunir dos requisitos:
  - i. Una forma de expresión literaria o artística (porque el derecho de autor no protege las ideas).
  - ii. La originalidad, que la distinga de cualquier otra del mismo género.

44. A pesar de lo anterior, algunas leyes latinoamericanas, al proteger a las expresiones del folklore, han extendido su definición a producciones que no constituyen “*obras*”, como la mexicana, cuando dispone que “*la presente Ley protege las obras literarias, artísticas, de arte popular o artesanal, así como todas las manifestaciones primigenias en sus propias lenguas, y los usos, costumbres y tradiciones de la composición pluricultural que conforman al Estado Mexicano, que no cuenten con autor identificable*”.

45. En todo caso, una tutela a los elementos de la cultura tradicional (o de las “*expresiones del folklore*” en un sentido amplio), comprende otras manifestaciones que no son obras, por ejemplo, los juegos (porque el derecho de autor no protege los

---

<sup>8</sup> V.: “*Disposiciones tipo para leyes nacionales sobre la protección de las expresiones del folklore contra la explotación ilícita y otros actos perjudiciales*”, en UNESCO: “*Boletín de Derecho de Autor*”. Vol. XVI, No. 4. París, 1982, pp. 65-68.

métodos ni los procedimientos), los instrumentos musicales o las costumbres, a pesar de que los instrumentos musicales en sí mismos no gozan de protección por el derecho de autor y las costumbres no tienen, necesariamente, una forma de expresión original en el dominio literario o artístico.

46. Así lo reconoció la 25ª Conferencia de la UNESCO, al afirmar que convendría a los estados miembros el que:

*“señalasen a la atención de las autoridades competentes los importantes trabajos de la UNESCO y la OMPI sobre la Propiedad Intelectual, reconociendo al mismo tiempo que esos trabajos se refieren únicamente a un aspecto de la cultura tradicional y popular ...”* (destacado nuestro).

47. De allí que las disposiciones tipo sobre las expresiones del folklore (art. 12), dispongan que:

*“La presente [ley] no limitará ni perjudicará en ningún caso ninguna forma de protección aplicable a las expresiones del folklore en virtud de la legislación sobre derecho de autor, de la legislación que proteja a los artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión, de las leyes que protejan la propiedad industrial, o de cualquier otra ley o tratado internacional en el que el país sea parte. Tampoco podrá ir en detrimento de otras formas de protección previstas para la salvaguardia y preservación del folklore”.*

## **La protección del folklore en el marco del derecho de autor<sup>9</sup>.**

48. Los países en desarrollo tienen un rico patrimonio en manifestaciones literarias y artísticas que hacen a su “*identidad nacional*”, de modo que, como se apunta en los comentarios al proyecto de disposiciones tipo de la OMPI para leyes nacionales de derecho de autor, las expresiones del folklore representan “*una tradición viva y activa, y no un mero recuerdo del pasado*”<sup>10</sup>.

49. Pero esos países no siempre tienen la posibilidad de preservar sus expresiones folklóricas ni de promover su divulgación, sin mutilaciones o deformaciones que desvirtúen su valor cultural, razón por la cual se estima que:

---

<sup>9</sup> Sobre el tema, v.: UCHTENHAGEN, Ulrich: “*Posibilidades de una protección de las expresiones del folklore por vía del derecho de autor*”. Documento OMPI-SGAE/DA/SRZ/01/28b, presentado en el Octavo Curso Regional OMPI/SGAE de formación en derecho de autor y derechos conexos para países de América Latina. Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, 2001.

<sup>10</sup> V.: OMPI: “*Comentarios al proyecto de disposiciones tipo para leyes nacionales en materia de derecho de autor*”. Ginebra, 1989.

- a. Deben tomarse las medidas (como en las obras protegidas por el derecho de autor), para evitar que sean utilizadas bajo condiciones que atenten contra su integridad, pues es frecuente que dichas expresiones se deformen para fines comerciales, de manera que el folklore y las artes tradicionales comienzan a ser interesantes desde el punto de vista económico, con el peligro de que sean tratadas como si fueran simples mercancías.
- b. Existe la necesidad de instrumentar los medios (como en las obras protegidas por el derecho de autor), para que las explotaciones que se efectúen de esas expresiones del folklore causen una retribución económica.

50. De allí que la “Recomendación” de la 25ª Asamblea General de la UNESCO sobre la “*salvaguardia de la cultura tradicional y popular*” haya señalado que:

*“La cultura tradicional y popular, en la medida en que se traduce en manifestaciones de la creatividad intelectual individual o colectiva, merece una protección análoga a la que se otorga a las producciones intelectuales. Una protección de esta índole es indispensable para desarrollar, perpetuar y difundir en mayor medida este patrimonio, tanto en el país como en el extranjero, sin atentar contra los intereses legítimos”.*

51. Esta posible protección en el marco del derecho de autor, como se planteó en el Comité de Expertos de la UNESCO sobre la protección jurídica del folklore (Túnez, 1977 <sup>11</sup>), implica distinguir entre las “*obras inspiradas en el folklore*”, las “*expresiones del folklore*” y las “*obras derivadas del folklore*”, así:

- a. Desde un punto de vista autoral, las “*expresiones del folklore*” quedarían restringidas entonces a las manifestaciones literarias o artísticas con características de originalidad, protegidas en todo caso bajo un régimen *sui generis*.
- b. Las obras derivadas del folklore (arreglos, adaptaciones, traducciones, compilaciones y otras transformaciones), quedan protegidas por el derecho de autor (como también los arreglos, adaptaciones, traducciones, compilaciones y otras transformaciones de obras en dominio público) y así lo apuntan expresamente algunas legislaciones (Panamá, Paraguay, Perú), pero dichas obras derivadas no entrañan ningún derecho exclusivo sobre la expresión originaria, de manera que el autor de la obra derivada de una expresión del folklore no puede impedir que terceros hagan sus propios arreglos, adaptaciones, traducciones, compilaciones y otras transformaciones que tengan, por

<sup>11</sup> V.: “Comité de Expertos sobre la protección jurídica del folklore”, en UNESCO: “Boletín de Derecho de Autor”. Vol. XI, No. 3. París, 1977. pp. 28-35.

su forma de expresión, su propia originalidad, aunque, eventualmente, algunas leyes condicionen su explotación a la aprobación de un órgano competente.

- c. En ese sentido –comenta Uchtenhagen–, cabe mencionar que no existe el folklore “*de por sí*”, en el sentido de obras originales conservadas y transmitidas intactas, sino que el patrimonio cultural, incluyendo el folklore, puede ser comparado a un tejido confeccionado por generaciones, las cuales tienen que ocuparse de la herencia cultural recibida, con la tarea de integrarla en su propia creatividad y pasarla a la próxima generación<sup>12</sup>.
- d. Las obras inspiradas en el folklore (v.gr.: en el ritmo, el estilo, la utilización de ciertos instrumentos, etc), quedan protegidas por el derecho de autor como obras originarias (en cuanto a su forma de expresión), pues el derecho de autor no protege los ritmos o los instrumentos por sí mismos.
- e. También acá comenta Uchtenhagen que durante el período de música clásica en Viena, todos los grandes compositores –Beethoven, Mozart, Haydn y Schubert–, se ocuparon de la música popular alemana de baile, inspirándose en sus melodías u ritmos para crear obras de gran fama<sup>13</sup>.

52. En cuanto a las dificultades que presenta la protección de las expresiones del folklore en el marco del derecho de autor, se acotan las siguientes:

- a. No se conoce la identidad de los autores de los elementos que conforman dichas expresiones, porque se trata de “*creaciones comunitarias*”, contentivas de “*valores tradicionales*”, producto de procesos impersonales y permanentes que se transmiten “*por imitación*”<sup>14</sup>.
- b. La “*titularidad originaria*” de los derechos sobre la expresión del folklore en cabeza del Estado presenta objeciones en los países de tradición latina, donde la condición de “*autor*” y, en consecuencia, de “*titular originario*”, solamente puede recaer en la persona física que realiza la creación intelectual y, por tanto, el Estado no es el creador de la obra.
- c. Es frecuente que comunidades que habitan en países diferentes utilicen la misma expresión del folklore (porque se trata, la mayoría de las veces, de expresiones que surgen de “*comunidades étnicas*” que comparten territorios

<sup>12</sup> V.: UCHTENHAGEN, Ulrich: “*Posibilidades de una protección de las expresiones del folklore por vía del derecho de autor*”. Ob. Cit. p. 11.

<sup>13</sup> Idem.

<sup>14</sup> LIPSZYC, Delia: “*Derecho de Autor y Derechos Conexos*”. Ob. Cit. pp. 95-96.

de dos o más estados), lo que fue destacado en el Comité de Expertos OMPI/UNESCO sobre la “*propiedad intelectual*” en la protección de las expresiones del folklore y la cultura popular tradicional (Bogotá, 1981<sup>15</sup>).

- d. De allí que también se discuta si el “*derecho exclusivo*” de explotación (como se concibe en derecho de autor), deba atribuirse al Estado (o a la autoridad competente respectiva), o a la comunidad étnica de la cual emana la expresión del folklore, o si ésta debe ser consultada a los efectos del “*ejercicio del derecho*” por parte de aquél, lo que constituyó una de las cuestiones más debatidas en el Grupo de Expertos OMPI/UNESCO sobre la protección internacional del folklore por la Propiedad Intelectual (París, 1984), sin llegar a resultados de consenso<sup>16</sup>.
- e. Las expresiones del folklore tienen una antigüedad mucho mayor que la duración del derecho de autor, de manera que la mayoría de ellas ya se encuentran, desde el punto de vista del derecho de autor, en el dominio público, como lo apuntan además expresamente algunas legislaciones nacionales (v.gr.: Colombia, República Dominicana).

53. Las anteriores consideraciones permiten afirmar que la protección del folklore se encuentra “*a mitad de camino*” entre el sistema de “*reconocimiento de derechos exclusivos de explotación*” (propio del contenido patrimonial del derecho de autor) y la “*protección de bienes de dominio público*”, que constituye una figura distinta a como se concibe, al menos tradicionalmente, a la propiedad intelectual.

54. También se discutió en el Comité de Expertos OMPI/UNESCO sobre la “*propiedad intelectual*” en las expresiones del folklore (Bogotá, 1981), si la protección debería aplicarse de modo tal que no produjera un obstáculo a la utilización y el desarrollo del folklore.

55. Y como consecuencia de lo anterior, la protección de las expresiones del folklore debería estar sujeta a un régimen específico de excepciones, posiblemente distinto al establecido para las “*obras del ingenio*”.

---

<sup>15</sup> V.: “Comité de Expertos sobre las modalidades de aplicación de disposiciones tipo para leyes nacionales sobre los aspectos de ‘propiedad intelectual’ de la protección de las expresiones del folklore y de la cultura tradicional en los países de América Latina y del Caribe”, en UNESCO: “Boletín de Derecho de Autor”. Vol. XVI. No.1/2. París, 1982. pp. 80-83.

<sup>16</sup> V.: “Grupo de Expertos sobre la protección internacional de las expresiones del folklore por la propiedad intelectual”, en UNESCO: “Boletín de Derecho de Autor”. Vol. XIX, No. 2. París, 1985, pp. 23-32.

## La protección “*sui generis*” del folklore.

56. Si bien en un principio el derecho de autor constituyó un “*camino inicial*” para la protección del folklore, la realidad demuestra que el problema rebasa considerablemente esos límites, pues la tutela no sólo va dirigida a la “*concesión de derechos exclusivos*”, sino también a la “*conservación*” de ese patrimonio y a “*reglamentar la adquisición*” de ciertos soportes tangibles de esas manifestaciones (por ejemplo, para evitar la exportación de objetos y documentos valiosos), razón por la cual algunos expertos prefieren hablar más de “*salvaguardia*” que de “*protección del folklore*”.

57. Pero también se ha señalado que deberían “*aprovecharse*”, al menos parcialmente, algunos principios del derecho de autor para la “*salvaguardia*” del folklore, pero muy posiblemente con disposiciones específicas adaptadas a lo que se desea proteger y tal vez mediante una protección *sui generis*, como fue resaltado en el Comité OMPI/UNESCO (París, 1984), reconociéndose que el proyecto de Tratado elaborado al respecto por ambas organizaciones representaba “*un buen punto de partida*”.

58. Esa protección “*sui generis*” no impediría que, en algunos aspectos y conforme a la política legislativa de cada país, existieran normas específicas en la ley interna sobre el derecho de autor, porque éste sería aplicable, como fue visto, a las obras derivadas del folklore y a las inspiradas en elementos del folklore.

59. Mediante la protección “*sui generis*” el concepto de lo que es folklore podría ampliarse a lo que se entiende como cultura tradicional y popular, que comprende otras manifestaciones que no constituyen obras, como los juegos, las costumbres, las tradiciones, los ritos o los instrumentos musicales.

60. El contenido de esa protección “*sui generis*” debería resolverse después de responder a las interrogantes formuladas por Cámara de Landa<sup>17</sup>:

- a. ¿Qué protegemos o debemos proteger?.
- b. ¿El derecho de los creadores o el de los portadores de las culturas tradicionales?.
- c. ¿La formación/educación/inculturación de los habitantes de nuestros países en el respeto de determinados valores?.

---

<sup>17</sup> V.: CÁMARA DE LANDA, Enrique: “*La experiencia de Europa Occidental*”, en UNESCO/OMPI: “*World Forum on the protection of Folklore*”. Phuket, 1997, pp. 85-104.

- d. ¿El conocimiento, respeto y aprecio del patrimonio “ancestral”?
- e. ¿La capacidad de asimilación, de adecuación al cambio, de creación, de incorporación de las novedades que poseen los portadores del folklore?
- f. ¿La reformulación crítica de los valores?

### **Las vías legislativas para la protección del folklore.**

61. Como lo destacan los comentarios OMPI/ UNESCO a las disposiciones tipo para leyes nacionales en materia de folklore, deberían facilitarse los caminos para la protección subregional, regional e internacional de tales creaciones.

62. Se ha destacado que la sola previsión de normas nacionales para la protección del folklore no garantiza una tutela efectiva, porque:

- a. Los ordenamientos nacionales, en solitario, no constituyen un compromiso frente a la comunidad internacional por parte del país que reconoce la protección.
- b. No puede invocarse el derecho frente a los demás estados, en ausencia de un instrumento internacional que los vincule.
- c. Las expresiones del folklore de otros países se encuentran igualmente protegidas en aquel donde se reclama la protección (y donde no existe ley que las tutele), en la medida en que la protección se fundamente en el principio de la reciprocidad o exista algún convenio pero que no vincule al país de origen de la expresión y aquel donde se reclama la protección.
- d. Es frecuente que comunidades que habitan en países diferentes utilicen la misma expresión del folklore.
- e. Ciertos Estados (o sus gobiernos), pueden ser los primeros en infringir la protección reconocida al folklore, especialmente en los casos de “persecuciones a las minorías” o a las “comunidades migrantes” y en los de “limpiezas étnicas”.

63. Cuando se habla de una protección del folklore a nivel regional, la primera fórmula que salta a la vista es en el marco del derecho de la integración, si ésta va más allá de lo puramente económico y comprende también aspectos sociales y culturales, de modo que es posible promulgar instrumentos vinculantes para todos los países miembros acerca de esas expresiones autóctonas.



64. Aunque la “*protección comunitaria*” puede significar ciertas restricciones a la “*libre circulación de los bienes*” dentro de un “*mercado interno sin barreras físicas ni arancelarias*” (como en la protección de algunos objetos culturales), ello es posible en un proceso de integración cuando el Tratado que crea la Comunidad establece, entre las limitaciones admisibles a la “*libre circulación*”, la conservación del patrimonio histórico o cultural de cada uno de los países integrados (como ocurre en el Tratado de la Comunidad Europea y en el de la Comunidad Andina).

65. Pero aún así la protección internacional queda restringida a un grupo de países integrados y no frente a los demás.

66. Y, por si fuera poco, la explotación indebida de las expresiones del folklore puede provenir de terceros países, que no están obligados por el instrumento comunitario.

67. Un convenio con alcance regional tiene, *mutatis mutandis*, las mismas deficiencias que la protección del folklore dentro de un ámbito comunitario.

68. Los primeros intentos multilaterales con alcance hacia la protección de las expresiones del folklore se dan con la disposición introducida como artículo 15,4 al Convenio de Berna a partir de la Revisión de Estocolmo, que reza

*“a) Para las obras no publicadas de las que resulte desconocida la identidad del autor, pero por las que se pueda suponer que él es nacional de un país de la Unión, queda reservada a la legislación de ese país la facultad de designar la autoridad competente para representar a ese autor y defender y hacer valer los derechos del mismo en los países de la Unión. B) Los países de la Unión que, en virtud de lo establecido anteriormente, procedan a esa designación, lo notificarán al Director General [de la OMPI] mediante una declaración escrita en la que se indicará toda la información relativa a la autoridad designada. El Director General comunicará inmediatamente esta declaración a todos los demás países de la Unión”.*

69. Aunque dicho dispositivo no alude expresamente a las “*expresiones del folklore*” ni se aplica solamente a ellas, es evidente que entre tales “*obras*” se encuentran aquellas expresiones del folklore que tienen una forma de expresión literaria o artística, porque como se señala en los comentarios de las disposiciones tipo OMPI/UNESCO, “*la historia legislativa de la disposición indica que se tenía el propósito de hacerla aplicable (también) al folklore*”.

70. Sin embargo, la disposición no tuvo los efectos deseados, porque ha sido ínfimo el número de países que han hecho la notificación contemplada en el artículo 15,4 del Convenio de Berna.

## Los esfuerzos realizados para una protección internacional específica de las expresiones del folklore.

71. Una de las recomendaciones del Comité de Expertos de Bogotá (1981), fue la de que *“debería hacerse especial hincapié en la protección del folklore por medio de algún tipo de instrumento internacional, además de la adopción de una ley tipo nacional”*.

72. Por iniciativa de UNESCO y OMPI se realizó en Ginebra (1982), un Comité de Expertos Gubernamentales sobre los aspectos de propiedad Intelectual de la protección de las expresiones del folklore, en el cual se deliberó acerca de la oportunidad del establecimiento de una reglamentación internacional, teniendo como base las disposiciones tipo para leyes nacionales.

73. También bajo los auspicios de OMPI y UNESCO, se reunió en París (1984), un grupo de expertos para estudiar la protección internacional del folklore, sobre la base de un proyecto de texto preparado por las Secretarías de ambas organizaciones.

74. Dicho proyecto contempla, al estilo de las convenciones sobre derecho de autor, el *“trato nacional”*, por el cual *“cada Estado contratante acordará la misma protección a las expresiones del folklore originarias de otro Estado contratante que la acordada a las expresiones del folklore originarias de su propio territorio, sin perjuicio de la protección específicamente garantizada y de las excepciones explícitamente previstas por este Tratado”*.

75. La necesidad de una protección internacional específica fue nuevamente destacada en la Recomendación sobre la salvaguardia de la cultura tradicional y popular, aprobada por la 25ª Reunión de la Conferencia General de la UNESCO (1989).

76. En 1996, esa tutela fue igualmente resaltada durante los comités de expertos convocados por la OMPI para un eventual protocolo al Convenio de Berna (aprobado luego como Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, TODA) y un posible nuevo instrumento para los intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas (hoy Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, TOIEF), especialmente por países en desarrollo.

77. Y con base en una recomendación aprobada como resultado de esa discusión, la OMPI y la UNESCO convocaron al Forum Mundial UNESCO/OMPI sobre la protección del folklore (Phuket, Tailandia, 1997), donde se reiteró en numerosas ocasiones la necesidad de esa protección.

## Las dificultades para la adopción de una convención internacional específica para la protección del folklore.

78. Según Lipszyc<sup>18</sup>, la aceptación de un instrumento internacional ha tropezado con las siguientes dificultades:

- a. Muchos países, incluso en vías de desarrollo, consideran que las expresiones del folklore pertenecen al dominio público y, en consecuencia, su uso es libre.
- b. Es común que no haya identidad entre los límites políticos y los de las áreas culturales.
- c. Existe el problema de las modificaciones históricas de las fronteras y de la calidad a veces “*transhumante*” de las expresiones, más de filiación cultural que geopolítica.
- d. Puede ser que el contenido de una manifestación folklórica no sea único, sino que diferentes comunidades utilicen la misma expresión (incluso en regiones distantes), y que puedan reclamar los mismos derechos exclusivos.
- e. Las expresiones del folklore evolucionan constantemente, lo cual dificulta que una “*autoridad*” pueda discutir la “*pureza*” de una expresión que se va a brindar al público.
- f. En algunos países se considera que con la incorporación del folklore al “*dominio público oneroso*”, a favor del Estado o de las comunidades étnicas, se lograría la participación deseada en la explotación de dichas expresiones.

79. En la actualidad, continúan los esfuerzos de la OMPI y de la UNESCO para lograr la futura aprobación de un Tratado Internacional para la protección de las expresiones del folklore, aunque una de sus mayores dificultades parece centrarse en que buena parte de ese patrimonio cultural emana de comunidades que se sitúan en los países en desarrollo.

---

<sup>18</sup> Ob. Cit. pp. 103-104.

Módulo

V

*Gestión  
colectiva del  
derecho de autor  
y los derechos  
conexos*

UNIDAD 1

INTRODUCCION

Concepto - Denominación – Antecedentes - Necesidad de la gestión colectiva - La gestión colectiva y los usos administrados - Naturaleza jurídica de las entidades de gestión - La supervisión estatal.



# I

## CONCEPTO

1. Glosando a varios textos legales o reglamentos de diversos países de América Latina, puede definirse a las entidades de gestión colectiva como a las asociaciones civiles sin fines de lucro constituidas de acuerdo a las formalidades exigidas por la ley, para dedicarse en nombre propio o ajeno a la gestión del derecho de autor o de los derechos conexos de carácter patrimonial, por cuenta y en interés de varios titulares de esos derechos, siempre que haya obtenido de la autoridad competente la respectiva autorización de funcionamiento<sup>1</sup>.

# II

## DENOMINACIÓN

2. Aunque tradicionalmente las organizaciones de autores, artistas intérpretes o ejecutantes y productores de fonogramas, constituidas para recaudar y distribuir las remuneraciones por el uso de sus obras, prestaciones o fijaciones, respectivamente, se llamaron “*sociedades de autores*” (o de artistas o productores, según los casos), las modernas tendencias legislativas apuntan al cambio de nombre por el de “*gestión colectiva*”, pues:

- a. Existen organizaciones gremiales de autores o artistas que tienen una finalidad distinta a la de la administración de los derechos (v.gr.: con objetivos culturales, profesionales, gremiales o sindicales), de manera que no administran obras, interpretaciones o producciones, y una denominación común a ambas clases de asociaciones se presta a confusión.

---

<sup>1</sup> Para una visión panorámica de la gestión colectiva, v.: OMPI: “*Introducción a la gestión colectiva del derecho de autor y los derechos conexos*”. Documento OMPI-SGAE/DA/SRZ/01/INF/7, presentado en el Octavo Curso Académico Regional de la OMPI/SGAE sobre derecho de autor y derechos conexos para países de América Latina. Santa Cruz de la Sierra (Bolivia), 2001; SANTIAGO, Vanisa: “*La gestión colectiva del Derecho de Autor*”. Documento OMPI/PI/JU/HAV/97/10, presentado en el Simposio Nacional de la OMPI sobre Propiedad Intelectual. La Habana, 1997; SCHUSTER VERGARA, Santiago: “*La gestión colectiva de los derechos de autor y conexos. La ‘sociedad de gestión’: su noción y funciones*”. Documento OMPI/DA/ANG/99/27. Curso OMPI/SGAE de formación en Derecho de Autor y Derechos Conexos para América Latina. Antigua, Guatemala, 1999; y UCHTENHAGEN, Ulrich: “*Gestión colectiva: virtudes y errores*”. 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, y “*Exposición gráfica del funcionamiento general de una sociedad de gestión colectiva de derechos relativos a obras musicales*”. Documento OMPI-SGAE/DA/COS/00/9. Séptimo Curso Académico Regional de la OMPI sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para países de América Latina. San José, Costa Rica, 2000.

- b. Las sociedades de autores administradoras de derechos también agrupan a quienes no son creadores, sino a sus derechohabientes, por ejemplo, los editores musicales y los herederos del autor.
- c. Hay organizaciones de gestión de derechos conexos, que no reúnen a autores, sino a intérpretes o ejecutantes o a productores fonográficos<sup>2</sup>.
- d. Una misma entidad puede asociar o administrar, tanto a los titulares de derechos de autor, como a los de derechos artísticos y fonográficos<sup>3</sup>.

### III ANTECEDENTES

3. Los primeros intentos para organizar la administración colectiva fueron realizados por los autores dramáticos franceses, en 1777, con la constitución del *Bureau de Législation Dramatique*<sup>4</sup>, que dio lugar en 1829 a la Sociedad de Autores Dramáticos (SACD), y pocos años después a la *Société des gens de lettres* (SGDL), al tiempo que los autores y compositores musicales se reunían en la *Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique* (SACEM).

4. Sin embargo, en 1847, un hecho fundamental contribuyó al desarrollo de la gestión colectiva cuando dos compositores –Paul Henrion y Víctor Parizot– y un escritor, Ernest Bourget, plantearon un incidente en el “*Café-concert Ambassadeurs*”, situado en la Avenida de los Campos Elíseos de París, al negarse a pagar por sus asientos y la comida porque nadie manifestaba la intención de pagarles por las obras que ejecutaba la orquesta, y al demandar al establecimiento ganaron el pleito, sien-

---

<sup>2</sup> Sobre las semejanzas y diferencias entre la gestión colectiva de los derechos de los autores y la correspondiente a los derechos conexos, v.: VILLALBA, Carlos Alberto: “*La gestión colectiva de los derechos conexos. Analogías y diferencias con la gestión colectiva de los derechos de autor. La situación en Latinoamérica*”. Documento OMPI-SGAE/DA/SRZ/01/8a, presentado en el Octavo Curso Académico Regional de la OMPI/SGAE sobre derecho de autor y derechos conexos para países de América Latina. Santa Cruz de la Sierra (Bolivia), 2001.

<sup>3</sup> Sobre la tipología de las entidades de administración colectiva, v.: FERNÁNDEZ BALLESTEROS, Carlos: “*Formación histórica y tipología de las sociedades de gestión de derechos de autor y conexos*”. Documento OMPI-SGAE/DA/SRZ/01/29 presentado en el Octavo Curso Académico Regional OMPI/SGAE sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para países de América Latina. Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, 2001; y MARIZCURRENA ORONÓZ, Martín: “*La gestión colectiva de los derechos de autor y conexos. Idea de la gestión colectiva y su tipología*”. Documento OMPI/DA/ANG/99/26. Curso OMPI/SGAE de formación en Derecho de Autor y Derechos Conexos para América Latina. Antigua, Guatemala, 1999.

<sup>4</sup> V.: OMPI: “*Administración colectiva del derecho de autor y los derechos conexos*” (autor principal: Mihály Ficsor). Ginebra, 1991. p. 9.

do el propietario del local condenado a pagar una importante suma de dinero por concepto de regalías.

5. Con el surgimiento de los llamados “*derechos fonomecánicos*”, es decir, los derivados de la fijación y reproducción sonora, se amplió el ámbito de la gestión colectiva, a veces a través de la misma entidad de derechos de ejecución musical.

6. En América Latina, los inicios se remontan a 1910, con la Sociedad Argentina de Autores Dramáticos y Líricos que luego dio paso, en 1934, a la Sociedad General de Autores de la Argentina (ARGENTORES), encargada de la administración de los derechos de representación dramática, y en 1936, con la constitución de la Sociedad Argentina de Autores y Compositores de Música (SADAIC)<sup>5</sup>.

7. Posteriormente fueron surgiendo nuevas entidades autorales (a veces como sociedades de derechos generales y en ocasiones para la gestión exclusiva de algunos modos de explotación), por ejemplo, en Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Costa Rica, Cuba, Ecuador, Guatemala, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

8. En cuanto a los derechos conexos (a veces con la gestión conjunta de los derechos de los intérpretes o ejecutantes y de los productores fonográficos), es de destacar el importante desarrollo adquirido en América Latina, especialmente en Argentina, Brasil, Colombia, Chile, México, Uruguay y Venezuela.

## IV

### NECESIDAD DE LA GESTIÓN COLECTIVA

9. La vocación de universalidad de las obras, prestaciones y producciones, y las amplias posibilidades de su uso, tanto nacional como internacionalmente, incluso por un sinnúmero de usuarios, hace que en ciertos géneros creativos o conexos y respecto de algunas formas de utilización, la gestión colectiva de los derechos patrimoniales resulte el único medio eficaz para que los titulares de derechos sobre las obras, interpretaciones o producciones puedan controlar el uso de esos bienes intelectuales, así como recaudar y distribuir las remuneraciones a que tienen derecho por su explotación.

---

<sup>5</sup> V.: SCHUSTER, Santiago: “*Historia de la gestión colectiva del derecho de autor y de los derechos conexos en América Latina*”, en el curso internacional OMPI-SUISA de formación en derecho de autor y derechos conexos para América Latina. Buenos Aires, 1990. Documento OMPI/CNR/BUE/90/10. pp. 2-3, y VILLALBA, Carlos y LIPSZYC, Delia: “*El Derecho de Autor en la Argentina*”. Ed. La Ley. Buenos Aires, 2001. pp. 186-188.



10. Como afirman Villalba y Lipszyc, no basta con una buena ley si los titulares no hacen respetar sus derechos y una experiencia mundial bicentenaria permite constatar que una de las herramientas básicas para lograr una protección efectiva es que exista una gestión colectiva adecuada y eficaz<sup>6</sup>.

11. La gestión se hace más imperiosa con los repertorio extranjeros, pues mal podrían los autores, artistas y productores controlar la utilización de sus obras, prestaciones y producciones en el exterior, ni mucho menos tramitar directa e individualmente la recaudación y distribución de las remuneraciones respectivas.

12. La administración colectiva no sólo beneficia a los titulares de derechos, sino que facilita igualmente la situación de los usuarios, quienes en vez de tratar de localizar a cada uno de los titulares a los fines de obtener la autorización de uso y de cancelar la contraprestación debida, pueden dirigirse a la entidad que representa al repertorio respectivo y a través de ella cumplir con las obligaciones derivadas de la explotación de todo un catálogo, nacional e internacional.

## V

### LA GESTIÓN COLECTIVA Y LOS USOS ADMINISTRADOS<sup>7</sup>

13. Se afirma que la gestión colectiva debe limitarse a los modos de uso respecto de las cuales el titular esté en la difícil o imposible situación de controlar directamente el uso de su obra, interpretación o producción; de vigilar acerca del número de utilidades efectuadas; de verificar el monto de los ingresos obtenidos por los usuarios a los efectos del cálculo de la tarifa y su recaudación; de identificar el repertorio efectivamente explotado y de instrumentar los sistemas para la distribución de las remuneraciones así recabadas.

14. Por ello, la gestión se ha dirigido especialmente a administrar las formas de explotación en que se utiliza todo un catálogo (repertorio) o cuando la utilización es realizada por un gran número de usuarios, y de allí que las primeras sociedades creadas se encargaron de la administración de los derechos de representación dramática y de ejecución pública de obras musicales.

---

<sup>6</sup> V.: VILLALBA, Carlos y LIPSZYC, Delia: “*El Derecho de Autor en la Argentina*”. Ob. Cit. p. 184.

<sup>7</sup> Acerca del tema en general, v.: SANTIAGO, Vanisa: “*La gestión colectiva de los derechos de autor y conexos. Los administrados por la sociedad de gestión*”. OMPI/DA/ANG/99/28. Curso OMPI/SGAE de formación en Derecho de Autor y Derechos Conexos para América Latina. Antigua, Guatemala, 1999, y OMPI: “*Administración colectiva del derecho de autor y los derechos conexos*” (autor principal: Mihály Ficsor). Ob. Cit. pp. 9-57.

15. No obstante, las nuevas tecnologías permiten otras formas de uso de complicado o imposible control directo por los titulares, así como la incorporación legislativa de nuevas figuras destinadas al cobro de remuneraciones derivadas del uso de las creaciones por un considerable volumen de personas, lo que plantea la ampliación del marco de acción de la gestión colectiva.

16. Así, la invención de las técnicas de grabación, la difusión y venta a niveles millonarios de las reproducciones sonoras, la inclusión de numerosas creaciones en cada producción fonográfica y la circulación internacional de las obras así grabadas y difundidas, amplió la gestión para extenderse a la administración de los derechos de reproducción mecánica<sup>8</sup>, que hoy también abarca al derecho de fijación sonora en soportes audiovisuales.

17. Nuevas formas de uso y recientes innovaciones legislativas han extendido la labor de la gestión colectiva para administrar, por ejemplo:

- a. El “*droit de suite*” y otros derechos relativos a las “*artes visuales*”<sup>9</sup>.
- b. El derecho de reproducción gráfica, analizado en la unidad 5 del módulo II<sup>10</sup>.
- c. La remuneración compensatoria por la copia privada de obras en soportes sonoros o audiovisuales, explicado en la misma unidad.
- d. El derecho por las retransmisiones de emisiones radiodifundidas.
- e. El alquiler de copias de fonogramas y videogramas.

---

<sup>8</sup> Sobre la gestión de derechos “*fonomecánicos*”, v.: RODRÍGUEZ MIGLIO, Leandro D.: “*La gestión colectiva de los derechos de reproducción de obras musicales*”. Documento OMPI-SGAE/DA/COS/00/18bis. Séptimo Curso Académico Regional de la OMPI sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para países de América Latina. San José, Costa Rica, 2000; y SANTIAGO, Vanisa: “*La gestión colectiva de los derechos de reproducción de las obras musicales*”. Documento OMPI-SGAE/DA/SRZ/01/32, presentado en el Octavo Curso Académico Regional de la OMPI/SGAE sobre derecho de autor y derechos conexos para países de América Latina. Santa Cruz de la Sierra (Bolivia), 2001.

<sup>9</sup> Sobre el tema, v.: GUTIÉRREZ VICÉN, Javier: “*La gestión colectiva de los artistas plásticos*”. Curso OMPI/SGAE de formación en Derecho de Autor y Derechos Conexos para América Latina. Documento OMPI/DA/PDE/97/16. Punta del Este/Montevideo, 1997, y “*El derecho patrimonial de autor sobre las obras plásticas y fotográficas: referencia especial a los derechos de exposición al público y de seguimiento (droit de suite)*”. Documento OMPI-SGAE/DA/SRZ/01/13 presentado en el Octavo Curso Académico Regional de la OMPI/SGAE sobre derecho de autor y derechos conexos para países de América Latina. Santa Cruz de la Sierra (Bolivia), 2001.

<sup>10</sup> Acerca de la gestión de los derechos de reproducción, 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<sup>a</sup>. Séptimo Curso Académico Regional de la OMPI sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para países de América Latina. San José, Costa Rica, 2000; y UCHTENHAGEN, Ulrich: “*La comparación de la gestión colectiva de los derechos de reproducción en los sectores de la literatura y de la música*”. Documento presentado en el Seminario Regional de la OMPI sobre reprografía para países de América Latina y el Caribe. Santa Fe de Bogotá, 1997.

18. Pero el impacto tecnológico hace aumentar todavía más el campo de acción de la gestión colectiva, por ejemplo, mediante la incorporación de obras preexistentes en bases de datos, inclusive en producciones “*multimedia*”, y el hecho de ponerlas a disposición del público, sea mediante la reproducción del contenido de la base o bien a través del acceso por telecomunicación (en “*recepción pasiva*” o por medio de sistemas interactivos), lo que incide sobre los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública de las obras ingresadas a la compilación, comprendidos los derechos morales de paternidad y de integridad, así como el derecho patrimonial de modificación.

19. Esos nuevos usos imponen que a la gestión colectiva tradicional de los autores, compositores y editores de música y de los autores de obras dramáticas, se unan la administración de los derechos de los escritores de diversos géneros y de los editores literarios, así como la de los artistas plásticos y los fotógrafos, por ejemplo, a los fines de controlar el uso por esos novedosos medios, impedir las utilidades no consentidas y, en su caso, establecer los mecanismos de autorización, fiscalización, recaudación y distribución.

20. A ellos debe agregarse la gestión de los “*derechos conexos*”, pues el reconocimiento de derechos de remuneración a los intérpretes y ejecutantes y a los productores de fonogramas por la explotación secundaria de las prestaciones grabadas y de las producciones fonográficas, hizo a la necesidad de poner en funcionamiento la gestión colectiva para el cobro de las respectivas contraprestaciones, además de los casos analizados en las unidades 2 y 3 del módulo IV donde la comunicación pública de dichos fonogramas y de las prestaciones artísticas allí incorporadas, han dado lugar al sistema de derechos exclusivos de autorizar o prohibir, como en las transmisiones digitales “*a pedido*”.

21. A lo anterior cabe añadir el derecho de los organismos de radiodifusión, los cuales, de acuerdo a la Convención de Roma, tienen la facultad de autorizar o prohibir las captaciones públicas de emisiones de televisión cuando éstas se efectúen mediante un derecho de entrada (autorización que puede estar sujeta a una remuneración), o incluso sin que medie un pago por el acceso a esa comunicación (ADPIC).

## VI

### NATURALEZA JURÍDICA DE LAS ENTIDADES DE GESTIÓN

22. No hay uniformidad a la luz de la legislación comparada en lo atinente a la naturaleza jurídica de las sociedades de administración colectiva, pues las leyes nacionales acogen algunas de las diversas fórmulas que se plantean, no siempre

homogéneas, mientras que otros ordenamientos no toman partido en la cuestión, limitándose a contemplar el funcionamiento de dichas organizaciones y, en todo caso, definir sus principales atribuciones.

23. Tampoco los Convenios Internacionales ayudan a dilucidar el problema pues simplemente ignoran su existencia, salvo de forma muy limitada en los nuevos tratados de la OMPI (TODA y TOIEF) en los cuales, por lo demás, tampoco se asume posición en cuanto a la naturaleza de esas organizaciones.

24. Los mismos entes que agrupan a las sociedades de gestión, como la Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores (CISAC), no entran en la polémica aunque señalan que *“las sociedades de autores, sea cual fuere su forma jurídica, son organismos de administración de los intereses patrimoniales de los autores y sus derechohabientes. No son organizaciones comerciales, ni empresas que persiguen fines de lucro ...”*<sup>11</sup>.

25. El primer inconveniente está en determinar si son personas jurídicas de derecho público o de derecho privado<sup>12</sup>; y, el segundo, si en caso de estar enmarcadas en el derecho privado, son sociedades o asociaciones.

26. La opción de un organismo de naturaleza privada ha sido elegida en la mayoría de los países europeos, en Estados Unidos y América Latina.

27. Pero la figura de la entidad de gestión colectiva como persona de derecho privado, no excluye que:

- a. Esté sometida a la fiscalización o vigilancia del Estado, lo que ofrecería mayores garantías a los propios asociados y a los mismos usuarios de las obras, interpretaciones o producciones.
- b. Se contemplen obligaciones en cuanto a las formalidades relativas a la constitución de una entidad, órganos estatutarios, deberes y atribuciones de los asociados, documentación que deben elaborar, depositar o registrar y otros requisitos de similar naturaleza.
- c. El ordenamiento nacional, sea en la propia ley de derecho de autor o bien mediante texto especial, atribuya a una organización de gestión colectiva la

<sup>11</sup> V.: *“Carta del Derecho de Autor”*, en *“El Derecho de Autor en América”*. Consejo Panamericano de la Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores (CISAC). Buenos Aires, 1969. p. 24.

<sup>12</sup> Sobre las ventajas y desventajas entre las sociedades de gestión de derecho público y las de carácter privado, v.: ANTEQUERA PARILLI, Ricardo: *“Derecho de Autor”*. Ob. Cit. Tomo II, pp. 688-691.

exclusividad en la administración de los derechos económicos de los autores, o de una parte de ellos.

d. La fijación de las tarifas por la entidad para el uso de su repertorio, pueda revestirse de los mismos atributos de imperio que tendría ese mismo acto si surgiera de una entidad de derecho público<sup>13</sup>.

28. La autorización estatal para su funcionamiento, la supervisión oficial de las sociedades de gestión y el sometimiento de las mismas a exigencias estatutarias mínimas, ha sido la constante en las legislaciones latinoamericanas de reciente promulgación (Colombia, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Venezuela) y en la Decisión 351 de la Comunidad Andina.

29. Partiendo de la opción de la sociedad de gestión como un ente de derecho privado, se estima que tiene un carácter asociativo, ya que existe un consenso de voluntades que intervienen en su creación; hay un sustrato personal conformado por los miembros de la organización, pero el ente creado es una persona distinta de cada uno de quienes lo integran; surgen un conjunto de relaciones que nacen en virtud de la creación de la persona jurídica; y se persigue un objetivo común.

30. Las personas de tipo grupal o asociativo pueden ser de diferentes clases: sociedades (civiles o mercantiles) o asociaciones propiamente dichas, por lo que cabe preguntarse: ¿dónde encuadrar a las entidades de gestión colectiva de derechos autorales y conexos?

31. Se entiende que en las sociedades existen dos o más personas que convienen en contribuir, cada una, con la propiedad o el uso de las cosas o con su propia industria para la realización de un fin económico común, y los beneficios corresponden a los socios en proporción a sus respectivos aportes.

32. Tales sociedades pueden ser mercantiles, si tienen como objeto principal la realización de actos de comercio, o civiles, cuando el fin económico perseguido no tiene carácter comercial.

33. Si bien algunas leyes admiten la constitución de las organizaciones de gestión como sociedades, incluso mercantiles (v.gr.: Estados Unidos, El Salvador), se afirma que tal no es su naturaleza jurídica, porque:

---

<sup>13</sup> Tal fue la sentencia dictada por la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo de Venezuela (V.: ANTEQUERA PARILLI, Ricardo: *“La fijación de las tarifas por las entidades autorales y el contencioso-administrativo”*. Ed. Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara. Barquisimeto, 1986).

- a. No hay aportes de capital por los miembros, quienes se limitan a otorgar al ente la administración de sus derechos económicos, los cuales siguen perteneciendo al asociado y no a la entidad<sup>14</sup>.
- b. No se constituyen *intuitu personae* ya que, por lo regular, están obligadas a admitir, según los casos, a todos los autores, artistas o productores que lo soliciten y cuyas obras, interpretaciones o producciones sean susceptibles de uso por cualquiera de los modos de explotación administrados por la entidad.
- c. Además de la capacidad negocial general, se requiere para la admisión, de acuerdo al tipo de entidad, la condición de autor, artista o productor, o derechohabiente de ellos.
- d. Varios textos prohíben la expulsión de miembros u obligan a la entidad a aceptar la administración de los derechos que le sean encomendados, de acuerdo con su objeto o fines.
- e. En los casos de entidades creadas incluso por ley que les reconoce la facultad exclusiva para la administración de los derechos en el respectivo territorio, se les impone la obligación de asumir la gestión de los derechos de aquellos titulares que no deseen pertenecer a ella como miembros.
- f. La entidad administra también los derechos de quienes no forman parte de ella, como los autores, artistas o productores extranjeros con cuyas sociedades mantenga contratos de representación recíproca.
- g. No existe un fin lucrativo, pues no hay ganancias ni reparto de utilidades, ya que la entidad solamente puede retener un porcentaje de lo recaudado para sostener sus gastos de administración y cumplir otros objetivos como la protección social de sus miembros.
- h. La distribución no se hace en función del número o la importancia de las obras, interpretaciones o producciones cuya administración se confíe a la entidad, sino a los proventos que se deriven de su utilización.

---

<sup>14</sup> Sobre este tema comenta Delgado Porrás que en las sociedades de gestión colectiva no puede hablarse de aportación, porque se mantiene la vinculación del administrado con sus obras o prestaciones, no obstante la interposición de la entidad de gestión, pues las cantidades que percibe a través de ella no tienen la consideración de participación en las ganancias o beneficios obtenidos por la misma y distribuíbles entre sus miembros (cuya determinación se haría en función de la aportación que no existe), sino que esa atribución la recibe en tanto y en cuanto sus obras o prestaciones den causa a los correspondientes rendimientos, por el hecho de la reproducción, representación, ejecución, emisión, etc. (V.: DELGADO PORRAS, Antonio: “De las entidades de gestión de los derechos reconocidos en la ley”, en “Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales”. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1995. p. 809).

34. Por su parte, las asociaciones civiles propiamente dichas no tienen fines de lucro, aunque para el cumplimiento de sus fines desarrollen actividades económicas; no reparten utilidades (porque no las hay), ni siquiera a los miembros que hayan entregado bienes a la entidad; no exigen aportes a capital; son generalmente organizaciones abiertas a las que pueden ingresar todas las personas que reúnan los requisitos estatutarios y, en general, tienen un fin distinto al de distribuir ganancias.

35. Si se analizan las características de las entidades de gestión colectiva, puede concluirse que se trata de asociaciones para la defensa de los derechos de sus asociados (o de los afiliados a las organizaciones extranjeras de la misma naturaleza, con las cuales se mantengan convenios de reciprocidad) y, en especial, para la fijación de aranceles y la recaudación y distribución de las remuneraciones correspondientes a la explotación de las obras, prestaciones artísticas o producciones cuyos derechos administran.

36. Pero no debe obviarse que para un sector de la doctrina las entidades de gestión no son sociedades o asociaciones en el sentido del derecho común<sup>15</sup>, sino asociaciones *sui generis*, objeto de una regulación especial<sup>16</sup>.

37. En todo caso, la condición de asociación no impide que la ley o su reglamento establezcan requisitos que deben cumplir las organizaciones de gestión colectiva, especialmente en cuanto a su funcionamiento y fiscalización, normas administrativas, órganos estatutarios, deberes y atribuciones, formalidades registrales especiales, rendición de cuentas, reglamentaciones de reparto y otras que adapten su carácter asociativo general a las particulares características de la gestión de los derechos intelectuales administrados.

## VII

### LA SUPERVISIÓN ESTATAL<sup>17</sup>

38. Aunque, como se ha dicho, la tendencia más generalizada en América y Europa es la de reconocer en las sociedades de gestión su carácter de personas de derecho privado, nada impide considerarlas a su vez de “*interés público*” (así calificadas expresamente por algunas leyes, como las de Bolivia y México), en razón

<sup>15</sup> V.: FARELL CUBILLAS, Arsenio: “*Las sociedades de autores en México*”, en Revista Mexicana de la Propiedad Industrial y Artística. No. 10. México, 1967. p. 291.

<sup>16</sup> V.: HUNG VAILLANT, Francisco: “*Algunos aspectos de las entidades representativas de los autores*”, en Revista de la Facultad de Derecho. Universidad Central de Venezuela. No. 33. Caracas, 1967. p. 61.

<sup>17</sup> Sobre el tema, v.: UGARTECHE, Rubén: “*El control del Estado sobre las organizaciones de gestión colectiva*”. Documento OMPI-SGAE/DA/COS/00/14b. Séptimo Curso Académico Regional de la OMPI sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para países de América Latina. San José, Costa Rica,

de los intereses colectivos involucrados, dando lugar a un régimen especial de vigilancia estatal, que comienza con la propia constitución de la entidad y la autorización para su funcionamiento.

39. Independientemente de que en algunos sistemas nacionales ciertas sociedades de gestión ostentan un monopolio legal (porque son creadas por una ley especial y no pueden existir otras entidades en el país para el mismo género), existe la tendencia generalizada (y así lo aconseja la práctica, en aras a una eficaz administración de los derechos), a que exista en cada territorio una sola sociedad (al menos para administrar la misma modalidad de explotación), con lo cual se produce un monopolio de hecho y la fiscalización estatal se dirige también a evitar abusos en que se pueda incurrir con esa posición privilegiada.

40. De una manera general, Zapata López explica que las facultades de control del Estado sobre las sociedades de gestión se dividen en generales y especializados, los cuales discrimina así:

a. Controles generales:

- i. Reconocimiento de personería jurídica.
- ii. Autorización de funcionamiento.
- iii. Inscripción de dignatarios.
- iv. Registro y aprobación de estatutos.

b. Controles especializados:

- i. Decisión de las demandas de impugnación contra los actos de elección o administración de la sociedad.
- ii. Registro de los contratos generales con usuarios.
- iii. Registro de reglamentos.
- iv. Notificación o registro de las tarifas generales.
- v. Informes periódicos de gestión.
- vi. Investigaciones.
- vii. Publicación del balance anual en periódicos de circulación nacional.
- viii. Asistencia con voz y sin voto a las asambleas generales<sup>18</sup>.

---

2000; y ZAPATA LÓPEZ, Fernando: *“El control del Estado sobre las organizaciones de gestión colectiva”* Documento OMPI-SGAE/DA/COS/00/14a. Séptimo Curso Académico Regional de la OMPI sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para países de América Latina. San José, Costa Rica, 2000.

<sup>18</sup> ZAPATA LÓPEZ, Fernando: *“El control del Estado sobre las organizaciones de gestión colectiva”* Ob. Cit. p. 7.



## Constitución.

41. El primer requisito a los fines de obtener la autorización de funcionamiento como sociedad de gestión es que la entidad aspirante se haya constituido previamente conforme a las formalidades previstas en la ley aplicable, sin perjuicio de las demás contempladas en el Código Civil u otras leyes, cumpliendo además con las exigencias estatutarias requeridas por los respectivos cuerpos normativos.

42. Son ya varios los ordenamientos nacionales en América Latina (sea en la misma ley o a través del respectivo reglamento) y también la Decisión 351 de la Comunidad Andina, que se asemejan en mucho al establecer los requisitos y menciones que deben reunir o indicar los estatutos societarios de las entidades de gestión y que han sido objeto de comentarios en trabajos ya publicados<sup>19</sup>, siendo los más adoptados los siguientes:

- a. La denominación, que no puede ser idéntica a la de otras entidades, ni tan semejante que induzca a confusión.
- b. El objeto social, el cual debe ser exclusivamente el de la gestión colectiva del derecho de autor o de los derechos conexos, no pudiendo dedicarse a otra actividad ajena a ese fin social.
- c. El propósito societario de comprometer a la entidad a aceptar la administración de los derechos que se le encomienden, de acuerdo al género de explotación para el cual se haya constituido.
- d. El régimen de derechos y deberes de los socios y, en particular, el de voto y el disciplinario, a cuyos efectos, a pesar de que exista el voto ponderado, éste ha de ser igualitario si se trata de aplicar una sanción de exclusión.
- e. La existencia de los órganos de gobierno y de representación de la entidad y sus competencias, así como las normas para la convocatoria, constitución y funcionamiento de los de carácter colegiado, siendo la tendencia más generalizada a prever, por lo menos, una asamblea, una directiva o consejo administrativo y una comisión de fiscalización.
- f. El procedimiento para la elección de los socios administradores.

---

<sup>19</sup> Sobre la normativa vigente en la Comunidad Andina y la establecida en el reglamento de la ley venezolana, que guardan una gran similitud (a veces en forma textual), con los previstos en otros ordenamientos (v.gr.: Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana), v.: ANTEQUERA PARILLI, Ricardo: “*Derecho de Autor*”. Ob. Cit. Tomo II, pp. 699-734.

- g. La constitución de la entidad implica determinar su patrimonio inicial pero además, conforme a varios ordenamientos, deben indicarse los recursos económicos previstos, lo que es de suma importancia al momento de considerar la autorización para el funcionamiento de la entidad, especialmente en lo relativo a la representación esperada de repertorio nacional y su presencia efectiva en las actividades de los usuarios.
- h. Las reglas a que han de someterse los sistemas de reparto de la recaudación deben respetar el principio de la distribución equitativa, en forma proporcional al uso efectivo de las obras, prestaciones o producciones administradas, pero no se trata de que los estatutos contengan todo un reglamento de distribución (de por sí complejo, sobre todo por las diversas categorías de obras o modalidades de explotación, en cuyo caso existen comúnmente varios textos), el cual puede aprobarse y registrarse posteriormente, sino los principios rectores de carácter general que ulteriormente desarrollen los reglamentos respectivos.
- i. El régimen de control de la gestión económica y financiera, que hace a la transparencia de la administración colectiva y generalmente comprende la actuación de órganos internos de fiscalización, así como de auditorías externas.
- j. Finalmente, está la obligación contemplada en muchos textos acerca de la obligación para las sociedades de gestión de establecer estatutariamente el destino del patrimonio o del neto resultante en los supuestos de liquidación de la entidad que, en ningún caso, puede ser objeto de reparto entre los socios.

### **Autorización de funcionamiento.**

43. En buena parte de las leyes latinoamericanas (Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Venezuela) y en la Decisión 351 de la Comunidad Andina, la organización aspirante a desempeñar atribuciones propias de la gestión colectiva debe proceder a solicitar la autorización del Estado para su funcionamiento, a través de la oficina nacional competente en derecho de autor y derechos conexos.

44. Como una consecuencia necesaria de ese requisito, son varios los textos nacionales según los cuales ninguna organización puede ejercer en el país respectivo funciones que correspondan a la administración colectiva, a menos que reúna los requisitos establecidos en la ley y en sus reglamentos.

45. La autoridad correspondiente puede otorgar o denegar la autorización, luego de verificar si la organización se ha constituido con las formalidades previstas en la legislación nacional, reuniendo además las exigencias que, en relación con el objeto social y las previsiones estatutarias, contemple la ley autoral o su reglamento y después de evaluar los elementos de hecho necesarios para determinar si, efectivamente, la organización aspirante se encuentra o no en condiciones de ejercer una gestión colectiva transparente y eficaz de los derechos que pretende administrar.

46. Sobre este particular se pronunció el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, al señalar que *“la autorización de funcionamiento que en términos de la doctrina administrativa se conoce como un ‘acto condición’, hace que los sujetos de derecho para los cuales se declare que reúnen los requisitos exigidos por la ley, puedan ejercer sus atribuciones”*, de manera que *“a través de la autorización se ejerce el control del acceso de estas organizaciones a la gestión autoral y de allí nace la vigilancia del Estado para asegurar el cumplimiento de las condiciones de funcionamiento exigidas en la ley”*, por lo que *“la autorización de funcionamiento no es el acto por el cual se da reconocimiento de la existencia jurídica de la sociedad, sino que constituye un acto administrativo de habilitación de la sociedad para que desarrolle su actividad dentro del marco legal establecido”*<sup>20</sup>.

47. Con los matices que contemple cada texto nacional puede afirmarse que a los efectos de otorgar la autorización de funcionamiento, la autoridad debe tomar en cuenta dos principios generales orientadores, a saber:

- a. Que de los datos aportados y de la información obtenida se desprenda que la entidad reúne las condiciones para asegurar la efectiva administración de los derechos cuya gestión desea asumir.
- b. Que esa autorización favorezca los intereses generales de la protección del derecho de autor o de los derechos conexos.

48. La primera exigencia está dirigida a la necesidad de verificar si la sociedad aspirante cuenta con los recursos técnicos y humanos necesarios para gestionar adecuadamente los derechos que se le confíen, lo que sólo puede hacerse en forma casuística: no es lo mismo una entidad para los derechos de comunicación pública de obras musicales (la cual maneja inmensos repertorios ante un sinnúmero de usuarios de la más diversa índole) y cuya recaudación y distribución es hartamente compleja, que una sociedad para la gestión del *“droit de suite”* la cual, razonablemente, debe manejar un catálogo mucho más modesto (pues no son muchas las obras figurativas comercializadas en forma tal que generen esa remuneración) y donde los *“usuarios”* obligados al pago (galerías y negociantes profesionales en obras de arte), son menos y además fácilmente localizables.

<sup>20</sup> V.: Interpretación pre-judicial del 25-11-98, PROCESO 22-IP-98.

49. La segunda condición, aunque parezca muy subjetiva, aspira a evitar autorizaciones de funcionamiento a organizaciones que, por ejemplo, no cuenten con una significativa base societaria local, cualitativa o cuantitativa, o que de otra manera puedan perjudicar la imagen de la gestión colectiva en el país.

50. A todo lo anterior debe agregarse que conforme a algunas legislaciones, no puede autorizarse el funcionamiento de más de una sociedad por cada género o especialidad (v.gr.: comunicación pública de obras musicales, representación de obras dramáticas y dramático-musicales, reproducción reprográfica, “*droit de suite*”), como ocurre bajo la legislación de Bolivia (sin perjuicio de que una misma entidad pueda constituirse para administrar varios géneros), o que en caso de existir varias para un mismo ramo, deban constituir entre ellas una entidad recaudadora única, cuyo objeto social sea exclusivamente la recaudación de derechos patrimoniales por cuenta de las constituyentes (Ecuador)<sup>21</sup>.

51. Siguiendo de cerca al modelo español, son varias las legislaciones en América Latina (mediante disposiciones legales o reglamentarias), que indican a la autoridad competente los elementos a valorarse antes de proceder a otorgar o no la autorización de funcionamiento, tales como los siguientes:

- a. El número de titulares que se hayan comprometido a confiarle la gestión a la entidad aspirante, en caso de ser autorizada, cuestión que debe apreciarse en concreto, pues esa determinación cuantitativa varía según se trate de repertorios musicales, de obras escénicas o de artes figurativas, por ejemplo, o de los modos de explotación que la entidad desee administrar, pues un número modesto de asociados suele ser suficiente en algunos géneros o rubros de utilización que se desean administrar, e insignificante en otros.
- b. La representación esperada de repertorio nacional para evitar la existencia, entre otras, de sociedades sin base local y que sirven de simples “*agencias de cobranzas*” de catálogos extranjeros, sin una representatividad efectiva de titulares nacionales.
- c. El volumen del repertorio que se aspira a gestionar y la presencia real del mismo en las actividades realizadas por los usuarios más significativos, exigencia que tiene dos ópticas de apreciación:

---

<sup>21</sup> Como supuesto de excepción en el continente, a las sociedades de gestión SADAIC y ARGENTORES de Argentina, una dedicada a la administración de los derechos sobre las obras musicales y la otra a la gestión de los derechos de obras destinadas a la escena, a la cinematografía o a la producción audiovisual, entre otros rubros, se les otorgó, mediante leyes especiales, la representación *ex lege* de los autores, ostentando cada una de ellas la representación única en las respectivas áreas de gestión, de modo que las personas físicas o jurídicas, nacionales o extranjeras, que deban percibir los correspondientes derechos econó-

- i. La primera alude al número de obras, interpretaciones o producciones que se confiarán a la administración, pues pocos miembros pueden ser titulares de un gran repertorio, o viceversa.
  - ii. La segunda tiene que ver con la explotación efectiva de ese catálogo entre usuarios que generen las remuneraciones suficientes como para asegurar el éxito de la gestión.
- d. La cantidad e importancia de los usuarios potenciales, ya que pocos pero calificados usuarios del género que se aspira a gestionar (v.gr.: productores fonográficos en relación con el derecho de reproducción fonomecánica), pueden justificar la existencia autónoma de una sociedad dedicada únicamente a la administración de una modalidad de uso, al tiempo que para otras áreas solamente tendría sentido la autorización de funcionamiento si se constituye una sociedad para la gestión de varias formas de explotación.
- e. La idoneidad de sus estatutos y los medios con que cuenta para el cumplimiento de sus fines.
- f. La posible efectividad de la gestión en el extranjero, mediante probables contratos de representación con entidades de la misma naturaleza que funcionen en el exterior, elemento del cual surgen los comentarios siguientes:
- i. Es posible, al menos teóricamente, que una entidad funcione con un repertorio exclusivamente nacional que sólo se utiliza en el propio territorio.
  - ii. Pero la práctica demuestra que la suma total de las obras, interpretaciones o producciones extranjeras que se usan en un país, siempre será mayor que el solo repertorio endógeno; y la misma vocación de universalidad de los bienes intelectuales protegidos hace esperar que siquiera una parte del repertorio nacional sea explotado en el extranjero.
  - iii. Es improbable el éxito de una administración representativa solamente de obras, interpretaciones o producciones nacionales, al tiempo que ellas quedarían desprotegidas en el exterior si su gestión en el extranjero no estuviera confiada a otra organización de la misma naturaleza.
- g. El informe de las organizaciones de gestión ya constituidas y autorizadas, de considerarse conveniente, debe ser valorado por la oficina competente sobre la base de que:

---

micos, para sí o para sus mandantes, tienen que actuar por medio de la sociedad que corresponda, lo que a su vez crea una obligación para los usuarios (v.: VILLALBA, Carlos y LIPSZYC, Delia: *“El Derecho de Autor en la Argentina”*. Ob. Cit. pp. 193-194).

- i. En algunos casos la opinión de otras sociedades locales puede ser de utilidad cuando se trate, por ejemplo, de entidades que no pretenden “*competir*” en el mismo mercado, por administrar géneros o formas de utilización diferentes.
  - ii. En otros supuestos podría ser inconveniente pedir ese parecer, si es una entidad solicitante que aspire gestionar la misma categoría de obras o igual modalidad de explotación que una preexistente y aunque, en la práctica, el paralelismo de sociedades para la misma especialidad no es lo recomendable, no podría negarse el permiso a una posterior que cumpliera cabalmente con todos los requisitos legales y reglamentarios, salvo alguna prohibición legal al respecto.
- h. Algunos ordenamientos permiten de manera general a la autoridad competente la apreciación de otras circunstancias de acuerdo al caso concreto.

## **Fiscalización.**

52. El papel del Estado en relación con la gestión colectiva no se agota en el permiso de funcionamiento porque, al igual que ocurre en muchas otras actividades civiles y mercantiles, las sociedades administradoras de derechos autorales y conexos quedan sometidas a la fiscalización estatal.

53. La supervisión oficial tiene dos ángulos distintos pero complementarios:

- a. El Estado debe vigilar a las sociedades de gestión para asegurarse de la transparente y eficaz administración de los derechos confiados a ella.
- b. Debe brindársele a la gestión colectiva el apoyo necesario, a través de la fiscalización de los usuarios y la aplicación de medidas y sanciones disuasivas en casos de violación de los derechos, en razón del interés colectivo involucrado y de que la ausencia de una tutela efectiva, de hecho o de derecho, puede dar lugar a mecanismos internacionales de solución de controversias y la aplicación de sanciones comerciales al país, siendo la gestión colectiva uno de los pilares fundamentales para asegurar la protección<sup>22</sup>.

---

<sup>22</sup> Sobre el tema, v.: UCHTENHAGEN, Ulrich: “*La gestión colectiva y las obligaciones internacionales de los estados*”. Conferencia publicada en el Libro-Memorias del X Congreso Internacional sobre la protección de los Derechos Intelectuales (del autor, del artista y del productor). Ed. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)/República del Ecuador/Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. Quito, 1995; y ZIEGLER, Jean-Alexis: “*La gestión colectiva y la protección internacional del derecho de autor*”, en el libro-memorias del X Congreso Internacional sobre la protección de los Derechos Intelectuales (del autor, del artista y del productor). Ed. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)/República del Ecuador/Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. Quito, 1995.

54. Como regla general, las oficinas nacionales competentes están facultadas para vigilar las actividades de las entidades de gestión , y en particular:

- a. Ordenar la modificación o corrección de las reformas estatutarias o de los reglamentos o normas internas que puedan haber originado la denegación de la autorización de funcionamiento, entorpezcan el régimen de fiscalización o constituyan una violación a cualquiera de las obligaciones legales o reglamentarias de la entidad.
- b. Exigir cualquier tipo de información, ordenar inspecciones o auditorías y designar un representante que asista con voz, pero sin voto, a las Asambleas Generales, Consejos o Juntas Directivas, Comisiones de Fiscalización u otros órganos análogos de la sociedad.
- c. Imponer las sanciones previstas en la ley y su reglamento.

### **Sanciones administrativas.**

55. El régimen de fiscalización carecería de sentido si la autoridad administrativa competente para la supervisión no tuviera facultades para sancionar en casos de incumplimiento.

56. Las sanciones generalmente aplicables a las sociedades de administración colectiva, conforme a muchas leyes nacionales, son:

- a. Amonestación.
- b. Multa.
- c. Suspensión de actividades.
- d. Cancelación del permiso de funcionamiento.

57. Algunos textos admiten varias formas de amonestación, verbal o escrita, privada o pública, pero en ausencia de texto expreso todas esas probabilidades son admisibles, además de que el ordenamiento aplicable pueda prever que la amonestación pública sea publicada a costa de la entidad infractora.

58. En ciertos ordenamientos se facultad a la autoridad para imponer el doble de la multa, de manera sucesiva e ilimitada, cuando se trate de la repetición de un acto infractor de similar naturaleza cometido durante un plazo determinado.

59. La suspensión de actividades debería imponerse en casos graves, pero subsanables, aunque constituye una regla generalizada el que las sanciones son aplica-

bles sin que sea necesario haber agotado antes las de menor magnitud (amonestación, multa), pues de acuerdo a las particularidades de la infracción, puede procederse directamente a una de las de mayor severidad.

60. La suspensión, en la forma concebida por varios textos nacionales, no constituye *stricto sensu* una paralización de actividades, sino una intervención equivalente a la aplicable, por ejemplo, a las entidades bancarias.

61. En efecto, la consecuencia real de esta sanción no está en dejar inactiva a la sociedad (pues significaría para los titulares una ausencia de protección, porque nadie podría controlar el uso de sus obras, interpretaciones o producciones, ni recaudar y repartir las contraprestaciones respectivas), sino que implica la sustitución de los integrantes de los órganos de dirección por una Junta Administradora, la cual debe encargarse, por el tiempo indicado en la resolución, de un conjunto de funciones que de acuerdo a varios textos nacionales son:

- a. Recaudar y distribuir las remuneraciones correspondientes al uso del repertorio administrado por la entidad.
- b. Administrar el funcionamiento habitual de la sociedad.
- c. Desarrollar las demás actividades necesarias a los fines de dar cumplimiento a la sanción impuesta.

62. La cancelación del permiso de funcionamiento, por ser la más severa de todas las sanciones, solamente debería imponerse en supuestos muy especiales, razón por la cual varias legislaciones (algunas de ellas mediante desarrollo reglamentario), establecen taxativamente las causales de procedencia, a saber:

- a. Si se comprueba que la autorización para funcionar otorgada a la entidad se obtuvo mediante falsificación o alteración de datos o documentos, o de cualquier otra manera en fraude a la ley.
- b. Si sobreviene o se pone de manifiesto algún hecho grave que pudiera haber originado la denegación del permiso para funcionar.
- c. Cuando se demuestre la imposibilidad para la entidad de cumplir con un objeto social.
- d. Si se incurre en una falta grave que ya haya sido motivo de suspensión, en un determinado período anterior al de la revocación.

63. También en ciertos textos se establece que de producirse alguna de las causales que ameritan la sanción de cancelación, debe mediar un previo apercibimiento



por parte de la autoridad administrativa competente a los efectos de que se fije un plazo para subsanar o corregir los hechos infractores.

64. Algunos ordenamientos disponen igualmente que la resolución por la cual se cancela la autorización de funcionamiento, debe igualmente designar a una Junta Administradora para que cumpla funciones similares a las establecidas en los casos de suspensión, pero además con la obligación de liquidar los activos y una vez cumplidas las distribuciones pendientes, asignar el neto resultante al destino que dispongan los estatutos societarios.

Módulo

V

*Gestión*  
*colectiva del*  
*derecho de autor*  
*y los derechos*  
*conexos*

UNIDAD 2

EL FUNCIONAMIENTO DE LA GESTIÓN COLECTIVA DEL DERECHO DE  
AUTOR Y LOS DERECHOS CONEXOS

Principales funciones y atribuciones de las sociedades de gestión colectiva – La legitimación de las sociedades de gestión colectiva para el ejercicio de acciones judiciales y administrativas – La gestión colectiva en el entorno digital y los sistemas de protección – La cooperación internacional.



# I

## PRINCIPALES FUNCIONES Y ATRIBUCIONES DE LAS SOCIEDADES DE GESTIÓN COLECTIVA

### **Ámbito y finalidades.**

1. A los fines de cumplir con su objetivo esencial de administrar los derechos económicos de los titulares de derecho de autor o de derechos afines, la gestión colectiva tiene entre sus funciones, por ejemplo, la defensa de los derechos patrimoniales de los asociados o representados, o de los asociados o representados por entidades extranjeras del mismo género; la celebración de contratos para la explotación del repertorio que le ha sido confiado; la fiscalización de la ejecución de esos convenios y la comprobación de violaciones; la fijación de tarifas por las licencias para el uso de los bienes intelectuales administrados y la recaudación y distribución de las remuneraciones correspondientes.

2. A ellas se añaden las que también hacen a la naturaleza de la gestión, como la de ejercer acciones civiles, penales o administrativas para la defensa de los derechos confiados, y otras de carácter colateral ya instrumentadas por diversas organizaciones de administración colectiva, como la protección social de sus asociados y familiares.

### **Obligaciones.**

3. Además de las obligaciones que surgen de los propios fines de la gestión colectiva y de las que emanan de los estatutos y otras normas internas, existe la tendencia en los ordenamientos nacionales a incorporar disposiciones acerca de los deberes que se imponen a esas organizaciones de administración.

4. Como un resumen de esa normativa (y sin perjuicio de la necesaria consulta a la respectiva legislación nacional), pueden señalarse como las principales obligaciones de las sociedades de gestión colectiva, las siguientes:

- a. Contar con reglamentos de socios, de tarifas y de distribución, desarrollando al efecto los principios estatutarios de carácter obligatorio, ya estudiados en la unidad 1 de este módulo.
- b. Inscribir en el registro competente, en un plazo determinado, los actos y documentos indicados en la normativa aplicable, por ejemplo, el acta constitutiva y los estatutos, los reglamentos de socios y otros que desarrollen los

principios estatutarios, las normas de recaudación y distribución, las tarifas para el uso de su repertorio, los contratos celebrados con asociaciones de usuarios, los de representación que tengan con entidades extranjeras, las actas de las asambleas y los documentos mediante los cuales se designen los miembros de los organismos directivos y de fiscalización, sus administradores y apoderados.

- c. Consignar ante la oficina competente en el plazo establecido por la ley o el reglamento, los balances anuales y los informes de auditoría, así como sus modificaciones.
- d. Aceptar la administración de los derechos que le sean encomendados, de acuerdo a su objeto y fines, así como realizar la gestión con sujeción a los estatutos y demás normas aplicables.
- e. Reconocer a los socios un derecho de participación apropiado en las decisiones de la entidad, pudiendo establecer un sistema de votos que tome en cuenta criterios de ponderación en función del reparto de las remuneraciones recaudadas, pero en caso de una sanción de exclusión, el voto debe ser igualitario<sup>1</sup>.
- f. No aceptar miembros de otras sociedades de gestión colectiva del mismo género del país o del exterior, sin haber renunciado previa y expresamente a ellas, sobre lo cual debe anotarse que:
  - i. La obligación se aplica en relación con la membresía del titular a otra organización, nacional o extranjera, “*que administre la misma modalidad de explotación*”, pues el propósito es evitar que un titular, con el fin de obtener remuneraciones “*por partida doble*” en relación con la utilización de una misma obra, interpretación o producción y respecto de igual modalidad de explotación, pertenezca a dos entidades del mismo género.
  - ii. No constituye infracción que una sociedad de autores y compositores acepte como asociado, por ejemplo, a un “*cantautor*” que sea miembro al mismo tiempo de una sociedad de intérpretes; o que una entidad de escritores dramáticos, administradora de derechos de representación, admita a un autor que a su vez pertenece a una sociedad de derechos reprográficos.

---

<sup>1</sup> El sistema ponderado de votos en proporción a las remuneraciones recibidas debe garantizar una presencia equilibrada por parte de las diferentes categorías de titulares, sea mediante una participación proporcional de las minorías, o bien tomando en consideración que algunos rubros administrados, por su propia naturaleza, generan mayores remuneraciones que otros, de modo que un régimen de concentración de las decisiones en pocas manos puede dar lugar a situaciones de abuso de posición de dominio.

- iii. La prohibición tampoco se aplica cuando el mismo titular pertenece a dos entidades, pero para administrar sus derechos en territorios diferentes, a menos que haya alguna prohibición estatutaria al respecto.
- g. Fijar y publicar las tarifas correspondientes a las licencias de uso a otorgar por la utilización de su repertorio, tema que por su complejidad será tratado separadamente en esta misma unidad.
- h. Contratar, salvo motivo justificado, con todo usuario que lo solicite y acepte la tarifa fijada por la entidad, la concesión de licencias no exclusivas para la utilización de las obras, interpretaciones o producciones administradas, a menos que se trate del uso singular de una o varias obras de cualquier clase que requiera la autorización individualizada de su titular, obligación de la cual surgen los comentarios siguientes:
- i. La obligación de contratar obedece –afirma Uchtenhagen<sup>2</sup>–, a que la gestión de un repertorio mundial conduce a una posición dominante en el mercado, que implica la observancia del principio de la igualdad de trato, de modo que no puede denegarse la autorización para el uso de todo un repertorio, salvo que falten ciertos requisitos conocidos por el usuario para obtener esa licencia<sup>3</sup>.
- ii. Pero la negativa de la sociedad puede estar justificada, por ejemplo, ante reiteradas violaciones por parte del usuario solicitante o ante la mora en pagos pendientes por el uso del repertorio administrado.
- iii. La obligación se refiere a las licencias no exclusivas, pues la entidad no está obligada a contratar si lo solicitado por el usuario es una “cesión” de derechos o el otorgamiento de una licencia exclusiva de uso, ya que tales concesiones están reservadas a la decisión personal y directa del titular del derecho.
- iv. El sentido de la norma tiene como objetivo la concesión obligatoria de esas licencias para el uso del repertorio gestionado por la entidad (es decir, el conjunto de obras, interpretaciones o producciones administradas),

---

<sup>2</sup> V.: UCHTENHAGEN, Ulrich: “Los sistemas de recaudación y distribución en la gestión de los derechos de autor”, en el libro-memorias del III Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos. Montevideo, 1997. Tomo 2. p. 814.

<sup>3</sup> Piénsese en el daño que podría ocasionar la única entidad autorizada para funcionar por la gestión de los derechos de comunicación pública sobre obras musicales, al denegar, sin justificación razonada, la licencia a un organismo de radiodifusión para el uso de todo el repertorio nacional y extranjero administrado, que acepta la tarifa y conviene en el pago.

pero no se aplica si la autorización está limitada a una obra, interpretación o producción en particular cuando se requiera el consentimiento directo del titular, como ocurre, por ejemplo, para la escenificación de una obra dramática, en cuyo caso el autor puede condicionar la licencia a su intervención personal en la selección de los intérpretes o en la aprobación de las condiciones técnicas bajo las cuales se va a realizar la representación.

- i. Recaudar las remuneraciones relativas a los derechos administrados, mediante la aplicación de la tarifa previamente fijada y publicada.
- j. Deducir del monto de las remuneraciones sólo las sumas necesarias para cubrir sus gastos efectivos de administración, hasta por el máximo autorizado en las normas estatutarias o reglamentarias (y en algunos países, por la misma ley), y de una sustracción adicional, también hasta por el porcentaje permitido, destinada sólo para actividades o servicios de carácter asistencial en beneficio de sus asociados, de lo que emanan las consideraciones siguientes:
  - i. Las sociedades de gestión, como asociaciones civiles sin fines de lucro, no pueden tener ganancias o utilidades, sino ingresos y superávits.
  - ii. Como quiera que el único fin societario de las entidades de gestión es la administración de las obras, interpretaciones o producciones confiadas, los ingresos derivados de la explotación del repertorio administrado deben estar destinados, exclusivamente, a su distribución entre los titulares.
  - iii. Ello no impide que la entidad tenga entradas por otros conceptos vinculados con la gestión (v.gr.: intereses devengados por los depósitos en instituciones financieras, mientras se produce el reparto en los tiempos fijados por los reglamentos internos), o por servicios diversos prestados a sus asociados (v.gr.: transcripción de obras musicales a partituras, traducción de documentos, inscripción de las obras, interpretaciones o producciones en el registro nacional del derecho de autor y derechos conexos, etc.).
  - iv. Esos ingresos “*adicionales*” también pueden dirigirse a cubrir gastos administrativos, a incrementar los fondos de reservas o a disminuir el máximo porcentual de deducción permitido sobre las remuneraciones recaudadas.
  - v. Para evitar que bajo la excusa de cubrir los gastos administrativos, el líquido repartible resulte francamente ridículo (sea por una administración dilapidadora o ineficaz, o bien como resultado de actos irregulares), la tendencia más generalizada impone a las entidades el deber de prever en los estatutos o en los reglamentos internos el porcentaje máximo descon-

table de la recaudación bruta (o el cumplimiento de determinados requisitos para aprobar erogaciones superiores a ese porcentaje), a los efectos del reparto de las remuneraciones respectivas.

- vi. Ese porcentaje máximo puede establecerse en uno solo, calculado sobre el monto total de la recaudación bruta, como “*término medio*” entre los diferentes rubros administrados por la entidad (cuyos gastos de gestión varían entre unos y otros); o fijarse en diferentes niveles, de acuerdo a la modalidad de explotación.
  - vii. Pero por razones de solidaridad social y de promoción cultural, la normativa más aceptada admite una deducción adicional, antes de proceder al reparto, destinada a fines asistenciales de los asociados, los que suelen ser de la más diversa índole: becas de perfeccionamiento, consultas médicas, gastos hospitalarios, seguros de vida, etc.
  - viii. Con el objeto de impedir deducciones excesivas para esas actividades (en perjuicio, por ejemplo, de los titulares efectivamente productivos o del repertorio extranjero administrado), también el máximo a retener debe estar contemplado en los estatutos o en los reglamentos internos<sup>4</sup>.
- k. Distribuir las remuneraciones recabadas mediante la aplicación de sistemas que excluyan la arbitrariedad y en forma proporcional a la utilización real de las obras, interpretaciones o ejecuciones, o producciones administradas<sup>5</sup>, deber del cual surgen estos comentarios:
- i. La distribución constituye la función más compleja de la gestión: de nada sirve una recaudación exitosa si el reparto no es transparente.
  - ii. Esa actividad tiene como sustento previo todo un sistema de identificación, tanto de cada obra, prestación artística o producción fonográfica,

---

<sup>4</sup> Así, las sociedades de derechos musicales y dramáticos agrupadas en la Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores (CISAC), están autorizadas para deducir hasta un 10% de la recaudación neta, para actividades culturales y sociales.

<sup>5</sup> Sobre el tema, v.: FERNÁNDEZ BALLESTEROS, Carlos: “*La organización de la gestión colectiva del derecho patrimonial de autor en los planos mundial y regional. La documentación utilizada en ese plano para el reparto de las remuneraciones recaudadas*”. Documento OMPI-SGAE/DA/SRZ/01/31, presentado en el Octavo Curso Académico Regional OMPI/SGAE sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para países de América Latina. Santa Cruz de la Sierra (Bolivia), 2001; PÉREZ SOLÍS, MIGUEL: “*La protección de los derechos conexos de los artistas intérpretes o ejecutantes (el derecho patrimonial de los intérpretes o ejecutantes: la recaudación y distribución)*”. 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. UCHTENHAGEN, Ulrich: “*Los sistemas de recaudación y distribución en la gestión colectiva de los derechos de autor*”. Ob. Cit.



como de cada uno de quienes ostentan derechos sobre ella, lo que se complica si como ocurre en la práctica, el repertorio está constituido por todo un catálogo nacional y extranjero.

- iii. El reparto debe efectuarse de manera objetiva, sin otro indicador que el uso efectivo de cada bien intelectual administrado.
  - iv. Las reglas de distribución no son uniformes ni siquiera dentro un mismo género ya que depende, por ejemplo, de la clase de obra (individual, en colaboración, colectiva), del número de titulares de derechos sobre la misma (autor, compositor, editor, arreglista, adaptador) y de los porcentajes de participación que ellos hayan convenido.
  - v. A su vez, las sumas totales recaudadas no se reparten necesariamente conforme al mismo sistema, ya que las tarifas por los distintos modos de uso suelen ser diferentes; los ingresos obtenidos por la entidad de cada modalidad de explotación son igualmente diversos; y los métodos para calcular la distribución en cada una de ellas, admite sus propias particularidades.
  - vi. Así, como apunta Uchtenhagen, para cada recaudación debe poderse seguir el camino recorrido hasta llegar al pago, razón por la cual autores y editores (y lo mismo ocurre con artistas y productores, agregamos nosotros), están interesados en esos recorridos y exigen que en las liquidaciones obtengan las explicaciones sobre el origen de las remuneraciones que reciben<sup>6</sup>.
  - vii. Pero una adecuada distribución no solamente está ligada a una eficaz gestión colectiva, sino también al respeto por parte de los usuarios, tanto en el pago oportuno de las remuneraciones correspondientes, como en el cumplimiento de otras obligaciones impuestas en varios de los contratos-tipo de licencia, tal el caso de la correcta elaboración y entrega oportuna de las planillas donde se identifiquen las obras efectivamente utilizadas, por ejemplo, en las emisiones de radiodifusión y en los espectáculos “*en vivo*”.
- l. Mantener y poner a disposición de sus miembros una publicación periódica informativa de las actividades de la sociedad relacionadas con sus derechos.
  - m. Elaborar dentro del plazo fijado por la ley, su reglamento o las normas estatutarias (según el sistema elegido por cada ordenamiento nacional) y poner-

---

<sup>6</sup> UCHTENHAGEN, Ulrich: “*Los sistemas de recaudación y distribución en la gestión colectiva de los derechos de autor*”. Ob. Cit. Ob. Cit. p. 821.

los a disposición de los socios con una antelación determinada a la fecha de la Asamblea General en la que hayan de ser aprobados, el balance general y la memoria de actividades correspondientes al año anterior.

- n. Someter el balance y la documentación contable al examen de un auditor externo nombrado en la Asamblea General, con una anticipación determinada antes de la fecha de la Asamblea en que deban ser considerados, en el entendido de que esa auditoría interna es independiente de la revisión periódica que haga una junta o comisión fiscalizadora interna, integrada por varios asociados a la entidad, designados en la Asamblea.
- o. Publicar el balance anual de la sociedad y los estados financieros, dentro de un plazo fijado legal, reglamentaria o estatutariamente, contado a partir de la celebración de la Asamblea General.
- p. Tener a disposición de los usuarios, en los soportes utilizados por ellas para sus actividades de gestión, las tarifas aplicables y el repertorio de los derechos que administren, nacionales o extranjeros, a efectos de su consulta en las dependencias centrales de la sociedad.
- q. Las demás establecidas en la ley, el reglamento o los estatutos societarios.

## **Fijación de tarifas.**

5. Como representante, mandataria o titular de una “*cesión fiduciaria*” de los derechos de sus asociados, según la posición que se adopte<sup>7</sup> (y de los asociados a entidades extranjeras con las cuales existan contratos de representación), la entidad de gestión ejerce la facultad de fijar unilateralmente el monto de la contraprestación correspondiente al uso del repertorio que administra, lo que no impide, en la práctica, que dicha cantidad -o porcentaje-, se determine mediante negociaciones voluntarias con los usuarios.

6. Esa facultad de determinación unilateral y obligatoria de los aranceles a pagar por el uso del repertorio administrado hizo resolver a la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo de Venezuela, en sentencia firme del 18-2-86, que la fijación de tarifas por una entidad autoral constituye un acto administrativo, que

---

<sup>7</sup> Sobre la relación entre la sociedad de gestión y sus asociados o representados, v.: ANTEQUERA PARILLI, Ricardo: “*Derecho de Autor*”. Ob. Cit. Tomo II, pp. 695-699; y SANTIAGO, Vanisa: “*Los administrados y sus relaciones contractuales con las sociedades de gestión*”. Documento OMPI-SGAE/DA/SRZ/01/34, presentado en el Octavo Curso Académico Regional de la OMPI/Sgae sobre derecho de autor y derechos conexos para países de América Latina. Santa Cruz de la Sierra (Bolivia), 2001.

produce efectos jurídicos subjetivos, con carácter de autoridad e “*imperium*”, como si emanaran del Estado<sup>8</sup>.

7. La fijación unilateral de las tarifas no constituye un impedimento para que algunas legislaciones sometan dichos aranceles al requisito de la homologación por parte de la autoridad administrativa competente en derecho de autor y derechos conexos (v.gr.: República Dominicana), atribución esta última que tiene las limitaciones siguientes:

- a. La oficina nacional competente no puede fijar, aumentar o disminuir el monto de las tarifas, sino impartir o no su homologación, pues de lo contrario se estaría irrumpiendo contra el derecho exclusivo que corresponde a los titulares de los bienes intelectuales administrados por la entidad, a menos que se trate de licencias obligatorias (las cuales deben estar previstas en la ley aplicable, bajo los términos y condiciones permitidos por los convenios internacionales) o de derechos de simple remuneración.
- b. Esa homologación es imperativa entonces si se cumplen todos los requisitos que puedan estar previstos en la ley o en los reglamentos, de modo que su rechazo debe obedecer a razones de legalidad y no a los de conveniencia.
- c. Lo anterior no impide a la autoridad formular recomendaciones no vinculantes si considera, por ejemplo, que la tarifa puede ser disminuida para acelerar acuerdos entre la entidad y los usuarios (o con las organizaciones gremiales o empresariales que los representen) o para evitar largos procesos judiciales, como también la posibilidad de llamar a las partes a conciliación, a fin de avenirlos a acuerdos sobre el arancel fijado y el monto de las remuneraciones a pagar.

8. Numerosas legislaciones nacionales (y también la Decisión 351 de la Comunidad Andina), establecen que las tarifas a fijar por las sociedades de gestión colectiva para la explotación del repertorio administrado, deben ser proporcionales a los ingresos que obtenga el usuario por su explotación.

9. Se trata sin embargo de un principio general que admite algunas excepciones, las cuales conforme a algunos textos son taxativas y prevén los supuestos en los cuales se permite el establecimiento de una tarifa periódica y “*fija*” o a “*tanto alzado*”, como en los casos siguientes:

---

<sup>8</sup> V.: Jesús Ramón Mayora contra Sociedad de Autores y Compositores de Venezuela (SACVEN), en ANTEQUERA PARILLI, Ricardo: “*La fijación de tarifas por las entidades autorales y el contencioso administrativo*”. Ob. Cit. pp. 53-77.

- a. Cuando, atendida la modalidad de explotación, exista dificultad grave para la determinación de los ingresos, o si su comprobación resulta imposible o de un costo desproporcionado con la eventual retribución.
- b. Si la utilización de las obras, interpretaciones o producciones, tiene un carácter accesorio respecto de la actividad principal del usuario o del objeto material al cual se destinen.
- c. Cuando falten los medios necesarios para fiscalizar la aplicación de la participación proporcional.

10. Como regla general, las tarifas porcentuales se fijan si existe una relación estrecha entre el uso del repertorio y el ingreso obtenido por el usuario, como ocurre, por ejemplo, en los espectáculos con pago de entrada, en las emisiones de radio-difusión en relación con las entradas brutas de la emisora o las cuotas de los abonados en el caso de las transmisiones por suscripción, o en el precio de venta de los soportes que contienen grabaciones sonoras.

11. En los supuestos de excepción donde se permite la remuneración periódica “*a tanto alzado*” nada impide que, aun tratándose de una tarifa fija, se establezcan términos de referencia para determinar la remuneración a pagar por el usuario, por ejemplo, capacidad del local, valor de los bienes o servicios expendidos durante la utilización del repertorio, volumen de pasajeros transportados, precio de las habitaciones, categoría del establecimiento, etc., los cuales fueron declarados válidos en la sentencia dictada en Venezuela por la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, ya citada<sup>9</sup>.

## **Las tarifas y el arbitraje.**

12. Aunque la fijación de la tarifa constituye una facultad unilateral de la gestión colectiva, es posible que por diversas circunstancias el arancel establecido pueda resultar abusivo, por ejemplo, si se calcula sobre una base porcentual a pesar de que la explotación del repertorio apenas tiene un carácter accesorio en relación con los ingresos que se derivan del objeto principal.

13. Una de las vías para evitar la situación es mediante la homologación de las tarifas por parte de la autoridad nacional competente (República Dominicana), pre-

---

<sup>9</sup> En dicho pronunciamiento judicial se aceptó la validez de la tarifa fijada para bares y restaurantes donde se efectuaban ejecuciones de obras musicales a través de aparatos reproductores de sonido, calculadas mediante un baremo que tomaba en cuenta el número de sillas del local y el precio de las bebidas.

via a su entrada en vigencia, pues dicha oficina podría denegarla indicándole a la sociedad de gestión las razones de la abusividad de uno o varios de sus aranceles.

14. Otra fórmula consiste en permitir a las organizaciones de usuarios que dentro del plazo fijado por la ley luego de publicada la tarifa, puedan solicitar el arbitraje ante la autoridad competente en razón del carácter abusivo del arancel fijado por la entidad de gestión, pero hasta tanto se pronuncie la decisión arbitral -u otra atinente a la validez del arancel fijado por la entidad-, el usuario no debe explotar el catálogo administrado por la sociedad (Venezuela).

15. Una variante de la anterior establece que mientras se produce la decisión, los usuarios representados por la organización que solicita el arbitraje pueden utilizar el repertorio administrado por la entidad, siempre que efectúen el depósito del pago correspondiente o consignen judicialmente la cantidad exigida por la misma conforme a las tarifas establecidas (Perú).

16. Tratándose de un arbitraje y, por tanto, voluntario, la solicitud es facultativa de la organización de usuarios, pero requiere del consentimiento de la entidad cuya tarifa es objetada.

17. La decisión no puede establecer una tarifa sustitutiva, sino determinar si la fijada por la entidad es o no abusiva, pero debe indicar con claridad las razones que, en su caso, la hacen improcedente, a los efectos de evitar que el futuro arancel incurra en los vicios que afectaron al sometido al arbitraje.

18. La figura del arbitraje en comentarios se entiende sin perjuicio de las acciones judiciales que las partes tengan a bien ejercer ante la jurisdicción competente.

## II

### LA LEGITIMACIÓN DE LAS ENTIDADES DE GESTIÓN COLECTIVA EN EL ÁMBITO ADMINISTRATIVO Y JUDICIAL<sup>10</sup>

19. Existe la tendencia abrumadoramente mayoritaria en la legislación comparada iberoamericana a disponer que las entidades de administración colectiva están legitimadas para ejercer los derechos confiados a su gestión y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos y judiciales.

---

<sup>10</sup> Sobre el tema, v.: DELGADO PORRAS, Antonio: “*La legitimación de las entidades de gestión colectiva en el ámbito administrativo y judicial*”. Conferencia publicada en el Libro-Memorias del III

20. La pregunta que surge es si para los efectos de esa legitimación las sociedades de gestión están obligadas a acreditar, en cada acción intentada contra los usuarios, la representación que ejercen sobre todas y cada una de las obras, prestaciones o producciones que conforman su repertorio y acerca de todos y cada uno de los titulares de los respectivos derechos, pues una interpretación semejante conduciría a suponer que los derechos de autores, artistas y productores serían de imposible cumplimiento, ya que a su vez también resultaría imposible una prueba de tal naturaleza sobre catálogos integrados por centenares de miles de bienes intelectuales y de un sinnúmero de titulares.

21. Los antecedentes de esa legitimación en América Latina proceden de la ley española de 1987 y que en su texto refundido de 1996 agrega un párrafo por el cual:

*“... a los efectos establecidos en el artículo 503 de la Ley de enjuiciamiento civil, la entidad de gestión estará obligada a aportar al proceso copia de sus estatutos, así como certificación acreditativa de su autorización administrativa. El demandado podrá oponer exclusivamente, acreditándolo debidamente, la falta de representación de la actora, la autorización del titular del derecho exclusivo, o el pago de la remuneración correspondiente”.*

22. Acerca de ese texto, uno de sus redactores, Delgado Porras, opina que:

*“Con dicha finalidad se les reconoce ‘legitimación’ para ejercer los derechos confiados a su gestión y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos o judiciales ‘en los términos que resulten de sus propios estatutos’ (art. 135), relevándolas, de esta manera, de la carga de la prueba (absolutamente imposible en la práctica de la gestión, cuando de utilizaciones masivas se trata -discotecas, emisoras de radiodifusión, videos comunitarios, distribuidores-cable, copisterías, etc.) de los titulares por cuenta de quienes actúe, cuya prueba deberá aportar el que la niegue”<sup>11</sup>.*

23. Pero, a su vez, la disposición española tuvo sus precedentes en la ley alemana de 1965 y en la reforma francesa de 1985.

24. La ley alemana señala que “cuando la sociedad de explotación (sociedad de gestión) haga valer una pretensión de información que sólo quepa hacer valer a

---

Congreso Iberoamericano de Derecho de Autor y Derechos Conexos. Ed. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)/Instituto Interamericano de Derecho de Autor/República Oriental del Uruguay, Montevideo, 1997; y SCHUSTER VERGARA, Santiago: “Legitimación activa”. Conferencia dictada en el Curso para Magistrados y Jueces, organizado por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) e INDECOPI. Arequipa, Perú, 1997.

<sup>11</sup> DELGADO PORRAS, Antonio: “Panorámica de la protección civil y penal en materia de Propiedad Intelectual”. Ob. Cit. pp. 105-106.

través de una sociedad de explotación, se presumirá que salvaguarda los derechos de todos los titulares de derechos”.

25. Y la de Francia, a partir de 1985, dispone que “*las sociedades civiles de percepción y repartición de los derechos de autor y de los derechos afines, legalmente constituidas, tendrán la cualidad para ejercer en juicio los derechos confiados a su administración*”.

26. En relación con esta última, es de destacar la sentencia de la casación francesa dictada el 25-10-88, ante un caso donde se argumentaba que la sociedad de autores SACEM no podía ejercer la acción por el uso no autorizado del repertorio administrado “*sin justificar la existencia de su calidad de mandataria de los autores a los que se pretende representar*”, y al aprobar la decisión del Tribunal de Apelación que había desechado el argumento de la demandada, declaró que la resolución recurrida había subrayado con justeza que dicha sociedad SACEM “*extraía de las disposiciones legales y de sus estatutos (sin más requisitos, nota nuestra) la cualidad para actuar en justicia como parte*”<sup>12</sup>.

27. También la doctrina en ese país (Desbois, Joubert) sostiene que de acuerdo a la disposición citada es necesario y suficiente que los estatutos se refieran al ejercicio del derecho que se trata de hacer valer, para que la acción ejercitada por la sociedad de gestión sea admitida y que esa representación o actuación con base a los estatutos comporta la no mención de las personas interesadas, y con ella, la supresión del deber de acreditar la relación que exista entre el que acciona y el interesado (autores o sus derecho-habientes)<sup>13</sup>.

28. Al adoptarse el sistema de los textos anotados en las leyes de América Latina se han producido algunas variantes, de modo que resulta necesario analizar las diferentes opciones legislativas, aunque todas ellas conduzcan al mismo resultado que el dispuesto en los mencionados ordenamientos europeos.

29. Una primera fórmula (al estilo de la Decisión 351 de la Comunidad Andina y de las leyes de El Salvador, Panamá y Venezuela), señala que la legitimación a las entidades de gestión se reconoce “*en los términos que resulten de sus propios estatutos y de los contratos que celebren con entidades extranjeras*” (hemos destacado), siendo la frase resaltada la que resulta un agregado sin precedentes legislativos anteriores que la inspiraran, aunque existen documentos que explican su incorporación<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> Cit. DELGADO PORRAS, Antonio: “*La legitimación de las entidades de gestión colectiva en el ámbito administrativo y judicial*”. Ob. Cit.

<sup>13</sup> Cit. DELGADO, Antonio: “*Gestión colectiva del derecho de autor y de los derechos conexos*”. Documento OMPI/DA/JU/MVD/93/12, presentado en el Seminario sobre derecho de autor y derechos conexos en el área del sistema judicial de la República Oriental del Uruguay. Montevideo, 1993, pp. 37-38.

<sup>14</sup> V.: ANTEQUERA PARILLI, Ricardo: “*Derecho de Autor*”. Ob. Cit. Tomo II, pp. 729-734.

30. Dicho agregado no puede interpretarse en el sentido de que la sociedad actuante deba probar, por ejemplo, la autoría y la titularidad de los derechos sobre cada una de las obras nacionales y extranjeras administradas, lo que resultaría absurdo, entre otras cosas, porque los contratos con las sociedades del exterior no detallan obras sino que se confían repertorios, y las licencias no exclusivas que otorgan las entidades de gestión tienen también por objeto repertorios y no obras individualmente consideradas, salvo casos de excepción.

31. Si conforme a las interpretaciones en los países cuyas legislaciones sirvieron de antecedente, basta con acreditar los estatutos y la autorización de funcionamiento para actuar contra cualquier usuario infractor, la única diferencia estriba en que bajo los ordenamientos latinoamericanos donde se ha hecho el añadido en comentarios, también deben acompañarse los contratos de representación celebrados con las entidades extranjeras o, incluso, si la ley aplicable lo permite, que simplemente se mencione en la demanda o denuncia, según los casos, la oficina administrativa de derecho de autor y derechos conexos donde están registrados y los datos de la inscripción.

32. No se puede desprender otra cosa pues como apunta Delgado Porras, la finalidad perseguida por el legislador andino fue la de facilitar su tarea a las sociedades de gestión y la referencia a los contratos con entidades extranjeras no debe entenderse al margen de esa finalidad, de manera que:

*“... la exigencia de tales contratos no tiene por objeto establecer en cada caso la legitimación de la sociedad de gestión respecto de obras y titulares de derechos concretos y determinados –puesto que ello no se deduce de tales contratos, como tampoco resulta de los estatutos”, sino que “se trata únicamente de que, mediante los repetidos contratos (o certificaciones registrales correspondientes), se ofrezca al usuario demandado la posibilidad de negar la legitimación de la sociedad respecto de éstas o aquéllas obras o prestaciones probando (no sólo alegando el hecho) que los titulares extranjeros de unas u otras no tienen encomendada su administración a las entidades extranjeras otorgantes de los mencionados contratos, sino a otras no representadas o a ninguna”<sup>15</sup>.*

33. Con mayor razón esa es la interpretación correcta cuando las leyes nacionales omiten cualquier referencia a la prueba de la afiliación, a la representación de cada una de las obras o a los contratos celebrados con las entidades extranjeras, como ocurre en las leyes cuyo dispositivo se transcribe:

---

15 V.: DELGADO PORRAS, Antonio: “La legitimación de las entidades de gestión colectiva en el ámbito administrativo y judicial”. Ob. Cit. pp. 728-729.



Chile: *“Las entidades de gestión autorizadas representarán legalmente a sus socios y representados nacionales y extranjeros en toda clase de procedimientos administrativos o judiciales, sin otro requisito que la presentación de copias autorizadas de la escritura pública que contenga su estatuto y de la resolución que apruebe su funcionamiento”.*

Costa Rica: *“Las sociedades nacionales o extranjeras, legalmente constituidas para la defensa de titulares de derechos de autor y conexos, serán consideradas como mandatarias de sus asociados y representados, para todos los fines de derecho, por el simple acto de afiliación a ellas, salvo disposición expresa en contrario, pudiendo actuar, administrativa o judicialmente, en defensa de los intereses morales y patrimoniales de sus afiliados”.*

Guatemala: *“Una vez autorizadas las sociedades de gestión colectiva, estarán legitimadas para ejercer los derechos objeto de su gestión y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos y judiciales, sin aportar más título y prueba que sus propios estatutos. Salvo prueba en contrario, se presume que la sociedad tiene la representación de los derechos reclamados”.*

México: *“Una vez autorizadas las sociedades de gestión colectiva por parte del Instituto, estarán legitimadas en los términos que resulten de sus propios estatutos para ejercer los derechos confiados a su gestión y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos o judiciales”.*

Nicaragua: *“Una vez autorizadas, las sociedades de gestión estarán legitimadas para ejercitar los derechos objetos de su gestión y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos y judiciales sin aportar más título que sus propios estatutos, presumiéndose, salvo prueba en contrario, que tales derechos les han sido confiados por sus respectivos titulares o concesionarios en exclusiva”.*

Paraguay: *“Las entidades de gestión colectiva están legitimadas, en los términos que resulten de sus propios estatutos, para ejercer los derechos confiados a su administración y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos y judiciales ... Los usuarios únicamente podrán oponer a esta legitimación la autorización del titular de los derechos exclusivos concedidos o, en su caso, el pago de la remuneración que proceda al titular correspondiente”.*

Perú: *“Las sociedades de gestión colectiva estarán legitimadas, en los términos que resulten de sus propios estatutos, para ejercer los dere-*

*chos confiados a su administración y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos y judiciales, sin presentar más títulos que dichos estatutos y presumiéndose, salvo prueba en contrario, que los derechos ejercidos les han sido encomendados, directa o indirectamente, por sus respectivos titulares. Sin perjuicio de esa legitimación, las sociedades deberán tener a disposición de los usuarios, en los soportes utilizados por ellas en sus actividades de gestión, las tarifas y el repertorio de los titulares de derechos nacionales y extranjeros, que administren, a efectos de su consulta en las dependencias centrales de dichas asociaciones. Cualquier otra forma de consulta se realizará con gastos a cargo del que la solicite.*

República Dominicana: *“Las sociedades de gestión colectiva debidamente autorizadas, podrán ejercer los derechos confiados a su administración y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos o judiciales, sin presentar más título que el decreto de autorización y los estatutos, presumiéndose, salvo prueba en contrario, que los derechos ejercidos les han sido encomendados, directa o indirectamente, por sus respectivos titulares”.*

34. Podemos observar que entre las distintas fórmulas legislativas anotadas existen ciertas diferencias, porque:

- a. En unas el *“acto administrativo habilitante”* para la gestión es una autorización del Estado para su funcionamiento, de modo que a los efectos del ejercicio de acciones judiciales o administrativas debe cumplirse con ese extremo legal.
- b. En otras, ese *“acto administrativo habilitante”* emana del solo hecho de la constitución de la sociedad.
- c. En unas la habilitación se limita a *“los términos que resulten de los propios estatutos de la sociedad”* (y nada más), mientras que en otras se agrega la frase: *“y de los contratos que celebren con entidades extranjeras”*.
- d. De allí que bajo este último sistema las entidades de gestión deban inscribir o depositar en la oficina competente los contratos de representación celebrados con entidades extranjeras, a los efectos de darles *“publicidad”*.

35. Pero en todas las fórmulas anotadas existen semejanzas sustanciales, a saber:

- a. Se confiere una legitimación *ad causam* especial y específica a las sociedades de gestión.

- b. Se reconoce la legitimación en los términos que resulten de los propios estatutos de la sociedad, es decir, que éstos deben facultar a la entidad para ejercer la administración de los derechos que le sean confiados.
- c. En ninguna se exige que la sociedad deba acreditar los poderes de cada uno de los autores administrados lo que, además, conduciría a un imposible jurídico y también a la exigencia de una prueba imposible.
- d. Conforme al principio de la exclusividad de los derechos, es al demandado a quien corresponde probar la falta de la representación de la actora, o que cuenta con la autorización del titular del derecho exclusivo, o que ya ha efectuado el pago de la remuneración correspondiente.

36. Es así como corresponde al usuario no licenciado y quien está bajo una presunción de ilicitud –y no a la sociedad de gestión–, desvirtuar esa presunción de ilegalidad (al no contar con la autorización respectiva), con la observación de que conforme a varios textos nacionales latinoamericanos (inclusive la Decisión 351 de la Comunidad Andina), cualquier autoridad que permita el uso de una obra, interpretación, producción o emisión, o preste su apoyo para esa utilización, sin que para ello conste la autorización expresa del respectivo titular, es solidariamente responsable de la infracción.

### III

## LA GESTIÓN COLECTIVA EN EL ENTORNO DIGITAL Y LOS SISTEMAS DE PROTECCIÓN

### **Generalidades.**

37. Es sabido que la administración colectiva de los derechos intelectuales surgió como una necesidad de los titulares frente a las utilidades que no podían controlar directamente ni, mucho menos, recaudar por sí mismos los pagos correspondientes

38. Pero como un derecho exclusivo puede disfrutarse más plenamente en la medida en que el titular tiene el control individual de su producción, los autores se han reservado tradicionalmente la gestión personal de aquellas modalidades de uso que han podido –al menos hasta el momento–, administrar por sí mismos (o por intermedio de agentes o representantes), como los derechos de edición de obras literarias en forma gráfica.

39. No obstante, la administración personal se restringe cada vez más, en la medida en que se amplían las formas de explotación de las obras, prestaciones y producciones y se dificulta el control, recaudación y distribución de las remuneraciones debidas por esos usos, especialmente con el almacenamiento digital, la copia privada y las transmisiones por medio de redes alámbricas e inalámbricas disponibles al usuario por sistemas “*a pedido*”, los cuales desplazarán paulatinamente y en alguna medida importante a la venta de los soportes tangibles, cuya disminución debe ser compensada (y aumentada, si se quiere alentar la creatividad), con el uso remunerado de los bienes protegidos a través de los otros usos, como en las nuevas redes digitales.

40. Esos avances plantean la interrogante acerca del futuro de la gestión colectiva, ya que podría pensarse en su desaparición si, con las nuevas comunicaciones y las “*superautopistas de la información*”, pareciera factible que los titulares de derechos negociaran directamente con los “*proveedores de contenido*” en dichas autovías, las condiciones económicas para la incorporación de sus bienes intelectuales puestos al servicio de los usuarios y que mediante “*software*” especiales instalados en la fuente, se controlara el volumen de uso de cada uno de esos bienes, a los fines de determinar la cuantía de la remuneración por la explotación, percibida directamente de tales operadores.

41. Lo que no resulta claro es si tales fabricantes y proveedores estarán dispuestos a negociar con cada titular (que en el caso de las obras musicales, por ejemplo, son varios por cada una de ellas, con diversas reglas individuales de reparto) y asumir toda la complejidad administrativa que significa la distribución, o si preferirán negociar globalmente grandes repertorios con las sociedades de gestión; ni tampoco lo parece que autores, artistas y productores se animen a esas negociaciones directas y asuman personalmente la fiscalización y el control de las utilidades o continúen confiando en la gestión colectiva, siempre que ésta se adecue a las nuevas realidades tecnológicas y asegure una eficaz administración en el entorno digital.

42. De cualquier manera, toda organización que implique la instalación y desarrollo de una infraestructura humana y técnica para la identificación de las obras, interpretaciones y producciones; el control en el uso de cada una de ellas; el cobro al obligado de las contraprestaciones correspondientes y la aplicación de las reglas de reparto y la liquidación de esas remuneraciones a sus respectivos titulares, será una modalidad de administración colectiva, aunque cambien, por ejemplo, las formas jurídicas de constitución y funcionamiento, las cualidades de socios, miembros o administrados, o los órganos deliberantes y de dirección.

43. En todo caso, cualquiera sea la modalidad de administración que se adopte con relación al uso de las obras, interpretaciones, producciones y emisiones a través

del “*ciberespacio*”, quedan siempre otros modos de utilización que estarán reservados a la gestión colectiva “*tradicional*”, por ejemplo:

- a. Los espectáculos o representaciones “*en vivo*”.
- b. La ejecución pública de obras musicales en diferentes locales y ambientes (bares, restaurantes, discotecas, hoteles, sistemas de transporte, etc.).
- c. Las transmisiones y retransmisiones convencionales por radio y televisión, abiertas o por suscripción.
- d. La fijación y reproducción en soportes tangibles.
- e. La reprografía para uso privado.
- f. La copia privada de grabaciones sonoras o audiovisuales.
- g. El “*droit de suite*”.

### **Los sistemas de información en el entorno digital.**

44. Apunta Gervais que el mundo digital impone la necesidad de identificar las obras literarias y artísticas y los fonogramas utilizados y la manera en que se utilizan, mediante un sistema adecuado de identificación numérica, para que los titulares no pierdan la oportunidad de ejercer sus derechos y de recibir una remuneración apropiada por cada utilización; y también de un sistema que permita identificar en forma sencilla las obras y los fonogramas, que permita facilitar asimismo la autorización para la digitalización de obras impresas, grabaciones sonoras y audiovisuales, así como fotografías en producciones “*multimedia*”, lo que implica igualmente la existencia de un centro de información u otros servicios de licencia y de un sistema de identificación mundial y uniforme, para una adecuada administración<sup>16</sup>.

45. De allí la filosofía del “*Sistema de Información Común*” (CIS por sus siglas en inglés de “*Common Information System*”), que se basa en una gran base de datos virtual, mediante el empleo de iguales códigos y de los mismos números para la identificación de obras y producciones, de titulares y de los contratos, cuyas metas, como informa Fernández Ballesteros<sup>17</sup>, serían las siguientes:

---

<sup>16</sup> V.: GERVAIS, Daniel: “*Identificación de las obras utilizadas en sistemas digitales*”, en el libro-memorias del II Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos. Lisboa, 1994. p. 740.

<sup>17</sup> V.: FERNÁNDEZ BALLESTEROS, Carlos: “*La organización de la gestión colectiva del derecho patrimonial de autor en los planos mundial y regional. La documentación utilizada en ese plano para el reparto de las remuneraciones recaudadas*”. Documento OMPI-SGAE/DA/SRZ/01/31, presentado en el Octavo Curso Académico Regional de la OMPI/SGAE sobre derecho de autor y derechos Conexos para América Latina. Santa Cruz de la Sierra (Bolivia), 2001, pp. 4-5.

- a. Fortalecer y sistematizar la identificación de las obras, los titulares y los contratos, mediante sistemas de numeración o codificación debidamente certificados.
- b. Armonizar los datos que son intercambiados por las distintas sociedades, como también con los usuarios.
- c. Construir una infraestructura que permita coordinar las normas de comunicación y establecer un sistema de intercambio electrónico de información, utilizando las redes de telecomunicaciones existentes.
- d. Crear una base de datos “*virtual*” conformada por el conjunto de información suministrada por las sociedades interconectadas.

46. A esos efectos deben elaborarse códigos de identificación por los diversos géneros, conocidos como “*sub-sistemas*” del CIS, v.gr.: el “*International Standard Work Code*” o ISWC para obras musicales; el Código Internacional de Grabación Normalizada, para las grabaciones sonoras o ISRC “*International Standard Recording Code*”; el ISAN (“*International Standard Audiovisual Number*”) para las obras audiovisuales, etc<sup>18</sup>.

47. De ese modo, cada obra o producción tiene su “*documento electrónico de identidad*”; así como la instrumentación de sistemas de “*rastreo*” para el control de la circulación en las redes digitales (v.gr.: WORKSNET), entre otros<sup>19</sup>.

48. Esas posibilidades, como señala Schuster, podrían lograr imponer con mayor facilidad el respeto de las condiciones de utilización de la obra establecidas por el autor e informar a éste, gracias a los “*centinelas electrónicos*”, de posibles infracciones y, además, gracias a la “*cédula de identidad electrónica*” de las obras, el usuario podría fácilmente conocer los derechohabientes, las explotaciones autorizadas y el costo de éstas<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> Una detallada información sobre los sub-sistemas del CIS, figura en VILLALBA, Carlos y LIP-SZYC, Delia: “*El Derecho de Autor en la Argentina*”. Ob. Cit. pp. 391-395.

<sup>19</sup> V.: GERVAIS, Daniel: Ob. Cit. p. 745; y SCHUSTER, Santiago: “*La gestión colectiva en el entorno digital*”, en el libro-memorias del III Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos. Montevideo, 1997. Tomo 2. pp. 834-838.

<sup>20</sup> SCHUSTER VERGARA, Santiago: “*La práctica de la gestión colectiva de los derechos de autor y conexos concernidos por las explotaciones de las obras y prestaciones en las redes digitales del tipo de la Internet: las organizaciones de gestión de ‘ventanilla única’ y los sistemas electrónicos de gestión automatizada de derechos*”. Documento OMPI-SGAE/DA/COS/00/28b. 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. 3.

49. Sin embargo, como también ocurre con los medios analógicos, la tecnología digital puede ayudar a burlar los dispositivos, también digitales, implementados por las sociedades de gestión, mediante la instalación de aparatos u otros artificios destinados a suprimir o alterar la información.

50. De allí las disposiciones incorporadas tanto al TODA (art. 12) como al TOIEF (art. 19), que comprometen a las partes contratantes a proporcionar recursos jurídicos efectivos contra toda persona que suprima o altere sin autorización cualquier información electrónica sobre la gestión de derechos; o distribuya, importe para su distribución, emita o comunique al público, sin autorización, ejemplares de obras, interpretaciones o ejecuciones y fonogramas, sabiendo que la información electrónica sobre la gestión de derechos ha sido suprimida o alterada sin autorización.

51. Sin perjuicio de las acciones civiles o administrativas que puedan intentarse en relación con la información electrónica dispuesta por las sociedades de gestión, existe ya la tendencia hacia su protección penal, como será visto en la unidad 4 del módulo VI de este curso.

## IV

### LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL

52. Dado que la gestión colectiva implica la administración, tanto del repertorio nacional como del extranjero, la cooperación internacional luce indispensable para lograr el objetivo social, lo que se hace imprescindible en el caso de las entidades ubicadas en algunos países en desarrollo, donde muchas de esas organizaciones apenas inician sus actividades.

53. Esa cooperación tiene fundamentalmente dos vías:

- a. A través de las organizaciones no gubernamentales que agrupan a las sociedades de administración colectiva de los diferentes países.
- b. Por medio del apoyo institucional y formativo que ofrecen los organismos intergubernamentales competentes en la materia.

54. En el primer caso aparece, por ejemplo, la Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores (CISAC), organización no gubernamental que agrupa a las sociedades de gestión de todo el mundo y que funciona como centro de información y organismo de cooperación técnica y asistencia jurídica y el *Bureau International des sociétés gérant les droits d'enregistrement et de repro-*

*duction mécanique* (BIEM), que reúne a las sociedades de gestión de derechos de reproducción sonora y que constituye un centro centralizado de negociación, cuya contraparte es la Federación Internacional de la Industria Fonográfica (IFPI por sus siglas en inglés)<sup>21</sup>.

55. Es de destacar también a la IFRRO (*Federación Internacional de Organizaciones de Derechos de Reproducción*, o en inglés, *International Federation of Reproduction Rights Organizations*) que agremia a las sociedades nacionales de gestión que representan los derechos reprográficos de autores y editores de obras literarias, de materia visual y de fotografía y, en algunos países, también a los titulares de derechos de música escrita; y a la AIDAA (*Association Internationale des Auteurs de l'Audiovisuel*) que asocia a las organizaciones de gestión colectiva de los autores de obras audiovisuales, principalmente los directores y guionistas, aunque la mayoría de las entidades miembros de esa entidad también lo son de la CI-SAC.

56. Un ejemplo de la cooperación internacional a través de organizaciones intergubernamentales se da con el programa de la OMPI, el cual, de acuerdo al informe publicado al respecto, comprende tres áreas:

- a. La asistencia jurídica a los gobiernos solicitantes en torno a sus legislaciones, las que incluyen normas destinadas a una protección efectiva de los derechos y al mejor desarrollo de las sociedades nacionales de gestión.
- b. La capacitación de los recursos humanos a través de programas de formación en el campo de la administración colectiva, destinados a los titulares de derechos, al personal de las entidades de gestión y al público en general.
- c. La asistencia técnica y administrativa, facilitando las herramientas y los equipos informáticos necesarios, así como la formación del personal calificado en cuanto al uso de los ordenadores y su mantenimiento<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> V.: LIPSZYC, Delia: “*Derecho de Autor y Derechos Conexos*”. Ob. Cit. pp. 497-505.

<sup>22</sup> V.: ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL (OMPI): “*La cooperación de la OMPI en materia de gestión colectiva de los derechos*”. Documento OMPI-SGAE/DA/COS/00/30. Séptimo Curso Académico Regional de la OMPI sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para países de América Latina: Los derechos de autor y los derechos conexos desde la perspectiva de su gestión colectiva. San José, Costa Rica, 2000.





# Módulo

# VI

## *La protección del derecho de autor y los derechos*

## *conexos o afines en el ámbito administrativo y judicial*

### UNIDAD 1

#### LA PARTICIPACION TUTELAR DEL ESTADO

Introducción - El registro - El depósito legal – Las Oficinas Nacionales de Derecho de Autor y sus principales deberes y atribuciones.



# I

## INTRODUCCIÓN

1. El carácter obligatorio y constitutivo de derechos que en un tiempo tuvo la inscripción de las obras protegidas por el derecho de autor, hizo que el papel de la administración se limitara a llevar un registro centralizado de la producción intelectual, como todavía se mantiene en algunos países, incluso donde la inscripción ya tiene, conforme al Convenio de Berna, una finalidad simplemente declarativa.

2. Sin embargo, existen en la actualidad un conjunto de factores que justifican la atribución de competencias a la autoridad administrativa que van más allá de la simple labor registral, inscripción que por su carácter meramente facultativo y no constitutivo de derechos, tiene una importancia relativa.

3. Entre las razones en que se fundamenta esa ampliación de facultades en cabeza de un ente especializado en el ámbito administrativo, se encuentran las siguientes:

- a. La importancia cultural y económica que tienen los derechos autorales y conexos, lo que incide en el interés del Estado para la protección de los numerosos colectivos involucrados.
- b. La inclusión de la materia, no sólo en instrumentos internacionales específicos, sino también en los acuerdos bilaterales y multilaterales de libre comercio y en directivas o decisiones comunitarias, lo que implica importantes compromisos para los países miembros, inclusive ante la posibilidad de sanciones a nivel comercial en caso de incumplimiento.
- c. La necesaria vigilancia a que deben estar sometidas las entidades de gestión colectiva como administradoras de repertorios nacionales y extranjeros, de manera que en una gestión eficaz radica en buena medida el cumplimiento de las obligaciones internacionales contraídas por el Estado.
- d. La supervisión de las actividades que pueden dar lugar al goce o ejercicio de los derechos consagrados por la ley y la posibilidad de aplicar sanciones de orden administrativo, ya que de las infracciones de los usuarios de las obras, prestaciones, producciones y emisiones protegidas, surgen a su vez los incumplimientos por el Estado de los instrumentos internacionales de los cuales es miembro.
- e. La asistencia técnica a los demás entes estatales (e incluso a organizaciones privadas), cuya actividad esté relacionada con el derecho de autor o los dere-

chos conexos, especialmente porque el Estado se encuentra entre los primeros usuarios de esos derechos y también el primer obligado a cumplirlos y hacerlos cumplir.

- f. La conveniencia de ofrecer a los interesados medios alternativos para la solución de sus diferencias, forma de alivio a la carga del Poder Judicial y mecanismo que facilita soluciones rápidas a muchos conflictos.
- g. La alternativa de brindar una colaboración calificada a las autoridades judiciales cuando así lo requieran, particularmente para emitir una opinión no vinculante para el Juez, practicar peritajes o experticias o ejecutar medidas cautelares, por ejemplo.
- h. La necesidad de contar con un organismo especializado que coordine las políticas en la materia, inclusive en las negociaciones internacionales.
- i. La planificación o realización de programas de difusión y formación en el área, en los más diversos niveles.

4. Tales son, entre otras, las razones que han aconsejado la creación de una entidad administrativa con una amplia competencia en esta materia, en varios países como una oficina distinta de la que lleva el registro de la producción intelectual (España); y en otros, con ambas funciones, tutelares y registrales (v. gr.: Colombia, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Venezuela), lo que igualmente figura en la Decisión 351 de la Comunidad Andina.

5. En algunos países, esas oficinas se integran en un servicio administrativo que tiene también otras competencias, incluyendo las dependencias encargadas de los signos distintivos y de las invenciones (Ecuador, Perú, Venezuela), mientras que en otros tienen una existencia separada de las oficinas de propiedad industrial, aunque a veces adscrita al Ministerio de Educación, al de Cultura, al de Industria y Comercio o al del Interior, según la opción elegida por los respectivos legisladores.

## II EL REGISTRO

### **Generalidades.**

6. El registro en el derecho de autor y los derechos conexos consiste en la declaración al organismo competente del Estado acerca de la existencia, divulga-

ción o publicación de una obra u otra prestación protegida por la ley, sobre su presunta autoría o titularidad, y la entrega a ese ente de uno o varios ejemplares reproducidos, generalmente para fines de archivo o bien como medio de prueba en caso de futuros litigios.

7. La inscripción facultativa, con fines declarativos y probatorios no supone, para el disfrute del derecho ni en relación con su ejercicio, el registro o el depósito, de manera que las obras y demás producciones objeto de los derechos autorales y conexos, están protegidas por el solo hecho de su realización.

8. Este sistema es el sistema mayoritariamente acogido (pues incluso hay países donde no existe una dependencia registral relativa al derecho de autor y derechos conexos), especialmente por la mayoritaria adhesión internacional al Convenio de Berna, según el cual *“el goce y el ejercicio de estos derechos no estarán subordinados a ninguna formalidad y ambos son independientes de la existencia de protección en el país de origen de la obra”* (art. 5,2).

9. El registro puede tener como objeto, entre otros:

- a. Las obras, interpretaciones o ejecuciones, producciones o emisiones u otros bienes intelectuales protegidos por la ley.
- b. Los actos entre vivos que transfieran total o parcialmente los derechos o constituyan sobre ellos derechos de goce o ejercicio, así como los de partición o de sociedades relativas a aquellos derechos.
- c. Las sentencias, resoluciones o cualesquiera otras decisiones que establezcan, limiten, modifiquen o declaren extinguidos derechos protegidos por la ley.
- d. La declaración por la cual el autor de la obra anónima revele su identidad.

10. En cualquier caso, el registro de cualesquiera de los actos, hechos o documentos indicados (o de otros vinculados al derecho de autor o los derechos conexos), tiene siempre un carácter facultativo y no constitutivo, salvo que la ley exija el registro de algunos instrumentos, por ejemplo, en ciertos ordenamientos, el contrato de cesión de derechos patrimoniales.

### **Las indicaciones del registro.**

11. De acuerdo a muchas leyes la inscripción en el registro debe precisar, según los casos, el nombre del autor, el artista, el productor o el emisor y las demás

referencias previstas en los mismos ordenamientos nacionales, en muchos países a través de normas reglamentarias.

## Los efectos del registro.

12. Como quiera que la protección a las obras que son objeto del derecho de autor y a las prestaciones tuteladas por los derechos conexos no puede estar subordinada al cumplimiento de ninguna formalidad (de suerte que la omisión del registro no perjudica el goce ni el ejercicio de los derechos), los efectos de dicha inscripción tienen un simple carácter declarativo, aunque conforme a varios ordenamientos nacionales se presumen ciertos los hechos y actos que allí consten, salvo prueba en contrario, quedando a salvo los derechos de terceros.

13. En general, del registro surgen dos presunciones *iuris tantum*, a saber:

- a. Respecto de la obra, interpretación o ejecución, producción o emisión; y,
- b. En relación con la cualidad de autor o, en su caso, de titular de los derechos sobre el objeto de la inscripción.

14. Como efecto de las anteriores presunciones surgen a su vez los efectos siguientes:

- a. El registro da fe, salvo prueba en contrario, de la existencia de la obra, interpretación o ejecución, producción o emisión y, en su caso, de su divulgación o publicación, de manera que surgiría la presunción de la existencia, pero no de su divulgación o publicación, si se tratara de la inscripción de una obra inédita.
- b. Se presume, salvo demostración contraria, que las personas indicadas en el registro son los titulares del derecho que se les atribuye en tal carácter, de suerte que además de la condición de autor, artista, productor fonográfico u radiodifusor, la inscripción también hace presunción de titularidad, por ejemplo, en relación con el productor de la obra audiovisual y del programa de computación, del patrono o del comitente de la obra, del cesionario por acto entre vivos de los derechos patrimoniales del autor o de sus causahabientes por causa de muerte.

15. Pero no corresponde a la oficina competente para el registro afirmar en el documento o certificado a expedirse que el bien intelectual declarado es, efectivamente, una obra literaria o artística con características de originalidad (y no, por ejemplo, una copia servil o elaborada de una obra ajena, o carente de individuali-

dad), ni tampoco que le consta la autoría o la titularidad de los derechos en cabeza de quien solicita la inscripción, pues debe limitarse a dar fe de la presentación para el registro de un bien intelectual declarado por el solicitante como obra, interpretación o ejecución, producción o emisión, según los casos, y que el firmante, por sí o a través de representante, ha declarado ser el respectivo autor, intérprete o ejecutante, productor o emisor, o derechohabiente o causahabiente de alguno de ellos, por ejemplo.

16. Por ello, las presunciones derivadas del registro y la condición de bien intelectual protegido, o su titularidad, admiten prueba en contrario y pueden ser descartadas por el Juez en caso de conflicto, incluso, al menos en algunos casos de excepción, sin necesidad de prueba pericial<sup>1</sup>.

17. Por lo demás, en lo que se refiere a la presunción de existencia de la obra, interpretación o ejecución, producción o emisión (o de su divulgación o publicación), tales circunstancias pueden comprobarse igualmente por otros medios distintos del registro, por ejemplo, mediante testimonios, pruebas periciales o a través del objeto físico que las contiene.

18. En cuanto a la condición de autor, intérprete o ejecutante, productor, radiodifusor o, en fin, de titular de derechos sobre la obra, prestación artística, grabación sonora o emisión, las leyes establecen generalmente otras presunciones *iuris tantum* de titularidad, también diferentes de las que nacen del registro, por ejemplo, en favor de quien aparezca como autor en la obra de la manera acostumbrada o que sea anunciado en la comunicación de la misma, o de las que igualmente se contemplen respecto del productor de la obra audiovisual, de la obra radiofónica o del programa de computación, como fue estudiado en la unidad 2 del módulo II de este manual.

19. De allí que quien ya goce de una presunción de autoría o titularidad conforme a la ley aplicable, no tenga mayor interés práctico en el registro, salvo casos excepcionales, porque será el que niegue la condición de autor o titular de los derechos en virtud de la respectiva presunción, quien tenga la carga probatoria de destruirla.

### III

#### EL DEPÓSITO LEGAL

20. El depósito que eventualmente acompaña al registro no impide que, mediante leyes especiales (v.gr.: de depósito legal), se contemple otro destinado a preservar el acervo cultural, mediante su conservación en bibliotecas, museos y otras instituciones oficiales.

---

<sup>1</sup> Piénsese, por ejemplo, en una pretendida obra original, en la cual el plagio descarado sea perceptible hasta con una simple lectura comparativa, o cuya autoría en cabeza de otra persona distinta del solicitante de la inscripción, sea un hecho público y notorio.



21. También puede ocurrir que alguno de los ejemplares presentados a los efectos de la inscripción ante la oficina de registro del derecho de autor y derechos conexos deba remitirse, por mandato legal, a tales bibliotecas, museos o conservatorios.

22. Generalmente son las normas reglamentarias las que establecen las características de los ejemplares que pueden acompañarse a los efectos de su depósito.

23. Al igual que en el registro, la omisión del depósito (independientemente de la obligatoriedad que pueda existir a los fines de otras leyes), no perjudica el goce o el ejercicio de los derechos reconocidos por la legislación autoral, que reconoce la protección con prescindencia de cualquier formalidad.

## IV

### LAS OFICINAS NACIONALES DE DERECHO DE AUTOR Y SUS PRINCIPALES DEBERES Y ATRIBUCIONES

24. Es imposible detallar en un manual las atribuciones que cada una de las leyes nacionales confiere a las oficinas nacionales de derecho de autor y derechos conexos, especialmente por no existir unanimidad al respecto en los diferentes textos normativos.

25. Por esa razón solamente se destacarán aquellas que, con variantes entre unos y otros (y sin que todas ellas necesariamente figuren en cada texto), tienen mayor recepción en los ordenamientos nacionales (v.gr.: Ecuador, Guatemala, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Venezuela) o en instrumentos comunitarios (como la Decisión 351 de la Comunidad Andina), tales como las siguientes:

*“Cumplir y hacer cumplir las disposiciones de la Ley y de sus reglamentos”.*

26. Aunque se trata de una disposición rutinaria, tiene una amplia connotación en relación con la protección de los derechos intelectuales en el ámbito administrativo, porque los derechos reconocidos en los convenios internacionales, las decisiones comunitarias y las leyes internas, son de carácter eminentemente privado pero de interés público, de suerte que si bien la administración no puede ni debe sustituir el papel protagónico que corresponde a los titulares de esos derechos, ni a su necesaria participación (aunque no sea vinculante) ante la toma de decisiones políticas o negociadoras en el marco de las relaciones internacionales que pudieran afectarlos,

también es cierto que el papel del Estado en su protección tiene un carácter decisivo en orden a una tutela verdaderamente efectiva.

27. Así, las autoridades nacionales competentes no pueden cumplir a cabalidad con su obligación de cumplir y hacer cumplir la normativa vigente, si no cuentan con el apoyo y el concurso del llamado “*sector privado*”, para referirse (aparentemente en oposición al “*sector público*”), a los titulares de los derechos o a sus cámaras y asociaciones.

28. De otro lado, esa labor vigilante de las oficinas está también vinculada al hecho de que son los diferentes entes oficiales quienes, en muchos casos, son los primeros utilizadores de las obras, prestaciones, producciones y emisiones protegidas, particularmente como usuarios de programas de computación y de bases de datos o si manejan editoriales, poseen emisoras de radio o televisión u organizan espectáculos públicos, de suerte que la autoridad administrativa especializada debe tomar las medidas necesarias para que los organismos estatales sean los primeros en respetar los derechos reconocidos por la ley.

*“Organizar y administrar el Registro del Derecho de Autor y Derechos Conexos”.*

29. El registro del derecho de autor y derechos conexos, aunque sea meramente declarativo, está en capacidad de suministrar datos a los interesados en cuanto a las obras, prestaciones, producciones, emisiones y demás actos o documentos inscritos, de modo que sirve también como centro de información.

30. Ese registro implica igualmente la obligación de conservar las obras, prestaciones y producciones objeto del depósito o, cuando la ley o el reglamento lo establecen, el remitirlos a otra entidad oficial a los efectos de esa conservación.

*“Decidir sobre los requisitos que deben llevar la inscripción y el depósito de las obras, prestaciones y producciones, salvo en aquellos casos resueltos expresamente por vía reglamentaria”.*

31. La inmensa variedad de creaciones y prestaciones que forman parte del objeto de los derechos autorales y conexos, así como el permanente surgimiento de nuevas modalidades expresivas, hace que la vía reglamentaria sea la más adecuada para determinar los requisitos a cumplir a los efectos del registro y el depósito de las obras, interpretaciones o ejecuciones, producciones o emisiones, así como en relación con los actos y documentos relativos al goce o el ejercicio de esos derechos, y de las sentencias judiciales, administrativas o arbitrales relacionadas con los mismos.

32. Sin embargo, ante la imposibilidad de prever, incluso por esa vía reglamentaria, todas y cada una de las particularidades que pueden existir respecto de una inscripción o un depósito, muchas leyes facultan a las oficinas nacionales competentes para establecer, mediante resolución motivada, otros datos que deban suministrarse para el registro de las obras, productos o producciones, de los actos o contratos por los cuales se constituyan derechos de goce, o de los relativos a la partición o a las sociedades en relación con esos derechos.

*“Autorizar el funcionamiento de las entidades de gestión colectiva y ejercer sobre las mismas funciones de inspección y vigilancia, incluyendo la aplicación de sanciones, cuando corresponda”.*

33. La participación del Estado en la constitución y funcionamiento de las entidades de gestión colectiva, así como el régimen sancionatorio, ya ha sido estudiado en el módulo V de este curso.

34. Baste recordar la moderna tendencia legislativa en América Latina de establecer (por vía legal o reglamentaria), una detallada regulación acerca de los requisitos constitutivos y estatutarios de las organizaciones de administración colectiva de los derechos patrimoniales reconocidos por la ley y de los elementos a evaluar para otorgarles o no la respectiva autorización de funcionamiento, las obligaciones que deben cumplir dichas sociedades en el ejercicio de la gestión, las facultades de fiscalización por parte de la autoridad nacional competente y el sistema de sanciones en el ámbito administrativo.

*“Ejercer, de oficio o a petición de parte, funciones de vigilancia e inspección sobre las actividades que puedan dar lugar al ejercicio del derecho de autor o los derechos conexos y supervisar a las personas naturales o jurídicas que utilicen las obras, prestaciones, producciones o emisiones protegidas”*

35. Se trata de una amplia facultad relacionada con todas las personas naturales o jurídicas, en cuanto al uso que ellas realicen de las obras, interpretaciones o ejecuciones artísticas, producciones fonográficas, emisiones de radiodifusión o cualesquiera otros bienes intelectuales protegidos, lo que posibilita a la autoridad nacional competente para ejercer funciones de vigilancia respecto de un sinnúmero de actividades atinentes a los diversos modos de explotación, por ejemplo, las comunicaciones públicas, así como las reproducciones y distribuciones de ejemplares, sin perjuicio de la supervisión de utilidades distintas que igualmente pudieran afectar otros derechos de orden moral o patrimonial.

36. A esos efectos, muchas leyes nacionales (o sus reglamentos) disponen que a los fines de ejercer sus funciones de vigilancia e inspección sobre aquellas activi-

dades que puedan dar lugar al goce o ejercicio de los derechos, las oficinas competentes pueden llevar un libro de inscripción de los importadores, distribuidores y comercializadores de bienes, servicios o equipos vinculados al derecho de autor o los derechos afines.

*“Dictar y practicar inspecciones, medidas preventivas o cautelares, inclusive para la recolección de pruebas, pudiendo actuar por reclamación expresa y fundada del titular del derecho, sus representantes o causahabientes debidamente autorizados, o la sociedad de gestión colectiva correspondiente, e inclusive de oficio”.*

37. Para una comprensión de la competencia cautelar en sede administrativa atribuida por varias leyes nacionales a las oficinas de derecho de autor, es de hacer notar que, conforme al ADPIC:

- a. Corresponde a los legisladores nacionales la posibilidad de conferir facultades a las autoridades administrativas en cuanto a las acciones y los procedimientos relativos a la observancia de los derechos de Propiedad Intelectual, siempre que se observen sustancialmente los mismos principios que deben cumplirse en relación con las acciones y los procedimientos judiciales civiles (arts. 49 y 50,8).
- b. Las medidas cautelares deben ser rápidas y eficaces (art. 50,1), con el fin de:
  - i. Evitar que se produzca una infracción.
  - ii. Preservar las pruebas pertinentes.
- c. Como ocurre con las medidas provisionales en frontera adoptadas en sede administrativa (art. 59), nada impide que contra las medidas provisionales decretadas o ejecutadas por la autoridad nacional competente en derecho de autor, pueda acudir por la vía judicial a través del procedimiento contencioso-administrativo, en los términos y condiciones que contemple cada ley nacional.

38. Entre las medidas cautelares que pueden dictarse en sede administrativa de acuerdo a las previsiones de cada legislación interna, se encuentran las conocidas como *“de protección urgente”*, por ejemplo:

- a. El cese inmediato de la actividad ilícita.
- b. La suspensión de cualquier acto de comunicación pública que no cuente con la autorización respectiva.

- c. El secuestro de los ejemplares ilícitamente reproducidos y de los aparatos o equipos utilizados para la reproducción ilícita.
- d. El embargo de los beneficios obtenidos por la explotación no autorizada.
- e. Cualquier otra providencia que resulte necesaria a los efectos de evitar que se inicie o continúe la infracción y para coleccionar las pruebas de la conducta ilegítima, o que resulte necesaria a los efectos de cumplir con una de las finalidades establecidas en el artículo 50,1 del ADPIC.

*“Aplicar, de oficio o a petición de parte, las sanciones contempladas en la ley o en sus reglamentos”.*

39. De nada valdrían las facultades de vigilancia e inspección (y la adopción de medidas cautelares) si, constada la actividad infractora, la autoridad nacional competente se viera impedida de aplicar al respecto las sanciones administrativas contempladas en la ley, las cuales son independientes de las que puedan aplicarse en la esfera de las acciones judiciales civiles o en el marco de las de carácter penal, cuando correspondan.

40. Las sanciones definitivas en sede administrativa pueden ser de diversa índole, conforme a cada legislación interna, siendo las más comunes son las de:

- a. Amonestación privada o pública, inclusive con la posibilidad de ordenar al infractor su publicación, por supuesto a su costo.
- b. Multas.
- c. Destrucción de los ejemplares y de los equipos que hayan sido objeto de medida cautelar y que constituyan medios preponderantemente utilizados para la comisión de la infracción.
- d. Suspensión o cancelación de actividades por parte de la persona o empresa infractora, por ejemplo.

41. A los efectos de la fiscalización y del régimen sancionatorio, las oficinas nacionales son competentes para exigir de las personas naturales o jurídicas que utilicen obras, prestaciones, producciones o emisiones objeto de la protección legal, toda la información que sea necesaria, así como ordenar informes, experticias o auditorías, en cuanto se requieran para la comprobación de los hechos que puedan dar lugar al goce o el ejercicio de los derechos legalmente protegidos.

42. Estas facultades son perfectamente compatibles con las obligaciones asumidas por los Estados en el ADPIC, que contiene previsiones, tanto en el ámbito judicial como en el administrativo, para lograr la observancia de los derechos de propiedad intelectual, en orden a una tutela eficaz frente a cualquier infracción (arts. 49 y 50,8), además de las atinentes a las medidas en frontera (arts. 51-60).

43. Por lo demás, no es extraña la figura de atribuir funciones de naturaleza jurisdiccional a las autoridades administrativas en diversas áreas y, como regla general, en todos los países del mundo (por ejemplo, en materia bancaria, de seguros, de aduanas, etc.), siempre que exista la posibilidad de accionar contra esas decisiones ante las autoridades judiciales competentes, como además lo contempla el ADPIC (art. 41,4).

44. En cuanto a la sanción de destrucción de aparatos, ejemplares o equipos, es habitual que como “*práctica administrativa*” o bien por mandato legal o reglamentario, según los casos:

- a. Algunas autoridades levanten un inventario de dichos bienes y ordenen practicar las experticias conducentes a la prueba de la infracción, antes de dicha destrucción, para el caso de que la decisión administrativa sea recurrida ante las autoridades judiciales.
- b. Otras oficinas, si bien decretan la destrucción de los bienes infractores, se abstienen de ejecutar la sanción hasta tanto no quede firme el respectivo acto administrativo.
- c. En cuanto a la responsabilidad de la autoridad (judicial o administrativa) que haya decretado o ejecutado medidas o sanciones improcedentes (independientemente de la que recaiga en cabeza de quien haya abusado de su derecho en un procedimiento de observancia), el propio ADPIC se encarga de aclarar que los países miembros “*eximirán tanto a las autoridades como a los funcionarios públicos de las responsabilidades que darían lugar a medidas correctoras adecuadas sólo en el caso de actuaciones llevadas a cabo o proyectadas de buena fe para la administración de dicha legislación*” (art. 48,2)

45. La fiscalización a los usuarios de los bienes intelectuales objeto de la tutela legal, constituye la “*contrapartida*” a las funciones de vigilancia y al régimen sancionatorio aplicable, también en la esfera administrativa, a las sociedades de gestión colectiva, porque no sería equilibrada la existencia de un sistema fiscalizador y de sanciones en relación con las organizaciones que representan a los titulares, y una pasividad de la administración ante las infracciones que afectan el goce o el ejercicio de sus derechos.

46. Se trata de una atribución que puede ejercerse “*de oficio*”, porque dados los compromisos adquiridos por los países y la posibilidad de sanciones internacionales en el orden comercial que pueden afectarlos directamente (y no solamente a los titulares directamente lesionados), la administración no debería permanecer como un simple espectador frente a violaciones que atentan, incluso, contra las economías nacionales.

*“Intervenir por vía de conciliación, aun de oficio, y de arbitraje, cuando así lo soliciten las partes, en los conflictos que se presenten con motivo del goce o el ejercicio de los derechos reconocidos en la presente ley;*

47. Conjuntamente con la labor de fiscalización, la de servir como medio para la solución alternativa de controversias constituye una de las principales atribuciones de las oficinas nacionales competentes, particularmente en los conflictos que se susciten entre titulares de derechos; entre las entidades de gestión colectiva; entre éstas y sus miembros; y entre las entidades de gestión o titulares de derechos y los usuarios de las obras, prestaciones, producciones o emisiones protegidas por la ley.

48. Debe observarse que mientras las funciones de mediación y conciliación pueden ejercerse aun de oficio, la del arbitraje sólo procede por la voluntad de las partes, como es regla común en este clase de mecanismos de solución de diferencias, a menos que la ley aplicable contemple alguna suerte de arbitraje obligatorio para determinados supuestos.

49. A falta de una normativa especial en la ley autoral, deben regir las reglas adjetivas que el derecho común u otras leyes especiales tengan previstas para los procedimientos arbitrales u otros medios alternativos para la solución de conflictos.

50. Pero nada impediría a las partes en controversia elegir a otros mediadores, conciliadores o árbitros, o bien acudir directamente a la autoridad judicial para que tome las decisiones de su competencia.

*“Presentar, si lo considera pertinente, denuncia penal, cuando tenga conocimiento de un hecho que constituya presunto delito”.*

51. Esta atribución, aunque suele redactarse en las leyes en forma facultativa, constituye en verdad una obligación de la autoridad nacional competente, cuando la acción penal para el enjuiciamiento del delito es pública, ya que los bienes jurídicos protegidos son de interés colectivo y, por tanto, la oficina debe al menos formular una participación a la autoridad que tiene a su cargo el ejercicio de la acción penal.

*“Emitir informe técnico no vinculante en los procesos civiles y penales que se ventilen sobre el goce o el ejercicio del derecho de autor o los derechos afines, cuando así sea requerido por el Juez, de oficio o a petición de parte.*

52. La facultad de emitir opinión técnica es de reciente factura legislativa, pero que ha resultado de suma utilidad para las autoridades judiciales, ya que no siendo vinculante para el Juez, quien puede acogerla o desecharla, puede ser de suma utilidad cuando la autoridad administrativa tiene conocimiento de actos o hechos objeto de litigio desconocidos por el Juez o, incluso, ante la posibilidad judicial de obtener información sobre precedentes jurisprudenciales (del país o del exterior), opiniones doctrinales (nacionales o extranjeras), legislación comparada o documentos emanados de organismos internacionales especializados, para poner algunos ejemplos, a los cuales en muchos casos el Juez podría no tener fácil acceso por otras vías.

53. Nada impediría que conforme a esa misma atribución, la autoridad judicial pudiera ordenar a la administrativa la realización de determinados peritajes o experticias, si esta última cuenta con el personal calificado para efectuarlos.

*“Desarrollar programas de difusión, capacitación y formación en materia de derecho de autor y derechos conexos”.*

54. En cuanto a la labor que se asigna a las autoridades administrativas en el dispositivo citado, dichas oficinas deben estar capacitadas para patrocinar y promover estudios sobre los derechos intelectuales; organizar cursos de formación destinados a funcionarios públicos, titulares de derechos, entidades de gestión colectiva, usuarios de las obras y producciones, así como para las demás personas interesadas en el tema; publicar un boletín del derecho de autor, para divulgar las resoluciones que hayan adoptado, las tarifas fijadas por las entidades de gestión, así como las sentencias, decretos y otras providencias relacionadas con la especialidad.

55. Sin embargo, el trabajo de difusión y formación en la especialidad que deben cumplir las oficinas nacionales competentes no constituyen una labor exclusiva o excluyente, sino que en ella participan, conjunta o separadamente, otras instituciones públicas, las universidades y demás institutos de educación superior, las escuelas de capacitación judicial, las organizaciones no gubernamentales de carácter académico y las asociaciones y cámaras del “*sector privado*”, vinculadas a la protección de los derechos.

56. Pero aun en tales casos las oficinas administrativas pueden cumplir con una labor de apoyo para esas otras instituciones, por ejemplo, de coordinación entre ellas, así como en las relaciones con los organismos internacionales especializados (gubernamentales o no gubernamentales), en el aporte de material informativo, etc.



*“Promover la ejecución forzosa o la cobranza coactiva de sus resoluciones, así como requerir la intervención de las autoridades competentes y el auxilio de la fuerza pública para ejecutar sus resoluciones”.*

57. Resulta evidente que el régimen de fiscalización y de sanciones atribuido a las Oficinas Nacionales quedaría como un simple principio de buenas intenciones si sus decisiones no pudieran ser objeto de ejecución forzosa, en las mismas condiciones que respecto de las sanciones pecuniarias impuestas por otros órganos administrativos del Estado o mediante resoluciones dictadas por las autoridades judiciales.

# Módulo

# VI

## *La protección del derecho de autor y los derechos*

## *conexos o afines en el ámbito administrativo y judicial*

### UNIDAD 2

#### LA PROTECCION EN EL AMBITO ADMINISTRATIVO

La fiscalización y el régimen de sanciones en el ámbito administrativo – La protección administrativa en el marco del Acuerdo ADPIC - Las medidas en frontera.



# I

## LA FISCALIZACIÓN Y EL RÉGIMEN DE SANCIONES EN EL ÁMBITO ADMINISTRATIVO

1. En la unidad 1 de este módulo fueron comentadas las principales atribuciones confiadas por los estados a sus oficinas competentes en derecho de autor y derechos conexos, especialmente en cuanto a la fiscalización de actividades, a la adopción de medidas cautelares y a la posibilidad de imponer sanciones en el ámbito administrativo, sin perjuicio de los recursos que puedan intentarse contra sus resoluciones, sean de orden jerárquico o bien ante las autoridades judiciales, según las modalidades que correspondan de acuerdo a cada ordenamiento interno.

2. Y como también se dijo, ese régimen sancionatorio es compatible con las reglas de observancia previstas en el ADPIC, cuando dispone que en la medida en que las providencias y resoluciones de carácter judicial civil puedan ser el resultado de procesos administrativos, éstos deben atenerse a los mismos principios que los establecidos en el mismo Acuerdo en relación con las acciones judiciales civiles.

3. De la norma anterior pareciera deducirse que quedan excluidos del régimen sancionatorio en el ámbito administrativo (al menos como compromiso mínimo para los países miembros de la OMC), los procedimientos y las resoluciones relativos a la aplicación de sanciones de penales, aunque el artículo 61 del ADPIC no reserva expresamente la competencia penal a las autoridades judiciales.

# II

## LA PROTECCIÓN ADMINISTRATIVA EN EL MARCO DEL ACUERDO ADPIC

### **Los principios del ADPIC aplicables a los procedimientos administrativos.**

1. Los preceptos de obligatoria observancia en los procedimientos administrativos, conforme al artículo 49 del ADPIC, se encuentran contenidos en sus artículos 41 a 48 y pueden clasificarse así:

- a. Obligaciones generales (art. 41):
  - i. Celeridad procesal.
  - ii. Eficacia de las resoluciones, con fines preventivos y disuasivos.

- iii. Justicia y equidad como principios fundamentales del proceso.
- iv. Participación en el proceso de las partes involucradas.
- v. Fundamentación de las decisiones.
- vi. Revisabilidad de las decisiones administrativas en sede judicial.
- vii. Apelabilidad de las sentencias, ante una segunda instancia, al menos de las decisiones iniciales sobre el fondo del caso.

2. Los atributos de la administración (arts. 42 a 48), en los términos y con el alcance que al efecto prevea la legislación nacional para los procedimientos administrativos de observancia, son:

- a. Decretar el cese de la actividad ilícita.
- b. Ordenar al infractor que informe al titular del derecho sobre la identidad de los terceros participantes en la producción y distribución de los bienes o servicios infractores, y sobre sus circuitos de distribución, salvo que dicha orden resulte desproporcionada con la gravedad de la infracción.
- c. Decretar el decomiso de las “*mercancías infractoras*” y su destrucción, así como de los materiales e instrumentos utilizados predominantemente para la producción de los bienes ilícitos.
- d. Condenar al infractor a pagar al agraviado un resarcimiento adecuado por los perjuicios causados con la violación, así como los gastos judiciales y los honorarios de abogados.
- e. Ordenar al denunciante que haya abusado del procedimiento, el pago de una indemnización al denunciado, por los perjuicios sufridos a causa de ese abuso.

3. Son obligaciones de la administración (art. 42 y 43):

- a. Sustanciar los procesos conforme a los principios de justicia y equidad, permitiendo a las partes sus respectivas alegaciones y pruebas.
- b. Resolver de acuerdo a lo alegado y probado en autos.

4. Son derechos de los administrados (arts. 42 a 48):

- a. Ser notificados de los procedimientos instaurados en su contra, en los términos de la legislación nacional.

- b. Contar con asistencia legal independiente.
- c. Presentar alegaciones y pruebas.
- d. Recurrir por vía jerárquica de las decisiones tomadas en una primera instancia, al menos sobre las decisiones iniciales sobre el fondo del caso.
- e. Solicitar la revisión de las decisiones administrativas ante las autoridades judiciales competentes, de acuerdo a la legislación nacional respectiva.

### **Las medidas provisionales en sede administrativa.**

5. EL ADPIC también permite a las legislaciones nacionales la posibilidad de atribuir a las autoridades administrativas la facultad de decretar y ejecutar medidas cautelares, en cuyo caso el procedimiento debe atenerse a principios sustancialmente equivalentes a los enunciados en el mismo Acuerdo para dichas providencias dictadas por una autoridad judicial.

6. A esos efectos debe recordarse que las providencias precautelativas tienen, conforme al ADPIC (art. 50,1), dos finalidades fundamentales:

- a. Evitar que se produzca la infracción; y/o
- b. Preservar las pruebas relativas a la presunta violación.

7. Como regla general, las medidas proceden si, en criterio de la autoridad que las provee, existe una presunción grave de la existencia de la infracción, o se presta caución o garantía suficientes para garantizar los resultados del proceso (art. 50,3).

8. De lo anterior se deduce que la facultad de exigir una caución por parte del peticionante es facultativa y no obligatoria para la autoridad, porque carece de sentido (y coloca a la víctima en una situación injusta), que si existen medios suficientes de convicción acerca de la actividad infractora, pese sobre el agraviado la prestación de una garantía, más cuando actos como la “piratería” se producen mediante una “acción hormiga” en la cual muchas personas, al mismo tiempo y en diferentes lugares, incurren en el ilícito, siendo sumamente gravoso para los titulares de derechos la prestación de cauciones en cada caso, cuando una simple inspección en el lugar por parte de la autoridad y la ausencia de una cesión o licencia escrita a favor del averiguado, constituyen pruebas suficientes para proceder sin dilación a la práctica de la providencia cautelar.

9. La efectividad de dichas medidas supone en muchos casos que sean acordadas *inaudita altera parte*, como lo contempla el texto ADPIC al disponer que

la autoridad estará facultada “*para adoptar medidas provisionales, cuando ello sea conveniente, sin haber oído a la otra parte, en particular, cuando haya probabilidad de que cualquier retraso cause daño irreparable al titular de los derechos, o cuando haya un riesgo demostrable de destrucción de pruebas* (art. 50,2).

10. En ADPIC las medidas provisionales están diseminadas en el articulado relativo a la observancia, además de que otras providencias pueden ser desarrolladas en las legislaciones nacionales, sobre la base de los objetivos fundamentales indicados en el artículo 50.

11. A título de ejemplo, pueden señalarse las siguientes medidas cautelares:

- a. El cese inmediato de la actividad infractora (art. 44), la cual puede consistir, por ejemplo, en un acto de comunicación pública, reproducción o distribución ilícita.
- b. El secuestro de todo lo que constituya violación del derecho (art. 46), lo que incluye tanto los ejemplares ilícitamente reproducidos como los equipos, aparatos, moldes u otros instrumentos utilizados preponderantemente para la comisión del ilícito.
- c. El apartamiento de los circuitos comerciales de las “*mercancías importadas*”, inmediateamente después del despacho de aduanas (art. 50,1,a).

12. A ellas deben agregarse otras, generalmente contempladas en las leyes internas, tales como:

- a. El embargo de los ingresos obtenidos por la actividad ilícita.
- b. El embargo de otros bienes en posesión del infractor, con miras a garantizar los resultados del proceso, especialmente en relación con el cumplimiento de la eventual condena por daños y perjuicios.

13. Es de hacer notar que varias legislaciones de América Latina, con diversos matices entre unas y otras (a veces mediante el desarrollo reglamentario de la ley y por delegación expresa de esta última), facultan a la autoridad nacional competente en derecho de autor y derechos conexos para decretar y ejecutar medidas cautelares en sede administrativa (Costa Rica, Ecuador, México, Panamá, Perú, República Dominicana), de acuerdo a las particularidades contempladas en cada ordenamiento interno.

## **Las medidas cautelares en sede administrativa y el procedimiento instructorio anticipado.**

14. Para Calamandrei, con las providencias instructorias anticipadas se trata de fijar y conservar ciertas resultas probatorias, positivas o negativas, que pueden ser utilizadas después en el eventual proceso y en el momento oportuno, y que normalmente se adoptan en el proceso ordinario “*pero pueden ser provocadas por un procedimiento autónomo si existe el daño temido inminente*”<sup>1</sup>.

15. Así pues, mediante el procedimiento instructorio anticipado (o cautelar fuera de proceso) es posible solicitar y obtener la práctica de pruebas y medidas preventivas antes de haberse iniciado el proceso principal.

16. Esta figura procesal está prevista en los ADPIC, cuando dispone:

*“... las medidas provisionales adoptadas al amparo de los anteriores párrafos 1 y 2 se revocarán o quedarán de otro modo sin efecto, a petición del demandado, si el procedimiento conducente a una decisión sobre el fondo del asunto no se inicia en un plazo razonable que habrá de ser establecido cuando la legislación nacional lo permita, por determinación de la autoridad judicial que haya ordenado las medidas, y que a falta de esa determinación no será superior a 20 días hábiles o 31 días naturales, si este plazo fuera mayor” (art. 50,6).*

16. Por disposición del artículo 50,8 del mismo Acuerdo, tal procedimiento también puede practicarse en sede administrativa, en la medida en que esa competencia le sea atribuida a la administración por la respectiva legislación nacional.

### **III**

## **LAS MEDIDAS EN FRONTERA<sup>2</sup>**

### **Las medidas en frontera como providencias cautelares.**

17. El ADPIC contempla un conjunto de facultades y obligaciones en cuanto a la atribución conferida a las autoridades nacionales competentes, con la finalidad de suspender la libre circulación de mercancías en frontera, cuando las mismas

<sup>1</sup> Cit. RODRÍGUEZ, Manuel: “*La protección procesal del software*”, en “*La protección jurídica del software y de las bases de datos*”. Ed. Invesoft. Caracas, 1990. p. 101.

<sup>2</sup> Sobre el tema, v.: AYÚ PRADO CANALS, José Eduardo: “*El Acuerdo sobre los Aspectos de Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC). Controles y*



contengan marcas falsificadas o constituyan ejemplares ilícitamente reproducidos de obras y demás producciones protegidas por los derechos reconocidos en el mismo Acuerdo (art. 51).

18. Una previsión de esa naturaleza tiene sus primeros antecedentes internacionales en el artículo 9 del Convenio de París para la protección de la Propiedad Industrial, por el cual todo producto que lleve ilícitamente una marca o un nombre comercial, será embargado al importarse a cualquier país de la Unión donde esa marca o nombre tenga derecho a la protección; en el artículo 16,1 del Convenio de Berna, cuando dispone que toda obra falsificada puede ser objeto de comiso en los países de la Unión donde la obra original tenga derecho a la tutela legal; y en el artículo 1,1 del Arreglo de Madrid sobre indicaciones geográficas, por el cual todos los productos que lleven una indicación falsa o engañosa en virtud de la cual resulten indicados directa o indirectamente, como país o como lugar de origen alguno de los países a los cuales se aplica dicho Arreglo, o un lugar situado en alguno de ellos, deben ser embargados al importarse en cada uno de dichos países.

19. Como afirma Zapata López, las medidas en frontera consagradas en el ADPIC buscan otorgar a los titulares afectados en sus derechos, acciones directas ante las autoridades aduaneras para que mediante procedimientos ágiles se puedan detener las mercancías presuntamente violatorias de los derechos de propiedad intelectual hasta que se compruebe su ilegitimidad y, por ende, se impida su ingreso a los circuitos comerciales legítimos, procedimientos que han sido aplicados con éxito en la Unión Europea y los Estados Unidos de América<sup>3</sup> y también –se agrega en estos comentarios–, en varios países de América Latina.

20. Sin perjuicio de su previsión en las leyes aduaneras, las medidas en frontera establecidas en ADPIC han sido desarrolladas en algunas legislaciones autorales nacionales (Ecuador, Guatemala, Honduras, Paraguay, Perú, República Dominicana), en ciertos casos mediante un texto especial relativo a la observancia de los derechos de propiedad intelectual (Costa Rica).

---

*medidas en frontera*”. Curso de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). Salta, Argentina, 2000; y RUBIO TORRES, Felipe: “*Medidas en frontera: Derecho de Autor*”. Documento presentado en el Seminario sobre Propiedad Intelectual sobre Medidas en Fronteras, organizado por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), la Organización Mundial de Comercio (OMC) y la Superintendencia de Industria y Comercio. Bogotá, 1999; y ZAPATA LÓPEZ, Fernando: “*La protección internacional del Derecho de Autor en el plano de su realización práctica. Disposiciones en materia administrativa. Medidas en frontera*”. Documento OMPI/DA/ANG/99/19. Curso OMPI/SGAE de formación en Derecho de Autor y Derechos Conexos para América Latina. Antigua, Guatemala, 1999.

<sup>3</sup> V.: ZAPATA LÓPEZ, Fernando: “*La protección internacional del Derecho de Autor en el plano de su realización práctica. Disposiciones en materia administrativa. Medidas en frontera*”. Documento OMPI/DA/ANG/99/19. Curso OMPI/SGAE de formación en Derecho de Autor y Derechos Conexos para América Latina. Antigua, Guatemala, 1999. p. 5.

21. Las providencias en frontera son en verdad medidas cautelares específicas, ya que de no iniciarse con posterioridad el procedimiento conducente a una decisión sobre el fondo de la cuestión, debe procederse al despacho de las mercancías objeto de la orden provisional, en los términos previstos en el artículo 55 del mismo ADPIC, como se analizará al estudiar el levantamiento de las medidas.

22. Ahora bien: ¿pueden adoptarse esas providencias en fronteras únicamente respecto de las mercancías que pretenden ingresar al territorio o también a aquellas destinadas a la exportación?

23. El artículo 51 *in fine* de ADPIC ofrece la respuesta, cuando dispone que “*los Miembros podrán establecer también procedimientos análogos para que las autoridades de aduanas suspendan el despacho de esas mercancías destinadas a la exportación de su territorio*”.

24. Aunque es una previsión facultativa y no obligatoria para los países, entendemos que por aplicación de los métodos integradores y finalistas de las normas, las providencias en frontera deberían adoptarse sobre todas las “*mercancías piratas*” que se encuentren en frontera, para su importación o exportación, pues en ambos casos se trata de actos lesivos a los derechos reconocidos en el propio Acuerdo y producen distorsiones en el comercio legítimo.

25. Así lo ha interpretado el Reglamento de la Comunidad Europea “*por el cual se establecen medidas dirigidas a prohibir el despacho a libre práctica, la exportación, la reexportación y la inclusión en un régimen de suspensión de las mercancías con usurpación de marca y las mercancías piratas*” (en lo adelante, el Reglamento de 1994)<sup>4,5</sup>.

26. Las medidas en frontera tanto para los ejemplares que pretendan ingresar como en relación con los que se destinan a la exportación, figura expresamente en algunas leyes autorales de América Latina (Guatemala, República Dominicana) o en leyes especiales sobre observancia de los derechos de propiedad intelectual (Costa Rica) o se deduce de aquellos textos donde dichas providencias están destinadas a evitar la puesta en circulación de mercancías de las que se tenga un indicio racional de que puedan ser ilegales (Honduras), lo que es aplicable tanto a los ejemplares de exportación como a los de importación.

---

<sup>4</sup> Reglamento (CE) No. 3295/94 del Consejo de 22 de diciembre de 1994.

<sup>5</sup> En ese sentido, uno de los Considerandos del Reglamento de 1994 señala que la intervención de las autoridades aduaneras con vistas a prohibir el despacho a libre práctica o la inclusión en un régimen de suspensión de las mercancías con usurpación de marca y de las mercancías piratas debe aplicarse, asimismo, a las que se exportan o reexportan de la Comunidad.

27. En todo caso, por aplicación del artículo 52, la mercancía debe ser producida con infracción de los derechos reconocidos en la legislación del país donde se acuerda la providencia cautelar, independientemente de que su producción en el país de origen o destino, según corresponda, sea o no lícita.<sup>6</sup>

28. Conforme a la nota 12 del ADPIC, los países integrantes de una unión aduanera no están obligados a aplicar las medidas en frontera en relación con las mercancías provenientes de otro país miembro, habida consideración de tratarse de un “*mercado interior*”.

### **La competencia.**

29. La obligación de dar cumplimiento a los procedimientos de observancia, en relación con las medidas en frontera, puede ser cumplido por los países atribuyendo esa competencia a las autoridades judiciales o administrativas, o a ambas (art. 51)<sup>7</sup>.

### **La legitimación.**

30. Las medidas en frontera pueden ser decretadas a solicitud de parte (art. 51), o aun de oficio (art. 58).

31. En el primer caso debe tratarse del titular del derecho infringido, si tiene motivos válidos para sospechar que se prepara la importación de los bienes infractores (art. 51).

32. Aunque en principio el legitimado activo debería ser un titular del derecho de reproducción (pues se trata de copias ilegales), también lo podría ser el de otro de los derechos de explotación, por ejemplo, el titular del derecho de exhibición de una obra audiovisual que se ve afectado por la importación de reproducciones no autorizadas de la misma obra.

33. En el segundo supuesto, también los miembros de la OMC pueden pedir a las autoridades competentes que actúen por propia iniciativa y suspendan el despa-

---

<sup>6</sup> En el Convenio de Berna, las disposiciones relativas al embargo de obras falsificadas son aplicables a las reproducciones procedentes de un país en que la obra no esté protegida o haya dejado de serlo (art. 16,2). Esta disposición, por mandato del artículo 9,1 del ADPIC, es obligatoria para todos los países de la OMC, sean o no miembros del Convenio de Berna.

<sup>7</sup> El mencionado Reglamento señala entre sus considerandos que las normas de los estados miembros de la Comunidad, relativas a la competencia y a los procedimientos judiciales, no se verán afectados por su disposiciones.

cho de aquellas mercancías respecto de las cuales tengan la presunción de que infringen un derecho de propiedad intelectual (art. 58, enc.) y, a su vez, dichas autoridades pueden pedir al titular del derecho, en cualquier momento, toda información que les resulte útil para ejercer esa potestad (art. 58,1)<sup>8</sup>.

34. De acuerdo al artículo 58,2, si se procede de oficio a la suspensión del despacho aduanal la providencia debe notificarse sin demora, tanto al importador como al titular del derecho, y si el importador recurre contra la medida ante la autoridad correspondiente, la suspensión queda sujeta, *mutatis mutandis*, a las previsiones del artículo 55, aplicable a las medidas decretadas a instancia de parte, como se comentará al tratar el punto relativo al levantamiento de las medidas.

35. Ahora bien, como quiera que el titular del derecho puede actuar también a través de representante, surge la pregunta: ¿tienen legitimación las sociedades de gestión colectiva para solicitar la práctica de medidas en frontera sobre bienes que infrinjan derechos administrados por la entidad?.

36. La situación debería aclararse en las respectivas legislaciones nacionales, lo que no ofrece dudas en aquellas donde se dispone que las sociedades de gestión están legitimadas para ejercer los derechos correspondientes al repertorio administrado y hacerlos valer en todos los procedimientos judiciales y administrativos, como lo prevén muchas leyes de los países latinoamericanos y la Decisión 351 de la Comunidad Andina.

37. También el Reglamento de la Comisión Europea No. 1367/95 del 16 de junio de 1995, por el cual se establecen las disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) No. 3295/94 (en lo adelante, Reglamento de 1995), señala que, a los efectos de solicitar las medidas en frontera, el titular del derecho puede estar representado por personas físicas o jurídicas, incluyendo entre estas últimas a las sociedades de gestión colectiva cuyo único fin (o uno de cuyos fines principales), consista en gestionar o administrar los derechos de autor o los derechos afines (art. 1).

### **La prueba “suficiente” por parte del reclamante.**

38. Si el procedimiento se abre a instancia de parte, es exigible al solicitante que presente pruebas suficientes para obtener una presunción de infracción de su derecho y aporte una descripción suficientemente detallada de las mercancías, a los fines de su fácil identificación por las autoridades aduaneras (art. 52).

---

<sup>8</sup> Así, uno de los considerandos del Reglamento Europeo de 1994 destaca que “*conviene autorizar a los Estados miembros a retener, durante un período determinado, las mercancías de que se trata, incluso antes de que una solicitud del titular del derecho haya sido presentada o autorizada, para permitir al titular cursar una solicitud de intervención ante las autoridades aduaneras*”.

39. Sobre este dispositivo es de hacer notar, en primer lugar, que el procedimiento puede abrirse de oficio; y, en segundo lugar, que para su inicio a instancia de parte no es necesaria la plena prueba aportada por el reclamante, sino de elementos que configuren una “*presunción*”, de la violación del derecho, la cual puede ser destruida por el importador, si comprueba fehacientemente la licitud de los ejemplares provisionalmente calificados como “*mercancía pirata*”.

40. En cuanto a la descripción de los objetos sobre los cuales se solicita la medida, la obligación de describirlos por parte del denunciante debe ser valorada en cuanto a que consista en una relación “*razonable*” (v.gr.: si se trata de reproducciones ilícitas de grabaciones sonoras o audiovisuales, de libros o programas de computación; las posibles características de los envoltorios que los contienen, etc.), porque la misma clandestinidad de la actividad infractora hace que algunos o muchos detalles de la “*mercancía*”, en la forma elaborada para el ilícito, puedan ser desconocidas para el titular.

41. De allí la importancia que tiene la información que pueda suministrar la autoridad aduanera al titular del derecho, cuando la presencia de mercancía pirata sea detectada en un procedimiento de control<sup>9</sup>, así como la posibilidad para dicho titular de solicitar la inspección previa de los bienes supuestamente infractores, como se verá más adelante.

42. Finalmente, el denunciante o demandante tiene derecho a conocer, dentro de un plazo razonable, si se ha aceptado su reclamación y, en su caso, el plazo de actuación de las autoridades de aduana (art. 52).

## **El objeto de las medidas.**

43. Aunque el ADPIC se refiere a las “*mercancías pirata que lesionan el derecho de autor*” (lo cual, literalmente entendido, significaría que no se aplican dichas medidas a los productos que solamente lesionen los derechos conexos), una nota al artículo 51 dispone que, a los fines del Acuerdo, “*se entenderá por ‘mercancías pirata que lesionan el derecho de autor’ cualesquiera copias hechas sin el consentimiento del titular del derecho o de una persona debidamente autorizada por él en*

---

<sup>9</sup> El Reglamento Europeo de 1994 dispone, por una parte, que si durante un control efectuado en el marco de los procedimientos aduaneros y antes de que se haya presentado o aceptado una solicitud del titular del derecho, resulta evidente la presencia de una mercancía infractora, la autoridad puede, con arreglo a cada legislación interna, informar a dicho titular del riesgo de infracción (art. 4); y, por la otra, que a los efectos de que el titular del derecho pueda recurrir ante las autoridades competentes para obtener una resolución definitiva sobre el fondo, la oficina de aduanas comunicará a dicho titular, a su solicitud, el nombre y dirección del declarante y, en caso de conocerse, del destinatario (art. 6).

*el país de producción y que se realicen directa o indirectamente a partir de un artículo cuando la realización de esa copia habría constituido infracción del derecho de autor o de un derecho conexo en virtud de la legislación del país de importación” (hemos destacado).*

### **Posibilidad de ampliar la medida a otras infracciones.**

44. El ADPIC permite a los países miembros que sus autoridades, judiciales o administrativas, tramiten las solicitudes de las medidas en frontera en relación con mercancías que supongan otras infracciones de los derechos de propiedad intelectual, siempre que se cumplan las prescripciones procedimentales previstas para la suspensión en frontera de las “*mercancías pirata*” (art. 51).

45. Con fundamento en este dispositivo, cabría preguntar: ¿deberían considerarse mercancías piratas solamente los soportes que contienen las reproducciones no autorizadas o también los elementos empleados para esa duplicación?.

46. De acuerdo al artículo 51 y por aplicación, *mutatis mutandis*, de las disposiciones generales relativas a las medidas provisionales (art. 50), es de concluir que la suspensión del despacho aduanero no solamente debe versar sobre los ejemplares ilícitamente reproducidos, sino también sobre los materiales e instrumentos destinados “*predominantemente para la reproducción de los bienes infractores*”, como reza el artículo 46, ya que una de las finalidades de las providencias cautelares es la de “*evitar que se produzca la infracción de cualquier derecho de propiedad intelectual*” (art. 50,1,a).

47. Así lo ha entendido el Reglamento Europeo de 1994, ya citado, cuando dispone que “*se asimilarán a las mercancías con usurpación de marca o a mercancías piratas, según el caso, todo molde o matriz destinado o adaptado específicamente a la fabricación de una marca falsificada o de una mercancía que lleve dicha marca o a la fabricación de una mercancía pirata, siempre que el uso de dichos moldes o matrices vulnere los derechos del titular del derecho de acuerdo con la legislación comunitaria o del Estado miembro en que se presente la solicitud de intervención de las autoridades aduaneras*” (art. 1,3).

### **Las excepciones.**

48. La suspensión del despacho de las “*mercancías pirata*”, admite cuatro excepciones, de carácter facultativo para los países miembros, a saber que:

- a. Se trate de pequeñas cantidades de mercancías que no tengan carácter comercial y formen parte del equipaje personal de los viajeros (art. 60).
- b. Sean mercancías enviadas “*en pequeñas partidas*” (art. 60).
- c. Conforme a la nota correspondiente al artículo 51, sean importaciones de mercancías puestas en el mercado en otro país por el titular del derecho o con su consentimiento.
- d. También de acuerdo a la nota atinente al artículo 51, sean mercancías en tránsito.

49. El primer caso se refiere a mercancías no destinadas al comercio, vale decir, que no estén dirigidas a su distribución al público pero, además, deben acompañar al viajero como equipaje personal.

50. El segundo supuesto debe ser aplicado de manera tal que no dé lugar a infracciones impunes, atentatorias de los “*usos honrados*”<sup>10</sup>, ya que una simple valija, de regulares dimensiones, puede contener miles de soportes magnéticos que reproduzcan ilícitamente programas de ordenador o grabaciones digitales, sonoras o audiovisuales.

51. La tercera excepción permite a las legislaciones nacionales reconocer el principio del “*agotamiento del derecho*”, una vez puestos en el mercado los ejemplares lícitos, incluso el llamado “*agotamiento internacional*”.

52. La última limitación contiene una “*concesión*” que proviene de la propiedad industrial (pues no existe una disposición en ese sentido en el Convenio de Berna), tomada del Convenio de París el cual, al regular el embargo de productos que lleven ilícitamente marcas o un nombre comercial, a importarse en un país de la Unión, dispone que “*las autoridades no estarán obligadas a efectuar el embargo en caso de tránsito*” (art. 9,4)<sup>11</sup>.

53. En todo caso, no se está en presencia de excepciones o limitaciones obligantes para los países, sino posibilidades diferidas a las respectivas legislaciones nacionales<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> Del artículo 13 del ADPIC: “*Los Miembros circunscribirán las limitaciones o excepciones impuestas a los derechos exclusivos a determinados casos especiales que no atenten contra la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos*”.

<sup>11</sup> También la aplicación facultativa de esta excepción debe llevar a la reflexión, porque bajo la excusa de “*mercancías en tránsito*” pueden efectuarse voluminosas y continuas exportaciones de reproducciones ilícitas, a veces amparadas en el deficiente control fronterizo en el “*país de destino*”, particularmente en el caso de soportes ilícitos de poco volumen, que en número considerable pueden transportarse en contenedores de modesto tamaño v.gr.: “*diskettes*” de computación y discos digitales sonoros o audiovisuales.

<sup>12</sup> El Reglamento Europeo de 1994, por ejemplo, no contempla entre sus excepciones a las mercancías

## La prestación eventual de garantías no disuasorias.

54. Es evidente que si el procedimiento de medidas en frontera se instaura de oficio, no puede exigirse al titular afectado por la infracción la prestación de ninguna garantía.

55. Por el contrario, si se trata de un procedimiento a instancia de parte, la autoridad competente puede exigir del solicitante la presentación de una fianza o garantía equivalente para proteger al demandado o denunciado y a la propia autoridad, con el objeto de impedir abusos de derechos (art. 53,1).

56. No se está ante una garantía “*obligatoria*”, sino que es facultativa de la ley nacional aplicable y, en su caso, de la propia autoridad competente, si así lo contempla dicha legislación.

57. Por otra parte, esa fianza o garantía equivalente “*no deberá disuadir indebidamente del recurso a estos procedimientos*” (art. 53,1 *in fine*).

58. Esta última frase debe interpretarse en el sentido de que las cauciones o garantías exigibles para la práctica de medidas en frontera, no pueden ser de tal carácter o magnitud que tengan como efecto práctico disuadir a los titulares de solicitar la ejecución de esas providencias cautelares para la defensa de sus derechos.

## Notificación de la suspensión.

59. Conforme al artículo 54 del ADPIC, debe notificarse “*prontamente*” al importador y al solicitante sobre la suspensión del despacho de aduanas de las mercancías.

60. Ello quiere decir que el plazo para la notificación, bajo el criterio de la “*prontitud*”, debe ser establecido por cada legislación nacional.

61. El dispositivo en comento guarda relación con otros, a saber:

a. El derecho de las partes a ser oídas (art. 41,3).

---

en tránsito, ni tampoco a las importadas o exportadas en “*pequeñas partidas*”, sino solamente a las desprovistas de carácter comercial contenidas en el equipaje personal de los viajeros, dentro de los límites establecidos para la concesión de franquicia aduanera (art. 10). También es la tendencia mayoritaria en las leyes autorales latinoamericanas que contienen previsiones sobre las medidas en frontera.



- b. La obligación de la autoridad de resolver conforme a lo alegado y probado en autos (art. 42).
- c. La “*carga*” para el reclamante de formalizar la acción en el plazo indicado en el artículo 55, como se verá a continuación.

### **El levantamiento de las medidas (art. 55).**

62. Como se trata de una providencia cautelar tiene efectos provisionales similares al “*procedimiento instructorio anticipado*”, ya comentado, de manera que, si se está en presencia de una medida acordada a instancia de parte, ésta debe iniciar el procedimiento conducente a una decisión de fondo en un plazo no mayor de diez días hábiles, contados a partir de la comunicación que haya recibido sobre la suspensión del despacho de aduanas (con la posibilidad de una prórroga de diez días, si así lo permite la respectiva legislación) pues, de lo contrario, debe procederse a dicho despacho, si se han cumplido todas las demás condiciones requeridas para su importación o exportación.

63. Si la medida de suspensión ha sido dictada de oficio, el despacho de la mercancía debe permitirse si en el mencionado plazo (o su prórroga, de ser procedente), la autoridad debidamente facultada para prolongar la suspensión, no ha dictado la providencia correspondiente.

64. De haberse iniciado la acción principal, el afectado por la medida tiene derecho a una audiencia, inclusive para solicitar una revisión de la providencia cautelar, en un plazo razonable, y con vistas de ese recurso, la autoridad competente debe resolver si modifica, revoca o confirma la suspensión decretada.

65. Pero si la providencia emana de una orden acordada o prorrogada en sede judicial, debe aplicarse el régimen del “*procedimiento instructorio anticipado*”, contemplado en el artículo 50,6, de modo que la revocación solamente procede si la acción principal, conducente a resolver el fondo del asunto, no se intenta en un plazo razonable y que, a falta de una determinación al respecto por la legislación nacional, no puede ser superior a 20 días hábiles o 31 días naturales, si este último fuere mayor.

### **Indemnizaciones (art. 56).**

66. Para evitar situaciones abusivas, el ADPIC faculta a las autoridades competentes, judiciales o administrativas de acuerdo a la ley aplicable, para ordenar al solicitante de las medidas en frontera que pague al importador, al consignatario y al

propietario de las mercancías, una indemnización adecuada por los daños causados, en los siguientes supuestos:

- a. En caso de una retención infundada de las mercancías, por ejemplo, si la suspensión fue acordada con base a datos falsificados o alterados.
- b. Si con posterioridad a la suspensión, fue acordado el despacho de aduana porque el reclamante no formalizó la acción dirigida a obtener una decisión sobre el fondo del asunto, en el plazo establecido en el artículo 55, ya comentado.

### **Derechos de inspección e información (art. 57).**

67. Como quiera que muchos de los datos específicos sobre la mercancía presumiblemente “*pirata*” pueden ser desconocidos por el titular del derecho, y sin perjuicio de la protección a la información confidencial, las autoridades deben dar al afectado por la importación la posibilidad de hacer inspeccionar cualesquiera mercancías retenidas por las autoridades aduaneras, con el fin de que pueda sustentar su reclamación, de acuerdo a lo exigido por el artículo 52.

68. De esa misma inspección puede surgir la presunción de ilicitud necesaria para solicitar la medida, conforme al mismo dispositivo.

69. El derecho de inspección correspondiente igualmente al importador.

70. En todo caso, queda diferida a las legislaciones nacionales la posibilidad de facultar a las respectivas autoridades competentes, una vez adoptada una resolución positiva sobre el fondo del asunto, para comunicar al titular del derecho lesionado acerca del nombre y dirección del consignador, el importador y el consignatario, así como la cantidad de las mercancías objeto de la sanción.

71. Dicha información puede resultar fundamental para permitir al titular la formalización de una acción posterior, derivada de la responsabilidad civil (v.gr.: para obtener una indemnización por daños y perjuicios) o penal (para la aplicación de una pena), o de ambas.

### **Las sanciones definitivas.**

72. Nada dice en particular el ADPIC sobre las sanciones definitivas posteriores a la medida cautelar de suspensión en fronteras, razón por la cual la solución de

fondo deberá adoptarla la autoridad competente, judicial o administrativa, conforme a las disposiciones generales correspondientes a los procedimientos y recursos civiles y administrativos, sin perjuicio de las derivadas de la responsabilidad penal.

73. En todo caso, como lo apunta uno de los considerandos del Reglamento Europeo de 1994, dichas medidas no sólo deben privar a los responsables del beneficio económico de la operación ilícita y sancionarlos, sino también desalentar con eficacia la realización de operaciones posteriores de la misma naturaleza, razón por la cual, de acuerdo a su artículo 8 y sin perjuicio de las demás acciones que ejerza el titular del derecho, la autoridad competente debe ordenar la destrucción del material objeto de la medida, o colocarlo fuera de los circuitos comerciales de manera que no atente contra los intereses del titular, sin ninguna clase de indemnización y sin ningún gasto para el erario, así como adoptar cualquier otra medida que tenga por efecto privar a las personas involucradas del beneficio económico de la operación.

### **Elementos para el establecimiento de medidas en frontera eficaces.**

74. Glosando los comentarios de Zapata López<sup>13</sup> y Rubio Torres<sup>14</sup>, dentro de los elementos a tener en cuenta para el establecimiento de medidas en frontera eficaces, se pueden mencionar:

- a. Uno de los servicios de información entre las oficinas y entidades nacionales competentes, que permitan intercambiar información sobre el comercio de las mercancías infractoras, en los términos del artículo 69 de ADPIC, podrían constituirlo los sistemas de registro del derecho de autor y de los signos distintivos.
- b. Se precisa de la elaboración de reglamentos claros para la solicitud de documentos de prueba y en el caso de las obras, la sola manifestación de que es una creación protegida en virtud del Convenio de Berna debería ser suficiente, tomando en cuenta que el goce y el ejercicio de los derechos no están sometidos al cumplimiento de ninguna formalidad. A ello agregaríamos las presunciones *iuris tantum* de autoría y titularidad contempladas en el Convenio de Berna y en las legislaciones nacionales.

<sup>13</sup> Ob. Cit. pp. 6-7.

<sup>14</sup> V.: RUBIO TORRES, Felipe: “*Medidas en frontera: Derecho de Autor*”. Documento presentado en el Seminario sobre Propiedad Intelectual sobre Medidas en Fronteras, organizado por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), la Organización Mundial de Comercio (OMC) y la Superintendencia de Industria y Comercio. Bogotá, 1999, pp. 16-17.

- c. Es necesario establecer sistemas de comunicación que enlacen a todos los puertos aduaneros y facilitar así el acceso a las bases de datos de registro de derecho de autor y de registro marcario, tomando en cuenta que el artículo 69 del ADPIC contempla, en el marco de la cooperación internacional, la promoción en el intercambio de información y la colaboración entre las autoridades de aduanas en lo que respecta al comercio de mercancías de marca de fábrica o de comercio falsificadas y mercancías pirata que lesionan el derecho de autor.
- d. Deben preverse procedimientos para que los titulares de derechos puedan presentar información sobre infractores conocidos o sospechosos.
- e. Los titulares de derechos deben crear mecanismos para instruir a las autoridades aduaneras sobre cómo detectar artículos o mercancías que infrinjan las normas.
- f. Hay que contemplar procedimientos de distribución de información por parte de las autoridades centrales de aduanas a sus puertos, sobre infractores conocidos o sospechosos y acerca de los artículos o mercancías infractoras.
- g. Se aconsejan sistemas que permitan inspeccionar mercancías al azar sin la presencia de un representante del importador o exportador, pues en caso contrario podría peligrar la aplicación de estas normas, incluyendo equipos de prueba cuando la infracción se refiera a bienes como videos, *software*, juegos de video o CDs de música.
- h. Se deben contemplar normas que le aseguren a la aduana la autoridad para retener mercancías sospechosas y para brindarle al titular de los derechos la oportunidad de inspeccionarlas.
- i. Hay que asegurarse de que la aduana tenga la facultad suficiente para imponer sanciones administrativas (multas, revocación de licencias de exportación o importación), confiscar y destruir mercancías, si una autoridad competente, sea la aduana u otra autoridad, considera que se violó la ley.
- j. Debe garantizarse que las aduanas tengan atribución para llevar a cabo su propia investigación sobre los importadores y exportadores de mercancías que infrinjan la normativa legal.
- k. Las autoridades aduaneras deben procurar los mecanismos para que se proporcione suficiente información al titular de los derechos, de manera que le permita fundamentar suficientemente una reclamación de fondo respecto de

la infracción, particularmente en cuanto al nombre y dirección del consignador, el importador y el consignatario, así como la cantidad de mercancías de que se trate, al amparo del Artículo 57 del Acuerdo sobre los ADPIC.

1. Las autoridades aduaneras deben hacer públicos los procedimientos detallados que permitan a los titulares, importadores, exportadores de los derechos de propiedad intelectual y a otras partes pertinentes, comprender y utilizar el sistema de observancia en la frontera.

# Módulo

# VI

## *La protección del derecho de autor y los derechos*

## *conexos o afines en el ámbito administrativo y judicial*

### UNIDAD 3

#### LA PROTECCION EN EL AMBITO JUDICIAL CIVIL

La noción de infracción en derecho de autor y derechos conexos – La responsabilidad civil en derecho de autor y derechos conexos – Las principales acciones civiles – Las indemnizaciones y el cálculo de los daños y perjuicios - Las medidas cautelares



# I

## LA NOCIÓN DE INFRACCIÓN EN DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS

1. Como principio general, se define como infracción a toda trasgresión, quebrantamiento, violación o incumplimiento de una ley, pacto o tratado<sup>1</sup>.

2. Si trasladamos ese concepto a la disciplina que nos ocupa, puede decirse que infracción al derecho de autor es la violación a un derecho reconocido al creador o a otro titular del derecho sobre una obra del ingenio protegida por la ley.

3. Una definición similar, con las adecuaciones del caso, es aplicable a los “derechos conexos” de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión.

4. Esas infracciones generan una responsabilidad civil cuando tienen como consecuencia una obligación de reparar; una responsabilidad penal, si tipifican delito merecedor de una pena; o una responsabilidad administrativa cuando acarrear una sanción de esa naturaleza.

5. Pero no se trata, necesariamente, de responsabilidades que se excluyen<sup>2</sup>, ya que el mismo supuesto de hecho puede calificarse como infracción civil, penal y administrativa, sometido a las diferentes consecuencias jurídicas previstas en la ley: una orden de reparar el daño causado, en el ámbito civil; la aplicación de una pena en lo criminal; o la imposición en sede administrativa de una multa u otra sanción independiente de la pena, por ejemplo.

6. Y si la infracción civil no excluye a la penal, tampoco ocurre a la inversa.

7. A título de ejemplo, piénsese en el titular de un derecho de autor que se ve lesionado con una conducta tipificada como delito de acción privada y opta por actuar contra el infractor en demanda de los daños y perjuicios causados, pero renuncia a la vía penal; o si, por el contrario, ejerce la acción penal en reclamo de una condena, pero se abstiene de reclamar una indemnización por el daño sufrido.

---

<sup>1</sup> V.: CABANELLAS de TORRES, Guillermo: “Diccionario Jurídico Elemental”. Ed. Heliasta. Buenos Aires, 1979. p. 161.

<sup>2</sup> Por ello es errada, a nuestro parecer, la afirmación de que la infracción civil constituye una acción lesiva que no tiene tipificación delictiva ya que, entre otras cosas, un hecho ilícito puede ser civil y penal, además de la responsabilidad civil derivada de la penal e independientemente de la responsabilidad administrativa.



8. Y en ambos casos la acción infractora podría estar sujeta, además, a una sanción administrativa, por ejemplo, el comiso de los ejemplares ilícitos en frontera o la aplicación de una multa por violación de normas aduaneras.

9. Para concluir: en la esfera de los “*derechos intelectuales*”, infracción es toda trasgresión a un derecho sobre una obra protegida por el derecho de autor, o sobre una interpretación o ejecución artística, una producción fonográfica o una emisión de radiodifusión, en el marco de los derechos afines o conexos.

## II

### LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS

10. La expresión “*responsabilidad civil*” se emplea para aludir a la distribución de los daños o perjuicios que se producen en la vida social a consecuencia de la acción o inacción de los seres en el mundo exterior<sup>3</sup>.

11. Esa responsabilidad, en el área de los “*derechos intelectuales*”, no es otra cosa que la obligación de reparar los daños y perjuicios causados a consecuencia de una acción o inacción, que implique la infracción a uno cualquiera de los derechos reconocidos a los titulares del derecho de autor o de un derecho conexo o afín al derecho de autor.

12. Sin el ánimo de efectuar un repaso o hacer una relación detallada de los supuestos de la responsabilidad civil, trataremos de formular algunas consideraciones sobre tales elementos, en base a los principios generales del Derecho, aplicados a la disciplina autoral.

#### **La antijuricidad.**

13. La antijuricidad en “*derechos intelectuales*” supone el quebrantamiento de una norma que puede consistir en la violación de un derecho moral, de un derecho patrimonial y exclusivo de autorización o de un derecho de simple remuneración<sup>4</sup>, de manera que, en palabras de Colombet, el infractor nunca ha sido –o ya no es–, titular de derechos sobre la obra<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> V.: MELICH ORSINI, José: “*Estudios de Derecho Civil*”. Ed. Fabretón. Caracas, 1975. p. 15.

<sup>4</sup> V.: Memorandum preparado por la Oficina Internacional de la OMPI para la tercera sesión del Comité de Expertos sobre un eventual Protocolo al Convenio de Berna, en OMPI: “*Derecho de Autor*”. No. 3. Ginebra, mayo/junio, 1993. p. 55.

<sup>5</sup> V.: COLOMBET, Claude: “*Grandes principios del derecho de autor y los derechos conexos en el mundo*”. Ob. Cit. p. 127.

14. No constituyen entonces infracción aquellos actos que, conforme a la ley aplicable, constituyen límites o excepciones a tales derechos, de interpretación restrictiva y cuyo análisis fue expuesto en la unidad 5 del módulo II de este curso.

15. Por lo que se refiere al “*derecho moral*”, la existencia de la infracción estará condicionada a las facultades integrantes de ese derecho reconocidas en la ley donde se reclame la protección ya que, además de los *derechos mínimos* a que se refiere el artículo 6bis del Convenio de Berna (paternidad e integridad), las leyes nacionales han incorporado otros, por ejemplo, el derecho de divulgación de la obra y al inédito (que a falta de reconocimiento específico en la ley autoral aplicable hallaría protección en el ámbito de los derechos de la personalidad, conforme al derecho común) y el derecho de *arrepentimiento* o de retiro de la obra del comercio, como fue estudiado en la unidad 3 del módulo II de este manual.

16. En cuanto a los derechos patrimoniales exclusivos del autor, no debe olvidarse que cualquier enumeración legislativa de las facultades que lo conforman tienen el simple carácter de un *numerus apertus*, vale decir, que el autor tiene el derecho exclusivo de explotar su obra *en cualquier forma y bajo cualquier procedimiento*, de modo que toda utilización no autorizada de la obra es ilícita, salvo que esté contemplada expresamente por la ley como una limitación al derecho patrimonial.

17. Si no se trata de derechos exclusivos, sino de simple remuneración en relación con determinadas modalidades de uso, “*la infracción consistirá en un acto de inobservancia de la obligación de pago, acompañado o no del incumplimiento de las prestaciones formales indispensables para la efectividad de dicho pago*”<sup>6</sup>.

18. Por lo que se refiere a las infracciones en materia de derechos afines o conexos debe observarse, en primer lugar, que el derecho moral solamente aparece reconocido a los artistas intérpretes o ejecutantes (y no a los productores de fonogramas ni a los organismos de radiodifusión); y, en segundo lugar, que en el caso del derecho patrimonial de artistas, productores y radiodifusores, las formas de explotación que conforman un derecho exclusivo o un derecho de remuneración, según corresponda, están sometidas al régimen del *numerus clausus*, vale decir, que son las establecidas en la ley u otros instrumentos aplicables.

19. La antijuricidad puede ocurrir por comisión, es decir, cuando se incurre en una conducta prohibida por la ley o el contrato; o por omisión, si se produce una inactividad respecto de una acción constitutiva de una obligación legal o contractual.

---

<sup>6</sup> V.: DELGADO, Antonio: “*Sanciones civiles por infracción del derecho de autor y derechos conexos*”, en el curso de la OMPI sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos. Documento OMPI/CNR/QUI/95/19. Quito, 1995. p. 4.

20. En derecho de autor y derechos conexos, pueden producirse ambas clases de antijuricidad.

21. Serán por comisión, por ejemplo, la divulgación no autorizada de una obra inédita; la usurpación de la paternidad del autor; la reproducción o distribución sin consentimiento de una obra protegida, de una interpretación artística, de una producción fonográfica o de una emisión de radiodifusión; la comunicación pública de una creación tutelada por la ley, etc.

22. Por el contrario, serán de omisión, entre otras, el incumplimiento del deber de cita; la falta de producción por parte del editor o del productor de los ejemplares pactados en el contrato; el incumplimiento en el pago de las remuneraciones derivadas del uso de la producción intelectual, etc.

### **La culpa.**

23. La culpa, en sentido amplio, comprende tanto al dolo como a la culpa en sentido estricto<sup>7</sup> y se afirma, como regla general, que “*no todo acto dañoso obliga al resarcimiento, sino sólo aquellos que sean consecuencia de una conducta dolosa o culposa*”<sup>8</sup>, salvo en los casos de responsabilidad objetiva.

24. Muchas de las conductas infractoras en derecho de autor y derechos conexos son intencionales o dolosas, especialmente en cuanto a las violaciones al derecho moral (v.gr.: omisión o usurpación de la paternidad, deformaciones a la obra), o a las utilidades que vulneran expresamente el derecho patrimonial exclusivo del titular a autorizar o prohibir el uso de la obra, interpretación o ejecución, producción o emisión, según corresponda.

25. Pero también pueden presentarse situaciones culposas, por ejemplo, la negligencia del responsable de la programación de una emisora de radio o televisión, al elaborar indebidamente la planilla que identifica a las obras transmitidas, pero sin el objeto de hacer disminuir el monto de la remuneración a pagar por la estación, ni a favorecer a determinados titulares; la impericia del contador que presta servicios al empresario de espectáculos y que hace un cálculo equivocado de las liquidaciones a pagar, sin la intención de eludir el pago de las retribuciones correspondientes; la imprudencia o el descuido del director de la orquesta que incluye en el concierto una obra no declarada en la hoja de programación o que menciona a una obra que no fue ejecutada, etc.

---

<sup>7</sup> V.: PEIRANO FACIO, Jorge: “*Responsabilidad Extracontractual*”. Ed. Temis. Bogotá, 1979. p. 305.

<sup>8</sup> V.: BONASI BENUCCI, Eduardo: “*La responsabilidad civil*”. Ed. Bosch. Barcelona, 1958. p. 33.

26. En muchos de esos casos funcionará la “*responsabilidad objetiva*” del empresario por el hecho del empleado o el dependiente.

27. Suele ocurrir en la práctica que para pretender la exclusión de culpa, muchos usuarios no autorizados de las producciones intelectuales alegan en estrados que no han estado en capacidad de conocer la ilicitud de sus actos, por ejemplo, porque han supuesto que la adquisición del soporte material (v.gr.: el disco, el *videocassette*, el *diskette*, el disco digital), los autoriza para utilizar la obra, interpretación, producción o emisión allí contenida, sin ninguna limitación; o que utilizan producciones extranjeras alegando la imposibilidad de obtener en el país la respectiva autorización del titular del derecho; o que suponen que la obra extranjera no goza de protección en el país, o que no hay prueba de que se hayan cumplido las formalidades para la protección en el país de origen de la obra, etc.

28. Bastaría como respuesta la fundamentada en los principios elementales relativos a la obligación del respeto a las leyes y al de que “*la ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento*” y que las normas legales son claras al establecer, por ejemplo, que en el caso de los derechos exclusivos el uso de la obra está sometido al régimen de autorización previa y que toda utilización no autorizada es ilícita salvo excepción legal expresa; que los derechos reconocidos por la ley son independientes de la propiedad del soporte material que contiene la obra; o que los convenios internacionales obligan a la protección sin la exigencia de formalidades y a la aplicación del principio del “*trato nacional*”, es decir, la asimilación del extranjero al nacional.

29. Pero además, existen otros elementos de hecho: la mayor parte de las obras y producciones que se utilizan comercialmente están constituidas por “*éxitos*”, generalmente recientes, de manera que nada permite sospechar que se trate de bienes intelectuales que se encuentran en dominio público; que la autorización para el uso, en la modalidad correspondiente, puede obtenerse a través de la respectiva sociedad de gestión colectiva la cual, generalmente, representa también el repertorio extranjero, mediante contratos de representación que mantiene con entidades de la misma naturaleza que funcionan en el exterior; y que también habitualmente los soportes en los cuales se incorporan las obras y demás producciones protegidas, o sus envoltorios, contienen menciones relativas a las reservas de derecho por parte de sus titulares y a la prohibición de reproducción, distribución o comunicación pública sin expresa autorización.

30. De allí que, como señala Delgado, cualquier decisión de explotar tales obras o producciones, sin el correspondiente consentimiento expreso, “*implica un comportamiento, por lo menos, de dolo eventual o culpa*”<sup>9</sup>.

<sup>9</sup> Ob. Cit. p. 11.

31. Surge entonces la disposición aclaratoria incorporada a muchas legislaciones según la cual es ilícita, salvo pacto explícito o disposición legal en contrario, toda utilización de una obra que se realice sin el consentimiento expreso del autor o, en su caso, de su derechohabiente, de manera que la carga de la prueba excluyente de la responsabilidad corresponde al infractor, en principio igualmente aplicable, *mutatis mutandis*, para la prestaciones, producciones y emisiones protegidas por los derechos afines o conexos.

## El daño.

32. Tradicionalmente se ha dicho que el daño, como elemento constitutivo de la responsabilidad civil, es toda disminución o pérdida que experimente una persona en su patrimonio o acervo material o en su patrimonio o acervo moral<sup>10</sup>.

33. Es sabido que, según la naturaleza del patrimonio afectado, el daño puede ser incorporal, extrapatrimonial o de afección, conocido como “*daño moral*”, o por el contrario, constituir la disminución o pérdida de una cosa material o de una ganancia o beneficio que se ha dejado de obtener, denominado como “*daño patrimonial*”, sea “*daño emergente*” o bien a título de “*lucro cesante*”.

34. Ahora bien, no debe confundirse el *derecho moral* del autor o del artista intérprete o ejecutante con el *daño moral* que la infracción pueda causarle; como tampoco el *derecho patrimonial* del autor, el artista, el productor o el radiodifusor sobre su obra, prestación, producción o emisión, según el caso, con el *daño patrimonial* causado con la violación a su respectivo derecho.

35. En efecto, partiendo de la tradicional clasificación del derecho común en cuanto al daño en *moral* o *patrimonial*, una infracción al “*derecho moral*”, no solamente puede generar un “*daño moral*”, sino también un “*daño patrimonial*”, de la misma manera que una violación al “*derecho de explotación*” (o derecho patrimonial) puede causar tanto daños morales como patrimoniales ya que, como señala Cifuentes comentando a Zavala de González, puede haber una extensión del daño patrimonial hacia lo afectivo, hacia los sentimientos, y a la inversa, una extensión de los sentimientos hacia lo patrimonial<sup>11</sup>.

36. También Oliveira Ascensão comenta que:

---

<sup>10</sup> V.: MADURO LUYANDO, Eloy: “*Curso de Obligaciones*”. Fondo Editorial Luis Sanojo. Maracaibo, 1989. p. 141.

<sup>11</sup> V.: CIFUENTES, Santos: “*Delitos y otros ilícitos: Reparación del Daño*”, en Seminario Nacional de la OMPI sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para magistrados y funcionarios judiciales de la República Argentina. Documento OMPI/DA/JU/BUE/96/13. Buenos Aires, 1996. p.3.

*“Los daños no patrimoniales pueden resultar tanto de la violación de los derechos morales como de la violación de los derechos patrimoniales de autor; y lo mismo puede decirse de los daños patrimoniales. No hay ninguna correspondencia unívoca entre la calificación del derecho lesionado y la calificación del daño producido. De una violación de un derecho de explotación puede resultar para el autor un grave daño moral”<sup>12</sup>.*

37. Así, por ejemplo, cuando se divulga una obra por un medio no autorizado por su autor (infringiendo el derecho moral de divulgación y al inédito), simultáneamente se está utilizando la obra por alguno de los modos que la ley reconoce formando parte del derecho patrimonial exclusivo (salvo que se trate de una utilización expresamente permitida por la ley sin el consentimiento del autor), de modo que, además de causar al autor un daño de afección por la violación de su derecho moral, se está produciendo un daño patrimonial al mismo creador, por infracción de su derecho de explotación.

38. De la misma manera, la omisión del nombre del autor en la utilización de la obra en violación de su derecho moral de paternidad, además de atentar contra sus legítimos y valiosos intereses afectivos, sentimentales o morales (pues el autor no crea la obra únicamente en función de una satisfacción personal, sino también en razón de un prestigio y una reputación), lo que genera una lesión de carácter moral, vulnera igualmente sus intereses económicos.

39. En ese sentido, veamos con claridad el ejemplo de Villalba:

*“La omisión del nombre del autor importa un agravio a su derecho a ser siempre vinculado a la obra, salvo los casos en que haya optado por publicar la obra en forma anónima, lo que a su vez constituye otra de las facultades que integra el derecho moral de aquél. **Importa también un agravio a un derecho de contenido patrimonial que, en el lenguaje común se identifica como ‘derecho al cartel’** (hemos destacado)<sup>13</sup>.*

40. Y continúa el eminente especialista:

*“Tanto para los autores cuanto para los artistas e intérpretes en general, la publicidad de su nombre con sus características peculiares:*

---

<sup>12</sup> OLIVEIRA ASCENSÃO: “Direito de autor e direitos conexos”, cit. MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual: “El daño moral contractual en la Ley de Propiedad Intelectual”. Ob. Cit. p. 56.

<sup>13</sup> 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

lugar, tamaño de las letras, etc., **tiene interés económico**” [pues] “**entendemos que lo expuesto resulta indicativo del contenido patrimonial que inequívocamente tiene para el autor la mención de su nombre junto con la obra. De ello dependerá en gran medida, no sólo la posibilidad de lograr nuevas contrataciones y la explotación económica futura de su repertorio autoral, sino también un desarrollo profesional que le permita hacer de esta actividad su medio de vida**” (hemos destacado)<sup>14</sup>.

41. Para concluir:

**“Por lo antes expuesto consideramos que tanto el daño emergente cuanto el lucro cesante se producen necesariamente por la sola omisión del nombre del autor”** (hemos destacado)<sup>15</sup>.

42. Nada distinto ocurre con el derecho moral de integridad: así como las mutilaciones y deformaciones a la obra o cualquier otro atentado a la misma que cause perjuicio al honor o reputación de la obra o de su autor, constituye una infracción al derecho moral que genera un daño afectivo, puede igualmente causar un perjuicio de orden patrimonial, ya que el demérito de una obra puede “*bajar el precio*” de otras obras del mismo autor en el mercado (ante la creencia de que la obra mutilada es de su creación original) o puede incidir en el “*valor de mercado*” del autor (ante el desprestigio de la obra deformada que se piensa fue así creada por él) o en las oportunidades de trabajo, etc.

43. Pensemos en el ejemplo siguiente: un jurista autor ha contratado con el editor una nueva obra suya, próxima a su comercialización, en la cual abandona teorías que defendía en otra producción intelectual suya, cuya edición está agotada, y admite en la creación más reciente los errores de apreciación en que había incurrido en la obra editada anteriormente. Un tercero *lanza* al mercado una *edición pirata* de la vieja producción intelectual, respetando la paternidad de su autor y la integridad de la misma, con lo cual alega no haber infringido el *derecho moral* del autor, pero resulta evidente que además de haberse producido una violación a los *derechos patrimoniales* de reproducción y distribución, resarcibles en la esfera del *daño material*, también se le ha causado una lesión afectiva al autor -*daño moral*- al ver circular descaradamente ejemplares de una obra que le pertenece, pero de cuyo contenido se ha arrepentido.

---

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.

<sup>14</sup> Idem.

<sup>15</sup> Ibidem. pp. 322-323.

44. O también en este caso: un autor es víctima del plagio de su obra literaria. Es evidente que se ha producido una violación a su *derecho moral* de paternidad, y que esa infracción le causa una lesión afectiva, indemnizable como *daño moral*; pero, además, la reproducción y circulación no autorizada de esos ejemplares constituye una lesión a los derechos patrimoniales de reproducción y distribución, lo que genera un perjuicio derivado de la puesta en el comercio de los ejemplares ilegítimos y la consecuente *inundación* del mercado con la edición usurpadora y fraudulenta, generando así la obligación de reparar, igualmente, el *daño patrimonial* causado con la violación.

45. En todo caso, como lo apunta la doctrina, la indemnización del daño moral procede, aun no probada la existencia de perjuicio económico<sup>16</sup>.

46. Es más, como se pronunció el Tribunal Supremo Español (Sala 2ª, 23-V-1975), con la existencia de un valor de afección, cuando se modifica o altera la obra protegida, la divulgación ilícita, el plagio, la alteración de la obra en el sentido del artículo 1.4. (equivalente al art. 6 *bis* del Convenio de Berna, nota nuestra), “*son automáticamente resarcibles*”<sup>17</sup>.

47. Según el origen, el daño puede ser contractual, si el incumplimiento culposo proviene de una obligación derivada de un contrato; o extracontractual, si proviene de una fuente distinta.

48. También ambas situaciones pueden presentarse en el área de los *derechos intelectuales* y, en particular, en la disciplina del derecho de autor y los derechos afines o conexos.

49. Así, por ejemplo, entre el plagiaro o el falsificador, por una parte, y el autor de la obra, por la otra, no existe generalmente relación contractual alguna, como tampoco la hay normalmente entre el titular del derecho y quien realiza una comunicación pública o una reproducción no autorizada de la creación, la interpretación o ejecución artística, la producción fonográfica o la emisión de radiodifusión, pues es la ausencia de autorización (que tiene que derivarse de un contrato de cesión o de una licencia), lo que hace a la ilicitud.

50. Pero también se presentan casos de daños derivados de un incumplimiento contractual, como el de quien autorizado para la explotación, en cualquiera de sus

---

<sup>16</sup> V.: VEGA VEGA, Antonio: “*Derecho de Autor*”. Ed. Tecnos. Madrid, 1990. p. 263. En similar sentido, CARRASCO-PERERA, Ángel: “*Acciones y Procedimientos*”, en “*Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*” (Coordinador: Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano). Ed. Tecnos. Madrid, 1989. pp. 1.658-1.659.

<sup>17</sup> Cit. CARRASCO-PERERA, Ángel: Ob. Cit. p. 1661.



modalidades, incumple los términos del convenio, por ejemplo, con una sobreproducción de ejemplares o con una mora en el pago de la remuneración convenida.

51. Y ese incumplimiento contractual no solamente puede generar daños patrimoniales, sino también de carácter afectivo, como ejemplifica Martínez Espín, al señalar, entre otros, el caso de quien estando obligado por contrato a divulgar la obra no lo hace o da a conocer la obra de una manera defectuosa; el del cesionario que en virtud del contrato explota la obra pero omitiendo el nombre del autor o que, comprometido a utilizarla con la omisión del nombre del creador, revela su identidad; el de los incumplimientos en los contratos de edición o representación, cuando el editor o el empresario, según los casos, hacen una reproducción o comunicación parcial, alterada o en una forma o contexto distintos, etc.<sup>18</sup>

### III

## LAS PRINCIPALES ACCIONES JUDICIALES CIVILES

### Los principios generales.

52. De conformidad con el ADPIC, los procedimientos de observancia de los derechos de “*propiedad intelectual*” deben ser lo suficientemente ágiles y eficaces como medios de disuasión de nuevas infracciones (art. 41,1).

53. Ese carácter disuasivo figura también como obligación para las partes contratantes en el TODA (art. 14) y en el TOIEF (art. 23).

54. Pero también conforme al ADPIC, las acciones y los procedimientos dirigidos a la defensa de los derechos protegidos deben cumplir con un conjunto de requisitos, en especial los siguientes:

- a. Ser justos y equitativos, sin complicaciones o cargas innecesarias, ni comportar plazos o retrasos injustificables (art. 40,2).
- b. Resolverse preferentemente por escrito y en forma razonada, previo el conocimiento del asunto por las partes, sin retrasos indebidos y con fundamento en las pruebas acerca de las cuales se haya dado a las partes el derecho a ser oídas (art. 40,3).
- c. Otorgar a las partes el derecho a solicitar de una autoridad judicial la revisión de las decisiones dictadas en sede administrativa (art. 40,4).

---

<sup>18</sup> V.: MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual: “*El daño moral contractual en la Ley de Propiedad Intelectual*”. Ob. Cit.

- d. Reconocer a las partes, de acuerdo a las disposiciones nacionales sobre competencia jurisdiccional, un recurso de revisión (o de apelación), al menos sobre los aspectos jurídicos de las decisiones judiciales sobre el fondo del asunto, aunque no es obligante para los países miembros el conceder ese derecho cuando se trate de sentencias absolutorias dictadas en casos penales (art. 40,4).

### **Las acciones del derecho adjetivo común.**

55. Nada impide al titular del derecho infringido acudir a las acciones judiciales civiles contempladas en la legislación adjetiva general, en demanda de protección de su derecho de autor o de un derecho afín o conexo.

56. Así, por ejemplo, la acción reivindicatoria contra quien alegue ser el “*propietario*” de los derechos sobre una obra, interpretación, producción o emisión; la acción declarativa cuando se ponga en duda la existencia del derecho o la condición de su titular; la acción constitutiva para declarar la extinción de la relación jurídica existente en virtud de un contrato; la acción de condena dirigida al cobro de las remuneraciones adeudadas por el uso del *bien intelectual*; la acción *genérica* derivada del *hecho ilícito*, conforme al principio por el cual todo aquel que con intención, negligencia, imprudencia o impericia cause un daño a otro, está obligado a repararlo; o la de amparo, cuando la violación sea inminente y las acciones ordinarias resulten ineficaces para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida.

57. Sin embargo, la propia naturaleza especial del derecho en estudio, las particularidades propias de las infracciones que se cometen con mayor asiduidad, el carácter efímero de muchas de esas violaciones, la posibilidad real de la pérdida de las pruebas del ilícito, la necesidad de medidas cautelares que efectivamente sirvan para impedir la continuidad de la violación y el aseguramiento de los medios probatorios de la infracción, así como los elementos típicos que deben tomarse en cuenta a los efectos de la condena por daños, son algunos de los factores que justifican, sin perjuicio de las acciones judiciales civiles de carácter general, las previsiones contenidas en las leyes autorales nacionales sobre acciones y procedimientos específicos.

58. En los países europeos de tradición continental se encuentran unos cuantos ejemplos de este régimen particular en las leyes de Alemania, Austria, España, Francia e Italia y, en América Latina, en textos como los de Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y Venezuela, así como en la Decisión 351 vinculante para todos los países miembros del “*Acuerdo de Cartagena*” o “*Comunidad Andina*”.

59. Todas esas previsiones legislativas obedecen al común denominador de reconocer la necesidad de una protección procesal especial, en razón de las peculiares características de los derechos tutelados y del avance tecnológico facilitador de violaciones que deben ser comprobadas y reprimidas mediante acciones y procedimientos eficaces y expeditos, siempre sin perjuicio de la aplicación complementaria del derecho adjetivo común.

60. A ello debe agregarse que conforme a las obligaciones adquiridas a través del ADPIC, los países miembros de la OMC deben asegurarse de contar en sus legislaciones nacionales con procedimientos de observancia de los derechos de “*propiedad intelectual*” que, como ya fue comentado, permitan la adopción de acciones y medidas eficaces contra cualquier conducta infractora, con inclusión de acciones y procedimientos ágiles para prevenir las infracciones y de recursos que constituyan un medio eficaz de disuasión de nuevas transgresiones, acciones, procedimientos y medidas que deben adoptarse, sea mediante las reformas pertinentes en la legislación procesal común, o bien mediante su incorporación a las leyes que rigen en cada país las diferentes áreas comprendidas en la “*propiedad intelectual*”.

### **La acción declarativa.**

61. Aunque la acción declarativa o de mera certeza aparece consagrada en muchos códigos procesales civiles, también figura en algunas legislaciones nacionales sobre derecho de autor.

62. La acción declarativa o de asertamiento tiene su fundamento en la necesidad de seguridad y precisión que requieren ciertos derechos subjetivos sometidos a un estado de duda e incertidumbre<sup>19</sup>.

63. Esa acción declarativa puede ser intentada, por ejemplo, cuando se ha puesto en duda la autoría de la obra o la titularidad del derecho o la existencia del derecho mismo, y puede basarse en el temor fundado de que sobre esa duda se produzca la infracción, o la repetición o continuación de una violación ya realizada, de manera que la acción declarativa procede aun cuando la trasgresión no haya ocurrido, siempre que exista en ese sentido un razonable estado de temor o incertidumbre.

64. Ello quiere decir que no es presupuesto indispensable de la acción la infracción actual del derecho, ni tampoco la ocurrencia de un daño actual<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> V.: CUENCA, Humberto: “*Derecho Procesal Civil*”. Ed. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1965. p. 164.

<sup>20</sup> V.: HUNG VAILLANT, Francisco: “*Algunos aspectos de la protección del Derecho de Autor en Venezuela*”. Ed. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1965. p. 54.

65. Pero, en todo caso –señala Alsina–, la sentencia declarativa no obliga a nada, sino que se limita a declarar o negar la existencia de una situación jurídica<sup>21</sup>, por lo que Quiovenda plantea la posibilidad de sentencias que sean al mismo tiempo de asertamiento y de condena, en cuanto a aquellas relaciones en que exista un obligado<sup>22</sup>.

66. Por ello, nada impide que la acción declarativa pueda ser acumulada a otras acciones, como las que se estudiarán más adelante, siempre que se cumpla con las reglas adjetivas generales sobre acumulación.

### **La acción inhibitoria.**

67. La sentencia de asertamiento no tendría ningún sentido, si la autoridad judicial no prohibiera futuras violaciones al derecho transgredido.

68. La acción inhibitoria va dirigida entonces a obtener un pronunciamiento en la sentencia mediante el cual se ordene “*el cese de la actividad ilícita*”, como expresamente lo contemplan algunas legislaciones autorales (Ecuador, El Salvador, España, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Venezuela) y la Decisión 351 de la Comunidad Andina, lo que resulta, además, un compromiso para los países miembros de la OMC, cuando el ADPIC dispone que “*las autoridades judiciales estarán facultadas para ordenar a una parte que desista de una infracción .....*” (art. 44,1).

69. Glosando la ley española, es de señalar que la sentencia que ordena el cese de la acción infractora puede comprender la suspensión de la explotación ilícita; la prohibición al infractor de reanudarla; el retiro del comercio de los ejemplares ilegítimos y su destrucción; la inutilización de los elementos destinados a la reproducción y, eventualmente, su destrucción; y la remoción o el precinto de los aparatos utilizados en la comunicación pública no autorizada.

70. Los supuestos de la acción prohibitoria son, en lo general, los mismos que para la acción declarativa, vale decir, que se tenga el temor fundado de la infracción o de que se repita o continúe una violación ya realizada, y la sentencia correspondiente tiene efectos preventivos, cuando se trata del temor fundado de una futura trasgresión, o represivos, si la infracción ha comenzado o se teme su repetición.

---

<sup>21</sup> V.: ALSINA, Hugo: “*Tratado teórico-práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*”. Ed. Ediar. Buenos Aires, 1956. Tomo I. p. 354.

<sup>22</sup> V.: QUIOVENDA, José: “*Principios de Derecho Procesal Civil*”. Ed. Reus. Madrid, 1941. p. 224.

71. En ese sentido, Ascarelli, comentando la acción prohibitoria de la ley italiana, estima que la violación ya realizada, si ha cesado, se justifica no directamente sino como indicio de una probabilidad de repetición, y que la referencia de la norma a la posibilidad de ejercitarla si existen razones para temer la violación, parece implicar el concepto de proximidad, en el tiempo, de la violación temida<sup>23</sup>.

72. Por su parte, Delgado Porras, al analizar la misma acción en la ley española afirma que el cese inmediato de la actividad infractora debe entenderse no sólo en relación a un comportamiento actual y ya emprendido, sino también respecto de una conducta futura, toda vez que es susceptible de intentarse sobre la base de un temor racional y fundado de que la infracción va a producirse<sup>24</sup>.

73. La acción inhibitoria puede intentarse conjunta o separadamente con la declarativa, de acuerdo a las características del caso concreto, ya que en algunas situaciones es posible que la de asertamiento carezca de relevancia si no es controvertido el derecho del titular accionante, o éste se encuentra amparado por una presunción de titularidad que no ha sido desvirtuada; pero de gran importancia cuando la infracción, o el temor fundado de que ocurra, crea una incertidumbre sobre la autoría de la obra o la titularidad del derecho lesionado (o incluso la existencia misma del derecho), o hace la apariencia de que el infractor ostenta algún atributo sobre la obra, interpretación, producción o emisión objeto de tutela.

74. De más está decir que la acción prohibitoria, dirigida a obtener un pronunciamiento definitivo, no impide solicitar -y acordar-, como providencia provisional, la cesación o suspensión inmediata de la acción ilícita (como “*medida cautelar de protección urgente*”, como la denominan algunas leyes nacionales), bien porque dicha medida figure expresamente entre las que pueden ordenarse, según el ordenamiento aplicable (Colombia, Ecuador, El Salvador, España, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Decisión 351 de la Comunidad Andina), o en virtud de la atribución genérica conferida al Juez, conforme a la ley procesal común, de dictar medidas cautelares innominadas, todo ello sin perjuicio de la disposición que respecto de las medidas provisionales contempla el artículo 50 del ADPIC.

75. La legitimación activa para ejercer la acción prohibitoria corresponde, generalmente, al titular (originario, derivado o por efecto de la ley), del derecho objeto de la infracción, pero queda por analizar el tema de aquellos a quienes no se les ha transferido el derecho, pero que ostentan una licencia, especialmente cuando se trata de una licencia exclusiva.

<sup>23</sup> V.: ASCARELLI, Tullio: “*Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales*”. Ob. Cit. p. 786.

<sup>24</sup> V.: DELGADO PORRAS, Antonio: “*Panorámica de la protección Civil y Penal en materia de Propiedad Intelectual*”. Ed. Cívitas. Madrid, 1988. p. 94.

76. En ese sentido, algunas leyes limitan la legitimación activa a los titulares de cualquiera de los derechos (Ecuador, El Salvador, Honduras, Panamá, Venezuela) al cual varios textos agregan a “*quien tenga la representación legal o convencional*” de ellos (Colombia, Costa Rica, Honduras, República Dominicana), mientras que otras legitiman también a los que ostentan una licencia exclusiva (España, Estados Unidos), al menos respecto de ciertos derechos (Perú).

77. La legitimación pasiva corresponde a todo responsable, por cualquier título, de la actividad infractora.

### **La acción de remoción y destrucción.**

78. Como lo señala Delgado Porras, la actividad infractora, cuando es pasada o presente, se puede concretar en la producción de unos resultados materiales (fabricación de ejemplares) o apoyarse en determinados bienes corporales (moldes, planchas, máquinas, aparatos), de manera que la defensa del derecho implica su remoción o destrucción<sup>25</sup>.

79. Numerosas leyes nacionales contemplan una acción dirigida a obtener el retiro y la destrucción de los ejemplares o copias ilícitamente reproducidos o, incluso, de los aparatos utilizados para el uso ilegítimo (v.gr.: Argentina, Brasil, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, España, Guatemala, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Venezuela), como también figura en la Decisión 351 de la Comunidad Andina).

80. De igual manera forma parte de las previsiones contenidas en el ADPIC, cuando señala que:

*“... para establecer un medio eficaz de disuasión de las infracciones, las autoridades judiciales estarán facultadas para ordenar que las mercancías que se haya determinado que son mercancías infractoras sean, sin indemnización alguna, apartadas de los circuitos comerciales de forma que se evite causar daños al titular del derecho, o que sean destruidas [...] y estarán además facultadas para ordenar que los materiales e instrumentos que se hayan utilizado predominantemente para la producción de los bienes infractores, sean, sin indemnización alguna, apartados de los circuitos comerciales de forma que se reduzcan al mínimo los riesgos de nuevas infracciones ....”* (art. 46).

---

<sup>25</sup> Idem. p. 94.

81. Con las particularidades que pueda tener esta acción en cada una de las leyes aplicables, pueden señalarse como características generales las siguientes:

- a. La legitimación activa corresponde al titular (originario, derivado o por efecto de la ley) de un derecho sobre la obra, interpretación, producción o emisión, que se vea afectado con la producción ilícita de ejemplares que contienen tales bienes intelectuales, a menos que la ley le atribuya también legitimación para el ejercicio de la acción al titular de una licencia exclusiva<sup>26</sup>.
- b. Aunque parezca a primera vista que el derecho lesionado debe ser de carácter patrimonial, puede ocurrir que la ilicitud provenga de la infracción de un derecho moral, por ejemplo, la edición de una obra en cuyos ejemplares se omita el nombre del autor, o si la edición ha sido incorrecta de manera que figuran allí mutilaciones que atentan contra el derecho de integridad.
- c. No obstante, tomando en cuenta que los objetos a retirarse o destruirse son generalmente ejemplares ilícitamente reproducidos o mecanismos usados para su fijación y duplicación, será el titular de un derecho de reproducción quien habitualmente actúe contra el infractor.
- d. Pero la acción de remoción o destrucción puede también ser intentada, en algunos casos, por el titular de un derecho de explotación distinto al de reproducción. Piénsese, por ejemplo, en el titular del derecho de exhibición pública de una obra audiovisual que se ve afectado por la proyección de la película a partir de un ejemplar ilícito y solicita la remoción de dicho soporte para evitar que se continúe con la proyección no autorizada; o el del productor del programa de ordenador que en ejercicio del derecho de autorizar o no la utilización de dicho *software* en unidades centrales con destino al uso multiusuario a través de redes o estaciones de trabajo, pide la remoción del ejemplar que se ha incorporado a la unidad central de proceso (conocido como “*servidor*”), para evitar que se continúe con el uso no autorizado; o el del titular del derecho de escenificación de una obra teatral por estrenarse, y cuya representación queda afectada por la circulación no autorizada de ejemplares que dan a conocer anticipadamente el argumento, y solicita su remoción y destrucción; o el del artista intérprete o ejecutante que autoriza la fijación sonora o audiovisual de su actuación únicamente para fines de archivo, pero la misma es empleada en una comunicación pública no consentida, razón por la cual solicita el retiro del ejemplar que había sido autorizado por él, pero para otros fines.

---

<sup>26</sup> La legitimación activa del titular de una licencia exclusiva podría sustentarse, de acuerdo a las normas de cada sistema nacional, en el derecho adjetivo común, sobre la base del interés directo e inmediato del licenciataria y de los daños y perjuicios que puede causarle el infractor con el proceder ilícito.

- e. La remoción y destrucción de las maquinarias o equipos utilizados para la reproducción puede tener, en algunos textos, ciertas limitaciones, por ejemplo:
- i. En los términos de los ADPIC (a título de obligación mínima para las legislaciones nacionales), cuando dichos materiales “*se hayan utilizado predominantemente para la producción de los bienes infractores*” (hemos destacado) o tomando en cuenta la “*proporción entre la gravedad de la infracción y las medidas ordenadas*” (art. 46).
  - ii. Que los moldes, planchas, matrices, negativos y demás elementos sean utilizados “*exclusivamente*” para la reproducción ilícita (Panamá).
  - iii. Los aparatos, por su naturaleza, no puedan ser utilizados para una reproducción o comunicación diferente (Venezuela);
  - iv. La destrucción se efectúe en la medida necesaria para impedir la explotación ilícita, si los aparatos son susceptibles de otras utilidades (España);
  - v. Se posibilite el que los ejemplares o equipos sean adjudicados al perjudicado/accionante (España, Panamá, República Dominicana, Venezuela), según algunas de las leyes calculados los mismos a precio de costo, deducible de la indemnización a que sea condenado el infractor, aunque esa adjudicación debería depender de la anuencia o solicitud del perjudicado, quien como titular del derecho exclusivo de autorizar o no la reproducción, puede no tener interés en la adjudicación sino en la destrucción de los bienes infractores o que hayan sido utilizados para la trasgresión.
- f. Es posible también que una parte del aparato pueda ser empleado con fines diferentes a la infracción, lo que podría viabilizar, por ejemplo, que el Juez ordenara la separación previa, a costa del infractor, de la parte capaz de emplearse en una actividad permitida.
- g. Generalmente se excluye de la medida al ejemplar ilícito adquirido de buena fe y para el uso personal<sup>27</sup>, a cuyos efectos debe observarse que:
- i. La buena fe se desvirtúa, por ejemplo, si las características externas del ejemplar (empaquete, presentación) no se corresponden con la de aquellos que, conforme es de conocimiento notorio, son los de circulación lícita.

---

<sup>27</sup> Esta excepción aparece en el texto de los ADPIC respecto de las medidas en frontera, cuando se permite a las legislaciones nacionales (de manera que es facultativo), excluir de las mismas a las pequeñas cantidades de mercancías que no tengan carácter comercial y formen parte del equipaje personal de los viajeros o se envíen en pequeñas partidas (art. 60).



- ii. El “*uso personal*” está referido a un solo ejemplar, exclusivamente para el uso individual y no se extiende en consecuencia al “*uso privado*”, que tiene una connotación más amplia, porque se aplica también al empleo por un determinado círculo de personas.

## **La acción de resarcimiento.**

82. Sin perjuicio de lo que dispongan las normas adjetivas comunes en materia de hecho ilícito y de responsabilidad contractual o extra-contractual, muchas legislaciones autorales contemplan específicamente la de exigir la condena al trasgresor por la indemnización de los daños morales y materiales causados con la infracción, aunque alguna de ellas, por excepción, la condicionen a que “*el perjudicado o sus derechohabientes, ejerciten junto con la acción penal, la acción civil correspondiente*” (Honduras).

83. La pretensión indemnizatoria figura en el ADPIC, cuando dispone que:

*“las autoridades judiciales estarán facultadas para ordenar al infractor que pague al titular del derecho un resarcimiento adecuado para compensar el daño que éste haya sufrido debido a una infracción de su derecho de propiedad intelectual, causada por un infractor que, sabiéndolo o teniendo motivos razonables para saberlo, haya desarrollado una actividad infractora”* (art. 45,1).

84. Esa obligación de reparar incluye la de pagar los gastos en que haya incurrido el titular del derecho, los que pueden comprender los honorarios de abogados que sean procedentes (art. 45,2).

85. Pero, además, a título de responsabilidad objetiva, el ADPIC faculta a las legislaciones de los países miembros a permitir a sus autoridades judiciales para conceder reparación por concepto de beneficios y/o resarcimiento por perjuicios, “*aun cuando el infractor, no sabiendo o no teniendo motivos razonables para saberlo, haya desarrollado una actividad infractora*” (art. 45,2, *in fine*).

86. El principio anterior ha sido recogido por algunas legislaciones, al establecer que la responsabilidad del infractor por los daños y perjuicios derivados de la trasgresión, es independiente “*de que haya tenido o no conocimiento de la violación cometida por él*” (v.gr.: República Dominicana).

87. Son aplicables a la acción resarcitoria, *mutatis mutandis*, los aspectos vinculados a la legitimación activa ya apuntados en relación con las acciones declarativa, inhibitoria y de remoción o destrucción.

## La multa en el ámbito de las acciones civiles.

88. Además de la condena indemnizatoria, ciertas leyes (v.gr.: Ecuador, Venezuela), facultan al Juez Civil para aplicar una multa al infractor, incluso convertible en arresto (Venezuela), y que es independiente de la sanción penal que pudiera corresponderle al trasgresor en jurisdicción penal o de la multa aplicable en sede administrativa.

89. Esta sanción pecuniaria no se destina al patrimonio del demandante sino que, como multa, ingresa al patrimonio fiscal

## La publicación de la sentencia.

90. Algunas leyes nacionales (v.gr.: Chile, Paraguay, Perú, República Dominicana, Venezuela), contemplan la posibilidad de que el Juez, a solicitud de la parte interesada, ordene la publicación de la sentencia (o de su parte dispositiva), a costa del infractor, en los periódicos que se indiquen en la misma decisión.

91. Esta publicación puede cumplir varias funciones, por ejemplo, contribuir a despejar públicamente la duda o incertidumbre creada en torno a la autoría de la obra o a la titularidad del derecho por parte del accionante, o la de servir de medio disuasorio para otros contraventores.

# IV

## LAS INDEMNIZACIONES Y EL CÁLCULO DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS

92. El tema del daño y su indemnización en materia de derecho de autor y derechos conexos no deja de tener sus propias particularidades.

93. La primera de ellas está en determinar si, necesariamente, toda infracción genera o no un daño resarcible.

94. En ese sentido, Delgado apunta que:

- a. Si la trasgresión tiene por objeto únicamente alguna de las facultades del *derecho moral*, como los efectos nocivos afectan al ámbito de la personalidad de la víctima y ésta (la personalidad) es incommensurable, no queda otro remedio que aceptar como dañosa esa infracción por el solo hecho de su comisión;

- b. Aunque el acto ilícito no vulnere directamente el derecho moral, sino el derecho de explotación, este derecho exclusivo permite una presencia virtual del *derecho moral*, al garantizar al titular la posibilidad de decidir sobre esa explotación y la de controlar la correcta utilización, razón por la cual toda utilización no autorizada de la obra constituye un evento dañoso, sea por el menoscabo patrimonial que de él se derive, o bien por la interferencia perturbadora que comporta en la articulación entre el derecho moral y el exclusivo de explotación;
- c. En cuanto a aquellas prestaciones que no tienen reconocido un derecho moral (v.gr.: producciones fonográficas, emisiones de radiodifusión, nota nuestra), pero sí derechos exclusivos, parece excesivo afirmar que toda infracción a estos derechos encierra un evento dañoso, pero por lo menos lo que sí debe admitirse es que estas infracciones son “*presumiblemente*” dañosas, correspondiendo al infractor aportar la prueba de la inexistencia de aquél<sup>28</sup>.

95. Cifuentes, por su parte, plantea el que basta probar el hecho (sin que haga distinciones en su planteamiento) para establecer el derecho al cobro de la indemnización por daños<sup>29</sup>, a cuyos efectos expone:

*“Aunque por sistema común de la ley general civil, puede sostenerse que la responsabilidad por hechos ilícitos contra los derechos de autor es de carácter subjetivo, la doctrina y la jurisprudencia han objetivado esa responsabilidad, y basta probar el hecho para establecer el derecho al cobro de la indemnización de los daños”* (hemos destacado)<sup>30</sup>, es decir que es “*ius receptum*” [en los tribunales] “*aquello de que sólo la violación del derecho exclusivo del autor, causa un daño susceptible de apreciación pecuniaria*”. (hemos destacado)<sup>31</sup>.

96. En ese sentido, el magistrado cita la sentencia dictada por la Sala B del Tribunal Nacional de Apelaciones en lo Civil de Argentina (30-4-74), en la cual se afirmó que “*el derecho de autor a reclamar indemnización de los daños y perjuicios resulta del solo hecho de la violación del derecho exclusivo que la ley reconoce a aquel para vender y distribuir su obra*”<sup>32</sup>.

<sup>28</sup> V.: DELGADO, Antonio: “*Sanciones civiles por infracción del derecho de autor y derechos conexos*”. Ob. Cit. p. 14.

<sup>29</sup> V.: CIFUENTES, Santos: “*Daños: Cómo evaluar el resarcimiento por la utilización no autorizada de sus obras. Su incidencia en la jurisprudencia (desde la perspectiva del magistrado)*”, en el libro-memorias del V Congreso Internacional sobre la protección de los Derechos Intelectuales. Buenos Aires, 1990. p. 310.

<sup>30</sup> Idem.

<sup>31</sup> Ibidem. p. 304.

<sup>32</sup> Ibidem. pp. 304-305.

97. El anterior principio aparece recogido en la legislación estadounidense, cuando dispone que quien cometa una infracción al *copyright*, salvo previsión legal en contrario, es responsable de resarcir el daño<sup>33</sup>.

98. La segunda particularidad está en la determinación del *quantum* de los daños y de la correspondiente indemnización.

99. En cuanto al daño moral en específico, es evidente que toda infracción al derecho moral genera un daño afectivo, independientemente de la lesión patrimonial que simultáneamente produzca esa violación, pero ¿cómo estimar y valorar el daño moral por todas y cada una de esas infracciones al derecho moral?

100. El Magistrado Cifuentes aunque admite que es dificultoso, no es imposible, y que el Juez debe valorar las expresiones del espíritu y sus valores traducidos en dinero para la indemnización justa, y se pregunta, por ejemplo, cuánto vale un cuadro plástico; la actuación profesional de un abogado, médico o arquitecto; o un escrito científico, y en orden del derecho moral, desprendido de su faz material, la personalidad de su autor, la creación de su espíritu, etc., y a los efectos del resarcitorio del daño moral pone algunos elementos de referencia, entre ellos, los siguientes:

- a. El tipo de obra (pues señala como ejemplo que no es igual la del poeta a la del creador publicitario).
- b. Sus características más o menos entrañable, según sea el autor, sus herederos o cesionarios legítimos y con facultad exclusiva vigente.
- c. Las condiciones sufrientes del lesionado, entre ellas su dedicación, pues padece más quien vive de su arte o de su ciencia, que aquel que ha creado como al pasar, sin que la creación sea el fin de su existir.
- d. La extensión o repercusión del hecho violador, porque “*es más insoportable la difusión en los mass media, en los carteles publicitarios, por televisión, que en vidrieras o afiches aislados*”.
- e. La calidad de la obra y sus ofertas en otros bienes personalísimos, como el honor, también herido.

---

<sup>33</sup> Cit. LIPSZYC, Delia: “*La observancia del derecho de autor en el Acuerdo sobre los ADPIC. La noción de infracción. Procedimientos y acciones civiles. Medidas cautelares*”. Documento OMPI/DA/PDE/97/14 (a), presentado en el IV Curso OMPI/SGAE de formación sobre derecho de autor y derechos conexos para América Latina. Punta del Este/Montevideo, 1997. p. 4.

f. La imagen personal puesta en la calle.

g. La intimidad de un autor difundida.

h. En fin, finaliza, “*siempre tendrá el juez elementos diferenciadores acumulados: identificadores del dolor, de la trayectoria vital invadida. A ellos debe acudir*”<sup>34</sup>.

101. Una manera de “*objetivar*” el daño moral (en lo que se refiere a la indemnización por la lesión causada al daño moral de integridad), fue la sentenciada por la Sala 2ª del Tribunal Supremo español, cuando dijo que, desde el punto de vista exclusivamente indemnizatorio “*si el demandado transforma ilícitamente el aria de ‘La Tabernera del Puerto’ en una pachanga veraniega, no se ve bien por qué motivo Pablo Solozábal [el autor de la obra, nota nuestra] no puede pedirle como daño su ‘tarifa’ por permitir semejantes cosas, en lugar de tener que acudir al escurridizo valor de afección*”<sup>35</sup>.

102. A título referencial, la ley española dispone que en caso de daño moral procede su indemnización, aun no probada la existencia de perjuicio económico y para su valoración se atenderá a las circunstancias de la infracción, la gravedad de la lesión y el grado de difusión ilícita de la obra.

103. Por su parte, Villalba destaca la importancia de la reparación pecuniaria en esta materia como consecuencia de los ilícitos, porque el daño al patrimonio de los titulares del derecho transgredido se realiza mediante una acción hormiga, según la cual una cantidad de personas en forma anónima se apropia de una pequeña porción y por el otro lado una lesión clandestina y enorme cuyo verdadero volumen queda oculto, razón por la cual –agrega–, la reparación civil conforme a los cánones habituales es insuficiente en cuanto a que su monto no alcance a compensar lo que el titular hubiera logrado en una ventajosa contratación comercial, lo que le hace preguntar: *¿qué rinde más: respetar o transgredir el derecho de autor?*<sup>36</sup>.

104. En otro trabajo, el mismo jurista apunta que son dos los aspectos a tomar en cuenta en relación con el daño resarcible:

a. Que al titular del derecho se le asegure la reparación lo más amplia posible; y,

<sup>34</sup> CIFUENTES, Santos: “*Daños. Cómo evaluar el resarcimiento por la utilización no autorizada de las obras. Su incidencia en la jurisprudencia (desde la perspectiva del magistrado)*”. Ob. Cit. pp. 307-308.

<sup>35</sup> Cit. CARRASCO-PERERA, Ángel: “*Acciones y Procedimientos*”. Ob. Cit. p. 1.661.

<sup>36</sup> V.: 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. Buenos Aires, 1990. pp. 314-315.

- b. Que el infractor se vea privado de todas las ventajas ilegítimas obtenidas y repare el daño de modo tal que el costo de la trasgresión elimine las ventajas del proceder ilícito<sup>37</sup>.

105. A ello debe agregarse, como acota Cinqualbre, que en materia de derechos intelectuales la valuación de la indemnización es aún más compleja que en la de las cosas, ya que generalmente se trata de daños continuos o sucesivos, algunos de los cuales se producen en un lapso más o menos largo, “*donde cada una de las consecuencias del hecho es susceptible de apreciarse separadamente*”<sup>38</sup>.

106. A las consideraciones que anteceden deben agregarse las previsiones del ADPIC cuando establece la obligación para los países miembros de la OMC de contemplar “*recursos ágiles para prevenir las infracciones y de recursos que constituyan un medio eficaz de disuasión de nuevas infracciones* .....” (art. 41,1, hemos destacado).

107. En ese orden de ideas, algunas legislaciones nacionales han incorporado ciertas reglas especiales para la apreciación del daño patrimonial.

108. Para la ley de los Estados Unidos, existen dos sistemas resarcitorios no acumulativos: la acumulación total de los daños reales (“*actual damages and profits*”) y la cuantificación legal del resarcimiento (“*statutory damages*”)<sup>39</sup>:

- a. Conforme al “*actual damages and profits*” el titular del derecho de autor puede demandar por el importe de los daños reales que haya sufrido por la infracción, incluyendo los beneficios obtenidos por el infractor.
- b. De acuerdo al “*statutory damages*”, el damnificado, en cualquier estado del proceso, puede pedir que la cuantía del daño sea fijada por el tribunal, el cual no puede fijar una indemnización menor de U\$ 500,00 ni mayor de U\$ 20.000,00, pero si la infracción fue intencional, el tribunal está facultado para aumentar ese monto hasta U\$ 100.000,00.

---

<sup>37</sup> V.: VILLALBA, Carlos: “*Infracciones y sanciones en derecho de autor y derechos conexos: la evaluación del daño*”. 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. 949.

<sup>38</sup> V.: CINQUALBRE, Pedro R.: “*El resarcimiento como consecuencia de los ilícitos civiles y penales. Modo de calcular los daños y perjuicios. El daño emergente. El lucro cesante y el daño moral*”, en “*Los ilícitos civiles y penales en derecho de autor*”. Iª Conferencia Continental de Derecho de Autor. Iª Conferencia Argentina de Derecho de Autor. Centro Argentino del Instituto Interamericano de Derecho de Autor (IIDA). Buenos Aires, 1981. pp. 155-159.

<sup>39</sup> Cit. LIPSZYC, Delia: “*La observancia del derecho de autor en el Acuerdo sobre los ADPIC. La noción de infracción. Procedimientos y acciones civiles. Medidas cautelares*”. Ob. Cit. pp. 4-5.

109. Cifuentes aboga por la posibilidad de introducir en materia de derecho de autor la figura de los “*punitive damages*”, daño punitivo que trata de desalentar los hechos espurios y que apunta sus miras a la condena del ofensor<sup>40</sup>.

110. En Alemania ha imperado el principio del *dreifache Schadenberechnung*: el daño real (daño emergente y el lucro cesante) o bien, a elección del acreedor, una remuneración equivalente al valor de la cesión del derecho en el mercado (*angemessene Lizenzgebühr*)<sup>41</sup>.

111. No obstante, la fórmula de la *Lizenzgebühr* (es decir, que el deudor de la indemnización no puede ser tratado ni mejor ni peor que un licenciatario contractual), ha sido criticada por la doctrina, en el sentido de que un sistema indemnizatorio basado “*exclusivamente*” en esta regla, acaba con la noción de derecho absoluto (que tienen los derechos intelectuales), además de carecer de valor disuasorio<sup>42</sup>.

112. Otras fórmulas legislativas son las siguientes:

- a. En la ley paraguaya, la indemnización por los daños y perjuicios materiales debe comprender, no sólo el monto que debería haberse percibido por el otorgamiento de la autorización, sino también un recargo mínimo equivalente al 100% de dicho monto, salvo que se pruebe por la parte lesionada la existencia de un perjuicio superior, tomándose en consideración las ganancias obtenidas por el infractor en la comisión del hecho ilícito.
- b. De acuerdo al texto dominicano los daños y perjuicios no pueden ser inferiores, en ningún caso, al mínimo de la multa establecida como sanción penal para la infracción respectiva, en relación con cada violación, lo que, por ser una referencia mínima, admite la prueba de un daño superior en el caso concreto.
- c. En el ordenamiento venezolano se dispone que quien explote una obra u otra prestación administrada por una entidad de gestión colectiva, sin que se le hubiere cedido el derecho correspondiente o se le hubiere otorgado la respectiva licencia de uso, debe pagar, a título de indemnización, un recargo del cincuenta por ciento sobre la remuneración en la tarifa, aplicada durante todo el tiempo en que se haya efectuado la explotación, siempre que no se pruebe un daño superior en el caso concreto, norma que podría ser orientadora para los casos de utilización ilícita de obras, interpretaciones o ejecuciones, producciones o emisiones no administradas por una sociedad de gestión.

<sup>40</sup> V.: CIFUENTES, Santos: “*Delitos y otros ilícitos. Reparación del Daño*”. Ob. Cit. pp. 4 -6.

<sup>41</sup> CARRASCO-PERERA, Ángel: “*Acciones y Procedimientos*”. Ob. Cit. p. 1.666.

<sup>42</sup> Idem. p. 1.669.

113. También existe la solución legislativa de ofrecer al reclamante la opción para el cálculo de los daños y perjuicios, a saber:

- a. En la ley española, el perjudicado puede optar como indemnización, entre el beneficio que hubiere obtenido presumiblemente, de no mediar la utilización ilícita, o la remuneración que hubiera percibido de haber autorizado la explotación.
- b. En el texto nicaragüense la determinación del daño patrimonial atenderá, en particular:
  - i. Al beneficio que hubiera obtenido presumiblemente el perjudicado de no mediar la violación.
  - ii. A la remuneración que éste hubiera percibido de haber autorizado la explotación; y,
  - iii. En el caso de dolo de parte del infractor, a la totalidad de los beneficios que se hayan derivados para éste de la actividad infractora.
  - iv. El perjudicado puede optar como indemnización, por los perjuicios calculados conforme a cualesquiera de las reglas mencionadas y si hubiera optado por varias, será graduada equitativamente por el Juez.
- c. En las leyes de El Salvador y Honduras, para los efectos del cálculo de la indemnización, en lo que se refiere al lucro cesante que deba repararse, se estimará con base en uno de los siguientes criterios, a elección del perjudicado:
  - i. Los beneficios que el titular del derecho habría obtenido previsiblemente, de no haber ocurrido la infracción;
  - ii. Los beneficios obtenidos por el infractor como resultado de los actos de la infracción; y,
  - iii. El precio o regalía que el infractor habría pagado al titular del derecho, si se hubiese concertado una licencia contractual, teniendo en cuenta el valor comercial del objeto del derecho infringido y las licencias contractuales que ya se hubieran concedido.

114. Otro elemento referencial surge del principio reconocido por la doctrina y la jurisprudencia argentinas, cuando se afirma que *“en principio puede sostenerse que campea el tema del enriquecimiento sin causa del que ha violado los derechos*



*de autor*”<sup>43</sup>, pues, como afirma Satanowsky, el autor no tiene que probar que la impresión ilícita ha disminuido su venta, porque nadie tiene el derecho de enriquecerse con el trabajo intelectual ajeno, derecho objetivado, en el dinero ingresado en los bolsillos del mal poseedor<sup>44</sup>.

## V

### LAS MEDIDAS CAUTELARES

#### Generalidades.

115. Apunta Barona Vilar que en los últimos años se ha producido una superación de la teoría clásica de las medidas cautelares –defendida por quienes abogan por la función y los efectos estrictamente de aseguramiento de las mismas–, y se ha sostenido que con ellas se cumple, en muchas ocasiones, una función que alcanza incluso la propia anticipación de la resolución que en su día se dicte, de modo que se supera el término tradicional de “*cautela*”, convirtiéndose las medidas cautelares en aquellos instrumentos que aseguran la efectividad de la sentencia que se pronuncie en su oportunidad<sup>45</sup>.

116. En cualquier caso, conforme al ADPIC (art. 50,1), las “*medidas provisionales*” para la observancia de los derechos de propiedad intelectual deben ser rápidas y eficaces, destinadas a:

- a. Evitar que se produzca una infracción.
- b. Preservar las pruebas pertinentes relacionadas con la presunta ilicitud.

117. Como regla general, tales providencias proceden cuando, en criterio del Juez que las decreta, existe una presunción grave de la existencia de la infracción o se presta caución o garantía suficientes para garantizar los resultados del proceso.

118. La efectividad de dichas medidas supone que sean acordadas *inaudita altera parte*, como lo contempla el texto ADPIC al disponer que las autoridades judiciales de los países miembros de la OMC están facultadas para adoptar medidas provisionales, cuando ello sea conveniente, sin haber oído a la otra parte, en particular, cuando haya probabilidad de que cualquier retraso cause un daño irreparable

<sup>43</sup> V.: CIFUENTES, Santos: “*Daños. Cómo evaluar el resarcimiento por la utilización no autorizada de las obras. Su incidencia en la jurisprudencia (desde la perspectiva del magistrado)*”. Ob. Cit. p. 311.

<sup>44</sup> Cit. CIFUENTES, Santos: Ob. Cit. p. 305.

<sup>45</sup> V.: BARONA VILAR, Silvia: “*Tutela cautelar en materia de propiedad intelectual*”, en “*Los derechos de propiedad intelectual en la nueva sociedad de la información*”. Granada, 1998. pp. 111-147.

al titular de los derechos, o cuando haya un riesgo razonable de destrucción de las pruebas (art. 50,2).

119. Las medidas cautelares tienen entre sus finalidades, como lo señalan algunas legislaciones (v.gr.: Ecuador, El Salvador, España, Guatemala, Nicaragua, Panamá), una protección “urgente”, lo que supone una inmediatez entre la solicitud y su concesión, pues cualquier demora podría causar un perjuicio grave, a cuyos efectos –apunta Delgado–, debería presumirse que toda infracción es dañosa y que la naturaleza irreparable de los daños es algo más que normal<sup>46</sup>.

120. Coincide Lipszyc en esa apreciación, al señalar que la facilidad con que se pueden hacer desaparecer las pruebas de los ilícitos contra el derecho de autor y los derechos conexos, así como el carácter efímero de muchas de las violaciones, determinan que, en principio, el peligro en la demora debe presumirse<sup>47</sup>.

121. Para avalar los comentarios anteriores, basta con citar algunos ejemplos:

- a. Muchos actos de comunicación pública tienen una breve duración, como ocurre con la transmisión de una obra por radiodifusión o con la ejecución de un repertorio de obras en un concierto, de modo que las medidas cautelares (v.gr.: el cese inmediato de la actividad ilícita y el embargo de los beneficios derivados de la utilización), tienen que ser expeditas, pues de lo contrario no se evitaría la comisión del ilícito o se perdería la oportunidad de asegurar los resultados del juicio en cuanto a una futura condena al infractor por daños y perjuicios.
- b. La mayoría de las reproducciones ilícitas se producen de manera clandestina, en “laboratorios” de fácil movilidad, de suerte que la tardanza en la ejecución de la medida (v.gr.: el secuestro de los ejemplares ilegítimos y de los equipos empleados para la reproducción), puede hacer inútil la providencia cautelar.
- c. El uso y el copiado de obras contenidas en soportes digitales permite, a su vez, un “borrado” casi instantáneo ante la menor sospecha de la actuación por parte del agraviado, de manera que la demora en la ejecución de la medida puede permitir la desaparición de las pruebas.
- d. La distribución de la obra, especialmente mediante la puesta en el comercio de ejemplares ilícitos se produce, las más de las veces, mediante actos come-

---

<sup>46</sup> V.: DELGADO PORRAS, Antonio: “Sanciones civiles por infracción del derecho de autor y derechos conexos”. Ob. Cit. p. 21.

<sup>47</sup> V.: LIPSZYC, Delia: “Derecho de autor y derechos conexos”. Ob. Cit. p. 584.

tidos por numerosas personas en diferentes lugares, de modo que sólo una pronta actuación de la autoridad competente puede impedir que se produzca un daño irreparable, una vez que dichos ejemplares son adquiridos por el público.

## **Las principales medidas preventivas previstas en las leyes nacionales.**

122. Sin perjuicio de la aplicación suplementaria del sistema cautelar común, la previsión de medidas preventivas especiales en materia de derecho de autor y derechos conexos es generalizada en las leyes nacionales e instrumentos comunitarios en América Latina (Argentina, Brasil, Colombia, Chile, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, España, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay, Venezuela y Decisión 351 de la Comunidad Andina), y sobre las comúnmente adoptadas en la legislación comparada latinoamericana, nos ocuparemos a continuación.

123. Se trata de una enumeración enunciativa, tomando en cuenta que la autoridad judicial debe adoptar todas las medidas cautelares de “*protección urgente*” que resulten necesarias para evitar que se inicie o continúe una infracción o con el fin de obtener las pruebas de la violación del derecho.

124. Ese carácter de *numerus apertus* permite al Juez adoptar cuantas medidas sean necesarias, según las circunstancias<sup>48</sup>.

125. En efecto, tomando en cuenta los principios orientadores del artículo 50,1 del ADPIC, cobran singular importancia las medidas cautelares “*innominadas*” pues, como acota Podetti:

*“El órgano jurisdiccional está obligado a proveer todos los medios necesarios para asegurar la eficacia de sus pronunciamientos. Para evitar la desconfianza o el menosprecio de la Justicia y salvaguardar el imperio de las decisiones, corresponde a los Jueces hacer lugar a medidas cautelares que sirviendo a los fines del proceso tiendan a dar efectividad a la sentencia definitiva. El hecho de que una medida precautoria no esté expresamente legislada no obsta a su procedencia, toda vez que por aplicación de los ‘principios de la legislación vigente’ corresponde acordarla para asegurar el resultado de un juicio”<sup>49</sup>.*

<sup>48</sup> V.: VEGA VEGA, Antonio: “Nuevas tecnologías y protección de la propiedad intelectual”, en “Nuevas tecnologías y propiedad intelectual” (Coordinador: Carlos Rogel Vides). Ed. Reus. Madrid, 1999. p. 193.

<sup>49</sup> Cit. LIPSZYC, Delia: “Las medidas precautorias”, en “Los ilícitos civiles y penales en derecho de

## **La suspensión inmediata de la actividad infractora.**

126. La suspensión inmediata de los actos transgresores (v.gr.: reproducción, distribución o comunicación pública no autorizadas), prevista expresamente en muchos textos nacionales (Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, España, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y en la Decisión 351 de la Comunidad Andina), tiene como finalidad evitar que se inicie o continúe la infracción mientras se dicta la sentencia que ordene el cese definitivo de la actividad ilícita.

127. La suspensión del acto ilícito lleva implícita la prohibición para el infractor de reanudarlo, pues de lo contrario la medida carecería de sentido, tomando en cuenta que una de las finalidades de las providencias cautelares es evitar que se reincida en una conducta ya realizada, aunque a mayor abundamiento y con fines meramente ejemplificativos, esa medida figura también de modo expreso en algunos textos nacionales (v.gr.: El Salvador, España, Honduras, Panamá, Paraguay, Perú).

## **El secuestro de todo lo que constituya violación del derecho.**

128. Ya el Convenio de Berna contiene una disposición según la cual “*toda obra falsificada podrá ser objeto de comiso en los países de la Unión en que la obra original tenga derecho a la protección legal*” (art. 16,1), al tiempo que el ADPIC señala que las medidas provisionales están destinadas, entre otras cosas, a “*evitar que las mercancías falsificadas ingresen a los circuitos comerciales...*” (art. 10,1,b).

129. Sin embargo, ambas previsiones resultarían insuficientes a los efectos de evitar la continuación del ilícito, si se toma en cuenta que la medida cautelar no puede estar dirigida, únicamente, a los ejemplares ilícitamente reproducidos o a aquellos destinados a su circulación comercial, sino también al material, soportes o equipos empleados para su producción, como lo establecen muchas legislaciones nacionales (v.gr.: Ecuador, España, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Venezuela) y la Decisión 351 de la Comunidad Andina, en concordancia con el artículo 46 del ADPIC.

130. Nada distinto ocurre con los equipos empleados para una comunicación pública no autorizada o con los dispositivos utilizados para desactivar sistemas des-

---

autor”. IIª Conferencia Continental de Derecho de Autor. Iª Conferencia Argentina de Derecho de Autor. Centro Argentino del Instituto Interamericano de Derecho de Autor (IIDA). Buenos Aires, 1981. pp. 68-74.

tinados a impedir o restringir la realización de copias, o dirigidos a eludir los mecanismos tecnológicos de autotutela dispuestos por el titular del derecho infringido (o con su autorización), para impedir o controlar el uso no autorizado de las obras, interpretaciones o ejecuciones, producciones o emisiones protegidas por la ley.

### **El embargo de los ingresos obtenidos por la actividad ilícita.**

131. Muchas transgresiones al derecho de autor y a los derechos conexos tienen, como se ha visto, un carácter efímero (como por ejemplo, en los recitales, conciertos y otros espectáculos públicos), a veces bajo la responsabilidad (verdadera o encubierta) de “*empresarios transfugas e insolventes*”, contra quienes sería muchas veces imposible la ejecución de la sentencia condenatoria por daños y perjuicios.

132. De allí que la mayoría de las legislaciones nacionales iberoamericanas contemplen la posibilidad del embargo (o del secuestro preventivo) de los ingresos obtenidos por la explotación ilícita o, en su caso, de las cantidades debidas en concepto de remuneración (v.gr.: Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, España, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Venezuela).

133. Pero el embargo limitado a las sumas que corresponderían al agraviado en concepto de remuneración por la explotación de su obra, interpretación o ejecución, producción o emisión, podría ser insuficiente en muchos casos para garantizar las resultas del proceso, pues al momento de la ejecución de la sentencia no habría líquido sobre el cual asegurar el pago de la indemnización por los daños morales o materiales que se acordaran en el pronunciamiento judicial y el de las costas procesales.

134. Por ello la posibilidad de decretar, conforme a las normas de la ley procesal común, medidas cautelares sobre otros bienes pertenecientes al presunto infractor.

### **Los requisitos para el decreto de medidas cautelares.**

135. El ADPIC dispone que las autoridades judiciales de los países miembros de la OMC están facultadas para decretar las medidas preventivas siempre que el solicitante presente las pruebas de que razonablemente disponga con el fin de establecer un grado suficiente de certidumbre de que es el titular del derecho y de que el mismo va a ser objeto inminentemente de una infracción (art. 50,3).

136. Del mismo modo, faculta a dichas autoridades para ordenar al solicitante que aporte una fianza o garantía equivalente que sea suficiente para proteger al demandado y evitar abusos (art. 50,3 *in fine*).

137. La prestación de una caución no constituye una obligación, sino una potestad para el Juez, de modo que algunas legislaciones han adoptado previsiones específicas en torno al tema, especialmente en cuanto a:

- a. Facultar a la autoridad judicial para la exigencia de dicha caución “*si lo estima necesario*” (España, Guatemala, Nicaragua) o “*atentas las circunstancias*” (Ecuador).
- b. Prever que si las medidas cautelares se solicitan con la demanda o con posterioridad a ésta, no es necesario constituir garantía alguna (Guatemala).
- c. Disponer que las medidas cautelares serán acordadas siempre que se acredite la necesidad de la medida “o” se acompañe un medio de prueba que constituya, por lo menos, una presunción de la violación del derecho que se reclama, “*sin necesidad de presentar contracautela*” (Paraguay).
- d. Exigir para la procedencia de las providencias cautelares que se acredite su necesidad “y” se acompañen medios probatorios acerca de la verosimilitud de la existencia de la violación del derecho (Perú), sin exigir para las mismas la presentación de fianza o garantía.
- e. Señalar que el juez debe hacer constar en la inspección que practique la presunción grave de cualquier acto violatorio y proceder de inmediato al embargo conservatorio o secuestro de todo lo que constituya infracción y de los aparatos utilizados para cometerla, ordenando al trasgresor el cese inmediato de la actividad ilícita, a cuyos efectos el demandante extranjero transeúnte no está obligado a prestar la fianza *judicatum solvi* a que se refieren las normas del derecho común (República Dominicana).
- f. Declarar la procedencia de las medidas de secuestro y embargo cuando se acompañe un medio probatorio que constituya presunción grave del derecho que se reclama “o” si dicha presunción surge en la práctica de algunas de las pruebas que practique el propio Juez antes de resolver sobre la solicitud del decreto cautelar (Venezuela), de manera que la caución o garantía para la procedencia de tales medidas sólo procedería a falta del cumplimiento de los requisitos indicados.

138. El carácter facultativo de la fianza o caución (o incluso su omisión si existen *prima facie* elementos razonables de convicción acerca de la verosimilitud de la

presunta infracción), tiene una particular importancia en materia de derecho de autor y derechos conexos, en particular por las razones siguientes:

- a. Las infracciones a los derechos intelectuales no constituyen actos aislados, sino que se producen de modo simultáneo en diferentes lugares y momentos, por parte de distintas personas, de modo que la exigencia al titular de los derechos de la presentación de garantías para asegurar los resultados del proceso en cada uno de los casos, puede atentar contra una protección ágil, suficiente, efectiva y disuasoria, en los términos contemplados en el propio ADPIC.
- b. Piénsese, por ejemplo, en los actos de “piratería” de obras escritas, grabaciones sonoras o audiovisuales y programas de computación, o en las infracciones a los derechos de comunicación pública en un sinnúmero de lugares y que tienen por objeto todo un repertorio nacional y extranjero, administrado por la sociedad de gestión colectiva existente en el país donde se reclama la protección.
- c. Las anteriores consideraciones cobran especial relevancia cuando se le acredita al Juez un medio de prueba que constituya una presunción grave de la infracción o esa apreciación surge de la inspección u otro mecanismo probatorio que practique la misma autoridad judicial.
- d. De allí que el propio ADPIC, al referirse a las medidas provisionales en fronteras (en principio aplicable en general a todo el sistema cautelar), alerte que el requisito de la fianza o garantía “no deberá disuadir indebidamente del recurso a estos procedimientos” (art. 53,1).

139. La titularidad del derecho por parte del accionante y la presunción grave de la violación, permiten cualesquiera de los medios probatorios admitidos en derecho, pero pueden mencionarse especialmente los siguientes:

- a. Las presunciones de autoría y titularidad de los derechos estudiadas en la unidad 2 del módulo II de este curso.
- b. La inspección que practique el Juez en el lugar donde ocurre la presunta infracción.
- c. La falta de acreditación, por parte del presunto trasgresor, de la cesión demostrativa de una transferencia de derechos en su favor o, en su caso, de la licencia que lo autorice al uso del bien intelectual protegido, en ambos supuestos de acuerdo a la modalidad de utilización transferida o licenciada, según corresponda, de cuya ausencia surge la presunción por la cual, salvo disposición expresa de la ley, es ilícita toda explotación de la obra (o de la interpretación o ejecución artística, producción fonográfica o emisión de ra-

diodifusión, si se trata de derechos exclusivos), sin el consentimiento expreso del titular del respectivo derecho.

- d. La omisión de la prueba del pago, en el caso de las licencias sometidas al sistema de remuneraciones periódicas, como es el caso de muchas de las que otorgan las entidades de gestión colectiva para el uso habitual del repertorio que administran.

### **Las medidas cautelares y el procedimiento instructorio anticipado.**

140. De acuerdo al ADPIC (art. 50,6), las medidas preventivas pueden decretarse y ejecutarse antes de haberse iniciado el procedimiento conducente a una decisión sobre el fondo del asunto, es decir, sin haberse introducido todavía la demanda principal, pero tales providencias deben ser levantadas si dicha demanda no se introduce en un plazo que, a falta de disposición expresa en la legislación aplicable, no puede ser superior a 20 días hábiles o 31 días naturales, si este plazo fuera mayor.

141. Sobre estas medidas cautelares “antes del proceso”, conocidas también como “procedimiento instructorio anticipado”, comenta Rengel Romberg:

*“En estos casos no se trata de actos de jurisdicción voluntaria, en los cuales el Juez interviene en la formación y desarrollo de situaciones jurídicas de los interesados [...] sino de una providencia cautelar específica, de carácter instructorio anticipado [...] Admitir lo contrario y abstenerse el juez de practicarlas, por resistencia del sujeto afectado, haría letra muerta todo el sistema de protección de los derechos de autor [...] y haría incurrir al juez en el delito de denegación de justicia [...]. Se trata, pues, de una providencia judicial, instructoria y anticipada, vinculada a un proceso futuro [...] y la única facultad que concede la ley a la parte contra quien obre, es la de hacerla levantar si al vencimiento de treinta días continuos [en la ley venezolana, nota nuestra], desde su ejecución, no se hubiere comprobado la iniciación del juicio principal”<sup>50</sup>.*

142. También sobre el particular apunta Lipszyc que:

*“... debe tenerse en cuenta que las medidas precautorias que tengan la finalidad de instrucción preventiva o anticipada para el asegura-*

---

<sup>50</sup> V.: RENGEL ROMBERG, Arístides: “Medidas cautelares en la ley venezolana sobre el derecho de autor”, en el libro-memorias del Congreso Internacional sobre la protección de los Derechos Intelectuales. Caracas, 1986. p. 268.



*miento de pruebas, constituyen medidas identificatorias que benefician tanto a quien las solicita como a quien están dirigidas, pues permitirán establecer durante el curso del proceso si con determinado objeto y no con otro se han infringido legítimos derechos”<sup>51</sup>.*

143. Si bien la figura del procedimiento instructorio anticipado aparece en la legislación procesal común de muchos países, ha sido incorporada de modo expreso en varias legislaciones sobre derecho de autor y derechos conexos (v.gr.: Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, España, Guatemala, Nicaragua, Paraguay, Perú, República Dominicana, Venezuela).

---

<sup>51</sup> LIPSZYC, Delia: “Las medidas precautorias”. Ob. Cit. p. 71.

# Módulo

# VI

## *La protección del derecho de autor y los derechos*

## *conexos o afines en el ámbito administrativo y judicial*

### UNIDAD 4

#### LA TUTELA PENAL

Generalidades - Naturaleza jurídica - La ubicación - La tipicidad - La situación en el Convenio de Berna - Las disposiciones penales en el ADPIC – Las previsiones de los Tratados de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA) y sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (TOIEF) – La penalidad - Los principales delitos tipificados en las leyes nacionales – Medidas cautelares.



# I

## GENERALIDADES

1. Por muchos años las infracciones al derecho de autor y los derechos conexos fueron vistas como atentatorias, únicamente, de los intereses particulares del autor, artista, productor o emisor, según los casos, de modo que las viejas tendencias legislativas apuntaban a:

- a. Estimar que una protección suficiente podía concederse a través de las acciones civiles o administrativas y las reparaciones al agraviado por los daños y perjuicios sufridos.
- b. Penalizar las conductas más graves con sanciones casi siempre “*benignas*”.
- c. Considerar a los delitos contra el derecho de autor o los derechos conexos – cuando eran tipificados como tales –, de acción privada, de modo que su enjuiciamiento sólo era posible mediante la querrela acusatoria de la parte agraviada.

2. La situación comenzó a revertirse, entre otras razones, cuando:

- a. Los países asumieron compromisos internacionales para proteger las obras, interpretaciones o ejecuciones, producciones y emisiones, de modo que eran los estados los primeros obligados a asegurar su cumplimiento.
- b. La comunidad internacional reconoció expresamente al derecho de autor como un Derecho Humano, de suerte que muchas violaciones se consideraron atentatorias, directamente, contra uno de los atributos fundamentales del Hombre.
- c. Se evidenció la interrelación entre el derecho de autor y el derecho a la cultura, de modo que la protección del primero constituía un factor fundamental para el estímulo a la creatividad y a la producción de nuevos bienes culturales.
- d. Las modernas tecnologías incrementaron abismalmente las posibilidades de explotación de las obras, prestaciones, producciones y emisiones protegidas, dando lugar al surgimiento de un sinnúmero de actividades industriales y comerciales, afectadas todas con las infracciones a los derechos autorales y conexos, de manera que dichas violaciones ingresaron a las modalidades de criminalidad económica.

- e. Las transgresiones a los derechos intelectuales comenzaron a afectar también a las fuentes de empleo y a los ingresos del fisco, en fin, a la riqueza de los países.
- f. Muchas de las modalidades de ilicitud resultaban el producto de organizaciones delictivas y no de simples “*travesuras*” inocentes y personales.
- g. El derecho de autor y los derechos conexos ingresaron a los convenios internacionales sobre comercio, cuyos compromisos podían conducir a los países donde no se ofrecía una protección eficaz y disuasiva, a mecanismos de solución de controversias, con la posibilidad de sanciones comerciales a nivel internacional.

3. Por ello, no obstante las tendencias que consideraban conveniente la despenalización de algunas conductas, muchos de sus defensores admitieron la necesidad de punir al menos las acciones dolosas infractoras de los derechos intelectuales<sup>1</sup>, incluso al reconocer que delitos como la piratería se agravaban en función de la moderna tecnología, “*característica que estos ilícitos presentan en común con la criminalidad económica y con otras formas tradicionales de criminalidad transnacional*”<sup>2</sup>.

4. Ya a mediados del Siglo XX, antes de las modernas tecnologías comunicacionales alámbricas o inalámbricas y de la “*era digital*”, Mouchet y Radaelli destacaban que los ataques a los derechos autorales constituían, por lo general, una ofensa a la personalidad del autor (v.gr.: en la usurpación de la paternidad); una violación al patrimonio espiritual de la sociedad, como en las deformaciones o mutilaciones de las obras; o una lesión al decoro y a la dignidad de un país, como en las ediciones clandestinas de autores extranjeros<sup>3</sup>.

5. Pero a la luz de muchas legislaciones promulgadas antes de la década de los años 80, resultaba una paradoja que mientras se imponía un severo reproche a quien hurtaba un bien corporal ajeno (por modesto que fuera su valor), quedaba impune, por falta de previsión legal, la explotación sin autorización de la obra de otro; que se juzgaba punible la falsificación o alteración de un documento, pero no la mutilación o deformación de una creación intelectual; que existía sanción para el hurto del

<sup>1</sup> V.: DA ROCHA, Joaquín P.: “*Normas penales. Conveniencia de su inclusión en el Código Penal. Política Criminal*”, en “*Temas de derecho de autor, afines y conexos*”. Centro Argentino del Instituto Interamericano de Derecho de Autor (IIDA). Buenos Aires, 1983. p. 37.

<sup>2</sup> V.: ZAFFARONI, Eugenio Raúl: “*Reflexiones político-criminales sobre la tutela penal de los derechos de autor*”, en el libro-memorias de la IIa. Conferencia Continental de Derecho de Autor. Instituto Interamericano de Derecho de Autor (IIDA). Buenos Aires, 1981. p. 88.

<sup>3</sup> V.: MOUCHET, Carlos y RADAELLI, Sigfrido: “*Los derechos del escritor y del artista*”. Ed. Suramericana. Buenos Aires, 1957. pp. 176-180.

fluido eléctrico, al tiempo que no se contemplaba una pena siquiera similar para la distribución de una señal tomada del satélite con el fin de beneficiarse de la utilización de los programas así transmitidos; se castigaba la apropiación del dinero ajeno, pero no el apoderamiento de lo perteneciente a autores, artistas y productores con la reproducción, distribución o comunicación de las obras y prestaciones sin el consentimiento de los titulares del respectivo derecho, ni el pago de la correspondiente remuneración.

6. La situación se complicó en las dos últimas décadas del siglo pasado en la medida en que la tecnología comenzó a facilitar la fijación y duplicación a bajo costo de obras escritas, incluidos los programas de computación, las grabaciones sonoras y audiovisuales, y las interpretaciones artísticas, así como la reemisión de las transmisiones del organismo de origen o la circulación de los bienes intelectuales protegidos a través de las redes digitales y las “*superautopistas de la información*”.

7. Es así como comenzó a llamarse la atención en cuanto a que las sanciones penales en esta materia se justificaban atendiendo a la lesión causada al titular del respectivo derecho, al interés general y al de la posición internacional de los estados<sup>4</sup>.

8. También se ha señalado que una de las características propias de la obra es la dificultad de su custodia y que su condición de bien inmaterial y el don de su ubicuidad la hacen incompatible con esa custodia física, de modo que la protección depende por entero de la tutela jurídica<sup>5</sup>.

9. Un ejemplo de la voluntad manifestada por la comunidad internacional en torno al tema se dio con las resoluciones unánimes adoptadas por las delegaciones gubernamentales y diversos organismos multilaterales con motivo de los dos foros mundiales convocados por la OMPI sobre la piratería de grabaciones sonoras y audiovisuales (1981) y de radiodifusiones y obras impresas (1983), donde se destacó el daño que se generaba a las culturas nacionales, a la economía y al nivel de empleo, recomendando a los legisladores nacionales la previsión de sanciones efectivas, especialmente las de orden penal<sup>6</sup>.

10. El compromiso de sancionar penalmente las principales conductas infractoras del derecho de autor o los derechos conexos figura en el ADPIC (art. 61) como

---

<sup>4</sup> V.: HUNG VAILLANT, Francisco: “*Algunos aspectos de la protección del Derecho de Autor en Venezuela*”. Ob. Cit. pp. 79-80.

<sup>5</sup> V.: VILLALBA, Carlos y LIPSZYC, Delia: “*El Derecho de Autor en la Argentina*”. Ob. Cit. p. 267.

<sup>6</sup> Las memorias de ambos foros fueron publicadas por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), Ginebra, bajo los Nos. 640 (1981) y 646 (1983), respectivamente.

se estudiará más adelante, en el Tratado del Grupo de los Tres (G3) entre Colombia, México y Venezuela (art. 18-31<sup>7</sup>) y en la Decisión 351 vinculante para todos los países miembros de la Comunidad Andina (art. 57,d<sup>8</sup>).

11. De acuerdo a todos esos instrumentos, la previsión penal de las conductas descansa sobre dos principios fundamentales:

- a. Las sanciones deben ser suficientemente disuasivas, entre otras cosas para evitar, en lo posible, nuevas violaciones por parte del infractor e incluso por terceros.
- b. La pena debe ser equivalente a la aplicable para otros delitos de similar magnitud.

## II NATURALEZA JURÍDICA

12. Sin ánimo exhaustivo, las principales teorías acerca de la naturaleza de los delitos contra el derecho de autor y los derechos conexos, pueden resumirse así:

- a. La falsificación.
- b. La defraudación.
- c. El hurto.
- d. La usurpación.
- e. La teoría de los delitos *sui generis*.

13. La falsificación fue acogida por la ley francesa de 1798 (“*contrefaçon*”) y en ella se inspiró la italiana de 1882 (“*contraffazione*”).

14. Pero mientras la ley francesa de 1957 mantenía esa orientación<sup>9</sup>, la italiana, desde 1925, eliminaba dicha terminología.

---

<sup>7</sup> “Las Partes contemplarán en sus legislaciones medidas disuasivas suficientes de prisión, multa o ambas, para sancionar las infracciones a los derechos reconocidos en este capítulo, equivalentes al nivel de las sanciones que se aplican a delitos de similar magnitud ...”.

<sup>8</sup> “La autoridad nacional competente, podrá asimismo ordenar lo siguiente: ... d) Las sanciones penales equivalentes a aquellas que se aplican a delitos de similar magnitud”.

<sup>9</sup> La ley francesa se remitía en ese sentido al Código Penal, cuyo artículo 425 rezaba: “Toda edición de escritos, de composiciones musicales, de dibujos, de pintura o cualquier otra producción impresa o grabada, total o parcialmente, con infracción de las leyes y reglamentos relativos a la propiedad de los autores, es una falsificación; y toda falsificación es un delito”.

15. La acción de falsificar tiene dos acepciones: por una parte, significa adulterar o corromper; y por la otra, es sinónimo de contrahacer una cosa material o inmaterial<sup>10</sup>.

16. A su vez, contrahacer equivale a remedar, imitar o copiar<sup>11</sup>, es decir, duplicar o reproducir.

17. La falsificación podría explicar entonces los delitos donde se infringe el derecho de reproducción, pero no aquellos que atentan, por ejemplo, contra los morales de divulgación e integridad, o el patrimonial de comunicación pública, si la acción no consiste en la producción indebida de ejemplares (v.gr.: el estreno no autorizado de una obra teatral o la retransmisión mutilada de una obra radiodifundida)<sup>12</sup>.

18. Concebir al derecho de autor como una simple propiedad (cuando se afirma que se trata de una disciplina que tiene sus propias particularidades, especialmente por su composición en facultades morales y de explotación), también parece incorrecta<sup>13</sup> y llevó a algunos legisladores a conceptuar a los delitos que lo infringen como de defraudación, no obstante que estos lesionan fundamentalmente al patrimonio económico, al tiempo que existen violaciones al derecho de autor que afectan los intereses de orden moral, como en los delitos de sustitución de paternidad y en los de mutilaciones de las obras protegidas.

19. La tesis ha sido criticada, además, por falta de rigor científico, ya que en el fondo de la defraudación está siempre presente el fraude, el cual equivale a engaño, con una repercusión patrimonial<sup>14</sup>, de modo que se la emplea arbitrariamente para designar y clasificar infracciones que no tienen nada de común entre sí, ni con el mencionado delito en los códigos penales<sup>15</sup>.

---

<sup>10</sup> V.: GOLDSTEIN, Raúl: “Diccionario de Derecho Penal y Criminología”. Ed. Astrea. Buenos Aires, 1978. p. 341.

<sup>11</sup> V.: SAINZ DE ROBLES, F.C.: “Diccionario español de sinónimos y antónimos”. Ed. Aguilar. Madrid, 1981. p. 273. En el mismo sentido, el Diccionario de la Lengua Española (XXa. edición. Espasa-Calpe. Madrid, 1984), señala que falsear es sinónimo de adulterar o contrahacer (Tomo I, p. 269), mientras que contrahacer equivale a imitar o remedar (Tomo I, p. 370). Por su parte, Capitán indica que “falsificación artística o literaria” es “toda edición de escritos, composiciones musicales, dibujos, pinturas o cualquier otra producción, impresa o grabada totalmente o en parte, contraviniendo las leyes y reglamentos relativos a la propiedad de sus autores” (CAPITANT, Henri: “Vocabulario Jurídico”. Ed. De Palma. Buenos Aires, 1981. pp. 275-276.

<sup>12</sup> Así, por ejemplo, el Código de Derecho de Autor de Portugal, que utiliza para unos delitos la denominación de usurpación, y para otros el de falsificación (“*contrafacção*”), emplea esta última como sinónimo de reproducción.

<sup>13</sup> En contra, v.: LA TORRE, Virgilio: “Protección penal del derecho de autor”. Ed. Tirant lo blanch. Valencia, 1994, pp. 81-85.

<sup>14</sup> V.: VEGA VEGA, José Antonio: “Derecho de Autor”. Ob. Cit. p. 178.

<sup>15</sup> V.: MOUCHET y RADAELLI: “Los derechos del escritor y del artista.”. Ob. Cit. pp. 189-190.



20. La teoría del hurto también parte de la concepción del derecho de autor como una propiedad y, por tanto, resulta igualmente forzada la ubicación allí de ciertos ilícitos contra los derechos intelectuales, incluso en su variante de hurto específico.

21. En efecto, no existe ninguna adecuación de los delitos contra el derecho de autor al hurto definido por los códigos penales, cuando se exige el “*apoderamiento*” de un “*objeto mueble*” perteneciente a otro para aprovecharse de él, “*quitándolo*”, sin el consentimiento de su dueño, “*del lugar donde se halle*”.

22. Es imposible la adaptación de esta figura a supuestos de hecho donde no aparecen los elementos de “*quitar*” y “*trasladar de lugar*” sino, en cualquier caso, el aprovechamiento indebido de las obras protegidas por el derecho de autor o de las prestaciones, producciones y emisiones tuteladas en el marco de los derechos conexos.

23. No parece posible pensar que se pueda trasladar el pensamiento, ni hablarse de hurto si se deforma o mutila una obra del ingenio o una interpretación artística, se ejecuta sin autorización una obra musical, se fija un programa de ordenador en un soporte magnético o se le distribuye a través de redes o estaciones de trabajo; se realiza la comunicación pública de un fonograma sin pago de remuneración o se transmite por televisión una obra audiovisual sin el consentimiento del titular, para poner algunos ejemplos.

24. La usurpación tiene varios significados: en materia de propiedad, se le entiende como el despojo o alteración de derechos reales ajenos; en cuanto a los intereses inmateriales, a la apropiación de la fama o la reputación de otro; pero en ciertos sistemas penales se le concibe de forma distinta, para sancionar la arrogación indebida de funciones, títulos u honores.

25. Así, la usurpación podría explicar la figura del plagio, como apropiación de la paternidad de la obra ajena, pero no los atentados contra el derecho de divulgación (si se indica correctamente el nombre del autor), que afecten la integridad de la obra o constituyan una reproducción no autorizada, una distribución de ejemplares ilegítimos o la comunicación pública sin el consentimiento del titular del respectivo derecho.

26. Partiendo de la concepción de Picard, para quien la clasificación tradicional de los derechos (reales, personales y obligacionales) es incompleta, pues existe una nueva categoría: los derechos intelectuales o “*iure in re intellectualli*”<sup>16</sup>, se ha

---

<sup>16</sup> PICARD, Edmond: “*Embriologie Juridique*”, cit. por JESSEN, Henry: “*Derechos Intelectuales*” (traducción de Luis Grez Zuloaga). Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1970. p. 33; y LASSO DE LA VEGA, Javier: “*El contrato de edición*”. Ed. Estades. Madrid, 1949. p. 21.

sostenido que los ilícitos contra el derecho de autor son “*sui generis*”, atendiendo a la especialidad y autonomía de la disciplina, de modo que los hechos punibles que la afectan no pueden asimilarse a las figuras comunes, particularmente cuando éstas se dirigen a proteger intereses de diferente naturaleza, especialmente por la compleja estructura de los derechos de “*propiedad intelectual*”.

27. Con independencia de la adhesión o no a la teoría de Picard, la postura mayoritaria en la doctrina iberoamericana apunta hacia la autonomía de los delitos atentatorios a los derechos autorales y conexos<sup>17</sup> y opta por la necesidad de buscar figuras bien definidas, evitando el uso de vocablos en el tipo legal que faciliten la indebida equiparación a otras, concebidas con miras a intereses distintos.

28. La confusión que plantea la descripción de los ilícitos autorales con la terminología propia de tipos diferentes, se evidenció en la Argentina, cuando las primeras sentencias penales que aplicaron la ley 11.723 de 1933 sobre Propiedad Intelectual (cuyo artículo 71 utiliza el vocablo “*defraudación*”, con una referencia al Código Penal en cuanto a la sanción), se construyeron sobre la exigencia de los presupuestos de la estafa e hizo falta un tiempo para el cambio de la doctrina judicial, hoy pacífica, para entender que la remisión de la ley especial a la penal esta referida únicamente a la pena y no al supuesto punible<sup>18</sup>.

29. Por ello –apunta Vega Vega–, las infracciones punitivas contra la “*propiedad intelectual*” (en el sentido de “*derecho de autor y derechos conexos*”), deben configurarse como delitos especiales, en la consideración de que las conductas incriminadas atacan no sólo facultades patrimoniales o ideales de su titular, sino que también tienen trascendencia social, dado que con la tutela de los derechos de autor y afines se protegen, además, intereses culturales o científicos de honda incidencia social, por lo que su encuadre reclama un título autónomo y especial, habida cuenta de la dificultad para asimilarlos a otras conductas perseguidas<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup> V.gr.: ANTEQUERA PARILLI, Ricardo: “*Consideraciones sobre el Derecho de Autor*”. Ob. Cit. p. 318; BRACAMONTE ORTIZ, Guillermo: “*Infracciones y sanciones en materia de derecho de autor en el derecho de los países latinoamericanos*”, en el libro-memorias del I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual. Madrid, 1991. Tomo II. p. 859; HUNG VAILLANT, Francisco: “*Algunos aspectos de la protección del Derecho de Autor en Venezuela*.”. Ob. Cit. p. 87; MOUCHET y RADAELLI: “*Los derechos del escritor y del artista*.”. Ob. Cit. p. 196; SATANOWSKY, Isidro: “*Derechos Intelectuales*”. Ob. Cit. Tomo II. p. 169; VEGA VEGA, José Antonio: “*Derecho de Autor*”. Ob. Cit. pp. 180-181 y “*Nuevas tecnologías y protección de la Propiedad Intelectual*”. Ob. Cit. pp. 198-199.

<sup>18</sup> V.: DELLA COSTA, Héctor: “*El derecho de autor y su novedad*”. Ed. Cathedra. Buenos Aires, 1991. p. 154. También sobre el tema, v.: VILLALBA, Carlos y LIPSZYC, Delia: “*El Derecho de Autor en la Argentina*”. Ob. Cit. pp. 272-273.

<sup>19</sup> V.: VEGA VEGA, José Antonio: “*Nuevas tecnologías y protección de la Propiedad Intelectual*”. Ob. Cit. p. 198.

### III

## LA UBICACIÓN

30. A pesar de la unanimidad en cuanto a la tipificación penal de las conductas, no hay uniformidad en relación con la ubicación legislativa de los delitos, ya que se presentan algunas variantes, a saber:

- a. Descripción de los delitos y de las penas en la ley especial (v.gr.: Alemania, Austria, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Estados Unidos, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Portugal, Reino Unido, República Dominicana, Uruguay, Venezuela), aunque a veces dejando a salvo que el hecho pueda constituir un delito más grave conforme al Código Penal (Venezuela).
- b. Previsión general de las conductas y las penas en la ley autoral, pero con ciertas tipificaciones y penalidades en leyes especiales para reprimir, por ejemplo, la piratería fonográfica o videográfica (Italia).
- c. Remisión al Código Penal en cuanto a los delitos y las penas (Brasil, Cuba, El Salvador, España, Guatemala, Honduras, México).
- d. Descripción de los supuestos de hecho en la ley especial y remisión en cuanto a la sanción al Código Penal (Argentina, Bolivia).
- e. Previsión de los delitos y las penas en el Código Penal, incorporando ese articulado a la propia ley sobre derecho de autor (Perú).
- f. Modificación del Código Penal a través de la ley especial, con descripción de las conductas ilícitas en esta última y remisión respecto de la pena al código general (Francia).

31. La ubicación de los delitos y las sanciones en el Código Penal se defiende mediante el argumento de que es el texto habitualmente usado por los jueces de la jurisdicción, así como por las autoridades de instrucción criminal, y que al encontrarse las previsiones en ese código se avanzaría en el estudio de la especialidad por parte de aquellas personas vinculadas al quehacer penal y se evitarían los errores judiciales tan frecuentes<sup>20</sup>.

32. En la postura opuesta, se defiende la previsión de los delitos y las penas en la ley especial para lograr una mayor coherencia entre los tipos que se legislan y el

---

<sup>20</sup> V.: DA SILVA ROCHA, Joaquín P.: “*Normas penales. Conveniencia de su inclusión en el Código Penal. Política Criminal*”. Ob. Cit. p. 38.

derecho sustantivo al cual se aplican en caso de violación<sup>21</sup>, mas cuando las modernas legislaciones autorales tienden a introducir un capítulo de definiciones, de modo que las normas penales deben guardar correspondencia con tales conceptos.

33. En abono a la tesis de la previsión de los tipos en la ley especial se argumenta también que no siempre los diferentes textos aprobados por el legislador obedecen a una misma sistemática, estilo y redacción, de modo que la introducción de las figuras punibles en el Código Penal presenta el riesgo de que su elaboración no se corresponda con la terminología específica adoptada por la normativa autoral, dando lugar a tipos indebidamente redactados o incluso desfasados con las características de los bienes jurídicos y de los derechos objeto de la tutela penal.

34. En todo caso, aunque los delitos y las penas en los casos de infracción al derecho de autor y los derechos conexos se ubicaran en el Código Penal, habría siempre que acudir a la ley especial para un correcto análisis de la norma, ya que en la descripción del tipo se encuentran siempre expresiones muy propias y específicas de la especialidad, como obra, interpretación o ejecución, fonograma, emisión, retransmisión, programa, comunicación pública, divulgación, publicación, reproducción, representación, distribución y radiodifusión, para citar apenas a algunos de las que adoptan un particular significado en esta disciplina.

35. Del mismo modo, a los efectos de establecer si una conducta lesiona o no un determinado derecho (moral o patrimonial, autoral, afín o conexo), deben analizarse, necesariamente, las disposiciones sustantivas que consagran la existencia, la titularidad, el contenido y los límites de tales atributos.

36. Por ello, incluso en los supuestos en que se estime conveniente la ubicación de los delitos y las penas en el Código Penal, es indispensable contemplar tipos específicos, redactados con el uso de la terminología especializada de la materia, sin confundir esos hechos punibles con otros de diferente naturaleza o características.

37. Lo que no tiene discusión, en cualquier caso, es la crítica a la dispersión que plantea la descripción del supuesto en la ley especial, pero la remisión en cuanto a la sanción a las normas del Código Penal relativas a otros delitos de distinta naturaleza, o la previsión de los hechos delictivos en varias leyes, lo que llama a confusión, contribuye a la dispersión legislativa y plantea dificultades prácticas y de interpretación.

---

<sup>21</sup> V.: LEDESMA, Julio C.: “*Derecho Penal Intelectual*”. Ed. Universidad. Buenos Aires, 1992. p. 250.

## IV

### LA TIPICIDAD

38. Como regla general –apunta Lipszyc–, las conductas típicas se dividen en tres clases:

- a. Lesiones al derecho moral.
- b. Violaciones a los derechos patrimoniales.
- c. Infracciones mixtas, es decir, tanto al derecho moral como a los derechos patrimoniales<sup>22</sup>.

39. Sobre esos principios descansa la obligación del legislador de definir con claridad los tipos delictivos para evitar, por una parte, que ciertas acciones merecedoras de sanción se excluyan del tipo; y, por la otra, que conductas menores o “*benignas*”, susceptibles de represión a través de acciones civiles y sanciones administrativas, queden incluidas en la norma penal.

40. De allí la crítica a los “*tipos penales en blanco*”, es decir, que no especifican el supuesto reprochable, sino que dejan al Juez la tarea de individualizarla con vistas a las disposiciones generales existentes en la misma ley u otras leyes, lo que ha sido motivo de objeciones por la doctrina<sup>23</sup>.

41. Pero también se señala que cosa distinta al tipo penal “*en blanco*” es el tipo “*abierto*”, donde se tipifica como delito toda violación a cualquiera de los derechos exclusivos reconocidos por la ley o cuando como un “*tipo residual*” (luego de especificar con detalles los “*tipos principales*”), se califica como punible el uso “*de cualquier otra manera una obra, interpretación o ejecución, producción o emisión, de manera tal que infrinja uno de los derechos patrimoniales exclusivos reconocidos por la ley*”.

42. En esos casos no hay ninguna situación de incertidumbre o inseguridad, porque la violación se produce con todo acto que configure una modalidad de explotación reservada a los derechos exclusivos establecidos en la propia ley.

43. Anzorreguy, Da Rocha y Hernández Vieyra, citados por Villalba y Lipszyc, consideran acertada la fórmula amplia del tipo “*abierto*” (como lo tienen previsto,

---

<sup>22</sup> V.: LIPSZYC, Delia: “*Derecho de Autor y Derechos Conexos*”. Ob. Cit. p. 557.

<sup>23</sup> V.: IRIBARNE, Rodolfo Antonio: “*El estado actual de la jurisprudencia en la represión penal*”, en el libro-memorias del V Congreso Internacional sobre la protección de los Derechos Intelectuales. Buenos Aires, 1990. p. 248.

por ejemplo, las leyes de Argentina, Chile, Portugal y República Dominicana, así como el Código Penal de Brasil), “*en cuanto a que la transgresión a los derechos de los autores puede verificarse a través de innumerables modalidades, imposibles de prever en legislación alguna, aun acudiendo a una casuística que es perniciosa como método legislativo, ya que la misma también resultaría incompleta, toda vez que el ingenio del delincuente no reconoce limitaciones*”<sup>24</sup>.

44. En todo caso, la tipicidad, como regla para todos los ilícitos penales en derecho de autor y derechos conexos, parte de tres requisitos fundamentales, a saber, que:

- a. Se trate de un derecho intelectual protegido por la ley.
- b. La obra, interpretación o ejecución, producción o emisión, según los casos, sean utilizados sin la autorización del titular del respectivo derecho o bajo el amparo de una excepción legal expresa.
- c. Esté vigente el período de protección legal, a menos que en un supuesto concreto la ley disponga otra cosa.

## V

### LA SITUACIÓN DE LA PROTECCIÓN PENAL EN EL CONVENIO DE BERNA

45. El Convenio de Berna no contiene disposiciones específicas acerca de las sanciones penales aplicables en los casos de infracción a cualesquiera de los derechos reconocidos en el Convenio<sup>25</sup>.

46. Apenas, simplemente como medida cautelar, se dispone que “*toda obra falsificada podrá ser objeto de comiso en los países de la Unión en que la obra original tenga derecho a la protección legal*” (art. 16,1) la cual, por lo demás, no consiste necesariamente en una sanción penal, sino que se puede instrumentar en cada país de manera diferente, por ejemplo, como providencia precautoria en procedimientos civiles o administrativos.

---

<sup>24</sup> Ob. Cit. p. 279.

<sup>25</sup> En general, los Convenios Internacionales en derecho de autor y derechos conexos no se habían ocupado del tema penal. Por excepción, el Acuerdo de Caracas del 17 de julio de 1911, suscrito por Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela, aunque no tenía ningún contenido novedoso respecto de otros instrumentos sobre la “*propiedad literaria y artística*” celebrados con anterioridad, contenía el compromiso por parte de los signatarios de mantener en sus respectivas legislaciones una pena para los usurpadores del derecho.

## VI

### LAS DISPOSICIONES PENALES EN EL ADPIC

#### Generalidades.

47. El compromiso de sancionar penalmente las principales conductas infractoras del derecho de autor o los derechos conexos, figura en el ADPIC (art. 61)<sup>26</sup>, cuando dispone:

*“Los miembros establecerán procedimientos y sanciones penales al menos para los casos de falsificación dolosa de marcas de fábrica o de comercio o de piratería lesiva del derecho de autor a escala comercial. Los recursos disponibles comprenderán la pena de prisión y/o la imposición de sanciones pecuniarias suficientemente disuasorias que sean coherentes con el nivel de las sanciones aplicadas por delitos de gravedad correspondiente. Cuando procesa, entre los recursos disponibles figurará también la confiscación, el decomiso y la destrucción de las mercancías infractoras y de todos los materiales y accesorios utilizados predominantemente para la comisión del delito. Los Miembros podrán prever la aplicación de procedimientos y sanciones penales en otros casos de infracción de derechos de propiedad intelectual, en particular cuando se cometa con dolo y a escala comercial”.*

48. Es de destacar la deficiente redacción del dispositivo transcrito, toda vez que una cosa es el procedimiento penal (v.gr.: breve u ordinario, oral o escrito), otra las medidas cautelares a dictarse en la instrucción del caso o durante el juicio contradictorio (v.gr.: orden de cese inmediato de la actividad ilícita, el secuestro o el embargo de los ejemplares ilegítimos, de los materiales utilizados para su producción o de los beneficios obtenidos con la explotación indebida), y una distinta las sanciones que se acuerden en definitiva (v.gr.: pena pecuniaria, privación de la libertad), incluso las accesorias (v.gr.: destrucción de soportes, moldes y aparatos, publicación de la sentencia), de la misma manera que un tema es el de los “recursos” (v.gr.: reconsideración, apelación) y otro el de las “penas” (v.gr.: prisión, multas), no obstante lo cual todas esas expresiones figuran mezcladas en la norma comentada, a veces como si fueran sinónimas.

#### Las finalidades.

49. El contenido del artículo 61 del ADPIC en cuanto a la represión penal de ciertas conductas descansa sobre dos principios fundamentales:

<sup>26</sup> Disposiciones relativas a las sanciones penales figuran también en el Tratado del G3 (art. 18-31) y en la Decisión 351 de la Comunidad Andina (art. 57,d)

- a. Las sanciones deben ser suficientemente disuasivas, entre otras cosas para evitar, en lo posible, nuevas violaciones por parte del infractor o, incluso, por terceros.
- b. La pena debe ser equivalente a la aplicable para otros delitos de similar gravedad.

50. El primer objetivo resulta claro, tomando en cuenta que el ADPIC, conforme a sus consideraciones iniciales, se dirige, entre otras cosas, a “*la necesidad de fomentar una protección eficaz y adecuada de los derechos de propiedad intelectual ...*” mediante “*la provisión de medios eficaces y apropiados*” para hacer respetar esos derechos “*relacionados con el comercio*” (hemos destacado).

51. La segunda finalidad se dirige a indicar a los legisladores nacionales que, en orden al carácter disuasivo de la sanción, ésta no se limite a la aplicación de penas “*simbólicas*”, sino severas, “*que sean coherentes con el nivel de las sanciones aplicadas por delitos de gravedad correspondiente*”, lo que será motivo de comentarios específicos al tratar sobre las penas.

## Los bienes jurídicos protegidos.

52. La protección penal en el ADPIC debe interpretarse como referida a los derechos sustantivos a que se contrae el Acuerdo, a cuyos efectos valen las consideraciones siguientes:

- a. En lo que se refiere al derecho de autor, son objeto de la tutela penal mínima (en la medida en que se cumplan los demás requisitos establecidos en la norma), tanto los derechos reconocidos en el Convenio de Berna (cuyos artículos 1 a 21 deben ser observados por los países miembros de la OMC, aunque no pertenezcan al Convenio de Berna, conforme al art. 9,1 del ADPIC), como el derecho específico establecido en el propio Acuerdo, es decir, el de arrendamiento (art. 11).
- b. En lo que atañe a los derechos conexos, son los consagrados en el propio ADPIC para los artistas intérpretes o ejecutantes (art. 14,1), los productores de fonogramas (arts. 14, 2 y 14,4) y los organismos de radiodifusión (art. 14,3), siempre a título de tutela penal mínima.
- c. Nada impide que las leyes de los países miembros de la OMC tipifiquen también como delito otras conductas lesivas al derecho de autor o a los derechos conexos, como efectivamente ocurre en la legislación comparada.



53. En cuanto a la protección penal de los derechos conexos en el ADPIC, vale la pena destacar que si bien el dispositivo comentado se refiere a los casos de piratería lesiva del “*derecho de autor*”, esta expresión no puede ser limitativa, sino que comprende también a los derechos afines, por las razones siguientes:

- a. Las sanciones penales a que se contrae el Acuerdo están dirigidas a tutelar los derechos reconocidos en su propio texto (o los establecidos en el Convenio de Berna, por la remisión del artículo 9,1 del propio ADPIC), entre los cuales, como se ha dicho, se encuentran los correspondientes a intérpretes o ejecutantes, productores de grabaciones sonoras y radiodifusores.
- b. El artículo 61 del ADPIC alude también a las sanciones penales “*en otros casos de infracción de derechos de propiedad intelectual*”, entre los que figuran, evidentemente, aquellos que atañen a los titulares de derechos conexos<sup>27</sup>.
- c. Muchos ilícitos autorales, especialmente los relativos a la “*piratería*” a “*escala comercial*” (para utilizar la terminología del ADPIC) vulneran, no solamente los derechos de los autores, sino también los reconocidos, por ejemplo, a los artistas y a los productores, en los supuestos de reproducciones ilegales de grabaciones sonoras, y a los organismos de radiodifusión, en los casos de retransmisiones no autorizadas.

## Los supuestos obligatorios de la sanción penal

54. De acuerdo al citado artículo 61 del ADPIC, el supuesto de hecho que necesariamente debe ser reprimido penalmente por los países miembros de la OMC, es el de “*piratería lesiva del derecho de autor a escala comercial*” (hemos destacado).

55. Si se le quisiera dar un sentido restringido a la norma, podría decirse que el supuesto obligatorio de la sanción penal está limitado al de la reproducción indebida de obras mediante la producción de ejemplares puestos en el comercio, o sea, con fines de lucro.

56. Sin embargo, no parece que tal sea el sentido del Acuerdo, por las razones siguientes:

---

<sup>27</sup> Como el Acuerdo se refiere a los derechos de “*Propiedad Intelectual*”, su mismo texto hace comprender en esa expresión a “*todas las categorías de propiedad intelectual que son objeto de las secciones I a 7 de la Parte II*” (art. 1,2), lo que incluye los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión (art. 14).

- a. El supuesto de obligatoria sanción penal está relacionado con la “piratería”, lo que supone definir esa expresión, a cuyos efectos debe considerarse:
- i. Conforme al “Glosario de la OMPI de derecho de autor y derechos conexos”, se entiende por “piratería” la reproducción de obras o de fonogramas, por cualquier medio adecuado con miras a su distribución al público “y también la reemisión de una radiodifusión de otra persona sin la correspondiente autorización”<sup>28</sup>.
  - ii. Aunque en varios dispositivos del ADPIC (v.gr.: en las medidas en fronteras, art. 51), se alude a la “mercancía pirata”, vale decir, a ejemplares tangibles, también lo es que entre los derechos que, por remisión del Acuerdo al Convenio de Berna deben ser observados por los miembros de la OMC (ADPIC, art. 9,1), están los de los autores por la transmisión pública de su obra por cualquier medio (Convenio de Berna, art. 11,1,2°), por radiodifusión (art. 11bis,1,1°) o mediante retransmisión, por hilo o sin hilo, de la obra radiodifundida (art. 11bis,2°), de suerte que, de acuerdo a la definición de “piratería” lesiva del derecho de autor, deben considerarse comprendidas en esa ilicitud dichas modalidades de explotación realizadas sin el consentimiento del titular del derecho.
  - iii. En relación con los organismos de radiodifusión, éstos tienen conforme al ADPIC el derecho de prohibir “la retransmisión por medios inalámbricos de las emisiones” (art. 14,3), de modo que la retransmisión de una emisión radiodifundida lesiona uno de los derechos reconocidos en el propio Acuerdo y, en consecuencia, la expresión “piratería” debe extenderse, también por esta razón, no solamente a las reproducciones no autorizadas de obras, interpretaciones o producciones, sino igualmente a las reemisiones indebidas.
  - iv. Si bien el derecho concedido a los radiodifusores se limita a las retransmisiones de sus emisiones “por medios inalámbricos”, esa misma reemisión, a través de conductores físicos (v.gr.: cable, fibra óptica), constituye un acto de “piratería” que afecta, en todo caso, al derecho de los autores conforme al Convenio de Berna (art. 11bis1,2°).
- b. Pero además, el ADPIC exige a los efectos de la obligación mínima para las legislaciones de penalizar ciertas conductas, que se trate de una piratería “a escala comercial”, pero: ¿qué debe entenderse por esa expresión? Veamos:

---

<sup>28</sup> V.: OMPI: “Glosario de Derecho de Autor y Derechos Conexos”. Ob. Cit. Voz 186. p. 190.

- i. La palabra “*escala*” contiene, entre sus acepciones, una connotación de “*volumen*” o de “*medida*”<sup>29</sup> que, aunada a la expresión “*comercial*”, puede interpretarse como aquella “*piratería*” que consista en una “*puesta a disposición del público*”, sea de los ejemplares tangibles o bien de la retransmisión no autorizada.
- ii. A los efectos de esa interpretación coadyuva lo dispuesto en el artículo 60 del propio ADPIC, relativo a las “*importaciones insignificantes*”, por el cual los países miembros pueden excluir de las disposiciones relativas a las medidas en fronteras, “*las pequeñas cantidades de mercancías que no tengan carácter comercial y formen parte del equipaje personal de los viajeros o se envíen en pequeñas partidas*”.
- iii. Pero el vocablo “*comercial*” complica el problema, porque interpretado literalmente significa “*perteneciente al comercio y a los comerciantes*”<sup>30</sup>.
- iv. Una interpretación simplemente literal del dispositivo conduciría a señalar que sólo calificaría como piratería “*comercial*” la realizada con fines de lucro, si se considera que “*comerciar*” es sinónimo de “*negociar comprando y vendiendo o permutando géneros*”<sup>31</sup>.
- v. Sin embargo tal no puede ser el sentido de la norma, desde el momento en que la protección reconocida en el ADPIC busca, entre otras cosas, evitar las distorsiones al comercio causadas con las violaciones a los derechos de propiedad intelectual, y esas distorsiones, mediante actividades de piratería, pueden ocasionarse a través de actos que no sean de comercio<sup>32</sup> o, incluso, a título gratuito<sup>33</sup>, toda vez que esa puesta a disposición del público de ejemplares o transmisiones, afecta igualmente al comercio legítimo.

57. Si se admiten las premisas ya expuestas, puede afirmarse entonces que las acciones de obligatoria sanción, son las siguientes:

- a. Reproducir sin autorización una obra literaria o artística, una interpretación o ejecución artística o una producción fonográfica, protegidas por el derecho de autor o los derechos conexos.

<sup>29</sup> V.: Real Academia Española: “*Diccionario de la Lengua Española*”. Madrid, 1984. p. 575.

<sup>30</sup> Idem. p. 343.

<sup>31</sup> Ibidem.

<sup>32</sup> Piénsese, por ejemplo, en una asociación con fines benéficos, que realizara una reproducción indebida de ejemplares para su venta, y cuyos beneficios estuvieran dirigidos a financiar sus actividades caritativas.

<sup>33</sup> Tal sería el caso de una entidad financiera que realizara una edición pirata, para obsequiar los ejemplares a su clientela en la época navideña.

- b. Poner en circulación, es decir, a disposición del público, tales reproducciones indebidas.
- c. Transmitir o retransmitir, por hilo o sin hilo, una emisión de radiodifusión o de cable, sin la autorización de los respectivos titulares de derechos.

58. En todos los casos anteriores, se exige como “condición objetiva de punibilidad” que se trate de actos de “piratería” a “escala comercial”, vale decir, que su comisión sea susceptible de crear distorsiones en el comercio.

59. De allí que no pueda dejarse de resaltar que el ADPIC, por contener normas básicas sobre los derechos de propiedad intelectual “relacionados con el comercio” (razón por la cual, en relación con el Convenio de Berna, “ningún miembro tendrá derechos ni obligaciones respecto de los derechos conferidos por el artículo 6bis de dicho Convenio”, es decir, los de orden moral<sup>34</sup>), incurre en lo que Gómez y Quintero denominan una excesiva “patrimonialización” de los delitos contra el derecho de autor, de modo que, por ejemplo, el carácter espiritual de esos derechos hace inadecuado el intento de cuantificación<sup>35</sup>.

60. En todo caso, como ya ha sido dicho, se trata de principios mínimos, de manera que los ordenamientos internos pueden tipificar como delito otras conductas lesivas del derecho moral o patrimonial, distintas de las contempladas en el ADPIC y así ocurre efectivamente al hacer un análisis de la legislación comparada.

## Las penas principales

61. El dispositivo contenido en ADPIC establece que “los recursos disponibles” (sic), comprenderán “la pena de prisión y/o la imposición de sanciones pecuniarias suficientemente disuasorias ...”.

62. Ello quiere decir que:

- a. La sanción penal puede ser alternativa (privación de libertad o pena pecuniaria) o acumulativa, en este último supuesto, prisión y multa.

---

<sup>34</sup> Por ello, para Gaubiac, en el ADPIC no está presente la dimensión humana (v.: GAUBIAC, Yves: “Una nueva dimensión internacional del Derecho de Autor: El Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de Propiedad Intelectual tocantes al Comercio del Tratado de Marrakech que instituye la Organización Mundial del Comercio”, en RIDA. No. 166. París, 1995. pp. 6-7.

<sup>35</sup> V.: GÓMEZ BENITEZ, José Manuel y QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: “Protección penal de los derechos de autor y conexos”. Ed. Civitas. Madrid, 1988. pp. 22-23.

- b. En ambos casos, la pena debe ser suficientemente disuasiva, lo que excluye la posibilidad de sanciones penales “*simbólicas*”, como lo serían un simple arresto por breves días o una multa de monto irrisorio.

63. Pero además, una o ambas penas deben ser “*coherentes con el nivel de las sanciones aplicadas por delitos de gravedad correspondiente*”.

64. En este sentido es de destacar las dificultades que existen en los instrumentos internacionales sobre distintas materias para fijar penas específicas, comunes a todos los países adherentes.

65. Ello es, de manera general, advertido por el ADPIC, cuando en uno de sus considerandos iniciales señala la necesidad de tomar en cuenta “*las diferencias entre los sistemas jurídicos nacionales*” (especialmente en cuanto a los sistemas penales, agregamos nosotros), razón por la cual se establece como referencia para las penas aplicables, las que correspondan, según cada legislación nacional, a otros delitos “*de gravedad correspondiente*”.

66. La parte final de la frase equivale a decir “*de similar magnitud*” (utilizada por la Decisión 351 de la Comunidad Andina), razón por la cual varias leyes internas, conforme a ese elemento indicativo, han considerado para la determinación de la pena en los ilícitos contra el derecho de autor y los derechos conexos, la prevista en la ley común para delitos como la estafa y el fraude, a veces con agravación punitiva en ciertos casos, por ejemplo, si se comete bajo la modalidad de “*delincuencia organizada*” o con violación concurrente de los derechos morales.

## **Las medidas cautelares y las penas accesorias**

67. Como ya fue señalado al estudiar el sistema cautelar en jurisdicción civil, el ADPIC (art. 50,1) dispone que las “*medidas provisionales*” (tanto en vía judicial como administrativa), deben ser rápidas y eficaces, con el fin de:

- a. Evitar que se produzca la infracción.
- b. Preservar las pruebas pertinentes relacionadas con la presunta violación.

68. Tales principios rigen por igual en materia civil como penal.

69. Si se deslindan del artículo 61 del ADPIC lo que son medidas precautelativas y lo que se traducen en penas, vemos que las primeras están referidas a la confiscación y el decomiso (es decir, al secuestro o al embargo preventivo), mientras que las segundas se dirigen a la destrucción de los objetos provenientes del ilícito o de los utilizados para su comisión.

70. Pero mientras las cautelares, como quedó dicho, se dirigen a evitar que se cometa el ilícito (por ejemplo, en los supuestos de “*tentativa*”) o se continúe con la infracción, y a conservar los medios probatorios con miras a una sentencia posterior, las sancionatorias tienen entre sus finalidades las de evitar conductas reincidentes (y de allí el carácter disuasorio de las penas) e impedir que los materiales e instrumentos empleados para cometer el delito entren en los “*circuitos comerciales*”, como lo dispone, para los mandamientos judiciales en general, el artículo 46 del Acuerdo.

71. En cuanto a la sanción definitiva en sede criminal, la de destrucción es una “*pena accesoria*”, ya que debe aplicarse conjuntamente con la principal que, como se ha dicho, consiste en una privación de libertad y/o en una represión de orden pecuniario<sup>36</sup>.

72. La condena de destrucción debe ejecutarse “*sin indemnización alguna*”, como lo dispone también el indicado artículo 46.

73. El objeto de la destrucción son las “*mercancías infractoras*” y “*todos los materiales y accesorios utilizados predominantemente para la comisión del delito*”.

74. En cuanto a las primeras, la palabra “*mercancía*” no puede entenderse literalmente, vale decir, como “*cosa mueble que se hace objeto de venta*”<sup>37</sup> sino en el sentido de “*ejemplares ilícitos destinados a su distribución al público*”, ya que, como se ha visto, nada cambia cuando dichos bienes son colocados para su transferencia a título gratuito, si con ello se produce una distorsión en el comercio.

75. La expresión “*cuando proceda*” empleada por el artículo 61 se refiere a que existen infracciones merecedoras de pena por “*piratería lesiva del derecho de autor*”, que no pueden tener como consecuencia la destrucción de los equipos o aparatos (sino solamente de los ejemplares ilícitos), como sería el caso de la imprenta empleada para una edición no autorizada, ya que tal artefacto puede ser utilizado igualmente para actuaciones lícitas, sin perjuicio de que, conforme a las características del caso concreto, proceda el secuestro o decomiso preventivo, sea para impedir que continúe la infracción o bien con fines probatorios.

76. En cambio, la destrucción es imperativa si se trata de una “*mercancía infractora*”, por tratarse de soportes ilícitos en sí mismos, o si va dirigida hacia los moldes o planchas empleados para la reproducción ilegal.

---

<sup>36</sup> La sanción de destrucción de los ejemplares ilícitos y de los aparatos utilizados para la infracción, también debe aplicarse en los procesos civiles y administrativos, de acuerdo a los arts. 44,1, 46 y 49 del ADPIC.

<sup>37</sup> V.: Diccionario de la Lengua Española. Ob. Cit. p. 890.

77. Tal es el sentido del artículo 61, al señalar que “*cuando proceda*” se ordenará también a la confiscación, el decomiso y la destrucción de “*todos los materiales y accesorios utilizados predominantemente para la comisión del delito*” (hemos destacado).

78. Nada impide, por lo demás, que los bienes no susceptibles de destrucción en sede penal, puedan ser embargados y rematados o subastados por la vía civil (mediante acción intentada conjunta o separadamente con la acción penal), para asegurar, por ejemplo, el pago de los daños y perjuicios debidos al agraviado, así como los gastos judiciales y demás costas procesales, en los términos previstos por el artículo 45 del ADPIC.

## Las sanciones facultativas

79. Mientras los supuestos de “*piratería*” a “*escala comercial*” deben ser necesariamente reprimidos en sede criminal por las legislaciones de los países de la OMC, otras conductas también pueden ser sancionadas penalmente, conforme al principio de la protección mínima del Acuerdo y a la autonomía de los legisladores nacionales para reconocer otros derechos o reprimir otras conductas.

80. El artículo 61 del ADPIC dispone que “*los Miembros podrán prever la aplicación de procedimientos y sanciones penales en otros casos de infracción de derechos de propiedad intelectual ...*” (hemos destacado).

81. Ello permite que las leyes nacionales tipifiquen como delito acciones que lesionen solamente el derecho moral (aunque para el cumplimiento del ADPIC no surjan derechos u obligaciones que se deriven del art. 6bis del Convenio de Berna), o que no creen distorsiones en el comercio.

82. Ahora bien, con un sentido meramente ejemplificativo y a título de “*recomendación*”, el propio dispositivo señala, entre esos “*otros casos*”, a aquellos que se cometan “*con dolo y a escala comercial*”.

83. El primer elemento es el dolo, definido por Jiménez de Asúa como la producción de un resultado típicamente antijurídico “*con conocimiento de las circunstancias de hecho que se ajustan al tipo ... con conciencia de que se quebranta un deber, con voluntad de realizar el acto y con representación del resultado que se quiere o consiente*”<sup>38</sup>.

---

38 Cit. GOLDSTEIN, Raúl: “*Diccionario de Derecho Penal y Criminología*”. Ob. Cit. p. 266.

84. Pero: ¿debe tratarse de un “*dolo probado*” o puede ser un “*dolo presunto*”?

85. En el primer caso, correspondería al accionante (o al Juez), probar la intención dañosa por parte del infractor; y en el segundo, “*significa que surja o no el dolo del hecho en sí, el juez tiene que considerar que existe, salvo que las circunstancias de la causa demuestren lo contrario*”<sup>39</sup>.

86. La regulación penal en derecho de autor y derechos conexos se dirige a velar por el respeto de atributos, generalmente exclusivos, expresamente reconocidos en la ley (cuya ignorancia no excusa de su cumplimiento), de manera que hay dolo si se incurre en la conducta prevista en el tipo, salvo que el presunto infractor demuestre lo contrario.

87. Esta interpretación resulta coherente con lo dispuesto en el artículo 44 del mismo ADPIC, en relación con los actos judiciales dirigidos a impedir la importación de productos ilícitos, al señalar que los miembros no tienen la obligación de conceder esa facultad, en relación con una materia protegida, “*que haya sido adquirida o pedida por una persona antes de saber o tener motivos razonables para saber que operar con esa materia comportaría infracción de un derecho de propiedad intelectual*”.

88. Trasladada la interpretación al caso que nos ocupa, se destruiría el dolo presunto, dentro de las características de un caso concreto, si el supuesto infractor demostrara que tuvo motivos razonables para ignorar que con su conducta infringía un derecho de autor o un derecho conexo, lo que luce poco probable en los supuestos en que la acción punible se realiza “*a escala comercial*” (o con fines de lucro, directo o indirecto), además de los casos (no previstos en ADPIC, pero sí en las legislaciones nacionales) relativos, por ejemplo, a la violación de los derechos morales de paternidad e integridad o a la infracción de cualesquiera de los derechos exclusivos de utilización, independientemente de que haya o no propósitos lucrativos.

89. El segundo elemento de la “*recomendación*” a que se refiere el artículo 61 *in fine* del ADPIC ya fue motivo de comentarios al analizar los tipos delictivos de previsión obligatoria.

90. Finalmente, están los supuestos que podrían figurar entre las conductas objeto de las “*sanciones facultativas*” en el marco de las regulaciones del ADPIC, es decir, que se realizaran a “*escala comercial*” (o que causaran “*distorsiones en el comercio*”) y no pudieran calificarse, estrictamente, como actos de “*piratería*”, motivo de “*sanciones obligatorias*”.

---

<sup>39</sup> Idem. p. 271.



91. Veamos algunos ejemplos:

- a. Las reproducciones ilegítimas no destinadas a su puesta en el comercio.
- b. Las comunicaciones públicas no autorizadas de obras, interpretaciones o producciones protegidas, que no constituyeran actos de “piratería de emisión”.
- c. La distribución, para el alquiler o el préstamo, de ejemplares legítimos, pero destinados únicamente a la venta.
- d. La puesta a disposición del público, para la venta, de soportes lícitos autorizados solamente para el alquiler o el préstamo.
- e. La importación de copias legítimas, autorizadas exclusivamente para otro territorio.

## VII

### LAS PREVISIONES EN EL TODA Y EN EL TOIEF

92. Los nuevos Tratados de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA) e Interpretación o Ejecución y Fonogramas (TOIEF) solamente contienen, por lo que se refiere a la observancia, un dispositivo de carácter general por el cual las partes contratantes deben asegurarse que en sus legislaciones nacionales se establezcan procedimientos que permitan la adopción de medidas eficaces contra cualquier acción infractora de los derechos a que se refieren los respectivos instrumentos, con inclusión de recursos ágiles para prevenir las infracciones y de recursos que constituyan un medio eficaz de disuasión de nuevas infracciones (arts. 14 y 23, respectivamente).

93. No obstante, tomando en cuenta que dichos tratados fueron aprobados en función del “*entorno digital*”, ambos contienen dos disposiciones adicionales que los países miembros pueden cumplir a través de la protección civil o administrativa, o asimismo mediante su tipificación penal, tendencia esta última que, por la gravedad de las infracciones, crece en la legislación comparada.

94. Tales compromisos, conforme a los artículos 11 y 12 del TODA y 18 y 19 del TOIEF, son:

- a. La adopción de recursos jurídicos efectivos contra la acción de eludir las medidas tecnológicas utilizadas por los titulares de derechos en relación con su ejercicio y que, respecto de sus obras, interpretaciones o ejecuciones y

producciones, según corresponda, no estén autorizados o se encuentren permitidos por la ley.

- b. El reconocimiento de medidas eficaces contra cualquier persona que, con conocimiento de causa, realice un acto sabiendo o, con relación a las acciones civiles, teniendo motivos razonables para saber, que induce, permite, facilita u oculta una infracción como cualquiera de las siguientes:
  - i. Suprimir o alterar sin autorización cualquier información electrónica sobre la gestión de derechos.
  - ii. Distribuir, importar para su distribución, emitir o comunicar al público, sin autorización, ejemplares de obras, interpretaciones o ejecuciones, o fonogramas, sabiendo que la información electrónica sobre la gestión de derechos ha sido suprimida o alterada sin autorización.

## VIII LA PENALIDAD

95. No hay soluciones uniformes en la legislación comparada en cuanto a las clases y la magnitud de las penas en materia de ilícitos autorales.

96. Dejando de lado las sanciones accesorias propias de las características del delito (v.gr.: destrucción de los ejemplares ilícitamente reproducidos y de los moldes o matrices empleados para la duplicación), o que son comunes a las que se producen en las acciones civiles (v. gr.: publicación de la sentencia), el problema se centra en la pena principal.

97. La situación varía, por lo demás, de acuerdo a la modalidad delictiva, ya que no puede ser objeto de la misma pena, por ejemplo, un acto no autorizado de comunicación pública, efectuado sin ánimo de lucro directo o indirecto, que uno de reproducción indebida realizado con aprovechamiento económico, en forma principal o colateral.

98. En general, las soluciones legislativas (especialmente en materia de “piratería” y otros delitos de similar magnitud) van desde la aplicación alterna de sanciones económicas o privativas de libertad (v.gr.: Austria, Paraguay, Uruguay); la de penas pecuniarias con casos agravados de reclusión, a veces conjuntamente (v.gr.: España); la de penas privativas de libertad (v.gr.: Alemania, Argentina, Costa Rica, Chile, Nicaragua, Venezuela); y la aplicación conjunta de ambas sanciones, corporales y pecuniarias (v.gr.: Brasil, Canadá, Colombia, Chile, Ecuador, Estados Uni-

dos, Francia, Italia, Panamá, Perú, República Dominicana), en este último caso para todos los supuestos o al menos para los más graves.

99. Se ha señalado que las penas exclusivamente pecuniarias no han dado los resultados esperados en la práctica, por similares razones a las que plantean la insuficiencia de las acciones exclusivamente civiles o sólo las sanciones administrativas como camino disuasivo, en particular porque los inmensos beneficios que producen muchos ilícitos autorales hacen que cualquier sanción económica ya se encuentre entre las previsiones del infractor (inclusive como una “*contingencia*” dentro de sus cálculos económicos), ante la posibilidad de ser sorprendido en la comisión del hecho punible.

100. De otro lado, la entidad de los diferentes bienes jurídicos y sectores lesionados con el delito (v.gr.: el derecho de los autores, artistas y productores; las inversiones de las industrias culturales, de la información y el entretenimiento; la actividad comercial lícita; las fuentes de empleo; la creatividad nacional; el consumidor y el erario público, según los casos), hacen que una sanción apenas pecuniaria no guarde proporción con los daños producidos por la comisión del ilícito.

101. La posibilidad de aplicar alternativamente una pena económica o de reclusión, tampoco ha sido la vía adecuada, dadas las ocasiones en que algunos sentenciadores optan como regla por la primera, inclusive cuando el delito se comete en forma de criminalidad organizada, en forma reincidente o con evidentes fines lucrativos, quizá por ausencia de una verdadera valorización de los bienes jurídicos protegidos y la verdadera magnitud de estos delitos.

102. De allí la mayoritaria tendencia legislativa a sancionar con penas privativas de libertad –en muchos casos conjuntamente con las de multa–, a los principales ilícitos que atentan contra el derecho de autor o los derechos conexos, v.gr.: las violaciones a los derechos morales de divulgación, paternidad e integridad; las fijaciones o duplicaciones no autorizadas de las obras y los fonogramas; las comunicaciones públicas realizadas con fines lucrativos, directos o indirectos; las retransmisiones sin consentimiento de las emisiones de origen; la desactivación de los dispositivos técnicos de autotutela o la fabricación o comercialización de equipos destinados a tal fin; la supresión o alteración de información y la distribución de ejemplares con esa información suprimida o alterada, etc.

103. Queda sin embargo el problema del grado de la pena, especialmente para lograr cierta uniformidad en los distintos países, evitando así que en territorios fronterizos, por ejemplo, el mismo delito tenga una severa sanción en uno de ellos y otra benigna en el vecino, mas cuando entre estados contiguos es frecuente el tráfico de duplicaciones ilícitas o la transmisión o retransmisión no autorizadas de programas, desde uno hacia el otro, a través de las telecomunicaciones.

104. No se pueden ignorar las dificultades existentes para contemplar en los convenios la magnitud o la modalidad de las penas aplicables, pero vale la pena destacar la opinión de Zaffaroni cuando expresa:

*“No creo que lo adecuado en este plano sea el criterio de algunas convenciones, que dejan la entidad de las penas totalmente libradas a lo que dispongan las legislaciones nacionales, sino que, sin desconocer que una equivalencia de penas en el plano internacional es imposible en razón de la diversidad de sistemas penales, entiendo que una solución práctica sería la equiparación a las penas de ciertos delitos de la criminalidad internacional, lo que al menos garantizaría un mínimo de equivalencia con el contenido injusto de algunos delitos penales en cualquier orden jurídico”<sup>40</sup>.*

105. A la pena principal, como se ha dicho, deben agregarse las accesorias generalmente acogidas, como son:

- a. La destrucción de los ejemplares ilícitos y de los materiales, equipos y accesorios utilizados para la infracción.
- b. La publicación de la sentencia (al menos en su parte dispositiva), en los periódicos que indique el Juez.

## IX

### LOS PRINCIPALES DELITOS TIPIFICADOS EN LAS LEYES NACIONALES

#### **Introducción.**

106. Excedería los propósitos de este manual hacer un análisis detallado de todas las conductas contra el derecho de autor y los derechos conexos tipificadas como delito en las distintas leyes nacionales, particularmente porque algunos de los textos hacen una descripción muy detallada y extensa de las distintas acciones punibles.

107. Por ello, nos limitaremos a comentar las conductas mayoritariamente contempladas como delito en la legislación comparada y aquellas que por su gravedad tienen una especial importancia.

---

<sup>40</sup> V.: ZAFFARONI, Eugenio Raúl: “Reflexiones político-criminales sobre la tutela penal de los derechos de autor». Ob. Cit. p. 88.

108. En todo caso, es de advertir que las acotaciones que seguirán a continuación únicamente tienen el carácter de comentarios referenciales, que no sustituyen la obligada consulta a la ley aplicable, ya que los ordenamientos internos no guardan uniformidad absoluta al momento de establecer los tipos delictivos, ni siquiera, en ocasiones, con relación a los hechos punibles de adopción más generalizada.

### **La divulgación de una obra inédita.**

109. Partiendo del principio por el cual el autor tiene el derecho moral, inalienable e irrenunciable, de divulgar su obra o mantenerla inédita, tipifica delito dar a conocer al público esa creación del autor, sin su autorización.

110. En algunas legislaciones esa conducta ilícita no configura un delito autónomo, sino que constituye una agravante al delito de reproducción, distribución o comunicación pública no autorizadas de una obra, al dársele a conocer, por cualesquiera de esos medios, cuando no está destinada a su divulgación.

111. Y aunque no esté tipificada la divulgación de una obra inédita entre los delitos contra el derecho de autor es posible su encuadramiento, dentro de las características del caso concreto, en el hecho punible de revelación de secretos o en el de abuso de confianza (inclusive conforme a las previsiones del respectivo Código Penal), particularmente cuando se da a conocer sin autorización a cualquier persona una obra inédita o no divulgada, que haya recibido el infractor en confianza del titular del derecho de autor o de alguien en su nombre.

112. En todo caso, queda siempre a salvo la normativa penal autoral que reprime la reproducción, distribución o comunicación pública de una obra protegida (inédita o no), sin el consentimiento del titular del derecho de autor.

113. El sujeto activo puede ser cualquiera que haya dado a conocer públicamente una obra no divulgada, sin contar con el consentimiento expreso del titular del derecho.

114. El sujeto pasivo es el autor o, cuando corresponda, quien ostente la titularidad del derecho moral de divulgación, por ejemplo, los herederos del creador.

### **El plagio<sup>41</sup>.**

115. Se define al plagio como la apropiación de todos o de algunos elementos originales de la obra de otro autor, presentándolos como propios<sup>42</sup> o como el apode-

---

<sup>41</sup> Sobre el plagio, v.: CHAVES, Antonio: “*Plagio*”, en el libro-memorias del I Congreso Internacional sobre la protección de los Derechos Intelectuales. Ed. OMPI/Universidad Católica “*Andrés Bello*”/

ramiento ideal de una obra ajena, sea haciéndola pasar como propia o bien utilizando los elementos creativos de aquélla para la elaboración de la creación ilegítima<sup>43</sup>.

116. Como apunta la doctrina, el plagio constituye el más grave atentado al derecho de autor, pues en esencia significa desconocer la paternidad del creador<sup>44</sup>, al punto de considerársele el delito “*capital*” en esta materia, “*equivalente al de homicidio en los delitos contra las personas*”<sup>45</sup>, de modo que por su gravedad debe ser objeto de “*la más severa de las penas que se aplique en derecho penal de autor*”<sup>46</sup>.

117. El plagio puede ser idéntico o servil (cuando la usurpación se realiza sin introducir modificaciones a la obra primigenia) o bien “*simulado*” o “*inteligente*”, caso este último que infringe también el derecho moral de integridad de la obra, especialmente cuando el infractor le introduce modificaciones a la creación ajena, la mayoría de las veces para tratar de disimular la apropiación que hace de la producción de otro.

118. La apropiación puede ser total o parcial, según que verse sobre toda la obra ajena o solamente en relación con una porción de ella.

119. Es indiferente que la conducta usurpadora se realice o no con fines de lucro, pues en muchas ocasiones el plagiario, independiente de cualquier beneficio

---

Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara. Caracas, 1986; DELGADO PORRAS, Antonio: *Panorámica de la protección Civil y Penal en materia de Propiedad Intelectual*. Ob. Cit.; GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel y QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: “*Protección penal de los derechos de autor y conexos*”. Cívitas. Madrid, 1988; HERNÁNDEZ DEL CASTILLO, María Gabriela y MAYORCA GÓMEZ, Belkis Mercedes: “*Plagio de obras literarias*”. Cuadernos Universitarios del Instituto Interamericano de Derecho de Autor (IIDA). Buenos Aires, 1993; KATZ, Oscar: “*Hacia una concreción legislativa del plagio*”, en “*Los ilícitos civiles y penales en Derecho de Autor*”. Ed. Instituto Interamericano de Derecho de Autor (IIDA). Buenos Aires, 1981; 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; LATORRE, Virgilio: “*Protección penal del Derecho de Autor*”. Tirant lo blanch. Valencia (España), 1994; LIPSZYC, Delia: “*Derecho de autor y derechos conexos*”. Unesco/Cerlalc/Zavalía. Ob. Cit.; OCHOA, María Marisol: “*El plagio*”. Tesis de investigación documental presentada en el III Curso Internacional de formación sobre derecho de autor y derechos conexos para profesores universitarios de América Latina. Post-Grado en Propiedad Intelectual de la Universidad de Los Andes (EPI/ULA)/Instituto Interamericano de Derecho de Autor (IIDA). Mérida, 2000; RETONDO, Hilda: “*Plagio*”, en el libro-memorias del I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual. Ministerio de Cultura. Madrid, 1991; VILLALBA, Carlos y LIPSZYC, Delia: “*El Derecho de Autor en la Argentina*” Ob. Cit. pp. 283-284.

<sup>42</sup> V.: VILLALBA, Carlos y LIPSZYC, Delia: “*El Derecho de Autor en la Argentina*” Ob. Cit. p. 283.

<sup>43</sup> V.: DELGADO PORRAS, Antonio: “*Panorámica de la protección civil y penal en materia de propiedad intelectual*”. Ob. Cit. p. 117.

<sup>44</sup> V.: LATORRE, Virgilio: “*Protección penal del Derecho de Autor*”. Ob. Cit. p. 175.

<sup>45</sup> V.: QUINTANO, cit. por GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel y QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: “*Protección penal de los derechos de autor y conexos*”. Ob. Cit. p. 61.

<sup>46</sup> V.: CHAVES, Antonio: “*Plagio*”. Ob. Cit. pag. 241.

económico, lo que desea es la obtención de un prestigio que no le corresponde, aunque puedan considerarse como circunstancias agravantes la finalidad lucrativa o el propósito de conseguir inmerecidamente cargos, ascensos, títulos u otras distinciones, especialmente en el ámbito profesional o académico.

120. Como quiera que el infractor desea hacer conocer la obra ajena como propia, es común que con la conducta usurpadora se incurra también en el delito de reproducción, distribución o comunicación pública no autorizadas de la creación primigenia, en concurrencia con los respectivos derechos de explotación.

121. En el sentido anterior, algunos textos no contemplan al plagio como un delito independiente y autónomo, sino como una agravación punitiva en relación con la infracción a cualesquiera de los derechos patrimoniales, especialmente por la reproducción, reproducción o comunicación pública de una obra “*con usurpación de paternidad*”.

122. En otras leyes tipifica delito la sola inscripción en el registro o la difusión como propia (o como de un tercero), de una obra ajena (en forma total o parcial, íntegra o modificada), en varias de ellas ampliando la protección penal a la usurpación de una interpretación o ejecución artística, una producción fonográfica o una emisión de radiodifusión.

123. El plagio es un delito de dolo y como apuntan Iribarne y Retondo “*quien utiliza indebidamente una obra ajena en una propia está plagiando y lo sabe*”<sup>47</sup>.

124. El sujeto activo puede ser cualquiera que con intención se apropie total o parcialmente, en forma idéntica o transformada, de una obra ajena, haciéndola pasar como propia.

125. El sujeto pasivo es el autor (o sus herederos) y, en caso de violación concurrente de los derechos patrimoniales, el titular del respectivo derecho de explotación, sin perjuicio de que el delito sea de acción pública, perseguible de oficio.

### **La falsa atribución de titularidad y el fraude procesal.**

126. Como una modalidad delictiva que puede o no concurrir con el delito de plagio, según las circunstancias del caso concreto, algunas legislaciones contemplan como punible el hecho de que una persona se atribuya falsamente la calidad de

---

<sup>47</sup> IRIBARNE, Rodolfo Antonio y RETONDO, Hilda: “*Plagio de obras intelectuales*”. Ob. Cit. pag. 115.

titular, originario o derivado de alguno de los derechos reconocidos por la ley y que, con esa indebida atribución, obtenga que la autoridad judicial o administrativa competente suspenda la comunicación, reproducción o distribución de la obra, interpretación o producción.

127. Se trata de un tipo que no solamente tiene como bien jurídico protegido a la paternidad de la obra, sino también a la titularidad originaria o derivada de un derecho autoral o conexo; a la administración de justicia (y a la actividad jurisdiccional en sede administrativa, según el caso), a cuya buena fe se sorprende cuando se utiliza para obtener una medida cautelar un registro maliciosamente solicitado u obtenido; y, eventualmente, también a la buena fe de terceros que puedan verse perjudicados por una actuación judicial o administrativa que les suspenda sin derecho una actividad de comunicación, reproducción o distribución que estén realizando.

128. Pero el delito en comentarios no legitima la actuación de quien realiza la comunicación pública, reproducción o distribución sin el consentimiento del titular del derecho, actividades a su vez ilícitas, aunque la suspensión de las mismas se haya producido a solicitud de quien comete delito por falsa atribución de titularidad.

129. El sujeto activo puede ser cualquiera que con una indebida atribución de la titularidad del derecho, obtenga una actuación judicial o administrativa acerca de la suspensión de la reproducción, distribución o comunicación pública de una obra, interpretación o ejecución, producción o emisión protegidas por la ley.

130. El sujeto pasivo puede serlo, en forma concurrente o no con los demás, el titular del derecho usurpado; el tercero a quien indebidamente se le haya suspendido un acto de comunicación, reproducción o distribución, si el mismo se realizó en forma lícita; y la administración de justicia, tanto en sede judicial como en la administrativa, dependiendo del órgano que acordó la medida sobre la base del registro usurpador.

### **El irrespeto a la integridad de la obra y las violaciones al derecho de modificación.**

131. Las alteraciones a la obra pueden verse como una violación al derecho moral de integridad y también como una infracción al derecho patrimonial de modificación.

132. En el primer caso, conforme al artículo *6bis* del Convenio de Berna, el autor tiene el derecho de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra trans-



formación de su obra, o a cualquier otro atentado que pueda poner en peligro su decoro o reputación, razón por la cual, como regla general, toda conducta que infrinja ese derecho tipifica delito.

133. Pero debe recordarse que de acuerdo a varios ordenamientos y como fue estudiado en la unidad 3 del módulo II, toda modificación de la obra se considera un hecho atentatorio contra el derecho moral de integridad (al no exigirse que la deformación o mutilación atente contra el decoro de la obra o la reputación de su autor), razón por la cual, en esas leyes, se tipifica como delito cualquier modificación total o parcial de la creación (sin ninguna otra condición) y, en algunos casos, también de la interpretación o ejecución artística.

134. Además, el autor tiene el derecho patrimonial exclusivo de autorizar o no las traducciones, adaptaciones, arreglos, compilaciones u otras modificaciones de su obra (derecho de transformación o modificación), de modo que la trasgresión a ese derecho también es punible.

135. Es así como pueden coexistir tres modalidades delictivas distintas (con penalidades que pueden ser igualmente diferentes), según:

- a. Se trate de una mutilación o alteración (o cualquier otro atentado), que pueda poner en peligro el decoro de la obra o la reputación del autor (cuando la ley aplicable reconozca el derecho de integridad en los términos del artículo 6 *bis* del Convenio de Berna), cuestión a apreciar en cada caso.
- b. Se efectúe una modificación a la obra y la ley respectiva reconozca el derecho moral de integridad sin exigir que dicha transformación signifique un atentado al decoro de la obra o a la reputación del autor.
- c. Sea una modificación no autorizada de la obra (traducción, adaptación, arreglo, etc.) que no cause un daño a la integridad de la creación o al prestigio del autor y la ley del país donde se reclama la protección reconozca el derecho moral en los términos del artículo 6 *bis* del Convenio de Berna, en cuyo caso la transformación indebida solamente afecta el derecho patrimonial de transformación.

136. También ocurre que en algunos textos nacionales lo contemplado como tipo básico o simple es la modificación o transformación de la obra (sin ninguna otra condición), pero con una agravación punitiva si se trata de una alteración o mutilación que afecte el decoro de la obra o el prestigio de su autor.

137. Igualmente existe la opción legislativa de tipificar como delito únicamente la reproducción, distribución o comunicación pública no autorizada de la

obra (o, en su caso, de la interpretación o ejecución artística), pero contemplando como agravante el que se haga con mutilaciones o deformaciones totales o parciales a la misma, sea sin exigir ninguna otra condición para la aplicación de la agravación punitiva o bien exigiendo para el aumento de la pena que tales transformaciones atenten contra la integridad de la obra o la reputación de su creador.

138. El sujeto activo puede ser cualquiera que realice la modificación, alteración o mutilación de la obra, según corresponda (y, en su caso, de la interpretación o ejecución artística).

139. El sujeto pasivo es el autor o el artista intérprete o ejecutante que sea titular del derecho moral (si el objeto de protección es el derecho a la integridad de la obra o, en su caso, de la interpretación o ejecución artística), o un derechohabiente suyo que tenga el ejercicio de ese derecho moral; o si la facultad tutelada es la de carácter patrimonial de autorizar o no la traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra, será sujeto pasivo el titular (originario, derivado por efecto de la ley), del respectivo derecho, todo ello sin perjuicio de que el delito sea de acción pública, perseguible de oficio.

### **El empleo indebido del título de una obra.**

140. En la unidad 1 del módulo II de este manual fueron estudiados los diversos matices existentes en las distintas legislaciones nacionales, a los efectos de la protección del título original de una obra y los términos bajo los cuales está prohibido el uso de ese medio identificador en otra producción intelectual.

141. Lo que sí parece de mayoritaria aceptación en América Latina es que a los efectos de esa prohibición es menester que el uso del título original de una obra preexistente en otra producción sea susceptible de crear confusión entre ambas creaciones y en relación con sus respectivos autores, aunque algunos ordenamientos protegen al título original como a la obra misma, de modo que el uso de ese medio identificador en otra creación, aun sin riesgo de confusión, tipifica delito.

142. El sujeto activo puede ser cualquiera que identifique a una obra con el título de otra, en las condiciones bajo las cuales esté protegido el signo identificador de la producción preexistente.

143. El sujeto pasivo es el titular –originario, derivado o por efecto de la ley–, del título de la obra, ello sin perjuicio de que la acción para perseguir este delito tenga el carácter de pública.

## La reproducción ilícita (“piratería”) <sup>48</sup>.

144. Uno de los delitos más graves a la luz de la legislación comparada es el de la “piratería”, es decir, la reproducción no autorizada de obras protegidas, de interpretaciones o ejecuciones artísticas o de fonogramas (además de las retransmisiones no autorizadas), al punto que su represión penal resulta obligante conforme al ADPIC, como ya fue estudiado *supra*.

145. Dada la magnitud de la infracción, la tendencia más generalizada en las leyes nacionales es a establecer una pena particularmente severa, equivalente por lo menos a delitos como la defraudación, la estafa agravada o la apropiación indebida calificada, por ejemplo, a veces incluso con una penalidad mayor.

146. La acción en este delito consiste en reproducir sin autorización una obra, interpretación o ejecución artística, producción fonográfica o emisión de radiodifusión, a cuyos efectos debe recordarse que por reproducción se entiende la fijación material o la obtención de copias, de la totalidad o de partes de un bien intelectual protegido por la ley.

147. A tal efecto sirven como referencia las modalidades de reproducción que a título no exhaustivo mencionan algunas leyes nacionales, como fue estudiado especialmente en la unidad 4 del módulo II de este manual (y en lo que se refiere a los derechos conexos, en las unidades 2, 3 y 4 del módulo IV), tomando siempre en cuenta que el derecho exclusivo de reproducción comprende “*cualquier forma o procedimiento*”, incluyendo su almacenamiento electrónico.

148. Las únicas excepciones que podrían legitimar la acción –además, por supuesto, de la autorización expresa del titular del derecho–, son las contempladas como reproducciones lícitas en la ley aplicable, las cuales, como ya ha sido explicado en su oportunidad, son de interpretación restrictiva.

149. El sujeto activo puede ser cualquiera que reproduzca una obra del ingenio o alguno de los bienes intelectuales protegidos por los derechos afines o conexos.

150. En principio, el sujeto pasivo es el titular –originario, derivado o por efecto de la ley–, del derecho de reproducción, pero en casos determinados puede serlo también el titular de otro derecho de explotación (v.gr.: el de comunicación pública), que se vea lesionado con la producción ilegítima de ejemplares, todo ello sin perjuicio de la legitimación activa que pueda corresponder a quien ostente una li-

---

<sup>48</sup> Sobre la piratería de obras audiovisuales, de programas de computación y de grabaciones sonoras, v.: ANTEQUERA PARILLI, Ricardo: “*Derecho de Autor*”. Ob. Cit. Tomo I, pp. 224-230 y 316-319, y Tomo II, pp. 656-659.

cencia exclusiva sobre el derecho afectado o a la sociedad de gestión colectiva para actuar en defensa de las obras, interpretaciones o producciones confiadas a su administración y de que el delito sea de acción pública, perseguible de oficio.

### **La distribución no autorizada de ejemplares.**

151. Como fue estudiado en la unidad 4 del módulo II (y en lo que se refiere a los derechos conexos en las unidades II y III del módulo IV), el derecho de distribución puede ser visto desde dos ángulos:

- a. Como un derecho de distribución en sentido restringido, vale decir, como el exclusivo de autorizar o no la puesta a disposición del público de los ejemplares mediante venta u otra modalidad de transferencia de la propiedad.
- b. Como un derecho amplio de distribución, que comprende también la facultad de consentir o no en esa puesta a disposición de tales ejemplares, inclusive mediante el traslado de su posesión, por ejemplo, a través del alquiler o el préstamo público, inclusive, según algunos ordenamientos, *“en cualquier otra forma”*.

152. La tendencia más generalizada es a tipificar como delito la distribución no autorizada de los ejemplares en su sentido amplio, vale decir, a través de la transferencia de la propiedad y también de la posesión, al menos en este último caso por lo que se refiere al alquiler.

153. El sujeto activo puede ser cualquiera que sin autorización distribuya ejemplares de la obra (o, de acuerdo a la ley aplicable, también de la interpretación o ejecución artística, la producción fonográfica o la emisión de radiodifusión), sea mediante venta u otra forma de traslado de la propiedad, o bien a través del arrendamiento de los mismos y, si así lo establece la norma penal, también de su préstamo público o *“en cualquier otra forma”*.

154. El sujeto pasivo es el titular del respectivo derecho de distribución, sin perjuicio de la legitimación activa que pueda corresponder a quien ostente una licencia exclusiva sobre el derecho afectado o a la sociedad de gestión colectiva para actuar en defensa de las obras, interpretaciones, producciones o emisiones confiadas a su administración y de que el delito sea de acción pública, enjuiciable de oficio.

### **La puesta en circulación de reproducciones ilícitas.**

155. Tan grave como el acto de reproducir ilícitamente obras, interpretaciones o ejecuciones, producciones o emisiones, es la actividad dirigida a colocar a disposi-

ción del público las fijaciones o duplicaciones no autorizadas, sin importar que esa distribución se realice a título gratuito u oneroso -aunque difícilmente ocurre lo primero-, ya que en ambos casos se trata de ejemplares infractores y esa distribución constituye un impedimento para la explotación normal de la obra, prestación, producción o emisión, según corresponda.

156. Por ello muchas legislaciones contemplan una sanción penal para la acción de introducir en el país, exportar, almacenar, distribuir, vender o poner de cualquier otra manera en circulación esas reproducciones ilícitas.

157. El sujeto activo puede ser todo aquel que incurra en una cualquiera de las acciones indicadas en el párrafo precedente.

158. El sujeto pasivo es el titular –originario, derivado o por efecto de la ley–, del respectivo derecho sobre la obra, interpretación o ejecución, producción o emisión cuya reproducción ilícita haya sido puesta en circulación, sin perjuicio de la legitimación activa que se reconozca al licenciataria exclusivo del derecho afectado o de la que se atribuya a la sociedad de gestión colectiva para actuar en defensa de las obras, interpretaciones, producciones o emisiones confiadas a su administración y de que el delito sea de acción pública, enjuiciable de oficio.

## **La sobreproducción de ejemplares.**

159. Como fue visto en la unidad 7 del módulo II de este manual y conforme a algunos textos nacionales, el contrato de edición puede realizarse por un tiempo determinado o por un número determinado de ejemplares y, *mutatis mutandis*, esas modalidades pueden darse también en otras modalidades contractuales, por ejemplo, en el contrato de producción fonográfica o en cualquier otra mediante la cual el autor (o el titular de un derecho conexo), ceda o licencie a un tercero para la producción de ejemplares de la obra o, en su caso, de la interpretación o ejecución artística, de la producción fonográfica o de la emisión de radiodifusión.

160. En ese sentido, varias legislaciones tipifican como delito el incumplimiento contractual que se deriva de una producción de ejemplares superior al número autorizado por el titular del derecho<sup>49</sup>.

161. Ciertos ordenamientos extienden este ilícito a la distribución de esos ejemplares producidos en exceso o a la comunicación pública de la obra en mayor número que el autorizado en forma expresa.

---

<sup>49</sup> Sobre el tema, v.: ANTEQUERA PARILLI, Ricardo: “La reproducción de ejemplares que contienen obras del ingenio, en violación de las limitaciones contractuales”, en “Los ilícitos civiles y penales en derecho de autor”. Ob. Cit. pp. 39-48.

162. El sujeto activo es cualquiera que contando con la autorización del titular del derecho de reproducción (o, cuando corresponda, del titular del derecho de distribución o de comunicación pública), se exceda en la producción de los ejemplares convenidos (o de los autorizados para su distribución) y, en su caso, del titular del derecho de comunicación pública cuando el autorizado realice un número mayor de actos que los expresamente permitidos por el titular del respectivo derecho.

163. Si lo tipificado como delito es la sobreproducción de ejemplares, el sujeto pasivo será el titular del derecho de reproducción que celebró el contrato incumplido por el sujeto activo del hecho, pero si también se tipifica como punible la “*sobredistribución*” de tales ejemplares o la realización de actos de comunicación pública en número mayor que los autorizados, son también sujetos pasivos los titulares de los respectivos derechos que concedieron la autorización excedida por el infractor.

164. Lo anterior no excluye la legitimación activa que pueda corresponder a quien ostente una licencia exclusiva sobre el derecho afectado o la que se reconozca a la sociedad de gestión colectiva para actuar en defensa de las obras confiadas a su administración y de que el delito sea de acción pública, perseguible de oficio.

### **La comunicación pública no autorizada.**

165. Siendo uno de los derechos exclusivos del autor el de autorizar o no la comunicación pública de su obra por cualquier medio o procedimiento, conocido o por conocerse, tipifica delito, conforme a muchos ordenamientos, cualquier acto no autorizado que encuadre como una modalidad de comunicación pública.

166. Para determinar la acción punible basta con acudir a la definición legal de lo que es comunicación pública (como fue estudiado en la unidad 4 del módulo II de este manual) y a las modalidades que configuran ese derecho y que a título ejemplificativo son mencionadas en muchos textos nacionales.

167. La comunicación puede realizarse “*en vivo*”, es decir, con los intérpretes o ejecutantes frente al público, o a distancia como en las telecomunicaciones sonoras o audiovisuales, alámbricas o inalámbricas, inclusive las interactivas por medio de redes digitales; o a partir de un objeto físico –v.gr.: grabaciones sonoras o audiovisuales, discos de computación, etc.–, supuesto este último en el cual debe recordarse que los derechos reconocidos por la ley son independientes del soporte material que contiene la obra, cuya enajenación no confiere al adquirente ningún derecho de explotación.

168. Solamente pueden excepcionarse aquellos actos de comunicación calificados expresamente por la ley como lícitos, sin autorización previa ni pago de remuneración-, los cuales son de interpretación restrictiva.

169. El sujeto activo puede ser cualquiera que difunda la obra por todo medio o forma que permita a cualquier miembro del público tener acceso a ella, inclusive aunque los miembros del público puedan acceder a la obra en el momento o en el lugar en que cada uno de ellos elija.

170. El sujeto pasivo es el titular del derecho de comunicación pública, sin perjuicio de la legitimación para actuar que se le reconozca al licenciatario exclusivo de ese derecho o a la entidad de gestión colectiva que administre el repertorio objeto de la comunicación pública no autorizada, y de que el comentado delito sea de acción pública, perseguible de oficio.

171. En algunas legislaciones, este delito se comete también en relación con la comunicación pública de una interpretación o ejecución artística o de una producción fonográfica, en cuyo caso también pueden ser sujetos pasivos los titulares del respectivo derecho conexo, pudiendo tener también legitimación activa, según lo que establezca la legislación aplicable, el licenciatario exclusivo del respectivo derecho y la sociedad de gestión que administre o represente esas prestaciones o producciones.

### **La “piratería” de señales.**

172. Ya se ha dicho que una definición amplia del término “piratería” comprende también la reemisión no autorizada de señales de radiodifusión.

173. Debe recordarse el derecho de los organismos de radiodifusión de autorizar o no la retransmisión de sus emisiones (como ya fue estudiado en la unidad 4 del módulo IV), así como las repercusiones de esa facultad en el campo de las comunicaciones públicas de las obras y de las transmisiones por satélite y la televisión por cable, como se analizó en las unidades 4 y 8 del módulo II de este manual.

174. En relación con este delito es de recordar que:

- a. La tendencia en las legislaciones latinoamericanas es a reconocer ese derecho del emisor respecto de las retransmisiones alámbricas o inalámbricas de su emisión.
- b. Cobra cada vez mayor recepción legislativa el reconocimiento de una protección análoga a quienes realicen la emisión primaria por medio de conductores físicos (cable, fibra óptica, etc.) y no solamente a favor de los radiodifusores *stricto sensu*, vale decir, los que efectúan su transmisión de origen a través del espacio *hertziano*.

175. Independientemente del bien jurídico protegido en este hecho punible, es decir, la emisión de radiodifusión (y si lo dispone la ley aplicable, también la transmisión alámbrica de origen), puede existir una concurrencia de delitos por la violación simultánea del derecho de comunicación pública sobre las obras (y, en su caso, de las interpretaciones o ejecuciones artísticas y de las producciones fonográficas), contenidas en la retransmisión no autorizada.

176. El sujeto activo del delito puede ser cualquiera que retransmita la emisión sin autorización, sea por medios inalámbricos o bien a través de conductores físicos (v.gr.: televisión por cable).

177. El sujeto pasivo es el organismo de radiodifusión cuya emisión es objeto de la retransmisión ilícita y, de estar contemplado en la ley respectiva, la estación que realice su emisión por medios alámbricos y que sea objeto de la retransmisión no autorizada, todo ello sin perjuicio de la legitimación activa que pueda reconocer la ley aplicable a otras personas y de que el delito sea de acción pública, sin necesidad de querrela acusatoria por la parte agraviada.

### **La presentación de declaraciones falsas.**

178. Son muchos los textos nacionales que reprimen con una pena la presentación de declaraciones falsas en cuanto a certificaciones de ingresos, asistencia de público, repertorio utilizado, identificación de los autores o artistas intérpretes o ejecutantes, autorización obtenida, número de ejemplares reproducidos o distribuidos o toda adulteración de datos susceptibles de causar perjuicio a cualesquiera de los titulares de derechos reconocidos por la ley.

179. En estos casos la acción punible puede consistir en diversas conductas, de acuerdo a la descripción del tipo en cada legislación, pero es necesario que cualesquiera de ellas sea susceptible de perjudicar los intereses de uno de los titulares de derechos autorales o conexos.

180. Como regla general y no exhaustiva (pues depende de las particularidades de cada caso en concreto), la falsedad está dirigida a eludir la autorización necesaria para el uso del bien intelectual de que se trate, evitar el pago de las remuneraciones correspondientes o lograr que éstas se destinen a titulares de obras, interpretaciones o ejecuciones o producciones que no fueron efectivamente utilizadas, en perjuicio de aquellos cuyas creaciones o prestaciones sí fueron objeto de la explotación.

181. El sujeto activo puede ser cualquiera que incurra en alguno de los supuestos previstos en la norma, aunque generalmente lo será un usuario de obras, inter-



prestaciones o ejecuciones o producciones protegidas por la ley, o un dependiente suyo.

182. El sujeto pasivo es cualquier titular de derechos sobre obras o prestaciones susceptibles de perjudicarse con la declaración falsa, así como la sociedad de gestión colectiva afectada con la falsedad, sin perjuicio de que la acción para perseguir este delito tenga el carácter de pública.

### **Agravación punitiva en caso de violación simultánea de derechos morales.**

183. En algunos ordenamientos no configuran como delitos autónomos la divulgación no autorizada de una obra inédita, el plagio o la utilización de la obra en forma que atente contra su integridad, sino que se contempla una pena agravada para los supuestos en que los delitos de reproducción, distribución o comunicación pública se cometan con violación simultánea de esos derechos morales.

184. En esos casos, la sanción se eleva cuando alguno de esos delitos se perpetra en relación con una obra, interpretación o ejecución o grabación no destinadas a la divulgación; o con usurpación de paternidad, o con deformación o mutilación que ponga en peligro su decoro o la reputación de una de las personas protegidas por la ley.

### **Los delitos contra la instrumentación de dispositivos técnicos de autotutela.**

185. Como fue estudiado en la unidad 9 del módulo II, 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, en su caso, por los artistas o productores), 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<sup>50</sup>.

---

<sup>50</sup> También es de recordar que, aun antes del TODA y el TOIEF, algunos instrumentos de alcance más limitado (el TLC para América del Norte y el G3), contenían disposiciones relacionadas con la protección técnica, aunque restringidas, dada la época en que fueron aprobados, a las acciones destinadas a burlar la codificación de las señales transmitidas por satélite.

186. Del texto de ambos tratados no se deduce que el compromiso de los estados adherentes deba cumplirse, necesariamente, mediante la represión penal, sino que podría desarrollarse a través de las acciones civiles (o, inclusive, por la vía administrativa), pero dada la gravedad del hecho (que implica sin lugar a dudas una conducta dolosa), una protección suficientemente efectiva conduce a la previsión de sanciones penales.

187. Pero la represión a la acción de “*eludir*” los dispositivos técnicos de autotutela no resultaría eficaz si, por el contrario, resultaran lícitas otras conductas contributivas a su comisión, por ejemplo, la fabricación o la comercialización de aparatos o la oferta de servicios relacionados con esos dispositivos, dirigidos a violentar la protección tecnológica instrumentada por los titulares de derechos o con su autorización, para evitar el uso no autorizado de sus obras, prestaciones, producciones o emisiones.

188. Como puede verse se trata de dos acciones punibles diferentes: una en relación con la acción de eludir, soslayar o alterar de alguna manera los dispositivos de protección técnica y otra la de fabricar, poner en circulación u ofrecer los servicios de aparatos o sistemas destinados a esa elusión o alteración.

189. Por tratarse de una modalidad delictiva relativamente reciente, la tipificación penal de conductas como las anotadas es de moderna factura y comienza a incorporarse en las leyes nacionales promulgadas a partir de la última década del Siglo XX.

190. A los solos efectos de ejemplificar las previsiones penales en las legislaciones, citaremos como referencia las disposiciones incorporadas a la nueva ley dominicana, por las cuales comete delito quien:

*“Fabrique, ensamble, importe, modifique, venda o ponga de cualquier otra manera en circulación, dispositivos, sistemas o equipos capaces de soslayar o desactivar otro dispositivo destinado a impedir o restringir la realización de copias de la obra, interpretación o ejecución, producción o emisión, o a menoscabar la calidad de las copias realizadas; o capaz de eludir o desactivar otro dispositivo destinado a impedir o controlar la recepción de programas transmitidos a través de las telecomunicaciones, alámbricas o inalámbricas, o de cualquier otra forma al público, por parte de aquellos no autorizados para esa recepción”.*

191. Y también quien:

*“Altere, elimine o eluda, de cualquier forma, los dispositivos o medios técnicos introducidos en las obras, interpretaciones o ejecuciones,*

*producciones o emisiones protegidas, que impidan o restrinjan la reproducción o el control de las mismas, o realice cualquiera de dichos actos en relación con las señales codificadas, dirigidas a restringir la comunicación por cualquier medio de las obras, interpretaciones o ejecuciones, producciones o emisiones”.*

192. Como puede verse, se trata de diversas acciones las que pueden encuadrar en los tipos (fabricar, ensamblar, importar, modificar, vender o poner de cualquier otra manera en circulación, alterar, eliminar o eludir), todo ello en relación con los dispositivos técnicos de autotutela instalados por los titulares de derechos (o con su autorización), destinados a impedir o restringir la realización de copias de obras, interpretaciones o ejecuciones, producciones o emisiones, o a menoscabar la calidad de las copias realizadas; o capaces de permitir o fomentar la recepción de un programa codificado, radiodifundido o comunicado en otra forma al público, sin el consentimiento del titular del respectivo derecho.

193. El sujeto activo puede ser cualquiera que realice una de las acciones descritas en el tipo y el sujeto pasivo quien ostente el respectivo derecho intelectual afectado con la conducta ilícita.

194. Nada impide que las legislaciones nacionales reconozcan también la legitimación para actuar a quien ostente una licencia exclusiva de explotación sobre la modalidad de uso afectada por el hecho punible, así como a la sociedad de gestión colectiva que administre el repertorio correspondiente, todo ello sin perjuicio de que se trate de un delito de acción pública, perseguible de oficio.

## **Los delitos contra la información técnica instrumentada por la gestión colectiva.**

195. Como fue estudiado en la unidad 2 del módulo V, tanto el TODA (art. 12), como el TOIEF (art. 19), comprometen a los países miembros a proporcionar recursos jurídicos efectivos contra toda persona que suprima o altere sin autorización cualquier información electrónica sobre la gestión de derechos; o distribuya, importe para su distribución, emita o comunique al público, sin autorización, ejemplares de obras, interpretaciones o ejecuciones y fonogramas, sabiendo que la información electrónica sobre la gestión de derechos ha sido suprimida o alterada sin autorización.

196. Ambos tratados entienden por “*información sobre la gestión de derechos*” la que identifica a la obra y a su autor o al titular de cualquiera de los derechos sobre la misma (o, en su caso, al intérprete o ejecutante, a la interpretación o ejecución, al productor del fonograma o a todo titular de los derechos respectivos), así como

sobre los términos y condiciones para la utilización, y todo número o código que represente tal información, cuando cualquiera de esos elementos de información estén adjuntos a un ejemplar de una obra (o, cuando corresponda, de una interpretación o ejecución o a un fonograma), o figuren en relación con su comunicación al público (TODA, art. 12,2; TOIEF, art. 19,2).

197. Siendo una normativa internacional muy reciente, la protección efectiva sobre la gestión electrónica de los derechos apenas figura en las últimas legislaciones aprobadas, independientemente de que la tutela se reconozca a través de las acciones civiles o las sanciones administrativas, o también por medio de la represión penal (en forma independiente pero compatible con las primeras), aunque la misma gravedad del ilícito ha conducido a los legisladores a tipificar las conductas anotadas como delito.

198. Esa tutela penal se ha incorporado a los textos nacionales de países que inclusive no han adoptado los mencionados instrumentos internacionales.

199. Igualmente como un ejemplo, vale la pena citar el dispositivo de la ley dominicana por el cual comete delito quien:

*“Suprima o altere sin autorización cualquier información electrónica sobre la gestión colectiva de los derechos reconocidos en esta ley, o distribuya, importe para su distribución, emita, comunique o ponga a disposición del público, sin autorización, obras, interpretaciones o ejecuciones o producciones, sabiendo que la información electrónica sobre la gestión de los derechos correspondientes ha sido suprimida o alterada sin autorización”.*

200. Como en el caso de la protección de los dispositivos técnicos de autotutela, la acción delictuosa puede consistir en diversas conductas (suprimir, alterar, distribuir, importar, emitir, comunicar o poner en disposición), todo ello en relación con la información electrónica introducida por la administración colectiva para la gestión del derecho de los autores, artistas intérpretes o ejecutantes o productores de fonogramas sobre las obras, interpretaciones o ejecuciones o producciones que conforman el repertorio objeto de esa gestión.

201. El sujeto activo puede ser cualquiera que realice una de las acciones descritas en el tipo y el sujeto pasivo es la gestión colectiva y quienes ostenten el respectivo derecho intelectual sobre las obras, interpretaciones o ejecuciones o producciones afectadas con la conducta ilícita, todo ello sin perjuicio de que el delito sea de acción pública, enjuiciable de oficio.

## X

### MEDIDAS CAUTELARES

202. Las providencias cautelares que pueden decretarse o ejecutarse en jurisdicción penal pueden ser las mismas que las procedentes en relación con los procedimientos civiles (estudiadas en la unidad 3 de este módulo VI), así como cualesquiera otras conducentes a evitar que se cometa el ilícito o se continúe con una violación ya realizada, y para recabar las pruebas del hecho punible y de la identificación de los responsables.

203. De la celeridad en la práctica de esas medidas dependerá, además, la aplicación en su momento de las penas accesorias dirigidas a la destrucción de los ejemplares ilícitos y de los aparatos, dispositivos o equipos utilizados para la comisión del delito.

# Módulo

# VII

*La protección  
internacional  
del derecho  
de autor y los  
derechos conexos o  
afines al derecho de  
autor*

## UNIDAD 1

### EL AMBITO DE APLICACION DE LA LEY NACIONAL Y LA PROTECCION INTERNACIONAL DEL DERECHO DE AUTOR Y LOS DERECHOS CONEXOS O AFINES AL DERECHO DE AUTOR

Generalidades - La protección internacional y el ámbito de aplicación de las leyes nacionales - El Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas - La Convención Universal de Derecho de Autor - La Convención de Roma - El Convenio Fonogramas - La Convención de Bruselas sobre Satélites - El Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA) - El Tratado de la OMPI sobre Interpretaciones o Ejecuciones y Fonogramas (TOIEF) - Los trabajos preparatorios con vistas a nuevos Tratados Internacionales.



# I

## GENERALIDADES

1. Toda obra tiene por su propia naturaleza una vocación de universalidad, en primer lugar porque el autor desea que su creación sea conocida más allá de sus fronteras nacionales; y, en segundo lugar, por la característica ubicuidad de las producciones del ingenio, las cuales son susceptibles de ser explotadas de forma simultánea en diversas partes del mundo, hoy además a un ritmo impresionante gracias a la combinación de la tecnología digital y los modernos medios de telecomunicación.

2. También por ambas razones el autor procura un beneficio económico por la explotación de su obra, pues aspira a una existencia decorosa a través de los beneficios que se deriven del uso de su creación intelectual.

3. Dada entonces esa universalidad, se hizo imperioso un reconocimiento internacional, con “*el deseo de proteger de la manera más eficaz y uniforme posible los derechos de los autores ...*”<sup>1</sup>.

4. Pero no puede olvidarse que la protección internacional del derecho de autor, si bien es cierto que desde el punto de vista formal constituyó el resultado de la voluntad expresada por los estados, también lo es que fue una organización no gubernamental, a pedido de los propios creadores, la “*Association Littéraire et Artistique Internationale*” (ALAI), fundada en 1878 por Víctor Hugo, la que propuso por primera vez la constitución de una “*unión*” internacional para la tutela de los autores y la elaboración de la entonces denominada “*Convención Universal para la protección de la Propiedad Literaria y Artística*”, en proyecto preparado en Roma (1882) y que examinado durante varias sesiones por expertos de 18 países, se aprobó en 1886 como Convenio de Berna para la protección de las Obras Literarias y Artísticas<sup>2</sup>.

5. En base a los principios de universalidad, se presentan entonces dos tratados específicos con vocación mundial: El Convenio de Berna, de 1886 (con sucesivas revisiones hasta el Acta de París, 1971) y la Convención Universal (Ginebra, 1952, con su Revisión de París, 1971).

6. Y en cuanto a los “*derechos conexos*”, se encuentran la Convención Internacional para la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores

---

<sup>1</sup> Del Preámbulo del Convenio de Berna.

<sup>2</sup> V.: ESPÍN CÁNOVAS, Diego: “*Los derechos del autor de obras de arte*”. Ob. Cit. p. 24, y FERNÁNDEZ BALLESTEROS, Carlos: “*El viejo mundo del derecho de autor*”, en el libro-memorias del II Congreso Iberoamericano de Derecho de Autor y Derechos Conexos. Lisboa, 1994. Tomo I. p. 43.



de fonogramas y los organismos de radiodifusión (Convención de Roma, 1961), la Convención Internacional para la protección de los productores de fonogramas contra la reproducción no autorizada de sus fonogramas (o “*Convención Fonogramas*”, Ginebra, 1971) y la Convención de Bruselas sobre Satélites (1974), además de Convenios de carácter fundamentalmente administrativos, como el Tratado sobre el Registro Internacional sobre Obras Audiovisuales (Ginebra, 1989).

7. Más recientemente aparecen los nuevos Tratados de la OMPI, uno sobre Derecho de Autor (TODA en español o por sus siglas en inglés, WCT) y otro sobre Interpretaciones o Ejecuciones y Fonogramas (TOIEF en castellano o por sus siglas en inglés, WPPT), ambos de 1996, además de la incorporación del derecho de autor y los derechos conexos a la esfera del Derecho Comercial Internacional, particularmente con el Tratado de la OMC, cuyo Anexo 1C contiene el ADPIC.

8. En el ámbito del Derecho Internacional Americano existen varios convenios para la protección del derecho de autor, ya con un valor simplemente 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 de Washington (1946).

9. Al revisar los antecedentes del Convenio de Berna, se observa que en el propio Preámbulo del Acta Originaria (1886), se expresaba el deseo de “*proteger de la manera más eficaz y uniforme posible los derechos de los autores*”, manifestación que tuvo su razón fundamental en el sentido de la Justicia, porque “*el reconocimiento de los derechos de los autores y su protección favorecen la creatividad y ella se concreta a través de obras literarias y artísticas que hacen progresar el conocimiento, lo difunden y rinden la vida de cada uno más rica y agradable*”<sup>3</sup>.

10. Y al cumplirse un siglo de su aprobación los miembros de la Unión, reunidos igualmente en Berna (1996), formularon esta declaración:

*“El derecho de autor se funda sobre los derechos del hombre y sobre la justicia y los autores en cuanto creadores de belleza, de entretenimiento y de conocimientos merecen que sus derechos sobre sus creaciones les sean reconocidos y eficazmente protegidos tanto en su propio país como en todos los demás países del mundo”*<sup>4</sup>.

11. También la Conferencia General de UNESCO, en su XXVa reunión (1989), al aprobar el programa sobre “*la cultura al servicio del desarrollo*”, destacó que:

<sup>3</sup> BOGSCH, Arpad: “*Los Cien años del Convenio de Berna*” (Prefacio). OMPI. Ginebra, 1986.

<sup>4</sup> V.: ESPÍN CÁNOVAS, Diego: Ob. Cit. p. 26.

“... según la consideración que la sociedad otorgue a los creadores, la creación puede verse estimulada o, por el contrario, desalentada”, de manera que “el derecho de autor, cuya situación se ha complicado con el desarrollo de las nuevas tecnologías, constituye un elemento determinante”, razón por la cual se incluyó entre los objetivos principales del programa el “favorecer la adopción y el respeto de la legislación relativa al derecho de autor, así como la ejecución de los compromisos internacionales suscritos por los Estados Miembros en esta esfera”<sup>5</sup>.

12. A su vez, la Conferencia Europea sobre Seguridad y Cooperación dedicó tanta atención al intercambio en el ámbito de la cultura con la debida protección a los autores, que comprometió a los estados a “**hacer lo posible para garantizar la aplicación plena y efectiva de los acuerdos y convenios internacionales sobre derecho de autor ...**” y a “**promover una difusión amplia de los libros y las obras artísticas ... teniendo siempre presente las convenciones sobre derecho de autor de las que son partes ...**” (hemos destacado)<sup>6</sup>.

13. Por eso, la adhesión a los convenios resulta indispensable para el intercambio cultural entre las naciones, pues la falta de esa normativa dificulta la cooperación de otros países en tal intercambio, pues éstos sabrían que lo que suministran a aquel donde no existe protección, quedaría libre para ser utilizado por terceros y perderían el control sobre sus contribuciones<sup>7</sup>, razón por la cual si un país no forma parte de ningún instrumento internacional que asegure la aplicación del “*trato nacional*”, se enfrenta en los demás (a los efectos de invocar la protección para sus obras), a la aplicación del principio de la “*reciprocidad*” como respuesta a esa ausencia de tutela.

## II

### LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL Y EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LAS LEYES NACIONALES

14. Si se aplicaran *stricto sensu* los principios humanísticos que inspiraron el reconocimiento del derecho de autor, toda obra, independientemente del lugar de su realización o publicación, o de la nacionalidad o domicilio del creador, debería tutelarse en cada país donde se reclamara la protección, siendo como lo es uno de los atributos fundamentales del Hombre.

<sup>5</sup> V.: *Boletín de Derecho de Autor*. UNESCO. París, 1990. Vol. XXV. No. 1. p. 6.

<sup>6</sup> V.: PANKIN, Boris: “El derecho de autor como parte esencial de la política cultural”, en «*Boletín de Derecho de Autor*». Vol. XVI, No. 4. París, 1982. p. 34.

<sup>7</sup> V.: OLSSON, Henry: “La importancia económica y cultural del derecho de autor”. Ob. Cit. pp. 67-68.

15. De allí que algunas legislaciones reconozcan sin limitación la protección de los autores extranjeros, en idénticas condiciones que a los nacionales<sup>8</sup>.

16. Sin embargo, la constante en el Derecho Comparado está en consagrar un conjunto de criterios que identifican a aquellas obras sometidas a la ley nacional, dejando a las demás el régimen establecido en los Convenios Internacionales de los cuales sea parte el país donde se invoca la tutela y, a falta de instrumento aplicable, el sistema de la reciprocidad.

17. Los principios que determinan lo que sería una “obra” o “producción” nacional, es decir, que es objeto de aplicación directa de la ley interna, varían en las distintas legislaciones, en tanto que para algunas el marco es muy restrictivo, atendiendo únicamente al lugar de publicación de la obra, o a la nacionalidad o domicilio del autor.

18. Sin embargo, la tendencia generalizada es a ampliar el ámbito de la tutela, con el objeto de amparar con la ley interna a aquellas obras cuyo autor sea nacional en el país de que se trate, o cuando la misma ha sido publicada por primera vez en dicho territorio, y agregando a tales criterios el del domicilio del autor, además de preceptos adicionales relativos, por ejemplo, al lugar de realización de determinadas obras o si se encuentran edificadas o están fijadas permanentemente a un inmueble situado en el país.

19. Pero la mayoritaria adhesión de los estados a uno o a varios de los instrumentos internacionales con vocación de universalidad, hace regir en ellos el principio del “trato nacional”, por el cual las obras y demás producciones extranjeras quedan amparadas en cada país miembro en las mismas condiciones en que se tutela a las creaciones y producciones nacionales, además de la aplicación directa de los derechos que a título de obligación mínima reconozcan los convenios internacionales ratificados.

20. Excepcionalmente, si el Estado donde se reclame la protección no está vinculado con el de origen de la obra por algún instrumento internacional, las leyes nacionales ordenan regularmente la aplicación del principio de la reciprocidad, la cual, como informa Lipszyc, puede ser formal o material<sup>9</sup>.

21. La reciprocidad formal no exige que la tutela a la obra resulte equivalente a la que reconoce el Estado donde aquella se reclama, pues basta que los países de la nacionalidad de los autores “reconozcan el derecho de propiedad intelectual”, cualquiera que sea el nivel de la protección.

---

<sup>8</sup> V.gr.: Bélgica, Luxemburgo, Perú, Uruguay.

<sup>9</sup> V.: LIPSZYC, Delia: “Derecho de Autor y Derechos Conexos”. Ob. Cit. p. 597.

22. La reciprocidad material requiere que en el país de origen de la obra se reconozca un amparo análogo o equivalente al concedido en aquel donde se pide la tutela de la ley nacional, o si los autores de este Estado están equiparados a los nacionales del país de origen de la obra cuya protección se pide.

23. Finalmente, como principio general, el criterio de protección tiene un alcance eminentemente territorial, en el sentido de que es aplicable la ley donde se aspira a la tutela, quedando excluida, salvo excepción expresa, la del país de origen de la obra.

24. De allí el abandono al sistema acogido en su momento por la Convención de Montevideo (1889), según el cual los autores de obras de un país miembro gozaban en los demás signatarios de los derechos acordados por la ley del Estado “*en que tuvo lugar su primera publicación o producción*” (artículo 2), dada la dificultad que significaba para los jueces nacionales el aplicar a cada obra la legislación de su respectivo país de origen.

### III

#### EL CONVENIO DE BERNA PARA LA PROTECCIÓN DE LAS OBRAS LITERARIAS Y ARTÍSTICAS<sup>10</sup>

25. La Unión Internacional para la protección de las Obras Literarias y Artísticas, conocida como la Unión de Berna, se constituyó a través de un Convenio celebrado en la ciudad de Berna, el 9 de septiembre de 1886.

26. Con fundamento en el artículo 17 del instrumento original, que preveía la posibilidad de modificaciones para perfeccionar el sistema, la Convención fue completada en París (1896), revisada en Berlín (1908), completada en Berna (1914), revisada en Roma (1928), Bruselas (1948), Estocolmo (1967) y París (1971), y enmendada para temas no sustantivos en 1979.

27. Si bien durante muchos años la Convención de Berna fue vista, desde la óptica latinoamericana, como un instrumento elaborado por y para los europeos (especialmente al no advertir que buena parte de las leyes de este continente tenían un nivel de protección adecuado para acceder al instrumento), la mayoritaria incorporación internacional se ha acelerado en los últimos tiempos.

---

<sup>10</sup> Una completísima información sobre los antecedentes, la evolución y contenido del Convenio de Berna figura en LIPSZYC, Delia: “*Derecho de Autor y Derechos Conexos*”. Ob. Cit. pp. 617-720. También en la “*Guía del Convenio de Berna*”. Ob. Cit.

28. El Convenio de Berna es un instrumento de suyo complicado, de manera que nos limitaremos a mencionar su contenido básico, de acuerdo al texto de la Revisión de París (1971), el cual se resume así:

- a. Los Estados miembros se constituyen en Unión para la protección de los derechos de los autores sobre sus obras literarias y artísticas (Artículo Primero).
- b. Se garantiza el principio del “*trato nacional*” (o asimilación del extranjero al nacional), por el cual las obras originarias de uno de los países de la Unión, gozan en cada uno de los demás de la misma protección que éstos reconocen a sus propias obras nacionales (artículo 5, 1).
- c. Los derechos reconocidos por la Convención tienen el carácter de una “*protección mínima*” y conforme al principio del “*trato nacional*”, los autores de uno de los países de la Unión gozan en los demás “*de los derechos que las leyes respectivas conceden en la actualidad o concedan en lo sucesivo a los nacionales, así como de los derechos especialmente establecidos por el presente Convenio*” (artículo 5,1, hemos destacado), de modo que si la legislación de un país miembro no alcanza los derechos básicos contenidos en la Convención, éstos deben aplicarse directamente<sup>11</sup>.
- d. El goce y el ejercicio de los derechos no están subordinados al cumplimiento de ninguna formalidad (artículo 5,2), en lo que se conoce como principio de la “*protección automática*”.
- e. Se consagra también que el disfrute y el ejercicio de los derechos es independiente de la existencia de protección en el país de origen de la obra (artículo 5,2).
- f. Los términos “*obras literarias y artísticas*” comprenden todas las producciones en el campo literario, científico o artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión (artículo 2,1), a cuyos efectos se hace una enumeración meramente ejemplificativa de las creaciones protegidas<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> Acerca de los principios del trato nacional y de la protección mínima convencional, v.: VILLALBA, Carlos Alberto: “*Consecuencias sustantivas de la adhesión al Convenio de Berna. El contenido de la protección: su determinación por la regla del trato nacional*”. Documento OMPI/DA/HAV/98/7. Curso OMPI/SGAE de formación en Derecho de Autor y Derechos Conexos para América Latina. La Habana, 1998; y VILLALBA, Carlos Alberto: “*Consecuencias sustantivas de la adhesión al Convenio de Berna. El contenido de la protección: su determinación por la ‘protección mínima convencional (pmc)’*”. En el tiempo, en el espacio, salvaguardia del nivel de protección convencional y excepción de orden público”. Documento OMPI/DA/HAV/98/16. Curso OMPI/SGAE de formación en Derecho de Autor y Derechos Conexos para América Latina. La Habana, 1998.

<sup>12</sup> V.: ANTEQUERA PARILLI, Ricardo: “*Consecuencias sustantivas de la adhesión al Convenio de*

- g. Quedan igualmente protegidas, 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 (artículo 2,3).
- h. Las colecciones de obras literarias o artísticas, “*tales como*” las enciclopedias y antologías que, por la selección o disposición de las materias, constituyan creaciones personales, están protegidas como tales, pero quedan a salvo los derechos de los autores sobre cada una de las obras que integran de esas colecciones (artículo 2, 5).
- i. Están protegidos por el Convenio:
  - i. Los autores nacionales de alguno de los países de la Unión, por sus obras publicadas o no (artículo 3,1,a), y se asimilan a ellos los autores no nacionales de alguno de esos Estados, siempre que tengan su residencia habitual en uno de éstos (artículo 3,2).
  - ii. Los autores no nacionales de alguno de los países del Convenio, por las obras publicadas por primera vez en uno de ellos o, simultáneamente, en un Estado miembro de la Unión y en otro ajeno a la Convención (artículo 3,1,b).
- j. Sin embargo, como “*criterios subsidiarios*” (al utilizarse la frase: “*aunque no concurren las condiciones previstas en el Artículo 3*”), se dispone que también están protegidos por el instrumento los autores de las obras cinematográficas cuyo productor tenga su sede o residencia habitual en alguno de los países de la Unión (artículo 4,a); los autores de las obras arquitectónicas edificadas en un Estado miembro del Convenio (artículo 4,b); y los autores de obras de artes gráficas y plásticas incorporadas a un inmueble sito en un país parte de la Convención (artículo 4,b).
- k. El Convenio no define al autor, pero pauta que la protección a las obras beneficiará al autor y a sus derechohabientes (artículo 2,6), y establece una presunción de autoría, *iuris tantum*, en favor de la persona cuyo nombre aparezca estampado en la obra de la manera usual (artículo 15,1)<sup>13</sup>.

---

Berna. *Las obras protegidas*”. Documento OMPI/DA/HAV/98/3. Curso OMPI/SGAE de formación en Derecho de Autor y Derechos Conexos para América Latina. Documento OMPI/DA/HAV/98/21. La Habana, 1998.

<sup>13</sup> Sobre la autoría y la titularidad en el Convenio de Berna, v.: 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.

- l. Sin embargo, en relación a las obras cinematográficas se consagra otra presunción, igualmente *iuris tantum*, respecto del productor –que no necesariamente como autor–, en favor de la persona física o moral cuyo nombre aparezca en dicha obra del modo acostumbrado (artículo 15, 2).
- m. Se reconocen los derechos morales del autor a reivindicar la paternidad de su obra y de oponerse a toda deformación, mutilación u otra modificación de la misma, o a cualquier atentado a la obra que cause perjuicio a su honor o reputación (artículo 6, *bis*)<sup>14</sup>.
- n. Los derechos mínimos de orden patrimonial, de carácter exclusivo, comprenden los de traducción (artículo 8); de reproducción de cualquier manera o forma (artículo 9); de representación o ejecución pública de las obras dramáticas, musicales y dramático-musicales (artículo 11); de radiodifusión y de comunicación al público por hilo, por radiodifusión o mediante altavoz u otro instrumento análogo, de la obra radiodifundida (artículo 11 *bis*); de recitación pública (artículo 11 *ter*); de adaptación y transformación (artículo 12); y el de adaptación y reproducción cinematográfica (artículo 14).
- o. El autor, y a su muerte las personas e instituciones a quien la ley confiera derechos, tienen la facultad inalienable de obtener una participación en las ventas de la obra de arte original o de los manuscritos originales del autor o compositor, posteriores a la primera cesión operada por el autor (“*droit de suite*”), pero ese derecho no es exigible en los países de la Unión mientras la legislación nacional del autor no admita esa protección y en la medida en que la permita la legislación del país donde la misma es reclamada (artículo 14 *ter*)<sup>15</sup>.
- p. Se reconocen limitaciones al derecho de explotación, en los casos de las noticias del día (artículo 2,8) y las citas (artículo 10,1), y se difiere a las legislaciones nacionales la posibilidad de establecer, por vía de excepción, otros límites al derecho exclusivo de utilización, por ejemplo, en los discursos públicos o pronunciados en debates judiciales (artículo 2, *bis* 1); en las repro-

---

<sup>14</sup> Sobre el derecho moral en el Convenio de Berna, v.: UCHTENHAGEN, Ulrich: “*Consecuencias sustantivas de la adhesión al convenio de Berna. El contenido de la protección: su determinación por la ‘protección mínima convencional (pmc)’*”. Documento OMPI/DA/HAV/98/11. Curso OMPI/SGAE de formación en Derecho de Autor y Derechos Conexos para América Latina. La Habana, 1998.

<sup>15</sup> V.: GUTIÉRREZ VICÉN, Javier: “*Consecuencias sustantivas de la adhesión al Convenio de Berna. El contenido de la protección: su determinación por la ‘protección mínima convencional (PMC). Derechos reconocidos al margen de la ‘pmc’: el ‘droit de suite’*”. Curso OMPI/SGAE de formación en Derecho de Autor y Derechos Conexos para América Latina. Documento OMPI/DA/HAV/98/14. La Habana, 1988.

ducciones que no atenten contra los “*usos honrados*” (artículo 9,2); en el empleo de las obras a título de ilustración para la enseñanza, siempre que no se vulneren los “*usos honrados*” (artículo 10,2); en la reproducción o radiodifusión de artículos de actualidad (artículo 10, *bis* 1); en la difusión de obras vistas u oídas con motivo de la información de acontecimientos de actualidad (artículo 10, *bis* 2); o en la grabación efímera realizada por un organismo de radiodifusión por sus propios medios y para sus propias emisiones (artículo 11, *bis* 3).

- q. Se permite a las leyes nacionales el establecimiento de licencias obligatorias en materia de radiodifusión (artículo 11, *bis* 2) y en relación con las grabaciones sonoras (artículo 13,1).
- r. La protección mínima reconocida a los autores se extiende durante toda su vida y cincuenta años después de su muerte (artículo 7,1). Sin embargo, en la obra cinematográfica, dicho plazo se cuenta a partir del año siguiente a aquel en que ésta se hizo accesible al público o, en su defecto, al de la realización de la obra (artículo 7, 2); y en las obras anónimas o seudónimas, a partir del año siguiente a aquel en que la obra fue lícitamente accesible al público, a menos que el autor, durante dicho período, revele su identidad, caso en el cual se aplica el principio general de cincuenta años *post-mortem auctoris* (artículo 7, 3).
- s. No obstante el plazo mínimo de duración, se establece uno menor -también con carácter mínimo-, para las fotografías y las obras de artes aplicadas, casos en los cuales la protección no puede ser inferior a veinticinco años contados a partir de su realización (artículo 7, 4).

29. El Convenio de Berna es administrado por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI).

## IV

### LA CONVENCIÓN UNIVERSAL DE DERECHO DE AUTOR<sup>16</sup>

30. Con motivo de la lentitud que por un tiempo hubo por parte de muchos países en desarrollo para adherir al Convenio de Berna, la UNESCO propició la elaboración de otro instrumento, con un nivel de protección inferior, que facilitara

---

<sup>16</sup> Para un estudio completo sobre la Convención Universal, v.: BOGSCH, Arpad: “*El derecho de autor según la Convención Universal*” (traducción de Ricardo Toscornia). Ed. Ministerio de Justicia de la República Argentina. Buenos Aires, 1975.



la incorporación a un sistema internacional mínimo de tutela de aquellos estados que no formaban parte de Berna y regulara las relaciones entre los países parte de éste, que también se adhirieran al nuevo instrumento y los que sólo fueran miembros del Convenio propuesto.

31. Así, el 6 de septiembre de 1952 se suscribió en Ginebra la Convención Universal sobre Derecho de Autor, la cual fue revisada en París (1971).

32. La Convención Universal, como “puente” que es hacia el Convenio de Berna, contiene disposiciones menos precisas y comprometedoras, mediante las cuales se facilita, como fue visto, el ingreso de todos los países a un nivel mínimo de protección al autor.

33. En tal sentido, el instrumento dispone que no afecta en nada a las previsiones de Berna, reconociendo, además, la primacía de ésta respecto de aquellos países adheridos a ambos sistemas (art. XXVII y Anexo).

34. Sin pretender sustituirle al lector la obligada consulta al texto de la Convención, se hará un breve resumen del instrumento de la manera siguiente:

- a. Cada uno de los Estados Contratantes se compromete a tomar las providencias necesarias para asegurar una protección “suficiente y efectiva” a los autores o cualesquiera otros titulares de estos derechos sobre las obras literarias, científicas o artísticas, “tales como” los escritos, las obras musicales, dramáticas y cinematográficas, y las de pintura, grabado y escultura (art. I).
- b. Se consagra el principio del “trato nacional”, por el cual las obras publicadas por primera vez en un Estado contratante (o no publicada, pero que pertenezca a un nacional de ese Estado), gozan en los demás de la protección que cada uno de ellos reconoce a las obras de sus nacionales, publicadas por primera vez en su propio territorio (art. II).
- c. Se difiere a las legislaciones internas las disposiciones pertinentes a la asimilación a sus nacionales de toda persona domiciliada en ese Estado (art. II,3).
- d. El Estado que, según su legislación interna, exija como condición para la protección el cumplimiento de formalidades (v.gr.: depósito, registro, tasas, etc.), considerará satisfechas tales exigencias, para cualquier obra protegida de acuerdo a la Convención, si desde la primera publicación de dicha obra, todos sus ejemplares publicados con autorización del autor, u otro titular de sus derechos, llevan el símbolo © acompañado del nombre del titular del derecho de autor y de la indicación del año de la primera publicación<sup>17</sup>.

---

<sup>17</sup> Entre países miembros del Convenio de Berna (sean o no miembros también de la Convención Universal) no es exigible tal símbolo de protección, ya que conforme al artículo 5,2 de aquel Convenio, el goce y el ejercicio de los derechos no está sujeto al cumplimiento de ninguna formalidad.

- e. La extensión en el tiempo de la protección se rige por la ley interna de cada Estado contratante, pero en ningún caso puede ser inferior a la vida del autor y veinticinco años después de su muerte (y en algunos casos a partir de la primera publicación), pero en relación con las fotografías (si gozan de tutela por la ley nacional) y las obras de arte aplicado (éstas cuando se encuentren protegidas como obras artísticas), la duración no será menor de diez años (art. IV).
- f. Los derechos sobre las obras protegidas comprenden el exclusivo de hacer, publicar y autorizar que se haga o publique una traducción, pero en lo que se refiere a los escritos, las legislaciones nacionales pueden restringir ese derecho, en los términos del instrumento, especialmente si a la expiración de un plazo de siete años de la primera publicación, el escrito no ha sido publicado en una lengua de uso general en un Estado contratante, por el titular del derecho o con su autorización, caso en el cual cualquier nacional de dicho país, conforme a sus disposiciones legales internas, puede obtener una licencia no exclusiva e intransferible para la traducción y publicación de la obra así traducida, pero deben tomarse las providencias necesarias para asegurar al titular del derecho la cancelación de una remuneración equitativa, el pago y envío de esa contraprestación, así como una correcta traducción de la obra (art. V).
- g. Cada Estado contratante puede establecer en su legislación nacional excepciones a los derechos patrimoniales reconocidos en la Convención, siempre que no contraríen el espíritu de la misma y concedan un nivel razonable de protección efectiva a cada uno de los que sean objeto de excepción (art. IVbis).

35. En la Revisión de París (1971), se agregaron otras disposiciones a la Convención, en especial para establecer que los derechos relativos a los intereses patrimoniales del autor, deben comprender, por lo menos, el exclusivo de autorizar la reproducción por cualquier medio, la representación y ejecución públicas, y la radiodifusión.

36. En la actualidad la importancia de la Convención Universal es muy relativa, ya que no se aplica entre los países que también sean miembros del Convenio de Berna.

37. La Convención Universal es administrada por la UNESCO.

## V

### LA CONVENCIÓN DE ROMA<sup>18</sup>

38. El 26 de octubre de 1961 se suscribió en Roma la Convención Internacional sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión.

39. El contenido de la Convención de Roma, puede resumirse así:

- a. Se consagra la “*cláusula de salvaguardia*”, por la cual toda protección prevista en la Convención deja intacta y no afecta en modo alguno a la que corresponde al autor sobre las obras literarias y artísticas, de manera que ninguna disposición de este instrumento puede interpretarse en menoscabo de esa tutela (artículo primero).
- b. Se aplica el principio del “*trato nacional*”, pues todo Estado contratante está obligado a proteger a los titulares de derechos de los demás estados contratantes, en iguales condiciones como protege a sus propios titulares, de acuerdo a las reglas previstas en el mismo texto (artículo 2).
- c. Se completa la definición del “*trato nacional*”, al establecer el principio del “*mínimo convencional*”, ya que dicho tratamiento “*estará sujeto a la protección expresamente concedida y a las limitaciones concretamente previstas en la presente Convención*” (artículo 2,2)<sup>19</sup>.
- d. En relación con los derechos mínimos, los artistas intérpretes o ejecutantes tienen la facultad de “*impedir*”:
  - i. La radiodifusión y la comunicación al público de sus interpretaciones o ejecuciones.

<sup>18</sup> Para una visión completa de la Convención de Roma, v.: OMPI: “*Guía de la Convención de Roma y del Convenio Fonogramas*”. Ob. Cit.

<sup>19</sup> Como las reglas de aplicación del “*trato nacional*” en la Convención de Roma son algo complicadas, los documentos informativos de la Oficina Internacional de la OMPI las simplifican así: En lo relativo a los *artistas intérpretes o ejecutantes*, los Estados Contratantes deben conceder el trato nacional si la representación o ejecución se realiza en otro país miembro, o si la representación o ejecución está incorporada en un fonograma que quede protegido en virtud de la Convención, o si la representación o ejecución se transmite en una radiodifusión protegida. En relación con los *productores de fonogramas*, se reconoce el trato nacional si el productor es nacional de otro Estado Contratante, o si la primera fijación de los sonidos fue realizada en dicho país, o si el fonograma se publicó en él por primera vez; y, finalmente, en lo que respecta a los *organismos de radiodifusión*, el trato nacional es aplicable si la sede del radiodifusor se encuentra en otro país miembro, o si la emisión de radiodifusión se transmite a partir de un transmisor en dicho Estado (OMPI: “*La protección internacional del derecho de autor y los derechos conexos*”. Documento OMPI/DA/JU/MVD/93/9. Montevideo, 1993).

ii. La grabación de su ejecución no fijada.

iii. La reproducción de una grabación de sus interpretaciones o ejecuciones, si la fijación original se hizo sin su consentimiento, si se trata de una reproducción para fines distintos del autorizado, o consiste en una grabación original hecha con arreglo al artículo 15 (que establece ciertas excepciones), reproducida con objetivos distintos de los allí previstos (artículo 7).

40. También como protección básica, los productores fonográficos tienen el derecho de autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta de sus fonogramas (artículo 10).

41. La tutela mínima incluye el derecho de los organismos de radiodifusión de autorizar o prohibir:

a. La retransmisión de sus emisiones.

b. La fijación de sus emisiones.

c. La reproducción de tales grabaciones, cuando la fijación se realizó sin su consentimiento, o se efectuó conforme al artículo 15 (que contempla algunas limitaciones), pero para fines distintos de los allí contemplados.

d. Las comunicaciones al público de sus emisiones de televisión, si éstas ocurren en lugares accesibles al público mediante el pago de entrada, quedando diferido a la legislación nacional donde se invoque la protección, las condiciones de ejercicio de este derecho (artículo 13), el cual puede ser objeto de reserva (artículo 16,1,b).

42. Adicionalmente, la Convención contempla una remuneración equitativa destinada a los intérpretes o ejecutantes, o a los productores de fonogramas, o a ambos, por la radiodifusión u otra forma de comunicación pública del fonograma publicado con fines comerciales, o de su reproducción, siendo competencia de cada legislación nacional, a falta de acuerdo entre ellos, determinar las condiciones de reparto de tal contraprestación (artículo 12), pero este derecho convencional puede ser motivo de reserva (artículo 16).

43. La Convención permite que las legislaciones nacionales establezcan determinadas excepciones a los derechos consagrados en el instrumento, cuando se trate de utilidades para uso privado; si se han empleado breves fragmentos con motivo de informaciones sobre sucesos de actualidad; en el caso de una fijación efímera realizada por el organismo de radiodifusión por sus propios medios y emisiones; y cuando la utilización se destine a fines exclusivamente docentes o de investigación científica (artículo 15).

44. La duración mínima de la protección se establece en veinte años, contados a partir de la fijación de los fonogramas y las interpretaciones o ejecuciones grabadas en ellos; de la actuación artística cuando no esté incorporada a un fonograma; o del año de la emisión, en lo que se refiere a las emisiones de radiodifusión (artículo 14).

45. Finalmente, la Convención estipula una limitación a las formalidades, ya que si algún Estado contratante exigiera como condición para proteger los derechos de los productores fonográficos, artistas intérpretes o ejecutantes, o de unos y otros, en relación con los fonogramas, el cumplimiento de alguna formalidad, ésta se considera satisfecha si todos los ejemplares del fonograma publicado y distribuido en el comercio, o sus envolturas, llevan estampado el símbolo (p), acompañado del año de la primera publicación y, eventualmente, del nombre del titular de los derechos del productor fonográfico (artículo 11).

46. La OMPI, la OIT y la UNESCO administran conjuntamente la Convención de Roma.

## VI

### EL CONVENIO FONOGRAMAS<sup>20</sup>

47. El 29 de octubre de 1971, bajo los auspicios de la OMPI y la UNESCO, se suscribió en Ginebra el Convenio para la protección de los productores de fonogramas contra la reproducción no autorizada de sus fonogramas (Convenio Fonogramas), el cual entró en vigor el 18 de abril de 1973.

48. El contenido del Convenio se resume así:

- a. El compromiso básico de los Estados está en la obligación de proteger a los productores de fonogramas que sean nacionales de los otros países miembros, contra la producción de copias sin el consentimiento del productor, y de la importación de tales copias, cuando la producción o la importación se haga con miras a su distribución al público, e igualmente contra la distribución de esas copias al público (art. 2).
- b. Cada Estado contratante elegirá el medio para la aplicación del Convenio, debiendo comprender uno o más de los siguientes:

---

<sup>20</sup> Véase la nota 18.

- i. Protección mediante la concesión de un derecho de autor u otro específico.
- ii. Tutela a través de la legislación sobre competencia desleal.
- iii. Protección por medio de sanciones penales.

49. Las funciones de Secretaría de la Convención Fonogramas corresponde a la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI).

## VII

### LA CONVENCIÓN DE BRUSELAS SOBRE SATÉLITES

50. El 21 de mayo de 1974 se suscribió en Bruselas el Convenio sobre la distribución de señales portadoras de programas transmitidas por satélite, por el cual cada uno de los estados contratantes se obliga a tomar 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 hacia un satélite o ha pasado a través de un satélite (art. 2,1).

51. El Convenio, como señala Lipszyc, sólo se refiere a la protección de señales portadoras de programas transmitidos por satélite por organismos de radiodifusión, y de él no se derivan derechos exclusivos para estos organismos, pues constituye un tratado de derecho internacional público que deja en libertad a los estados para resolver los medios más adecuados de suprimir la piratería de señales en sus respectivos territorios<sup>21</sup>.

52. En cualquier caso, las “*medidas adecuadas*” no pueden lesionar de manera alguna la protección prestada a los autores, a los artistas intérpretes o ejecutantes, a los productores de fonogramas o a los organismos de radiodifusión, en virtud de la legislación nacional o de un Convenio Internacional (art. 6).

## VIII

### EL TRATADO DE LA OMPI SOBRE DERECHO DE AUTOR <sup>22</sup>

#### **Antecedentes.**

53. Frente al desafío tecnológico, especialmente en el campo digital y en el de las telecomunicaciones, y la necesidad de actualizar la tutela internacional del dere-

<sup>21</sup> V.: LIPSZYC, Delia: “*Derecho de Autor y Derechos Conexos*”. Ob. Cit. p. 876.

<sup>22</sup> V.: ANTEQUERA PARILLI, Ricardo: “*El nuevo Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor*”.

cho de autor, los órganos rectores de la OMPI, en sus sesiones de 1989, acordaron la preparación de un posible Protocolo al Convenio de Berna para la protección de las Obras Literarias y Artísticas, cuya última revisión databa del Acta de París de 1971.

54. Las razones que justificaban la elaboración de un “*Protocolo*”, y no de una modificación actualizadora, estaba en que la aprobación de una nueva revisión, conforme al artículo 27,3 de la Convención, requería de la unanimidad de los votos emitidos, lo que lucía poco probable cuando el número de estados parte del sistema de Berna superaba para la fecha los ciento treinta países.

55. Así, un protocolo “*adicional*” tenía mayores probabilidades de aprobarse porque no se requería de la unanimidad de los miembros, todo de conformidad con el artículo 20 del Convenio por el cual los gobiernos de los países de la Unión se reservan el derecho de adoptar “*arreglos particulares*” (obligatorios solamente para quienes los adopten), siempre que los mismos confieran a los autores derechos mas amplios que los concedidos por la Convención, o que contemplan estipulaciones no contrarias a ella.

56. A tales efectos la Oficina Internacional de la OMPI preparó varios documentos preparatorios para ser analizados por un Comité de Expertos convocado por la organización.

57. Sin embargo, la propuesta de la Oficina en cuanto a incorporar, en el marco de un Protocolo al Convenio de Berna un dispositivo que reconociera derechos a los productores de fonogramas, generó un ardiente debate al punto de que si bien hubo consenso sobre la necesidad de fortalecer los derechos de los productores de grabaciones sonoras, también se expresó una opinión mayoritaria en cuanto a que la modernización de esa protección debía tener lugar en el contexto de la Convención de Roma y “*otros instrumentos*”<sup>23</sup>, y no bajo el marco del Convenio de Berna.

58. De allí que los términos iniciales acordados por los órganos rectores fueran modificados por la Asamblea en 1992, la cual decidió crear entonces dos comités: uno para un posible Protocolo al Convenio de Berna, y otro para el estudio de un eventual nuevo instrumento sobre los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores fonográficos.

59. Luego de seis sesiones para la redacción de un texto sobre el eventual Protocolo, y cinco para el posible nuevo instrumento, el Presidente de ambos comités

---

Trabajo publicado en “*Actas de Derecho Industrial y de Derecho de Autor*”. Tomo XVIII. Ed. Universidad de Santiago de Compostela/Marcial Pons. Madrid-Barcelona, 1997.

<sup>23</sup> V.: Acta de la Primera Sesión del Comité de Expertos sobre un eventual Protocolo al Convenio de Berna, en “*Derecho de Autor*”. OMPI. Ginebra, 1992. Año IV. N° 3. p. 54.

preparó sendos documentos contentivos de las “*propuestas básicas*”<sup>24</sup> que debían reflejar el resultado de las sucesivas deliberaciones, y se convocó a una Conferencia Diplomática realizada en Ginebra y que, el 20 de diciembre de 1996, aprobó dos nuevos instrumentos: el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (que se le había llamado, provisionalmente, “*Protocolo al Convenio de Berna*”), conocido por sus siglas en español como TODA y en inglés como WCT; y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, denominado por sus siglas castellano como TOIEF y en inglés como WPPT.

### Las “*declaraciones concertadas*”.

60. Durante la Conferencia Diplomática se presentaron serias divergencias en cuanto a la incorporación de algunos artículos que habían sido aprobados por los comités de expertos alegando, entre otras cosas, que eran innecesarios, meramente interpretativos o que debían diferirse a las leyes nacionales o a la jurisprudencia.

61. Como fórmula conciliatoria, se acordó presentar a la Conferencia, por una parte, una propuesta de “*disposiciones sustantivas*”<sup>25</sup>, eliminando algunos de los artículos conflictivos, y, por la otra, proposiciones para incorporar algunas cláusulas interpretativas, fuera del texto mismo del Tratado, bajo la figura de “*declaraciones concertadas*”<sup>26</sup>.

62. En ese sentido debe tomarse en cuenta que, conforme al artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, para la interpretación de un Convenio el contexto comprende, además del texto (incluidos el preámbulo y los anexos), todo acuerdo que se refiera a la Convención “*y haya sido concertado entre todas las partes*” con motivo de su celebración, y también todo instrumento formulado por una o más partes “*con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado*”.

### Elegibilidad para ser parte del Tratado.

63. Una de las dificultades para que el nuevo instrumento constituyera un “*Protocolo*” al Convenio de Berna se presentó al discutir si podían ser miembros organizaciones internacionales representativas de una comunidad económica y, por tanto, si además de esos organismos también podían ingresar al sistema países que no fueran miembros del Convenio de Berna.

<sup>24</sup> V.: Documento OMPI CRNR/DC/4. Ginebra, 30 de agosto de 1996.

<sup>25</sup> V.: Documento OMPI CRNR/DC/82. Ginebra, 20 de diciembre de 1996.

<sup>26</sup> V.: Documento OMPI CRNR/DC/96. Ginebra, 20 de diciembre de 1996.



64. La Comunidad Europea planteó que, independientemente de la admisión o no al Protocolo de países ajenos a la Unión de Berna, dicha organización deseaba formar parte del nuevo Convenio.

65. De otro lado, estados miembros de la OMPI, que no eran parte del Convenio de Berna, deseaban igualmente ingresar al nuevo instrumento.

66. Para armonizar los diferentes intereses, si bien entre los países miembros de la Unión de Berna el Tratado constituye un “*arreglo particular*” en los términos del artículo 20 del Convenio, ello no impide, conforme al artículo 1,1 del nuevo Tratado, tres cosas:

- a. Que la Asamblea del Tratado decida sobre la admisión como miembro de cualquier organismo internacional intergubernamental, que declare tener competencia, así como su propia legislación que obligue a todos sus miembros respecto de ciertas cuestiones cubiertas por el instrumento y que haya sido autorizado, conforme a sus procedimientos internos, para ser parte del Tratado (art. 17,2), a cuyos efectos la Comunidad Europea, habiendo hecho la declaración mencionada, puede ser parte del mismo (art. 17,3).
- b. Que todo estado miembro de la OMPI (aunque no lo sea de la Unión de Berna), puede ser parte del Tratado (art. 17,1).
- c. Que, siendo o no miembros del sistema de Berna, todos los países (y organizaciones internacionales admitidas) que ingresen al nuevo Tratado, deben dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 1 a 21 y en el Anexo del Convenio de Berna, en su Acta de París del 24 de julio de 1971 (arts. 1,3 y 1,4).

67. Tales son las razones del cambio de nombre: de “*Protocolo al Convenio de Berna*” a “*Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor*”.

## **La vinculación del TODA con el Convenio de Berna y otros Convenios Internacionales.**

68. El artículo 1,1 del Tratado dispone que no tiene conexión con convenios internacionales distintos al de Berna, ni perjudica ningún derecho u obligación de cualquier otro tratado.

### **El objeto de la protección.**

69. El artículo 2 aclara que la protección por el derecho de autor abarca las expresiones, pero no las ideas, los procedimientos, los métodos de operación o

conceptos matemáticos en sí, lo que ya era pacífico en las legislaciones, la jurisprudencia y la doctrina.

## **La aplicación de los artículos 2 a 6 del Convenio de Berna.**

70. El artículo 3 del TODA dispone que las partes contratantes aplicarán *mutatis mutandis* las disposiciones de los artículos 2 a 6 del Convenio de Berna respecto de la protección contemplada en el nuevo Tratado.

71. Para varias delegaciones este dispositivo resultaba innecesario, si se tomaba en cuenta que el artículo 1,4 del nuevo Tratado ya dispone que las partes se obligan a aplicar los artículos 1 a 21 del Convenio de Berna.

72. Sin embargo, dicha inclusión fue acogida por la Conferencia Diplomática al considerar la relevancia que tenían los artículos 2 a 6 del Convenio de Berna en la aplicación del nuevo Tratado, no solamente en cuanto al objeto de la protección y a la posibilidad de establecer ciertas limitaciones a esa tutela, sino también -y tal vez lo más importante-, a la aplicación de los criterios para reconocer la protección, en cuanto a la nacionalidad o la residencia del autor y el lugar de la primera publicación; a los criterios para la protección de las obras cinematográficas, las arquitectónicas y algunas de artes gráficas y plásticas; a los derechos garantizados, especialmente en cuanto a la aplicación del principio del “*trato nacional*”, la ausencia de formalidades y la protección de las obras en el país de origen de acuerdo con su legislación nacional; a los criterios para considerar cual es el país de origen de la obra; y a la posibilidad de restringir la protección respecto de obras de nacionales que no pertenezcan al Convenio.

73. Pero, evidentemente, los artículos 2 a 6 del Convenio de Berna hacen varias referencias a la “*Unión*”, a los “*países miembros de la Unión*” y al “*presente Convenio*”, razón por la cual se aprobó una declaración concertada, por la cual se aclara que la expresión “*país de la Unión*” utilizada en el Convenio de Berna, se aplica al TODA como equivalente a la de “*parte contratante del presente Tratado*”; que las menciones a los “*países que no pertenezcan a la Unión*” deben entenderse como sinónimas de “*país que no pertenezca al presente Tratado*”; que cuando el Convenio de Berna habla de “*presente Convenio*”, se aplica como si dijera “*presente Tratado*”; y que la referencia de Berna a “*nacional de alguno de los países de la Unión*”, ha de interpretarse cuando proceda en relación a una organización intergubernamental que sea miembro del TODA, como equivalente a “*un nacional de alguno de los países que sea miembro de esa organización*”.

## Los programas de ordenador.

74. El TODA se limita a incorporar un breve artículo 4, esencialmente similar al 10,1 del ADPIC, por el cual los programas de ordenador están protegidos como obras literarias en el marco de lo dispuesto en el artículo 2 del Convenio de Berna, pero el Tratado, en lugar de usar la frase del ADPIC “*sean programas fuente o programas objeto*”, prefiere decir que “*dicha protección se aplica a los programas de ordenador, cualquiera que sea su modo o forma de expresión*” (destacado nuestro), lo que cubre las previsiones del ADPIC, pero si se quiere es más previsor, ante cualquier otra modalidad expresiva que en el futuro pueda tener un programa distinta a la del código fuente o a la del código objeto.

75. También se aprobó una declaración concertada por la cual se aclara que el ámbito de la protección de los programas en virtud del artículo 4 del TODA, leído junto con el artículo 2 del mismo Tratado (ámbito de la protección por el derecho de autor), está en conformidad con el artículo 2 del Convenio de Berna (que contiene una enumeración ejemplificativa de las obras protegidas), y a la par con las disposiciones pertinentes del ADPIC.

## Las compilaciones de datos (bases de datos).

76. El artículo 5 del nuevo Tratado se refiere a “*las compilaciones de datos o de otros materiales, en cualquier forma*” (hemos destacado), que equivale a las expresiones del artículo 10 del ADPIC, el cual alude a “*las compilaciones de datos o de otros materiales, en forma legible por máquina o en otra forma*” (destacado nuestro).

77. En relación con este género creativo, existe consenso en el sentido de que las “*bases*” o “*compilaciones*” de datos son “*colecciones*” protegidas en el marco del Convenio de Berna (art. 2,5), siempre que “*por la selección o disposición de las materias, constituyan creaciones intelectuales*”, independientemente de que los elementos de información compilados sean obras literarias o artísticas, o hechos y datos de otra naturaleza, aunque en el primero de los casos la tutela sea reconocida sin perjuicio de los derechos correspondientes a los autores de las obras preexistentes.

78. La norma aprobada en el TODA se acerca a la del ADPIC (art. 10,2), y dispone que las compilaciones de datos o de otros materiales, en cualquier forma, que por razones de la selección de sus contenidos constituyan creaciones de carácter intelectual, están protegidas como tales, pero que esa protección no abarca los datos o materiales en sí mismos y se entiende sin perjuicio de cualquier derecho de autor que subsista respecto de los datos o materiales contenidos en la compilación.

79. También el artículo 5 contiene una “*declaración concertada*”, en la cual se aclara que el ámbito de la protección de las compilaciones de datos (bases de datos) en virtud de dicho artículo, leído junto con el 2 del mismo Tratado (ámbito de la protección), está en conformidad con el artículo 2 del Convenio de Berna y a la par con las disposiciones del ADPIC.

80. El TODA no se pronuncia en relación con la protección “*sui generis*” de las bases de datos no creativas, lo que todavía queda a la discreción de las leyes nacionales o instrumentos comunitarios.

### **El derecho de reproducción.**

81. Las deliberaciones de la Conferencia Diplomática fueron muy complejas en cuanto a la necesidad o no de introducir un artículo en relación con el derecho de reproducción y su aplicación al mundo digital, de modo que como fórmula conciliatoria se consideró que los artículos 9,1 y 9,2 del Convenio de Berna eran perfectamente aplicables a los problemas que planteaban la tecnología y las transmisiones digitales (sin necesidad de un dispositivo expreso en el Tratado), por lo que se aprobó una “*declaración concertada*” al artículo 1,4 (que obliga a las partes a aplicar los artículos 1 a 21 del Convenio de Berna), según la cual el derecho de reproducción, en los términos del artículo 9 del Convenio de Berna y las excepciones allí permitidas, son totalmente aplicables en el entorno digital, en particular al uso de obras en forma digitalizada y, por tanto, el almacenamiento digital en un soporte electrónico de una obra protegida, constituye una reproducción en el sentido del artículo 9 del Convenio de Berna.

### **Los derechos de distribución y de alquiler.**

82. El derecho de distribución fue ampliamente estudiado en la unidad 4 del módulo II, de manera que basta recordar ahora que puede verse desde dos ópticas: como un derecho de “*primera distribución*” (que para un importante sector está incluido en el derecho de reproducción), por el cual el autor tiene el derecho exclusivo de autorizar o no la “*primera venta*” (u otra forma de transferencia de la propiedad), del ejemplar o copias de su obra; y como un derecho amplio o “*general*” de distribución, por el cual, si bien la primera venta agota el derecho del autor a autorizar o no la reventa de tales ejemplares, no extingue, por el contrario, el derecho de permitir o no el alquiler o el préstamo de los mismos.

83. En la tercera sesión del comité de expertos encargado de elaborar las propuestas a la Conferencia Diplomática, se planteó que:

- a. El autor (u otro titular), tenía el derecho exclusivo de autorizar la distribución del original o de copias de la obra, mediante la venta o cualquier otra transferencia de la propiedad sobre el ejemplar.
- b. También ostentaba el derecho exclusivo de autorizar el alquiler, el préstamo público o cualquier otra transferencia de la posesión de la obra.
- c. Cualquier legislación podía prever, para ciertos casos específicos, excepciones al derecho exclusivo de autorizar el préstamo público, siempre que tales limitaciones no atentaran contra la explotación normal de la obra ni causaran un perjuicio injustificado a los intereses legítimos de los autores u otros titulares del derecho de autor.

84. De esas propuestas surgía que:

- a. El derecho de primera distribución, contenido en el documento, no era otra cosa que reconocer lo que ya era pacífico en la jurisprudencia y la doctrina, vale decir, que ese derecho formaba parte del de reproducción, ya previsto en el artículo 9,1 del Convenio de Berna<sup>27</sup>.
- b. El derecho general de distribución, que figura sólo parcialmente de forma expresa en el Convenio de Berna<sup>28</sup> (pero sí en muchas legislaciones nacionales y luego, al menos de forma limitada, en el ADPIC), comprendía tanto el alquiler, es decir, la transferencia de la posesión del ejemplar, por un tiempo determinado y con fines de lucro; como el préstamo público, o sea, la transferencia de posesión del ejemplar, por un período convenido pero sin interés lucrativo, realizado en este segundo caso por instituciones que prestan ese servicio al público.
- c. A diferencia de lo previsto en varias leyes de avanzada, la fórmula propuesta en lo relativo al alquiler y al préstamo público, sólo beneficiaba a determinadas categorías de obras, de modo que, al menos como obligación mínima, las partes contratantes no se comprometían a reconocer derechos de alquiler y préstamo a otras obras distintas de las mencionadas en el documento.

<sup>27</sup> Así, en el Memorandum preparado para la tercera sesión del Comité, se anota que “*la razón de ser y el objetivo final del derecho de reproducción es prever el control por el autor u otro titular del derecho de autor de la puesta a disposición del público de ejemplares de la obra; tal es la verdadera esencia del derecho de reproducción*” (Ob. Cit. p. 48).

<sup>28</sup> Solamente por lo que se refiere a las obras cinematográficas, el Convenio de Berna tiene una disposición expresa, referida al derecho de “*primera distribución*”, cuando señala que los autores de obras literarias o artísticas tienen el derecho exclusivo de autorizar la adaptación y la reproducción cinematográficas de estas obras y **la distribución** de las obras así adaptadas o reproducidas (art. 14,1,1°), lo que para muchos resulta superfluo y redundante, ya que ese derecho siempre se ha reconocido, implícitamente en el de reproducción, para las demás obras.

85. Las disposiciones definitivamente aprobadas recogen:

- a. El derecho exclusivo de los autores de obras literarias y artísticas de autorizar la puesta a disposición del público del original y de los ejemplares de sus obras mediante venta u otra transferencia de la propiedad (art. 6,1)<sup>29</sup>.
- b. El derecho exclusivo de los autores de programas de ordenador, de obras cinematográficas y de obras incorporadas en fonogramas –en este caso tal como lo establezca la ley nacional de la parte contratante<sup>30</sup>–, a autorizar el “*alquiler comercial*” del original o de los ejemplares de sus obras (art. 7,1).

86. En cuanto al derecho de primera distribución al público (art. 6,1), el propio Tratado dispone que no afecta la facultad para las partes contratantes de determinar las condiciones, si las hubiera, en las que se aplica el agotamiento de ese derecho, después de la primera venta u otra transferencia de propiedad del original o de un ejemplar de la obra con autorización del autor.

87. Ello quiere decir que corresponde a las legislaciones nacionales, si así lo resuelven, establecer por ejemplo el agotamiento del derecho de distribución, consagrado en el artículo 6,1, después de la primera venta u otra forma de transferencia de la propiedad sobre el ejemplar o copia de la obra.

88. Pero aun en el caso del agotamiento del derecho de distribución después de la primera venta, subsiste el derecho de alquiler de los soportes, en los términos previstos en el artículo 7 del Tratado, de cuyo análisis surgen las consideraciones siguientes:

- a. La obligación mínima convencional se limita, al estilo de los artículos 11 y 14,4 del ADPIC, al alquiler de los ejemplares o copias que contengan programas de ordenador, obras cinematográficas u obras incorporadas en fonogramas.

---

<sup>29</sup> En palabras de Fícsor, para la época Sub-Director General de la OMPI y principal redactor de los documentos preparatorios de la Oficina Internacional, el dispositivo aprobado lo que hizo fue reconocer, explícitamente para todas las categorías de obras, lo que ya la Convención de Berna reconocía en forma expresa para las cinematográficas y que, de acuerdo a muchos peritos, se podía derivar, en todo caso, del derecho de reproducción (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 I. p.p. 331-344.

<sup>30</sup> Es de hacer notar que para algunas legislaciones, especialmente de tradición anglosajona, el derecho de alquiler sobre los soportes que contienen la grabación sonora, no se atribuye a los autores de las obras allí incorporadas, sino al productor del fonograma. Tal es el sentido de la “*concesión*” a que se refiere la declaración concertada al artículo 7 del Tratado, por la cual “*queda entendido que la obligación en virtud del artículo 7.1) no exige que una Parte Contratante prevea un derecho exclusivo de alquiler comercial a aquellos autores que, en virtud de la legislación de la Parte Contratante, no gocen de dere-*

- b. Nada impide a las legislaciones nacionales el reconocer un derecho de alquiler para los ejemplares o copias de otras categorías de obras.

89. Pero el artículo 7,1 del TODA persiste en el error ya existente en el ADPIC (art. 11), al referirse al “*alquiler comercial al público*” –equivalente al “*arrendamiento comercial al público*” del ADPIC–, pues lo que se pretende es reconocer un derecho de “*alquiler al público*”, independientemente de que ese contrato pueda considerarse o no, en el caso concreto, un acto de comercio.

90. De acuerdo al artículo 7,2,i), el derecho de alquiler no se aplica a un programa de ordenador cuando el programa propiamente dicho no sea el objeto esencial del alquiler, dispositivo que equivale al previsto en el artículo 11 de ADPIC, y que se refiere, por ejemplo, al arrendamiento de un fondo de comercio del cual formen parte equipos y programas informáticos, o el alquiler de un vehículo cuyo motor tenga un “*software*” incorporado.

91. Pero además, de acuerdo al artículo 7,2,ii), concordante también con el artículo 11 de ADPIC, el derecho de arrendamiento tampoco se aplica a una obra cinematográfica, a menos que ese “*alquiler comercial*” haya dado lugar a una copia generalizada de dicha obra que menoscabe considerablemente el derecho exclusivo de reproducción, condición que no impide a los legisladores nacionales (por tratarse de un mínimo convencional), reconocer un derecho de alquiler (sobre todas o algunas categorías de obras), independientemente de que el número de reproducciones realizadas en su territorio afecten o no de manera significativa el derecho de reproducción.

## **El derecho de comunicación pública.**

92. Aunque los derechos reconocidos en el Convenio de Berna no tienen el carácter de “*numerus clausus*” y, conforme a la tendencia generalizada en el sistema latino el derecho patrimonial comprende el de autorizar la explotación de la obra “*bajo cualquier procedimiento y en cualquier forma*”, lo cierto es que dicho Convenio, al menos expresamente, no prevé un derecho general de comunicación pública como lo tienen previsto numerosas legislaciones nacionales, sino varias de las modalidades que lo conforman, por ejemplo, las de representación y ejecución, recitación, transmisión y retransmisión, radiodifusión, etc., en los términos previstos en los artículos 11, 11*bis*, 11*ter*, 14 y 14*bis* de dicho instrumento.

---

*chos respecto de los fonogramas*”, agregándose que “*esta obligación está en conformidad con el artículo 14.4) del Acuerdo sobre los ADPIC*”, el cual reconoce un derecho de arrendamiento a los productores de fonogramas.

93. En ese sentido, el Memorandum de la Oficina Internacional de la OMPI para la segunda sesión del Comité de Expertos anotaba que había llegado el momento de un reconocimiento expreso, a nivel internacional, de un derecho general de comunicación pública<sup>31</sup>.

94. Es así como fue aprobado el artículo 8 del TODA que reza:

*“Sin perjuicio de lo previsto en los Artículos 11.1)ii), 11bis.1)i) y ii), 11ter.1)ii), 14.1.)ii) y 14bis.1) del Convenio de Berna, los autores de obras literarias y artísticas gozarán 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 estas obras desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija”.*

95. Del análisis del texto citado, se obtienen las conclusiones siguientes:

- a. El derecho de comunicación pública se reconoce respecto de cualquier obra protegida, sea literaria, musical, dramático-musical, audiovisual o de cualquier otra naturaleza.
- b. Es un derecho que comprende toda modalidad, considerando el lenguaje del Tratado (“... *cualquier comunicación al público* ....”).
- c. La premisa anterior no cambia por el hecho de que, a continuación, el dispositivo transcrito agregue la expresión “*por medios alámbricos o inalámbricos*”, porque la enumeración no es limitativa, y, como ha señalado un distinguido comentarista, incluye “*cualquier tipo de comunicación relativa a cualquier categoría de obra*”<sup>32</sup>.
- d. El dispositivo comentado tiene como finalidad, como señala Ficsor, eliminar todos los vacíos que existían en el campo de aplicación de los derechos susceptibles de aplicarse en materia de transmisiones digitales, de modo que 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 autorización, con las correspondientes excepciones<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> V.: Nota 7. pp. 69-70 y 75-76.

<sup>32</sup> V.: ZAPATA LÓPEZ, Fernando: “*Los Tratados de la OMPI de Diciembre de 1996*”, en el libro-memorias del III Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos. Montevideo, 1997. Tomo II. p. 1052.

<sup>33</sup> Ob. Cit. p. 338.



- e. El artículo 8 tiene una “*declaración concertada*”, por la cual queda 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 nuevo Tratado o del Convenio de Berna, y que nada de lo dispuesto en el mencionado artículo impide que una parte contratante aplique el artículo 11*bis*.2) del Convenio<sup>34</sup>.

## **El período de protección para las obras fotográficas.**

96. Uno de los pocos aspectos que no generó polémicas fue el contenido en la propuesta por la cual el lapso general de protección debería aplicarse también, en igualdad de condiciones, a las obras fotográficas (para las cuales el mínimo convencional de Berna es de 25 años a partir de la realización de la obra, art. 7,4), razón por la cual, conforme al artículo 9 del TODA, las partes contratantes, respecto de las obras fotográficas, no aplicarán las disposiciones del artículo 7,4 del Convenio de Berna, lo que implica que la protección a esas obras, de acuerdo al artículo 7,1 del mismo Convenio, no puede ser inferior a la vida del autor y cincuenta años después de su muerte.

## **Limitaciones y excepciones.**

97. El principio de los “*usos honrados*” recogido en el artículo 9,2 del Convenio de Berna para el derecho de reproducción, dispone que las leyes pueden establecer limitaciones o excepciones a ese derecho en casos especiales, siempre que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

98. Sin embargo, ese criterio ha sido extendido a las demás modalidades de explotación de las obras y que conforman el derecho exclusivo del autor, como ha sido recogido en muchas leyes nacionales y en el ADPIC (art. 13).

99. Así, el artículo 10 del TODA, en sus dos párrafos, faculta a las leyes de las partes contratantes a establecer limitaciones que se ajusten a los “*usos honrados*”, tanto en relación con los derechos reconocidos en el mismo Tratado (Art. 10,1), como en la aplicación del Convenio de Berna (Art. 10,2).

100. El artículo 10 tiene una “*declaración concertada*”, que reza:

---

<sup>34</sup> El artículo 11*bis*.2) del Convenio de Berna permite la concesión de licencias obligatorias en materia de radiodifusión, siempre que se limiten al país que las haya establecido, que no atenten al derecho moral del autor, ni afecten el derecho que le corresponde a recibir una remuneración equitativa.

*“Queda entendido que las disposiciones del Artículo 10 permiten a las Partes Contratantes aplicar y ampliar debidamente las limitaciones y excepciones al entorno digital en sus legislaciones nacionales, tal como las hayan considerado aceptables en virtud del Convenio de Berna. Igualmente deberá entenderse que estas disposiciones permiten a las Partes Contratantes establecer nuevas excepciones y limitaciones adecuadas al entorno de red digital.*

*“También queda entendido que el artículo 10.2) no reduce ni amplía el ámbito de aplicabilidad de las limitaciones y excepciones permitidas por el Convenio de Berna”.*

101. Un examen superficial de la declaración permitiría suponer que, de acuerdo al Tratado se estaría abriendo una brecha para tolerar, en el mundo digital, modalidades de utilización que lesionaran sin justificación el derecho exclusivo de los autores a explotar su obra *“bajo cualquier procedimiento y en cualquier forma”*, salvo excepción legal expresa.

102. Pero como acota Fícsor, el principio de los *“usos honrados”*, implica la prueba de los tres niveles y, por tanto, si bien la tecnología digital puede cambiar las condiciones de explotación de las obras, 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 nuevo Tratado y del Convenio de Berna, sobre la base de la comprobación de los tres niveles<sup>35</sup>.

### **Las obligaciones relativas a las medidas tecnológicas.**

103. Las medidas tecnológicas ya fueron objeto de estudio en la unidad 9 del módulo II y, en lo que se refiere a su tratamiento penal, en la unidad 4 del módulo VI.

104. Baste recordar que no es suficiente con el reconocimiento de derechos a los autores ante las inmensas posibilidades de infracción que abren las redes de la comunicación, como en el caso de *Internet*, lo que obliga entonces a dichos titulares a instrumentar mecanismos técnicos de *“autotutela”*, dirigidos a impedir, por ejemplo, las reproducciones o transmisiones no autorizadas.

105. Pero como tales sistemas pueden ser burlados con el auxilio de la técnica, se aprobó un dispositivo por el cual las partes contratantes se obligan a proporcio-

---

<sup>35</sup> Ob. Cit. p.p. 340-341.

nar protección jurídica adecuada y recursos jurídicos efectivos contra la acción de eludir las medidas tecnológicas efectivas que sean utilizadas por los autores, en relación con el ejercicio de sus derechos en virtud del Tratado o del Convenio de Berna y que, respecto de sus obras, restrinjan actos que no estén autorizados por los autores concernidos o permitidos por la ley (art. 11).

## **Las obligaciones relativas a la información sobre la gestión de derechos.**

106. Como fue tratado en la unidad 2 del módulo V, una eficaz administración colectiva impone la “*información digitalizada*”, a los efectos de controlar e identificar el uso de las obras a través de cualquiera de las modernas tecnologías.

107. El artículo 12 del TODA se transcribe a continuación:

*“1) Las Partes Contratantes proporcionarán recursos jurídicos efectivos contra cualquier persona que, con conocimiento de causa, realice cualquiera de los siguientes actos sabiendo o, con respecto a recursos civiles, teniendo motivos razonables para saber que induce, permite, facilita u oculta una infracción de cualquiera de los derechos previstos en el presente Tratado o en el Convenio de Berna:*

- i) Suprima o altere sin autorización cualquier información electrónica sobre la gestión de derechos;*
- ii) Distribuya, importe para su distribución, emita, o comunique al público, sin autorización, ejemplares de obras sabiendo que la información electrónica sobre la gestión de derechos ha sido suprimida o alterada sin autorización.*

*“2) A los fines del presente artículo, se entenderá por “información sobre la gestión de derechos” la información que identifica a la obra, al autor de la obra, al titular de cualquier derecho sobre la obra, o información sobre los términos y condiciones de utilización de las obras, y todo número o código que represente tal información, cuando cualquiera de estos elementos de información estén adjuntos a un ejemplar de una obra o figuren en relación con la comunicación al público de una obra”.*

108. Este artículo tiene una “*declaración concertada*”, que por su claridad no amerita de explicaciones adicionales y que también se transcribe:

*“Queda entendido que la referencia a “una infracción de cualquiera de los derechos previstos en el presente Tratado o en el Convenio de Berna” incluye tanto a los derechos exclusivos como a los derechos de remuneración. Igualmente queda entendido que las Partes Contratantes no se basarán en el presente artículo para establecer o aplicar sistemas de gestión de derechos que tuvieran el efecto de imponer formalidades que no estuvieran permitidas en virtud del Convenio de Berna o del presente Tratado, y que prohíban el libre movimiento de mercancías o impidan el ejercicio de derechos en virtud del presente Tratado”.*

## **La observancia de los derechos.**

109. Aunque la Oficina Internacional de la OMPI propuso a los comités de expertos una serie de disposiciones adjetivas para su inclusión en un eventual Protocolo, una gran mayoría de los participantes opinó que las disposiciones del futuro Tratado sobre la observancia debían basarse en el ADPIC, aunque también otros expertos destacaban la necesidad de hacer las adaptaciones necesarias al contexto del Convenio de Berna y del posible Protocolo, así como de incorporar algunos nuevos dispositivos, especialmente en aquellos aspectos no regulados por ADPIC, como en los casos de abusos de los medios técnicos.

110. La decisión final se limitó a aprobar un artículo de *“buenas intenciones”*, por el cual las partes contratantes se comprometen a adoptar, de conformidad con sus sistemas jurídicos, las medidas necesarias para asegurar la aplicación del nuevo Tratado, y a asegurar de que en sus legislaciones nacionales se establezcan procedimientos de observancia de los derechos, que permitan la adopción de medidas eficaces contra cualquier acción infractora de los derechos reconocidos, con inclusión de recursos ágiles para prevenir las infracciones y de recursos que constituyan un medio eficaz de disuasión de nuevas infracciones.

# IX

## EL NUEVO TRATADO DE LA OMPI SOBRE INTERPRETACIÓN O EJECUCIÓN Y FONOGRAMAS<sup>36</sup>

### **Antecedentes.**

111. La Convención de Roma, en razón de la época de su aprobación, no enfrentó el reto de la tecnología digital, de modo que la nueva realidad imponía una modernización internacional en relación con los derechos conexos.

<sup>36</sup> V.: ANTEQUERA PARILLI, Ricardo: *“El nuevo Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución”*.

112. Pero, como ya fue visto, el criterio mayoritario expresado en la primera sesión del Comité de Expertos para un eventual Protocolo al Convenio de Berna, fue el de que “... los productores de grabaciones sonoras debían gozar de una protección sólida por propiedad intelectual debidamente adaptada a los nuevos adelantos tecnológicos ...”<sup>37</sup>, pero esa “modernización de la protección de los productores de grabaciones sonoras debía tener lugar en el contexto de la Convención de Roma y demás instrumentos apropiados” porque “ni las grabaciones sonoras, ni los que las producían debían figurar en el eventual Protocolo, ya que éstas no constituían obras en el sentido del Convenio de Berna”<sup>38</sup>.

113. Posteriormente, el mandato aprobado por la Asamblea de la Unión de Berna de 1992, no solamente se extendió al estudio de una protección actualizada a los productores fonográficos, sino también a los artistas intérpretes o ejecutantes, mientras que el reclamo de los organismos de radiodifusión llegó tarde y, por tanto, su actualización normativa en el plano internacional tendrá que esperar por un nuevo Tratado.

114. En cumplimiento de la encomienda de la Asamblea de la Unión, la Conferencia Diplomática aprobó, además del TODA, el nuevo Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (TOIEF).

### **Las declaraciones concertadas.**

115. La introducción de “*declaraciones concertadas*” en el TOIEF obedeció a similares razones que para su incorporación al TODA, por lo cual son válidos los comentarios expuestos al estudiar el tema en relación con este instrumento.

### **El TOIEF y su relación con las otras convenciones internacionales.**

116. Así como el TODA es un “*arreglo particular*” de acuerdo al artículo 20 del Convenio de Berna, los trabajos preparatorios de la OMPI apuntaban a considerar al nuevo instrumento (hoy TOIEF), como un “*arreglo especial*” conforme al artículo 22 de la Convención de Roma, por el cual “*los Estados Contratantes se reservan el derecho de concertar entre sí acuerdos especiales, siempre que tales*

---

*ción y Fonogramas (WPPT)*”. Trabajo publicado en las “Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor”. Ed. Universidad de Santiago de Compostela/Marcial Pons. Tomo XX. Madrid-Barcelona, 1999; y ZAPATA LÓPEZ, Fernando: “*Los Tratados de la OMPI de Diciembre de 1996*”, en el libro-memorias del III Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos. Montevideo, 1997.

<sup>37</sup> V.: Acta de la Primera Sesión del Comité de Expertos sobre un eventual Protocolo al Convenio de Berna, en “*Derecho de Autor*”. OMPI. Ginebra, 1992. Año IV. No. 3. p. 53.

<sup>38</sup> Idem. p. 54.

*acuerdos confieran a los artistas intérpretes o ejecutantes, a los productores de fonogramas o a los organismos de radiodifusión derechos más amplios que los reconocidos por la presente Convención o comprendan otras estipulaciones que no sean contrarias ...”.*

117. No obstante, la oposición de varias delegaciones hizo que la idea se desechara, y la disposición aprobada como artículo 1,1 declara que ninguna de las disposiciones del Tratado irá en detrimento de las obligaciones que tengan las partes contratantes en virtud de la Convención de Roma, a lo cual se agregó un artículo 1,3, por el cual *“el presente Tratado no tendrá conexión con, ni perjudicará ningún derecho u obligación en virtud de otro tratado”*, añadido que expresaba la preocupación de varios gobiernos en cuanto a que las obligaciones a contraerse con el TOIEF pudieran generar consecuencias en el ámbito de las asumidas en el marco de la OMC, especialmente en cuanto a los mecanismos de solución de controversias.

118. Todo ello significa que se trata de un instrumento independiente y, en consecuencia, las obligaciones sustantivas de la Convención de Roma (o las de los ADPIC), no comprometen a las partes del TOIEF, salvo aquellas de la Convención de Roma que, por remisión o referencia expresa del nuevo Tratado deban aplicarse, tal como ocurre con las disposiciones relativas a los beneficiarios de la protección (TOIEF, arts. 3,2 y 3,3).

119. Por otra parte, el artículo 1,2, al estilo de la Convención de Roma (artículo primero) y del ADPIC (art. 2,2), contiene una *“cláusula de salvaguardia”*, por la cual *“la protección concedida en virtud del presente Tratado dejará intacta y no afectará en modo alguno a la protección del derecho de autor en las obras literarias y artísticas”*, de manera que *“ninguna disposición del presente Tratado podrá interpretarse en menoscabo de esa protección”*.

120. Al dispositivo se le añade una *“declaración concertada”* (que no figura en la Convención de Roma ni en el ADPIC), por la cual el consentimiento otorgado por el artista intérprete o ejecutante o por el productor del fonograma, no menoscaba la necesidad de la autorización del autor de la obra incorporada en el fonograma, de ser el caso, en razón de que también sea necesaria la autorización del artista intérprete o ejecutante o del productor, y viceversa.

## **Las definiciones.**

121. Mientras en el TODA el sistema de definiciones fue desechado (por considerarse que era materia de las leyes nacionales o, en su caso, de la jurisprudencia), en el TOIEF, curiosamente, se adoptó una posición distinta, de modo que siguiendo la estructura de la Convención de Roma se aprobó un artículo 2, contentivo de

definiciones, algunas ya previstas, a veces con mayor alcance, en dicha Convención, al tiempo que otras eran novedosas.

122. El análisis de esas definiciones se realizó en las unidades 2 y 3 del módulo IV, a los cuales nos remitimos.

### **La protección de los artistas intérpretes o ejecutantes.**

123. Ya durante las sesiones de los comités de expertos, varias delegaciones expresaron sus dudas acerca de reconocer derechos a los artistas intérpretes o ejecutantes en fijaciones audiovisuales, razón por la cual la propuesta básica sometida a la consideración de la Conferencia Diplomática presentó, en diversos dispositivos, dos variantes: una que solamente incluía a las interpretaciones o ejecuciones objeto de fijaciones sonoras y otra que también comprendía a las que incorporaban sonidos o imágenes.

124. Al final de las discusiones la Conferencia limitó el alcance del Tratado a las interpretaciones o ejecuciones sonoras en directo y a las fijadas en fonogramas, salvo en lo que se refiere a los derechos de radiodifusión y comunicación al público de interpretaciones o ejecuciones no fijadas, que comprende a todas ellas, bien sonoras o audiovisuales (art. 6,i).

125. Pero también la Conferencia reconoció el desequilibrio en que quedaban los intérpretes o ejecutantes en fijaciones audiovisuales, razón por la cual se adoptó una resolución que solicitaba a los órganos rectores de la OMPI continuar los trabajos con miras a un Protocolo al TOIEF relativo a las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales, pero la Conferencia Diplomática reunida al efecto en diciembre de 2000 no dio los resultados esperados al resultar imposible un consenso acerca de la titularidad y la transferencia de los derechos, de manera que se espera por una mejor oportunidad para replantear el tema.

126. En cuanto a los derechos reconocidos en el TOIEF, la primera preocupación que surgió en relación con la tecnología digital fue la del derecho moral, que no había tenido cabida en la Convención de Roma ni mucho menos en el ADPIC (aunque consagrado en muchas legislaciones nacionales), pues no había un reconocimiento expreso en los Convenios Internacionales.

127. Y ese derecho se aspiraba, no solamente cuando la interpretación o ejecución se incorporara a una grabación sonora, sino también en las fijaciones audiovisuales.

128. También las manipulaciones digitales podían afectar tanto la integridad de la interpretación o ejecución como la reputación del propio artista.

129. Así, el derecho moral de los artistas intérpretes o ejecutantes se aprobó formando parte del TOIEF, aunque con un nivel de protección menor al ya contemplado en la mayoría de las legislaciones del sistema latino o “*franco-germánico*”, como fue estudiado en la unidad 2 del módulo IV de este manual.

130. Baste en esta ocasión con transcribir el artículo 5,1 que reza:

*“Con independencia de los derechos patrimoniales del artista intérprete o ejecutante, e incluso después de la cesión de esos derechos, el artista intérprete o ejecutante conservará, en lo relativo a sus interpretaciones o ejecuciones sonoras en directo o sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas, el derecho a reivindicar ser identificado como el artista intérprete o ejecutante de sus interpretaciones o ejecuciones excepto cuando la omisión venga dictada por la manera de utilizar la interpretación o ejecución, y el derecho a oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de sus interpretaciones o ejecuciones que cause perjuicio a su reputación”.*

131. Si se compara el dispositivo con la mayor parte de las leyes de tradición continental podemos observar que mientras en éstas el derecho moral se extiende a todos los intérpretes o ejecutantes, en el TOIEF, como ya fue visto, se limita a las interpretaciones o ejecuciones “*sonoras*” en directo y a las interpretaciones o ejecuciones “*fijadas en fonogramas*”, lo que excluye a título de obligación mínima, al menos hasta tanto se apruebe un nuevo instrumento (Protocolo al TOIEF o un nuevo Tratado), que extienda el derecho moral, como compromiso convencional, a los intérpretes o ejecutantes en fijaciones audiovisuales.

132. Los derechos morales deben mantenerse después de la muerte del artista, por lo menos hasta la extinción de sus derechos patrimoniales, pero si una Parte contratante cuya legislación en vigor al momento de ratificar o adherirse al TOIEF, no tuviera disposiciones relativas a la protección *post mortem* de los derechos morales, pueden prever que algunos de esos derechos no sean mantenidos después de la muerte del intérprete o ejecutante (art. 5,2).

133. En el ámbito de los derechos patrimoniales, el TOIEF reconoce a los artistas intérpretes o ejecutantes el derecho de radiodifusión y comunicación al público de sus interpretaciones o ejecuciones no fijadas, excepto cuando la interpretación o ejecución constituya por sí misma una ejecución o interpretación radiodifundida (art. 6,i).

134. Este derecho no es una figura innovadora, salvo que en la Convención de Roma (como también en el ADPIC), es un derecho de “*impedir*” los actos mencio-



nados, al tiempo que en el TOIEF es un derecho de “*autorizar*”, lo que implica igualmente el derecho de “*prohibir*”.

135. El TOIEF (art. 6,ii), reconoce también a los intérpretes o ejecutantes el derecho de autorizar la fijación de sus ejecuciones o interpretaciones no fijadas, el cual como un derecho de “*impedir*” ya figura en la Convención de Roma (art. 7,1,b) y en el ADPIC (art. 14,1).

136. Asimismo el nuevo Tratado reconoce a los intérpretes o ejecutantes el derecho de “*autorizar*” la reproducción directa o indirecta de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas, por cualquier procedimiento o bajo cualquier forma (art. 7).

137. Tanto en relación con los intérpretes o ejecutantes (art. 7), como por lo que se refiere a los productores de fonogramas (art. 11), el TOIEF contiene una “*declaración concertada*” por la cual “*el derecho de reproducción, según queda establecido en los Artículos 7 y 11, y las excepciones permitidas en virtud de los mismos y del Artículo 16, se aplican plenamente al entorno digital, en particular a la utilización de interpretaciones o ejecuciones y fonogramas en formato digital. Queda entendido que el almacenamiento de una interpretación o ejecución protegida o de un fonograma en forma digital en un medio electrónico constituye una reproducción en el sentido de esos Artículos*”.

138. En el TOIEF (siguiendo al TODA), se adoptaron como dos derechos distintos el de distribución, por una parte, y el de alquiler por la otra.

139. Así, de acuerdo al artículo 8,1 del TOIEF, los artistas intérpretes o ejecutantes gozan del derecho exclusivo de autorizar la puesta a disposición del público del original y de los ejemplares de sus interpretaciones o ejecuciones, mediante venta u otra transferencia de propiedad.

140. La distribución, conforme a la “*declaración concertada*” adoptada por la Conferencia, se refiere a las copias fijadas que puedan ponerse en circulación como objetos tangibles.

141. El Tratado reconoce como un derecho distinto al de distribución, el exclusivo de autorizar el alquiler “*comercial*” de los ejemplares contentivos de la interpretación o ejecución fijada en un fonograma (tal como lo establezca la legislación de las partes contratantes), inclusive después de la distribución realizada por el intérprete o ejecutante, o con su consentimiento (art. 9,1), derecho éste no previsto en la Convención de Roma ni en el ADPIC para los artistas, y se limita a las prestaciones incorporadas a las grabaciones sonoras.

142. En el supuesto anterior, como ocurre con el mismo derecho de los autores, el de alquiler no se agota por el hecho de haber colocado (distribuido) los ejemplares para la venta u otra transferencia de la propiedad.

143. Al estilo del ADPIC en relación con el derecho de alquiler para los productores fonográficos, el TOIEF dispone que si una parte contratante tenía al 15 de abril de 1994 y continúa teniendo un sistema de remuneración equitativa (en lugar del derecho exclusivo de autorizar), por el alquiler de los ejemplares de interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas, esa parte puede continuar con el sistema “*a condición de que el alquiler comercial de fonogramas no dé lugar a un menoscabo considerable de los derechos de reproducción exclusivos de los artistas intérpretes o ejecutantes*” (art. 9,2).

144. Finalmente, al enfrentar el tema de las transmisiones digitales interactivas, muchas delegaciones afirmaron que si bien la transmisión analógica de las interpretaciones o ejecuciones y fonogramas debía mantenerse (como obligación mínima) bajo el sistema de un “*derecho de remuneración*” (al estilo de la Convención de Roma), situación distinta se presentaba con las “*transmisiones digitales a pedido*”, las que debían estar sometidas al expreso consentimiento de los respectivos intérpretes o ejecutantes y el de los productores del fonograma que fijara esas interpretaciones o ejecuciones.

145. Así quedó aprobado el derecho de “*puesta a disposición del público de las interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas*”, por hilo o por medios inalámbricos, de tal manera que los miembros del público puedan tener acceso a ellos “*desde el lugar y en el momento en que cada uno de ellos elija*” (art. 10), de modo que, en lugar de la simple remuneración por la comunicación pública del fonograma contentivo de la interpretación o ejecución (contemplado en el artículo 15 del mismo Tratado, como disposición común a los productores), el artista goza, en este caso, de un derecho exclusivo de autorizar las transmisiones digitales “*a la carta*” de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas, en las cuales cada usuario conectado a la red puede solicitar, en un lugar y momento precisos, la audición de una determinada prestación artística grabada.

## **La protección de los productores de fonogramas.**

146. Aunque el sujeto de la protección en el TOIEF sigue siendo el mismo que en la Convención de Roma y en el ADPIC, vale decir, el productor de fonogramas, la definición contenida en el artículo 2,d del TOIEF agrega, en relación con la contenida en la Convención de Roma, a quien tome la iniciativa de la fijación de “*las representaciones de sonidos*”.

147. Pero como aclara la OMPI, “*debería señalarse que la referencia a las ‘representaciones de sonidos’ no amplía el alcance de las disposiciones pertinentes previstas en los tratados ya existentes; simplemente refleja el deseo de brindar una aclaración, a la luz la tecnología actual*”<sup>39</sup>.

148. En cuanto al contenido de los derechos, ya el exclusivo de autorizar la reproducción directa o indirecta de los fonogramas, figuraba tanto en la Convención de Roma (art. 10) y en la Convención de Fonogramas (art. 2), como en el ADPIC (art. 14,2), de modo que su inclusión en el TOIEF (art. 11) no representa ninguna novedad, salvo en cuanto a la “*declaración concertada*” por la cual, como ya se ha dicho, “*queda entendido que el almacenamiento de una interpretación o ejecución o de un fonograma en forma digital en un medio electrónico constituye una reproducción en el sentido de esos Artículos*”.

149. El derecho de distribución, concebido como un derecho de “*primera distribución*” del original del fonograma o de sus copias, que no figura en la Convención de Roma, en el Convenio sobre Fonogramas ni en el ADPIC, se encuentra previsto en el artículo 12 del TOIEF en los mismos términos que el contemplado en el mismo Tratado para los artistas intérpretes o ejecutantes en grabaciones sonoras, ya explicado.

150. El de alquiler, inclusive después de la distribución de los ejemplares realizada por el productor o con su consentimiento, previsto en el TOIEF (art. 13,1), no figura en las Convenciones de Roma y la de Fonogramas, aunque sí en el ADPIC.

151. El de “*puesta a disposición del público de los fonogramas*”, por hilo o por medios inalámbricos, de tal manera que los miembros del público puedan tener acceso a ellos “*desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija*”, contemplado en el TOIEF (art. 14), significa que en lugar de la simple remuneración por la comunicación pública del fonograma, el productor goza, en este caso, de un derecho exclusivo de autorizar las transmisiones digitales “*a pedido*” de su fonograma<sup>40</sup>.

152. En todo caso –apunta la OMPI–, en la Conferencia se declaró –y ninguna delegación se opuso a ello–, que las partes contratantes tenían la libertad de otorgar

<sup>39</sup> V.: Documento OMPI/DA/COS/99/2. San José, 8 de diciembre de 1999. p. 5.

<sup>40</sup> Comenta Müller, que con la llamada “*superautopista de la información*”, habrá una enorme demanda por nuevos productos y, en la mayoría de ellos, la música será parte indispensable, y que nadie se engañe pensando que los productores fonográficos se tornarán obsoletos, porque ningún programa de computador transformará a alguien en autor, en artista o en productor (V.: MÜLLER, Joao Carlos: “*Los derechos intelectuales ante el desafío tecnológico: ¿Adaptación o Cambio? (en los derechos conexos)*”, en el libro-memorias del III Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos. Montevideo, 1997. pp. 97-106.

ese derecho exclusivo sobre la “*puesta a disposición del público*” también mediante el establecimiento de un derecho de comunicación pública, o por la combinación de diferentes derechos, en lo que se ha llamado “*solución global*”<sup>41</sup>.

## **Disposiciones comunes a los derechos de los intérpretes o ejecutantes y al derecho de los productores de fonogramas.**

153. Además de los derechos específicos para cada una de las categorías de titulares, el Tratado incorpora un conjunto de “*disposiciones comunes*” para los artistas intérpretes o ejecutantes y para los productores de fonogramas.

154. Pero llama la atención que siendo comunes a la luz del propio Tratado los derechos de distribución, alquiler y “*puesta a disposición*”, éstos se hayan reconocido en forma separada y repetitiva, en las disposiciones específicas atinentes a cada uno de esos titulares.

155. De acuerdo al artículo 15,1, tanto los intérpretes o ejecutantes como los productores de fonogramas, gozan del derecho a una remuneración equitativa y única por la utilización directa o indirecta para la radiodifusión o cualquier otra forma de comunicación al público de la interpretación o ejecución fijada en un fonograma publicado con fines comerciales, derecho ya previsto en la Convención de Roma (art. 12).

156. También, como en la Convención de Roma, se difiere a las legislaciones nacionales el establecer que esa remuneración equitativa y única no corresponda a ambas categorías de titulares, sino que pueda destinarse únicamente a los artistas intérpretes o ejecutantes, sólo a los productores fonográficos, o a ambos.

157. Así, el principio general reconoce el derecho a recibir una remuneración por comunicación pública (de la interpretación o ejecución pública y del fonograma que la contiene), con la excepción de los casos de las transmisiones digitales “*a pedido*”, en las cuales opera, para ambas categorías de derechos, el derecho exclusivo de autorizar (arts. 10 y 14).

158. En cuanto a las limitaciones y excepciones es de recordar el principio recogido en el artículo 9,2 del Convenio de Berna en relación con el derecho de reproducción, conocido como de los “*usos honrados*”, por el cual se dispone que las leyes pueden establecer limitaciones o excepciones a ese derecho, en casos especiales, siempre que esa reproducción no atente contra la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

---

<sup>41</sup> V.: Documento OMPI/DA/COS/99/2. Ob. Cit. p. 6.

159. Ese criterio ha sido extendido a las demás modalidades de explotación de las obras, como fue recogido, por ejemplo, en el ADPIC (art. 13).

160. Ahora bien, el artículo 16 del TOIEF contiene dos párrafos: uno por el cual las legislaciones nacionales pueden prever, tanto en relación con los intérpretes o ejecutantes, como respecto de los productores fonográficos, los mismos tipos de limitaciones que contienen dichas legislaciones para el derecho de autor sobre las obras literarias y artísticas (las cuales deben respetar el principio de los “*usos honrados*”, de acuerdo al artículo 10 del TODA); y el otro, para reconocer específicamente en cuanto a los derechos reconocidos en el Tratado, la facultad de las leyes internas de las partes contratantes para establecer limitaciones que se ajusten a dichos “*usos honrados*”, en relación con los derechos reconocidos en el mismo instrumento.

161. Dicho artículo 16 tiene una “*declaración concertada*”, que se transcribe:

*“La declaración concertada relativa al Artículo 10 (sobre limitaciones y excepciones) del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor también se aplica mutatis mutandi al Artículo 16 (sobre limitaciones o excepciones) del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas).*

162. En ese sentido vale la pena recordar que la “*declaración concertada*” relativa al artículo 10 del TODA, reza:

*“Queda entendido que las disposiciones del Artículo 10 permiten a las Partes Contratantes aplicar y ampliar debidamente las limitaciones y excepciones al entorno digital en sus legislaciones nacionales, tal como las hayan considerado aceptables en virtud del Convenio de Berna. Igualmente deberá entenderse que estas disposiciones permiten a las Partes Contratantes establecer nuevas excepciones y limitaciones adecuadas al entorno de red digital.*

*“También queda entendido que el artículo 10.2) no reduce ni amplía el ámbito de aplicabilidad de las limitaciones y excepciones permitidas por el Convenio de Berna”.*

163. Las declaraciones transcritas deben interpretarse en armonía con los “*usos honrados*” (aplicados “*mutatis mutandi*” a los intérpretes o ejecutantes y a los productores fonográficos, por remisión del TOIEF), lo que implica la prueba de los tres pasos o niveles, ya comentados *supra*.

164. La duración mínima de los derechos en el TOIEF aumenta el plazo de 20 años previsto en Roma y la equivale con las previsiones del ADPIC, al establecerla

en cincuenta años, contados a partir del final del año en el que la interpretación o ejecución fue fijada en el fonograma o, en su caso, desde el final del año de la publicación del fonograma y, si tal publicación no ha tenido lugar dentro de los cincuenta años desde la fijación de la grabación sonora, el plazo se cuenta desde el fin del año en que se haya realizado tal fijación.

165. Existe, sin embargo, una discrepancia entre el TOIEF y el ADPIC (art. 14,5), porque mientras el primero calcula los 50 años desde la fijación de la interpretación o ejecución en un fonograma, en el segundo el mismo plazo se computa a partir de que se haya realizado la fijación “*o haya tenido lugar la interpretación o ejecución*”.

166. Ello quiere decir que el TOIEF no contempla expresamente el plazo de protección para las interpretaciones o ejecuciones no fijadas, lo que si bien puede carecer de importancia práctica (porque la tutela de esas prestaciones artísticas “*efímeras*” pudiera calificarse de “*teórica*”), lo cierto es que existe una laguna inexplicable a resolver, necesariamente, a través de las leyes nacionales o, en su defecto, por la jurisprudencia.

167. En lo que se refiere a las medidas tecnológicas y a la protección de la información electrónica sobre la gestión de los derechos, el TOIEF (arts. 18 y 19), repite las mismas disposiciones del TODA (arts. 11 y 12), de modo que no se requieren al respecto comentarios adicionales.

168. Sin embargo, como quiera que los derechos reconocidos en el TOIEF son, algunos con carácter exclusivo (de autorizar o prohibir), y otros de simple remuneración (como el aplicable a la radiodifusión y comunicación al público), la “*declaración concertada*” al artículo 19 del Tratado adopta, “*mutatis mutandis*”, la relativa al artículo 12 del WCT, por la cual “*queda entendido que la referencia a una infracción de cualquiera de los derechos previstos en el presente Tratado o en el Convenio de Berna incluye tanto los derechos exclusivos como los derechos de remuneración*”.

169. El TOIEF dispone que el goce y el ejercicio de los derechos no están subordinados a ninguna formalidad (art. 20).

170. Ello quiere decir que aun en aquellos países donde exista una oficina de registro, la inscripción de las interpretaciones o ejecuciones o de los fonogramas no puede tener un carácter constitutivo de derechos, sino simplemente declarativo y referencial.

171. No se permiten reservas al Tratado (art. 21).

172. Por lo que se refiere a la aplicación de la ley en el tiempo, el TOIEF (art. 22,1), ordena la aplicación “*mutatis mutandis*” del artículo 18 del Convenio de Berna, de modo que:

- a. El Tratado se aplica a todas las interpretaciones o ejecuciones y producciones que, en el momento de su entrada en vigor, no hayan pasado al dominio público en su país de origen por expiración de los plazos de protección.
- b. Sin embargo, si una interpretación o ejecución, o un fonograma, por expiración del plazo de protección que le haya sido anteriormente concedido hubiese pasado al dominio público en el país en que la protección se reclame, esa interpretación o ejecución, o fonograma, no será protegida allí de nuevo.

173. El artículo 22,2 del TOIEF permite a las partes contratantes limitar la aplicación del artículo 5 (derechos morales de los intérpretes o ejecutantes), a las interpretaciones o ejecuciones que hayan tenido lugar después de la entrada en vigor del TOIEF respecto de esa parte.

174. En relación con las medidas de observancia, el TOIEF (art. 23), repite el dispositivo contenido en el TODA (art.14), de manera que la norma no requiere de comentarios adicionales.

# Módulo

# VII

## *La protección internacional del derecho de autor y los derechos conexos o afines al derecho de autor*

### UNIDAD 2

#### EL DERECHO DE AUTOR Y LOS DERECHOS CONEXOS O AFINES EN EL DERECHO COMERCIAL INTERNACIONAL

El derecho de autor y los derechos conexos en los procesos de integración - El derecho de autor y los derechos conexos en las relaciones económicas internacionales – El Tratado de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC).





# I

## EL DERECHO DE AUTOR Y LOS DERECHOS CONEXOS EN LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN

1. Todo proceso de integración implica la eliminación, entre otras, de las “*barreras técnicas*” constituidas por legislaciones nacionales concurrentes en la misma materia, si contienen disposiciones divergentes y crean distorsiones para alcanzar la meta de la libre circulación de bienes y servicios, por ejemplo, en el área de la *propiedad intelectual*, si los requisitos de patentabilidad de una invención o las condiciones para la tutela de una obra son diferentes en los países comunitarios, de suerte que el mismo invento o la misma obra estén protegidos en unos y en otros no, y que un ejemplar o soporte del mismo bien intelectual sea lícito en un país pero ilegítimo en el vecino.

2. Por ello –siguiendo a Díez-Hochleitner–, no son difíciles de imaginar los desvíos de tráfico comerciales, la ruptura de las reglas de la competencia y los cambios artificiales de establecimiento de los operadores en el territorio de una comunidad, que tales legislaciones contrapuestas podrían originar <sup>1</sup>.

3. Pero a tales factores se agregan, por un lado, los aspectos sociales, culturales y de desarrollo tecnológico que también se integran a todo proceso comunitario; y por el otro, la enorme importancia económica que tienen hoy las actividades empresariales vinculadas a la *propiedad intelectual*, como fue estudiado en la unidad 3 del módulo I de este mismo curso.

4. De allí la inclusión del derecho de autor y los derechos conexos en las directivas de la Comunidad Europea y en las decisiones de la Comunidad Andina, cuyo contenido ha sido citado en las diferentes unidades del presente manual.

# II

## EL DERECHO DE AUTOR Y LOS DERECHOS CONEXOS EN LAS RELACIONES ECONÓMICAS INTERNACIONALES

5. La incorporación del derecho de autor y los derechos conexos en el marco del Derecho Comercial Internacional obedece, entre otros, a los factores siguientes:

---

<sup>1</sup> V.: DÍEZ-HOCHLEITNER RODRÍGUEZ, Ricardo: “*El desarrollo del mercado interior de la CEE en el ámbito de la armonización de derechos de autor y derechos afines*”, en “*La armonización de los derechos de Propiedad Intelectual en la Comunidad Europea*”. Ed. Ministerio de Cultura. Madrid, 1993. p. 53.

- a. La “*globalización de la economía*”, a través de la cual los bienes culturales destinados a la enseñanza, el entretenimiento o la información –generalmente protegidos en el ámbito de los derechos intelectuales–, no son ya producidos y comercializados únicamente en los mercados internos de cada uno de los países, sino que su explotación trasciende las fronteras.
- b. La importancia económica de las actividades industriales y comerciales vinculadas a la producción y mercadeo de esos productos culturales, sea en forma de objetos tangibles (v.gr.: libros, audio y videocassettes, soportes digitales), o bien a través de servicios, especialmente por su transmisión a distancia, en actividad que se desarrolla cada vez más en la “*sociedad de la información*”.
- c. Las distorsiones que se producen en el comercio cuando existen desniveles nacionales en la protección de esos bienes intelectuales, colocando en clara desventaja a la actividad empresarial que se desarrolla en países con altos sistemas de protección (entre otras cosas por las remuneraciones que deben pagar a los titulares de derechos autorales y conexos), frente a aquellas otras que se instalan en territorios con una tutela limitada.
- d. El fenómeno de la “*piratería*”, propiciando el comercio internacional de ejemplares ilícitos, de más bajo costo, en perjuicio de la actividad empresarial legítima.
- e. La necesidad de crear mecanismos coercitivos, en el área comercial, contra aquellos países donde la protección a los derechos intelectuales es deficiente o inefectiva, evitando la existencia de “*territorios intocables*”, desde los cuales se produzcan y exporten soportes ilegítimos, o se realicen transmisiones o retransmisiones no autorizadas.

6. Las distorsiones al comercio internacional ya habían propiciado la posibilidad de sanciones unilaterales, como las basadas en la Sección 301 de la Ley estadounidense de Comercio, de 1974, por el cual los Estados Unidos se atribuye la facultad de aplicar medidas de retaliación comercial contra países que en forma injustificada obstaculicen el comercio norteamericano, suspender o derogar tratados preferenciales, o imponer gravámenes a los productos o servicios provenientes del país que adopte políticas restrictivas; y en sentido similar la Unión Europea, por Reglamento 264-84 de 1984, que la faculta para tomar medidas unilaterales contra países que incurran en prácticas comerciales ilícitas.

7. A esas acciones unilaterales se agregaron las previstas en los Convenios bilaterales sobre Libre Comercio, como los celebrados entre Estados Unidos y más de cuarenta países (varios de ellos latinoamericanos) y, posteriormente, en los Tra-

tados Regionales o Subregionales, también sobre Libre Comercio, por ejemplo, el TLC para América del Norte (Canadá, Estados Unidos y México) y el G3 (Colombia, México y Venezuela), los cuales incluyen un Capítulo sobre la propiedad intelectual y la “*observancia*” de tales derechos.

8. Pero la universalidad de los compromisos en esta disciplina, no ya en el marco de los convenios internacionales tradicionales sobre la materia (Convenio de Berna, Convención de Roma), sino en el ámbito del Derecho Comercial Internacional, surgió con el Tratado de la Organización Mundial de Comercio (OMC), cuyo Anexo 1C contiene el Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC).

### III

## EL TRATADO DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO (OMC) Y EL ACUERDO SOBRE LOS ASPECTOS DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL RELACIONADOS CON EL COMERCIO (ADPIC) <sup>2</sup>

### Introducción.

9. El ADPIC, como Anexo al tratado de la OMC, no va dirigido a la tutela del autor en cuanto tal (y de allí que en varias ocasiones la palabra “*autor*” del Convenio de Berna es sustituida en ADPIC por la expresión “*titular del derecho*”), sino a la reducción de las distorsiones en el comercio internacional y a la provisión de normas relacionadas con la existencia, alcance y ejercicio de los derechos de propiedad intelectual “*relacionados con el comercio*” (y por ello las salvedades en relación con el derecho moral, como se verá más adelante), de modo que su objetivo está, conforme a su artículo 7, en la protección y la observancia de los derechos de Propiedad Intelectual “*en beneficio recíproco de los productores* (que no necesariamente de los autores, nota nuestra) y *de los usuarios de conocimientos tecnológicos .....*” (hemos destacado)<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Para una visión panorámica del ADPIC, v.: LIPSZYC, Delia: “*Acuerdo sobre los Aspectos de los derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC)*”. Curso OMPI/SGAE para América Latina sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos. Documento OMPI/DA/PDE/97/6. Punta del Este/Montevidéo, 1997.

<sup>3</sup> De allí que para Gaubiac, en ADPIC no está presente la dimensión humana (v.: GAUBIAC, Yves: “*Una nueva dimensión internacional del Derecho de Autor: El Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de Propiedad Intelectual tocantes al Comercio del Tratado de Marrakech que instituye la Organización Mundial del Comercio*”, en RIDA. No. 166. París, 1995. pp. 6-7).

10. Y es así como puede analizarse el ADPIC y sus implicaciones con los Tratados Internacionales en derecho de autor y derechos conexos.

## La estructura y el contenido.

11. El texto de los ADPIC se divide en siete partes, a saber:

- Parte I: Disposiciones generales y principios básicos.
- Parte II: Normas relativas a la existencia, alcance y ejercicio de los derechos de Propiedad Intelectual.
- Parte III: Observancia de los derechos de Propiedad Intelectual.
- Parte IV: Adquisición y mantenimiento de los derechos de Propiedad Intelectual y procedimientos contradictorios relacionados.
- Parte V: Prevención y solución de diferencias.
- Parte VI: Disposiciones Transitorias.
- Parte VII: Disposiciones institucionales. Disposiciones finales.

12. En cuanto al contenido del Acuerdo, se formularán en esta unidad algunas consideraciones sobre la Parte I, la Sección 1 de la Parte II (derecho de autor y derechos conexos), y la Parte III.

## Los principios.

13. Siguiendo a Bercovitz<sup>4</sup>, puede afirmarse que el planteamiento del ADPIC, en el ámbito de los derechos autorales y conexos, descansa sobre los principios siguientes:

- a. Generalización para todos los países de un nivel mínimo de protección, partiendo de la contenida en los convenios existentes para la fecha de su aprobación (especialmente los de Berna y Roma), con ciertas excepciones, complementándolos con algunas reglas relativamente sencillas.
- b. Consideración especial para aquellas obras que demandan mayores inversiones industriales: *software*, bases de datos y obras audiovisuales.

---

<sup>4</sup> V.: BERCOVITZ, Alberto: "El derecho de autor en el acuerdo TRIPS", en el libro-memorias del II Congreso Iberoamericano de Derecho de Autor y Derechos Conexos. Lisboa, 1994. p. 883.

- c. Atención particular a los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes y de la industria fonográfica.
- d. Aseguramiento de una protección real y efectiva.
- e. Fijación de plazos de adaptación para los países menos desarrollados.

### **El principio de la protección mínima.**

14. Conforme al artículo 1,1 del ADPIC, los países pueden prever en sus respectivas legislaciones, aunque no están obligados a ello, una protección más amplia que la concedida por el propio Acuerdo.

15. Se trata de un precepto ya recogido en los Convenios de Berna y Roma, y que, en lo que se refiere al ADPIC, tiene singular importancia para la aplicación de otros dos principios: el del “*trato nacional*” y el del “*trato de la nación más favorecida*”, como se estudiará más adelante.

### **La relación del ADPIC con los Convenios sobre derecho de autor y derechos conexos <sup>5</sup>.**

16. El ADPIC no sustituye en nada a los Convenios Internacionales ya existentes en derecho de autor o derechos conexos, ni exime a los países que han adherido a ellos de las obligaciones impuestas por esas convenciones.

17. Por el contrario, uno de los principios básicos de ADPIC está en que ninguna de las Partes I a IV de su texto (que son las que tienen incidencia en los aspectos sustantivos), irá en detrimento de las obligaciones que los estados puedan tener entre sí en virtud, entre otros, del Convenio de Berna y de la Convención de Roma (art. 2,2).

18. Es más, al consagrar el principio del “*trato nacional*”, el propio ADPIC deja a salvo las excepciones previstas en el Convenio de Berna, Revisión de 1971, y en la Convención de Roma (art. 3,1).

19. Sin embargo, el Acuerdo plantea dos situaciones distintas en relación con dichas convenciones, porque integra a su contenido los dispositivos previstos en los

---

<sup>5</sup> Sobre el tema, v.: ANTEQUERA PARILLI, Ricardo: “*Consideraciones generales sobre los ADPIC y su relación con los Tratados Internacionales vigentes en Derecho de Autor y Derechos Conexos*”. Academia de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). Ginebra, 1996.

artículos 1 a 21 del Convenio de Berna, salvo el artículo 6 *bis* como se verá posteriormente (art. 9,1), pero en cambio no hace formar parte de las obligaciones que impone el reconocimiento de los derechos consagrados en la Convención de Roma, de modo que la aplicación de los principios del “trato nacional” (art. 3,1) y de “trato de la nación más favorecida” (art. 4,c), en lo que se refiere a los artistas intérpretes o ejecutantes, a los productores de fonogramas y a los organismos de radiodifusión, se limitan a los derechos que estén previstos en el propio Acuerdo<sup>6</sup>.

20. Por otra parte, la existencia de ADPIC es perfectamente compatible con el Convenio de Berna, cuyo artículo 20 establece que “los gobiernos de los países de la Unión se reservan el derecho de adoptar entre ellos Arreglos particulares siempre que estos Arreglos confieran a los autores derechos más amplios que los concedidos por este Convenio, o que comprendan otras estipulaciones que no sean contrarias al presente Convenio ....”, de manera que el ADPIC es un “Arreglo particular” en el sentido del citado artículo convencional<sup>7</sup>.

### El “trato nacional”.

21. En consonancia con el Convenio de Berna (arts. 3 y 4) y la Convención de Roma (art. 2), el artículo 3,1 de ADPIC reconoce el principio del “trato nacional”, por el cual cada país concederá a los nacionales de los demás países miembros de la OMC un trato no menos favorable que el otorgado a sus propios nacionales con respecto a la protección de los derechos de propiedad intelectual, a reserva de las excepciones previstas, por lo que se refiere a los derechos autorales y conexos, en el Convenio de Berna y en la Convención de Roma.

22. En cuanto al Convenio de Berna, es de recordar que la subordinación del principio del trato nacional por el de la condición de la reciprocidad, está restringi-

---

<sup>6</sup> Sobre el tema, v.: ANTEQUERA PARILLI, Ricardo: “La protección de los intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas en la Convención de Roma, el Acuerdo sobre los ADPIC y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (TOIEF/WPPT)”. Documento OMPI/DA/MVD/00/6. Taller de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos en la Era de la Información. Montevideo, 2000; y WALTER, Michel M.: “La relación y la comparación entre la Convención de Roma, el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT) y el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC), la evolución y el posible mejoramiento de la protección de los derechos conexos reconocidos por la Convención de Roma”. Comité Intergubernamental de la Convención de Roma. Documento OIT/UNESCO/OMPI/ICR.17/6. Ginebra, 1999.

<sup>7</sup> Acerca de los marcos de protección, en el Convenio de Berna y en el ADPIC, v.: DELGADO PORRAS, Antonio: “Los diferentes marcos de protección del Derecho de Autor en el Convenio de Berna para la protección de las Obras Literarias y Artísticas, Acta de Revisión de París, de 24 de julio de 1971 y en el Acuerdo sobre los ADPIC”. Curso OMPI/SGAE de Formación en Derecho de Autor y Derechos Conexos para América Latina. Documento OMPI/DA/HAV/98/2. La Habana, 1998.

do a las artes aplicadas (2,7), al plazo de duración cuando sea superior al mínimo convencional (art. 7,8), al “*droit de suite*” (art. 14 *ter*,2), y al que puedan aplicar los países miembros ante los que se adhieran al Convenio y resuelvan mantener temporalmente restricciones al derecho de traducción (art. 30,2,b).

23. En relación con la Convención de Roma, deben destacarse la condición de reciprocidad en cuanto a la amplitud y la duración de los derechos sobre los fonogramas (art. 16,1,a,iv)<sup>8</sup> y por lo que se refiere al derecho de los organismos de radiodifusión sobre la comunicación de sus emisiones de televisión en lugares de acceso público con pago de entrada (art. 16,1,b).

24. Pero en cualquier caso, el ADPIC señala que respecto del trato nacional, esa obligación frente a los intérpretes o ejecutantes, productores fonográficos y organismos de radiodifusión, se limita a los derechos previstos en dicho Acuerdo (art. 3,1).

### **El “trato de la nación más favorecida”.**

25. A diferencia de los convenios de Berna y Roma, el ADPIC reconoce el principio del “trato a la nación más favorecida”, por el cual toda ventaja, favor, privilegio o inmunidad que conceda un Estado a los nacionales de cualquier otro país, se otorgará inmediatamente y sin condiciones a los nacionales de todos los demás (art. 4, enc.).

26. El “trato a la nación más favorecida” va más allá del “trato nacional”, porque éste reconoce los desniveles de protección que pueden existir entre los países (siempre que se respeten los “*principios mínimos*”), mientras que aquél tiende a uniformar los niveles de protección.

27. Por otra parte, basta que el favor o privilegio se le conceda “a los nacionales de cualquier otro país” (sin exigir que este último sea miembro de la OMC), lo que se interpreta en el sentido de que si un Estado obligado por ADPIC le concede una determinada ventaja a los nacionales de un país que no pertenezca a la OMC, esa ventaja debe concederse inmediatamente a todos los que sí están obligados por el Acuerdo.

---

<sup>8</sup> Es de hacer notar que de acuerdo a la “*Guía de la Convención de Roma y de Ginebra sobre Fonogramas*” escrita por Claude Masouyé y publicada por la OMPI (Ginebra, 1982), la reciprocidad material contenida en el artículo citado evita que en las relaciones internacionales, salgan perjudicados aquellos Estados contratantes que aceptan la aplicación plena y total del artículo 12 de la Convención de Roma, en los casos de utilización secundaria de los fonogramas, con relación a aquellos otros que, o bien se niegan por entero a aplicar las disposiciones de dicho artículo, o bien limitan el alcance de las mismas (Ob. Cit. pp. 84-85).



28. Entre las cuatro excepciones para la aplicación del comentado principio, dos tienen especial importancia, a saber:

- a. Que el “trato a la nación más favorecida” no se aplica a aquellas ventajas respecto de las cuales el Convenio de Berna o la Convención de Roma, admiten la aplicación de la reciprocidad, lo que permite armonizar el principio que se comenta con el del “trato nacional”.
- b. Que tampoco se aplica respecto de los derechos de los intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas o los organismos de radiodifusión, que no estén previstos en el propio ADPIC.

29. No puede dejarse de notar de qué manera el APPIC, al tiempo que le dedica una especial atención a los productores de fonogramas, trata sin embargo de limitar el alcance de los derechos conexos en general, a través de las excepciones a la aplicación del “trato nacional” y de la “nación más favorecida”.

30. El principio de la “nación más favorecida” tiene una aplicación fundamental dados los tratados bilaterales y regionales que pudieron aprobarse entre países después de la entrada en vigor de los ADPIC, y en los cuales se hayan reconocido mayores niveles de protección que los previstos en el Acuerdo.

31. Finalmente, si bien el principio de la “nación más favorecida” no rige para los acuerdos que hayan estado vigentes para la fecha de la entrada en vigor de ADPIC es necesario, para la aplicación de esa excepción, que tales convenios se hayan notificado al Consejo de los ADPIC y que, además, no constituyan una discriminación arbitraria e injustificable contra los nacionales de los demás países obligados por el Acuerdo.

## El tema del derecho moral <sup>9</sup>.

32. No obstante la obligación impuesta por ADPIC de aplicar los artículos 1 a 21 del Convenio de Berna, se hace una excepción expresa mediante la cual “*las PARTES no tendrán derechos ni obligaciones respecto de los derechos conferidos por el artículo 6 bis de dicho Convenio, ni los derechos que se deriven del mismo*” (hemos destacado).

33. Aunque no existan documentos que precisen el por qué de la norma transcrita, resulta evidente que la salvedad respecto del derecho moral constituye una

---

<sup>9</sup> Sobre el tema, v.: 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.

concesión a los Estados Unidos, cuya *Berne Implementation Act* (que se considera en ese país la única fuente de derecho para la interpretación del Convenio, de modo que se impide a sus tribunales toda referencia directa a él), rechazó la necesidad de introducir disposiciones específicas sobre derecho moral, por estimar que las prerrogativas reconocidas por el derecho norteamericano en su conjunto (a través del *Copyright Act*, otras leyes federales y estatales, y de la jurisprudencia), satisfacían las exigencias del artículo 6 *bis* del Convenio de Berna<sup>10 11</sup>.

34. Pero la excepción en nada deroga la obligación de los países miembros del Convenio de Berna en cuanto a respetar los derechos de orden moral reconocidos en el artículo 6 *bis*, vale decir, el derecho de paternidad del autor y el derecho a la integridad de la obra, sólo que no se pueden invocar las disposiciones del Acuerdo ADPIC en relación con el respeto a tales derechos morales, al menos en lo que se refiere a los procedimientos de solución de diferencias allí previstos.

### **El objeto de la protección.**

35. Al establecer el Acuerdo (art. 9,1) la obligación de aplicar los artículos 1 a 21 (con excepción del 6 *bis*) del Convenio de Berna, queda entendido, por aplicación del artículo 2,1 de este último, que los Estados obligados por el 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*”.

36. Conforme al artículo 2,1 del mismo Acuerdo, la protección por el derecho de autor abarca la expresión de las ideas, procedimientos, métodos de operación y conceptos matemáticos, “*pero no esas ideas, procedimientos, métodos y conceptos en sí*”.

37. No es, sin embargo, un dispositivo innovador, porque aunque el Convenio de Berna no contenga una disposición similar, ha sido unánime la interpretación convencional, así como pacífica la jurisprudencia y la doctrina, en el sentido de que lo protegido por el derecho de autor es la “*obra*” como forma de expresión de una idea, y no la idea en sí misma, aunque no deje de hacerse notar la conveniencia de una disposición aclaratoria en el ADPIC.

---

<sup>10</sup> V.: LIPSZYC, Delia: “*Derecho de Autor y Derechos Conexos*”. Ob. Cit. pp. 47-48.

<sup>11</sup> A pesar de ello, el reconocimiento expreso de algunos derechos morales en la legislación federal estadounidense, aunque disminuida en comparación con las leyes del sistema latino de protección, se ha concretado, para ciertas categorías de obras, con el *Visual Artist Right Act* y el *Architectural Works Copyright Protection Act*”.

## **Programas de ordenador.**

38. 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)”*.

39. Dado el carácter meramente enunciativo del listado de obras protegidas de acuerdo al artículo 2,1 del Convenio de Berna, hace mucho tiempo que a la luz de las legislaciones, la jurisprudencia y la doctrina quedó aclarado que el *“software”* era una obra del ingenio protegida por el derecho de autor y que, como tal, encontraba su protección internacional en el marco del Convenio de Berna.

40. La indicación explícita de que los programas están protegidos *“como obras literarias”*, parece prevenir que alguna decisión judicial interprete que, no obstante su condición de *“obra del ingenio”*, el *“software”* no es una obra literaria ni artística, y basándose en esa interpretación se concluya que no goza de protección internacional en los términos del Convenio de Berna, sino que es necesaria una Convención distinta.

## **Compilaciones de datos.**

41. 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”*.

42. Los cambios de redacción entre el ADPIC y el artículo 2,5 del Convenio de Berna son fundamentalmente de mera forma, pero están dirigidos a reconocer la protección, no sólo a las colecciones de obras literarias o artísticas, sino también a las recopilaciones de hechos o datos que no sean obras, con la condición de que la selección o disposición de esos elementos refleje una creación intelectual.

43. En todo caso, el ADPIC aclara que la protección no abarca los datos o materiales en sí mismos, y que la tutela reconocida a la compilación se concede sin perjuicio del derecho de autor que pueda subsistir en relación con los elementos objeto de la recopilación.

## El derecho de arrendamiento.

44. En relación con el alquiler de los soportes sí se produce una innovación en el ADPIC con relación al Convenio de Berna, que no contiene disposiciones expresas en ese sentido, aunque la interpretación jurisprudencial en algunos países haya señalado que el derecho de arrendamiento forma parte o es una consecuencia del derecho de reproducción<sup>12</sup>.

45. En ese sentido el ADPIC reconoce el derecho de autorizar o prohibir el “*arrendamiento comercial*” al público de los originales o copias de las obras amparadas por el derecho de autor (art. 11).

46. La expresión “*arrendamiento comercial*” es desafortunada, porque si lo que se pretende señalar es que el alquiler debe realizarse a cambio de un precio, ello forma parte esencial del contrato de arrendamiento; si, por el contrario se quiere decir que el alquiler debe formar parte de una actividad mercantil: ¿qué pasa si el alquiler al público lo realiza una sociedad benéfica?

47. De allí que el “*arrendamiento comercial*” debe interpretarse en el sentido de que el titular del derecho tiene la facultad de autorizar o prohibir todo alquiler de los soportes que produzca distorsiones en el comercio, sea que se califique o no a ese arrendamiento como de carácter mercantil.

48. En todo caso, no se trata de un derecho general de alquiler (es decir, para todo género de obras, como sí lo reconocen muchas legislaciones nacionales), sino que la obligación se restringe como obligación mínima (“*al menos respecto de ...*”) a dos: los programas de ordenador y las obras cinematográficas (además de los fonogramas, como se verá más adelante), en ambos casos por la facilidad del copiado por parte del arrendatario.

49. Aún así, continúan las excepciones:

- a. En relación con los programas de ordenador, la obligación no se aplica al arrendamiento cuyo objeto esencial no sea el programa en sí.
- b. En cuanto a las obras cinematográficas, cualquier Estado miembro de la OMC puede exceptuarlas del derecho de alquiler, a menos que el arrendamiento haya dado lugar a una multiplicación de copias de esas obras que menoscabe

---

<sup>12</sup> V.: GAUBIAC, Yves: Ob. Cit. pp. 21-22; y RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco: “*Derechos de Explotación*”, en “*Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*” (coordinador: Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano). Ed. Tecnos. Madrid, 1989. p. 370.

en medida importante el derecho de reproducción conferido en dicho país a los autores y a sus derechohabientes.

50. Escrita así, la excepción al derecho de alquiler respecto de las obras cinematográficas es ambigua y subjetiva, pues dependerá del legislador de cada país determinar si consagra o no ese derecho, en función de que considere o no que la distribución al público de los soportes, mediante el arrendamiento, ha menoscabado “*de manera importante*” el derecho de reproducción.

### **La duración de la protección.**

51. Partiendo de la obligación impuesta por ADPIC (art. 9,1), en cuanto a aplicar las disposiciones contenidas en los artículos 1 a 21 del Convenio de Berna (salvo el artículo 6 *bis*), incluso a aquellos países que no sean miembros de dicho Convenio, queda allí incluida la de reconocer como plazo mínimo de protección el de cincuenta años *post mortem auctoris* (art. 7,1), salvo en los casos en que, conforme al Convenio de Berna, el período de tutela puede calcularse, no a partir del primero de enero del año siguiente a la muerte del autor, sino de aquel en que la obra se realizó (como es el caso de las obras de arte aplicado, art. 7,4), o de aquel en que la obra se hizo accesible al público o fue realizada, según corresponda, como ocurre en las obras cinematográficas (art. 7,2) y en las obras anónimas y seudónimas (art. 7,3).

52. Como puede verse, el Convenio de Berna, en los casos en que el cálculo no se realice sobre la base del fallecimiento del creador, toma como punto de referencia a la divulgación (hacer la obra accesible al público), si se trata de obras cinematográficas o anónimas y seudónimas, o a la realización de la obra, en los tres casos ya citados.

53. Ahora bien, el artículo 12 de ADPIC dispone que “*cuando la duración de la protección de una obra, que no sea fotográfica o de arte aplicada, se calcule sobre una base distinta de la vida de una persona física, esa duración será de no menos de 50 años contados desde el final del año civil de la **publicación** autorizada o, a falta de tal publicación autorizada dentro de un plazo de 50 años a partir de la realización de la obra, 50 años a partir del final del año de su realización*” (hemos destacado).

54. Dicho de otra manera: mientras el Convenio de Berna toma en cuenta en esos supuestos la divulgación o realización de la obra, según corresponda, el ADPIC se basa en la publicación y en la realización.

55. La diferencia estriba en que una obra se estima divulgada cuando se ha hecho accesible al público, mientras que, conforme al mismo Convenio de Berna,

la obra se entiende publicada cuando ha sido editada con el consentimiento del autor, cualquiera sea el modo de fabricación de los ejemplares, siempre que la cantidad de éstos puesta a disposición del público satisfaga razonablemente sus necesidades, de acuerdo con la índole de la obra, de modo que no constituye publicación la representación de una obra dramática, dramático-musical, o cinematográfica, la ejecución de una obra musical, la recitación pública de una obra literaria, la transmisión o radiodifusión de las obras literarias o artísticas, la exposición de una obra de arte ni la construcción de una obra arquitectónica (art. 3,3).

56. Quiere decir entonces que una obra puede estar divulgada y, sin embargo, no publicada. Si se aplican las disposiciones pertinentes del Convenio de Berna, el plazo se calcula a partir de la divulgación, pero conforme al ADPIC el período comienza a correr desde la publicación, lo que puede ocurrir, incluso, mucho tiempo después de la divulgación, por ejemplo, en las obras cinematográficas, cuya puesta a disposición del público de los ejemplares (v.gr.: a través de videocasetes, discos digitales) se produce tiempo después de su proyección en las salas de cine.

57. La consecuencia práctica está en que, en ciertos casos, el plazo mínimo se alargará, al aplicar el ADPIC, porque el lapso de cincuenta años comenzará a correr desde una fecha posterior.

58. Sin embargo, no se trata de una incompatibilidad entre ambos instrumentos (aunque la aplicación pueda generar a veces confusiones), ya que el período de protección previsto en el Convenio de Berna tiene, simplemente, un carácter mínimo.

## **Los usos honrados.**

59. Inspirándose en un principio ya reconocido por el Convenio de Berna para la reproducción (art. 9,2), el ADPIC dispone que los países circunscribirán las limitaciones o excepciones a los derechos exclusivos, a determinados casos especiales que no impidan la explotación normal de la obra ni perjudiquen de modo injustificado los legítimos intereses del titular de los derechos (art. 13).

60. Se trata de una norma que no solamente está dirigida a las limitaciones o excepciones de los derechos exclusivos previstos expresamente en ADPIC, sino de todos los derechos exclusivos reconocidos por la ley cuya protección se invoca, sea en virtud de la aplicación de los artículos 1 a 21 del Convenio de Berna, o bien en razón de otros derechos exclusivos agregados en la legislación nacional.

61. Pero como en toda disposición programática (salvo en aquellos casos donde el propio Convenio de Berna, de manera expresa, reconoce algunos supuestos de

“*usos honrados*”, v.gr.: arts. 10 y 10 *bis*), queda el tema de la apreciación por parte de cada legislador, en cuanto a las limitaciones o excepciones a los derechos exclusivos que considere no atentatorias a los “*usos honrados*” a que se refiere el artículo 13 del Acuerdo.

## **Disposiciones sustantivas sobre los derechos conexos.**

62. A diferencia de las disposiciones sustantivas sobre derecho de autor, donde el ADPIC da por reproducidos los artículos 1 a 21 del Convenio de Berna (salvo el artículo 6 *bis*) y sólo agrega aquellos aspectos considerados como “*innovadores*”, en relación con los derechos conexos, el Acuerdo no se remite a la Convención de Roma, sino que establece directamente los derechos mínimos que corresponden a artistas intérpretes y ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión, muy al estilo de la Convención de Roma, con algunas variantes.

## **Derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes.**

63. El artículo 14,1 del ADPIC reconoce en lo esencial los derechos previstos en el artículo 7,1 de la Convención de Roma para los artistas intérpretes o ejecutantes, incluso al no establecer el derecho exclusivo de “*autorizar o prohibir*”, sino de “*impedir*” los actos indicados en la norma.

64. Aunque para Correa, si bien se reconoce el derecho de impedir la difusión por medios inalámbricos, no se atribuye ese derecho respecto de la difusión televisiva por cable<sup>13</sup> (como tampoco lo hace el artículo 7,1 de la Convención de Roma), debe notarse que en ambos textos se hace referencia tanto a la “*radiodifusión*” (Roma) o “*la difusión por medios inalámbricos*” (ADPIC), como a la “*comunicación al público*” de las interpretaciones o ejecuciones.

65. Pero como quiera que la expresión “*comunicación pública*”, para algunas legislaciones, incluye a la televisión por cable, es posible que bajo esa concepción, al menos en esos textos, el derecho del intérprete o ejecutante comprenda también el de impedir la teledifusión por cable de sus interpretaciones o ejecuciones en directo.

66. No existe norma en ADPIC que consagre el derecho de los intérpretes o ejecutantes a recibir una remuneración equitativa por la utilización secundaria de los fonogramas que contengan su interpretación o ejecución, como sí lo han hecho

---

<sup>13</sup> Cit. BERCOVITZ, Alberto: “*El derecho de autor en el acuerdo TRIPS*”. Ob. Cit. p. 896.

la mayoría de las legislaciones nacionales –al menos las de tradición jurídica latina o continental–, que reconocen los derechos conexos de los intérpretes o ejecutantes.

### **Derechos de los productores de fonogramas.**

67. El artículo 14,2 de ADPIC reproduce el artículo 10 de la Convención de Roma, en cuanto al derecho de los productores de fonogramas de autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta de sus fonogramas<sup>14</sup>.

68. Por otra parte, el artículo 14,4 se remite, *mutatis mutandis*, al artículo 11 del mismo Acuerdo, a los efectos de reconocer a los productores de fonogramas “y a todos los demás titulares de los derechos sobre los fonogramas según lo determine la ley nacional”, un derecho de arrendamiento sobre las grabaciones sonoras.

69. Sin embargo, la remisión que hace el artículo 14,4 al 11 se refiere a las disposiciones de este último “relativas a las obras cinematográficas” (y no a los programas de ordenador), y precisamente respecto de aquellas obras dicho artículo 11 permite hacer excepción al derecho de alquiler, a menos que “el arrendamiento haya dado lugar a una multiplicación de copias de esas obras que menoscabe en medida importante el derecho exclusivo de reproducción conferido en dicha PARTE a los autores y sus derechohabientes”.

### **Duración de los derechos de intérpretes o ejecutantes y productores de fonogramas.**

70. El plazo mínimo de duración de los derechos de intérpretes y productores, según la Convención de Roma (20 años), es elevado (siempre como mínimo), a cincuenta años, contados a partir del final del año en que se realizó la fijación o tuvo lugar la interpretación o ejecución o la radiodifusión (art. 14,5).

### **Derechos de los organismos de radiodifusión.**

71. Los derechos de los organismos de radiodifusión (art. 14,3) se inspiran en los contenidos en el artículo 13 de la Convención de Roma, pero se sustituye el de “autorizar o prohibir” (Roma) por el de “prohibir”, sin que queden claros los motivos de la sustitución.

---

<sup>14</sup> Se mantiene entonces el espíritu de la Convención de Roma, en cuanto considerar a los intérpretes o ejecutantes como los “*parientes menores*” de los derechos conexos, al tener un derecho de impedir ciertos actos, pero no de autorizar o prohibir, como sí lo tienen los productores fonográficos.



72. Otro cambio está en que el derecho sobre la retransmisión de las emisiones (Roma), se cambia por el de la “*radiodifusión por medios inalámbricos de las emisiones*”, de manera que queda excluido el de la retransmisión a través de conductores físicos (televisión por cable), sin perjuicio del reconocimiento de ese derecho por las legislaciones nacionales.

73. En cualquier caso, el contenido del artículo 14,3 es programático, porque los estados pueden no reconocerlos, siempre que los titulares del derecho de autor sobre la “*materia*” (sic) objeto de las emisiones, tengan la posibilidad de impedir los actos previstos en esa disposición, “*a reserva de lo dispuesto en el Convenio de Berna (1971)*”.

74. La última frase está referida a los casos en que, conforme al Convenio de Berna, el derecho exclusivo del autor a autorizar o prohibir la radiodifusión de sus obras, puede ser sustituido por un régimen de licencia no voluntaria, sujeta al pago de una remuneración equitativa (art. 10, *bis* 2).

75. El único caso en que ADPIC mantiene el plazo de protección en similares términos que el previsto en la Convención de Roma, es en relación con los organismos de radiodifusión, cuya tutela no puede ser inferior (siempre se trata de un período mínimo), a veinte años contados a partir del final del año civil en que haya tenido lugar la radiodifusión (art. 14,5).

### **Limitaciones, excepciones y reservas.**

76. En relación con los derechos concedidos a los intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión (con excepción del derecho de alquiler reconocido a los productores fonográficos), el ADPIC permite que los países establezcan limitaciones, excepciones y reservas en la medida permitida por la Convención de Roma.

77. La razón de que el artículo 14,6 de ADPIC no incluya en su remisión a la Convención de Roma el inciso que se refiere al derecho de arrendamiento en cabeza del productor fonográfico, se debe a que tal derecho no está contemplado en la citada Convención.

78. Respecto de los derechos que sobre los fonogramas tienen los intérpretes o ejecutantes y los productores fonográficos, el ADPIC (art. 14,6) también hace una remisión al Convenio de Berna, ordenando la aplicación *mutatis mutandis* de su artículo 18, de manera que, en razón de esa remisión, la protección concedida se aplica a las interpretaciones o ejecuciones y a las producciones fonográficas que, en

el momento de entrada en vigor del texto ADPIC, no hayan pasado al dominio público en su país de origen por expiración del plazo de protección.

### **Disposiciones adjetivas.**

79. De manera general puede señalarse que el articulado del ADPIC relativo a la “*observancia*” se dirige a comprometer a los estados a contemplar y aplicar un conjunto de acciones, medidas y procedimientos eficaces frente a las infracciones, tanto en el marco del derecho de autor y los derechos conexos, como en el ámbito de los demás derechos que integran la propiedad intelectual.

80. Las disposiciones adjetivas del ADPIC han sido comentadas en las unidades 2, 3 y 4 del módulo VI de este manual.



## BIBLIOGRAFÍA DEL TOMO II

### 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.

**DELLA COSTA, Héctor:** «*El derecho de autor y su novedad*». Ed. Cathedra. Buenos Aires, 1971.

**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.

**LIPSZYC, Delia:** «*Derecho de Autor y Derechos Conexos*». Ed. UNESCO/ CERLALC/ZAVALÍA. Buenos Aires, 1993.

**MOUCHET, Carlos:** «*Los derechos de los autores e intérpretes de obras literarias y artísticas*». Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1966

**MOUCHET, Carlos y RADAELLI, Sigfrido:** «*Derechos intelectuales sobre las obras literarias y artísticas*». Ed. Guillermo Kraft. Buenos Aires, 1948.

\_\_\_\_\_ «*Los derechos del escritor y del artista*». Ed. Suramericana. Buenos Aires, 1957.

**SATANOWSKY, Isidro:** «*Derecho Intelectual*». Ed. TEA. Buenos Aires, 1954.

**UNESCO:** «*ABC del Derecho de Autor*». París, 1982.

**VEGA VEGA, José Antonio:** «*Derecho de Autor*». Ed. Tecnos. Madrid, 1990.

## 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.

**ALSINA, Hugo:** “*Tratado teórico-práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*”. Ed. Ediar. Buenos Aires, 1956.

**ANTEQUERA PARILLI, Ricardo:** “*La reproducción de ejemplares que contienen obras del ingenio, en violación de las limitaciones contractuales*”, en “*Los ilícitos civiles y penales en derecho de autor*”. Instituto Interamericano de Derecho de Autor (IIDA). Buenos Aires, 1981.

\_\_\_\_\_ “*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 protección de los programas de computación, con especial referencia a la legislación venezolana*”, en “*La protección jurídica del software y de las bases de datos*”, Ed. Invesoft, Caracas, 1990.

\_\_\_\_\_ “*La protección jurídica de los programas de computación*”, en el libro-memorias del VIII Congreso Internacional sobre la protección de los Derechos Intelectuales. Asunción, Paraguay, 1993.

\_\_\_\_\_ “*El nuevo régimen del Derecho de Autor en Venezuela*”. Ed. Autoralex. Caracas, 1994.

\_\_\_\_\_ “*Los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes*”, en el libro-memorias del II Congreso Iberoamericano de Derecho de Autor y Derechos Conexos” (“*Num novo mundo do Direito de Autor?*”). Ed. Direcção-Geral dos Espectáculos. Lisboa, 1994.

\_\_\_\_\_ “*El nuevo Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor*”. Trabajo publicado en “*Actas de Derecho Industrial y de Derecho de Autor*”. Tomo XVIII. Ed. Universidad de Santiago de Compostela/Marcial Pons. Madrid-Barcelona, 1997.

\_\_\_\_\_ “*Consecuencias sustantivas de la adhesión al Convenio de Berna. Las obras protegidas*”. Documento OMPI/DA/HAV/98/3. Curso OMPI/SGAE de formación en Derecho de Autor y Derechos Conexos para América Latina. Documento OMPI/DA/HAV/98/21. La Habana, 1998.

\_\_\_\_\_ “*El nuevo Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas*”. Trabajo publicado en las “*Actas de Derecho Industrial y Dere-*

*cho de Autor*”. Ed. Universidad de Santiago de Compostela/Marcial Pons. Tomo XX. Madrid-Barcelona, 1999.

---

“*Los radiodifusores como usuarios de las obras*”. Documento OMPI/CR/BUE/99/3. Mesa Redonda de la OMPI para los países de América Latina y el Caribe sobre protección de las Bases de Datos y protección de los Organismos de Radiodifusión. Buenos Aires, 1999.

---

“*Algunas consideraciones sobre los derechos de los organismos de radiodifusión y el impacto de las nuevas tecnologías*”. Conferencia presentada en las sesiones de la OMPI sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos. Conferencia Latinoamericana - Américas 2000, co-organizadas con la Asociación Internacional de Radiodifusión (AIR - IAB), en cooperación con la Asociación Nacional de Radiodifusores (NAB) de los Estados Unidos de América. Miami, 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.

---

“*La protección de las expresiones del folklore*”. Documento OMPI-SGAE/DA/SRZ/01/28a, presentado en el Octavo Curso Académico Regional de la OMPI/SGAE sobre derecho de autor y derechos conexos para países de América Latina. Santa Cruz de la Sierra (Bolivia), 2001.

**AYÚ PRADO CANALS, José Eduardo:** “*El Acuerdo sobre los Aspectos de Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC). Controles y medidas en frontera*”. Curso de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). Salta, Argentina, 2000.

**BARONA VILAR, Silvia:** “*Tutela cautelar en materia de propiedad intelectual*”, en “*Los derechos de propiedad intelectual en la nueva sociedad de la información*”. Granada, 1998.

**BERCOVITZ, Alberto:** “*El derecho de autor en el acuerdo TRIPS*”, en el libro-memorias del II Congreso Iberoamericano de Derecho de Autor y Derechos Conexos. (“*Num novo mundo do Direito de Autor?*”). Ed. Direcção-Geral dos Espectáculos. Lisboa, 1994.

---

“*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.

**BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo:** “*Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*”. Ed. Tecnos. Madrid, 1989.

**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.

**BLOMQUIST, Jorgen:** «El derecho de autor y la protección de los programas para ordenadores», en *Revue Internationale du Droit D'Auteur* (RIDA). No. 151. París, enero de 1992.

**BOGSCH, Arpad:** “El derecho de autor según la Convención Universal” (traducción de Ricardo Toscornia). Ed. Ministerio de Justicia de la República Argentina. Buenos Aires, 1975.

\_\_\_\_\_ “Los Cien años del Convenio de Berna” (Prefacio). OMPI. Ginebra, 1986.

**BONASI BENUCCI, Eduardo:** “La responsabilidad civil”. Ed. Bosch. Barcelona, 1958.

**BRACAMONTE ORTIZ, Guillermo:** «Infracciones y sanciones en materia de derecho de autor en el derecho de los países latinoamericanos», en el libro-memorias del I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual. Ed. Ministerio de Cultura. Madrid, 1991.

\_\_\_\_\_ “El ejercicio del derecho de reproducción y distribución por parte del productor de fonogramas y los mecanismos o medios legales que deben ponerse en vigencia internacionalmente para la protección de las grabaciones sonoras en el entorno digital”. Documento presentado en el Foro de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT) y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT). Trinidad-Tobago, 1999.

\_\_\_\_\_ “Derechos de reproducción, distribución, alquiler e importación de los fonogramas”. Séptimo Curso Académico Regional de la OMPI sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para países de América Latina. Documento OMPI-SGAE/DA/COS/00/16d. San José, Costa Rica, 2000.

\_\_\_\_\_ “Los derechos de los organismos de radiodifusión. Otros derechos conexos”. Documento OMPI-SGAE/DA/SRZ/01/20, presentado en el Octavo Curso Académico Regional de la OMPI sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para países de América Latina. Santa Cruz de la Sierra (Bolivia), 2001.

**CABANELLAS de TORRES, Guillermo:** “Diccionario Jurídico Elemental”. Ed. Heliasta. Buenos Aires, 1979.

**CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio:** “Derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes”, en “Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual” (Coordinador: Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano). Ed. Tecnos. Madrid, 1989.

**CÁMARA DE LANDA, Enrique:** “La experiencia de Europa Occidental”, en UNESCO/OMPI: “World Forum on the protection of Folklore”. Phuket, 1997.

- CAPITANT, Henri:** «*Vocabulario Jurídico*». Ed. De Palma. Buenos Aires, 1981.
- CARRASCO-PERERA, Ángel:** “*Acciones y Procedimientos*”, en “*Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*” (Coordinador: Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano). Ed. Tecnos. Madrid, 1989.
- CASADO CERVIÑO, Alberto:** “*Interrelación entre propiedad industrial y propiedad intelectual*”, en el libro-homenaje a H. Baylos. Grupo Español de la AIPPI. Barcelona, 1992.
- 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.
- \_\_\_\_\_ “*El derecho de participación de los artistas plásticos (droit de suite) en la LPI: bases teóricas*”, en “*Derechos del Artista Plástico*”. Ed. Aranzadi. Pamplona, 1996.
- CASTÁN, Antonio:** “*Perspectivas actuales en la protección de los programas de ordenador*”, en “*Nuevas Tecnologías y Propiedad Intelectual*”. Ed. Reus. Madrid, 1999.
- CHAVES, Antonio:** “*Plagio*”, en el libro-memorias del I Congreso Internacional sobre la protección de los Derechos Intelectuales. Ed. OMPI/Universidad Católica “*Andrés Bello*”/Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara. Caracas, 1986.
- \_\_\_\_\_ “*La protección de las obras de artes plásticas. Planteamiento. Su realidad actual*”, en el libro-memorias del I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual. Madrid, 1991.
- CIFUENTES, Santos:** “*Daños: Cómo evaluar el resarcimiento por la utilización no autorizada de sus obras. Su incidencia en la jurisprudencia (desde la perspectiva del magistrado)*”, en el libro-memorias del V Congreso Internacional sobre la protección de los Derechos Intelectuales. Buenos Aires, 1990.
- \_\_\_\_\_ “*Delitos y otros ilícitos: Reparación del Daño*”, en Seminario Nacional de la OMPI sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para magistrados y funcionarios judiciales de la República Argentina. Documento OMPI/DA/JU/BUE/96/13. Buenos Aires, 1996.
- CINQUALBRE, Pedro R.:** “*El resarcimiento como consecuencia de los ilícitos civiles y penales. Modo de calcular los daños y perjuicios. El daño emergente. El lucro cesante y el daño moral*”, en “*Los ilícitos civiles y penales en derecho de autor*”. IIª Conferencia Continental de Derecho de Autor. Iª Conferencia Argentina de Derecho de Autor. Centro Argentino del Instituto Interamericano de Derecho de Autor (IIDA). Buenos Aires, 1981.
- CISAC:** (Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores): «*Carta del Derecho de Autor*», aprobada en 1956 por el Congreso de Hambur-



go 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.

**CORBET, Jan:** «*¿Lleva el desarrollo técnico a un cambio de la noción de autor*», en *Revue Internationale du Droit D'Auteur* (RIDA). No. 148. París, abril de 1991.

**CORRALES, Carlos:** “*La protección de los derechos conexos de los artistas intérpretes o ejecutantes (los derechos exclusivos y los derechos de remuneración)*”, 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.

---

“*La protección internacional de los derechos conexos en el plano normativo. Los tratados sobre la protección de los derechos de los organismos de radiodifusión*”. Curso Académico Regional de la OMPI sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para países de América Latina. Documento OMPI/DA/ANG/99/25. Antigua, Guatemala, 1999.

**CUENCA, Humberto:** “*Derecho Procesal Civil*”. Ed. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1965.

**DA ROCHA, Joaquín P.:** «*Normas penales. Conveniencia de su inclusión en el Código Penal. Política Criminal*», en «*Temas de derecho de autor, afines y conexos*». Centro Argentino del Instituto Interamericano de Derecho de Autor (IIDA). Buenos Aires, 1983.

**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.

**DE LA CUESTA RUTE, José María:** «*Régimen jurídico de la publicidad*». Ed. Tecnos. Madrid, 1974.

**DEL CORRAL, Milagros:** “*Protección de los bancos de datos y de las obras preexistentes que constituyen su objeto*”, en “*La protección jurídica del software y de las bases de datos*”, en “*La protección jurídica del software y de las bases de datos*. Ed. Invesoft. Caracas, 1990.

**DE FREITAS, Eduardo:** “*La protección jurídica de los programas de ordenador*”, en el libro-memorias del III Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos. Montevideo, 1997.

**DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús:** «*De los programas de ordenador*», en «*Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*» (Coordinador: Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano). Ed. Tecnos. Madrid, 1989.

**DELGADO PORRAS, Antonio:** “*La obra audiovisual. Planteamiento general*”, en el libro-memorias del I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual. Ed. Ministerio de Cultura. Madrid, 1991.

\_\_\_\_\_ “*La protección del software y de las bases de datos a la luz de las directivas de la Comunidad Económica Europea*”, en el libro-memorias del VII Congreso Internacional sobre la protección de los Derechos Intelectuales. Santiago de Chile, 1992.

\_\_\_\_\_ “*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.

\_\_\_\_\_ «*Gestión colectiva del derecho de autor y de los derechos conexos*». Documento OMPI/DA/JU/MVD/93/12, presentado en el Seminario sobre derecho de autor y derechos conexos en el área del sistema judicial de la República Oriental del Uruguay. Montevideo, 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.

\_\_\_\_\_ “*Sanciones civiles por infracción del derecho de autor y derechos conexos*”, en el curso de la OMPI sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos. Documento OMPI/CNR/QUI/95/19. Quito, 1995.

\_\_\_\_\_ “*De las entidades de gestión de los derechos reconocidos en la ley*”, en “*Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*”. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1995.

\_\_\_\_\_ “*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.

\_\_\_\_\_ “*La legitimación de las entidades de gestión colectiva en el ámbito administrativo y judicial*”. Conferencia publicada en el Libro-Memorias del III Congreso Iberoamericano de Derecho de Autor y Derechos Conexos. Ed. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)/Instituto Interamericano de Derecho de Autor/República Oriental del Uruguay, Montevideo, 1997

\_\_\_\_\_ “*Las producciones ‘multimedia’: ¿un nuevo género de obras?*”, en el libro-memorias del III Congreso Iberoamericano de 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 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.

**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. Direção-Geral dos Espectáculos. Lisboa, 1994.

**DÍEZ-HOCHLEITNER RODRÍGUEZ, Ricardo:** “*El desarrollo del mercado interior de la CEE en el ámbito de la armonización de derechos de autor y derechos afines*”, en “*La armonización de los derechos de Propiedad Intelectual en la Comunidad Europea*”. Ed. Ministerio de Cultura. Madrid, 1993.

**ÉMERY, Miguel Ángel:** «*Protección de los productores fonográficos en las legislaciones latinoamericanas*», en el libro-memorias del I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual. Ed. Ministerio de Cultura. Madrid, 1991.

\_\_\_\_\_ «*La publicidad y los derechos de autor*», en el libro-memorias del VII Congreso Internacional sobre la protección de los Derechos Intelectuales. Santiago de Chile, 1992.

\_\_\_\_\_ “*La evolución jurisprudencial en la protección de las obras publicitarias*”, en el libro-memorias del III Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos. Montevideo, 1997.

\_\_\_\_\_ “*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.

**ENCABO VERA, Miguel Ángel:** “*Las obras multimedia*”, en “*Nuevas tecnologías y Propiedad Intelectual*”. Ed. Reus. Madrid, 1999.

**ESPÍN 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.

\_\_\_\_\_ “*Las obras de artes plásticas en la Ley de Propiedad Intelectual de 11 de noviembre de 1987*”, en el libro-homenaje a H. Baylos. Grupo Español de la AIPPI. Barcelona, 1992.

**FARELL CUBILLAS, Arsenio:** «*Las sociedades de autores en México*», en *Revista Mexicana de la Propiedad Industrial y Artística*. No. 10. México, 1967.

**FERNÁNDEZ MASÍA, Enrique:** “*Informática y propiedad intelectual: software, bases de datos y creaciones asistidas por ordenador*”, en “*Los derechos de propiedad intelectual en la nueva sociedad de la información*”. Ed. Comares. Granada, 1998.

**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.

---

\_\_\_\_\_ “*El viejo mundo del derecho de autor*”, en el libro-memorias del II Congreso Iberoamericano de Derecho de Autor y Derechos Conexos. Lisboa, 1994.

---

\_\_\_\_\_ “*Formación histórica y tipología de las sociedades de gestión de derechos de autor y conexos*”. Documento OMPI-SGAE/DA/SRZ/01/29 presentado en el Octavo Curso Académico Regional OMPI/SAGAE sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para países de América Latina. Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, 2001.

---

\_\_\_\_\_ “*La organización de la gestión colectiva del derecho patrimonial de autor en los planos mundial y regional. La documentación utilizada en ese plano para el reparto de las remuneraciones recaudadas*”. Documento OMPI-SGAE/DA/SRZ/01/31, presentado en el Octavo Curso Académico Regional OMPI/SAGAE sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para países de América Latina. Santa Cruz de la Sierra (Bolivia), 2001.

**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.

**GALÁN CORONA, Eduardo:** «*El derecho de autor y la publicidad*» (*planteamiento general*), en el libro-memorias del I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual. Ed. Ministerio de Cultura. Madrid, 1991.

**GAUBIAC, Yves:** “*Una nueva dimensión internacional del Derecho de Autor: El Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de Propiedad Intelectual tocantes al Comercio del Tratado de Marrakech que instituye la Organización Mundial del Comercio*”, en *RIDA*. No. 166. París, 1995.

**GERARD, Paul-Daniel:** “*Los Derechos de Autor en la obra cinematográfica*”. Ed. Ariel. Barcelona, 1958.

**GERVAIS, Daniel:** “*Identificación de las obras utilizadas en sistemas digitales*”, 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.

**GINSGURB, Jane:** “*La protección de las obras de arte en los Estados Unidos*”, en “*Derechos del Artista Plástico*”. Ed. Aranzadi. Pamplona, 1996.

\_\_\_\_\_ “*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.

**GOLDSCHMIDT, Roberto:** «*La reforma del derecho de autor en Venezuela*», en «*Nuevos Estudios de Derecho Comparado*». Universidad Central de Venezuela. Facultad de Derecho. Caracas, 1962.

**GOLDSTEIN, Raúl:** “*Diccionario de derecho penal y criminología*”. Ed. Astrea. Buenos Aires, 1978.

**GÓMEZ BENITEZ, José Manuel y QUINTERO OLIVARES, Gonzalo:** «*Protección penal de los derechos de autor y conexos*». Ed. Civitas. Madrid, 1988.

**GONZÁLEZ LÓPEZ, Marisela:** “*El derecho moral del autor en la ley española de Propiedad Intelectual*”. Ed. Marcial Pons. Madrid, 1993.

**GRANDE, Carlos:** “*Los avances tecnológicos y las obras fonográficas*”, en el libro-memorias del I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual. Ed. Ministerio de Cultura. Madrid, 1991.

**GUTIERREZ, Octavio:** «*Modos de protección de los programas computacionales, según la legislación chilena*», en el libro-memorias del VII Congreso Internacional sobre la protección de los Derechos Intelectuales. OMPI. Santiago de Chile, 1992.

**GUTIÉRREZ VICÉN, Javier:** “*Manual legal del arte*”. Ed. Ministerio de Cultura, Madrid, 1993.

\_\_\_\_\_ «*La gestión colectiva de los artistas plásticos*». Curso OMPI/SGAE de formación en Derecho de Autor y Derechos Conexos para América Latina. Documento OMPI/DA/PDE/97/16. Punta del Este/Montevideo, 1997

\_\_\_\_\_ “*Consecuencias sustantivas de la adhesión al Convenio de Berna. El contenido de la protección: su determinación por la ‘protección mínima convencional’ (PMC). Derechos reconocidos al margen de la ‘pmc’: el ‘droit de suite’*”. Curso OMPI/SGAE de formación en Derecho de Autor y Derechos Conexos para América Latina. Documento OMPI/DA/HAV/98/14. La Habana, 1998.

\_\_\_\_\_ “*Los derechos reconocidos a los autores en los tratados: el droit de suite*”. Curso OMPI/SGAE de formación en Derecho de Autor y Derechos Co-

nexos para América Latina. Documento OMPI/DA/ANG/99/16. Antigua, Guatemala, 1999.

---

\_\_\_\_\_ “*El derecho de seguimiento (droit de suite) sobre las obras de arte*”. Séptimo Curso Académico Regional de la OMPI sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para países de América Latina. Documento OMPI-SGAE/DA/COS/00/21. San José, Costa Rica, 2000.

---

\_\_\_\_\_ “*El derecho patrimonial de autor sobre las obras plásticas y fotográficas: referencia especial a los derechos de exposición al público y de seguimiento (droit de suite)*”. Documento OMPI-SGAE/DA/SRZ/01/13 presentado en el Octavo Curso Académico Regional de la OMPI/SGAE sobre derecho de autor y derechos conexos para países de América Latina. Santa Cruz de la Sierra (Bolivia), 2001.

**HEREDERO, Manuel:** «*La regulación jurídica de los programas de ordenador en el derecho español*», en el libro-memorias del I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual. Ministerio de Cultura. Madrid, 1991.

**HERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Ma. Gabriela y MAYORCA GÓMEZ, Belkis:** “*Plagio de obras literarias*”. Cuadernos Universitarios del Instituto Interamericano de Derecho de Autor (IIDA). Buenos Aires, 1993

**HUALDE SÁNCHEZ, José Javier:** “*El derecho moral del artista plástico*”, en “*Derechos del Artista Plástico*”. Ed. Aranzadi. Pamplona, 1996.

**HUNG VAILLANT, Francisco:** “*Algunos aspectos de la protección del Derecho de Autor en Venezuela*”. Ed. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1965.

---

\_\_\_\_\_ «*Algunos aspectos de las entidades representativas de los autores*», en Revista de la Facultad de Derecho. Universidad Central de Venezuela. No. 33. Caracas, 1967.

---

\_\_\_\_\_ «*Estudios sobre derecho de autor*». Ed. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1968

---

\_\_\_\_\_ «*La regulación de la actividad publicitaria*». Ed. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Derecho. Caracas, 1972.

**IRIBARNE, Rodolfo Antonio:** «*El estado actual de la jurisprudencia en la represión penal*», en el libro-memorias del V Congreso Internacional sobre la protección de los Derechos Intelectuales. Buenos Aires, 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.

**JESSEN, Henry:** «*Los derechos conexos de artistas intérpretes y ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión*», en el libro-memorias

del Congreso Internacional sobre la protección de los Derechos Intelectuales. Caracas, 1986.

**KATZ, Oscar:** “*Hacia una concreción legislativa del plagio*”, en “*Los ilícitos civiles y penales en Derecho de Autor*”. Ed. Instituto Interamericano de Derecho de Autor (IIDA). Buenos Aires, 1981.

**KEPLINGER, Michael:** “*La infraestructura global de la información y su marco legal*”, en *Derecho de la Alta Tecnología (DAT)*. Año VII. N° 82/83. Buenos Aires, 1995.

**KEREVER, André:** “*Derecho de Autor e Internet: Jurisprudencia*”, en *Boletín de Derecho de Autor*. Ed. UNESCO. Vol. XXXI. No. 3. París, 1997.

**LARREA RICHERAND, Gabriel:** “*El derecho de autor y la tecnología en los campos de la informática y de las comunicaciones por satélite y cable*”, en el libro-memorias del I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual. Ed. Ministerio de Cultura. Madrid, 1991.

**LA TORRE, Virgilio:** “*Protección penal del derecho de autor*”. Ed. Tirant lo blanch. Valencia, 1994.

**LEDESMA, Julio C.:** «*Derecho Penal Intelectual*». Ed. Universidad. Buenos Aires, 1992.

**LEMA DEVESA, Carlos:** «*El derecho de autor y la publicidad*» (*su regulación en España*), en el libro-memorias del I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual. Ed. Ministerio de Cultura. Madrid, 1991.

**LIPSZYC, Delia:** “*Las medidas precautorias*”, en “*Los ilícitos civiles y penales en derecho de autor*”. IIª Conferencia Continental de Derecho de Autor. Iª Conferencia Argentina de Derecho de Autor. Centro Argentino del Instituto Interamericano de Derecho de Autor (IIDA). Buenos Aires, 1981.

---

\_\_\_\_\_ «*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.

---

\_\_\_\_\_ “*Posibles conflictos de interpretación de normas, visto desde la posición continental*”, en el en el libro-memorias del III Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos. Montevideo, 1997.

---

\_\_\_\_\_ “*La observancia del derecho de autor en el Acuerdo sobre los ADPIC. La noción de infracción. Procedimientos y acciones civiles. Medidas cautelares*”. Documento OMPI/DA/PDE/97/14 (a), presentado en el IV Curso OMPI/SGAE de formación sobre derecho de autor y derechos conexos para América Latina. 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.

---

“Los Tratados sobre los derechos de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes”. Curso Académico Regional OMPI/SGAE de formación en Derecho de Autor y Derechos Conexos. Documento OMPI/DA/ANG/99/22. Antigua, Guatemala, 1999.

**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.

**MADURO LUYANDO, Eloy:** “Curso de Obligaciones”. Fondo Editorial Luis Sanojo. Maracaibo, 1989.

**MARIZCURRENA OROÑOZ, Martín:** “La gestión colectiva de los derechos de autor y conexos. Idea de la gestión colectiva y su tipología”. Documento OMPI/DA/ANG/99/26. Curso OMPI/SGAE de formación en Derecho de Autor y Derechos Conexos para América Latina. Antigua, Guatemala, 1999.

**MARTÍN VILLAREJO, Abel:** “El ejercicio de los derechos conexos sobre las interpretaciones artísticas integradas en la obra audiovisual. Prácticas contractuales”, 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.

**MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual:** “El daño moral contractual en la Ley de Propiedad Intelectual”. Ed. Tecnos. Madrid, 1996.

**MATTYSENS, Jean:** “Gestión y control de los derechos sobre las obras audiovisuales”. Informe al XXXV Congreso de la Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores (CISAC). Documento AG/86/992. Madrid, 1986.

**MELICH ORSINI, José:** “Estudios de Derecho Civil”. Ed. Fabretón. Caracas, 1975.



**MILLÉ, Antonio:** «Contratación de programas de computación a medida», en «Derechos Intelectuales». Ed. Astrea. No. 2. Buenos Aires, 1987.

\_\_\_\_\_ «El software y los bancos de datos a la luz de la jurisprudencia», en el libro-memorias del V Congreso Internacional sobre la protección de los Derechos Intelectuales. OMPI. Buenos Aires, 1990.

\_\_\_\_\_ «La protección del software por el derecho de autor. Elementos básicos y normativa latinoamericana», en «La protección jurídica del software y de las bases de datos». Ed. Invesoft. Caracas, 1990.

\_\_\_\_\_ «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.

\_\_\_\_\_ «El ambiente tecnológico de la sociedad de la información», en «Derechos Intelectuales». No. 6. Ed. Astrea. Buenos Aires, 1993.

\_\_\_\_\_ «Impacto del Comercio Electrónico sobre la Propiedad Intelectual», en Derecho de la Alta Tecnología (DAT). No. 117. Buenos Aires, 1998.

**MORAES, Walter:** «Questoes de direito de autor». Ed. Revista dos Tribunais. Sao Paulo, 1977.

**MÜLLER, Joao Carlos:** «Los derechos intelectuales ante el desafío tecnológico: ¿Adaptación o Cambio? (en los derechos conexos)», 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.

**OBÓN LEÓN, J. Ramón:** «Derecho de los artistas intérpretes (actores, cantantes y músicos ejecutantes)». Ed. Trillas. México, 1986.

**OCHOA, María Marisol:** «El plagio». Tesis de investigación documental presentada en el III Curso Internacional de formación sobre derecho de autor y derechos conexos para profesores universitarios de América Latina. Post-Grado en Propiedad Intelectual de la Universidad de Los Andes (EPI/ULA)/Instituto Interamericano de Derecho de Autor (IIDA). Mérida, 2000.

**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.

\_\_\_\_\_ «Guía de la Convención de Roma y del Convenio Fonogramas» (autor principal: Claude Masouyé). Ginebra, 1982.

- \_\_\_\_\_ “*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.
- \_\_\_\_\_ «*Administración colectiva del derecho de autor y los derechos conexos*» (autor principal: Mihály Ficsor). Ginebra, 1991.
- \_\_\_\_\_ Documento preparatorio para la segunda sesión de expertos sobre un eventual Protocolo al Convenio de Berna, en “*Derecho de Autor*”. No. 4. Ginebra, 1992.
- \_\_\_\_\_ Acta de la Primera Sesión del Comité de Expertos sobre un eventual Protocolo al Convenio de Berna, en “*Derecho de Autor*”. OMPI. Ginebra, 1992. Año IV. N° 3.
- \_\_\_\_\_ “*Información General*”, publicación No. 400 (s), Ginebra, 1995.
- \_\_\_\_\_ “*Los trabajos de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual y su relación con el Acuerdo sobre los aspectos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio “ADPIC”*”. Documento elaborado por la Oficina Internacional para el X Congreso Internacional sobre la protección de los Derechos Intelectuales. Quito, 1995.
- \_\_\_\_\_ Documento OMPI CRNR/DC/4. Ginebra, 30 de agosto de 1996.
- \_\_\_\_\_ Documento OMPI CRNR/DC/82. Ginebra, 20 de diciembre de 1996.
- \_\_\_\_\_ Documento OMPI CRNR/DC/96. Ginebra, 20 de diciembre de 1996.
- \_\_\_\_\_ “*La cooperación de la OMPI en materia de gestión colectiva de los derechos*”. Documento OMPI-SGAE/DA/COS/00/30. Séptimo Curso Académico Regional de la OMPI sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para países de América Latina: Los derechos de autor y los derechos conexos desde la perspectiva de su gestión colectiva. San José, Costa Rica, 2000.
- \_\_\_\_\_ “*Introducción a la gestión colectiva del derecho de autor y los derechos conexos*”. Documento OMPI-SGAE/DA/SRZ/01/INF/7, presentado en el Octavo Curso Académico Regional de la OMPI/SGAE sobre derecho de autor y derechos conexos para países de América Latina. Santa Cruz de la Sierra (Bolivia), 2001.
- ORTEGA DOMÉNECH, Jorge:** “*Obra plástica y derechos de autor*”. Ed. Reus. Madrid, 2000.
- PACHÓN MUÑOZ, Manuel:** “*Manual de Propiedad Industrial*”. Ed. Temis. Bogotá, 1984.
- \_\_\_\_\_ «*Manual de derechos de autor*». Ed. Temis. Bogotá, 1988.

**PANKIN, Boris:** “*El derecho de autor como parte esencial de la política cultural*”, en «*Boletín de Derecho de Autor*». Vol. XVI, No. 4. París, 1982.

**PEIRANO FACIO, Jorge:** “*Responsabilidad Extracontractual*”. Ed. Temis. Bogotá, 1979.

**PÉREZ SOLÍS, MIGUEL:** “*La protección de los derechos conexos de los artistas intérpretes o ejecutantes (el derecho patrimonial de los intérpretes o ejecutantes: la recaudación y distribución)*”, 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.

**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.

**QUARTÍN GRACA, Pedro:** “*Os direitos de autor envolvidos na obra publicitária. Criador, agência e anunciante*”, en el libro-memorias del II Congreso Iberoamericano de Direito de Autor e Direitos Conexos. Ed. Direcção-Geral dos Espectáculos. Lisboa, 1994.

**QUIOVENDA, José:** “*Principios de Derecho Procesal Civil*”. Ed. Reus. Madrid, 1941.

**REAL ACADEMIA DE LA LENGUA:** “*Diccionario de la Lengua Española*”. XXa. edición. Ed. Espasa-Calpe. Madrid, 1984

**REBELLO, Catarina:** “*El derecho moral (contenido). Su incidencia en las obras publicitarias*”, en el libro-memorias del VIII Congreso Internacional sobre la protección de los Derechos Intelectuales. Asunción, Paraguay, 1993.

\_\_\_\_\_ “*A titularidade do direito de autor nas obras publicitárias*”, 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.

**RENGEL ROMBERG, Arístides:** “*Medidas cautelares en la ley venezolana sobre el derecho de autor*”, en el libro-memorias del Congreso Internacional sobre la protección de los Derechos Intelectuales. Caracas, 1986.

**RETONDO, Hilda:** “*Plagio*”, en el libro-memorias del I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual. Ministerio de Cultura. Madrid, 1991.

\_\_\_\_\_ “*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.

**RIBAS, Javier:** “*La protección de los programas de ordenador. Planteamiento – Visión General*”, en el I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual. Ed. Ministerio de Cultura. Madrid, 1991.

**RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco:** “*Derechos de Explotación*”, en “*Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*” (coordinador: Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano). Ed. Tecnos. Madrid, 1989.

**RODRÍGUEZ, MANUEL ANTONIO:** “*La protección procesal del software*”, en “*La protección jurídica del software y de las bases de datos*”. Ed. Invesoft. Caracas, 1990.

---

“*Los mecanismos de autotutela en derecho 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.:** “*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.

---

“*La gestión colectiva de los derechos de reproducción de obras musicales*”. Documento OMPI-SGAE/DA/COS/00/18bis. Séptimo Curso Académico Regional de la OMPI sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para países de América Latina. San José, Costa Rica, 2000.

**ROSELLO, Carlos:** “*Orientaciones de la jurisprudencia italiana en materia de tutela de software*”, en *Derecho de la Alta Tecnología (DAT)*. Año I. No. 7. Buenos Aires, marzo de 1989.

**RUBIO TORRES, Felipe:** “*Medidas en frontera: Derecho de Autor*”. Documento presentado en el Seminario sobre Propiedad Intelectual sobre Medidas en Fronteras, organizado por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), la Organización Mundial de Comercio (OMC) y la Superintendencia de Industria y Comercio. Bogotá, 1999.

**SAINZ DE ROBLES, F.C.:** «*Diccionario español de sinónimos y antónimos*». Ed. Aguilar. Madrid, 1981.

**SANTAELLA, Manuel:** «*Introducción al derecho de la publicidad*». Ed. Civitas. Madrid, 1982

**SANTIAGO, Vanisa:** “*La gestión colectiva del Derecho de Autor*”. Documento OMPI/PI/JU/HAV/97/10, presentado en el Simposio Nacional de la OMPI sobre Propiedad Intelectual. La Habana, 1997.

---

“*La gestión colectiva de los derechos de autor y conexos. Los administrados por la sociedad de gestión*”. OMPI/DA/ANG/99/28. Curso OMPI/SGAE de formación en Derecho de Autor y Derechos Conexos para América Latina. Antigua, Guatemala, 1999.

---

“*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.

---

“*La gestión colectiva de los derechos de reproducción de las obras musicales*”. Documento OMPI-SGAE/DA/SRZ/01/32, presentado en el Octavo Curso Académico Regional de la OMPI/SGAE sobre derecho de autor y derechos conexos para países de América Latina. Santa Cruz de la Sierra (Bolivia), 2001.

---

“*Los administrados y sus relaciones contractuales con las sociedades de gestión*”. Documento OMPI-SGAE/DA/SRZ/01/34, presentado en el Octavo Curso Académico Regional de la OMPI/SGAE sobre derecho de autor y derechos conexos para países de América Latina. Santa Cruz de la Sierra (Bolivia), 2001.

**SCHRADER, Dorothy:** «*Protección del Software en los Estados Unidos*», en el libro-memorias del VII Congreso Internacional sobre la protección de los Derechos Intelectuales. Santiago de Chile, 1992.

**SCHUSTER, Santiago:** «*Historia de la gestión colectiva del derecho de autor y de los derechos conexos en América Latina*». Documento OMPI/CNR/BUE/90/10 presentado en el curso internacional OMPI-SUISA de formación en derecho de autor y derechos conexos para América Latina. Buenos Aires, 1990.

---

«*El derecho de autor y la publicidad*» (*su situación en las legislaciones de los países de Latinoamérica*), en el libro-memorias del I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual. Ed. Ministerio de Cultura. Madrid, 1991.

---

“*La importancia económica de los derechos conexos: ¿hacia el fin de la era de los soportes?*», en el libro-memorias del I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual. Ed. Ministerio de Cultura. Madrid, 1991.

---

“*Legitimación activa*”. Conferencia dictada en el Curso para Magistrados y Jueces, organizado por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) e INDECOPI. Arequipa, Perú, 1997.

---

“*La gestión colectiva en el entorno digital*”, 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.

---

“*Bases de datos originales y no originales*”. Conferencia dictada en el Segundo Taller de Formación de Profesores en materia de Propiedad Intelectual, organizado por la Universidad Autónoma de México y la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). Ciudad de México, 1999.

---

“*La gestión colectiva de los derechos de autor y conexos. La ‘sociedad de gestión’: su noción y funciones*”. Documento OMPI/DA/ANG/99/27. Curso OMPI/SGAE de formación en Derecho de Autor y Derechos Conexos para América Latina. Antigua, Guatemala, 1999.

---

“*La práctica de la gestión colectiva de los derechos de autor y conexos concernidos por las explotaciones de las obras y prestaciones en las redes digitales del tipo de la Internet: las organizaciones de gestión de ‘ventanilla única’ y los sistemas electrónicos de gestión automatizada de derechos*”. Documento OMPI-SGAE/DA/COS/00/28b. 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, Armando:** «*El droit de suite en América Latina*». Separata de «*Revue Internationale du Droit d’Auteur*». RIDA. París, 1979.

---

“*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.

**TOBAR CARRIÓN, Bernardo:** “*La protección de los programas de ordenador y de las bases de datos*”, en el libro-memorias del X Congreso Internacional sobre la protección de los Derechos Intelectuales. Quito, 1995.

**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<sup>a</sup>. 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:** “*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.

---

“*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.

---

«*Nuevos procedimientos técnicos para la grabación y difusión de obras literarias y artísticas*», en el libro-memorias del 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, patrocinado por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). Montevideo, 1989.

---

“*Gestión colectiva: virtudes y errores*”. 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.

---

“*La gestión colectiva y las obligaciones internacionales de los estados*”. Conferencia publicada en el Libro-Memorias del X Congreso Internacional sobre la protección de los Derechos Intelectuales (del autor, del artista y del productor). Ed. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)/República del Ecuador/Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. Quito, 1995.

---

“*El derecho moral y las nuevas tecnologías*”, 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 sistemas de recaudación y distribución en la gestión de los derechos 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.

---

“*La comparación de la gestión colectiva de los derechos de reproducción en los sectores de la literatura y de la música*”. Documento presentado en el Seminario Regional de la OMPI sobre reprografía para países de América Latina y el Caribe. Santa Fe de Bogotá, 1997.

---

“*Exposición gráfica del funcionamiento general de una sociedad de gestión colectiva de derechos relativos a obras musicales*”. Documento OMPI-SGAE/DA/COS/00/9. Séptimo Curso Académico Regional de la OMPI sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para países de América Latina. San José, Costa Rica, 2000.

---

“*La protección de las expresiones del folklore*”. Documento OMPI-SGAE/DA/SRZ/01/28a, presentado en el Octavo Curso Académico Regional de la OMPI/SGAE sobre derecho de autor y derechos conexos para países de América Latina. Santa Cruz de la Sierra (Bolivia), 2001.

**UGARTECHE, Rubén:** “*El control del Estado sobre las organizaciones de gestión colectiva*”. Documento OMPI-SGAE/DA/COS/00/14b. Séptimo Curso

Académico Regional de la OMPI sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para países de América Latina. San José, Costa Rica, 2000.

**UNESCO:** \_\_\_\_\_ “Comité de Expertos sobre la protección jurídica del folklore”, en “Boletín de Derecho de Autor”. Vol. XI, No. 3. París, 1977.

\_\_\_\_\_ “Comité de Expertos sobre las modalidades de aplicación de disposiciones tipo para leyes nacionales sobre los aspectos de ‘propiedad intelectual’ de la protección de las expresiones del folklore y de la cultura tradicional en los países de América Latina y del Caribe”, en UNESCO: “Boletín de Derecho de Autor”. Vol. XVI. No.1/2. París, 1982.

\_\_\_\_\_ “Disposiciones tipo para leyes nacionales sobre la protección de las expresiones del folklore contra la explotación ilícita y otros actos perjudiciales”, en UNESCO: “Boletín de Derecho de Autor”. Vol. XVI, No. 4. París, 1982.

\_\_\_\_\_ “Grupo de Expertos sobre la protección internacional de las expresiones del folklore por la propiedad intelectual”, en UNESCO: “Boletín de Derecho de Autor”. Vol. XIX, No. 2. París, 1985

\_\_\_\_\_ «Boletín de Derecho de Autor». Vol. XXI. No. 1, París, 1987.

\_\_\_\_\_ “Boletín de Derecho de Autor”. Vol. XXV. No. 1. París, 1990.

**VEGA VEGA, Antonio:** “Nuevas tecnologías y protección de la propiedad intelectual”, en “Nuevas tecnologías y propiedad intelectual” (Coordinador: Carlos Rogel Vides). Ed. Reus. Madrid, 1999.

**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.

\_\_\_\_\_ “El Derecho de Autor en la Argentina”. Ed. La Ley. Buenos Aires, 2001.

**VILLALBA, Carlos Alberto:** “Los programas de computación y los derechos intelectuales”, en el libro-memorias del I Congreso Internacional sobre la protección de los Derechos Intelectuales. Caracas, 1986.

\_\_\_\_\_ «La protección de los programas de computación y de los bancos de datos», en el libro-memorias del III Congreso Internacional sobre la protección de los Derechos Intelectuales. OMPI. Lima, 1988.

\_\_\_\_\_ “Consecuencias sustantivas de la adhesión al Convenio de Berna. El contenido de la protección: su determinación por la ‘protección mínima convencional (pmc)’. En el tiempo, en el espacio, salvaguardia del nivel de protección convencional y excepción de orden público”. Documento OMPI/DA/HAV/98/16. Curso OMPI/SGAE de formación en Derecho de Autor y Derechos Conexos para América Latina. La Habana, 1998.



---

“Consecuencias sustantivas de la adhesión al Convenio de Berna. El contenido de la protección: su determinación por la regla del trato nacional”. Documento OMPI/DA/HAV/98/7. Curso OMPI/SGAE de formación en Derecho de Autor y Derechos Conexos para América Latina. La Habana, 1998.

---

“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 vinculación del derecho de autor con los derechos conexos», Documento OMPI/CNR/PRY/93/6, presentado en el Curso Internacional OMPI-SUISA sobre derecho de autor y derechos conexos. Asunción, Paraguay, 1993.

---

“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.

---

“Infracciones y sanciones en derecho de autor y derechos conexos: la evaluación del daño”. 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.

---

“La gestión colectiva de los derechos conexos. Analogías y diferencias con la gestión colectiva de los derechos de autor. La situación en Latinoamérica”. Documento OMPI-SGAE/DA/SRZ/01/8a, presentado en el Octavo Curso Académico Regional de la OMPI/SGAE sobre derecho de autor y derechos conexos para países de América Latina. Santa Cruz de la Sierra (Bolivia), 2001.

**WALTER, Michel M.:** “La relación y comparación entre la Convención de Roma, el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT) y el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC); la evolución y el posible mejoramiento de la protección de los derechos conexos reconocidos por la Convención de Roma”, en la Décimo Séptima sesión ordinaria del Comité Intergubernamental sobre la Convención Internacional sobre la protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión (Convención de Roma, 1961). Documento OIT/UNESCO/OMPI/ICR.17/6. Ginebra, 1999.

**ZAFFARONI, Eugenio Raúl:** «*Reflexiones político-criminales sobre la tutela penal de los derechos de autor*», en el libro-memorias de la IIa. Conferencia Continental de Derecho de Autor. Instituto Interamericano de Derecho de Autor (IIDA). Buenos Aires, 1981.

**ZAPATA LÓPEZ, Fernando:** “*Los Tratados de la OMPI de Diciembre de 1996*”, en el libro-memorias del III Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos. Montevideo, 1997.

\_\_\_\_\_ “*La protección internacional del Derecho de Autor en el plano de su realización práctica. Disposiciones en materia administrativa. Medidas en frontera*”. Documento OMPI/DA/ANG/99/19. Curso OMPI/SGAE de formación en Derecho de Autor y Derechos Conexos para América Latina. Antigua, Guatemala, 1999.

\_\_\_\_\_ “*El control del Estado sobre las organizaciones de gestión colectiva*” Documento OMPI-SGAE/DA/COS/00/14a. 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 RODRIGUEZ, C.J.:** «*Publicidad Comercial*» (*su régimen legal*). Ed. De Palma. Buenos Aires, 1947.

\_\_\_\_\_ “*Régimen Legal de los Dibujos y Modelos Industriales*”. Ed. De Palma. Buenos Aires, 1962.

**ZIEGLER, Jean-Alexis:** “*La gestión colectiva y la protección internacional del derecho de autor*”, en el libro-memorias del X Congreso Internacional sobre la protección de los Derechos Intelectuales (del autor, del artista y del productor). Ed. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)/República del Ecuador/Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. Quito, 1995.