



Capítulo 2

Objeto del derecho de autor

SUMARIO: 2.1. Criterios generales. 2.1.1. El derecho de autor protege las creaciones formales y no las ideas. 2.1.2. La originalidad, condición necesaria para la protección. 2.1.3. Criterios ajenos al reconocimiento de protección: valor, destino, forma de expresión. 2.1.4. La ausencia de formalidades en la protección del derecho de autor (con excepción de algunos países). 2.2. Obras protegidas. 2.2.1. Obras originales. 2.2.1.1. Obras literarias: escritas (protegidas y no protegidas) y orales. 2.2.1.2. Obras musicales. 2.2.1.3. Obras teatrales. 2.2.1.4. Obras artísticas: arquitectura; escultura; dibujo; pintura; fotografía; artes aplicadas (supuestos de doble protección). 2.2.1.5. Obras científicas. 2.2.1.6. Obras audiovisuales: obras cinematográficas; otras obras audiovisuales. 2.2.1.7. Obras del folclore nacional. 2.2.1.8. Nuevas categorías de obras: programas de ordenador (argumentos a favor y en contra de su protección por el derecho de autor). 2.2.2. Obras derivadas. 2.2.2.1. Adaptaciones. 2.2.2.2. Traducciones. 2.2.2.3. Compilaciones y bases de datos. 2.2.2.4. Antologías. 2.2.2.5. Anotaciones y comentarios. 2.2.2.6. Arreglos y orquestaciones. 2.2.2.7. Parodias. 2.2.3. El título.

El objeto de la protección del derecho de autor es la obra. Para el derecho de autor, *obra* es la expresión personal de la inteligencia que desarrolla un pensamiento que se manifiesta bajo una forma perceptible, tiene originalidad o individualidad suficiente, y es apta para ser difundida y reproducida.

2.1. Criterios generales

La protección de las obras está sujeta a los siguientes criterios generales:

- el derecho de autor protege las creaciones formales y no las ideas;
- la originalidad (o individualidad) es condición necesaria para la protección;
- la protección no depende del valor o mérito de la obra, de su destino o de su forma de expresión;

Cuando no hay legislación sobre la materia, o esta no tiene niveles adecuados que garanticen una protección efectiva, o bien no existen sociedades de autores que los representen eficazmente, o se observa una actitud tolerante hacia los infractores, se priva a todos los sectores interesados de los beneficios que les reporta el derecho de autor.

Los países no industrializados tienen tanta necesidad de desarrollar la creatividad nacional como de acceder a la producción extranjera. En este sentido, el derecho de autor desempeña un papel preponderante, pues contribuye de manera decisiva al logro de ambos objetivos, que no son contradictorios aun cuando pueden parecerlo a primera vista.

La desprotección de las obras extranjeras desplaza a las nacionales, crea una competencia desleal pues es difícil que los productores se vean inclinados a pagar por el uso de una obra de autor local cuando pueden utilizar gratuitamente las obras extranjeras; y retarda el proceso de toma de conciencia del respeto debido al autor y a sus derechos y de los beneficios de orden económico y cultural que reporta.

En muchos países: en desarrollo la actividad autoral nacional alcanza niveles importantes en varias áreas: la educativa, la musical (especialmente en el folclore, los ritmos autóctonos y la música popular), la televisiva e, incluso, en el campo tecnológico, en particular en materia de programas de computación, respecto de los cuales la creatividad individual tiene apreciables posibilidades. La falta de condiciones propicias para su desarrollo —entre ellas la desprotección de los derechos de los autores— causa la emigración de los creadores nacionales hacia centros que les brindan posibilidades de obtener beneficios económicos y la difusión que merecen sus obras. Retarda igualmente el desarrollo de las industrias de bienes culturales, pues desalienta a los titulares de derechos sobre obras extranjeras a autorizar su reproducción y difusión en territorios que no ofrecen garantías jurídicas, privando al sector laboral de fuentes de trabajo y al fisco de ingresos, y fundamentalmente restringe las posibilidades de la comunidad de participar de la riqueza que origina la producción y circulación de bienes culturales y de encontrar su identidad y trascender en las obras de sus creadores.

—la protección no está sujeta al cumplimiento de formalidades.

2.1.1. El derecho de autor protege las creaciones formales y no las ideas

Desde los albores del estudio de la materia, existe una coincidencia generalizada en que el derecho de autor solo protege las creaciones formales y no las ideas contenidas en la obra. Las ideas no son obras y, por ende, su uso es libre. No se puede adquirir sobre ellas protección o propiedad alguna, aun cuando sean novedosas.

El derecho de autor está destinado a proteger la forma representativa, la exteriorización de su desarrollo en obras concretas aptas para ser reproducidas, representadas, ejecutadas, exhibidas, radiodifundidas, etc., según el género al cual pertenezcan y a regular su utilización.

Solo está protegida la *forma sensible* bajo la cual se manifiesta la idea y no la idea misma, ya sea que se encuentre expresada de manera esquemática o bien en una obra. El derecho de autor protege la expresión formal del desarrollo del pensamiento, otorgando al creador derechos exclusivos de carácter patrimonial a la publicación, difusión y reproducción de la obra y derechos de carácter personal.

El derecho de autor propugna la creación de obras. Si se otorgan derechos exclusivos sobre las ideas *consideradas en sí mismas*, se obstaculizaría su difusión y con ello se impediría el desenvolvimiento de la creatividad intelectual, se trabaría, como dice Villalba, la creación de una ilimitada cantidad de obras diferentes. Una misma idea, una misma investigación, un mismo tema son retomados infinitas veces. En su desarrollo, cada autor aporta la impronta de su personalidad, su individualidad. En ocasiones el resultado es altamente enriquecedor, en otras trivial, pero lo que permite que cada generación impulse el lento avance de la civilización es la posibilidad de trabajar sobre lo existente, de proseguir el camino sin tener que rehacerlo.

La inconveniencia de otorgar derechos exclusivos sobre

las ideas se pone de manifiesto si se toma en cuenta, por ejemplo, que, según se ha planteado,¹ solo existen treinta y seis situaciones dramáticas básicas y, como singular corolario, no hay más que treinta y seis emociones. Para no abundar transcribimos solo algunas de ellas: 1ª situación: *la súplica* (elementos dinámicos indispensables: un perseguidor, un suplicante y una potencia indecisa); 2ª: *el salvador* (el infortunado, el amenazante y el salvador); 3ª: *la venganza y persecución del criminal* (el vengador y el culpable); 4ª: *la venganza de un pariente en otro* (recuerdo de pariente víctima, pariente vengador y pariente culpable); 8ª: *la revuelta* (tirano y conspirador); 10ª: *el rapto* (seductor, seducido y guardián); 14ª: *la rivalidad entre parientes* (pariente preferido, pariente rechazado y el objeto); 16ª: *la locura* (el loco y la víctima); 18ª: *el involuntario crimen de amor* (el amante, la amada y el infidente); 22ª: *sacrificar todo a la pasión* (el seducido, el objeto de la pasión fatal y la parte sacrificada); 25ª: *el adulterio* (esposo engañado, esposo adúltero y adúltero cómplice); 27ª: *conocer el deshonor de un ser amado* (el que se entera y el culpable); 28ª: *los amores contrariados* (primer amante, segundo amante y el obstáculo); 30ª: *la ambición* (el ambicioso, lo que desea y el adversario); 33ª: *el error judicial* (el que se equivoca, la víctima, el que induce a equivocación y el verdadero culpable); etcétera.

Entonces ¿cómo se podría reconocer a un autor exclusividad sobre la idea de estructurar su obra basándose en un conflicto humano determinado?

No solo es posible utilizar las puras ideas que se encuentran en una obra ajena sino también otros de sus elementos *tomados en sí mismos*, como son los hechos aislados, los conceptos, el tema, el sistema, el método, el estilo literario, la forma literaria, la manera artística, el vocabulario, etc. En cambio, *es ilícito tomar el conjunto de los elementos que reflejan la individualidad de la obra*.

¹ Vid. Polti, G., *Les trente-six situations dramatiques*, París, Mercure de France, 1924.

Sin embargo, las ideas pueden tener gran valor comercial y también artístico. La apropiación de una idea ajena puede provocar un daño que, de no ser reparado, daría lugar a una situación injusta. En estos casos se debe tener presente que la desprotección de las ideas en el derecho de autor, que obedece a razones precisas, no significa que dicha situación deba, necesariamente, quedar sin reparación. La obligación de reparar puede encontrarse en otras instituciones del derecho privado como son el enriquecimiento sin causa y la competencia desleal. Incluso puede entrar en el área penal si llegara a tipificarse el delito de violación de secretos.

Aplicación práctica o aprovechamiento industrial

El derecho de autor tampoco protege al creador respecto de la *aplicación práctica* o el *aprovechamiento industrial* de la idea o contenido de una obra intelectual. Para ello, no es necesaria la autorización previa del autor.

El autor de un plan financiero, por ejemplo, puede impedir que se reproduzca la obra literaria en la cual lo expone y desarrolla, pero no la aplicación de este plan en el comercio y la industria, porque esa puesta en práctica es libre. Este criterio es aplicable a toda clase de obras, entre otras, las que se refieren a organización de empresas, planes pedagógicos, sistemas de publicidad, juegos, etc. El autor de un libro sobre jugadas de ajedrez o de un recetario de cocina puede impedir que la obra se reproduzca sin su autorización pero no puede impedir que los jugadores —aun en certámenes públicos con premios en dinero— apliquen sus técnicas o que, en los hogares —e incluso en establecimientos comerciales—, se pongan en práctica y se cocine de acuerdo con esas recetas. Los autores de un juego o de un recetario tienen el monopolio de la divulgación del texto de la obra en las cuales los dan a conocer, los explican y desarrollan, pero no la exclusividad de la práctica del juego o de cocinar siguiendo sus recetas.

En relación con las ideas contenidas en las obras científicas, la Convención Interamericana sobre el Derecho de autor en obras literarias, científicas y artísticas, suscripta en Washington (1946), dispone en su art. IV, 3º párrafo:

“El amparo conferido por la presente Convención no comprende el aprovechamiento industrial de la idea científica.”

La protección que otorga el derecho de autor cubre la utilización de las obras por medio de su publicación, difusión y reproducción. Corresponde a las leyes sobre propiedad industrial —de patentes y de diseños y modelos industriales— proteger la *aplicación práctica* o el *aprovechamiento industrial* de las concepciones intelectuales, pero no la publicación, difusión y reproducción de la descripción e ilustración de estas, lo cual es materia del derecho de autor. Se trata de dos áreas de protección distintas e incomunicadas.

2.1.2. La originalidad, condición necesaria para la protección

En materia de derecho de autor, la originalidad reside en la expresión —o forma representativa— creativa e individualizada de la obra, por mínimas que sean esa creación y esa individualidad. No hay obra protegida si ese mínimo no existe.

No se requiere que la obra sea *novedosa*, a diferencia de lo que ocurre en el instituto de las invenciones. En este último campo, la novedad es un requisito para acceder a la protección que el derecho de patentes otorga. La invención debe ser nueva en sentido objetivo, lo cual consiste en que el solicitante debe ser el primero que presenta la invención para su patentamiento.

Las obras también pueden ser novedosas, pero el derecho de autor no exige la novedad como una condición necesaria de la protección. Es suficiente con que la obra tenga originalidad o individualidad: *que exprese lo propio de su autor, que lleve la impronta de su personalidad*. La originalidad es una noción subjetiva; algunos autores prefieren utilizar el término *individualidad* en lugar de originalidad por considerar que expresa más adecuadamente la condición que el derecho impone para que la obra goce de protección: que tenga algo de individual y propio de su autor.

La apreciación de la originalidad debe ser distinta en un caso de reproducción no autorizada a escala comercial (piratería) que cuando se imputa un plagio. Si se alegara que la obra no está protegida por carecer de originalidad, en el primer caso esta deberá apreciarse con criterio muy amplio, y tener en cuenta que aunque la individualidad sea mínima se satisface la exigencia. En el segundo caso se impone el criterio restrictivo y será necesario determinar si entre las dos obras existe una identidad de expresión reconocible, si ambas son, sustancialmente, una misma representación formal.²

La determinación de si una obra es original constituye una cuestión de hecho. La originalidad no puede apreciarse de la misma manera en todas las obras: en materia de obras científicas o técnicas que en relación con las obras literarias de ficción; en composiciones de música popular que en obras sinfónicas; en obras originarias que en obras derivadas.

En el derecho de autor, el término *creación* no tiene el significado corriente de sacar algo de la nada y la originalidad de la obra no tiene que ser absoluta. No es necesario que la inspiración del autor esté libre de toda influencia ajena. Las ideas utilizadas en la obra pueden ser viejas y, sin embargo, la obra puede ser original pues, insistimos, el derecho de autor admite que la creación intelectual se realice sobre la base de elementos previos. Solo es necesario que la obra sea distinta de las que existían con anterioridad, que no sea una copia o imitación de otra.

Aun cuando se trate de obras derivadas (adaptaciones, traducciones, revisiones, actualizaciones, anotaciones, compendios, resúmenes, extractos, arreglos musicales, antolo-

² Vld. Piola Caselli, E., *op. cit.*, p. 628, quien advierte sobre el peligro de que el derecho, cediendo a la instigación del *genius irritabile* de los literatos, de los científicos y de los artistas, consintiese en mover sus pesados armamentos, grandes y peligrosos, para tratar de dar en el blanco de las pequeñas imitaciones parciales, de las apropiaciones de simples ideas ajenas, de las escondidas copias de inorgánicos trozos de obras intelectuales ajenas.

gías, etc.), deben expresar algún grado de creatividad y ser fruto del esfuerzo personal de su autor.

2.1.3. Criterios ajenos al reconocimiento de la protección: valor, destino, forma de expresión

a) El *valor* cultural o artístico de la obra —su mérito— no cuenta para que se beneficie de la protección que acuerda el derecho de autor.

Se trata de una cuestión de gustos cuya consideración corresponde al público y a la crítica, no al derecho. Lo contrario podría dar lugar a toda clase de arbitrariedades, en particular en una materia que presenta numerosos ejemplos de grandes obras que en ocasión de ser representadas, ejecutadas o expuestas por primera vez, fueron abucheadas y que, con el correr de los años, lograron un reconocimiento y un prestigio notables, como ocurrió con *La Traviata* de Verdi, *Seis personajes en busca de un autor* de Pirandello, *La consagración de la primavera* de Stravinsky, etcétera.

En este aspecto, es necesario tener presente que valor o mérito por un lado y originalidad por el otro, son conceptos distintos. En caso de controversia judicial el juez deberá verificar si la obra contiene la impronta de la personalidad del autor; con lo cual quedará satisfecho el requisito de originalidad, sin que el valor que le atribuya a la obra pueda actuar como condicionante de la protección.

b) La obra se encuentra protegida con independencia de que esté *destinada* a un fin cultural o utilitario.

Esta cuestión interesa particularmente en materia de obras de arte o ciencia aplicadas al comercio o a la industria. El hecho de que un dibujo o cualquier otra obra artística hayan sido realizados con destino a la actividad comercial o a la actividad industrial, no los priva de la protección que les otorga el derecho de autor contra la reproducción, y, en general, contra la utilización no autorizada.

La cuestión también se ha planteado en relación con las guías, catálogos, almanaques, anuarios, nomencladores, las frases y eslóganes publicitarios, las recopilaciones de recetas de cocina, los anuncios, prospectos, circulares comercia-

les, cuadros sinópticos, que pueden tener, indistintamente, fines culturales, científicos, comerciales o financieros. Lo mismo ocurre con los programas de ordenador,³ que casi siempre tienen un fin utilitario.

c) Tampoco importa la *forma de expresión* de la obra. A los fines de la protección del derecho de autor no tiene efecto alguno que la obra sea expresada en forma escrita u oral, que haya sido representada o bien fijada sobre un cinta sonora o audiovisual. Tampoco interesa la forma en que la obra es difundida o comunicada al público.

2.1.4. La ausencia de formalidades en la protección del derecho de autor (con excepción de algunos países)

La protección no está subordinada al cumplimiento de requisitos formales. La creación es el título originario del derecho de autor.

A diferencia de lo que ocurre en el derecho de propiedad industrial, el derecho del autor nace del acto de creación y no del reconocimiento de la autoridad administrativa. La principal finalidad del derecho de autor es la protección de los creadores, mientras que en el derecho de propiedad industrial se anteponen los derechos de la colectividad.

La *condición del registro* de la obra para el goce del derecho —o registro constitutivo del derecho— fue un resabio de la etapa de los privilegios y continuó manteniéndose en algunos países en mérito a una equivocada asimilación al derecho de propiedad industrial (especialmente derecho de patentes y derecho de marcas). A medida que las diferencias entre el derecho de autor y el derecho de propiedad industrial se fueron clarificando, las legislaciones abandonaron el registro constitutivo de derechos. A este respecto

³ Utilizamos la expresión *programas de ordenador*, aun cuando no es uniformemente aceptada; en algunos países se los denomina *programas de computación*, en otros con la palabra inglesa *software*, en México *programas de cómputo*, etcétera.

cabe destacar la influencia benéfica y decisiva que tuvo el Convenio de Berna, en cuya primera revisión (Berlín, 1908) se suprimió toda condición relativa al cumplimiento de formalidades ("el goce y el ejercicio de estos derechos no estarán subordinados a ninguna formalidad").

La obligación del registro como presupuesto de la constitución y existencia del derecho de autor o como requisito para su ejercicio subsiste actualmente solo en algunos países.⁴

2.2. Obras protegidas

El derecho de autor protege toda clase de obras intelectuales. Tradicionalmente, la protección está reservada a las llamadas creaciones intelectuales de forma: las obras *originales* —en el sentido de originarias o primigenias— (literarias, musicales, teatrales o dramáticas, artísticas, científicas y audiovisuales, incluyéndose también, desde hace un tiempo, los programas de ordenador) y las obras *derivadas* (adaptaciones, traducciones, compilaciones, anotaciones y comentarios, resúmenes y extractos, arreglos musicales y otras transformaciones) cualquiera sea su modo y forma de expresión, aunque para estar protegidas también deben ser originales, es decir, presentar originalidad o individualidad.

En las legislaciones sobre la materia se suele incluir con propósitos didácticos una enumeración *ejemplificativa*, no taxativa, de las obras protegidas. Para destacar que se trata de una enumeración no sujeta a *numerus clausus*, suelen comenzar con las expresiones "tales como" o "particularmente" u otras semejantes, o bien finalizar diciendo "y toda producción literaria, científica y artística, sea cual fuere el procedimiento de publicación y reproducción" o similares. A veces, esa ejemplificación es sumamente detallada como, por ejemplo, en el caso de Brasil (arts. 6 y 7).

⁴ Vid. *infra*, cap. 10, §10.2, A y B.

2.2.1. Obras originales

La expresión *obras originales* es habitualmente utilizada para denominar las obras originarias o primigenias y diferenciarias de las *obras derivadas* de estas (traducciones, adaptaciones y otras transformaciones). Pero esa expresión puede confundirse con la cualidad de originalidad que deben presentar todas las obras, tanto las antecedentes como las derivadas, para gozar de la protección del derecho de autor, razón por la cual parece más claro llamar a las primeras *obras originarias* —o primigenias, preexistentes, iniciales, o de primera mano—.

En el proceso de creación de una obra literaria se distinguen, básicamente, tres etapas: primero el autor concibe la *idea* de la obra, luego elabora el plan de su desarrollo, su *composición* y, finalmente, la *expresión*. Toda vez que la originalidad de la idea no cuenta, pues no goza de protección considerada en sí misma, una obra puede ser original en su *composición* o contenido o en su *expresión* o forma. En el derecho de autor se consideran obras *absolutamente* originales aquellas que lo son tanto en la composición como en la expresión.

En la realización de una obra literaria no interesa la forma en que el autor la lleva a cabo: manuscrita, tipeada en una máquina de escribir o en un ordenador, dictada o grabada para su posterior desgrabación por otra persona. Lo mismo ocurre con la composición de una obra musical.

En cambio, las obras artísticas o de las artes plásticas presentan una condición peculiar en orden a la originalidad: en ellas la realización personal por parte de su autor tiene una importancia decisiva.

Se consideran obras *relativamente* originales las obras *derivadas*. Pueden ser originales únicamente en la composición, como en el caso de las antologías en las que se protege la selección de obras o de trozos de obras ajenas, o bien ser originales solo en la expresión, como ocurre con las traducciones.

2.2.1.1. Obras literarias

Las obras literarias se expresan por escrito; también oralmente.

Escritas

Protegidas

La protección se acuerda con criterio amplio. Además de las obras literarias tradicionales (poemas, novelas, cuentos, obras científicas, didácticas y técnicas, etc.) se consideran protegidos los esloganes publicitarios, nomencladores, almanaques, anuarios, formularios, cuadros sinópticos, folletos, catálogos, álbumes, compilaciones de recetas culinarias, etc., que por la selección y ordenamiento de los materiales que contienen importan esfuerzos intelectuales que merecen ser protegidos por el derecho de autor en cuanto denotan algún grado de originalidad o individualidad que los diferencia de los existentes.

También está protegida la correspondencia epistolar, respecto de la cual se debe distinguir: el derecho del autor del texto de la carta cuya autorización es necesaria para publicarla, y los derechos del destinatario de la carta, tanto sobre el documento que le pertenece en cuanto objeto físico como al secreto de la correspondencia. Este último constituye una valla para el libre ejercicio del derecho de divulgación del autor de la carta. Los derechos del destinatario no tienen naturaleza autoral.

La amplitud de criterio en la concepción de las obras literarias ha permitido incluir entre ellas los programas de ordenador, como sucedió en los Estados Unidos de América.⁵

No protegidas

En general se excluyen de la protección del derecho de autor los textos oficiales; también las informaciones de prensa. Se consideran como *textos oficiales* todas las normas

⁵ La ley de *copyright* estadounidense sancionada en 1976 definió en su art. 101 las obras literarias con la fórmula: "son obras, distintas de las obras audiovisuales, que son expresadas bajo la forma de palabras, de nombres o de otros símbolos o índices verbales o numéricos, independientemente de la naturaleza de los objetos materiales tales como libros, periódicos, manuscritos, discos fonográficos, filmes, cintas, discos o tarjetas en los que ellas estén incorporadas". La ley n° 96-517 del 2-12-1980 modificó el art. 101, agregando, al final, la definición de programa de ordenador.

legales de cumplimiento obligatorio: leyes, decretos, reglamentos, ordenanzas, resoluciones, etc. Pueden ser obras originales, pero respecto de ellas prevalece la necesidad de primar a su libre difusión y reproducción, pues nadie puede excusarse de su cumplimiento alegando ignorancia o desconocimiento de la ley.

El Convenio de Berna autoriza a las legislaciones a excluir total o parcialmente de la protección los textos oficiales de orden legislativo, administrativo o judicial, así como las traducciones oficiales de esos textos (art. 2, §4 del Acta de París). En el Convenio la desprotección de esos textos está planteada como una *limitación del derecho de autor* cuya adopción en la ley interna se deja a la consideración del legislador nacional.

Por las mismas razones, es libre la difusión y reproducción de los trabajos oficiales preparatorios de las normas legales, las memorias, informes, etc., realizados por el Estado (nación, provincias y municipios), los debates parlamentarios y las decisiones de los órganos jurisdiccionales —judiciales y administrativos—. Están excluidas de la protección las traducciones oficiales de estos textos. Si se trata de una traducción no oficial, esta goza de protección.

También están protegidos los resúmenes de sentencias y sus recopilaciones que presentan originalidad en la selección y ordenamiento de los materiales.

Las *noticias del día* y las *informaciones de prensa* excluidas de la protección son las *noticias escuetas*. Por lo general carecen de originalidad en la composición o en la expresión. La principal preocupación del periodista radica en transmitir la noticia de los hechos con la mayor velocidad posible. Aunque la producción de noticias demanda ingentes gastos, en su libre difusión prevalece la protección del derecho de la comunidad a acceder a la información aunque ello no implique que no quepan otros medios de defensa contra los abusos, por ejemplo, la legislación contra la competencia desleal.

Por el contrario, los artículos de fondo, sean o no de actualidad, los reportajes, los editoriales y los comentarios, están protegidos por el derecho de autor a condición de originalidad, como las demás obras. Ellos representan un esfuerzo de análisis y opinión que refleja la personalidad de su autor.

En el Convenio de Berna las noticias del día y los sucesos

que tengan el carácter de simples informaciones de prensa están expresamente excluidos de la protección (Acta de París, 1971, art. 2, §8).

Las noticias informativas también están exceptuadas en la Convención Interamericana de Washington, 1946 (art. 6, §3), donde se establece que: "La protección de la presente Convención no se aplicará al contenido informativo de las noticias del día publicadas en la prensa."

Orales

Las obras comunicadas al público en forma oral están protegidas por el derecho de autor. El proceso creador y el esfuerzo de expresión que requieren es análogo al de las obras escritas. Reflejan la personalidad de su autor y la originalidad aparece tanto en la composición como en la expresión. Por estas razones, en la enumeración de obras protegidas que contienen las legislaciones nacionales habitualmente se citan ejemplos de obras orales.

También están protegidas las clases que se dictan en el marco de las actividades docentes. Por esta razón, los apuntes que los alumnos toman durante las clases no pueden ser reproducidos sin autorización expresa del profesor, cualquiera sean los medios empleados (copiado, impresión, etc.), incluida la *grabación magnetofónica* de la clase mientras esta tiene lugar porque, como consecuencia del desarrollo tecnológico, la *fijación* por medio de aparatos de grabación de sonidos, imágenes o imágenes y sonidos, se considera como una facultad que integra el derecho exclusivo de reproducción que corresponde al autor.

Las obras orales también se mencionan en el Convenio de Berna, donde, entre los ejemplos de obras protegidas, se citan las *conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza* (Acta de París, 1971, art. 2, §1).

2.2.1.2. Obras musicales

La música es el arte de combinar los sonidos de la voz humana o de los instrumentos, o de unos y otros a la vez, conmoviendo la sensibilidad.

Las obras musicales comprenden todo tipo de combinaciones originales de sonidos, con o sin palabras. Los elementos constitutivos de las obras musicales son la *melodía*, la *armonía* y el *ritmo*.

La *melodía* es la noción, muy general, que se refiere, de manera amplia, a todas las relaciones sonoras posibles en *orden sucesivo*. Es una sucesión coherente de notas. A partir de ella se desarrolla una obra musical, simple o compuesta, con independencia de su acompañamiento.

La *armonía* es la combinación de sonidos *simultáneos*, diferentes pero acordes.

El *ritmo* es la proporción guardada entre el tiempo de un movimiento y el de otro diferente.

La originalidad de las obras musicales resulta del conjunto de sus elementos constitutivos. Sin embargo, puede residir en la melodía, en la armonía o en el ritmo.

Ello no obstante, *para el derecho de autor* solo se pueden adquirir derechos exclusivos *sobre la melodía*. Ella equivale a la *composición* o al *desarrollo* de la idea en las obras literarias, y no a la idea misma. La melodía es una creación formal.

No se pueden adquirir derechos exclusivos sobre la armonía porque la forman los acordes, cuyo número es limitado. Tampoco sobre el ritmo, porque no sería lógico otorgar exclusividades sobre el bolero, la mazurca, el *samba*, la *bossa nova*, la gavota, etc., del mismo modo que no se pueden adquirir derechos exclusivos sobre los géneros literarios: la poesía, la novela, el cuento, el drama o la comedia.

La misma melodía puede ser objeto de armonizaciones diferentes y de cambios de ritmo. Para poder reconocerla, cuando en una composición musical se han cambiado la armonización, el ritmo, o ambos a la vez, es necesario conocer música, la obra sonará muy diferente aunque la melodía siga siendo la misma. Por eso el juez, salvo que sea músico, para establecer el plagio de la melodía necesitará contar con un asesoramiento de expertos cuando hayan sido cambiados los otros elementos constitutivos de la obra musical. A su vez, solo habrá plagio de una obra musical si ha habido apropiación de su melodía, en aquello que tenga de original.

A pesar de la enorme gravitación que tienen las obras musicales, su omnipresencia, la importancia económica que tiene su explotación y aunque todas las legislaciones nacionales e internacionales citan expresamente las composiciones musicales, con o sin palabras, en el catálogo de las obras protegidas, no aparecen entre las expresiones con que aquellas indican el objeto de la protección. Las diferentes legislaciones suelen referirse a "obras literarias y artísticas", a "obras literarias, científicas y artísticas", etc., pero sin mencionar las musicales.

Para encontrar una explicación de tan notable omisión, Uchtenhagen señala con gran acierto que en el siglo pasado —y sobre todo en los tiempos de la fundación de la Unión de Berna (1886)—, era la protección de las obras literarias la que se situaba en el centro del interés. Pero con posterioridad se desarrollaron el disco, la radio, la televisión, la película sonora, la grabación audiovisual, la emisión por redes de cable y la transmisión por satélite. La literatura, aunque continuó conservando su importancia cultural de primera fila, poco a poco tuvo que ceder a la música su posición preponderante en la evolución del derecho de autor.⁶

2.2.1.3. Obras teatrales

Las obras teatrales son las destinadas a ser representadas. Se considera que la palabra *teatro* tiene significado ambiguo. Los griegos la usaron primeramente para designar la gradería semicircular desde donde se contemplaba (*theatron*: veo) la representación dramática, y también para designar el conjunto del público allí reunido. Luego se extendió a todo el edificio destinado a la representación y se dijo, en Atenas, "el teatro de Dionisio". Después pasó a significar la obra —literaria o musical— que se representa, y se dice "el teatro de Alfieri", o sea sus tragedias, "el teatro

⁶ Uchtenhagen, U., *La protección de las obras musicales*, libro memoria del IV Congreso Internacional sobre la Protección de los Derechos Intelectuales, Guatemala, 1989, pp. 97-106.

de Verdi", o sea sus óperas. Por último, se adoptó para indicar cualquier forma de espectáculo (de *spectare*: mirar). En un sentido amplio el teatro se podría definir como la comunión de un público con un *espectáculo viviente*.⁷

Las obras dramáticas, las dramático-musicales, las coreográficas y las pantomímicas son *obras teatrales*. La expresión "obra dramática" comprende tanto la tragedia como la comedia, la revista, el sainete, el vodevil y cualquier otra variedad de forma dramática. La palabra *drama* proviene del griego "*drão*" que significa obrar, *actuar*, y se la sigue empleando, como en la antigüedad, para designar cualquier forma literaria destinada a la representación escénica.

La representación escénica de una obra dramática constituye un *espectáculo teatral*.

Algunas legislaciones (Francia —art. 3—; Italia —art. 2, §3—; Países Bajos —art. 10, §4—; Brasil —art. 6, §IV—) condicionan la protección de las obras *coreográficas* y *pantomímicas* a que su puesta en escena se encuentre *fijada* por escrito o de otra forma.⁸ Ello se debe a que estas formas teatrales no son habitualmente objeto de una notación.

Este requisito llama la atención en el contexto de legislaciones que reconocen que el derecho de autor existe por el solo acto creativo, sin sujeción al cumplimiento de formalidades. La razón de ser de esta excepción se fundamentaría en necesidades prácticas: si la coreografía o la pantomima no están fijadas en alguna forma, el autor se vería en la imposibilidad fáctica de probar en qué consiste la obra. No obstante, lo mismo puede decirse de las obras orales y estas no se encuentran sometidas al requisito de la fijación (ni sería deseable que lo estuvieran). La fijación siempre facilita la prueba de la obra; pero su omisión no resulta una razón suficiente, por ejemplo, para convalidar utilizaciones hechas sin autorización de su autor.

No resulta coherente que la protección del derecho de

autor se acuerde en función de la *fijación* cuando tal protección se fundamenta y se reconoce *por el acto de creación*.

2.2.1.4. Obras artísticas

Las obras artísticas impactan el sentido estético de quien las contempla. Comprenden la pintura, el dibujo, el grabado, la escultura, la fotografía y la arquitectura. Hay legislaciones que también mencionan las presentaciones gráficas y los caracteres tipográficos (México, art. 26) o la presentación tipográfica de las ediciones publicadas (Reino Unido, art. 1, §1, c).

Ninguna enumeración de estas obras puede considerarse exhaustiva. Algunas de las obras mencionadas se benefician, además del derecho de autor, con otra legislación protectora, como veremos al tratar las obras de artes aplicadas.

Las obras artísticas están protegidas, cualesquiera que sean los materiales y las técnicas empleadas. La originalidad tiene, en esta materia, connotaciones particulares.

Los bocetos y ensayos que preceden a la obra y a través de los cuales el artista elabora su *composición*, constituyen, por sí mismos, obras protegidas.

En la *expresión* de la obra, el artista utiliza líneas, colores, formas, materiales. *La ejecución personal tiene importancia decisiva*, a diferencia de lo que ocurre en materia de obras literarias y musicales, respecto de las cuales no tiene entidad que el autor manusciba o mecanografie o haga la notación musical por sí mismo.

En los retratos, los paisajes, las naturalezas muertas, distintos artistas pueden reproducir *fielmente* el mismo modelo y, ello no obstante, todas esas obras *serán originales* y estarán igualmente protegidas. Pese a la similitud, en cada una, cada artista, a través de su mano, imprimirá la impronta de su personalidad.⁹

El derecho de propiedad sobre el objeto físico (el cuadro, la

⁷ Vid. D'Amico, S., *Historia del teatro universal*, Buenos Aires, Losada, 1954, pp. 9-17.

⁸ La ley francesa del 3 de julio de 1985 somete al mismo requisito los números y espectáculos circenses.

⁹ En Suecia la ley n° 382 de 1919, relativa a los derechos sobre obras de artes plásticas, establece en el art. 2, último párrafo, que: "No se considerará reproducción la creación de una obra de arte esencialmente nueva y original, basada en otra obra".

A) Arquitectura

Obras de arquitectura protegidas por el derecho de autor son tanto los edificios o construcciones similares, como los proyectos, diseños, croquis, planos y maquetas elaborados para la edificación.

El derecho de autor los protege en cuanto creaciones formales originales. En cambio, no protege ni los métodos arquitectónicos ni los procedimientos puramente técnicos. La originalidad puede radicar en la forma de la construcción, en el diseño o en los ornamentos.

Los autores de obras de arquitectura gozan de derechos morales y patrimoniales.

En relación con los derechos morales, pueden exigir que su nombre figure en la fachada del edificio y en las obras relativas a este (derecho a la *paternidad*). En cuanto al derecho a la *integridad* de la obra, se trata de una cuestión muy delicada. Por un lado, es razonable que el *propietario* del edificio pueda realizar algunas modificaciones de *orden práctico o técnico* que le sean necesarias para su utilización. Por otro lado, es igualmente razonable que el *autor* de la obra tenga derecho a prohibir toda deformación, mutilación, modificación o atentado a la misma que resulten perjudiciales a su honor o a su reputación. Igualmente razonable es que si a pesar de la prohibición del autor de la obra o sin su consentimiento se ejecuta la modificación o atentado, la persona responsable pueda ser obligada, según las circunstancias, a restablecer las cosas a su estado anterior o bien a indemnizar los daños. En este último supuesto, el autor tiene derecho a exigir que su nombre se desvincule de la obra. Lo decisivo de la cuestión residirá en la relación que exista entre el carácter y la entidad de las modificaciones y el derecho del autor a la integridad de la obra.

En lo concerniente a los derechos patrimoniales, el autor de una obra de arquitectura tiene el derecho exclusivo de autorizar su reproducción en cualquier forma y cualquier medio. La reproducción de estas obras comprende tanto la *construcción de otra obra de arquitectura* que se le asemeje en algunos o en todos sus elementos originales como la *preparación de planos, maquetas, etc., sobre la base de aquellas*.

talla, etc.), aunque se trate de un ejemplar único, no supone la titularidad del derecho de autor sobre la obra artística. Se trata de dos derechos distintos e independientes.¹⁰

Por consiguiente, la enajenación de una obra pictórica, escultórica, fotográfica o de las artes plásticas en general, salvo estipulación expresa en contrario, no lleva implícito el derecho de reproducción, el que permanece en cabeza del autor o de sus derechohabientes; toda reproducción de una obra artística —incluyendo su incorporación en un objeto de utilidad— debe ser autorizada por su autor o por la persona que sea titular de este derecho, quienquiera que sea el propietario de la cosa material. Se exceptúan las reproducciones incidentales (se fotografía a una persona y en el mismo lugar se encuentra la obra de arte), con fines de información sobre acontecimientos de interés público (una ceremonia o bien una exposición de obras de arte y se fotografía el lugar donde se realiza) y de obras de propiedad de los poderes públicos y expuestas en lugares públicos.

El propietario del bien físico que contiene la obra —salvo estipulación contractual o autorización legal— tampoco puede disponer su exposición pública (la autorizan, por ejemplo, Alemania, art. 44, §2 y España, art. 56, §2, salvo que el autor hubiere excluido expresamente este derecho al enajenar el original).

También en el caso de las obras artísticas, aunque existan en ejemplar único, ni la enajenación del soporte físico ni la cesión total del derecho de autor sobre la obra importan para su creador la transferencia o la pérdida de su *derecho moral*. En estos supuestos, el artista plástico conserva tanto el derecho de paternidad sobre la obra —pudiendo exigir que su nombre figure en ella y en todas sus reproducciones— como el derecho a la integridad de esta —pudiendo oponerse a toda deformación, mutilación o acto que considere perjudicial a su honor o reputación—. Después de la muerte del autor estos derechos pueden ser ejercidos del mismo modo que respecto de otras clases de obras.

¹⁰ Vid. *infra*, cap. 4, §4.2 a), principio de la independencia de los derechos.

A su vez, la reproducción de estos últimos incluye la confección de copias así como su utilización para la construcción de edificios.

B) Escultura

La escultura se expresa en volúmenes tridimensionales. Puede realizarse por tallado, moldeado, fundido, o cualquier tipo de procedimiento. Es indistinto el material que se utilice (piedra, metal, madera, barro, cemento, materiales sintéticos, etc.). También son esculturas las estructuras formadas con objetos tridimensionales ya existentes, así como las estatuas, altorrelieves y bajorrelieves que forman parte de una obra de arquitectura.

Las esculturas plantean problemas particulares por la posibilidad que ofrecen de obtener ejemplares a partir de un molde o matriz de yeso o de barro. El artista realiza una escultura en yeso o barro que entrega luego al fundidor a cera perdida (también puede ser a tierra o arena). El fundidor reproduce la obra en cera y esta es retocada por el artista; después la cera es recubierta con materiales refractarios por cuya parte interna va a correr el metal líquido (bronce, aluminio, estaño, cobre, etc.). Una vez enfriado el metal y sacado el material exterior, queda la escultura en metal. Esta técnica permite obtener uno o varios ejemplares o esculturas.

Ahora bien, ¿cuál es la escultura original: la matriz o los ejemplares que se obtienen a partir de ella?

Se considera que la matriz no es la escultura, aunque en sí misma esté protegida como una obra original y despierte gran interés en los coleccionistas —y parejo valor comercial—, porque ha sido creada para la función específica de servir a la realización de otros ejemplares.

Las técnicas que permiten obtener varias esculturas a partir de un mismo molde o matriz plantean un problema específico: ¿todos los ejemplares que se obtienen a partir de esa matriz podrán ser considerados como obras originales o solo lo serán algunos de ellos y, en este caso, cuáles y hasta qué número? La solución no se encuentra en las leyes de derecho de autor.

En Francia la cuestión se resolvió a través de una disposición fiscal¹¹ que considera como originales las fundiciones de esculturas en un tiraje limitado a ocho ejemplares y controladas por el artista o sus derechohabientes. A esos ocho ejemplares se deben agregar los "*exemplaires dit d'artistes*" (ejemplares de artistas) que, por lo general son tres o cuatro y deben llevar la mención EA —"*Epreuve d'Artiste*" (prueba de artista)— o bien HC —"*Hors Commerce*" (fuera de comercio)—.

Este texto es aplicable cuando el artista no limitó por sí mismo el tiraje, ya que es usual que lo haga por medio de un número quebrado cuyo numerador corresponde al ejemplar que lo porta y el denominador indica el total de ejemplares de la obra (por ejemplo 4/7 designa la cuarta obra de un total de siete). Según Dumas, la tolerancia de la administración fiscal permite entender que el tiraje limitado por la mencionada norma puede extenderse, excepcionalmente, a doce ejemplares y esos tirajes limitados son reputados como originales y beneficiarios de un régimen fiscal de excepción.

¿Cómo debe considerarse la escultura obtenida por los sucesores de una matriz realizada por el artista pero que no ha podido ejecutar por haber fallecido antes? ¿Como obra original? La cuestión da lugar a criterios divergentes.

La respuesta es negativa para quienes consideran que la intervención personal del artista plástico en el retoque del ejemplar en cera es decisiva para que la escultura pueda ser estimada como original. En cambio, según Dumas, en Francia la Corte de Casación ha estimado que dado que los herederos y causahabientes cualificados disponen del derecho de decidir el inicio de la edición póstuma (derecho de divulgación de las obras póstumas) pueden ejercer, de la misma manera, las modalidades prácticas del ejercicio de ese derecho.¹²

Entendemos que aun en estos casos particulares es necesario dejar constancia, en el ejemplar, de que este ha sido

¹¹ *Code général des Impôts* (decreto del 10 de junio de 1967), art. 71 del anexo III, cit. por Dumas, R., *La propriété littéraire et artistique*, París, Presses Universitaires de France, 1987, pp. 93-94.

¹² Caso *Champin c/ SPADEM*. Vid. Dumas, R., *op. cit.*, pp. 94-96.

realizado después de la muerte del autor y las personas que lo autorizaron e intervinieron en su ejecución.

Cuestiones similares se pueden plantear también en relación con los grabados (aguafuerte, aguainta, barniz blando, media tinta, punta seca, xilografía, litografía, etcétera). Algunos grabados son realizados por incisiones, habitualmente poco profundas, sobre algún material (metal, madera, piedra), por lo general a partir de un boceto. Los grabados pueden ser coloreados.

Es habitual que las placas se graben con la finalidad de imprimir ejemplares de la obra realizada por incisión. Como *la obra original es la estampa que se obtiene de la placa grabada*, se advierte, en relación con la problemática arriba expuesta respecto de la escultura, la similitud que existe, por un lado, entre el molde de la escultura y la escultura, y por el otro, entre la placa grabada y el grabado o estampa.

C) Dibujo

El dibujo es la delineación, la figura o la imagen ejecutada en claro y oscuro que suele tomar el nombre del material con que se hace (lápiz, tinta, carbonilla, etc.). Por lo general el artista también utiliza la técnica del dibujo para componer otra obra artística (pintura, escultura, etc.); esos bocetos o ensayos son, en sí mismos, obras de dibujo protegidas como tales.

D) Pintura

La pintura es una obra artística expresada con líneas y/o colores por aplicación de sustancias coloreadas sobre una superficie. Puede ser ejecutada con acuarela, óleo, pastel, témpera, acrílico, esmaltes, al fresco o combinando dos o más procedimientos —técnicas mixtas—; puede ser realizada sobre materias textiles, sobre un muro o una pared o sobre cualquier otro material que resulte apto.

Las copias de pinturas preexistentes (y de obras artísticas en general) plantean problemas complejos y controvertidos. En términos generales se considera que están protegidas.

Pero si la pintura preexistente fue divulgada (y mientras

no haya entrado en el dominio público), ¿es lícito que un artista, un estudiante de bellas artes o un aficionado realicen una copia reservada estrictamente a su uso personal (por ejemplo para estudio o ejercitación)?

Planteados en estos términos, parece razonable contestar afirmativamente, a condición de que la copia no se utilice con idénticos fines a aquellos para los cuales ha sido creada la obra preexistente.

Cuando en la copia se manifiesta la personalidad del copista, no sería justo negarle la protección del derecho de autor, sin que esto autorice, por cierto, a atribuirla al autor de la obra preexistente (falsificación). Siempre deberá indicarse que es una copia, el nombre del autor, el título de la obra original y el nombre del autor de la copia.

Y cuando se trata de una copia servil, ¿estará también protegida? Desbois responde afirmativamente porque considerará que la personalidad de quien copia se manifiesta inevitablemente.¹³

En tanto la copia representa necesariamente la obra preexistente, deberá ser considerada como una obra derivada. Sin embargo, esto no es aplicable cuando el artista solo se ha inspirado en otra obra.¹⁴

E) Fotografía

La fotografía es una imagen fija producida sobre una superficie sensible a la luz o a otra radiación, cualquiera que sea la naturaleza técnica del procedimiento (químico, electrónico, etc.) utilizado para realizar la imagen (*vid.* la definición contenida en el principio Unesco/OMPI PHW1, 1).¹⁵

¹³ Vid. Desbois, H., *Le droit d'auteur en France*, Paris, Dalloz, 1987, p. 74.

¹⁴ Los grandes pintores ofrecen ejemplos notorios como, entre muchas obras, las de Pablo Picasso "Retrato de Góngora", según la obra de El Greco —1541-1614—, "David y Betsabé" y "Retrato de mujer" según las obras de Lucas Cranach el joven —1472-1553—. Estas obras de Picasso son originales pese a que pueden reconocerse las fuentes de inspiración indicadas por el mismo artista.

¹⁵ Documento Unesco/OMPI/CGE/SYN/3-II Add. del 17 de mayo de 1988, Principio PHW1, 1).

Durante mucho tiempo se discutió sobre la condición de la fotografía. Muchos entendían que era la resultante de un proceso mecánico que realizaba la cámara fotográfica y resistían su reconocimiento como obra y la consiguiente protección por el derecho de autor. Pero, por fin, se advirtió que la fotografía es arte.

El fotógrafo selecciona el material sensible que va a utilizar, observa, elige el motivo, encuadra o compone la imagen, busca el ángulo preciso, mide la luz, prepara la cámara fotográfica y dispara, una y otra vez, desde el mismo ángulo o desde distintos. Emplea técnicas diversas como, por ejemplo, la exposición múltiple de un mismo negativo, lo cual le permite construir una historia en el cuadro, "fabricar" la imagen de quienes están protagonizando el evento que quiere retratar. A veces parte de un boceto, de un dibujo de la imagen antes de empezar las tomas.

También hay muchas "instantáneas" en las que tanto el fotógrafo profesional como el aficionado no han hecho más que enfocar y disparar y, sin embargo, ofrecen tanto o más interés artístico que una obra cuidadosamente elaborada.

En el laboratorio el fotógrafo utiliza sustancias químicas, obtiene los negativos, observa cada toma, justiprecia su expresividad, su plasticidad, analiza su calidad bajo la lupa, positiva o revela los negativos, puede hacer retoques, acentuar detalles y efectos, amplifica la imagen en distintas formas. Puede usar "trucos", como el fotomontaje, la sobreimpresión, la interrupción del proceso de revelado con un golpe de luz con lo que se logra un extraño efecto de coloración ("solarizado"), etc., etcétera. Hasta llegar al resultado final hay una gran cantidad de pasos.

Las fotografías que presentan alguna originalidad en el encuadre o en la composición o en cualquier otro elemento importante de la imagen, sin lugar a dudas son acreedoras, al igual que las demás obras artísticas, a la protección del derecho de autor. El problema se plantea cuando se intenta decidir sobre la protección que merecen la inmensa cantidad de fotografías que a diario se toman y revelan en forma casi mecánica y que no tienen originalidad alguna.

Algunos países han optado por condicionar la aplicación del derecho de autor, por ejemplo, a que por la elección de

su objeto o por la forma de su ejecución puedan ser consideradas como obras artísticas (Brasil) o a que presenten un carácter artístico o documental (Francia antes de la reforma de 1985, Senegal y Costa de Marfil).

Frente a estas disposiciones cabe preguntarse si, cuando la fotografía no presenta estas condiciones, es justo permitir su libre utilización. Si alguien la reproduce, cualquiera que sea el medio y la finalidad, es porque alguna razón existe, obviamente ligada al interés que presenta la obra; la persona que menos podría invocar la banalidad es, precisamente, quien le encuentra algún atractivo y quiere aprovecharla.

En Alemania la obra fotográfica está protegida con los mismos alcances que las demás obras, pero la "fotografía simple" y la "fotografía simple de valor documental" gozan de plazos menores de protección. España dispone que los autores de "meras fotografías" (u otras reproducciones obtenidas por procedimientos análogos), que son las que no tienen el carácter de obras protegidas, gozan del derecho exclusivo de autorizar su reproducción, distribución y comunicación pública en los mismos términos reconocidos a los autores de "obras fotográficas"; este derecho tendrá una duración de veinticinco años desde la realización de la fotografía (art. 118; este plazo debe relacionarse con el art. 7, §4 del Acta de París —1971— del Convenio de Berna).

También en otros países se establecen regímenes distintos según se trate de obras de arte —en ese caso están protegidas por el derecho de autor— o bien de simples fotografías, sobre las cuales solo se reconoce un *derecho conexo* (Austria, Italia).

Si bien estos criterios pueden merecer el reproche de condicionar el alcance del derecho del autor a un concepto ajeno al reconocimiento de la protección —cual es el valor o mérito artístico de la fotografía—, tienen la ventaja de evitar discusiones inútiles cuando se presenta un claro interés en su utilización por parte de un tercero.

En la mayoría de las legislaciones sobre derecho de autor, las fotografías están incluidas entre las obras protegidas, sin someterlas a condiciones particulares.

Existe una corriente de opinión que propugna su regulación por una ley específica. Este criterio prevaleció en los

países nórdicos (Noruega, Suecia, Finlandia y Dinamarca), donde se optó por establecer una *legislación especial* sobre las imágenes fotográficas.

F) Artes aplicadas. Supuestos de doble protección

Una creación puede ser una obra artística y, al mismo tiempo, cumplir una función utilitaria o una función ornamental en una cosa material. Son obras de artes aplicadas las creaciones artísticas con funciones utilitarias o incorporadas a objetos de uso práctico, ya sean artesanales o bien producidas en escala industrial.

¿Bajo qué régimen legal deben ser protegidas?

En cuanto se trata de una obra artística, su protección le corresponde al derecho de autor. Su autor goza del derecho sobre dichas obras por el solo acto de creación, sin sujeción a formalidades, por un plazo relativamente prolongado (en general, toda su vida y cincuenta años más en favor de sus herederos y derechohabientes).

En cuanto se trata de una obra que cumple funciones utilitarias u ornamentales, le corresponde la protección de la ley de modelos y diseños industriales, para lo cual su titular deberá efectuar un depósito o registro ante la autoridad administrativa y la duración del derecho será, en general, considerablemente inferior al antes mencionado (habitualmente quince años a partir del depósito o registro).

El principal efecto de este depósito o registro es crear una presunción de propiedad en favor de su titular. Se trata de una presunción simple —*iuris tantum*— que admite prueba en contrario.

¿Se puede gozar de ambas protecciones simultáneamente?

La respuesta es afirmativa. Por el principio de la unidad del arte se ha admitido que las obras de las artes aplicadas puedan gozar, a la vez, de las protecciones del derecho de modelos y diseños industriales y del derecho de autor. A este último no le interesa el destino de la obra, es decir, si está destinada exclusivamente a fines artísticos o culturales o si también puede ser aplicada para satisfacer fines utilitarios.

Las legislaciones que admiten la doble protección suelen oponer —como vimos— la limitación de que ambos ordena-

mientos jurídicos no podrán ser invocados simultáneamente en la defensa judicial de los derechos.¹⁶

Las grandes convenciones internacionales multilaterales sobre derecho de autor también contemplan esta doble posibilidad protectora de las obras de artes aplicadas:

—el Convenio de Berna (art. 7, §4) dispone que queda reservada a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de establecer el plazo de protección para las artes aplicadas protegidas como obras artísticas, aunque establezca que este plazo no podrá ser inferior a un período de veinticinco años contados desde la realización de tales obras;

—la Convención Universal (art. IV, §3) se refiere a los Estados contratantes donde se hallen protegidas como obras artísticas las de artes aplicadas, estableciendo que la duración de la protección no podrá ser, para estas obras, inferior a diez años.

2.2.1.5. Obras científicas

Se consideran obras científicas aquellas en las cuales los temas son desarrollados de manera adaptada a los requisitos del método científico. Comprenden tanto las obras de las ciencias exactas, naturales, médicas, etc., como las obras literarias de carácter científico y también las obras didácticas, los escritos de carácter técnico, de divulgación científica, las guías prácticas, etc., los mapas, gráficos, diseños y obras plásticas relativos a la geografía, a la topografía y, en general, a la ciencia.

En cambio, las invenciones científicas, los descubrimientos, el trabajo de investigación y las iniciativas de orden científico no se encuentran comprendidas entre las obras científicas protegidas por el derecho de autor, con total independencia de la originalidad de la experiencia o de la tesis desarrollada en ellos.

Al referirnos al requisito de la originalidad como condición necesaria para la protección del derecho de autor, seña-

¹⁶ Por ejemplo, Argentina, decreto-ley 6673/63, art. 28.

lamos que aquella no puede apreciarse de la misma manera en las obras científicas o técnicas que en las obras literarias de ficción (*vid. supra* §2.1.2). Esto se debe a que, en las obras científicas, el autor se encuentra condicionado en gran medida por los principios de la materia, por la cronología, por los caracteres de identidad necesaria, por esquemas que no varían por tratarse de lugares comunes o de cuestiones sobre las que no existe disenso. En su elaboración el autor confronta distintas fuentes doctrinales —muchas de ellas pueden considerarse como bibliografía obligada— en las que se nutre y de las que se deriva una contribución mayúscula para la nueva obra.

La originalidad, la impronta de la personalidad del autor, se encontrará pues, no tanto en la composición, como ocurre en las obras de ficción y en las dramáticas en las cuales, en términos generales, el autor puede combinar los hechos según su albedrío, sino en la selección de los elementos, en los detalles y en la forma de la expresión.¹⁷ El ejemplo de los mapas es muy ilustrativo. Su calidad está en relación directa con su aptitud para representar la tierra (atlas), una parte de ella, la bóveda celeste, etc. Pueden ser físicos, políticos, económicos, demográficos, orográficos, hidrográficos, meteorológicos, etcétera.

¿Dónde reside la originalidad de los mapas si se limitan a representar aspectos de la realidad que son del dominio público? Está en el esfuerzo personal que demanda el conjunto de la obra: la selección de las facetas de la realidad que se vuelcan; el sistema de representación de un cuerpo tridimensional sobre una superficie plana y la escala; los aspectos que abarca (si se consignan las divisiones políticas, las ciudades y cuádras de ellas, pues su importancia puede estar en función de factores diversos: población, producción, o bien por ser sede administrativa; los accidentes

¹⁷ En materia de obras de carácter científico, para Desbois, H. (*op. cit.*, p. 52): "Les manifestations de personnalité seront, au point de vue des droits d'auteur qui ne concernent que la forme, confinées en deux secteurs: tout d'abord, l'aménagement de détail, puis la rédaction".

geográficos y cuáles; la producción agrícola e industrial y su distribución; etc., etc.); si se utilizan palabras, ilustraciones o ambas; si se acompañan con cifras; los colores y el tipo de letra empleados para remarcar cada aspecto; si los nombres propios se escriben en el idioma del país a que correspondan o en el del autor y, si en ese territorio se utiliza otro alfabeto, en la grafía adoptada si existen varias posibilidades, etc., etc. Finalmente, el mapa debe resultar claro, es decir que la cantidad de detalles incluidos no debe impedir su lectura. Por tanto, y dada la imposibilidad material de asentar todos los datos de la realidad, el mapa será original por la selección y composición de esa multitud de elementos y por su expresión plástica.

2.2.1.6. Obras audiovisuales

De acuerdo con la definición establecida en la ley española, las obras audiovisuales son las creaciones expresadas por medio de una sucesión de imágenes asociadas, con o sin sonorización incorporada, que para ser mostradas, requieran de aparatos de proyección o de cualquier otro medio de comunicación pública de la imagen y del sonido, con independencia de la naturaleza de los soportes materiales de estas obras.¹⁸

A) Obras cinematográficas

Las obras cinematográficas son obras complejas, protegidas en sí mismas como una clase particular de obras en colaboración (por ejemplo, Argentina, art. 20; Francia, art. 14; España, art. 87), con independencia de las creaciones y de los aportes artísticos que concurren a su realización.

Congregan múltiples intereses intelectuales y patrimoniales, puesto que en las obras cinematográficas concurren

¹⁸ España, art. 86, §1.

los de un elevado número de creadores (autores de las obras literarias, dramáticas y musicales preexistentes; autores del guión y de los diálogos, de las composiciones musicales con o sin letra, de la escenografía, del vestuario), de intérpretes (actores y ejecutantes), de técnicos y auxiliares. Su producción demanda fuertes inversiones financieras, y la admisión de una gran variedad de titulares de derechos, que podrían ejercerlos en un pie de igualdad, supondría una maraña de complicaciones capaces de paralizar la explotación; por eso se admite que la obra cinematográfica debe considerarse como una clase especial de obra en colaboración y someterse a un régimen particular.

Se plantea entonces la necesidad —y el problema— de determinar quiénes, entre todas las personas que efectúan aportes creativos, deben ser considerados como coautores y qué derechos se les deben reconocer sobre la obra global (estas cuestiones se analizan en el capítulo siguiente, al tratar sobre la titularidad de las obras audiovisuales —§3.4—).

Los términos *film* (*o filme*) y *película cinematográfica* son corrientemente utilizados como sinónimos de obra cinematográfica aunque también aluden al soporte material de esta última, que no existe como tal hasta tanto no sea fijada sobre una película impresionable, apta para esa finalidad.

La obra cinematográfica fijada por un procedimiento fotomagnético que es objeto de posterior reproducción por un procedimiento de fijación electrónico (video) en otro soporte (videocasete, videodisco, etc.) o en un sistema informático, no se transforma en una nueva obra ni pierde su condición originaria.

B) Otras obras audiovisuales

Se ha generalizado el uso de la expresión *obras audiovisuales* para designar en conjunto las obras cinematográficas y las que el Convenio de Berna (art. 2, §1) designa como “obras expresadas por procedimiento análogo a la cinematografía”. En Francia, el art. 3 de la ley de 1957 adoptó esta última designación, pero la reforma de 1985 la reemplazó por la expresión “otras obras consistentes en secuencias

animadas de imágenes, sonorizadas o no, denominadas en conjunto obras audiovisuales”.

La locución *obras audiovisuales* se emplea cada vez más en las leyes, documentos internacionales y estudios doctrinales para designar todas las obras que presentan ciertos elementos comunes decisivos de estas, sin tomar en consideración el procedimiento técnico empleado para la fijación ni el destino esencial para el cual fueron creadas (proyección o exhibición en salas, radiodifusión, etc.). Además de las obras cinematográficas, comprende entonces también las obras videográficas (especialmente creadas para ser objeto de videogramas pero no destinadas necesariamente a la radiodifusión) y las radiofónicas.¹⁹

Resulta, pues, indiferente que la obra audiovisual sea muda o sonora, el género dramático al que pertenezca (drama, comedia, de dibujos animados, documental, de actualidad, etc.), la duración (largo, medio o corto metraje), que en

¹⁹ Respecto a la denominación “obra radiofónica” para aludir a la obra audiovisual esencialmente destinada a la comunicación pública por medio de la televisión, Masouyé, al comentar el art. 2, §1 del Convenio de Berna, señala que este “no habla de las ‘obras radiofónicas’ en cuanto tales, pues se considera que la radiodifusión es un modo de explotación de las obras; en efecto, las obras radiodifundidas pueden ser obras dramáticas, dramático-musicales, coreográficas, musicales, cinematográficas, etc. [...] Si bien en la ley tipo de Túnez se mencionan expresamente ‘las obras radiofónicas y audiovisuales’ junto a las cinematográficas, ello se debe a que sus redactores prefirieron evitar toda ambigüedad al citarlas en la lista de ejemplos de obras protegidas, en vez de recurrir a la fórmula general de la asimilación inscripta en el Convenio” (Guía del Convenio de Berna, Ginebra, OMPI, 1978, pp. 16-17).

En cambio, en el Proyecto de Disposiciones Tipo para leyes en materia de derecho de autor de la OMPI (documento OMPI CEM/PC/2-II del 11 de agosto de 1989) en las definiciones (art. 1, 1) y entre las obras protegidas (art. 2, vi) solo se mencionan “las obras audiovisuales”. En los comentarios (documento OMPI CEM/PC/2-III, también del 11-8-89) se aclara —párr. 19— que esta expresión se emplea independientemente de la técnica utilizada para su creación (cinematografía, televisión o videotécnica) y que deben ser consideradas como tales las creaciones televisivas (párr. 63).

Con estas prevenciones utilizaremos la expresión “obras radiofónicas”, como lo hacen Francia (art. 18, según modificación de 1985) y España (art. 94).

la fijación se haya empleado un procedimiento fotomagnético (*film*) o electrónico (video), el soporte material utilizado (impresión en celuloide, videocinta electrónica, etc.) e, incluso, como señala Delgado, que no se encuentre fijada,²⁰ pues, como dijimos, en varias legislaciones también tienen este carácter las obras radiofónicas que pueden emitirse a partir de una interpretación realizada frente a las cámaras de televisión ("en vivo") o ser objeto de fijaciones solo efímeras.²¹

El empleo de la expresión "obras audiovisuales" en la ley como denominación comprensiva de las obras cinematográficas y de las demás creaciones expresadas mediante una sucesión de imágenes asociadas, no entraña, sin más, la aplicación a las obras radiofónicas del régimen legal de las otras obras audiovisuales, salvo disposición expresa de la misma norma, como por ejemplo, en el art. 18, §2, de la ley francesa que indica cuáles son las disposiciones sobre obras audiovisuales que resultan aplicables a las radiofónicas. Esto tiene especial significación en lo que respecta a la presunción de cesión del derecho de explotación que las leyes establecen en favor del productor de obras audiovisuales.²²

Sobre el particular, Colombet²³ señala que el art. 63-1 de la ley francesa relativo a las obras audiovisuales no ha sido declarado aplicable a la obra radiofónica: el productor de la obra no puede, pues, beneficiarse con una presunción de cesión; esta debería ser expresa. La cuestión es muy importante porque los autores de obras radiofónicas, especialmente en los países en desarrollo, estipulan sus remuneraciones pensando en una restringida difusión territorial y temporal.

²⁰ Vid. Delgado Porras, A., "Utilización de obras audiovisuales por satélite y cable. La intervención de las sociedades de autores", en el libro memoria del V Congreso Internacional sobre la Protección de los Derechos Intelectuales, Buenos Aires, 1990, pp. 214-215.

²¹ Se entiende por *fijaciones efímeras* las realizadas por los organismos de radiodifusión con la única finalidad de facilitar la programación de sus emisiones; deben ser destruidas luego de efectuada la emisión (*vid. infra*, cap. 4, §4.3.1. F. a).

²² *Vid. infra*, cap. 3, § 3.4.1.

²³ Colombet, C., *op. cit.*, p. 224, n° 216.

2.2.1.7. Obras del folclore nacional

A) Definición de la cultura tradicional y popular

En la *Recomendación sobre la salvaguardia de la cultura tradicional y popular* aprobada por la Conferencia General de la Unesco en su 25ª reunión (París, 15 de noviembre de 1989),²⁴ se adopta, a tenor de la misma, la siguiente *definición de la cultura tradicional y popular*:

"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."

B) Protección del folclore

La explotación comercial de las producciones del folclore nacional constituye una preocupación de los países en desarrollo que cuentan con un rico acervo de expresiones de esta clase y donde o no se valoran lo suficiente o, por distintas razones —por lo general, carencia de recursos económicos y de industrias de productos culturales con aptitud para difundirlos adecuadamente—, no se tienen posibilidades de preservarlas y de promover su divulgación como fuente de manifestaciones creadoras que no las bastardeen.

En esos países se ha venido reclamando el reconocimiento legislativo de los derechos sobre las manifestaciones folclóricas de sus comunidades autóctonas, a fin de que no sean utilizadas en condiciones que las desnaturali-

²⁴ *Vid. Boletín de derecho de autor, Unesco, n° 1/1990, pp. 8-12.*

cen, y se les retribuyan las explotaciones que de ellas se efectúen.

El fundamento de las reclamaciones se encuentra en que esos países padecen, por un lado, un apabullante predominio de formas culturales extranjeras y, por el otro, una utilización de su folclore fuera de su contexto original, lo cual da lugar a toda clase de usos indebidos (distorsiones, mutilaciones, pillajes, etcétera).

Se suscitan entonces algunas cuestiones delicadas: hasta dónde es posible controlar la autorización para explotar las expresiones folclóricas y en qué medida la comunidad de origen puede participar en las utilidades que se obtengan por esa explotación. Las primeras tentativas de regulación del uso de las expresiones del folclore se hicieron en el contexto de algunas legislaciones sobre derecho de autor.

En el *orden nacional*, Túnez fue precursor en 1967. Siguió Bolivia en 1968 (solo respecto del folclore musical), Chile y Marruecos en 1970, Argelia y Senegal en 1973, Kenia en 1975, Mali en 1977, Burundi y Costa de Marfil en 1978, Guinea en 1980, Barbados, Camerún y Congo en 1982, Rwanda en 1983, Benin y Burkina Faso en 1984, República Centroafricana en 1985, Zaire en 1986. Las obras de folclore también se incluyeron en la ley tipo de Túnez sobre derecho de autor para países en desarrollo (1976).

En el *orden regional*, el texto de Bangui (1977) de la Convención de la Organización Africana de la Propiedad Intelectual (OAPI), considera, al igual que las leyes nacionales mencionadas, que las obras del folclore son parte del patrimonio cultural de la nación. Este texto menciona las creaciones hechas por comunidades y no por autores, con lo que deslinda las creaciones del folclore de las obras protegidas por el derecho de autor.

En el *orden internacional*, el Acta de París (1971) del Convenio de Berna establece en el art. 15, §4, una disposición que fue introducida en la revisión de Estocolmo (1967), referida a las obras no publicadas de las que *resulte desconocida la identidad del autor*. Esta regla está destinada esencialmente a la protección de las obras del folclore, aunque no se las mencione explícitamente en el texto del Convenio debido a la dificultad de definirlas con exactitud.

Para delimitar lo mejor posible este género especial de obras, en el §4 indicado se establecen tres condiciones acumulativas:

- 1) deb. tratarse de una obra no publicada (en el art. 3, §3 se establece el concepto de *publicación* a los efectos del Convenio);
- 2) debe ser de autor desconocido;
- 3) hace falta que todo permita suponer que el autor, pese a ser desconocido, es nacional de un país de la Unión de Berna.

Si se reúnen estas condiciones, la legislación del país de la Unión de Berna de que se trate puede designar una autoridad cuyo papel será idéntico al que corresponde al editor en el caso de las obras anónimas o seudónimas (§3 del mismo art. 15), es decir, que representará al autor y tendrá capacidad para salvaguardar y hacer valer sus derechos en todos los países de la Unión (tanto en el de la presunta nacionalidad del autor como en los demás). A esa autoridad le incumbirá principalmente reunir cuantos elementos y documentos permitan demostrar, en caso de litigio, que todo hace suponer que el autor es nacional —efectivamente— del país al que pertenece la misma autoridad.

El país de la Unión que haya designado tal autoridad deberá notificar su designación al Director General de la OMPI (la Organización que administra el Convenio de Berna) quien, a su vez, la comunicará inmediatamente a los demás países de la Unión. Hasta el 1 de enero de 1992 el único país unionista que había hecho esta notificación era India.²⁵

Las disposiciones referidas no surtieron los efectos deseados. Ello debe atribuirse a que el derecho de autor no siempre resulta el marco adecuado para la protección del folclore, cuyas expresiones son consecuencia de un largo proceso de creación *comunitaria*. Asimismo, no se conoce la identidad de los autores de los distintos elementos que las constituyen, pues se identifican con sus valores *tradicionales*, se

²⁵ Vid. *Le Droit d'Auteur*, enero de 1992, pp. 6-8.

transmiten por *imitación* y es frecuente que comunidades que habitan países diferentes utilicen la misma expresión. El derecho de autor otorga derechos subjetivos *al creador* de una obra por ser el resultado de un esfuerzo *personal* que debe tener *originalidad* o individualidad suficiente.

Por otra parte, y dado su carácter de fenómeno tradicional, las expresiones del folclore suelen ser muy antiguas o, por lo menos, de una antigüedad indeterminada, mucho mayor que el plazo de protección de las obras (generalmente limitado a la vida del autor y cincuenta años después de su muerte).

En 1973, Bolivia solicitó a la Unesco que estudiara la posibilidad de adicionar a la Convención Universal sobre Derecho de Autor un protocolo que reglamente "la conservación, la promoción y la difusión del folclore". A partir de entonces se llevaron a cabo una serie de reuniones del Comité Intergubernamental de la Convención Universal y del Comité Ejecutivo de la Unión de Berna, en las cuales se analizaron los estudios encomendados a grupos de trabajo y a comités de expertos gubernamentales sobre el problema de la protección jurídica de las expresiones del folclore. Se observó que la cuestión tenía un carácter esencialmente cultural que excedía la esfera propiamente dicha del derecho de autor.

C) *Las disposiciones tipo Unesco/OMPI para leyes nacionales sobre la protección de las expresiones del folclore contra la explotación ilícita y otras acciones lesivas*²⁶

En 1982, un Comité de expertos gubernamentales convocado en Ginebra por la Unesco y la OMPI examinó y aprobó las mencionadas disposiciones tipo cuyos contenidos, a grandes rasgos, son los siguientes:

- a) se adopta una definición de *expresiones del folclore* (art. 2);
- b) se utilizan las palabras "expresiones" y "producciones"

del folclore, en lugar de "obras", aunque en la mayoría de los casos constituyan creaciones formales como las obras, a fin de destacar que se trata de disposiciones *sui generis* y diferenciarlas del derecho de autor;

c) se refiere a "patrimonio artístico", con lo cual se quiere significar que no se consideran como expresiones del folclore, entre otras, las creencias (por ejemplo las cosmogonías tradicionales), el contenido de las leyendas (por ejemplo la vida y hazañas de héroes) o las tradiciones puramente prácticas como tales;

d) la enumeración ilustrativa de las expresiones del folclore se divide en cuatro grupos, según la forma de expresión: mediante palabras (verbal), mediante sonidos (música), la expresión corporal y la expresión incorporada en objetos materiales (expresiones tangibles);

e) se establecen dos categorías principales de actos respecto de los cuales es necesario proteger las expresiones del folclore; ellas son: "explotación ilícita" y "otras acciones perjudiciales";

f) se considera como "explotación ilícita" (art. 3) cualquier utilización hecha fuera del contexto tradicional o acostumbrado, con o sin fin de lucro, sin contar con la autorización de una autoridad competente o de las mismas comunidades involucradas. A *contrario sensu*, no se considera ilícita la utilización hecha, incluso con fin de lucro, dentro del contexto tradicional o acostumbrado. Sin embargo, la utilización por los miembros de la comunidad en la que se ha desarrollado y mantenido la expresión del folclore debe ser autorizada si se realiza *fuera de ese contexto y con fin de lucro*;

g) se establecen cuatro excepciones o casos en que la autorización no es necesaria (art. 4):

- 1) las actividades pedagógicas;
- 2) la utilización con fines de ilustración (por ejemplo cita en una obra original de un autor);
- 3) la toma de elementos del folclore para la creación de una obra original (por ejemplo, un aire para una composición musical). Esta excepción es muy importante pues permite el desarrollo de la creatividad original inspirada en el folclore (proyección folclórica);
- 4) la utilización incidental (por ejemplo para información sobre acontecimientos de actualidad);

²⁶ Vid. *Boletín de derecho de autor*, Unesco, n° 4/1982, pp. 65-68.

h) "otros actos perjudiciales" (art. 6):

1) el art. 5 exige, como regla general, que cuando se utilicen expresiones del folclore se cite la fuente, siempre que sea identificable, consignando la comunidad y su lugar geográfico. El incumplimiento de este requisito será punible; ello, sin perjuicio de la obligación de indicar el nombre del autor cuando se trate de una obra folclórica original, de conformidad con lo dispuesto en la legislación sobre derecho de autor;

2) las utilidades que sobrepasen los límites de la autorización concedida o sean contrarias a las condiciones de esta;

3) el engaño al público, al crear la impresión de que se trata de una expresión del folclore derivado de una determinada comunidad, cuando ello no es así;

4) la desnaturalización de las expresiones del folclore, que comprende cualquier clase de deformación o mutilación u otro atentado contra una expresión del folclore comunicada al público en cualquier forma por el infractor.

Para que sean punibles, las acciones incriminadas deben haber sido intencionales. Sin embargo, las disposiciones tipo en cuestión también consideran la aplicación de sanciones penales si se ha obrado con negligencia. Queda reservado a cada país el establecer las penas y su graduación. Las acciones penales no son óbice para el ejercicio de la acción de indemnización de daños y perjuicios u otras acciones civiles autorizadas por la legislación y que incluyen, específicamente, la indemnización correspondiente.

Se prevé la designación de una autoridad competente encargada de otorgar las autorizaciones y fijar y percibir las regalías (art. 9). La comunidad deberá designar representantes que actúen en su nombre y ejerzan sus derechos. Se establece la necesidad de determinar un tribunal ante el cual puedan apelarse las denegaciones de autorización (art. 11).

Según el art. 14, los esfuerzos en el orden nacional deberían constituir el primer paso hacia un tratado internacional que podría iniciarse con convenios subregionales o regionales. Se prevé la posibilidad de ampliar la aplicación de las disposiciones tipo a las expresiones del folclore de origen extranjero.

D) Actividades posteriores. La Recomendación sobre la salvaguardia de la cultura tradicional y popular aprobada por la Conferencia General de la Unesco en su 25ª reunión (París, 15 de noviembre de 1989)

A partir de 1985 se reunieron varios comités convocados por la Unesco con el objeto de realizar un estudio sobre el alcance y la amplitud que podría tener un instrumento internacional general relativo a la salvaguardia del folclore. El Comité de expertos reunido en 1987 en la sede de la Unesco llegó a la conclusión unánime de reconocer la urgente necesidad de establecer tal normativa internacional.

En 1989, la Conferencia General de la Unesco aprobó una Recomendación sobre la salvaguardia de la cultura tradicional y popular de gran claridad conceptual en la que se utiliza un lenguaje muy adecuado desde el punto de vista profesional/académico y se enfoca todo el espectro de medidas necesarias para la protección de las obras del folclore nacional, sin apuntar primordial o exclusivamente a la regulación legal en el campo del derecho de autor.

En la definición de *cultura tradicional* y *popular* adoptada en dicha Recomendación²⁷ aparecen por primera vez las expresiones *cultura* y *popular*, lo que implica una ampliación de los alcances de las definiciones antecedentes. Asimismo, se reemplaza el concepto de lo *artístico* —de conocimiento más restringida— presente en esas definiciones, hacia lo *cultural* —de implicancias más abarcativas—.

Se propician seis puntos de acción a cargo de los Estados Miembros:

1) *Identificación de la cultura tradicional y popular*, para cuyos fines se considera que deberían alentarse investigaciones adecuadas al nivel nacional, regional e internacional con el fin de:

a) elaborar un inventario nacional de instituciones interesadas;

²⁷ Ha sido transcripta al inicio del presente acápite.

- b) crear un sistema de identificación y registro;
- c) estimular la creación de una tipología normalizada.
- 2) *Conservación de la cultura tradicional y popular*, a cuyo efecto se considera que convendría:
 - a) instituir servicios nacionales de archivos;
 - b) establecer un archivo nacional central;
 - c) crear museos o secciones de cultura tradicional y popular en los museos existentes;
 - d) privilegiar las formas de presentar las culturas tradicionales y populares que realzan los testimonios vivos o pasados de esas culturas (emplazamientos históricos, modos de vida, saberes materiales o inmateriales);
 - e) armonizar los métodos de acopio y archivo;
 - f) impartir una formación especializada que abarque desde la preservación hasta el análisis del material documental;
 - g) suministrar medios para duplicar los materiales documentales garantizando a la comunidad cultural el acceso a ellos.
- 3) *Salvaguardia de la cultura tradicional y popular*. Para la conservación de los materiales se sugiere:
 - a) elaborar e introducir en los programas de estudio la enseñanza de la cultura tradicional y popular de una manera apropiada;
 - b) garantizar el derecho de acceso de las diversas comunidades culturales a su propia cultura tradicional y popular;
 - c) establecer un consejo nacional de la cultura tradicional y popular sobre una base interdisciplinaria;
 - d) prestar apoyo moral y financiero a los individuos e instituciones que estudien, den a conocer, fomenten o posean elementos de la cultura tradicional y popular;
 - e) fomentar la investigación científica relativa a la salvaguardia de la cultura tradicional y popular.
- 4) *Difusión de la cultura tradicional y popular*. Para favorecer una difusión adecuada se considera que a los Estados Miembros les convendría:
 - a) fomentar la organización de eventos nacionales, regionales e internacionales y apoyar la difusión y publicación de sus materiales, documentos y otros resultados;
 - b) estimular una mayor difusión del material de la cultura

ra tradicional y popular en los medios de comunicación masiva nacionales y regionales;

- c) estimular a las regiones, municipios, asociaciones y demás grupos que se ocupan de la cultura tradicional y popular a crear empleos de jornada completa para especialistas de la cultura tradicional y popular que se encarguen de alentar y coordinar las actividades de esta en la región;
 - d) apoyar los servicios existentes y crear otros nuevos para la producción de materiales educativos, y estimular su utilización en las escuelas y museos, y la realización de festivales y exposiciones de cultura tradicional y popular;
 - e) proporcionar informaciones adecuadas sobre la cultura tradicional y popular desde los centros de documentación;
 - f) facilitar la celebración de reuniones e intercambios entre particulares, grupos e instituciones interesados en la cultura tradicional y popular;
 - g) alentar a la comunidad científica internacional a adoptar un código de ética apropiado en lo relativo a los contactos con las culturas tradicionales y el respeto que les es debido.
- 5) *Protección de la cultura tradicional y popular*. Se considera 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, y que, además de los aspectos de "propiedad intelectual" de la "protección de las expresiones del folclore", hay varias categorías de derechos que ya están protegidos y deberían seguirlo estando en el futuro en los centros de documentación y los servicios de archivo dedicados a la cultura tradicional y popular. A estos efectos se propicia que los Estados Miembros:
- a) *por lo que respecta a los aspectos de "propiedad intelectual"*, señalen a la atención de las autoridades competentes los importantes trabajos de la Unesco y la OMPI sobre la propiedad intelectual;
 - b) *en lo que se refiere a los demás derechos implicados*:
 - i) protejan a los informadores en su calidad de portadores de la tradición (protección de la vida privada y de la confidencialidad);
 - ii) defiendan los intereses de los compiladores velando

por que los materiales recogidos sean conservados en archivos, en buen estado y en forma racional;

iii) adopten las medidas necesarias para proteger los materiales recogidos contra su utilización abusiva, intencional u otra;

iv) reconozcan a los servicios de archivo la responsabilidad de velar por la utilización de los materiales recogidos.

6) *Cooperación internacional*. Teniendo en cuenta la necesidad de intensificar la cooperación y los intercambios culturales para realizar programas de desarrollo de la cultura tradicional y popular encaminados a lograr su reactivación y para los trabajos de investigación realizados por especialistas de un Estado Miembro en otro, convendría que estos:

a) cooperen con las asociaciones, instituciones y organizaciones internacionales y regionales que se ocupen de la cultura tradicional y popular;

b) cooperen en las esferas del conocimiento, la difusión y la protección de la cultura tradicional y popular en especial mediante:

i) el intercambio de informaciones de todo tipo y de publicaciones científicas y técnicas;

ii) la formación de especialistas, la concesión de becas de viaje y el envío de personal científico y técnico y de material;

iii) la promoción de proyectos bilaterales o multilaterales en la esfera de la documentación relativa a la cultura tradicional y popular contemporánea.

iv) la organización de reuniones de especialistas, cursos de estudio y grupos de trabajo acerca de determinados temas y, en especial, la clasificación y catalogación de los datos y expresiones de la cultura tradicional y popular y la actuación de los métodos y técnicas de investigación moderna;

c) cooperen estrechamente con miras a asegurar, en el plano internacional, a los diferentes derechohabientes (comunidad o personas físicas o morales) el goce de los derechos pecuniarios, los morales y los denominados conexos, derivados de la investigación, la creación, la composición, la interpretación, la grabación y/o la difusión de la cultura tradicional y popular;

d) garanticen el derecho de cada Estado Miembro a obte-

ner que los otros les faciliten copias de los trabajos de investigación, documentos, videos, películas u otros, realizados en su territorio;

e) se abstengan de todo acto encaminado a deteriorar los materiales de la cultura tradicional y popular, disminuir su valor o impedir su difusión y utilización, ya sea que se encuentren estos materiales en su país de origen o en el territorio de otros Estados;

f) adopten las medidas necesarias para salvaguardar la cultura tradicional y popular contra los riesgos humanos o naturales a los que está expuesta, comprendidos los derivados de conflictos armados, ocupación de territorios o cualquier desorden público de otro tipo.

E) Dificultades para la adopción de una convención internacional

La aceptación de un instrumento internacional relativo a la salvaguardia del folclore que acogiera las aspiraciones de los países en desarrollo dentro de los lineamientos básicos de las disposiciones tipo de 1982, tropieza con serias dificultades:

a) muchos países, incluso países en vías de desarrollo, consideran que las expresiones del folclore pertenecen al dominio público;

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 "trashumante" de las expresiones artísticas (de filiación cultural y no geopolítica);

d) puede ser que, en muchos casos, el contenido de una manifestación folclórica no sea absolutamente único. Es factible que varias comunidades utilicen la misma expresión y que, al menos parcialmente, puedan reclamar los mismos derechos exclusivos. Los estudios sobre folclore demuestran que es frecuente encontrar manifestaciones adscriptas a las mismas formas o elementos comunes, incluso en regiones distantes;

e) las manifestaciones del folclore evolucionan constantemente, lo cual dificulta que una autoridad pueda discutir la "pureza" de una expresión que se va a brindar al público;

f) se considera que, con la incorporación explícita de las manifestaciones del folclore a alguna forma de *dominio público oneroso* (o pagante), a favor del Estado o de comunidades o de sociedades de autores, con las mismas tarifas y en iguales ocasiones de pago que las correspondientes al derecho de autor, se lograría la participación deseada en la explotación de expresiones del folclore. Ello sin perjuicio de establecer la obligación de citar la fuente, siempre que sea identificable, consignando la comunidad y el lugar geográfico de esta, o bien de advertir al público acerca de la inautenticidad de la expresión que se le brinde.

2.2.1.8. Nuevas categorías de obras: programas de ordenador (argumentos a favor y en contra de su protección por el derecho de autor)

Se entiende que "programa de ordenador"²⁸ es un conjunto de instrucciones expresadas mediante palabras, códigos, planes o en cualquier otra forma que, al ser incorporadas en un dispositivo de lectura automatizada y traducidas en impulsos electrónicos, pueden hacer que un "ordenador" —un aparato electrónico o similar apto para elaborar informaciones— ejecute determinada tarea u obtenga determinado resultado.²⁹

Software es la expresión inglesa comúnmente utilizada para designar, en conjunto, al componente central, el *computer program*, y al respectivo material de apoyo. El contenido del *software* es, pues, más amplio que el del programa de ordenador ya que comprende este, la documentación técnica y los manuales de uso del programa.³⁰

²⁸ También denominado, según los países, *programa de computación*, *programa para computador*, *programa de cómputo*, *soporte lógico* (del francés "logiciel") o, al igual que en los países angloséxos, *software*.

²⁹ Vid. definición contenida en el *Proyecto de disposiciones tipo para leyes en materia de derecho de autor* de la OMPI, documento OMPI/CE/MPC/12-II, del 11 de agosto de 1989, art. 1, §vii.

³⁰ España, art. 96, §2: "La documentación técnica y los manuales de uso de un programa gozarán de la misma protección que este [título] dispensa a los programas de ordenador".

El programa de ordenador es, como señala Bertrand, el resultado de una secuencia que comprende seis etapas:

- 1) la idea para la solución de un problema;
- 2) el algoritmo o método a seguir, generalmente expresado en fórmulas matemáticas;
- 3) el organigrama o plan de solución o tratamiento que parte del algoritmo;
- 4) un texto en lenguaje de programación evolucionado (como puede ser COBOL, FORTRAN, BASIC, etc.) que retoma directamente los elementos del organigrama y se llama *programa fuente* o *código fuente*;
- 5) un texto en lenguaje intermedio, compilador o de ensamblaje;
- 6) un texto directamente legible por el equipo, expresado en lenguaje binario, llamado *programa objeto* o *código objeto*.³¹

El programa de ordenador en forma de programa fuente o código fuente, escrito en lenguaje de alto nivel, puede ser percibido por el ser humano, pero no ocurre lo mismo con el programa de ordenador en forma de programa objeto o código objeto, escrito en lenguaje de máquina; este último, al ser impreso, aparece escrito en forma de hileras de unos y ceros (sistema binario) o de números y letras, según las características del ordenador (el programa fuente ha sido comparado con una partitura musical que solo es legible por personas entendidas, y el programa objeto con la grabación sonora de la obra musical en un disco o cassette).

A partir de 1964, con la IBM 360, comenzó a difundirse el uso de ordenadores. En esa época, los ordenadores (*hardware*) se vendían *juntamente* con los programas, manuales de uso, etc. (*software*), desarrollados para satisfacer las necesidades del usuario. No se presentaba aún el problema de la protección del programa, pues se consideraba parte integrante del ordenador que estaba protegido por el derecho de propiedad industrial.

³¹ Bertrand, A., *Protection juridique du logiciel: logiciel, video jeu, logiciel spécifiques, firmware*, Paris, Ed. des Parques, 1984, p. 11 y sig. (cit. por Correa, Nazari Espeche, Czar de Zalduendo y Batto, *Derecho informático*, Buenos Aires, Depalma, 1987, pp. 57-58).

Poco después se empezó a abandonar la práctica de comercializar los programas "atados" a los ordenadores. Se formaron dos mercados independientes y apareció entonces la necesidad de que los programas estuvieran cubiertos por una protección jurídica autónoma y suficiente.

En los Estados Unidos de América se publicó en 1964 un estudio de John F. Banzhaf que planteaba la protección de los programas de ordenador por el derecho de autor. A partir de 1966 el *Copyright Office* comenzó a admitir el registro de estos programas. A su vez, en las instrucciones elaboradas en ese mismo año, el *Patent Office* estableció que los programas de ordenador no serían patentables cuando carecieran de "pasos utilitarios", concepto que se oponía a los denominados "pasos mentales". En consecuencia, para el patentamiento del programa se exigió que desembocara en la transformación física de un ordenador que lo convirtiera en una maquinaria con propósitos especiales. Se sustentaron numerosos procesos judiciales en los que las demandas de patentamiento de programas de ordenador fueron rechazadas con fundamento en la regla de que los "pasos mentales" no son patentables.

Durante varios años se meditó y se debatió acerca de la naturaleza jurídica de los programas de ordenador y cuál era la estructura normativa apta para su protección: si el derecho de propiedad industrial o el derecho de autor o bien un nuevo derecho.

Se trataba de un producto reciente de la inteligencia sobre el cual no se tenían nociones previas y cuyo desarrollo demandaba ingentes inversiones financieras. La protección de tan valiosos bienes se hacía indispensable.

Las opiniones se dividieron. Los autorialistas insistían en que el programa de ordenador no tenía carácter literario o artístico. Temían que su incorporación al derecho de autor terminara debilitando una construcción jurídica edificada con tanto esfuerzo.

Los estudios publicados durante la primera mitad de la década de 1970 por el profesor alemán Eugen Ulmer, realizados por encargo de la Unesco y de la OMPI, tuvieron gran influencia. En ellos, Ulmer analizó la equivalencia entre el ingreso del programa en el ordenador y la fijación de una

obra (la fijación está incluida en el concepto de reproducción como una de las facultades exclusivas reconocidas al autor por las leyes respectivas) y concluyó que la protección por el derecho de autor era posible.

Esta opinión se fue imponiendo. Se reconoció que el programa de ordenador constituye una obra del intelecto resultante de un proceso creativo similar al que demanda una obra literaria o un libro cinematográfico que, *cuando es original en su composición y en su expresión, está protegido por el derecho de autor*.

En cambio, cuando el programador se encuentra obligado, por especificaciones internas (reglas impuestas por el programa) o externas (reglas impuestas por la legislación, la profesión, etc.), a desarrollar el programa de una manera determinada que no deja alternativa, el programa no estará protegido por el derecho de autor porque es principio general de esta materia que los derechos exclusivos que confiere no se pueden adquirir ni sobre las ideas consideradas en sí mismas ni sobre los principios (*vid. supra*, §2.1.1).

También deben exceptuarse de la protección del derecho de autor los casos en que el programa sea explotado para operar como un producto o proceso industrial y, como tal, entre en el área de lo patentable.³²

Filipinas fue el primer país que modificó su ley de derecho de autor para incluir, en 1972, al programa de ordenador.

En los Estados Unidos de América el Congreso creó en 1978 una Comisión especial, la CONTU (National Commission on New Technological Uses of Copyrighted Works). De conformidad con lo aconsejado por esta Comisión, en 1980 se sancionó una ley que estableció la protección de los programas de ordenador por medio del *copyright*.

Posteriormente, varios países dictaron leyes en el mismo

³² España incluye el programa de ordenador entre las obras protegidas por el derecho de autor, con la salvedad (art. 96, par. 3) de que: "Los programas de ordenador que formen parte de una patente o un modelo de utilidad gozarán, sin perjuicio de lo dispuesto en la presente ley, de la protección que pudiera corresponderles por aplicación del régimen jurídico de la propiedad industrial".

sentido, por ejemplo, Hungría, Australia, India, Japón, Francia, Alemania y el Reino Unido.

En otros países los programas de ordenador se consideran protegidos sin necesidad de una reforma legislativa pues la enumeración de las obras protegidas no está sujeta a *numerus clausus*.

a) El criterio de proteger los programas de ordenador por el derecho de autor ha merecido variadas *críticas*, que pueden resumirse en las siguientes:

—el programa de ordenador no puede ser conocido directamente por el ser humano y es esencialmente utilitario porque sirve para que un aparato electrónico ejecute determinada tarea u obtenga determinado resultado; por tanto, no pertenece al mundo de lo bello sino de lo utilitario;

—el derecho de autor no tutela las ideas; en el campo de los programas de ordenador es preciso que estén protegidas, como sucede en el derecho de patentes;

—también es necesario proteger el contenido del programa de ordenador y no su expresión formal, que es el aspecto tutelado por el derecho de autor;

—el plazo general de duración del derecho de autor resulta demasiado extenso para aplicar al programa de ordenador;

—aceptar para el programa de ordenador un orden de protección internacional tan abierto como el que rige en materia de derecho de autor es inconveniente, en especial para los países en desarrollo, en los cuales es necesario que se establezca —al igual que para el *hardware*— una “reserva de mercado” en favor de los programas desarrollados localmente y “funcionalmente equivalente” a los programas de ordenador que se desea importar (Brasil);

—el usuario de programas de ordenador necesita tener una copia de resguardo, posibilidad no prevista por el derecho de autor respecto a las obras;

—no es posible incorporar el programa de ordenador en el elenco de las obras protegidas por el derecho de autor sin forzar la estructura de éste, lo cual va a terminar por desnaturalizar la materia.

b) Las respuestas a esas *críticas* pueden sintetizarse así:

—el programa de ordenador es una obra;

—las facultades de orden patrimonial que dispensa el derecho de autor para proteger las obras contra los usos no autorizados se adecua a la protección de los programas de ordenador, como lo demuestra la evolución de la jurisprudencia, que aceptó la teoría de Ulmer de que la incorporación de una obra en una memoria de ordenador equivale a una reproducción y la aparición en pantalla importa un acto de comunicación pública de la obra. Las nociones clásicas sobre plagio de obras también se adecuan al plagio de programas de ordenador;

—que el programa de ordenador no sea directamente legible por el ser humano no obsta para que se lo considere como obra; lo mismo ocurre con otras obras, como las audiovisuales y las musicales fijadas en cintas electromagnéticas, que solo son perceptibles por medio de aparatos electrónicos;

—el valor, el destino y la forma de expresión de la obra son criterios ajenos al reconocimiento de la protección por el derecho de autor (*vid. supra*, §2.1.3). Por tanto, el hecho de que los programas de ordenador no estén en el orden de lo bello o de lo estético, que tengan una función utilitaria (también la tienen los diseños, los modelos, los planos de arquitectura, etc.) y que estén expresados con códigos o en cualquier otra forma, no constituyen obstáculos para su protección por el derecho de autor.

Como recuerda Villalba, algunos autores han puesto de relieve que los programas de ordenador, aunque obras del intelecto, no reúnen el requisito de ser obras estéticas en tanto que, con esta voz, se designa la ciencia que trata de la belleza y de la teoría filosófica del arte. La palabra no tiene la antigüedad clásica que podría suponerse, ya que fue creada en 1750 por el alemán Baumgarten. La estética estudia —según Baumgarten— las formas objetivas de belleza natural y artística, lo bello lo sublime, lo trágico, lo cómico, etc. Gran cantidad de las obras protegidas por el derecho de autor carecen de un llamado al sentido de lo bello. Ello permite aclarar que esta voz ha sido usada en su acepción originaria, en cuanto la palabra proviene de *aisthētikos* que significa *sensible*, de *aisthēsthai* que significa *percibir*, *comprender* en la acepción usada por Kant cuando

por *estética trascendental* denomina la doctrina de nuestra facultad de conocer.³³

No todas las obras están en el orden de lo bello, por ejemplo, los manuales de trigonometría y otras obras didácticas; muchas más tienen una función utilitaria, como los modelos, los diseños y las obras de arquitectura.

En cuanto a la forma de expresión, numerosas obras se expresan por formas que, para ser entendidas, requieren de conocimientos especiales, como, por ejemplo, para leer las notaciones de las partituras musicales;

—la necesidad de proteger las ideas contenidas en el programa de ordenador no se satisface sometiéndolo a la tutela del derecho de patentes pues en este (al igual que en el derecho de autor) las ideas no están protegidas; de lo contrario, se crearían monopolios excesivos que impedirían la continuación del desarrollo intelectual y anularían la competencia;

—el derecho de autor no solo protege la expresión formal de las obras sino también su contenido;

—la estructura del derecho de autor admite plazos menores para determinadas categorías de obras, tanto en las leyes nacionales como en las convenciones internacionales (por ejemplo Francia —1985—, art. 48, prevé la duración en veinticinco años contados a partir de la fecha de la creación del soporte lógico —*logiciel*—);

—el sistema convencional de protección del derecho de autor en el orden internacional funciona en forma automática y eficaz para tutelar las obras y llevaría mucho tiempo crear un sistema internacional equivalente para proteger los programas de ordenador;

—la desprotección legal desalienta la creatividad; si la desprotección solo alcanzara a las obras extranjeras, estas competirían deslealmente con las nacionales protegidas y las desplazarían, pues sería muy difícil que los usuarios utilizaran obras nacionales si pudieran usar las obras extranjeras gratuitamente o a un precio vil;

³³ Vid. Villalba, C. A., "La protección de los programas de computación y de los bancos de datos", en el libro memoria del III Congreso Internacional, Lima, 1988, p. 66.

c) En favor de la protección del programa de ordenador por el derecho de autor también se suele alegar:

—que la protección nace de la creación y no está subordinada al cumplimiento de formalidades, en especial al requisito de la descripción de la invención que se exige para el otorgamiento de la patente;

—la aplicabilidad de principios y normas conocidos y habitualmente respetados.

A principios de 1988, en aproximadamente cincuenta países se había reconocido, a través de disposiciones legales expresadas o de sentencias judiciales, que los programas de ordenador están protegidos por el derecho de autor.

En algunas leyes la protección del programa de ordenador se reglamenta de manera especial estableciendo una serie de presunciones (que admiten estipulación en contrario) tales como: el nacimiento del derecho en cabeza del empleador (Francia —1985—, art. 45); el autor no tiene derecho a oponerse a que el titular de derechos de explotación realice o autorice la realización de versiones sucesivas del programa ni de programas derivados de este, realizadas dentro de los límites del contrato (Francia —1985—, art. 46; España, art. 98); el autor no puede ejercer su derecho de arrendamiento o de retracto (Francia —1985—, art. 46); el utilizador tiene derecho de hacer una copia de resguardo (Francia —1985—, art. 47; España, art. 99, §2).

El 14 de mayo de 1991 el Consejo de la Comunidad Económica Europea adoptó una directiva sobre la protección legal de los programas de ordenador por el derecho de autor en cuyo art. 1, §1, se dispone que los Estados Miembros protegerán estos programas mediante el derecho de autor "como obras literarias tal como se definen en el Convenio de Berna".

2.2.2. Obras derivadas

Son obras derivadas las que se basan en una obra preexistente. Se consideran como tales las adaptaciones, traducciones, actualizaciones, antologías, resúmenes, extractos y cualquier *transformación* de una obra anterior de la que

resulta una obra diferente. La originalidad de la obra derivada puede hallarse en la composición y en la expresión (como en las adaptaciones), solo en la composición (como en las compilaciones y en las antologías), o solo en la expresión (como en las traducciones).

Cuando la obra preexistente se encuentra en el dominio privado, es necesario que su autor autorice la realización de la obra derivada. Es el *derecho de transformación*.

En cambio, cuando la obra preexistente se encuentra en el dominio público no es necesaria autorización alguna para realizar obras derivadas, ya que el derecho de transformación constituye un aspecto del derecho patrimonial del autor. Sin embargo, como enseña Delgado, el derecho de transformación está muy próximo al derecho moral, aunque no debe confundirse con este último³⁴ porque la transformación puede desvirtuar el pensamiento o la intención del autor, e incluso infringir una lesión a la personalidad del autor de la obra originaria.

Las obras derivadas que son el fruto del esfuerzo personal de su autor y presentan algún grado de creatividad, están protegidas sin perjuicio de los derechos del autor de la obra anterior.

Como en la obra derivada se suman los elementos creativos tomados de la anterior y los aportados a la nueva obra, para su utilización es necesario contar con las autorizaciones del autor de esta y del autor de la obra preexistente.

Las obras derivadas son *obras compuestas*. Se considera obra compuesta la obra nueva que incorpora una obra preexistente sin la participación del autor de esta última. Si eventualmente el autor de la obra originaria colabora en la elaboración de la obra derivada, esta última será una obra compuesta creada en colaboración, del mismo modo que si es elaborada por más de un autor, aunque ninguno de ellos sea el autor de la obra preexistente.

2.2.2.1. Adaptaciones

Las adaptaciones, junto con las traducciones, constituyen las categorías más difundidas de obras derivadas. Por medio de la adaptación una obra pasa de ser de un género a otro (por ejemplo adaptaciones cinematográficas o televisivas de novelas, cuentos, obras dramáticas, etc.), o bien se varía la obra sin cambiar de género (por ejemplo cuando se aumenta el número de capítulos de una obra televisiva).

La adaptación debe respetar la obra originaria; en principio el autor de la obra derivada debe ceñirse a la obra que adapta y efectuar una adaptación fiel; la medida en que puede apartarse de la obra preexistente mediante la introducción de elementos ajenos a aquella y realizar una adaptación libre e incluso utilizarla solo como inspiración en la nueva obra, depende de la autorización que para ello le otorgue expresamente el autor de la obra primigenia.

2.2.2.2. Traducciones

Por medio de las traducciones una obra se expresa en idiomas distintos al utilizado en la versión original. Las traducciones deben respetar fielmente el contenido y el estilo de la obra original. Esto obliga al traductor a superar problemas idiomáticos que, en ocasiones, son de tal importancia que pueden demandar una verdadera recreación lingüística de la obra (ello ocurre con frecuencia en poesía). Pero aun cuando los obstáculos con que tropieza el traductor no sean de tanta magnitud, lo cierto es que la traducción siempre requiere del dominio creativo de otro idioma y de un considerable esfuerzo de traslación del pensamiento del autor.

Sin embargo, como las distintas traducciones de una obra parten siempre del mismo texto original, en esta materia puede resultar dificultoso probar el plagio o el aprovechamiento indebido del esfuerzo del traductor. A la expectativa de esta situación y para contar con elementos que faciliten la prueba del ilícito, muchos traductores optan por utilizar algunos recursos como, por ejemplo, des-

³⁴ Delgado Porras, A., *Panorámica...*, p. 38, §20.

lizar pequeños aunque significativos errores cuya repetición en otra traducción tendrán una singular aptitud probatoria de la copia.

2.2.2.3. Compilaciones y bases de datos

Las *compilaciones* o colecciones de obras literarias o artísticas o de fragmentos de ellas (crestomatías), que presentan originalidad en la selección o en la disposición de los elementos que las integran, se encuentran protegidas por el derecho de autor.

En las compilaciones, la originalidad se manifiesta en su composición. La selección de las obras o de los fragmentos de obras que las componen y la metodología con que son tratados, constituyen esfuerzos intelectuales que dan por resultado una obra distinta de las que la forman.

Las compilaciones, en especial las de leyes, de jurisprudencia y de doctrina, pueden contener textos íntegros o resúmenes o *abstracts*³⁵ de dichos textos, o bien unos y otros. Los resúmenes y los *abstracts* constituyen en sí mismos obras derivadas y están protegidos como tales y sujetos al régimen de autorizaciones previas de los autores de las obras protegidas a que se refieren.

Se denomina *base de datos* a un conjunto de elementos de información, seleccionados de acuerdo con criterios determinados y estables, dispuestos en forma ordenada e introducidos en la memoria de un sistema informático a la que tenga acceso un cierto número de usuarios.³⁶

Las bases de datos son depósitos *electrónicos* de datos e

³⁵ Por medio del *abstract* se busca reproducir, en forma muy sintética, toda la información del documento que se considera útil, según reglas de redacción que permiten transmitir el máximo de información con el mínimo de palabras.

³⁶ *Véase*, Documento Unesco/OMPL/CGE/SYN/3-II del 11 de abril de 1988, Principio PW16, 1) y Delgado Porras, A., "El derecho de autor y las modernas tecnologías", en el libro memoria del IV Congreso Internacional, Guatemala, 1988, §2.1.4, p. 149.

información. Constituyen ficheros conexos o relacionados cuyo destino es poner a disposición de un público la documentación que contienen.

Los ordenadores han cambiado sustancialmente la importancia y el valor económico de las compilaciones o colecciones de datos al dar lugar a las bases de datos y dotarlas de aptitud para tratar masas ilimitadas de informaciones y transmitir las en forma casi instantánea a cualquier parte del mundo. Las posibilidades de almacenamiento en video, discos, microchips, etc., se amplían cada vez más.

Las bases de datos pueden formarse con un sistema documentario propio. En estos casos se trata de obras que gozan de la plena protección del derecho de autor.

Cuando la base de datos no crea obras nuevas, pues su fondo se constituye mediante los textos íntegros de documentos preexistentes, se plantea si corresponde reconocer derechos al propietario de aquella.

Si los *textos preexistentes* son *obras protegidas por el derecho de autor*, no pueden ser incorporados a una memoria de ordenador sin el consentimiento de su autor. Tal incorporación equivale a una reproducción y, por ello, debe estar expresamente autorizada: se trata de una fijación material de la obra en un registro magnético, procedimiento que permite comunicarla al público.

Si el titular de la base de datos no ha obtenido el consentimiento de los autores de las obras preexistentes, no puede pretender derecho alguno. Si los obtuvo, sus derechos dependen del alcance de los respectivos contratos.

La cuestión puede aparecer menos clara en caso de que los textos de las obras protegidas por el derecho de autor no se reproduzcan íntegramente sino en forma de citas. Las legislaciones admiten el derecho de cita como una limitación al derecho de autor. El Convenio de Berna establece en relación con las citas una limitación *iure conventionis*:

"Son lícitas las citas tomadas de una obra que se haya hecho lícitamente accesible al público, a condición de que se hagan conforme a los usos honrados y en la medida justificada por el fin que se persiga, comprendiéndose las citas de artículos periodísticos y colecciones bajo la

forma de revistas de prensa" (art. 10, §1) del Acta de París, 1971).³⁷

Si los textos no están protegidos por el derecho de autor pueden ser incluidos libremente en una base de datos (como ocurre con las disposiciones legales, sentencias de tribunales judiciales y administrativos, etc., según vimos al tratar sobre las obras literarias no protegidas (*vid. supra*, §2.2.1.1).

Sin embargo, la formación de una base de datos requiere una inversión económica importante. Demanda la organización electrónica de datos e información, un sistema de manejo de bases de datos, un control que permita a los usuarios del sistema ingresar a él de acuerdo con sus derechos de acceso, la administración o manejo de los datos, el diseño de la base de datos y de su estructura así como la selección y puesta en funcionamiento del programa de ordenador que permite operarlo.

Aun cuando el titular de la base de datos no deba pedir autorizaciones ni pagar por ingresar los textos a la memoria de un ordenador, lo cierto es que el sistema requiere una inversión que merece ser protegida contra los usos no autorizados. Sin embargo, el titular no adquirirá exclusividad alguna sobre la reproducción de los textos con que se forma el banco de datos. Cualquiera podrá utilizarlos para la formación de otra base de datos, pero sin aprovecharse de la inversión y esfuerzo ajenos.

2.2.2.4. Antologías

Las antologías son colecciones de obras o de pasajes literarios compilados con un propósito determinado. Están protegidas por el derecho de autor por las mismas razones que las compilaciones. Al respecto, el Convenio de Berna dispone que:

³⁷ En el célebre caso *Microfor v. Le Monde* (*vid. Banques de données et droit d'auteur*, París, Librairies Techniques, 1987, Anexo I, p. 141 y sig.) se debatió en Francia sobre la interpretación del alcance del derecho de cita aplicado a la formación de bancos de datos.

"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, estarán protegidas como tales, sin perjuicio de los derechos de los autores sobre cada una de las obras que forman parte de estas colecciones" (art. 2, §5) del Acta de París, 1971).

Algunas legislaciones exceptúan del requisito de la autorización previa a las colecciones y antologías con la condición de que tengan fines didácticos o científicos y de que se abone a los autores una retribución equitativa.

2.2.2.5. Anotaciones y comentarios

Las anotaciones y los comentarios son obras derivadas originales en la composición y en la expresión. En principio, les son aplicables las reglas sobre adaptaciones. Sin embargo, cuando se trata de anotaciones y comentarios a obras no protegidas por el derecho de autor o a obras que se encuentran en el *dominio público*, las ediciones respectivas constituyen obras absolutamente originales. Ello no obstante, los autores de las anotaciones y comentarios solo adquieren derechos exclusivos sobre estos, por lo cual no podrán oponerse a que otros también hagan los propios sobre las mismas obras preexistentes.

2.2.2.6. Arreglos y orquestaciones

El arreglo consiste en la transcripción de una obra musical para otros instrumentos. Mediante la orquestación una obra musical es transcrita para los diversos instrumentos que integran una orquesta.

Como el derecho de transformación de que goza el creador comprende los arreglos y orquestaciones, mientras la obra se encuentre en el dominio privado estos *deben ser previamente autorizados* por el autor o sus derechohabientes.

Los arreglos y las orquestaciones son muy comunes. Están

protegidos por el derecho de autor cuando importan un aporte creativo como, por ejemplo, en la célebre transcripción para orquesta sinfónica realizada por Maurice Ravel de *Cuadros de una exposición*, obra pianística de Modest Mussorgski.

En cambio, no están protegidos cuando la contribución es meramente técnica, como ocurre con las simples transcripciones y transcripciones, la omisión o la duplicación de voces, el agregado de simples voces paralelas o la adición de adornos. Con frecuencia los arreglos y orquestaciones son el medio que permite participar de la remuneración del autor o bien percibir un pago por la utilización pública de una obra que ha entrado en el dominio público (en lenguaje coloquial se la conoce como la forma de "sacar la obra del dominio público" —aunque solo sea en parte—); otras veces resultan indispensables para poder ejecutar una obra con los instrumentos actuales. Las sociedades de autores de obras musicales disponen de abundante experiencia en la distinción entre los arreglos protegidos y los que no lo están.

2.2.2.7. Parodias

La parodia es una imitación burlesca de una obra seria. Se trata de una obra derivada, original en la composición y en la expresión. Sin embargo, por la índole satírica de la parodia, se plantea la cuestión de si debe o no ser sometida a las mismas reglas que rigen para otras obras en iguales condiciones, como las adaptaciones, es decir, si el derecho de transformación debe o no extenderse a ella.

Es excepcional que la ridiculización que naturalmente supone no hiera los sentimientos del autor de la obra preexistente. Por ello, considera que debe ser libre (Pouillet, Stolfi, Piola Caselli). Sometido el derecho de parodia a la autorización previa del autor de la obra parodiada equivale a condenar a muerte, injustificadamente, a gran parte de este género literario y, con ella, a una forma de la libertad de crítica, sin perjuicio de lo cual el derecho de parodia no excusa la injuria ni que se infiera un daño a la obra original

o a su autor ni que se la aproveche para crear confusión con la obra parodiada.

Francia (art. 41, 4) dispone que una vez que la obra haya sido divulgada, el autor no podrá prohibir [...] la parodia, la imitación y la caricatura, teniendo en cuenta las normas del género (también Benin, Camerún, Costa de Marfil, Senegal). Brasil (art. 50) establece que son libres las paráfrasis y las parodias siempre que no sean verdaderas reproducciones de la obra originaria ni la desacrediten.

En cambio, para Satanowsky es más acertada la solución de la ley argentina (art. 25) según la cual la parodia de una obra que pertenece al dominio privado requiere de la autorización del autor de esta última. Entiende que la parodia es distinta a la crítica porque requiere lógicamente seguir casi todos los episodios y el desarrollo de la obra con intención jocosa por lo que, a su criterio, hay evidentemente un aprovechamiento de la obra parodiada que no puede hacerse de forma impune si aquella no ha pasado al dominio público.³³

2.2.3. El título

El título es una parte sustancial de la obra que designa. La individualiza y evoca o sugiere su contenido con una capacidad de identificación que evita confusiones con otras obras y permite relacionarla con el éxito que ha alcanzado y con su autor.

El autor tiene derecho sobre el título como parte integrante de su obra; la modificación del título sin su autorización afecta su *derecho moral* sobre aquel, ligado a su derecho al respeto a la paternidad y a la integridad de la obra. Al igual que los demás elementos constitutivos de la obra, el título puede ser objeto de negociación. El autor puede autorizar su uso por separado de la obra y, por tanto, también tiene derecho a defenderlo contra las utilizaciones no

³³ Satanowsky, I., *op. cit.*, t. I, §232, pp. 429-430.

autorizadas, las imitaciones y, en general, contra los usos indebidos.³⁹

Se plantan la cuestión de si todos los títulos están igualmente protegidos y sometidos al mismo régimen jurídico o si deben hacerse diferenciaciones.

A) Clasificación

La principal clasificación es la que distingue entre títulos *originales* y títulos *banales*.

a) *Títulos originales*. En múltiples ocasiones, los títulos constituyen creaciones literarias. Entre otros, son significativos ejemplos las clásicas obras de Calderón de la Barca: *La vida es sueño*, *Celos afemina amor* y *A secreto agravio, secreta venganza*.

Las expresiones arbitrarias o de fantasía que importan una creación, también constituyen títulos originales.

b) *Títulos banales*. Son los que carecen de toda originalidad. No representan un esfuerzo creativo aunque se adecuen muy bien a la obra y el encontrarlo le haya demandado al autor tiempo y trabajo. *El fuego*, *El legionario*, *El lingote*, *La marcha fúnebre*, son ejemplos de títulos de esta clase. Solo identifican la obra.

Del mismo modo se consideran los títulos llamados *genéricos* o *necesarios* porque hacen referencia al género de la obra (enciclopedia, guía, teatro, sonata, etc.) o bien a la designación usual de su contenido (los nombres de personajes históricos o legendarios, de lugares geográficos, etc., sin un aditamento que los individualice).

B) Régimen de protección

Las diferencias apuntadas han conducido a que también

³⁹ No resulta adecuado condicionar el derecho de defensa del título a que la utilización no autorizada se haya hecho en una obra del mismo género. El autor tiene el derecho exclusivo de adaptar su obra a otros géneros y si, aun indirectamente, se autoriza a que el título sea empleado en una obra de distinto género por un tercero antes que por el autor, ambos derechos entran en colisión.

se hagan distinciones en lo relativo al régimen jurídico aplicable a la protección del título, cuando es utilizado por separado de la obra y sin autorización de su autor.

a) *Protección por el derecho de autor*. Cuando el título es original, por tratarse de una creación, resultan aplicables las normas del derecho de autor.

b) *Protección contra actos de competencia desleal*. Aun tratándose de un título banal, la utilización por un tercero puede originar un perjuicio que dé lugar a reparación en favor del autor lesionado. Aquí resulta apropiada la aplicación del régimen de protección contra actos de competencia desleal. Pero en este caso, la inaplicabilidad de la protección del derecho de autor no se relaciona con la falta de valor o mérito artístico del título, sino con la ausencia de originalidad, condición necesaria para que opere la protección del derecho de autor.

El régimen de protección contra actos de competencia desleal exige, entre otros requisitos, que el título tenga (como en materia de marcas) alguna significación distintiva; que la utilización se haya efectuado en condiciones susceptibles de provocar confusión; que quien se considera lesionado pruebe el perjuicio que le causa la imitación; que su obra haya sido divulgada o, al menos, publicitada, y el carácter intencional de la utilización.⁴⁰

c) *Protección por el derecho de marcas*. Las marcas identifican el producto, su procedencia u origen. El título de una obra no es marca. No sirve para identificar el producto en el cual está fijada la obra en relación con su fabricante o expendedor, que es la función de las marcas. Por ello, el derecho de marcas no es aplicable a la protección del título.

Distinto es el caso de los títulos de los diarios, periódicos y revistas. Estos constituyen marcas porque esas publica-

⁴⁰ Autores tan importantes como Pouillet, Piola Caselli, Mayer, Vanois, Darras sostienen que la utilización del título siempre está sometida al régimen de la competencia desleal; consideran que el derecho al título es independiente del derecho de autor sobre la obra, pues por específico y original que sea no puede ser considerado como una obra o una parte de una obra intelectual.

ciones, en sí mismas, no son "obras" en el concepto del derecho de autor. Ello sin perjuicio de la protección por el derecho de autor de las obras incluidas en las mencionadas publicaciones.

Lo mismo cabe decir respecto de las editoriales. El nombre de la editorial, de sus colecciones y de sus diversas secciones son marcas porque identifican el origen *de la edición*. Los títulos de las obras, en cambio, individualizan a estas y a su autor.

d) En el orden internacional, la Convención Interamericana de Washington 1946, establece que:

"El título de una obra protegida, que por la notoriedad internacional de esta última adquiere un carácter distintivo que la identifique, no podrá ser reproducido en otra, sin el consentimiento del autor" (art. 14).

Capítulo 3

Titulares del derecho de autor

SUMARIO: 3.1. Autoría y titularidad. Personas físicas y personas jurídicas. 3.1.1. Titulares originarios. 3.1.2. Titulares derivados. 3.2. Coautoría. 3.2.1. Las obras en colaboración. Concepto y régimen jurídico. 3.2.2. Las obras colectivas. Concepto y régimen jurídico. 3.3. Titularidad de las obras anónimas y seudónimas. Las obras inéditas. 3.4. Titularidad de las obras audiovisuales. 3.4.1. Relación entre los creadores de la obra y el productor de obras audiovisuales. 3.4.2. Salvaguardia del derecho moral. 3.4.3. Presunción de cesión de los derechos patrimoniales. 3.5. Titularidad de las obras hechas por encargo o en virtud de una relación contractual laboral.

3.1. Autoría y titularidad. Personas físicas y personas jurídicas

La calificación de "autor" corresponde a la persona que crea la obra. El autor es el sujeto originario del derecho de autor.

Las personas físicas son las únicas que tienen aptitud para realizar actos de creación intelectual. Aprender, pensar, sentir, componer y expresar obras literarias, musicales y artísticas, constituyen acciones que solo pueden ser realizadas por seres humanos.

El derecho de autor nace de la creación intelectual. Dado que esta solo puede ser realizada por las personas físicas, *la consecuencia natural es que la titularidad originaria corresponda a la persona física que crea la obra*.

Esta consecuencia natural, prejuzga como dice Dietz, es conteste con el fundamento teórico del derecho de autor que se origina en las necesidades de la humanidad en materia de acceso al saber y, en definitiva, *en la necesidad de fomentar la búsqueda del conocimiento recompensando a quienes la efectúan* (vid. *supra*, cap. 1, §1.2.8, *in fine*).

Las personas jurídicas no pueden crear obras. Solo pueden hacerlo las personas físicas que las integran. Pueden ser *titulares derivados* de algunos derechos de autor pero,

para atribuirles la autoría o la titularidad originaria sobre las obras es necesario recurrir a una *ficción jurídica*.

Las *fictiones iuris* por las que la calidad de autor o la titularidad originaria sobre las obras se atribuyen a personas —físicas o jurídicas— distintas de la persona física que crea la obra, responden al interés de los terceros que explotan las obras.

En la *Carta del Derecho de Autor*¹ puede leerse (cap. 2, §§5 y 6):

“5. El derecho de autor se funda en el acto de la creación intelectual.

Tiene su origen en la naturaleza misma de las cosas. No puede pues encontrar en la ley sino su reglamentación, ya que su existencia no debe nunca subordinarse a formalidades de orden constitutivo.

6. El título justificativo del derecho de autor, que reside en el acto de la creación intelectual, radica únicamente en la persona física de su o de sus creadores, cuando este derecho nace.

Una persona moral nunca puede ser considerada como el titular original del derecho de autor en una obra del espíritu. Importa desechar, como inadmisibles, el concepto del autor como simple asalariado de una empresa industrial, a la cual la obra revertiría en derecho como un producto cualquiera.”

En los países del sistema del derecho de autor de tradición jurídica latina, o no se aceptan excepciones al principio de que el derecho de autor solo puede nacer en cabeza de la persona física que creó la obra (como en Alemania), o bien son consideradas como una anomalía, que se acepta solo respecto de ciertas obras, como las colectivas (Fran-

¹ Adoptada el 26 de septiembre de 1956 en Hamburgo por el XIX Congreso de la Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores (CISAC); publicada en español en *El derecho de autor en América*, Buenos Aires, Consejo Panamericano de la CISAC, 1963, pp. 17 a 28.

cia, art. 9, 3^{er} párr., y art. 13) o las creadas y publicadas bajo el nombre y por cuenta y cargo de las personas públicas —nacionales, provinciales y municipales— (como en Italia, art. 11).

La titularidad originaria es el correlato de la calidad de autor por lo que corresponde a las personas físicas que crean las obras. Ello concuerda con la realidad y con la finalidad jurídico-política de la materia: asegurar a los autores una protección adecuada para los resultados de su creación y estimular la actividad creativa.

En los países de tradición jurídica angloamericana, los supuestos en los que la calidad de autor, a efectos de la titularidad originaria del *copyright*, o esta última se atribuyen, salvo pacto en contrario, a personas distintas de aquella que creó la obra son varios: obras creadas por encargo, en virtud de una relación contractual laboral, y para producciones cinematográficas (*vid. supra*, cap. 1, §1.3.2).

La ficción jurídica que atribuye la titularidad originaria —la calidad de autor o coautor— a personas que no son la persona física que creó la obra, lleva a una confusión, como señala Antequera Parilli, entre *autoría* y *titularidad* por un lado, y *titularidad originaria* y *titularidad derivada* por el otro.

Las situaciones de titularidad derivada se configuran cuando algunas de las facultades que originariamente corresponden al autor son transferidas a otras personas (físicas o jurídicas) por *cesión* —convencional o de pleno derecho por disposición legal—, por *presunción de cesión*, o por *transmisión mortis causa*.

Si bien en lo relativo a la transferencia de derechos patrimoniales los efectos son bastante similares en el sistema de la titularidad derivada y en el de la titularidad originaria en favor de una persona distinta del creador de la obra, en cambio se diferencian en cuanto al derecho moral, pues en el primero nace y permanece en cabeza del verdadero autor (*vid. Colombet, Grands principes...*, p. 29). La dicotomía entre la tradición jurídica latina y la angloamericana se trasunta en el Convenio de Berna en el hecho de que este se abstiene de definir quién es *autor* y se limita a disponer en el art. 15 quiénes son las personas facultadas para hacer valer los derechos protegidos.

3.1.1. Titulares originarios

Titular originario es la persona en cabeza de quien nace el derecho de autor.

El autor de una *obra derivada* (adaptación, traducción o cualquier otra transformación) es el *titular originario* de los derechos sobre la misma, sin perjuicio de los derechos del autor de la obra de la cual deriva, es decir, de la obra originaria.

La utilización de la obra derivada se encuentra sujeta a doble autorización: del titular de esta y del titular de la obra originaria. Como la obra original está contenida en la obra derivada, toda utilización de esta importa, a la vez, la utilización de aquella.² Si se admitiera que la sola autorización del autor de la obra derivada es suficiente para explotarla, se estaría aceptando una forma de burlar los derechos del autor de la obra original.

Se presume que la calidad de autor, salvo prueba en contrario, *corresponde a quien aparece como tal en la obra* mediante su nombre, firma (usualmente en las obras artísticas), signo o cualquier otra expresión que lo identifique.

Al respecto, en el art. 15, §1, del Convenio de Berna se establece que:

“Para que los autores de las obras literarias y artísticas protegidas por el presente Convenio sean, salvo prueba en contrario, considerados como tales y admitidos, en consecuencia, ante los tribunales de los países de la Unión para demandar a los defraudadores, bastará que su nombre aparezca estampado en la obra en la forma usual. El presente párrafo se aplicará también cuando ese nombre sea seudónimo que por lo conocido no deje la menor duda sobre la identidad del autor”.

Se trata de una presunción *iuris tantum* (pues admite prueba en contrario) que ha sido receptada en numerosas legislaciones nacionales. Una presunción de la misma clase resulta del registro de la obra a nombre de la persona que se indica como autora, ya sea que se trate de legislaciones

para las cuales el registro tiene finalidad declarativa o bien de aquellas para las cuales es constitutivo de derechos.

3.1.2. Titulares derivados

Son las personas físicas o jurídicas que han recibido la *titularidad* de algunos de los derechos del autor. *La titularidad derivada nunca puede abarcar la totalidad del derecho del autor* (moral y patrimoniales).

En efecto, el derecho moral es inalienable; aun en caso de transmisión *mortis causa* los sucesores no reciben las facultades esencialmente personales que integran el derecho moral del autor (las *positivas*) pues, salvo excepciones, no se transmiten; los sucesores solo pueden ejercer las facultades *negativas* (el derecho al reconocimiento de la paternidad y el derecho al respeto y a la integridad de la obra) y el derecho de divulgación de las obras póstumas (*vid. infra*, cap. 4, §4.1, A) y cap. 5, §5.2.1). En cambio, puede comprender la totalidad de los derechos de explotación (derecho patrimonial).

La titularidad derivada puede obtenerse:

- por *cesión* (sea convencional o bien, de pleno derecho por ministerio de la ley —*cessio legis*—);
- por *presunción de cesión* establecida por la ley, salvo pacto en contrario;
- por *transmisión mortis causa*.

Los contratos usuales de explotación de obras por los cuales el autor, o el titular del derecho o la entidad de gestión colectiva, autoriza a una persona a utilizar la obra o son licencias (o autorizaciones de uso) no exclusivas (como es habitual, por ejemplo, en materia de ejecución pública de obras musicales no dramáticas) o constituyen derechos exclusivos en favor del usuario, pero no son contratos de cesión de acuerdo con el derecho común porque no transfieren la titularidad de los derechos de explotación.²

² Es habitual que en estos contratos se diga que el autor *cede*, aunque no se reúnan los elementos constitutivos de la cesión del derecho civil.

A) Cesión

a) *Convencional*: los cesionarios o titulares derivados tienen sobre la obra objeto del contrato de cesión los derechos otorgados en este último. La cesión puede ser total o parcial, según comprenda todos o algunos de los derechos patrimoniales del autor. Para proteger al autor, algunas legislaciones limitan, en distintas formas, la cesión total. La misma limitación se suele imponer en los estatutos de las sociedades de autores a sus asociados;

b) *por disposición legal —cessio legis—*: los cesionarios son, por ministerio de la ley, titulares a título derivado (originariamente la titularidad corresponde a los autores); la presunción de cesión es *iuris et de iure* respecto de los derechos de explotación específicamente comprendidos en la norma. Italia establece la *cessio legis* respecto de las obras colectivas, cuyos editores tienen el derecho de explotación económica (art. 38), y respecto de las obras cinematográficas, cuyos productores tienen el derecho exclusivo de reproducirlas, ponerlas en circulación, exhibirlas y emitirlas (arts. 45, §1, y 46, §1); también Austria en favor de la empresa de *films* realizados con fines comerciales (art. 38, §1).

B) Presunción legal de cesión

Muchas leyes optan por establecer, en favor del productor de obras cinematográficas, una presunción —*iuris tantum*— de cesión del derecho exclusivo de explotación cinematográfica. Los autores pueden hacer valer, frente a los terceros que contraten con el productor, los derechos que se hayan reservado en sus convenios con este último (Francia, art. 17, §3, Venezuela, art. 16).

Otras legislaciones establecen una presunción de legitimación en favor del productor por la cual la ley lo exime de

El uso impropio del término "cesión" se extiende al plano legislativo, por ejemplo, en la ley española de 1987, cuyos arts. 43 a 50 se refieren a "cesión en exclusiva" y a "cesión no exclusiva" en lugar de a "concesión" o "licencia" (*vid. infra*, cap. 6, §6.1.1. D, a).

probar el título en virtud del cual ejerce los derechos de explotación expresamente mencionados en la norma (sistema del Convenio de Berna, art. 14 bis, §2, b). También se trata de una presunción *iuris tantum* que admite prueba en contrario resultante del contrato entre autor y productor.³

C) Transmisión mortis causa

Los sucesores *mortis causa* reciben los derechos patrimoniales que el autor no ha transferido por acto *inter vivos*; pueden ejercer las facultades *negativas* o *defensivas* del derecho moral y el derecho de divulgación de las obras póstumas.

Los titulares derivados son usualmente denominados derechohabientes o causahabientes del autor.

3.2. Coautoría

Cuando varios autores contribuyeron a la creación de una obra trabajando juntos, o bien por separado pero creando sus aportes, del mismo o de diferente género, para que sean explotados en conjunto y formen una unidad, nos encontramos ante obras en coautoría.

Las obras de esta clase son muy frecuentes. Comprenden las obras en *colaboración* (entre las que se incluyen

³ Vid. Delgado, A., "Utilización de obras audiovisuales por satélite y cable. La intervención de las sociedades de autores", en el libro memoria del V Congreso Internacional, Buenos Aires, 1990, §10, p. 219. Este autor señala que el régimen de presunción de legitimación es adoptado por Argentina, art. 21: "Salvo convenios especiales: El productor de la película cinematográfica tiene facultad para proyectarla, aun sin el consentimiento del autor del argumento o del compositor, sin perjuicio de los derechos que surgen de la colaboración [...]". (En el art. 20 de la misma ley se establece que: "Salvo convenios especiales, los colaboradores de una obra cinematográfica tienen iguales derechos, considerándose tales al autor del argumento y al productor de la película. Cuando se trate de una obra cinematográfica musical, en que haya colaborado un compositor, este tiene iguales derechos que el autor del argumento y el productor de la película".)

las obras musicales con letra y las dramático-musicales, las cinematográficas y, en general, las obras audiovisuales) y las *obras colectivas* (como diccionarios, enciclopedias, diarios, revistas, compilaciones y repertorios de jurisprudencia).

Las obras en colaboración y las obras colectivas constituyen categorías distintas de obras en coautoría y sus regímenes jurídicos son también diferentes.

Las obras audiovisuales y las cinematográficas están sometidas a un estatuto especial.

Las *obras compuestas* (adaptaciones, traducciones y otras transformaciones; *vid. supra*, cap. 2, §2.2.2, *in fine*) no son consideradas como obras en coautoría porque la nueva obra incorpora a la preexistente *sin la colaboración* del autor de esta última. Tampoco hay coautoría en los casos en que, sin haber transformación de la obra preexistente, se le agrega una obra nueva, por ejemplo, letra o coreografía a una obra musical o música al texto de un poema.

Es por ello que, en derecho de autor, se distingue entre coautoría y pluriautoría —situación en la que hay mera pluralidad de autores—. Ambos términos tienen acepciones distintas pues hacen referencia a situaciones diversas.

3.2.1. Las obras en colaboración. Concepto y régimen jurídico

A) Concepto

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

En la concepción *restringida* de la obra en colaboración esta solo existe cuando los coautores han trabajado juntos con un grado de compenetración y en forma tal que, una vez concluida la obra, resulta imposible determinar cuál es la parte atribuible a cada uno de ellos; por ejemplo, dos dramaturgos que escriben juntos una obra de teatro.

En la concepción *amplia*, también se consideran como obras en colaboración aquellas en las cuales, si bien las con-

tribuciones de los diferentes creadores son individualizadas, entre ellos ha habido acuerdo respecto de la forma en que aportarían sus partes a la obra global y estas aparecen ligadas por una comunidad de inspiración. Es el caso de las obras dramático-musicales y, en general, de las composiciones musicales con letra.

Se dice que la colaboración es *perfecta* cuando la obra es indivisible y que es *imperfecta* cuando la parte de cada autor puede ser fácilmente individualizada y separada sin alterar la naturaleza de la obra.

La adopción de una o de otra noción de colaboración causa importantes efectos prácticos en varios supuestos:

—en lo relativo al plazo de duración *post mortem auctoris* de los derechos sobre la obra. Si se considera que solo hay obra en colaboración cuando esta es perfecta, cuando no sea de esta clase dicho plazo se contará desde la muerte de cada autor respecto de su propio aporte creativo, pues cada uno de los aportes será tratado como una obra independiente. En cambio, si se considera que hay una sola obra, aun cuando se trate de colaboración imperfecta, el plazo de duración del derecho se contará a partir de la muerte del colaborador que fallezca en último término.

—respecto del derecho de todos los coautores a participar en las remuneraciones que se obtengan aunque no se hayan utilizado todos los aportes que integran la obra, por ejemplo, derecho del autor del texto a participar en la remuneración cuando se graba o ejecuta solo la música de una canción o de una ópera o de una comedia musical;

—respecto del derecho de uno de los autores a autorizar que en alguna o en todas las utilizaciones posteriores de la obra se reemplace el aporte del otro autor, por ejemplo, la letra de una canción, la música *incidental* especialmente compuesta para una obra teatral, la coreografía cuando la música ha sido especialmente compuesta para ballet y el coreógrafo elaboró su obra a pedido o de común acuerdo con el compositor. Este último supuesto es distinto de aquel, muy común, en que el coreógrafo trabaja con música preexistente, creada o no para ballet, pues entonces se trata de una obra compuesta y no de una obra en colaboración.

B) Régimen jurídico

Los derechos sobre la obra en colaboración corresponden a todos sus coautores. Para *divulgarla y modificarla* se requiere el consentimiento de todos ellos. En caso de desacuerdo, las legislaciones difieren la cuestión a la resolución judicial.

Una vez divulgada la obra, en virtud de la comunidad de derechos existente, los derechos deben ser ejercidos por todos los coautores de común acuerdo. Consecuentemente, en principio, las utilizaciones deben ser autorizadas por todos los colaboradores.⁴ Sin embargo, no parece razonable que la negativa de uno de ellos pueda, sin más, coartar la difusión por lo que, en caso de disenso, la cuestión puede someterse a resolución judicial. Pero esta última solución supone una inevitable demora que, muy probablemente, redundará en una pérdida de interés por parte del empresario que desea utilizar la obra.⁵

Cuando se trata de colaboración imperfecta se acepta que los aportes creativos puedan ser explotados por separado (por ejemplo, edición gráfica de la letra por un lado y ejecución pública o grabación de la música por el otro), a condición de que no se cause perjuicio a la explotación común.

3.2.2. Las obras colectivas. Concepto y régimen jurídico

A) Concepto

Obra colectiva es aquella creada por la iniciativa y bajo la coordinación de una persona física o jurídica, quien la

⁴ Algunas legislaciones (por ejemplo El Salvador y México) solo exigen el consentimiento de la mayoría de los colaboradores.

⁵ España (art. 7, §4) establece que, una vez divulgada la obra, ningún coautor puede rehusar injustificadamente su consentimiento para su explotación en la forma en que se divulga. La legislación argentina establece una norma de contenido similar (art. 19), aunque menciona solo las obras dramáticas o líricas para cuya representación pública bastará la autorización concedida por uno de los autores, sin perjuicio de las acciones personales a que hubiere lugar.

edita y divulga bajo su nombre, a partir de las contribuciones personales realizadas para tal fin por los autores que han participado en su elaboración, las que se funden en una creación única y autónoma.⁶

Las obras colectivas tradicionalmente más frecuentes son los diccionarios, las enciclopedias, las compilaciones, los repertorios de jurisprudencia. Desde hace algún tiempo, deben mencionarse las bases de datos y los programas de ordenador muy complicados desarrollados por grandes empresas, con la participación, en forma conjunta o sucesiva y en grados diferentes, de muchos analistas.

La obra colectiva se diferencia de la obra en colaboración por la importancia que se atribuye a la función de la persona que la proyecta, coordina las contribuciones y la edita y publica, por lo que algunas legislaciones admiten que la titularidad originaria nazca en cabeza de aquella, sea persona física o bien jurídica.

B) Régimen jurídico

Para atribuir la titularidad originaria sobre la obra colectiva a la persona física o jurídica que la edita y divulga bajo su nombre se alega que, como en su realización interviene un número considerable de autores cuyos aportes son difíciles de determinar y se funden en una creación única, se torna imposible otorgar a cada uno derechos distintos sobre el conjunto; además, puede ser difícil establecer quién es la persona física autora de la obra colectiva en sí misma, como obra autónoma, por lo que el reconocer plenamente su derecho trabaría la explotación.

Sin embargo, la pertinencia de esta excepción al principio de que la titularidad originaria corresponde a la persona física que crea la obra, no es pacíficamente aceptada. Se considera que es más adecuado establecer una cesión legal

⁶ En algunas legislaciones también se consideran obras colectivas aquellas en las que están incorporadas obras o partes de obras *precisamente* de diferentes autores (por ejemplo Canadá, art. 2, §e).

o bien una presunción de cesión de los derechos de explotación por parte de los autores en favor del productor de la obra, salvo estipulación en contrario (como en Francia, art. 13, y en España, art. 8, 2ª parte).

3.3. Titularidad de las obras anónimas y seudónimas. Las obras inéditas

A) Titularidad de las obras anónimas y seudónimas

Obra *anónima* es la divulgada sin indicar el nombre o el seudónimo de su autor. Obra *seudónima* es la divulgada identificando a su autor bajo un nombre artístico distinto del verdadero.

El seudónimo puede cumplir tanto la función de identificar al autor bajo un nombre distinto del verdadero (*falso nombre*) como de mantenerlo anónimo (*sin nombre*). En el primer caso el seudónimo puede no dejar dudas acerca de la identidad del autor (*seudónimo transparente*), supuesto en el cual se considerará que equivale al nombre (por ejemplo, *Molière*, *George Sand*, *Rubén Darío*, *Gabriela Mistral*). En el segundo, puede ocultar realmente a la persona; en ese caso es un *seudónimo equivalente al anónimo* (por ejemplo, *Bruno Traven*, autor, entre otras, de la novela *El tesoro de la Sierra Madre*).

El autor puede decidir permanecer anónimo o adoptar un seudónimo con análoga finalidad. Aun en estos casos, es el titular de todos los derechos sobre su obra, pero sus facultades serán ejercidas por un tercero: la persona física o jurídica que la publique⁷ con su consentimiento.

La persona encargada de ejercer los derechos del autor es un mandatario *ex lege*, de un tipo especial, pues deberá abstenerse de revelar el nombre de su mandante a las personas con quienes se relacione con motivo de su gestión. No es titular —originario o derivado— de los derechos del autor, porque este, con solo revelar su identidad y justificar su calidad de

tal, puede, *ipso facto*, ejercerlos por sí sin que sea necesario que se produzca una *retrocesión* de los derechos del tercero.

El autor conserva la posibilidad de revelar su identidad en cualquier momento y ejercer sus derechos por sí mismo. Pero solo al autor le corresponde esa facultad pues los derechos al anónimo y al seudónimo forman parte de su derecho moral a la paternidad de la obra.

Mientras la obra permanezca anónima, el plazo de duración de los derechos patrimoniales sobre ella se contará a partir de su divulgación. Lo mismo sucede cuando el seudónimo no sea, por lo conocido, equivalente al nombre.

Si durante su vida, o por testamento, el autor revelara su identidad de manera fehaciente, el plazo se contará según corresponda, en general, al género de la obra, sin perjuicio de la validez de los derechos adquiridos mientras la obra permaneció anónima o seudónima.

En el art. 15 §3 del Convenio de Berna (Acta de París) se establece que:

“Para las obras anónimas y para las obras seudónimas que no sean aquellas de las que se ha hecho mención en el párrafo 1 anterior (*seudónimo que por lo conocido no deje la menor duda sobre la identidad del autor*), el editor cuyo nombre aparezca estampado en la obra será considerado, sin necesidad de otras pruebas, representante del autor; con esta cualidad, estará legitimado para defender y hacer valer los derechos de aquel. La disposición del presente párrafo dejará de ser aplicable cuando el autor haya revelado su identidad y justificado su calidad de tal.” (Las cursivas son añadidas.)

B) Las obras inéditas

Obra inédita es la que no ha sido publicada.

Se entiende por “obra publicada” aquella cuyos ejemplares se han puesto al alcance del público con el consentimiento del autor, siempre que la disponibilidad de tales ejemplares haya alcanzado para satisfacer las necesidades razonables del público, teniendo en cuenta la naturaleza de la obra. La obra se considera publicada si se encuentra almacenada en un sis-

⁷ “Que la saque a la luz” es la expresión, de amplio alcance, utilizada en la ley española (art. 6, §2).

tema de ordenador y está al alcance del público mediante cualquier procedimiento de recuperación.⁸

Por tanto, una obra se encuentra inédita mientras el autor no haya ejercido a su respecto su derecho moral de divulgación,⁹ aun cuando la haya hecho conocer a un grupo determinado de personas, incluso distribuyendo entre ellas ejemplares obtenidos por fotocopiado u otra forma de duplicación.

Antonio Chaves destaca que *impresión* no es sinónimo ni implica necesariamente una publicación o divulgación.¹⁰

Las limitaciones del derecho de autor¹¹ no se aplican a las obras inéditas.

Las obras inéditas —o no publicadas— se encuentran protegidas tanto en las legislaciones nacionales como por las convenciones internacionales. En estas últimas, el carácter inédito de la obra determina que, a los efectos de establecer si esta se encuentra en la órbita de tutela que dispensa la Convención, solo se adopten criterios de protección personales (nacionalidad del autor o residencia habitual de este en un Estado contratante).

El Convenio de Berna establece en el art. 3, §1. a) —Acta de París, 1971—: "Estarán protegidos en virtud del presente Convenio: a) los autores nacionales de alguno de los países de la Unión, por sus obras, publicadas o no [...] (las cursivas son nuestras).

En el art. 3, §3, 2ª parte, se dispone que (a los efectos del Convenio) "no constituyen publicación la representación de una obra dramática, dramático-musical o cinematográfica, la ejecución de una obra musical, la recitación 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."

⁸ Vid. Proyecto de disposiciones tipo para leyes en materia de derecho de autor de la OMPI. Documento OMPI CE/MPC/72-II del 11 de agosto de 1989, definición del art. 2, xv, p. 4.

⁹ Vid. *infra*, cap. 4, §4.1.1.

¹⁰ Vid. Chaves, A., "El contrato de edición de obras escritas y musicales", en el libro memoria del II Congreso Internacional sobre la Protección de los Derechos Intelectuales, Bogotá, 1987, §1, pp. 25-26.

¹¹ Vid. *infra*, cap. 4, §4.3.

La Convención Universal (texto de 1971) establece en el art. II, §2: "Las obras no publicadas de los nacionales de cada Estado contratante gozarán, en cada uno de los demás Estados contratantes, de toda la protección que cada uno de estos Estados conceda a las obras no publicadas de sus nacionales así como de la protección especial que garantiza la presente Convención."

Las obras del folclore constituyen una categoría particular de obras inéditas (cap. 2, §2.2.1.7). Se trata de obras inéditas de autor anónimo que, por su amplia difusión, llegan a conocimiento de terceros (en muchos países se considera que las expresiones del folclore pertenecen al dominio público).

Respecto de las obras en esas condiciones, aunque sin mencionárlas, el art. 15, §4, del Convenio de Berna (Acta de París) establece que:

"a) Para las obras no publicadas de las que resulte desconocida la identidad del autor pero por las que se pueda suponer que este 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 sus derechos 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 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."

3.4. Titularidad de las obras audiovisuales

En materia de obras audiovisuales (obras cinematográficas y obras videográficas¹²), las dificultades para determinar el

¹² Vid. *supra*, cap. 2, §2.2.1.6. El Convenio de Berna menciona en el catálogo de obras protegidas (art. 2, §1) "las obras cinematográficas, a las que se asimilan las obras expresadas por procedimiento análogo a la cinematografía".

titular de los derechos de autor son mayores que en otros géneros de creación intelectual. Su realización demanda el concurso de un número importante de creadores, artistas y actividades auxiliares: el autor del libro cinematográfico original de la obra audiovisual o el autor de la adaptación, si aquella se basa en obras preexistentes (novela, obra de teatro, etc.); el autor de los diálogos; el autor de la música; el director o director-realizador; los actores; el escenógrafo; el director de fotografía; el camarógrafo; el sonidista; el compaginador; la persona que realiza el montaje de la obra; el vestuarista; el maquillador; el peinador; los asistentes del director; el director de fotografía, del camarógrafo y del escenógrafo; los ayudantes de filmación; el productor (entendiendo por tal a la persona física o jurídica que toma la iniciativa y asume la responsabilidad de la realización de la obra), el productor ejecutivo, los productores asociados y el jefe de producción.

Aparecen complejas cuestiones a resolver:

—Debido a una actividad preponderante o excluyente, ¿es autora una sola de esas personas?

—O bien se trata de una obra en colaboración y, en este caso, ¿son coautores de la obra audiovisual todas o solo algunas de las personas que contribuyen creativamente en ella?

—La titularidad del derecho, o al menos su ejercicio ¿debe permanecer en cabeza del autor o coautores de la obra audiovisual o debe atribuirse al productor, a fin de garantizar que la explotación no se verá trabada por el derecho de interdicción que corresponde a cada uno de los colaboradores? ¿Y cuál es el medio jurídico más idóneo para ello? ¿La atribución de titularidad originaria en favor del productor? ¿La *cessio legis* de los derechos patrimoniales o bien la prelación de cesión de los mismos salvo pacto en contrario, con limitaciones al derecho moral de los autores? Veamos a continuación distintas soluciones.

3.4.1. Relación entre los creadores de la obra y el productor de obras audiovisuales

Desde el inicio de la actividad cinematográfica los productores demandaron que se les garantizara una explota-

ción amplia de sus producciones. Reclamaron que se los reconociera como únicos autores de la obra. En algunos países se les atribuyó esta condición; en otros, la titularidad originaria.

En muchos, se entendió que tal pretensión resultaba desproporcionada. Sin embargo, se admitió que la obra cinematográfica presenta marcadas diferencias con otros tipos de obras: en lo atinente a su creación, pues constituye una obra en colaboración de un tipo especial, distinta de la colaboración imperfecta habitual, por el elevado número de creadores que colaboran en ella, por la forma en que se realiza la explotación y la magnitud de la inversión económica que demanda. Se reconoció la necesidad de asegurar los derechos del productor para garantizar una explotación satisfactoria.

En grandes líneas, las soluciones legislativas existentes para resolver el *problema de la titularidad de las obras audiovisuales* pueden dividirse en dos grupos principales:

a) Uno de ellos es el de los países que atribuyen al productor la condición de autor o bien la titularidad originaria del derecho de autor sin reconocer como autores de la obra audiovisual a los autores de los aportes creativos que concurren en ella: estos son los países del sistema del *copyright* como los Estados Unidos de América (art. 201, §b) y el Reino Unido (art. 9, §2, a) —aunque en este último se atribuye el derecho moral al director (art. 77)—. Este es el sistema que se denomina del *film-copyright* del productor.

b) El otro es el de los países de tradición jurídica continental europea o latina o del sistema del derecho de autor, en los cuales se considera que *solamente las personas físicas* que han participado en la creación de la obra audiovisual pueden ser autoras y, por consiguiente, titulares originarios del derecho de autor sobre dicha obra.

Ello no obstante, en el caso de las obras cinematográficas (o de las audiovisuales) se establecen disposiciones especiales a fin de que el productor pueda realizar la explotación de la obra sin interferencias inútiles. En consecuencia, en algunas legislaciones se opta por establecer, en favor de aquel, una cesión legal de pleno derecho —*cessio legis*— de los derechos patrimoniales (por ejemplo Italia), o bien, en la

mayoría, se instituye una *presunción legal de cesión* o una *presunción legal de legitimación*, salvo pacto en contrario, al igual que diversas limitaciones al derecho moral de los colaboradores.

La diferencia básica entre los dos sistemas, como dijimos, no se encuentra tanto en lo relativo a la transferencia de los derechos patrimoniales sino respecto del derecho moral, que en los países del sistema del derecho de autor no se transmite al productor, aunque se someta a algunas restricciones. Es posible que con ello deba relacionarse el hecho de que en la ley inglesa de 1988, por un lado —a efectos de la atribución originaria de la titularidad—, se establezca que en el caso del *film* el autor es el productor (art. 9, §2, a) y por el otro —a efectos del derecho moral— el derecho a ser identificado como autor del *film* y a la integridad del mismo se reconozca al director (arts. 77, §1, y 80, §1).

En los países de tradición jurídica latina las obras cinematográficas, o bien las obras audiovisuales en general, son consideradas obras en colaboración, y entre las personas a quienes se atribuye la calidad de coautores o colaboradores de estas suelen encontrarse: los autores del libro original creado para dicha obra, de la adaptación, cuando se basa en una obra preexistente, de los diálogos, de las composiciones musicales con o sin letra, especialmente compuestas para dicha obra, y el director (o director-realizador).

En algunos de estos países también se incluye al productor entre los coautores de la obra audiovisual, ya sea a condición de que, al igual que las demás personas que intervienen en ella, realice un acto de creación intelectual (Francia, art. 14, primer párrafo), o con carácter general, y aunque se trate de una *persona jurídica* (Argentina, art. 20; Brasil, art. 16; Costa Rica, art. 52, §ch); también se menciona al autor de la obra preexistente en que se basa la obra audiovisual —novela, obra de teatro, etc.— (Francia, art. 14, último párrafo).

La finalidad de garantizar al productor la explotación de la obra cinematográfica motivó el art. 14 bis, §2, b) del Convenio de Berna, Acta de París —1971— (originado en la reforma de Estocolmo —1967—), que instituye la *presunción de legitimación* como regla de interpretación de los

contratos en los países donde no rigen ni el sistema del *film-copyright* ni el de la *cessio legis*.

“Sin embargo, en los países de la Unión en que la legislación reconoce entre estos titulares a los autores de las contribuciones aportadas a la realización de la obra cinematográfica, estos, una vez que se han comprometido a aportar tales contribuciones, no podrán, salvo estipulación en contrario o particular, oponerse a la reproducción, distribución, representación y ejecución pública, transmisión por hilo al público, radiodifusión, comunicación al público, subtitulado y doblaje de los textos, de la obra cinematográfica.”

No obstante, el campo de aplicación de esta norma es muy limitado; salvo que la legislación nacional disponga otra cosa, la presunción establecida en la norma convencional no es aplicable a los autores de los guiones, diálogos y obras musicales creados para la realización de la obra cinematográfica, ni al realizador principal (art. 14 bis, §3).

3.4.2. Salvaguardia del derecho moral

La protección de las importantes inversiones financieras que demanda la realización de obras audiovisuales determina, frecuentemente, que el derecho moral sobre estas sea objeto de restricciones. Corresponde a sus coautores; algunas legislaciones lo reconocen solo al director (Brasil, art. 26; Costa Rica, art. 56), sin perjuicio de los que atañen a los colaboradores y a los artistas sobre sus respectivos aportes (Colombia, art. 99). Se reconoce en sus dos facultades básicas —paternidad e integridad—, excluyendo el derecho de retrato o arrepentimiento (cuyo ejercicio por parte de uno de los colaboradores podría conducir a situaciones muy enojosas y causar grave daño a los demás y al productor), como dispone expresamente Alemania, art. 90; también resulta de las disposiciones que establecen que cuando un autor no completa su aportación, por su negativa injustificada o por causa de fuerza mayor, el productor puede utilizar la parte

airadas protestas; se trata de una lesión mayúscula a la integridad de la obra. La situación se considera diferente cuando se trata de obras audiovisuales destinadas esencialmente a la comunicación pública a través de la radiodifusión (obras televisivas). En estos supuestos es dable presumir, salvo pacto en contrario, que los autores han tenido en cuenta y autorizado que la emisión se realice con las modificaciones estrictamente exigidas por el modo de programación del medio, siempre que no importen perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación (España, art. 92, §2, 2ª parte).

Actualmente, la lesión al derecho moral se invoca también para oponerse a la "colorización" de las obras cinematográficas realizadas en blanco y negro, pues se considera que traiciona la creación original.¹³

3.4.3. Presunción de cesión de los derechos patrimoniales

Para asegurar que el productor no se vea inútilmente obstaculizado en la explotación de la obra audiovisual, en los países de tradición jurídica latina se establece, como ya vimos, una presunción de cesión de los derechos patrimoniales de los colaboradores en favor del productor que admite

¹³ En el senado caso de los herederos de John Huston y Ben Maddow c/5ª Chaîne y Turner Entertainment Inc., por la teledifusión de la versión colorizada del film *Asphalt Jungle* (RIDA, n° 139, 1989, pp. 205-210; RIDA, n° 142, 1990, pp. 329-339, con nota de André Françon; Ginsburg, J., y Sirinelli, P., "Auteur, création et adaptation en droit international privé et en droit interne français. Réflexions à partir de l'affaire Huston", RIDA, n° 150 1991, pp. 3-81).

André Bertrand señala que ya a fines del siglo XIX la justicia francesa consideró que la "colorización" de fotografías y tarjetas postales constituía una *contrefaçon* (toda *contrefaçon* es un delito). Lo mismo en 1959, en el caso de una copia "sepiada" de la obra cinematográfica *The Kid* de Charles Chaplin ("En la «jungle» del derecho de autor internacional: ¿el derecho moral francés resultará inmutable en Norteamérica?", traducción de Antonio Millé, en revista DAT (Buenos Aires), abril de 1989, pp. 1-8).

ya realizada, respetando los derechos de aquel y sin perjuicio, en su caso, del derecho a percibir una indemnización (por ejemplo, España, art. 91; Francia, art. 15, §1; Brasil, art. 86; Colombia, art. 102). Debe entenderse siempre que la parte utilizada no puede ser desnaturalizada.

El *derecho a la paternidad* impone que se mencionen, en la forma usual o en la estipulada en el contrato, los nombres de todos los colaboradores, incluso en los avances y en los anuncios publicitarios de la obra.

c) El *derecho a la integridad* está acotado por los requerimientos artísticos y técnicos de la filmación, aunque en la medida estrictamente indispensable y siempre que no altere el espíritu de la obra. Se ha planteado que si durante la etapa de realización de la obra audiovisual alguno de los colaboradores rehusara introducir las modificaciones imprescindibles al efecto, el productor podría encomendarlas a otro autor, a condición de que la contribución original no sea desnaturalizada.

En estos casos, los Tribunales suelen tomar en cuenta las necesidades de la colaboración. Estas necesidades conducen a limitar el derecho moral de cada coautor pues, en esta clase de obras, es menos potestativo que cuando se trata de la obra de un solo autor.

El coautor cuyo aporte hubiera sido modificado o completado en las condiciones antes indicadas, podría exigir que no se lo vincule con el mismo y se omita la mención de su nombre en la obra audiovisual. Si considera que se ha desnaturalizado su aporte, puede rehusar su conformidad con la versión definitiva y reclamar contra una utilización de su obra en esas condiciones.

La lesión del derecho moral resulta evidente cuando se realizan cortes sin la conformidad de los colaboradores; algunas legislaciones prevén expresamente que cualquier modificación de la versión definitiva de la obra audiovisual mediante agregados, supresión o cambio de cualquier elemento de esta, requerirá la autorización previa de las personas cuya conformidad sea necesaria para establecer dicha versión (Francia, art. 16, §3; España, art. 92, §2).

La intercalación de anuncios publicitarios, común durante la difusión por televisión, ha provocado, justamente,

prueba en contrario (presunción *iuris tantum* de cesión) —o una cesión legal o bien una presunción de legitimación en favor del productor, salvo pacto en contrario—, que comprende los derechos de *reproducción* (sacar copias necesarias para la comunicación pública en la forma prevista en el contrato), de *distribución*, de *comunicación pública* (en la forma prevista en el contrato o que resulte del destino específico de la obra) y de traducción (mediante subtitulado o doblaje) o de los derechos mencionados en la respectiva disposición legal, de interpretación restrictiva. (Sobre la posibilidad restringida que algunas legislaciones acuerdan para aplicar a las obras radiofónicas —televisivas— el régimen legal de las obras audiovisuales, *vid. supra*, cap. 2, §2.2.1.6, B.)

Las obras audiovisuales tienen distintos destinos específicos, según la clase a qué pertenezcan. Por ejemplo, la finalidad inmediata de las obras cinematográficas es su proyección en salas comerciales. Es necesario entonces que los colaboradores autoricen expresamente al productor la explotación de la obra por otros medios, tales como:

- reproducción total o parcial de la obra con una finalidad distinta a la prevista en el contrato;
- reproducción y puesta a disposición del público de copias en cualquier sistema o formato para su utilización en el ámbito doméstico (en la actualidad, primordialmente, mediante copias en cintas de video —videocasetes—), y
- comunicación pública a través de la televisión abierta o por cable.

La remuneración de los autores de una obra audiovisual debe guardar una relación razonable con la extensión de los derechos que se acuerdan a su productor y las modalidades de explotación concedidas en los contratos respectivos.

Los colaboradores conservan el derecho a disponer de sus contribuciones personales en forma aislada (por ejemplo, derecho del autor del libro cinematográfico original a autorizar una edición gráfica o una adaptación teatral, etc.), a veces condicionado a que no perjudique la explotación normal de la obra audiovisual. También conservan el derecho a volver a contratar la inclusión de sus contribuciones personales en otra obra audiovisual (*remake*) una vez pasado un período razonable. Este plazo suele estipularse en alrede-

dor de cinco años desde la fecha de la contratación. Algunas leyes lo fijan para el caso de imprevisión contractual (quince años en el art. 89, §2 de la ley española). A falta de estipulación contractual o de previsión legal, el autor podría demandar la fijación judicial de plazo.

3.5. Titularidad de las obras hechas por encargo o en virtud de una relación contractual laboral

El contrato de obra por encargo no origina una relación contractual laboral. La situación del autor que crea una obra por encargo es distinta de la del autor asalariado.

A) Titularidad de las obras hechas por encargo

Obras por encargo son las que se hacen en cumplimiento de un convenio por el cual se encomienda al autor que, a cambio del pago de una remuneración, cree determinada obra para ser utilizada en la forma y con los alcances estipulados.

El autor que acepta el encargo ejecuta su prestación libremente. Le corresponde la titularidad originaria sobre la obra y goza en plenitud de las facultades que integran su derecho en ambos aspectos: moral y patrimonial, aunque puedan encontrarse excepciones aisladas y puntuales (como en la ley argentina, art. 16, respecto de los colaboradores anónimos de una compilación colectiva sobre sus contribuciones de encargo).

El comitente solo puede efectuar la explotación prevista en el contrato de obra por encargo aun cuando el autor reciba indicaciones sobre la temática, los lineamientos principales e, incluso, sobre el título, y aunque estos elementos tengan originalidad, pues el derecho de autor protege creaciones formales.¹⁴

¹⁴ Tales indicaciones no tienen virtualidad para transformar al comitente en autor, salvo en la situación, ciertamente excepcional, en que las instrucciones sean tan completas y precisas que la tarea de ejecución de la obra consista en un trabajo puramente *material*.

La regulación establecida en la legislación civil para el contrato de *locación de obra* solo es aplicable en forma supletoria, y en cuanto no se oponga al derecho de autor, pues en aquella la obra deviene propiedad del locatario de obra o comitente.

B) Titularidad de las obras hechas en virtud de una relación contractual laboral

La determinación de la titularidad de las obras hechas como consecuencia de una relación contractual laboral plantea dificultades originadas en el choque que, en este aspecto, se produce entre los principios del derecho del trabajo y los que rigen el derecho de autor. En materia laboral, los frutos del trabajo del empleado le corresponden al empleador en contraprestación del pago del salario. En materia autoral, las facultades del derecho moral son inalienables y tanto la cesión como la concesión o licencia de derechos patrimoniales son de interpretación restrictiva y limitada a las formas de explotación previstas en el contrato.

Las obras creadas en virtud de una relación contractual laboral son frecuentes en determinados campos como el periodismo, la arquitectura, la publicidad, las artes aplicadas a la industria, la actividad editorial (adaptadores, traductores) y, desde época reciente, en las empresas productoras de complejos programas de ordenador. Esta situación supone que el autor asalariado va creando las obras a medida que el empleador se las solicita.

Los problemas que suscita la titularidad de estas obras suelen compararse con los que se presentan en materia cinematográfica pues, en ambos casos, es preciso que la explotación no se vea innecesariamente trabada por el derecho de interdicción que corresponde a los autores.

En general, en los países de tradición jurídica latina la adhesión al principio según el cual *el autor es la persona física que crea la obra* impide que la titularidad originaria del derecho de autor pueda ser atribuida al empleador aunque, salvo estipulación en contrario, se produzca una transferencia inmediata de derechos en favor de este último, pero el derecho moral sigue perteneciendo al autor empleado. Las

excepciones a esa regla general son puntuales, por ejemplo, programas de ordenador (Francia, ley de 1986, art. 45 que se aplica en todos los casos; Chile, art. 8, §2); obras creadas por empleados o funcionarios públicos en el desempeño de sus cargos (Chile, art. 88; Colombia, art. 91, en cuyo §2 se exceptúan las lecciones o conferencias de profesores).

En los países de economía planificada también se reconoce al autor asalariado como titular originario del derecho de autor.

En los países del *copyright*, cuando los autores crean en virtud de una relación contractual laboral, el empleador, como ya vimos, es considerado *autor* a los efectos de la adquisición de la *titularidad originaria* del *copyright*, salvo pacto en contrario (por ejemplo, Reino Unido, art. 11; Estados Unidos de América, art. 201 —*works made for hire*—), o bien, la titularidad originaria del *copyright* es atribuida al empleador, comprendido el derecho moral, excepto estipulación en contrario (por ejemplo, Barbados, art. 15, §b; Ghana, art. 7, §c).

La dicotomía entre ambas concepciones jurídicas se refleja en el Proyecto de disposiciones tipo de la OMPI para leyes en materia de derecho de autor (documento OMPI CEMPC/1/2-1 del 11 de agosto de 1989) en cuyo artículo 37 se presentan dos variantes. La *variante A* (prevista para países de tradición jurídica latina) atribuye originariamente los derechos patrimoniales *al autor*; la *variante B* (prevista para países de tradición jurídica angloamericana) atribuye los derechos patrimoniales originarios *al empleador*.

a) Derecho moral

La calidad de autor (sea independiente o bien asalariado) implica el reconocimiento del derecho moral. Sin embargo, la necesidad de preservar la explotación de las obras determina que, a pesar del carácter inalienable de las facultades que integran el derecho moral, se admitan restricciones, y que se considere excluida la posibilidad de que el autor asalariado ejerza el *derecho de retracto o arrepentimiento*, dado que no parece compatible con la relación contractual laboral en virtud de la transferencia del derecho de explotación en favor del empleador que de ella se deriva.

En cuanto al *derecho de divulgación*, el empleador puede publicar la obra solamente cuando el autor asalariado se la entrega para tal fin.

En lo relativo al *derecho a la paternidad*, en virtud del cual el nombre del autor debe figurar o ser mencionado en todos los ejemplares de la obra o cada vez que esta es comunicada al público, se acepta la validez de las renunciaciones del creador asalariado a tales menciones de su nombre aunque, en principio, se considera que tienen carácter precario, por lo que el autor podría denunciarlas.

En un estudio de la Organización Internacional del Trabajo¹⁵ se informa que, en Francia, las renunciaciones a que se mencione el nombre del autor asalariado se denominan *abdicatorias* cuando el autor renuncia a la mención de su nombre y *trasláticas* cuando otorgan a un tercero el derecho a atribuirse la autoría de la obra. Los Tribunales reconocen la validez de ambas, excepto que medie engaño fraudulento por parte del empleador; sin embargo, estas estipulaciones se consideran precarias pues el autor empleado puede, en cualquier momento, dar a conocer su paternidad intelectual sobre la obra, a reserva del reconocimiento de una indemnización en concepto de daños e intereses al empleador en caso de abuso al efectuar dicha revelación. Normalmente la renuncia debe ser objeto de una estipulación expresa, de interpretación restrictiva. El Tribunal de Apelación de París, por ejemplo, estimó que la condición de asalariado de un periodista no podía anular el derecho de paternidad del autor (perpetuo, inalienable e imprescriptible); una empresa periodística no podía pues valerse de una renuncia tácita del periodista al derecho de paternidad sobre sus obras, y, por tanto, menos aún de una renuncia que lo ligara a perpetuidad (*Recueil Dalloz Sirey*, París, 1969, p. 702).

La interpretación de los alcances del derecho del autor empleado a denunciar su renuncia a que su nombre se rela-

¹⁵ OIT, *La protección de los autores e inventores a sueldo*, Ginebra, 1987, pp. 75-76.

cione con su obra depende de las circunstancias particulares de cada caso y, especialmente, de las costumbres que se observan en algunos sectores (por ejemplo, publicidad).

En Alemania se considera que el asalariado no puede ejercer ilimitadamente el derecho al reconocimiento de su condición de autor cuando ello no se ajusta a la práctica de la rama de actividad en que está empleado o cuando es incompatible con las obligaciones que emanan de la relación de trabajo o con la naturaleza de esta última; la Confederación Alemana de Sindicatos (DGB) hizo observar que el empleador no podría, sin embargo, modificar la designación del autor, una vez aprobada esta.¹⁶

En cuanto al derecho del autor a la *integridad de la obra*, que impediría que el empleador la modifique, se considera que está acotado tanto por las necesidades de este último y los principios del derecho del trabajo, según los cuales el empleador dispone no solo del fruto del trabajo del empleado sino además de la facultad de orientar y dirigir dicho trabajo, como por la originalidad que presenta el aporte del empleado, pues perdería sentido cuando es muy escasa o se trata de obras producto de sucesivas transformaciones.

Algunas legislaciones reconocen expresamente el derecho de modificación de ciertas obras, por ejemplo, los programas de ordenador (Francia, ley de 1985, art. 46 con alcance general); los artículos periodísticos (Italia, art. 41, que establece que el director del periódico o diario tendrá derecho, salvo pacto en contrario, a introducir en el artículo destinado a la publicación aquellas modificaciones de forma que exijan la naturaleza y los fines del diario).

En Checoslovaquia, cuando se efectúan modificaciones sin el consentimiento del autor empleado, este no puede impedir la publicación de su obra, pero sí puede retirar su acuerdo para que se utilice su nombre, sin que ello signifique pérdida de su derecho en la remuneración. Igualmente, puede autorizar a otros editores a que utilicen la versión

¹⁶ *Ibid.*, p. 75.

original de su trabajo. Medidas similares pueden encontrarse en Bulgaria, Hungría y la ex Unión Soviética.¹⁷

b) Derechos patrimoniales

El derecho de explotación de la obra, salvo pacto en contrario, se transmite de pleno derecho al patrono bajo la forma establecida por la ley (atribución de titularidad original, cesión de pleno derecho, presunción de cesión).

Se puede observar una tendencia a restringir el alcance de la transferencia de los derechos patrimoniales en favor del empleador. Solo puede efectuarse las utilidades que constituyen el giro normal de sus actividades (por ejemplo, España, Reino Unido, India, etc.). El carácter tuitivo del derecho de autor impone una interpretación restrictiva de las disposiciones legales o contractuales que implican la transmisión de los derechos de los creadores.

En el campo de la actividad periodística ha sido donde, en mayor medida, se ha concretado tal tendencia, y muchas legislaciones (por ejemplo, Argentina, Bélgica, España, Francia, Italia, Portugal, etc.) contienen disposiciones por las que, con diferente amplitud, se reserva al autor, salvo pacto en contrario, el derecho de publicar su obra en colección o bien de explotarla en otras formas, a condición —o no— de que no entre en competencia con la publicación donde apareció primero.

¹⁷ Palos, G., *General aspects of copyright ownership and its consequences for the relations between employers and employed or salaried authors in socialist countries* (documento mimeografiado OIT/Unesco/OMPI SACM/2, Ginebra, 1982), cit. en *La protección de los autores e inventores a sueldo*, OIT, 1987, p. 79.

Capítulo 4

Contenido del derecho de autor

SUMARIO: 4. Contenido del derecho de autor. Teoría monista y teoría dualista. 4.1. El derecho moral. Caracteres. 4.1.1. El derecho de divulgación. 4.1.2. El derecho de paternidad. 4.1.3. El derecho al respeto y a la integridad de la obra. 4.1.4. El derecho de retrato o arrendamiento. 4.2. Los derechos patrimoniales. 4.2.1. El derecho de reproducción. Concepto y contenido. 4.2.2. El derecho de comunicación pública. Concepto y contenido. 4.2.3. El derecho de transformación. 4.2.4. El derecho de participación o droit de suite. 4.3. Limitaciones del derecho de autor. 4.3.1. Utilizaciones libres y gratuitas; la copia privada, el uso personal; el uso para fines educativos; el derecho de cita; el uso para información, para procesos legales; otros casos de utilización libre y gratuita. 4.3.2. Utilizaciones sujetas a remuneración: licencias no voluntarias (licencias legales y licencias obligatorias).

4. Contenido del derecho de autor. Teoría monista y teoría dualista

A) *Contenido del derecho de autor*

La obra protegida por el derecho de autor es un bien de naturaleza particular: refleja del modo más intenso y perdurable la personalidad de su creador. El autor "vive" y trasciende en su obra. Por eso, el derecho de autor no se agota en asegurar al creador la posibilidad de obtener beneficios económicos por la explotación de la obra; protege sus relaciones intelectuales y personales con la obra y con su utilización.

Esta es la razón por la que se plantea que en la actualidad es un hecho generalmente aceptado en el orden nacional e internacional, que el derecho de autor tiene un doble cometido y, en consecuencia, también una doble estructura.¹

¹ Dietz, A., *El derecho de autor en la comunidad europea*, edición española, Ministerio de Cultura, Madrid, 1983, p. 153.

Está integrado por facultades exclusivas que conforman el contenido de la materia: las personales —que componen el derecho moral— permiten la tutela de la personalidad del autor en relación con su obra, y las pecuniarias —que integran el derecho patrimonial— posibilitan que el autor efectúe la explotación económica de su obra o, como es lo habitual, que autorice a otros a realizarla y participe en ella.

B) Teoría monista

Los partidarios de la tesis monista rechazan que se pueda hacer un neto deslinde de los dos órdenes de facultades que integran el derecho de autor: consideran que todas las prerrogativas que corresponden al creador tanto de carácter personal como patrimonial constituyen manifestaciones de un derecho unitario que garantiza, en su conjunto, tanto los intereses intelectuales del autor como los económicos.

Ello no significa que la doctrina monista desconozca esa diferenciación entre ambas clases de derechos, sino que efectúa una interpretación unitaria de todas las facultades y derechos que corresponden al autor, a las que considera solo como derivaciones, manifestaciones y modalidades de una figura única.

Ulmer, ilustre representante de la moderna doctrina alemana afiliada al monismo (Rintelen, Dietz, etc.), expresa que las dos clases de intereses distintos —los de carácter personal y los de índole patrimonial— que la obra representa para el autor, podrían ser lo que son las raíces en un árbol de único tronco. De ese tronco derivan luego ramas y tallos distintos, que son las facultades jurídicas que, como las ramas del tronco, unas veces extraen su fuerza de ambas raíces —del fundamento personal y del patrimonial—, y otras preponderantemente de una de ellas.²

Dietz explica que la interpretación monista rechaza una delimitación rígida de los dos grupos de facultades porque no

² Ulmer, E., *Urheber und Verlagsrecht*, p. 101 (cit. por Baylós Corroza, H. *Tratado de Derecho Industrial...*, p. 460, nota 245).

puede mantenerse en la práctica; los derechos exclusivos de explotación que se conceden al autor sirven también a sus intereses intelectuales, y las facultades que le otorga el derecho moral sirven también a sus intereses económicos. Así por ejemplo, la facultad de oponerse a la introducción de modificaciones o de deformaciones en la obra puede corresponder tanto al interés personal del autor de mantener su obra no falseada, como a su interés económico de que no se influya en la rentabilidad de la obra con modificaciones y empeoramientos. Y a la inversa, una utilización económicamente satisfactoria de la obra mediante reproducciones y representaciones contribuye a un mayor conocimiento de la obra y de su autor y beneficia también sus intereses personales en tanto ayuda a difundir sus ideas y a su fama personal.

Desde el punto de vista de la concepción monista, todos los derechos individuales otorgados por el legislador pueden entenderse como desdoblamientos de un Derecho de Autor único y uniforme, de manera que diferentes reglamentaciones legales de los derechos individuales no dicen nada en conjunto sobre la naturaleza del derecho de autor.³

C) Teoría dualista

En cambio, la concepción dualista divide el conjunto de las facultades que posee el autor en dos clases de derechos, uno de contenido espiritual y otro de carácter patrimonial: el derecho moral y el derecho patrimonial, los cuales no deben ser confundidos aunque se interrelacionen e interfieran recíprocamente. Pero la interpretación dualista no se limita a esta distinción, a la cual, por otra parte, también recurren los partidarios de la tesis monista en atención al doble cometido del derecho de autor (proteger intereses espirituales e intereses económicos).⁴

Según Desbois, partidario de la tesis dualista, la protección de los intereses intelectuales y la satisfacción de los intereses de carácter patrimonial representan dos objetivos que

³ Dietz, A., *op. cit.*, pp. 155-156.

⁴ Vid. Baylós Corroza, H., *op. cit.*, p. 393.

la razón y la observación de los hechos permiten disociar. Los intereses intelectuales y los patrimoniales tienen además esferas de aplicación diferentes; el derecho moral y los derechos patrimoniales no tienen el mismo destino, no nacen al mismo tiempo ni se extinguen juntos. Mientras los derechos patrimoniales permanecen en el estado de meras virtualidades antes de la conclusión de la obra y hasta tanto el autor no haya tomado la decisión de destruirlos median- te la publicación, el derecho moral existe desde las prime- ras líneas, desde que la obra es un simple bosquejo. Es en ejercicio del derecho moral de divulgación como el autor introduce su obra en la esfera de los valores económicos, determinando bajo qué forma y en qué medida. Una vez transcurrido el período de monopolio, el derecho moral, lejos de haber terminado su curso, continúa vivo y prestando uti- lidad hasta que la obra quede sepultada en el olvido; quien- quiera que desee exhumarla, no importa el tiempo que hubiere pasado, tendrá el imperioso deber de hacerlo tal y como el autor la elaboró y publicó.⁵

En consecuencia, y dado que para la interpretación dualis- ta se trata de dos categorías de derechos que tienen distintos destinos jurídicos, ellos son independientes entre sí y pueden ser objeto de regulaciones legales diferentes: mientras para los derechos patrimoniales se aplican los fundamentos de la transmisibilidad y la limitación temporal, para el derecho moral, en cambio, se aplican los postulados de la intransfe- ribilidad e imprescriptibilidad y de la duración ilimitada.⁶

En las legislaciones ha predominado la concepción dualista.

4.1. El derecho moral. Caracteres

A) El derecho moral

El derecho moral protege la personalidad del autor en relación con su obra. Está integrado, en sustancia, por el

⁵ Vid. Desbois, H., *op. cit.*, §209, pp. 263-264.

⁶ Vid. Dietz, A., *op. cit.*, p. 156.

derecho del autor a decidir la divulgación de la obra —darla a conocer o mantenerla reservada en la esfera de su intimi- dad—, a exigir que se respete su condición de creador y la integridad de su creación y a retractarse o arrepentirse por cambio de convicciones y retirarla de circulación.

Estas facultades tienen contenido diferente, por lo que se las divide en dos categorías: positivas y negativas.

1) Las *positivas* son el derecho de divulgación y el dere- cho de retracto o arrepentimiento. Se califican como posi- tivas porque demandan una toma de decisión, una iniciativa por parte del titular del derecho: divulgar la obra, modifi- carla, retirarla del comercio, destruirla.

2) Las *negativas* o *defensivas* son el derecho al reconoci- miento de la paternidad y el derecho a la integridad de la obra, que los autores franceses denominan genéricamente *derecho al respeto*: al nombre del autor y a la obra. Se cali- can como negativas porque se traducen en un derecho de *impedir* o en una simple *abstención* por parte de los sujetos pasivos. Son defensivas porque, aun después de la muerte del autor y de que la obra haya entrado en el dominio públi- co, permiten actuar en resguardo del derecho moral a fin de proteger la individualidad e integridad de la creación inte- lectual en las cuales está involucrado el interés general de la comunidad.

En sus orígenes el derecho de autor fue considerado casi exclusivamente en su aspecto patrimonial, pero a medida que la materia se fue desarrollando, el reconocimiento de la importancia del derecho moral fue en aumento y actualmen- te la preeminencia de los intereses intelectuales y espiritua- les del creador es reconocida incluso en el plano legislativo.

Varias leyes de países de tradición jurídica latina, aun cuando adoptan la teoría dualista, mencionan el derecho de autor y lo regulan *antes* que a los derechos patrimoniales,⁷ admitiendo el derecho de retracto o arrepentimiento, con lo cual las convicciones intelectuales o morales del creador se

⁷ Francia, arts. 2, 6, 19 y 32; Perú, arts. 2 y 32 a 34; Brasil, arts. 21 y 25 a 28; Costa Rica, arts. 13 a 15; España, arts. 2 y 14 a 16; etcétera.

—es *extrapatrimonial* porque no es estimable en dinero, aunque produzca consecuencias patrimoniales indirectas o mediatas como, por ejemplo, la posibilidad de obtener mayores ingresos como resultado del aumento del prestigio del autor y de su obra por la difusión de esta unida al nombre de su creador —tanto en contrataciones normales como cuando se trata de fijar el resarcimiento por lesiones a sus derechos—;

—es *inherente* a la calidad de autor, es decir que *está unido a la persona del creador*; el autor lo conserva durante toda su vida aun cuando se trate de obras cuyo plazo de protección haya expirado (por computarse a partir de la creación o de la publicación de estas). Después de su muerte algunas de sus facultades (las *negativas* y la de divulgar las obras póstumas) son ejercidas por sus herederos o por las personas designadas al efecto (*vid. infra*, cap. 5, §5.2.1).

—es *absoluto* porque es oponible a cualquier persona (*erga omnes*), lo cual permite que el titular enfrente a todos los demás, incluso a quien ha recibido el pleno derecho patrimonial sobre la obra. A diferencia de los derechos relativos, no se agota en un derecho de aprovechamiento del bien que solo es oponible al concedente.

De esos caracteres se deriva que el derecho moral:

—es *inalienable* e *irrenunciable*.

En razón de la inalienabilidad del derecho moral, toda transmisión *inter vivos* de derechos de autor solo puede involucrar los derechos patrimoniales. Por ser inalienable, el derecho moral:

—es *inenbargable, inejecutable e inexpropiable*;

—es también *imprescriptible*, porque está fuera del comercio, y

de la creación de la obra del ingenio, es, sin embargo, un derecho de la personalidad al reunir sus caracteres, como después expondremos⁸.

"Esta distinción de los derechos de la personalidad en innatos y no innatos es admitida y desarrollada en la doctrina que más ha profundizado el fundamento de los derechos de la personalidad, atribuyendo al derecho moral de autor esta característica de derecho no innato de la personalidad." (*Las facultades del derecho moral de los autores y artistas*, Madrid, Civitas, 1991, pp. 30-31.)

anteponen al principio de la fuerza obligatoria de los contratos y a los derechos adquiridos por terceros, pues permiten que aun después de publicada la obra el autor resuelva el contrato de explotación y la retire del comercio bajo la condición de indemnizar previamente los daños.

B) Caracteres

a) El derecho moral del autor es esencial, extrapatrimonial, inherente y absoluto.⁸

—es *esencial* porque contiene un mínimo de derechos exigibles en virtud del acto de creación de una obra, sin los cuales la condición de autor perdería sentido; pero, a diferencia de los derechos de la personalidad también denominados derechos personalísimos, *no es innato* porque no lo tienen todas las personas por la sola condición de tales sino solo las que son autoras.⁹

⁸ Estos son también caracteres de los derechos de la personalidad; *vid.* Cifuentes, S., *Los derechos personalísimos*, Buenos Aires-Córdoba, Ed. Lerner, 1974, pp. 138-151. Para Cifuentes, el *derecho moral del autor* no forma parte de la categoría jurídica de los "derechos personalísimos" (denominación que estima más adecuada que otras empleadas por la doctrina, incluso que la de "derechos de la personalidad", mayoritariamente utilizada (*vid.* pp. 152-155) porque, sin dejar de señalar que aquel tiene múltiples contactos con esta última, pone de relieve que al derecho moral le faltan varios de los caracteres fundamentales de los derechos personalísimos (entre los que menciona Cifuentes nos permitimos destacar: que no es innato, ni vitalicio, ni necesario; su objeto no es interior y es transmissible *mortis causa*; *vid.* pp. 164-169).

⁹ Diego Espín Cánovas pone de relieve que la connotación de *esencialidad* de los derechos de la personalidad —de corresponder a todo ser humano— los caracteriza también como derechos *innatos*. Sin embargo, señala, esta coincidencia de derechos innatos con los derechos esenciales de la persona, "no es absoluta, pues existen algunos derechos esenciales de la persona que no surgen por el solo hecho de la personalidad humana, pues requieren algún otro hecho concurrente, por lo que, sin dejar de ser derechos esenciales, no tienen el carácter de *innatos*. Esto es lo que ocurre precisamente con el derecho moral de autor, que, no obstante ser esencial, no se predica de cualquier persona, pues no todos son autores, sino tan solo aquellos que lo sean".

"Es el hecho de la creación intelectual lo que configura en las leyes la condición de autor, condición que aun no siendo innata, al exigir el hecho

—es *insubrogable*, por ser inherente a la calidad de autor. Tiene, en principio, duración ilimitada.

b) Algunas leyes sobre derecho de autor reconocen en forma *explicita* varios de los caracteres indicados (inherencia, inalienabilidad, imprescriptibilidad, irrenunciabilidad y perpetuidad) del derecho moral (por ejemplo Argelia, arts. 22 y 71; Brasil, arts. 25, §§1 y 2, 28 y 52; Colombia, art. 30; Checoslovaquia, arts. 12, §2 y 33, §7; Ecuador, art. 18; España, arts. 14 a 16; Francia, arts. 6 y 19; Haití, art. 5; Japón, arts. 59 y 60; Marruecos, art. 2; México, art. 3; etcétera).

Otras legislaciones lo hacen en forma *indirecta* al establecer que el autor conserva el derecho moral aunque enajene la propiedad de su obra y que después de vencidos los términos de protección podrán denunciarse las lesiones a la integridad de la obra (Argentina, arts. 52 y 83; Paraguay, art. 45; Uruguay arts. 12 y 16).

También se encuentran consagrados en forma *negativa* al disponer que la transferencia de los derechos morales se considera sin valor e ilegal (Libia, art. 39).

c) Sin embargo, las facultades que integran el derecho moral del autor, como en general los derechos de la personalidad, son relativamente indisponibles por parte del titular originario —el creador—. ¹⁰ Así, por ejemplo, en relación con el derecho a la paternidad artística, el autor puede querer —o simplemente aceptar— que no se mencione su nombre; en ese caso la obra se difundirá en forma anónima o bien bajo seudónimo. En cuanto al derecho al respeto a la integridad de la obra, en algunos sectores de la actividad creativa es frecuente que se introduzcan cambios, como en materia de obras creadas en virtud de una relación contractual laboral, de obras audiovisuales, de programas de orde-

nador, ¹¹ de obras de arquitectura y de diseño de objetos de uso corriente. ¹²

d) Sobre el derecho moral después de la muerte del autor, *vid. infra*, cap. 5, §§5.1.5 y 5.2.1.

e) El derecho moral al respecto de la integridad de la obra es diferente al derecho de transformación —adaptación, compendio, etc.— que forma parte del derecho patrimonial y constituye uno de los modos normales de explotar una obra. Mientras la obra se encuentra en el dominio privado, las transformaciones pueden ser autorizadas tanto por el autor como por cualquier titular derivado de sus derechos (herederos, cesionarios, etc.), y una vez que entra en el dominio público pueden ser realizadas libremente a *condición de indicar que se trata de una versión transformada*. Las transformaciones dejan la obra original inalterada en su individualidad primigenia y coexisten con esta y entre sí, pues el derecho al respeto protege la integridad de la obra en su expresión originaria que solo el autor puede modificar.

4.1.1. El derecho de divulgación

El derecho de divulgación consiste en la facultad del autor de decidir si dará a conocer su obra y en qué for-

¹¹ En relación con las obras audiovisuales y las creadas en virtud de una relación contractual laboral, *vid. supra*, cap. 3, §§3.4.2 y 3.5.B, a). Respecto de las obras radiofónicas, España establece en los contratos que se presumirá concedida, salvo pacto en contrario, la autorización para realizar en la forma de emisión de la obra, las modificaciones estrictamente exigidas por el modo de programación del medio; respecto de los programas de ordenador dispone que el autor, salvo pacto en contrario, no podrá oponerse a que el cesionario de explotación realice o autorice versiones sucesivas ni programas derivados (arts. 92, §2 y 98).

¹² Suecia y Finlandia establecen (en ambas art. 13) que el propietario puede modificarlas sin consentimiento del autor cuando así lo requieran consideraciones de orden técnico o razones de utilidad. Venezuela (art. 21, 2º párrafo) tiene una disposición similar, aunque solo menciona las obras de arquitectura, con la salvedad de que si la obra reviste especial carácter artístico, el autor tendrá preferencia para el estudio y la realización de esas modificaciones.

¹⁰ Desbois enseña que "la inalienabilidad del derecho moral procede de la naturaleza extrapatrimonial de los atributos del derecho moral: el autor no puede renunciar a la defensa de su personalidad bajo pena de cometer un 'suicidio moral'. Pero conviene medir el alcance de la prohibición. Los atributos del derecho moral no pueden tener la misma fuerza en todas las circunstancias [...]. Corresponde a los jueces, respetando el espíritu de la ley, encontrar el punto de equilibrio" (*op. cit.*, p. 470, §382).

ma, o si la mantendrá reservada en la esfera de su intimidad. También comprende el derecho a comunicar públicamente el contenido esencial de la obra o una descripción de esta.

Se trata de una facultad potestativa del autor porque solo a él le corresponde determinar cuándo considera que su obra está terminada y desea que el público la conozca. Antes de la divulgación, solo depende del autor el modificar su obra como y cuantas veces quiera, o destruirla.

El autor goza del derecho de divulgación y lo ejerce respecto de cada una de las posibles formas de explotación de la obra; por ejemplo, el autor de una obra dramática que ha decidido divulgarla mediante la representación teatral, mantiene intacto el derecho de divulgación a través de la edición gráfica.

El derecho de divulgación se menciona también como *derecho de dar a conocer la obra*, *derecho de comunicar la obra al público*, *derecho de publicación* o *derecho de inédito*.

Todas las legislaciones lo reconocen:

—algunas utilizan el verbo *divulgar* (por ejemplo, España, art. 14, 1º: "Decidir si su obra ha de ser divulgada y en qué forma"; Francia, art. 19: "El autor es el único que tiene derecho a divulgar su obra");

—pero la mayoría lo hace en forma indirecta, ya sea a través del derecho de *publicar* la obra (por ejemplo, Uruguay, art. 11: "La facultad de publicar una obra inédita, la de reproducir una ya publicada o la de entregar la obra contratada, constituye un derecho moral no susceptible de enajenación forzada") o,

—de manera más general, englobando las distintas formas de *dar a conocer la obra* (por ejemplo, Argentina, art. 2: "El derecho de propiedad de una obra científica, literaria o artística comprende para su autor la facultad de disponer de ella, o publicarla, de ejecutarla, de representarla y exponerla en público, [...] y de reproducirla en cualquier forma"), o bien,

—como *derecho de inédito* (por ejemplo Brasil, art. 25, iii: "conservar inédita su obra").

Si bien las distintas expresiones utilizadas para designar el derecho de divulgación, al igual que las diversas formula-

ciones legales, no son estrictamente equivalentes,¹³ todas atienden a la protección de la misma facultad básica del autor, pues toda decisión de explotar una obra no publicada (inédita) importa decidir su divulgación. Por ello, el derecho exclusivo de divulgación también se encuentra amparado en los países de tradición jurídica angloamericana en los que es otorgado como *derecho exclusivo de explotación* (Reino Unido, arts. 16 a 27; Irlanda, arts. 8, §6, y 9; en los Estados Unidos de América el derecho de "secrecy" o de primera divulgación (o más ampliamente "right of privacy") es reconocido en virtud de los precedentes judiciales que integran el *common law*.

Como la divulgación de la obra consiste en hacerla accesible al público, no puede considerarse como tal la comunicación a terceros de la obra inédita hecha en *forma privada*, entre familiares o amistades del autor o a posibles utilizadores a fin de contratar la explotación y ni siquiera lo es la lectura o el recitado de una obra durante los ensayos. Poner la obra en conocimiento de otras personas, por sí solo, no equivale a divulgación; esta requiere del consentimiento del autor y de un público, de un número de personas indeterminadas que permita considerar que la obra ha salido del círculo privado del autor.

La divulgación de la obra reviste una importancia notable. Los derechos patrimoniales del autor nacen con la creación pero se manifiestan recién a partir de la divulgación. Las posibilidades de utilizar la obra en virtud de limitaciones del derecho de autor, ya sean casos de libre utilización o bien de licencias no voluntarias (*vid. infra*, §4.3), están condicionadas a que se trate de obras previamente divulgadas con el consentimiento de sus autores.

¹³ *Divulgación* tiene un significado más amplio que *publicación*. La divulgación comprende toda expresión de la obra que, con el consentimiento del autor, la haga accesible *por primera vez* al público en cualquier forma, mientras que, por publicación en su acepción jurídica, mas restringida que la corriente, se entiende que es la divulgación realizada con consentimiento del autor mediante la puesta a disposición del público de ejemplares de la obra, cualquiera que sea la forma de reproducción utilizada.

Se ha planteado si el derecho exclusivo y excluyente del autor a disponer la divulgación de su obra reconoce límites y si debe ceder frente al derecho contractual de la persona que ha encomendado su realización o bien frente al derecho de los demás acreedores del autor a cobrar sus acreencias. Examinemos esas situaciones:

Derecho de divulgación y obras por encargo

Cuando el autor se ha obligado por contrato a crear una obra e incumple su obligación, ¿es posible proceder a la ejecución forzada del contrato?

Los contratos de obras por encargo son muy frecuentes (*vid. supra*, cap. 3, §3.5). El autor se obliga a crear una obra en un plazo determinado —o indeterminado— y transmite todos o solo alguno o algunos de los derechos de explotación de esa obra futura.

Se trata de *obligaciones de hacer*. En estas, el acreedor puede demandar la ejecución de la obra o del servicio, a no ser que fuera necesario ejercer violencia contra la persona del deudor. En este último supuesto, no se puede pedir la ejecución forzada sino solo el resarcimiento de daños; el ejercicio de medidas coercitivas contra el deudor que no quiere o que no está en condiciones de ejecutar el acto, aun suponiendo que fuera eficaz, no sería conciliable con el respecto debido a la libertad y a la dignidad humana.

Consecuentemente, el autor, como cualquier otro locador de obra, puede negarse a realizar la obra. Si la ha realizado, puede apelar a su derecho moral para no entregarla, por ejemplo si no le satisface lo suficiente como para que los demás la conozcan.

Pero este incumplimiento puede tener consecuencias patrimoniales para el autor pues el comitente podría demandar el reintegro de las sumas adelantadas y, eventualmente, el resarcimiento de daños. Sin embargo, tanto en el reclamo como en la consiguiente sentencia se deberán tomar en cuenta no solo los perjuicios efectivamente sufridos por el cocontratante del autor sino la causa del incumplimiento, porque la creatividad intelectual no depende solo

de la voluntad del autor: entran en juego factores subjetivos, como la falta de inspiración o el deseo de preservar el prestigio evitando que se difunda una obra que no le satisfice o que no considera a su altura. El incumplimiento puede deberse también a una imposibilidad fáctica, por impedimento físico, por desproporción entre la dimensión de la obra y el tiempo para ejecutarla, etcétera.

También podría plantearse si es posible obligar a un autor a entregar su obra a través de la imposición de sanciones pecuniarias compulsivas o conminatorias (*astreintes*). La respuesta es negativa porque violentaría la libertad artística del creador.

Derecho de divulgación y acreedores del autor

El derecho moral a decidir la divulgación de la obra impide también que otros acreedores del autor puedan forzar la difusión de una obra inédita con el fin de cobrar sus acreencias del producido de la explotación, por ejemplo embargando un manuscrito inédito para publicarlo.¹⁴

Teniendo en cuenta que el derecho de divulgación es ejercido por el autor respecto de cada una de las posibles formas de explotación de la obra, los acreedores solo pueden embargar los frutos producidos por el derecho de explotación que el autor ya ha ejercido.¹⁵ Es factible trabar embargo sobre las remuneraciones que le corresponden al autor de una novela por la edición gráfica por él autorizada. En cambio, sería inadmisible que se embargara el derecho de explotación en general y, en consecuencia, que sin el consentimiento del autor se dispusiera la utilización en otra forma que la autorizada por el mismo.

¹⁴ El caso del comprador del manuscrito de una obra ya divulgada es diferente. En este supuesto, es posible exigir el cumplimiento en especie de la prestación y asegurarla mediante el embargo del bien material que se ha vendido.

¹⁵ Es la solución de España, art. 53, §2: "Los derechos de explotación correspondientes al autor no son embargables, pero sí lo son sus frutos o productos que se considerarán como salarios, tanto en lo relativo al orden de prelación para el embargo, como a retenciones o parte inembargable".

Derecho de divulgación y propietarios del soporte material

La forma habitual de divulgar las obras artísticas es mediante su exposición pública en galerías de arte y otros lugares igualmente aptos, y se comercializan a través de la enajenación del soporte material que las contiene. La explotación de esas obras mediante la reproducción en láminas, posters, tarjetas postales, con fines publicitarios, etc., es infrecuente.

La adquisición de una obra artística (una pintura, un grabado, una escultura, una fotografía, etc.) no importa la adquisición de los derechos de explotación de la obra, del mismo modo que el comprador de un manuscrito o de una partitura musical original recibe solo la propiedad del objeto físico y no puede publicarlos, ni representar o ejecutar la obra o radiodifundirla o transformarla, etc., etc., excepto que lo haya convenido expresamente.

La enajenación del soporte material original donde consta una obra no implica, por ese solo acto, transferencia alguna de titularidad de los derechos que corresponden al autor. Este último conserva tanto el derecho moral como los derechos patrimoniales.

Sin embargo, como vimos, algunas legislaciones reconocen en favor del propietario del original, salvo pacto en contrario, el derecho de exposición pública de la obra artística, aunque no haya sido divulgada (Venezuela, art. 54; España, art. 56, §2). El autor siempre puede oponerse a la exposición cuando se realice en condiciones que perjudiquen su honor o reputación profesional.

Es probable que cuando el autor de una obra artística quiera ejercer su derecho de reproducción necesite acceder al soporte material en poder de la persona que adquirió la obra artística, y puede ocurrir que esta última, por cualquier motivo, no desee facilitar la obtención de las fotografías necesarias para la reproducción.

En estas situaciones, la salvaguardia del derecho moral a la divulgación de la obra exige que el autor pueda reclamar al propietario, incluso por la vía judicial, que le permita el acceso a la obra, aun cuando la ley no establezca previsiones especiales sobre el particular, como las que contienen, por

ejemplo, Francia, art. 29, últ. párr.: "en caso de abuso notorio del propietario que impida el ejercicio del derecho de divulgación, el Tribunal civil podrá adoptar las medidas que estime adecuadas[...]"; Venezuela, art. 22: "El autor puede exigir al propietario del objeto material el acceso al mismo en la forma que mejor convenga a los intereses de ambos, siempre que ello sea necesario para el ejercicio de sus derechos de explotación o de sus intereses de autor en general"; España, art. 14, 7º: "[...] Este derecho no permitirá exigir el desplazamiento de la obra y el acceso a la misma se llevará a efecto en el lugar y forma que ocasionen menos incomodidades al poseedor, al que se le indemnizará, en su caso, por los daños y perjuicios que se le irroguen."

En relación con las obras de arquitectura, la adquisición de planos, croquis y trabajos semejantes se realiza habitualmente con la finalidad de que el comprador los utilice en la ejecución de la obra tenida en vista. No puede venderlos, reproducirlos o servirse de ellos para otras obras pues, salvo pacto en contrario, estos derechos corresponden al autor (Argentina, art. 55).

4.1.2. El derecho de paternidad

El derecho de paternidad artística es el derecho del autor a que se reconozca su condición de creador de la obra. Protege la íntima vinculación existente entre este y el fruto de su actividad espiritual, a la que se alude, inequívocamente, con las expresiones "paternidad" o "paternidad artística", que son comúnmente utilizadas por las legislaciones.¹⁶

Las legislaciones emplean también otras expresiones, tales como derecho al respeto al nombre (Francia, art. 6 y

¹⁶ Argelia, art. 22; Austria, art. 19; Brasil, art. 25, §1; Bulgaria, art. 3; Colombia, art. 30, §A; Cuba, art. §4, a); Checoslovaquia, art. 12, §1, a); Chile, art. 14, §1; Guatemala, art. 19; India, art. 57, §1; Italia, art. 20; Perú, art. 32; Portugal, art. 127, §1; Senegal, art. 3, §a; Venezuela, art. 20, etcétera.

leyes que la han seguido), o bien disponen que, aunque el autor enajenare la propiedad de su obra, conserva sobre ella el derecho a exigir la mención de su nombre o seudónimo (Argentina, art. 52; Uruguay, art. 12, §1).

En el Convenio de Berna está consagrado en los siguientes términos:

“Independientemente de los derechos patrimoniales del autor e incluso después de la cesión de estos derechos, el autor conservará el derecho a reivindicar la paternidad de la obra [...]” (art. 6 bis, §1).

Una fórmula similar se encuentra en la Convención Interamericana de Washington:

“El autor de cualquier obra protegida, al disponer de su derecho por venta, cesión o de cualquiera otra manera, conserva la facultad de reclamar la paternidad de la obra [...]” (art. 11).

En los países de tradición jurídica anglosajona cuyas legislaciones no contienen una regla general sobre el derecho moral o sobre el derecho al reconocimiento de la paternidad, se encuentran disposiciones que permiten inferir su existencia, como la obligación de indicar la fuente.

La mención del autor debe hacerse en la forma que él ha elegido. Ello incluye el seudónimo y el anónimo, pues la prerrogativa de que se identifique la obra con su autor es concebida como un derecho y no como una obligación de este, lo cual implica que el creador goza de la facultad de decidir si desea que se haga tal asociación y en qué forma (mediante su nombre, un seudónimo, iniciales, etc.) o si quiere permanecer anónimo.

El autor que se vale de un seudónimo u opta por el anónimo continúa siendo titular de los derechos sobre su obra, tanto morales como patrimoniales. Como ya vimos (cap. 3, §3.3), el autor puede revelar su identidad en cualquier momento, pero mientras no lo haga, sus facultades serán ejercidas por la persona física o jurídica que, con el consentimiento de aquel, divulgue la obra. Esta persona no podrá

dar a conocer la identidad del autor. Si lo hiciera cometería una lesión al derecho moral.

En razón del carácter perpetuo del derecho a la paternidad artística, el seudónimo y el anónimo deben ser respetados aun después de la muerte del creador y ni sus herederos ni otras personas tienen derecho a consignar el verdadero nombre, excepto que el autor lo haya autorizado expresamente por testamento u otra forma que no deje dudas al respecto. Sin embargo, entendemos que si en *otra* obra, dedicada total o parcialmente al autor y su obra y publicada por separado, se mencionara el nombre verdadero, no podría interpretarse como una violación al derecho moral pues aquí entra en juego el derecho a la libre investigación y crítica.

El derecho a la paternidad comprende:

a) el derecho de reivindicar:

—la condición de autor cuando se ha omitido la mención de su nombre o se hace figurar otro nombre o un seudónimo;

—la forma especial de mencionar su nombre —abreviado o con algún agregado—;

—el seudónimo o el anónimo cuando ha optado por estos y se hace figurar su verdadero nombre;

b) el derecho a defender su autoría cuando ella es impugnada.

El derecho a defender su nombre o seudónimo cuando ha sido usurpado haciéndolo figurar en obras que no le pertenecen (supuesto de falsa atribución de paternidad de una obra) tiene mucha conexión con el derecho de paternidad, pero no integra propiamente el derecho moral del autor sino que forma parte del derecho de la personalidad general. En efecto, este derecho no lo tienen solo los autores sino todas las personas, porque la falsa atribución de paternidad incluye tanto el caso en que el objetivo de la usurpación es aprovechar el prestigio de un autor —lo cual es frecuente en materia de falsificación de obras de arte (por ejemplo se imita la firma de un artista célebre en una pintura que él no ha realizado)—, como cuando se trata de utilizar la fama de otras personas (deportistas, personas conocidas por su vida social como las que pueblan las llamadas “revistas del corazón”, etc.), y también los casos en que, por ese medio, se trata de perjudicar a la persona cuyo nombre se hace figu-

rar como autor. Ambos involucrados tienen derecho al reclamo: aquel cuyo nombre se hace figurar sin ser el autor y el verdadero autor cuyo nombre se omitió, sin perjuicio de la responsabilidad de este último cuando la sustitución se deba a él mismo.

En las obras en coautoría, cada uno de los autores goza plenamente de estos derechos, por lo que pueden ser ejercidos solo por uno o por algunos de los coautores si la lesión ha tenido lugar únicamente a su respecto. Estos derechos pueden ser ejercidos en cualquier momento (carácter imprescriptible del derecho moral).

4.1.3. El derecho al respeto y a la integridad de la obra

El derecho al respeto y a la integridad de la obra permite impedir cualquier cambio, deformación o atentado contra ella. Su fundamento se encuentra en el respeto debido a la personalidad del creador que se manifiesta en la obra y a esta en sí misma. El autor tiene derecho a que su pensamiento no sea modificado o desnaturalizado, y la comunidad tiene derecho a que los productos de la actividad intelectual creativa le lleguen en su auténtica expresión.

Este derecho, junto con el de divulgación y de reconocimiento de la paternidad, constituyen la columna vertebral del derecho moral.

En el orden internacional, el derecho al respeto y a la integridad de la obra está reconocido en el Convenio de Berna junto con el derecho a la paternidad, integrando el art. 6 bis ya citado:

“Independientemente de los derechos patrimoniales del autor, e incluso después de la cesión de esos derechos, el autor conservará el derecho de reivindicar la paternidad de la obra y de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la misma o a cualquier atentado a la misma que cause perjuicio a su honor o a su reputación.”

También lo reconoce la Convención Interamericana de Washington —1946—, en su art. 11, junto con el derecho a la paternidad, mediante una fórmula inspirada en la del Convenio de Berna:

“oponerse a toda modificación o utilización de la misma que sea perjudicial a su reputación como autor [...]”

Entre las legislaciones nacionales que lo establecen se puede distinguir:

a) las que siguen la *concepción objetiva* y protegen la obra contra deformaciones, mutilaciones u otras modificaciones que, *de una manera objetivamente comprobable*, puedan perjudicar los legítimos intereses personales o intelectuales del autor¹⁷ o bien (más frecuentemente y siguiendo el texto del art. 6 bis del Convenio de Berna) causen perjuicio a su honor o a su reputación,¹⁸ y

b) las que siguen la *concepción subjetiva* y prohíben todas las modificaciones, *sin condicionamiento alguno*.¹⁹

El derecho al respeto de la obra atañe también a las condiciones técnicas en que se efectúa la explotación económica, cualquiera que sea el medio empleado —edición, representación y ejecución públicas, reproducción fonomecánica, radiodifusión, etc.—, razón por la cual el editor, el empresario, el productor o quien efectúe la explotación, tiene la obli-

¹⁷ Alemania, art. 14.

¹⁸ Por ejemplo, Brasil, art. 25, §IV; Colombia, art. 30, §B; Dinamarca, Finlandia, Noruega, Suecia, art. 3, §2, de las respectivas leyes de protección de imágenes fotográficas; El Salvador, art. 5, §§IX y X; España, art. 14, §4; Guatemala, art. 19; Holanda, art. 25, §§a, b y c; India, art. 57, §1, a) y b); Italia, art. 20; Luxemburgo, art. 9; Marruecos, art. 2; México art. 2, §1; Portugal, arts. 55 y 56; Reino Unido, art. 80, §2, b; Senegal, art. 3, §a; Venezuela, art. 21 y Yugoslavia, art. 29.

¹⁹ Por ejemplo, Argelia, arts. 23 y 46; Argentina, art. 51; Bélgica, art. 8; Burundi, art. 17; Canadá, art. 12, §7; Costa Rica, art. 14, §c; Cuba, art. 4, §b; Francia, art. 6; Hungría, art. 10; Japón, art. 20, §§1 y 2; Jordania, art. 28; Líbano, art. 146; Libia, art. 7; Paraguay, art. 45; Perú, art. 32; Rumania, art. 3, §3; Senegal, art. 3, §a; Suiza, art. 384, Cod. de las Obligaciones; Túnez, art. 7; ex Unión Soviética, art. 98 y art. 430 del Código Civil; Uruguay, art. 12, §2.

gación de asegurar que se realice de forma tal que quede resguardado el derecho moral del autor.²⁰

La obligación de respetar la integridad de la obra alcanza a todos los utilizadores, tanto si la utilización se realiza en virtud de una autorización contractual²¹ como en el marco de las limitaciones del derecho de autor.²²

La misma obligación corresponde al propietario del soporte material originario de la obra (una obra artística, un manuscrito, una partitura musical, etcétera).

Derecho de modificar la obra

Aun cuando la obra haya sido divulgada, el autor conserva el derecho de modificarla. Es una consecuencia lógica del derecho de crear: antes de una nueva edición o de una reimpresión puede sentir la necesidad de corregir o de aclarar conceptos, de mejorar el estilo, de hacer inclusiones o supresiones con el propósito de perfeccionar su obra.

Mouchet y Radaelli,²³ señalan que la idea de obra definitivamente terminada es difícil de ser admitida por el escritor o el artista y citan a Borges.²⁴

"El concepto de texto definitivo no corresponde sino a la superstitión o al cansancio."

Las legislaciones que reconocen expresamente el derecho del autor a modificar la obra le acuerdan alcances diferentes:

—*Suiza* (Código de las obligaciones, art. 385) y *Colombia* (art. 111) le otorgan la mayor importancia estableciendo una

²⁰ En relación con la salvaguarda del derecho moral en obras audiovisuales, *vid. supra*, cap. 3, § 3.4.2.

²¹ *En general* (Austria, art. 21) o como *prohibición al editor de modificar o alterar el texto* (Argelia, art. 46; Argentina, art. 39; Brasil, art. 67; Colombia, art. 126; Costa Rica, art. 27, 2º párrafo; etc.) y también como obligación a cargo de los intérpretes (Brasil, art. 129).

²² Austria, art. 57, § 1.

²³ *Vid. Mouchet y Radaelli, op. cit.*, pp. 39-40.

²⁴ Borges, J. I., Nota sobre el Ulises en español, en *Los Anales de Buenos Aires*, núm. 1, enero de 1946.

obligación a cargo del editor: Suiza dispone que este no podrá efectuar una nueva edición o reimpresión sin haber ofrecido previamente al autor la posibilidad de introducir modificaciones en su obra; Colombia prevé que no podrá hacer una nueva edición sin dar al autor la oportunidad de hacer las reformas y correcciones pertinentes. No obstante, si las adiciones o mejoras son introducidas cuando la obra ya esté corregida en pruebas, el autor deberá reconocer al editor el mayor costo de la impresión, regla que también se aplicará cuando las reformas, correcciones o ampliaciones sean de gran magnitud y hagan más onerosa la impresión, salvo que se trate de obras actualizadas mediante entregas periódicas;

—*Libia* (art. 43) trata de la misma forma las modificaciones esenciales y el retiro de la obra del comercio: el autor puede, por graves razones morales, acudir al Tribunal de primera instancia para obtener la autorización respectiva, con obligación de indemnizar al tercero;

—algunas legislaciones como las de *Brasil*, *Burundi*, *El Salvador*, *Francia*, *Perú* y *Venezuela* establecen el derecho de modificación del autor sin condicionarlo.

—*Suecia* (art. 36) —como los otros países nórdicos (*Dinamarca*, *Finlandia* y *Noruega*)— se limita al caso de que la nueva edición se inicie pasado un año desde la publicación de la anterior y de que las modificaciones puedan efectuarse sin costos irrazonables y sin cambiar el carácter de la obra;

—esta última restricción aparece también en las leyes de *Costa Rica* (art. 27, últ. párr.), *Italia* (art. 129), *Yugoslavia* (art. 67) y *Uruguay* (art. 12, §3), la que agrega la condición de que no se perjudiquen los derechos de terceros adquiridos de buena fe. A la necesidad de que se respeten los derechos adquiridos por terceros, *España* (art. 14, §5) anade las exigencias de protección de Bienes de Interés Cultural.

Como ya señalamos (*vid. supra*, §4.1, B, e) el derecho de modificación cuyo ejercicio corresponde con exclusividad al autor se refiere únicamente a la integridad de la obra en su forma originaria y no debe confundirse con el derecho de transformación, que deja inalterada la individualidad primordial de la obra, por lo que puede ser ejercido por los derechohabientes del autor o por cualquier persona una vez que aquella ha entrado en el dominio público.

Obras en coautoría

Cuando se trata de obras en coautoría, el derecho de modificación y el derecho de retracto o arrepentimiento solo pueden ser ejercidos de común acuerdo por todos los coautores.

4.1.4. El derecho de retracto o arrepentimiento

El derecho de retracto o arrepentimiento es la facultad que tiene el autor de retirar la obra del comercio cuando ya no se ajuste más a sus convicciones intelectuales o morales, después de haber contratado su divulgación y de suspender una forma de utilización ya autorizada, previa indemnización de daños a los titulares de derechos de explotación.

El reconocimiento de esta prerrogativa revela un alto grado de respeto hacia los escrúpulos intelectuales del autor y constituye el complemento natural del derecho del autor a decidir la divulgación de su obra. Al igual que este último derecho, se funda en la necesidad de preservar la libertad de pensamiento y la consiguiente posibilidad de cambiar de opinión.

Con la expresión "derecho de retracto o arrepentimiento" se alude —como señala Colombet²⁵ a las dos fases de la operación: el arrepentimiento se refiere a la fase interna: la mental, y el retracto a la externa: la manifestación de voluntad del acto mismo.

Las legislaciones que aceptan esta prerrogativa del autor utilizan diferentes expresiones para designarla. Relativamente pocas emplean la expresión "derecho de retracto" (Francia, art. 32 y leyes que la han seguido). La mayor parte la denomina "derecho a retirar la obra" —del comercio o de la circulación o del control del usuario—.²⁶

²⁵ Colombet, C., *Grands principes...*, p. 42.

²⁶ Brasil, art. 25, §VI; Colombia, art. 30, §E; Ecuador, art. 17, §f; El Salvador, art. 5, §IV; España, art. 14, §6; Italia, art. 142; Libia, art. 43; Portugal, art. 58, §1; República Árabe de Egipto, art. 42; República Dominicana, art. 18, §d; Uruguay, art. 13.

Se trata de una facultad excepcional, francamente opuesta al principio de la fuerza obligatoria de los contratos; aun en mayor medida que la posibilidad que el autor tiene de no entregar la obra por encargo en ejercicio del derecho moral de divulgación. Por ello, en cuanto resulta factible, se intenta conciliar ambos principios que aparecen contrapuestos: por un lado el *pacta sunt servanda*, y, por otro, el respeto a la libertad de pensar que, necesariamente, entraña la libertad de cambiar de opinión. En consecuencia, la efectivización del retracto se suele someter a algunas condiciones, entre las que siempre se encuentra que la parte perjudicada haya recibido una indemnización de daños.

Por su carácter personal e intransferible, el derecho de retracto o arrepentimiento está exclusivamente reservado al autor y no se transmite a sus herederos.²⁷

Las condiciones del ejercicio de este derecho varían y no siempre están puntualmente reglamentadas:

a) *Motivos*: aunque va de suyo que el autor solo se sentirá inclinado a ejercer el derecho si tiene razones muy importantes, son pocas las legislaciones que observan un criterio liberal (Brasil, El Salvador, Francia, Portugal) y se abstienen de hacer referencia a los motivos determinantes del retracto. La mayor parte sigue un criterio más restringido y prescribe cuál debe ser la índole de los motivos que conducen al autor a tomar tan extrema determinación y exigen que la obra no refleje ya sus puntos de vista y convicciones personales y, por ello, que no pueda esperarse de él que siga consintiendo la explotación (Alemania, art. 42, §1), o que concurren graves razones de tipo moral (Italia, Libia, Uruguay), o que sobrevengan causas graves (Egipto) o un cambio en las convicciones intelectuales o morales (España).

La diferencia estriba en que, para el primero (criterio liberal), se trata de una facultad discrecional del autor y, para el

²⁷ Alemania (art. 42, §1) prevé que el sucesor del autor solo podrá ejercitar el derecho de revocación si probare que el autor habría tenido derecho a llevar a cabo la revocación antes de su muerte pero estuvo impedido de hacerlo, o cuando así lo hubiere dispuesto el autor por disposición testamentaria.

segundo (criterio restringido), el ejercicio del derecho queda sujeto a la apreciación judicial de los motivos invocados.

b) *Publicidad*: el retrato puede afectar los derechos de explotación de otras personas, además del cocontratante del autor. La legislación italiana (art. 142, 2º párr. y art. 13 del Reglamento) establece que el autor deberá notificar su intención de retirar la obra del comercio no solo a quienes hayan contratado con él sino a todos los que tengan derecho a la explotación, por lo que deberá hacer pública su intención a través de los medios dispuestos por las autoridades; los interesados tienen un año, contado a partir del momento de la notificación o de la publicidad oficial, para concurrir ante la Justicia a fin de oponerse a que el autor ejercite su derecho como pretende o para solicitar la indemnización correspondiente.

c) *Exclusiones*: obras audiovisuales (Alemania; art. 90); programas de ordenador (Francia; ley de 1985, art. 46, *in fine*); obras realizadas en virtud de una relación contractual laboral (*vid. supra*, cap. 3, §3.5, B, b).

d) *Nuevo cambio de parecer*: es posible que después de ejercer el derecho de retrato el autor mude nuevamente de opinión y decida reemprender la explotación de la obra. En este supuesto se considera justo que el anterior cocontratante goce de prioridad para volver a contratar la utilización de la obra en condiciones razonablemente similares a las originarias, a fin de evitar que el derecho de retrato o arrepentimiento sea utilizado para mejorar las condiciones económicas originariamente pactadas. Esta prioridad opera como una suerte de contrapartida del derecho de retrato del autor.

4.2. Los derechos patrimoniales

a) *Los derechos patrimoniales son independientes entre sí*.²⁸ Este es el principio de la independencia de los derechos,

²⁸ Costa Rica, art. 19: "Las diversas formas de utilización son independientes entre ellas, por lo que la autorización para fijar la obra o pro-

expresamente reivindicado en la *Carta del derecho de autor*²⁹ (III, 9, 2º párrafo):

"Los diferentes derechos exclusivos del autor en lo que concierne a las utilidades económicas de sus obras tales como: la reproducción gráfica o la reproducción por cualquier otro medio mecánico, la adaptación cinematográfica, la representación, el recitado y la ejecución pública, la radiodifusión y la televisión, la adaptación a otra forma de expresión, son prerrogativas independientes la una de la otra, cuya transmisión a terceros solo puede depender de manifestaciones expresas y distintas de la voluntad del autor."

b) *Los derechos patrimoniales no están sujetos a numerus clausus*.³⁰

Los derechos de explotación de que dispone el autor son tantos como formas de utilización de la obra sean factibles, no solo en el momento de la creación de la obra, sino durante todo el tiempo en que ella permanezca en el dominio privado.

Sin embargo, con finalidad didáctica y para aventar problemas de interpretación de un principio básico en una materia relativamente nueva y poco difundida, las leyes mencionan, detalladamente, los distintos derechos patrimo-

niales que induce la autorización para ejecutarlas o radiodifundirlas y viceversa; República Dominicana, art. 62: "Las distintas formas de utilización de la obra son independientes entre sí; la autorización del autor para una forma de utilización "no se extiende a las demás". España, art. 23: "Los derechos de explotación regulados en esta sección son independientes entre sí."

²⁹ *Vid. supra*, cap. 3, nota 1.

³⁰ Por ejemplo, Francia, art. 21, §1 ("El autor gozará, durante su vida, el derecho de explotar su obra bajo cualquier forma que sea y obtener de ella un provecho pecuniario"); Italia, art. 12 ("El autor [...] tendrá el derecho exclusivo de utilizar económicamente la obra en cualquier forma o modo, originario o derivado [...] y, en particular, para ejercer los derechos exclusivos indicados en el artículo siguiente"); República Dominicana, art. 20 ("Los autores [...] tienen [...] derecho a autorizar o prohibir [...] g) cualquier forma de disposición, utilización o explotación conocida o por conocerse").

niales, los cuales se corresponden con las diversas formas en que el autor puede ejercerlos (por ejemplo, el derecho de reproducción es el derecho a reproducir una obra mediante la realización de ejemplares o copias en cualquier forma material; el derecho de representación es el de representar públicamente una obra teatral; el derecho de radiodifusión es el de transmitir o retransmitir la obra por radio y televisión; etcétera).

Pero aun cuando la ley no contenga tal ejemplificación —o algún derecho o forma de utilizar la obra no se encuentre mencionado—, ello no es óbice para que el autor disponga igualmente de todos ellos, porque *los derechos patrimoniales son reconocidos con carácter genérico*.³¹

c) *El autor puede fraccionar el ámbito de validez espacial y temporal de la autorización de uso de su obra.*

Puede accionar no solo contra las utilizaciones hechas sin su autorización sino también por las realizadas por su coautorante en ámbitos geográficos no comprendidos expresamente en la autorización o después de concluido el plazo de vigencia de la misma.

d) *Los derechos de explotación no conocen más limitaciones —o excepciones— que los establecidos en la ley.*³²

Las limitaciones —o excepciones— del derecho de autor están sujetas a *numerus clausus*. Son específicas, a diferencia de los derechos, que son reconocidos con carácter genérico. Por tanto, mientras la ley no establezca expresamente determinada limitación, *el derecho exclusivo del autor cubre*

³¹ Delgado expresa que: "dado que con la propiedad se protege el interés de la cosa en la íntegra totalidad de sus posibilidades" (Pugliatti, cit. por Baylos), el monopolio de referencia se extiende a todas las posibilidades de explotación de la obra, sin que sea de aplicación a las mismas el principio de tipicidad legal, que parece necesario en la figura del privilegio y en aquellos sistemas que conservan residuos de ella (área del 'copyright') [...] ("La propiedad intelectual y la explotación videográfica", *Revista de Derecho Privado*, Madrid, diciembre de 1983, p. 1125). También *vid. supra* cap. 1, §1.3.4.

³² *Vid. infra*, §4.3.

toda posible forma de utilización de la obra, ya existente en el momento de la sanción de la norma o que surja en el futuro como consecuencia del desarrollo tecnológico o de nuevas modalidades en la comercialización de obras y de productos culturales.³³

No existe ninguna restricción al goce de los derechos sobre las obras ni sobre las formas y las modalidades de explotación de estas.³⁴ El derecho de autor confiere al creador el monopolio de explotación de la obra como derecho exclusivo, absoluto, oponible *erga omnes*.

Tanto el derecho moral como los derechos patrimoniales son derechos absolutos. Pero, a diferencia del derecho moral, los derechos patrimoniales son transmisibles y su duración es limitada. El autor los puede ejercer por sí o, como es común, puede, directamente o por intermedio de una sociedad de gestión de derechos autorales (sociedad de autores) conceder, por convenio, los derechos de explotación a otra persona, si bien, para ciertas utilizaciones posteriores a la primera, se han ido extendiendo los sistemas de licencias no voluntarias (licencias legales y licencias obligatorias —*vid. infra*, §4.3.2—).

d) *La autorización de uso de una obra implica el derecho del autor a obtener una remuneración.*

Como señala Dietz,³⁵ el autor debe participar, en principio, de toda explotación de su obra.

Todas las expresiones con que también se denomina a los derechos patrimoniales —*derechos pecuniarios, derechos de*

³³ En algunas leyes las enumeraciones de los derechos patrimoniales terminan, previsoramente, con expresiones que las dejan abiertas, como, por ejemplo, Argentina, art. 2: "El derecho de propiedad de una obra [...] comprende para su autor la facultad de disponer de ella, o publicarla, de ejecutarla, de representarla [...] y de reproducirla en cualquier forma"; Bolivia, art. 17, §6: "La utilización pública por cualquier medio".

³⁴ Esta noción esencial del derecho de autor se expresa claramente en el art. 21 de la ley francesa, que establece que *el autor goza del derecho exclusivo de explotar su obra bajo cualquier forma que sea y de obtener de ella un provecho pecuniario*.

³⁵ Dietz, *op. cit.*, p. 182.

explotación, monopolio de explotación— hacen referencia a una finalidad básica del derecho de autor, que, históricamente, fue la primera a que estuvo destinado: permitir que el autor obtenga un beneficio económico por la utilización de su obra.

Este propósito sustancial del derecho de autor determina que deba entenderse que toda utilización de una obra es onerosa y origina el derecho a percibir una remuneración (excepción hecha de los casos aislados en los que la ley permite la utilización libre y gratuita —*vid. infra*, §4.3.1—).

En tanto los beneficios pecuniarios —o frutos o productos— que recibe el autor por la utilización de su obra constituyen la remuneración por su esfuerzo o actividad intelectual, debe entenderse que tienen *finalidad alimentaria* y son equiparables a los salarios.³⁵

Proviene, sustancialmente, de las siguientes formas de explotación:

1) *la reproducción de todo o de parte de la obra en forma material, tangible*, que comprende la edición, la reproducción fonomecánica, la reproducción de una obra audiovisual, la reproducción reprográfica, etc., y

2) *la comunicación pública* de la obra *en forma no material*, a espectadores o auditores, por medio de la exposición, la representación y ejecución públicas, la proyección o exhibición de obras cinematográficas y otras obras audiovisuales, la radiodifusión, la distribución por redes de cable, etcétera.

En algunos países, los autores de obras artísticas gozan, además, del *derecho de participación* o "*droit de suite*" en los ingresos obtenidos por cada nueva venta pública de las mismas.

En el orden internacional, las dos grandes convenciones sobre derecho de autor reconocen a los creadores de obras protegidas el goce de los derechos patrimoniales.

El Convenio de Berna establece *iure conventionis* los derechos patrimoniales de reproducción, incluido el derecho de grabación sonora o visual (art. 9), de traducción (art. 8),

de adaptación, arreglos y otras transformaciones (art. 12), de representación y de ejecución públicas y de transmisión pública por cualquier medio de la representación y de la ejecución (art. 11), de recitación pública (art. 11 ter), de radiodifusión, de distribución por cable y de retransmisión, por un organismo distinto al de origen, de la obra radiodifundida (art. 11 bis), derechos relativos a las obras cinematográficas (art. 14 y 14 bis) y, sujeto a reciprocidad material, el *droit de suite* (art. 14 ter).

En la Convención Universal revisada en París (1971) se reconocen los derechos de reproducción por cualquier medio, de representación y ejecución públicas y de radiodifusión (art. IV bis)—además del derecho de traducción, que ya había sido otorgado en el texto de 1952— (art. V).

4.2.1. El derecho de reproducción

Concepto

El *derecho de reproducción* es la facultad de explotar la obra en su forma original o transformada, mediante su fijación material en cualquier medio y por cualquier procedimiento que permita su comunicación y la obtención de una o de varias copias de todo o parte de ella.³⁷

Se entiende por *reproducción* la realización de uno o más ejemplares de una obra o de partes de ella en cualquier forma material, con inclusión de la grabación sonora y visual. También constituyen "reproducción" la realización de uno o más ejemplares en tres dimensiones de una obra bidimensional y la realización de uno o más ejemplares en dos dimensiones de una obra tridimensional, así como la inclusión de una obra o de parte de ella en un sistema de ordenador (ya sea en su unidad de almacenamiento interno o en su unidad de almacenamiento externo).³⁸

³⁷ *Vid.* España, arts. 18 y 19.

³⁸ *Vid. Proyecto de disposiciones tipo para leyes en materia de derecho de autor de la OMPI*, documento OMPI, OE/MPC/2-II del 11 de agosto de 1989, art. 1, xvi.

³⁵ Arg. art. 53, §2 de la ley española.

Contenido

El contenido del derecho de reproducción es amplio, tanto en lo relativo al *objeto reproducido* como al *modo de reproducción*:

—en cuanto al *objeto reproducido*, puede tratarse de manuscritos —de obras literarias, científicas, teatrales, musicales—, programas de ordenador, dibujos, ilustraciones y fotografías y también de interpretaciones de obras, de registros fonográficos y magnéticos, de obras audiovisuales, etcétera;

—en cuanto al *modo de reproducción*, es también múltiple: impresión, dibujo, grabado, fotografía, moldeado, fotocopiado, microfilmación y cualquier procedimiento de las artes gráficas y plásticas, de la grabación mecánica, cinematográfica y magnética, *que permita comunicar la obra de una manera indirecta*, es decir, *a través de una copia de la obra* en la que se corporiza la reproducción.

En consecuencia, el derecho de reproducción comprende:

—*la edición* por la imprenta o por cualquier otro procedimiento de las artes gráficas o plásticas (tipografía, linotipia, *offset*, etc.). Esta es *la edición gráfica* o edición en sentido restringido, pues también se lo utiliza, en una acepción amplia, como equivalente a *reproducción*, abarcando toda forma de fijación de una obra (no solo por la imprenta o por cualquier procedimiento de las artes gráficas o plásticas sino también la fijación sonora y la audiovisual, por medios electrónicos, etc.) así como el resultado tangible del acto de reproducir (libros, folletos, impresos, partituras musicales, discos, cintas magnéticas, *films*, videocopias, memorias CD-ROM, etc., etcétera);

—*la reproducción mecánica* de obras en forma de grabaciones sonoras (fonogramas) y de fijaciones audiovisuales, producidas *mecánicamente* en el sentido más amplio del término, con inclusión de los procedimientos electroacústicos y electrónicos;³⁹

³⁹ Vid. *Glosario de derecho de autor y derechos conexos de la OMPI*, 1980, voz 154, p. 157. Esencialmente, el *Glosario* es obra del Dr. György Boytha.

—*la reproducción reprográfica* por cualquier sistema o técnica por los cuales se hacen reproducciones facsimilares de ejemplares de escritos y de obras gráficas en cualquier tamaño o forma;⁴⁰

—*la realización de uno o más ejemplares tridimensionales de una obra bidimensional* (por ejemplo un edificio según determinados planos) y la realización de uno o más ejemplares bidimensionales de una obra tridimensional (por ejemplo la fotografía de una escultura). Por tanto, hay reproducción aun cuando la copia se efectúe sobre un material distinto al utilizado para el original (reproducción de un dibujo, un grabado o una pintura sobre un plato de loza, porcelana, etc.) o utilizando una técnica distinta (fotografía de una obra artística).⁴¹ En relación con las *obras de arquitectura*, como la forma usual de reproducirlas es *mediante la construcción del edificio* a partir de un plano o de otro edificio, algunas legislaciones aclaran expresamente que ello también constituye reproducción.⁴²

—*la inclusión de una obra o de parte de ella en un sistema de ordenador*, sea en su unidad interna o en su unidad de almacenamiento externo. La reproducción de una obra por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma constituye reproducción, incluyendo la grabación sonora y la visual. De ello se deduce que, como se señala en los comentarios al Proyecto de disposiciones tipo de la OMPI, “es indiferente que el ejemplar de la obra pueda ser disfrutado por seres humanos sin la utilización de equipos (por ejemplo, un libro o un ejemplar de un dibujo), o que no pueda ser utilizado por los seres humanos —que no esté efectivamente a su alcance— sin equipos adecuados (por ejemplo, una grabación sonora).

⁴⁰ *Ibid.*, voz 224, p. 223.

⁴¹ Vid. Françon, A., *Cours de Propriété Littéraire, Artistique et Industrielle*, Paris, Ed. Les Cours de Droit, 1985-1986, p. 301.

⁴² Francia, art. 28, 3^{er} párrafo: “Con respecto a las obras de arquitectura, la reproducción consistirá igualmente en la ejecución repetida de un plano o proyecto tipo”; Suecia (ley de 1919 relativa a los derechos sobre obras de artes plásticas), art. 2, primer párrafo *in fine*: “La obra de arquitectura se considerará reproducida si hubiere sido copiada de otro edificio o se hubiere construido según un plano o modelo arquitectónico”.

Una obra almacenada en un sistema de ordenador no está directamente al alcance de los seres humanos, sino que lo está por medio de equipos de recuperación adecuados (como las pantallas, impresoras o terminales de reproducción facsimilar). Por consiguiente, el almacenamiento de una obra en tales sistemas también se consideraría una reproducción conforme al Convenio de Berna.⁴³

El derecho de reproducción no solo cubre la explotación de la obra en su forma original sino también las transformaciones de que esta puede ser objeto. En consecuencia, para realizar una traducción, arreglo, adaptación, compilación, etc., al igual que para reproducirla, es necesario contar con la previa autorización del autor de la obra original.

El autor puede autorizar la realización de uno o de todos esos actos de explotación. Si el autor de una obra dramática que se está representando en un teatro autoriza la tele difusión de una de esas representaciones, y para facilitar la emisión "en diferido" permite su fijación en video, solo está autorizando la fijación para la comunicación al público en la oportunidad y por el medio estipulado (*fijación efímera*). No se pueden sacar copias (excepto que lo requiriera el objeto del contrato, como, por ejemplo, para la retransmisión por otros canales de televisión y siempre que se encuentre expresamente autorizadas por el autor) y menos aún se podría distribuirlas.⁴⁴ En situación similar se encontraría un crítico de arte o un ensayista a quien un artista plástico hubiera autorizado a tomar fotografías de sus obras con la única finalidad de facilitar su análisis.

En cambio, una empresa editorial o una productora de fonogramas que realizan contratos de edición o de produc-

⁴³ Comentáronse al Proyecto de disposiciones tipo para leyes en materia de derecho de autor de la OMPI, documento OMPI/CE/MPCT/2-III del 11 de agosto de 1989, §39, p. 8. Vid. *supra*, cap. 2, §2.2.1.8: programas de ordenador (argumento a favor y en contra de la protección por el derecho de autor).

⁴⁴ Costa Rica, art. 51, prevé expresamente que: "Cuando los autores y los artistas hayan consentido en la fijación efímera de sus obras, interpretaciones y ejecuciones, los organismos de radiodifusión podrán utilizarlas en sus emisiones por el número de veces estipulado, y estarán obligados a destruir la fijación, inmediatamente después de la última transmisión autorizada."

ción fonográfica con los autores, reciben el derecho de reproducción en sus diversos aspectos: fijar la obra, sacar copias y distribuirlas. Sin embargo, la puesta en circulación puede estar expresa o implícitamente limitada a la venta de los ejemplares, y no, por ejemplo, a su alquiler o préstamo.

4.2.2. El derecho de comunicación pública

Concepto

Se entiende por comunicación pública de una obra todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a todo o parte de ella, en su forma original o transformada, por medios que no consisten en la distribución de ejemplares.

La comunicación se considera pública, cualesquiera que fueren sus fines, cuando tiene lugar dentro de un ámbito que no sea estrictamente familiar o doméstico y, aun dentro de este, cuando está integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo (más adelante volveremos sobre el carácter público de la comunicación).

Algunas leyes denominan al derecho de comunicación pública, genéricamente, *derecho de representación*⁴⁵, como es tradicional en la legislación francesa y en las leyes que la han seguido, aunque se considera impropio utilizar esta expresión para cubrir toda una gama de prestaciones diferentes por su naturaleza a la de un espectáculo dramático.⁴⁶ Al respecto, Desbois señala que con la expresión *comunicación directa* se hubiera podido designar, con más exactitud, la representación o la interpretación propiamente dicha y con *comunicación indirecta* la audición de un disco o la proyección de un *film*. Este autor considera que si el Parlamento francés sacrificó la propiedad de las expresiones fue, muy posiblemente, porque la noción de *representación* se benefició con la autoridad de una larga tradición.

⁴⁵ Francia, art. 27: "La representación consiste en la comunicación de la obra al público por cualquier procedimiento, y especialmente: [...]"; Venezuela, art. 40.

⁴⁶ Vid. Desbois, H., *op. cit.*, pp. 326-327.

Contenido

El derecho de comunicación pública cubre toda comunicación *directa* ("en vivo") o *indirecta* (mediante fijaciones, como discos fonográficos, cintas y bandas magnéticas o de otro tipo, *films*, videocintas, etc., o a través de un *agente de difusión*, como la radiodifusión —incluidas las comunicaciones por satélites— y la distribución por cable).

La enumeración de los distintos actos de comunicación pública permite advertir que el derecho de autor también cubre *toda actividad que posibilite que la obra llegue a un público distinto de aquel al que se dirige la comunicación originaria*.

Esto ocurre en múltiples supuestos, por ejemplo cuando se difunde por televisión una representación escénica. En este caso, la representación teatral, que se encontraba destinada a un número de personas relativamente pequeño (las que se encuentran presentes en la sala de espectáculo), llega a un público indeterminado dentro de la zona de servicio de la emisora. Si esta transmisión es retransmitida por otro organismo de radiodifusión o a través de un satélite o distribuida por una red de cable, el público al cual está destinado ese espectáculo se irá ampliando sucesivamente.

Cada acto por el cual la obra llega a un "público nuevo", distinto del previsto en la contratación originaria, constituye una nueva comunicación pública y está sujeto a la necesidad de previa autorización y al pago de una remuneración diferenciada. Ello se debe a que estas ampliaciones cambian sustancialmente las condiciones del contrato primitivo porque, en la dimensión económica del negocio jurídico, tanto para el empresario como para el autor la cantidad de público al que llegará el espectáculo es un factor determinante. Además, para el autor, tienen la aptitud de privarlo de la posibilidad de ulteriores contrataciones, pues, entre esos públicos, la obra ya estará difundida.⁴⁷

Las formas más usuales de comunicación pública son las siguientes:

A) Exposición de obras artísticas o de sus reproducciones

La comunicación de las obras expuestas se realiza a un público que se encuentra presente. Comprende la presentación en forma *directa* del ejemplar único de la obra o de uno de los ejemplares originales cuando son múltiples (por ejemplo grabados) o bien en forma *indirecta*, por medio de películas, diapositivas, imágenes de televisión u otras formas de presentación en pantallas, o por medio de cualquier otro dispositivo o procedimiento o, en el caso de una obra audiovisual, la presentación no ordenada de determinadas imágenes⁴⁸ (la presentación ordenada de imágenes constituye una proyección o exhibición pública de una obra audiovisual).

B) Representación y ejecución públicas

a) Directas

—*las representaciones escénicas* de obras dramáticas, dramático-musicales, coreográficas, pantomímicas y cualquier otra obra destinada a ser representada, así como las adaptaciones para el teatro de obras de géneros diversos (novela, cuento, etcétera);

—*las recitaciones y lecturas* de obras literarias;

—*las disertaciones, conferencias, alocuciones, sermones, clases o explicaciones pedagógicas, etc., y*

—*las ejecuciones* de obras musicales no dramáticas, con o sin letra.

En estas formas de representación y ejecución públicas propiamente dichas la comunicación de la obra al público es realizada por medio de la actuación de intérpretes o ejecutantes, "en vivo" y en forma *directa*. Están caracterizadas por la presencia de los intérpretes frente a un público que se encuentra presente y por la *unidad* de la comunicación.

La comunicación directa en estos casos siempre es "en

⁴⁸ Vid. art. 1, ix) del Proyecto de disposiciones tipo... de la OMPI, doc. cit., p. 3.

⁴⁷ Vid. Françon, A., *Cours...*, p. 314.

vivo" porque requiere de la presencia de los intérpretes o ejecutantes frente al público.

b) Indirectas

—la ejecución pública por medios mecánicos de obras musicales no dramáticas;

—la emisión o transmisión en un lugar accesible al público (un bar, una cafetería, etc.) de dichas obras radiodifundidas o distribuidas por cable;

—la comunicación, en un lugar accesible al público, de la fijación de dichas obras radiodifundidas o distribuidas por cable.

La comunicación al público es *indirecta* cuando se efectúa por medio de una *fijación* sobre un soporte material o a través de un *agente de difusión* (organismo de radiodifusión o empresa de distribución por cable). Está caracterizada por la existencia de esos elementos (un *soporte material* o bien un *agente de difusión*) y por la *simultaneidad* con que esas comunicaciones públicas pueden realizarse.

C) Proyección o exhibición pública de las obras cinematográficas y demás obras audiovisuales

Comprende tanto la forma originaria y tradicional de comunicar al público las obras cinematográficas, es decir, mediante la proyección sobre una pantalla en una sala cinematográfica o en cualquier otro lugar, como la exhibición de estas obras en una forma distinta de la indicada, por ejemplo, en un *video-bar*. Incluye la emisión o transmisión en un lugar accesible al público (un bar, una cafetería, un restaurante, etc.) de obras radiodifundidas o distribuidas por cable y la comunicación en un lugar accesible al público de la *fijación* de dichas obras radiodifundidas o distribuidas por cable.

La comunicación es *indirecta* (porque se realiza mediante una copia de la obra o a través de un agente de difusión —organismo de radiodifusión o empresa de distribución por cable—) y se efectúa a un público que se encuentra presente.

D) Radiodifusión, comunicación pública por satélite y distribución por cable

D1) Radiodifusión

El término *radiodifusión* engloba la radio solamente sonora o radiofonía, y la televisión. Significa la comunicación a distancia de sonidos o de imágenes y sonidos para su recepción por el público en general por medio de ondas radioeléctricas (ondas electromagnéticas de frecuencias inferiores a 3000 Gigahertz). Se entiende por radiodifusión la transmisión por cualquier medio inalámbrico (con inclusión de los rayos láser, los rayos gamma, etc.) de sonidos o de imágenes y sonidos para su recepción por el público.⁴⁹

Las notas distintivas de una *emisión de radiodifusión*⁵⁰ son:

- la transmisión se realiza por ondas radiofónicas (denominadas igualmente ondas hertzianas) que son ondas electromagnéticas propagadas por el espacio sin guía artificial;
- la finalidad es hacer posible su recepción por el público en general.

La radiodifusión de obras protegidas por el derecho de autor puede efectuarse a partir de *fijaciones* (grabaciones sonoras u obras audiovisuales) o de *interpretaciones o ejecuciones "en vivo"* (cuando tienen lugar en el momento de la emisión, ante los micrófonos de la radio o las cámaras de la televisor, sin previa fijación). En todos los casos la comunicación pública por radiodifusión es *indirecta*, porque el público no percibe la interpretación directamente sino que *tiene acceso a ella a través de un agente de difusión*.

La frase "*en vivo y en directo*", frecuentemente utilizada en radiodifusión para destacar que la transmisión de un hecho, de un acontecimiento, de un espectáculo, etc. es efec-

⁴⁹ Vid. *Glosario de la OMPI*, voz 26.

⁵⁰ Vid. "Principes commentés de protection des auteurs, des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion en ce qui concerne la distribution de programmes par câble", *Le Droit d'Auteur*, OMPI, abril de 1984, §50, i), p. 141.

tuada desde el lugar y en el momento en que sucede, posee la aptitud de provocar en el público la idea de la simultaneidad pero, técnicamente, es incorrecta. Una comunicación hecha por radiodifusión puede ser "en vivo" (en tanto no haya sido previamente fijada), pero nunca es "en directo" pues, por definición, la radiodifusión es una forma de comunicación *indirecta*. El público que a veces está presente en los estudios del organismo de radiodifusión no recibe el espectáculo por radiodifusión sino en forma directa.

El derecho de radiodifusión de obras protegidas comprende de cualquier medio que sirva para la *difusión inalámbrica* de signos, sonidos o imágenes, incluida la comunicación pública por *satélite*. En la radiodifusión o comunicación pública inalámbrica el público recibe los programas con solo sintonizar el aparato de radio o el televisor en la frecuencia de onda hertziana en que transmite el organismo de radiodifusión (por eso también se la llama "radiodifusión abierta"). En cambio, en la *distribución por cable* la comunicación se realiza por hilo, cable, fibra óptica, rayo láser u otro medio conductor análogo y solo es recibida por el público que ha contratado el servicio con el distribuidor, por medio de abonado en otra forma, pero siempre y cuando se haya establecido previamente una relación específica con el distribuidor.⁵¹

De conformidad con el principio de la independencia de los derechos de explotación, para el autor el derecho de radiodifusión no solo comprende el derecho a autorizar la emisión sino también el derecho de autorizar la *retransmisión* por cualquier medio de la obra radiodifundida, ya sea que la retransmisión sea por medios *inalámbricos* —ondas hertzianas o radiodifusión "abierta"— o bien por *cable-distribución* —dispositivos conductores— (el Convenio de Berna excluye la efectuada por el organismo de origen) o por *altavoz* —o cualquier instrumento análogo—.⁵²

⁵¹ Vid. Fabiani, M., "Televisione via cavo e diritto de autore", en *Rev. Il Diritto di Autore*, 1981, p. 17, cit. por Delgado Porras, A., *Utilización de obras audiovisuales por satélite y cable*, p. 223.

⁵² En el art. 11 bis, 1º párrafo, del Convenio de Berna, se establecen

D2) Comunicación pública por satélite

El desarrollo de las comunicaciones por satélite, en combinación con la radiodifusión y la distribución por cable, hicieron posible que los programas se difundieran simultáneamente —o con pocas horas de diferencia— en vastas áreas geográficas que incluyen diferentes países. Como dijo Marshall McLuhan,⁵³ la Tierra se ha transformado en una *aldea global*, porque lo que acontece en un lugar se sabe simultáneamente en todo el globo; sucede —como en una aldea— ante los ojos de todo el mundo.

Antes del desarrollo de las comunicaciones por satélite, la radiodifusión solo abarcaba el territorio del país en el cual se efectuaba la emisión. Los perjuicios que se derivaban de transmisiones realizadas por radiodifusoras situadas en zonas de frontera y por onda corta eran muy limitados.

Las transmisiones mediante satélites espaciales abrieron insospechadas posibilidades de acceso a la información y al entretenimiento⁵⁴ y, a la vez, graves problemas para la pro-

tección de los derechos —como exclusivos de los autores de obras literarias y artísticas— en tres apartados:

—en el 1º, el derecho de *radiodifusión*, con inclusión de la *comunicación pública por satélite*, pues se refiere a la difusión *inalámbrica* en general ("la radiodifusión de sus obras o la comunicación pública de estas obras por cualquier medio que sirva para difundir sin hilo los signos, los sonidos o las imágenes");

—en el 2º, el derecho a la *retransmisión, por cable* ("por hilo") o *por radiodifusión* ("sin hilo"), de la obra radiodifundida, cuando la retransmisión se haga por un organismo distinto al de origen ("toda comunicación pública, por hilo o sin hilo, de la obra radiodifundida, cuando esta comunicación se haga por distinto organismo que el de origen"); y

—en el 3º, la comunicación pública de la obra radiodifundida por *altavoz* o instrumento análogo ("la comunicación pública mediante cualquier otro instrumento análogo transmisor de signos, de sonidos o de imágenes de la obra radiodifundida").

⁵³ Vid. Marshall McLuhan, H., *Guerra y paz en la aldea global*, Barcelona, Ed. Planeta-Agostini, 1985.

⁵⁴ En el Informe de la Conferencia Diplomática de Bruselas (1974) que concluyó el *Convenio Satélites*, se puso de relieve que un "satélite geostacionario" podía tener un alcance geográfico igual a un tercio de la superficie terrestre y sus señales podían ser captadas y retransmitidas, con destino a auditorios enteramente nuevos (*Actas de la Conferencia*, Ed. Unesco-OMPI, 1977, p. 32).

tección de los intereses de los titulares de derechos de autor y de derechos conexos involucrados en la difusión por ese medio de señales portadoras de programas. Los problemas se relacionan, en especial, con la licitud de esas difusiones transnacionales, las condiciones en que se efectúan tales actos de comunicación pública (por ejemplo, si en ellas se respeta el derecho moral), el pago de las remuneraciones originadas por las sucesivas explotaciones y la distribución de señales portadoras de programas por un distribuidor a quien no esté destinada la señal ("piratería de señales").

1) Definiciones

En el art. 1 del Convenio sobre la distribución de señales portadoras de programas transmitidas por satélite (Bruselas, 1974), habitualmente denominado *Convenio Satélites*,⁵⁵ se establece que, a sus efectos, se entenderá por:

- señal, todo vector producido electrónicamente y apto para transportar programas (§i);
- programa, todo conjunto de imágenes, de sonidos, o de imágenes y sonidos, registrados o no, e incorporado a señales destinadas finalmente a la distribución (§ii);
- satélite, todo dispositivo situado en el espacio extraterrestre y apto para transmitir señales (§iii);
- distribuidor, la persona física o jurídica que decide que se efectúe la transmisión de señales derivadas al público en general o a cualquier parte de él (§vii), y
- distribución, toda operación con la que un distribuidor transmite señales derivadas al público en general o a cualquier parte de él (§viii).

La noción de *programa* es más amplia que la de *obra protegida*, pues comprende no solo las interpretaciones o ejecuciones de obras protegidas por el derecho de autor sino también los noticieros, los espectáculos deportivos, los sucesos de actualidad, etcétera.

Cuando los programas que transportan las señales incluyen obras protegidas, su transmisión por satélite constituye

un acto de comunicación pública por *radiodifusión*, pues se trata de una difusión *inalámbrica* de signos, sonidos o imágenes (Convenio de Berna, art. 11 bis, §1, 1°).

2) Clases de satélites de radiodifusión

-*De radiodifusión directa* —o satélite de distribución— conocido por la sigla inglesa DBS (direct broadcasting satellite); por la potencia con que transmiten, las señales que portan son recibidas directamente por el público, sin necesidad de una estación terrena intermediaria que las distribuya, y

-*de telecomunicación* —o satélite de servicio fijo— conocido por la sigla inglesa CS (communication satellite); en principio, las señales que transmiten no van dirigidas al público sino a estaciones terrenas que las reciben ("receptoras") a través de las cuales las distribuye ("distribuidor") un organismo de radiodifusión (por ondas hertzianas) o de cable (por medio de un conductor —hilo, cable, fibra óptica, etcétera—).

A su vez, los CS son satélites de *distribución* cuando las señales son recibidas por todas las estaciones terrenas situadas en determinada área geográfica y de *punto a punto* cuando las señales son recibidas solamente por la estación terrena a la que van dirigidas.

Los satélites de telecomunicación (CS) de *punto a punto* fueron los primeros que funcionaron y para la distribución de señales requerían de estaciones terrenas con equipos receptores muy potentes y costosos. En los últimos veinte años, el avance tecnológico produjo una constante intensificación de la potencia de los satélites. Se hizo posible que, por medio de antenas parabólicas con dispositivos decodificadores de señales, disponibles en el comercio y accesibles a receptores domésticos, sean *captados, directamente, los programas que transportan*.

Se hace necesario, entonces, distinguir también entre los CS que requieren de una estación terrena que distribuya los programas que transmiten y los CS de *punto a punto*, cuyas señales *pueden ser recibidas directamente por el público*, con las antenas que se encuentran a disposición del este en el mercado, sin que sea menester un organismo distribuidor.

⁵⁵ Vid. *infra*, cap. 12, §12.5.3.

Como estos últimos funcionan como DBS, se plantea⁵⁶ que es necesario que se los considere como tales, reclamándose una clasificación funcional a los efectos jurídicos,⁵⁷ más allá de la división técnica entre DBS y CS.

Este hecho tecnológico —la intensificación de la potencia de los satélites— trae consecuencias jurídicas porque las señales dirigidas por el organismo emisor hacia un CS para que sean distribuidas por un organismo distribuidor en determinado territorio, son captadas directamente por el público de otro territorio.

3) Operaciones

La transmisión de señales por satélites activos⁵⁸ se desarrolla, básicamente, a través de las siguientes operaciones:

—*fase ascendente ("up-leg")*, durante la cual se realiza la emisión o "inyección" de señales desde una estación terrena en dirección al satélite. La persona física o jurídica que decide cuáles son los programas que portarán las señales emitidas se denomina "organismo de origen" o "inyector";

—*procesoamiento de señales* en el satélite; se modifican las características técnicas de las señales emitidas mediante su amplificación y modulación, transformándose en "señales derivadas" que pueden ser almacenadas, y

—*fase descendente ("down-leg")*, durante la cual las señales derivadas descienden del satélite y son distribuidas por un organismo al que se denomina "distribuidor" o, si la potencia del satélite lo permite, son captadas directamente por el público.

⁵⁶ Vid. Delgado Porras, A., "Utilización de obras audiovisuales por satélite y cable. La intervención de las sociedades de autores", en el libro memoria del V Congreso Internacional sobre la Protección de los Derechos Intelectuales, Buenos Aires, 1990, pp. 230-231.

⁵⁷ Dillenz, W., "La protection juridique des oeuvres transmises par satellites de radiodiffusion directe", en *Le Droit d'Auteur*, 1986, p. 345, cit. por Delgado, *op. cit.*, y *loc. cit.*, nota 56.

⁵⁸ Los satélites activos emiten o retransmiten señales; los pasivos están destinados a la retransmisión por reflexión.

4) Naturaleza de la comunicación pública por satélite

La comunicación pública de programas por satélite constituye *radiodifusión*.

Como ya vimos, en el Convenio de Berna no se hacen diferencias en razón del sistema inalámbrico utilizado para la transmisión pública, razón por la cual la realizada por satélite está contenida en la noción de *radiodifusión* (art. 11 bis, §1, 1º, cit.) que comprende

"la comunicación pública [...] por cualquier medio que sirva para difundir sin hilo los signos, los sonidos o las imágenes".

En la Convención de Roma (1961) se entiende que la emisión de radiodifusión es la difusión por medio de ondas hertzianas o por cualquier otro medio inalámbrico de sonidos o de imágenes y sonidos para su recepción por el público (art. 3: "A los efectos de la presente Convención se entenderá por: [...] f) 'emisión', la difusión inalámbrica de sonidos o de imágenes y sonidos para su recepción por el público").

La ley española de 1987 dispone en el art. 20, §2, que:

"Especialmente, son actos de comunicación pública: [...] c) La emisión de cualesquiera obras por radiodifusión o por cualquier medio que sirva para la difusión inalámbrica de signos, sonidos o imágenes. El concepto de emisión comprende la producción de señales desde una estación terrestre hacia un satélite de radiodifusión o de telecomunicación [...] e) La retransmisión, por cualquiera de los medios citados en los apartados anteriores y por entidad emisora distinta de la de origen, de la obra radiodifundida o televisada."

A su vez, en el art. 1, iii) del Proyecto de disposiciones tipo de la OMPI para leyes en materia de derecho de autor,⁵⁹ la definición de radiodifusión (de conformidad con el art. 11

⁵⁹ Vid. documento OMPI CEMPC/12-II del 11 de agosto de 1989.

bis, §1, 1º, del Convenio de Berna), incluye la transmisión pública por satélite:

“Se entenderá por ‘radiodifusión’ la comunicación al público de una obra [...] por transmisión inalámbrica [...] La radiodifusión incluirá la realizada por un satélite desde la inyección de una obra hacia el satélite, tanto en la etapa ascendente como en la etapa descendente de la transmisión, hasta que la obra se comunica al público (poniéndose a su alcance, aunque no necesariamente sea recibida por él).”

5) La emisión de señales

La emisión (o inyección) de señales portadoras de programas que incluyen obras protegidas por el derecho de autor en un DBS constituye, *per se*, un acto de radiodifusión.

El organismo que inyecta señales en un DBS realiza un acto de radiodifusión y es responsable frente a los titulares de los derechos involucrados por la explotación.⁶⁰ No es necesario que la obra puesta a disposición del público haya sido recibida, vista o escuchada por alguna persona; para que la obra pueda considerarse transmitida es suficiente que haya sido efectivamente puesta al alcance del público.⁶¹

6) Situaciones de conflicto

En virtud del derecho del autor a fraccionar el ámbito de validez especial y temporal del contrato, la autorización para radiodifundir la obra en un territorio determinado se circunscribe a dicho territorio.

⁶⁰ Habría que incluir a los CS cuya potencia permite que las señales también sean recibidas directamente por el público, cuando ello efectivamente ocurre. Esta es una de las razones por las que se viene reclamando una clasificación de los satélites a efectos jurídicos más allá de la clasificación técnica entre DBS y CS (*vid.* Dillenz, W., “La protection juridique des oeuvres transmises par satellites de radiodiffusion directe”, en *Le Droit d'Auteur*, 1986, p. 345, cit. por Delgado, *op. cit.*, p. 230).

⁶¹ *Vid.* art. 1, §v, del Proyecto de disposiciones tipo para leyes en materia de derecho de autor de la OMPI.

El autor de una obra dramática que ha contratado su radiodifusión en un país, o en una ciudad, etc., tiene derecho a realizar contratos similares respecto de todos los demás lugares no comprendidos en contrataciones anteriores que se encuentren vigentes. Asimismo, tiene derecho a decidir que la obra no sea radiodifundida en determinados territorios no cubiertos por la licencia o que, en estos, primero se represente en salas teatrales y solo después sea radiodifundida (principio de la *independencia de los derechos de explotación*).

Del mismo modo, el productor de una obra cinematográfica tiene derecho a realizar *en cada país* la explotación propia que más convenga a sus intereses; generalmente comienza por la exhibición en salas cinematográficas para luego, y siempre que disponga de los respectivos derechos, pasar a la explotación por medio de la reproducción en videocopias para su venta o alquiler, después a la distribución por cable y, finalmente, a la radiodifusión (televisión “abierta”).

Si un organismo de radiodifusión que ha recibido autorización para teledifundir en determinado territorio ciertos programas emite las señales que portan esos programas hacia un satélite que cubre territorios no comprendidos en la autorización, realiza un acto de comunicación pública contrario a los legítimos derechos de los autores de las obras comprendidas en los programas, de los intérpretes, de los productores de las obras audiovisuales y de los productores de los fonogramas, al igual que los del organismo de origen y de los que hubieran sido autorizados a radiodifundir los programas en los territorios en cuestión.

Mientras las transmisiones por radiodifusión tenían un alcance limitado a las fronteras del país en el cual se efectuaba la emisión, no se presentaban problemas en cuanto a la ley aplicable para determinar si tales emisiones —o las retransmisiones— eran lícitas; el proceso de transmisión se iniciaba (emisión) y concluía (recepción) dentro del mismo país y, por tanto, la licitud del acto de comunicación pública se juzgaba a la luz de una sola legislación —la del país donde se efectuaba la transmisión (salvo las realizadas en zonas de frontera que trascendían a países vecinos pero, por lo general, no podían considerarse significativas)—.

a) *Satélites de radiodifusión directa (DBS)*

Con el desarrollo de las comunicaciones por satélite surge la posibilidad de efectuar *transmisiones transnacionales* en gran escala, emitiendo señales hacia un DBS, que son *captadas directamente por el público en otros países*, sin la intervención de un organismo que haga la distribución de dichas señales. Estas transmisiones pueden afectar, en los países de la "huella" del satélite, los derechos de los titulares de derechos de autor y de derechos conexos, sin que en estos países exista un organismo responsable de la distribución de las señales.

Cuando la emisión se efectúa en un país donde rigen licencias no voluntarias para la radiodifusión de obras protegidas (*vid. infra*, §4.3.2) y la recepción se realiza en países donde tales licencias no se aceptan, o cuando en el país de la emisión la protección es inexistente o inferior a la vigente en el país de la recepción y tal comunicación pública afecta los intereses de los titulares de derechos de autor y derechos conexos, se plantea un problema de derecho internacional privado: ¿cuál es la ley aplicable para juzgar la licitud del acto: solamente la legislación del país de la emisión o la de todos los países cubiertos por la "huella" del satélite? Porque es en estos donde se completa el acto de radiodifusión.⁶²

Las respuestas difieren y han dado lugar a dos posiciones encontradas: por un lado la *teoría de la emisión*, y por el otro la *teoría de la comunicación o teoría Bogsch*.

1) La teoría de la emisión (o de la inyección) se apoya en la interpretación tradicional de la definición de radiodifusión contenida en el Reglamento de Radiodifusión de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT), según la cual,

"Servicio de radiodifusión: es un servicio de radiocomunicaciones cuyas transmisiones están destinadas a la

⁶² No se trata aquí de establecer a partir de qué momento el organismo inyector es responsable del acto de radiodifusión (ya hemos dicho que por la sola emisión, sin necesidad de que se pruebe la recepción efectiva por parte del público), sino de cual es la ley aplicable para determinar la licitud del acto de radiodifusión cuando difieren, al respecto, la ley del país de emisión y el de la recepción.

recepción directa por el público. Este servicio puede incluir transmisiones sonoras, transmisiones de televisión u otro tipo de transmisiones (art. I, §3, 17).

Radiocomunicación: es una telecomunicación por medio de ondas de radio (art. I, §1, 5).

Telecomunicación: es cualquier transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes y sonidos o elementos inteligibles de cualquier naturaleza por hilo, radio, sistemas ópticos u otros sistemas electromagnéticos (art. I, §1, 2)."

2) La teoría de la comunicación o Teoría Bogsch, así llamada en honor al Dr. Arpad Bogsch,⁶³ quien la enunció en marzo de 1985 en la reunión del Grupo de Expertos Unesco/OMPI sobre los aspectos de derecho de autor de la radiodifusión directa por satélite celebrada en París, y que, como señala Ficsor, en esa oportunidad fue presentada por su autor como "puntos de vista primarios", se fundamenta en la interpretación actualizada del art. 11 bis, §1, 1) del Convenio de Berna, en el cual la radiodifusión es definida como *la comunicación pública de obras por cualquier medio que sirva para difundir sin hilo*.

En dicha reunión, Bogsch explicó su tesis en la siguiente forma:

"i) La transmisión por medio de satélites de radiodifusión directa constituye radiodifusión en el sentido del art. 11 bis del Convenio de Berna.

ii) De conformidad con ese artículo, la radiodifusión es una forma de comunicación pública sin hilo (mediante ondas de radio). Dicho artículo utiliza los conceptos de 'comunicación pública' y 'difusión' y no el de 'emisión' que es más restringido. Por consiguiente, se produce radiodifusión cuando la difusión sin hilo se realiza como comunicación pública. Cuando la comunicación pública se efectúa por medio de ondas de radio a través de un satélite de radiodifusión directa, esa comunicación se produce en

⁶³ El Dr. Bogsch es el Director General de la OMPI desde 1973.

todos los países comprendidos en el área abarcada por el satélite.

iii) De conformidad con el Convenio de Berna, que establece el trato nacional, es aplicable la ley nacional de cada uno de los países comprendidos en el área abarcada por el satélite. Las leyes nacionales pueden otorgar un derecho exclusivo (art. 11 bis) o disponer lo que puede llamarse licencia obligatoria (art. 11 bis, §2). Por lo tanto, toda radiodifusión realizada por medio de satélites de radiodifusión directa, cuando el área abarcada comprende más de un país, debe ajustarse a las leyes de derecho de autor de cada uno de los países alcanzados por tal radiodifusión. De lo contrario, la comunicación pública en un país estaría regida por la ley nacional de otro país, efecto que sería contrario al principio del trato nacional.

iv) Cuando el área abarcada comprende un país solo en parte del territorio, podría considerarse, de conformidad con el principio de *minimis lex non regit*, que no es preciso tener en cuenta la ley nacional sobre derecho de autor de ese país.

v) El cumplimiento de las leyes nacionales aplicables sobre derecho de autor constituye responsabilidad de la persona y organismo que dé la orden de transmisión a través del satélite de radiodifusión directa. Ninguna otra entidad tiene responsabilidad alguna. En particular, no la tiene ninguna persona que recibe la radiodifusión en cualquier país, y en especial no necesita autorización del titular del derecho de autor sobre la obra radiodifundida para tal recepción, ni necesita pagarle suma alguna.

vi) Estas opiniones están basadas en el Convenio de Berna en su estado actual."

La tesis de Boggsch tiene, pues, como punto de partida el art. 11 bis del Convenio de Berna; esta última disposición no es tomada en cuenta por los partidarios de la teoría de la emisión, ya que solo se apoyan en el Reglamento de la Unión Internacional de Telecomunicaciones, en el cual se emplea el concepto de "emisión", más estrecho que los de "comunicación pública" y "difusión" utilizados en aquella. Al respecto, Fiesor señala que la comunicación pública por

radiodifusión a través de un satélite de radiodifusión directa comienza con la emisión de las señales que portan un programa hacia el satélite, pero no se completa en el punto de la emisión. Comunicación al público quiere decir que el programa se ha puesto a disposición del público—sin la condición ulterior de que el programa sea efectivamente recibido por el público—y no se puede decir que, en el punto de emisión, en el momento en que las señales que portan el programa abandonan la estación terrena hacia el satélite, el programa ya se haya hecho disponible—esto es, se haya comunicado—al público. La comunicación al público incluye ambas fases, la ascendente y la descendente. Todo el proceso, consistente en varias fases subsecuentes, puede ser considerado comunicación al público por sistemas inalámbricos—por ondas hertzianas—, esto es, por radiodifusión.

Fiesor pone de relieve que afirmar que para la definición de la radiodifusión no debe adoptarse el Convenio de Berna sino el Reglamento de Radiocomunicaciones de la Unión Internacional de Telecomunicaciones y que, por lo tanto, la radiodifusión directa por satélite debe caracterizarse como la simple emisión desde la estación de tierra, para enterarse después de que conforme a ese Reglamento la radiodifusión no solo no queda completa con la emisión realizada desde la estación terrestre, sino que ni siquiera se inicia allí y solo comienza en el satélite, puede resultar por cierto sumamente embarazoso para quienes abogan por la teoría de la emisión.⁶⁴

Después de su presentación en 1985, la Teoría Boggsch fue desarrollada con más detalle en el memorándum elaborado para el Comité de Expertos Gubernamentales Unesco/OMPI sobre obras audiovisuales y fonogramas (París, mayo de 1986). Tomó su forma definitiva en el memorándum sobre la evaluación y síntesis de principios sobre diversas categorías de obras (documento CGE/SYN/3-III, §21-45) preparado

⁶⁴ Vid. Fiesor, M., *Direct broadcasting by satellite and the "Boggsch Theory"*, estudio presentado ante la Section of Business Law Conference (Committee of Intellectual Property, Establishment and Communications) de la International Bar Association, Estrasburgo, 2-6 de octubre de 1989 (documento), donde se realiza una exposición muy detallada de la teoría.

para el Comité de Expertos gubernamentales Unesco/OMPI que se reunió en Ginebra en junio-julio de 1988 y fue receptada en los Principios Unesco/OMPI (documento CGE/SYN/3-II). Principios AW11 a AW14 (respecto de la obras audiovisuales) y Principios PH14 a PH17 (respecto de los derechos sobre obras y sobre interpretaciones contenidas en fonogramas, así como de los derechos de los productores de estos); esos principios también son aplicables *mutatis mutandis* a otras categorías de obras.

Ficor señala que esos principios solo contienen los elementos más importantes de la Teoría Bogsch. Por ejemplo, aunque los principios no lo establecen en forma explícita, resulta necesariamente de dicha teoría que si el titular de los derechos no es la misma persona en el país de emisión que en el país del área abarcada, no basta que se tengan en cuenta los derechos de quien es el titular en el país de emisión, también deben regir, por lo menos en igual medida, los derechos del titular en el país del área abarcada, es decir, en que la obra es efectivamente comunicada al público.

Ficor refuta las dificultades jurídicas y prácticas opuestas a los principios basados en la Teoría Bogsch cuando estos principios fueron expuestos en el memorándum para el mencionado Comité de Expertos gubernamentales sobre obras audiovisuales y fonogramas (París, mayo de 1986).⁶⁵

En el memorándum sobre el Proyecto de ley tipo sobre derecho de autor de la OMPI (documento CE/MPC/III/2 del 30 de mayo de 1990, preparado por la Oficina Internacional de la OMPI), se citan casos judiciales recientes en los que la Teoría Bogsch fue aplicada (\$106):

"Esos asuntos se referían en parte a la cuestión de la ley aplicable (como en el caso de una sentencia del 19 de diciembre de 1989 del Tribunal de Apelaciones de París, en que se condenó a *Tele Montecarlo* y la *Compagnie Luxembourgeoise de Télédiffusion* —es decir, a dos organismos de radiodifusión que transmiten programas para territorios de otros Estados además de Francia— a pagar

importantes sumas de dinero por la radiodifusión no autorizada de fonogramas comerciales), y en parte al ejercicio de sus derechos por titulares que lo son en países del área abarcada (como en una sentencia del 30 noviembre de 1989 del Tribunal de Apelaciones de Viena, que declaró que también hacía falta la autorización de los titulares de derechos del país del área abarcada cuando el programa transmitido por el satélite de radiodifusión directa se pusiera al alcance del público)."

En las disposiciones relativas a la transmisión por satélites de radiodifusión directa que se prevén en el memorándum preparado por la Oficina Internacional de la OMPI para la segunda reunión de un Comité de expertos para un eventual Protocolo al Convenio de Berna (Ginebra, febrero de 1992), también se hace aplicación de la Teoría Bogsch (*vid. Le Droit d'Auteur*, marzo de 1992, pp. 82-83).

Es fácil advertir que en pocos años más la recepción directa a través de satélites de radiodifusión (DBS) habrá alcanzado un gran desarrollo; en muchos lugares, cualquier habitante podrá elegir entre las ofertas de varios países del mismo y de otros continentes, con lo cual los públicos televisivos serán crecientemente multinacionales.

A pesar de no haberse alcanzado una solución pacífica de los problemas jurídicos que plantean los satélites de radiodifusión directa, lo que no se puede admitir, como acota muy bien Delgado, es el fomento de "paraísos de los radiodifusores" ni de colonialismos jurídicos, como ocurriría si se permitiera a los usuarios elegir el país de sistema de protección más bajo para organizar sus emisiones e imponer ese sistema, con la exportación de señales, a todos los demás países de la huella del satélite.⁶⁶

b) Satélites de telecomunicación (CS)

La situación de conflicto paralela a la descripta en relación con los DBS se presenta respecto de los CS cuando la

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ *Vid. Delgado, op. cit.*, §32, p. 234.

transmisión por un satélite de esta clase, efectuada desde un país donde se protege el derecho de autor, es distribuida en países donde la protección es inexistente o inferior a la que rige en el primero y la comunicación pública afecta los intereses de los titulares de los derechos de autor o de los derechos conexos involucrados.

Se trata de determinar si solo es responsable el organismo distribuidor o si también lo es el emisor, a fin de saber contra quiénes puede dirigirse la reclamación y cuál es la ley aplicable. Las respuestas difieren:

1) Quiénes consideran que en la transmisión por CS la emisión de señales hacia un satélite (o inyección de señales) es tan solo una *operación técnica* y no un acto de radiodifusión, pues por la potencia con que transmiten (en principio, inferior a la de los DBS) requieren de una estación terrena que distribuya los programas que portan dichas señales, concluyen que solamente el organismo distribuidor efectúa un acto de comunicación pública y que, por tanto, es el único responsable frente a los titulares de derechos de autor y de derechos conexos perjudicados, aplicándose la ley del país donde se realiza la distribución.

En caso de que esta última legislación no ofrezca apoyo al reclamo de los titulares de derechos perjudicados, estos no podrán dirigir su acción contra el organismo inyector y quedarán sin reparación las lesiones causadas por la distribución de programas vía satélite en tales países.

2) En la posición opuesta se encuentran quienes, partiendo de la premisa de que la "inyección" de señales en un satélite constituye un acto de radiodifusión que, como tal, es un acto de explotación reservado al autor y debe ser autorizado por este, concluyen que el organismo emisor es el responsable frente al autor, a menos que el autor haya concluido un contrato con el organismo distribuidor autorizando la distribución de señales.

Esta doctrina fue receptada en Francia donde, mediante la reforma de 1985 (art. 12) se modificó el art. 45, 3) de la ley de 1957, y se estableció que, salvo estipulación en contrario:

"la autorización para teledifundir la obra por vía hertziana no comprende su emisión hacia un satélite que

permita la recepción de esta obra por intermedio de un organismo tercero, a menos que los autores o sus derechohabientes hayan autorizado contractualmente a esos organismos a comunicar la obra al público; en ese caso, el organismo emisor está exonerado del pago de remuneración".

En consecuencia, si se trata de un DBS, el organismo de radiodifusión que realiza la emisión debe obtener la autorización autoral y pagar la correspondiente remuneración; si, en cambio, la obra se transmite al público por intermedio de un organismo distribuidor, puede ocurrir que este haya contratado la difusión con los autores o sus derechohabientes, y, por tanto, el pago de la remuneración estará a cargo del mismo; de lo contrario será el organismo emisor el que deberá responder por dicho pago.

Al comentar esta disposición, Colombet pone de relieve que con ella se ha tratado de evitar tanto la doble remuneración a los autores como la ausencia de remuneración, poniendo a cargo del organismo emisor la obligación de obtener la autorización y hacer el pago; sin embargo, si el organismo distribuidor ha recibido de aquellos una autorización contractual, será entonces el responsable del pago.⁶⁷

3) En una posición intermedia se encuentran quienes parten del hecho de que en la comunicación pública de programas por satélites CS se necesitan dos organismos, uno que emita la señal y otro que la distribuya, y concluyen que no se trata de dos actos de radiodifusión (emisión y retransmisión), porque no se reitera un acto de radiodifusión sino que se *lo completa*. Salvo el caso en que las señales se emiten para su almacenamiento (y la distribución depende de la decisión posterior del emisor o del distribuidor), se trata de dos fases de la misma operación que requiere una sola autorización, pero si esta no existe ambos organismos son responsables, conjunta y solidariamente, frente a los titulares de derechos perjudicados.

⁶⁷ Vid. Colombet, C., *Propriété littéraire...*, p. 210.

Es la tesis receptada en los Principios Unesco/OMPI (Principios AW 15 a AW 19 respecto de las obras audiovisuales y Principios PH 18 a PH22 respecto de los derechos sobre obras y sobre interpretaciones contenidas en fonogramas, así como de los derechos de los productores de estos). En particular, en el Principio AW 16 se expresa:

"Principio AW16. El organismo de radiodifusión que emita el programa y el organismo de radiodifusión que lo transmita desde la estación terrena receptora, serán responsables —conjunta y solidariamente— ante los titulares del derecho de autor sobre las obras audiovisuales y ante los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión cuyos derechos puedan quedar afectados con esta radiodifusión en lo tocante a su fase *final* (a partir de la estación terrena). El organismo de origen será el único responsable ante los titulares de derechos en lo concerniente a las fases anteriores a la fase final de la radiodifusión."

(El mismo concepto se reproduce en el *Principio PH19* respecto de los fonogramas.)

D3) Distribución por cable

La distribución por cable es la operación por la cual las señales portadoras de programas producidas electrónicamente son transmitidas por un dispositivo conductor (hilo, cable coaxial, fibra óptica, rayo láser y cualquier otro medio análogo) a través de cierta distancia a los fines de su recepción por el público en general o por una parte cualquiera de este.⁶³

Las notas distintivas de la distribución de programas por cable son:

- la transmisión se realiza por medio de ondas electromagnéticas que son conducidas *por medio de una guía artificial*, y
- la recibe el público.

Constituye una forma de comunicación pública de obras protegidas que se ha extendido notablemente; en la actualidad encontramos en todo el mundo ciudades y poblaciones íntegramente cableadas.

La noción de distribución por cable comprende las transmisiones puramente sonoras, que suelen denominarse *hilo musical*, y las transmisiones audiovisuales, a las que también se llama *televisión por cable*.

Esta última denominación, muy difundida, puede inducir a confusión en cuanto a la naturaleza jurídica de la distribución por cable, pues la televisión está englobada en el concepto de radiodifusión mientras que la distribución por cable no constituye radiodifusión, porque se realiza por medio de un dispositivo que conduce las señales portadoras de programas desde una instalación distribuidora hacia una instalación receptora, que las transforma en oscilaciones audibles y visibles. En la radiodifusión, en cambio, las ondas electromagnéticas se transmiten por el espacio heriziano, sin guía artificial, por cualquier sistema inalámbrico.

Las emisiones de televisión son distribuidas por cable con distintas finalidades, tales como:

—superar obstáculos topográficos o edicios ("zona de sombra"), a raíz de los cuales la recepción por ondas herizianas de las transmisiones realizadas por el organismo de radiodifusión dejan mucho que desear y que de otro modo harían necesaria la instalación de muchas antenas costosas, o

—ampliar el alcance de la transmisión a una zona donde la recepción es posible, pero solo mediante el uso de antenas individuales disponibles en el mercado ("zona de recepción directa") o al territorio hacia el cual son dirigidas las emisiones en cumplimiento de una disposición legal ("zona obligatoria"), o por otras causas —por ejemplo, cláusulas contractuales— ("zona de servicio").

La distribución por cable de emisiones de televisión puede ser realizada por el organismo de origen o por otro organismo:

—el Convenio de Berna admite que las legislaciones nacionales establezcan que el *organismo de origen* puede recurrir a la distribución por cable (es decir, a dispositivos conductores de las ondas radioeléctricas, como son el hilo, el cable coaxial, la fibra óptica, etc.) para superar obstáculos o para

⁶³ Vid. *Principios comentados...*, §83, p. 137 y §50, iii), p. 141.

ampliar el alcance de sus comunicaciones públicas por radiodifusión, dentro del territorio del país que le otorgó la licencia para radiodifundir o utilizar, a los mismos efectos, sistemas inalámbricos como antenas, satélite, etcétera.⁶⁹

—pero cuando la distribución de programas radiodifundidos es realizada por un organismo distinto al de origen, en todas las circunstancias importa un nuevo acto de comunicación pública y, como consecuencia del monopolio de explotación de que goza el autor, debe estar expresamente autorizado por este y ser retribuido.

En este último caso, nos encontramos frente a una explotación secundaria de la obra, distinta de su radiodifusión, pues se brinda un nuevo servicio —que no presta el organismo de origen— consistente en la captación de las ondas radioeléctricas emitidas por este, en su amplificación, modulación y distribución, posibilitando así que las obras sean comunicadas con nitidez a públicos nuevos pues, de otro modo, no las recibirían o solo las captarían muy defectuosamente).

De ahí que sea necesaria la autorización autoral y el pago de una remuneración por parte del cable-distribuidor no comprendida en el pago que realiza el organismo de origen, el que solo incluye las actividades realizadas por este y que fueron las tenidas en vista por las partes al contratar.

Es por ello que en el citado art. 11 bis, §1, del Convenio de Berna, a continuación del derecho de radiodifusión por cualquier medio inalámbrico, se reconoce expresamente a los autores de obras literarias y artísticas el derecho exclusivo de autorizar:

⁶⁹ Delgado entiende que no es correcto considerar que constituye un caso de libre utilización, en favor de los organismos de origen, la retransmisión o transmisión pública por cable realizada por organismos de radiodifusión de obras por ellos difundidas (como se prevé en el art. 21 del proyecto de disposiciones tipo de la OMPD), y considera que el art. 11 bis, §1, 2°, del Convenio de Berna acuerda una protección indirecta al autor no solo a determinar contractualmente con el emisor las condiciones de la distribución por cable de la obra radiodifundida, sino a excluir expresamente esta forma de explotación (razón por la cual da a su tesis el nombre de "protección indirecta de la distribución por cable de programas radiodifundidos por el propio distribuidor"). Vid. *Utilización de obras audiovisuales por satélite y cable...*, pp. 225-226.

"2°, toda comunicación pública, por hilo o sin hilo, de la obra radiodifundida, cuando esta comunicación se haga por distinto organismo que el de origen [...]".⁷⁰

Clases de distribución por cable:

—de programas radiodifundidos y

—de programación propia.

Al principio la distribución por cable tenía por objeto retransmitir emisiones de radiodifusión. Con posterioridad se desarrolló la distribución de distintos programas producidos por el cable-distribuidor sin utilizar una emisión radiodifundida o utilizando solo algunas partes. Estos programas se denominan programación propia de cable.

Se entiende que *distribución por cable de programas radiodifundidos* es la retransmisión por cable *simultánea e integral* de una transmisión por radiodifusión. La retransmisión puede ser de una parte del programa y, no obstante, considerarse íntegra, si es efectuada en forma simultánea y comprende una unidad inalterada del programa radiodifundido (de contenido determinado e ininterrumpida en el tiempo).

Se entiende que *distribución de programación propia* es tanto la distribución de programas producidos por el cable-distribuidor (aun cuando utilice partes de programas recibidos por radiodifusión), como:

a) la distribución "en diferido" (no simultánea) de programas recibidos por radiodifusión, con o sin el agregado de un fondo musical o un texto o un comentario sobreimpreso a la emisión, propio del cable-distribuidor;

b) la distribución simultánea de programas radiodifundidos pero con modificaciones, por ejemplo, cuando se escucha "en off" una traducción de los parlamentos de la transmisión original (doblaje directo) y

⁷⁰ Esta disposición fue aplicada en las sentencias del Tribunal Federal suizo del 20 de enero de 1981 (RIDA, n° 111, p. 196) y del 20 de marzo de 1984 (RIDA, n° 123, p. 206); *idem*, Corte de Casación belga, sentencia del 25 de junio de 1982 (CISAC, documento CJL/83/652, informe de la Comisión Jurídica y de Legislación, Washington, mayo de 1983. *En contra* Austria, ley de 1980, art. 17 y Reino Unido, art. 73, §3, b), a pesar de que ambos países son miembros de la Unión de Berna.

c) toda otra distribución de programas radiodifundidos efectuada "en diferido" o introduciendo cambios en la transmisión original (que no sea simultánea e integral).

La distribución de programas "en diferido" o con alteraciones (adiciones o supresiones) ponen en juego los derechos exclusivos del autor. No alcanza, entonces, con la autorización autoral para distribuir por cable emisiones de radiodifusión; tales modalidades solo pueden practicarse cuando media licencia del autor o de su representante autorizando las expresamente pues, por razones prácticas, para realizar la distribución "en diferido" el cable-distribuidor debe fijar los programas en el momento de recibir la emisión para proceder a su posterior comunicación pública, lo cual implica el ejercicio del *derecho de reproducción*; a su vez, las alteraciones de la transmisión original importan el ejercicio del derecho de transformación y comprometen el *derecho moral* del autor.

D4) Casos particulares: transmisiones en habitaciones de hotel y para conjuntos habitacionales

Transmisiones en habitaciones de hotel: cuando las habitaciones de hotel tienen instalados televisores mediante los cuales se ofrece a sus huéspedes programas a través de un sistema interno propio de cable controlado por el establecimiento hotelero, este último efectúa un acto de *comunicación pública*.

Esta transmisión es un acto de *intermediación* entre la programación que se recibe mediante la radiodifusión tradicional —o a través de un satélite de radiodifusión o de distribución—, pues el público no recibe el programa directamente sino a través de una *retransmisión* en el sentido del art. 11 bis, §1 del Convenio de Berna que dispone que "Los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar: [...] 2º, toda comunicación pública, *por hilo* o sin hilo de la obra radiodifundida, cuando esta comunicación se haga por distinto organismo que el de origen; 3º la comunicación pública mediante altavoz o mediante cualquier otro instrumento análogo transmisor de signos, de sonidos o de imágenes de la obra radiodifundida" (el subrayado es nuestro).

Las habitaciones de hotel son lugares para el público, aunque no sean lugares públicos. Tampoco son lugares

públicos las casas de familia a las cuales está destinada la distribución de programas por redes de cable. La comunicación es pública no solo cuando es recibida en un lugar público sino siempre que —como en el caso de los huéspedes de un hotel— la transmisión es distribuida por un intermediario —el hotelero— en un lugar al que el público tiene acceso y entre personas que no forman parte del círculo familiar o de los amigos más íntimos de aquel.

Se considera que es distinto en aquellos casos en que cada habitación de hotel tiene un televisor con su propia antena que capta en el aire el programa transmitido por la radiodifusión "abierto", pues al ser inalámbrica, la comunicación es radiodifusión como variante específica de la comunicación pública (vid. documento OMPI BCP/CE/L3 del 18 de octubre de 1991, §158, publicado en *Le Droit d'Auteur*, marzo de 1992, p. 85).

Conjuntos habitacionales: la distribución de programación por medio de un *sistema propio interno de cable* entre las unidades que forman parte de un conjunto de unidades de vivienda vecinas también constituye un acto de comunicación pública por un organismo distinto al de origen. Lo mismo ocurre cuando, a través de una potente antena comunitaria, se captan señales portadoras de programas radiodifundidos directamente o a través de un satélite de servicio fijo (de distribución o de "punto a punto") —es decir que están destinadas a una estación terrena—, y se distribuyen entre las unidades de un conjunto residencial o de viviendas (una urbanización, una localidad, una ciudad) que, de otro modo, no las recibirían.

El hecho de que se trate de una distribución entre domicilios privados no cambia el carácter del acto (comunicación pública) porque las emisiones del organismo de origen también están destinadas a domicilios privados,⁷¹ siendo aplicable, por lo demás, lo expuesto sobre las retransmisiones

⁷¹ Antequera Parilli, R., *Los derechos intelectuales, la televisión vía satélite y la televisión por cable*, Forum regional OMPI, Montevideo 13-15 de diciembre de 1989 (documento).

en habitaciones de hotel a través de sistemas internos propios de cables controlados por el establecimiento hotelero.

La gratuidad del servicio no cambia el carácter del acto ni es causa de limitaciones del derecho del autor, pues, como veremos (*infra*, §4.3), las excepciones están sujetas a *numerus clausus*, razón por la cual solo pueden invocarse cuando están expresamente previstas en la ley.

E) Comunicación pública de obras por servicios telemáticos

Constituye comunicación pública el acceso público a bases de datos de ordenador por medio de la telecomunicación. La ley española menciona expresamente entre los actos de comunicación pública: "El acceso público a bases de datos de ordenador, cuando estas bases incorporen o constituyan obras protegidas por el derecho de autor" (art. 20, h).

F) El carácter público de la comunicación

Las leyes reservan al autor un derecho exclusivo a la comunicación pública de su obra. Va de suyo, entonces, que cuando la comunicación no está dirigida al público queda fuera del monopolio de explotación reconocido en cabeza del creador (a diferencia del derecho de reproducción que, en principio, es concedido sin más limitaciones que las expresamente establecidas, ya sea que estén destinadas a un uso privado o bien a un uso público).

El carácter público de la comunicación es muy difícil de tipificar en términos omnicomprendivos de las distintas situaciones posibles.

Por esta razón, algunas leyes, como la belga (y también el Convenio de Berna), eluden la delimitación entre comunicación pública y privada, y otras, como la francesa (art. 41, 1), se limitan a excluir del derecho de autor "las representaciones privadas y gratuitas efectuadas exclusivamente en un círculo familiar" (*idem*, Venezuela, art. 43, §1), debiendo entenderse que son públicas todas las comunicaciones no comprendidas en esta exclusión.

En cambio, en la ley alemana (art. 15, §3) encontramos una clara reglamentación del tema al establecer que: "La comuni-

cación de una obra será considerada pública si la misma está dirigida a una pluralidad de personas, a menos que dichas personas formen un grupo claramente definido y estén vinculadas, entre sí o con el organizador, por relaciones personales."

En otras legislaciones, como la Argentina, la caracterización de *público* aparece en una norma reglamentaria de la ley (el art. 33 del decreto 41.233/34), en la que se entiende "por representación o ejecución pública aquella que se efectúe —cualesquiera fueren los fines de la misma— en todo lugar que no sea un domicilio exclusivamente familiar y, aun dentro de este, cuando la representación o ejecución sea proyectada o propalada al exterior".

También se suele tipificar el carácter público de la comunicación por la negativa, como en la ley española (art. 20, §1, 2ª parte) donde se dispone que no se considerará pública la comunicación cuando se celebre dentro de un ámbito estrictamente doméstico que no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo.

Con respecto a la noción del elemento *público* aplicable, entre otros, al derecho de *comunicación pública*, en la segunda parte del memorándum preparado por la Oficina Internacional de la OMPI sobre *cuestiones relativas a un eventual Protocolo al Convenio de Berna*, se pone de relieve que "se acepta cada vez más el principio de que tendría que considerarse 'pública' (más bien que 'privada') cualquier utilización de una obra que rebase el círculo familiar o de los amigos más íntimos de una familia o de un individuo", y se propone la inclusión en dicho eventual Protocolo de definiciones que pudiesen suprimir las discrepancias de opinión sobre la noción de "público" que han surgido o que pudieran surgir en el futuro (*vid. doc. cit. OMPI BCP/CEI/3 del 18 de octubre de 1991, §§153, 155 y 156 e infra*, cap. 12, §12.4.2.1 —la revisión futura del Convenio de Berna, II, D—).

4.2.3. El derecho de transformación

Concepto

El derecho de transformación consiste en la facultad del autor de explotar su obra autorizando la creación de obras

derivadas de ella: adaptaciones, traducciones, revisiones, actualizaciones, resúmenes, extractos, arreglos musicales, compilaciones, antologías, etcétera.

La obra originaria —o *primigenia*, *preexistente*, *inicial*, *anterior*, *de primera mano* u *obra original* como se la denomina habitualmente (*vid. supra*, cap. 2, §2.2.1)—, permanece inalterada en su individualidad. A ella viene a añadirse, como consecuencia de la transformación, una nueva obra: la obra derivada —o *subsecuente* o *de segunda mano*—, calidad que debe ser claramente indicada a fin de que no se confunda con la obra de la cual deriva.

Contenido

Vid. supra, cap. 2, §2.2.2.

4.2.4. El derecho de participación o "droit de suite"

El derecho de participación, al que comúnmente se alude con su denominación francesa —"*droit de suite*"⁷² es el derecho de los autores de obras artísticas a percibir una parte del precio de las ventas sucesivas⁷³ de los originales de estas obras —a las que pueden asimilarse los manuscritos de obras gráficas— realizadas en pública subasta o con la intervención de un comerciante o agente comercial.

La reproducción y la comunicación pública, que son las

formas tradicionales de explotar las obras, solo por excepción reportan ingresos a los artistas plásticos, pues únicamente las obras célebres son objeto de reproducción en láminas, diapositivas, tarjetas postales o con fines publicitarios. Por la *exposición pública* nada se paga a los autores de obras artísticas.

La forma usual de comercializarlas es a través de la enajenación del ejemplar original de la obra. Una vez que el artista plástico vende, o malvende su obra, pues generalmente lo hace acuciado por la necesidad de proveer a su subsistencia, especialmente en el período inicial de su carrera, queda al margen de los actos posteriores de explotación, los que generalmente tienen lugar cuando la creación ha alcanzado valor de reventa y se transforma en una fuente de ganancias, a veces muy importante, a medida que su autor logra renombre merced a su talento y a la consagración a su arte.

Es justo, entonces, que, al igual que los coleccionistas y que los intermediarios (martilleros, comerciantes en cuadros —"*marchands*"—, dueños de galerías de arte, etc.), los artistas plásticos participen del éxito económico de su obra recibiendo como pago suplementario una cierta proporción del precio de las ventas sucesivas. El derecho de participación desempeña un papel compensatorio. Equivale a los beneficios que los autores de obras literarias y musicales reciben por cada comunicación de estas a un público nuevo.

Teniendo en cuenta el tiempo que ha pasado desde que se sancionó la ley francesa de 1920, primera que instituyó el *droit de suite*, y la justicia que lo infunde, se puede advertir que son muy pocos los países que han establecido el derecho de participación,⁷⁴ y que son aun menos aquellos en los que

⁷⁴ Alemania, Argelia, Argentina, Bélgica, Bolivia, Brasil, Bulgaria, Congo, Costa de Marfil, Costa Rica, Checoslovaquia, Chile (solo en favor de los autores nacionales, art. 36), Dinamarca, Ecuador, España, Filipinas, Francia, Guinea, Hungría, Italia, Laos, Luxemburgo, Madagascar, Malí, Marruecos, Perú, Portugal, Santa Sede, Senegal, Tunes, Turquía, Uruguay, Yugoslavia. También Puerto Rico y en los Estados Unidos de América, el Estado de California.

⁷² Este derecho tuvo origen en Francia, donde se instituyó por ley del 20 de marzo de 1920. También se usan otras denominaciones como "derecho de secuencia", "derecho de seguimiento", "derecho de continuidad", "derecho de persecución", etc., con las que se trata de expresar el sentido de "*droit de suite*", nombre francés con el que este derecho se acuñó y es universalmente conocido.

⁷³ A las ventas sucesivas realizadas en subasta pública: por ejemplo en Francia; a las ventas sucesivas realizadas con intervención de un comerciante o agente comercial: por ejemplo, en Alemania. En algunos países como Brasil, Portugal y Uruguay, se prevé que el "*droit de suite*" se aplicará a todas las ventas sucesivas, pero se puede considerar que tal extensión, en definitiva, no es realista.

ha alcanzado vigencia efectiva,⁷⁵ a pesar de que en algunos lleva alrededor de medio siglo de vigencia legal.⁷⁶ Uno de los argumentos que frecuentemente se oponen al "*droit de suite*" es la potencialidad de desplazar las transacciones sobre obras artísticas hacia países que no lo establecen, con lo cual los que lo adoptan se perjudican.

El Convenio de Berna reconoce el "*droit de suite*" como derecho del autor a obtener una participación en las ventas de las obras de arte originales y de los manuscritos que tengan lugar con posterioridad a la primera cesión operada por el autor (art. 14 ter, §1, del texto de París). Esta disposición fue introducida en la revisión de Bruselas como art. 14 bis. El Convenio atribuye a este derecho el carácter de *inalienable*, aunque transmisible *mortis causa*, pero el autor no goza de este *droit de suite conventionis*; su reconocimiento no es obligatorio para los países de la Unión y está sujeto a reciprocidad material (§2). El art. 14 ter establece:

"1) En lo que concierne a las obras de arte originales y a los manuscritos originales de escritores y compositores, el autor —o, después de su muerte, las personas o instituciones a las que la legislación nacional confiera derechos—, gozará del derecho inalienable a obtener una participación en las ventas de la obra posteriores a la primera cesión operada por el autor.

2) La protección prevista en el párrafo anterior no será exigible en los países de la Unión mientras la legislación nacional del autor no admita esta protección y en la medida en que la permita la legislación del país en que esta protección sea reclamada.

3) Las legislaciones nacionales determinarán las modalidades de la percepción y el monto a percibir."

⁷⁵ Bélgica y Francia (ventas realizadas en pública subasta), Hungría, Alemania, España. En la mayoría de estos países, la administración de los derechos de los artistas plásticos es realizada por sociedades de autores: SPADEM y ADAGP (en Francia); HUNGART (Hungría); BILD-KUNST (Alemania) y VISUAL (España).

⁷⁶ Por ejemplo, Checoslovaquia (ley de 1926, mantenida en la reforma de 1965); Uruguay (1937).

La gran mayoría de las leyes nacionales reconocen al derecho de participación los caracteres de *inalienabilidad* e *irrenunciabilidad*, en atención a las razones de orden social que lo fundamentan; si pudiera ser objeto de cesión o de renuncia, quedaría desvirtuada la finalidad tuitiva que lo justifica.

En cambio, no hay acuerdo acerca de la *naturalidad* del derecho de participación: sobre si constituye un derecho de autor, o bien si se trata de un "*derecho de simple remuneración*" (Alemania, art. 26; España, art. 24) destinado a compensar a los autores de obras artísticas por situaciones injustas, procurando asegurarles la percepción de una retribución equitativa en los rendimientos que resulten de la utilización económica de su obra realizada fuera del alcance de su derecho absoluto de explotación.

En relación con la ley española, Delgado considera que el criterio de regular el derecho de participación dentro de la sección "Otros derechos", se explica en razón de que "no hace relación directa a la obra sino a la cosa material (ejemplar único) a la que está incorporada, de suerte que la posición del sujeto pasivo de este derecho (cuya relación con el autor es un caso de obligación *propter rem*) tiene como presupuesto de partida la adquisición del ejemplar, puesto en circulación mediante su venta, y no la de ningún derecho de explotación de la obra."⁷⁷

Transmisión "*mortis causa*" del derecho de participación

Los criterios al respecto varían:

a) no se acepta la transmisión *mortis causa* en Alemania, Checoslovaquia, Chile, España,⁷⁸ Hungría (en el caso de que el original se venda a un museo o a colecciones públicas, art. 46 A, §2), e Italia;

b) en otros países se admite su transmisión *mortis causa*. Sin embargo, hay divergencias en cuanto a la admisión de los legatarios:

⁷⁷ Delgado Porras, *Panorámica...*, p. 26.

⁷⁸ En España se proyecta (marzo de 1992) una modificación del art. 24 de la ley 22/1987 de Propiedad Intelectual, para admitir la transmisión *mortis causa* y la protección durante sesenta años *post mortem auctoris*.

—mencionan solo a los herederos: Argelia (art. 70), Ecuador (art. 86), Filipinas (art. 31), Senegal (art. 19), Túnez (art. 17);

—en Francia se excluye expresamente a los legatarios (art. 42, 2º párr. *in fine*: “con exclusión de todos sus legatarios y derechohabientes”). La jurisprudencia ha interpretado que la exclusión de los legatarios no alcanza a los herederos de los herederos del autor y que estos reciben el “*droit de suite*”;⁷⁹

—en Italia, en cambio, no solo se admite que los legatarios sean beneficiarios del derecho de participación sino que en el texto de la norma se hace referencia a los mismos antes que los herederos (art. 150: “corrisponderán al autor, y después de su muerte y a falta de disposiciones testamentarias, a su cónyuge y a los herederos legítimos, limitados estos últimos a los tres primeros grados con arreglo a las normas del Código Civil”).

En los países que no admiten la transmisión por sucesión *mortis causa* del derecho de participación, este se extingue con la muerte del autor. En los que la admiten, se adopta el mismo plazo de duración que respecto de los derechos patrimoniales del autor.

Operaciones a las que se aplica:

Los sistemas varían:

—en general se aplican a las ventas sucesivas en subasta pública y a las que se realizan por intermedio de un comerciante o agente mercantil (por ejemplo, Francia, art. 42; Alemania, art. 26; España, art. 24; Bolivia, art. 50);

—en algunos países se prevé su aplicación en toda clase de ventas o enajenaciones (por ejemplo Argelia, art. 69; Brasil, art. 29, 1; Uruguay, art. 9).

Base de aplicación y monto:

Tanto la base de cálculo como el porcentaje a pagar al autor en concepto de derecho de participación son estableci-

dos por la ley. En las legislaciones nacionales se pueden encontrar los siguientes sistemas:

—*sobre el precio obtenido en cada venta posterior a la primera, sin deducción alguna*. En Argelia, Bolivia, Costa Rica, Ecuador, Filipinas, Hungría, Marruecos, Senegal y Túnez el porcentaje es del 5% del valor total de cada nueva venta; en Portugal es del 6% sobre el precio de cada transacción (se prevé el descuento de los gastos comprobados relativos a publicidad, representación y otros semejantes hechos para la promoción y venta de la obra y el correspondiente a los índices de inflación). En Bélgica el porcentaje es gradual (del 2% al 6%) y depende del precio de la obra (a partir de 50.000 francos belgas es del 6%);

—*sobre el precio solo si fuere superior a determinada cantidad* (la fijación de un precio mínimo por debajo del cual no se aplica el derecho de participación constituye una limitación fundada en la máxima de *minimis lex non regit*. En Francia, Congo, Laos y Madagascar la tarifa es del 3% del valor total de cada nueva venta solo en el caso de que se trate de una suma superior a 100 francos; en Alemania es del 5% del precio de venta cuando excede los 100 marcos alemanes; en España es del 2% del precio de enajenación, si este fuere superior a la cantidad que reglamentariamente se establezca (por Real Decreto 395/1988 se fijó en 200.000 pesetas. En el ya mencionado proyecto de reforma se prevé —marzo de 1992— un incremento al 3% del precio de reventa a percibir cuando dicho precio sea superior a 300.000 pesetas por obra vendida);

—*sobre la plusvalía*, es decir, sobre la diferencia en más lograda en comparación con el precio obtenido en la venta precedente de la misma obra. En Chile es del 5%; en Italia (y Santa Sede) la tarifa es del 2 al 10% del aumento del valor solamente cuando el aumento es superior a determinada suma (a 1000 liras respecto de dibujos y estampas o grabados, a 5000 liras respecto de obras pictóricas y a 10.000 liras cuando se trata de obras escultóricas). También se aplica en ventas que no se consideran públicas, en las cuales el 10% del mayor valor de la obra pertenece al autor cuando el precio alcance ciertos mínimos y supere el quintuplo del precio de la primera venta); en Turquía el porcen-

⁷⁹ Vid. Colombet, C., *Grands principes...*, p. 67.

taje no debe exceder el 10% del aumento del valor por encima de un mínimo que se establece por decreto; en Brasil es del 20% del aumento del valor; en Uruguay es del 25%.

En la mayor parte de los países el derecho de participación es soportado por el vendedor⁸⁰ y el porcentaje se deduce del precio que se obtiene para este, lo cual produce una mengua también en los ingresos del rematador (martillero) o del intermediario pues, usualmente, la retribución de estos consiste en un porcentaje del precio neto de la venta; con estas circunstancias (más que con los problemas prácticos que acarrear su ejercicio y aplicación) deben relacionarse la falta de vigencia del derecho de participación.

El procedimiento de aplicar el porcentaje sobre la plusvalía puede parecer el más justo, pero las dificultades que presenta son tan grandes que lo hacen impracticable: requiere que los beneficiarios conozcan y *prueben* el precio de la primera venta y de las sucesivas y que determinen la diferencia en *moneda constante*. Todo esto requiere que, primero el autor y luego sus herederos, obtengan y conserven la documentación probatoria del precio obtenido en cada venta de cada obra y que, junto con esta documentación, aporten una pericia contable del mayor valor. Lo irrealizable de este sistema se evidencia en el hecho de que nunca se logró aplicar en los países que lo adoptaron (Checoslovaquia, Uruguay, Italia, Portugal, Chile, Brasil). De modo que el procedimiento que parece más justo deviene en el más injusto. Solo en países que aceptan la aplicación directa del porcentaje sobre el precio de reventa y este es administrado por entidades de gestión colectiva (véase más adelante, cap. 8, §8.2.3) se ha logrado que el derecho de participación no sea letra muerta (por ejemplo, Alemania, Bélgica, Francia, Hungría, España).

En el *Proyecto de Disposiciones tipo de la OMPI* (documento CE/MP/12-II del 11 de agosto de 1989) el derecho de participación se prevé en los siguientes términos: "*Artículo 9. Derecho de 'suite'*. 1) En caso de nueva venta de ejemplares originales de una obra de las bellas artes en subasta pública o por intermedio de un negociante profesional en obras de

arte, el autor tendrá derecho a una participación del [...] % del precio de la nueva venta (toda vez que ese precio sea superior a la suma determinada por las reglamentaciones que se mencionan en el art. 57) (derecho que se denominará en adelante 'derecho de *suite*'). 2) La participación que se menciona en el párrafo 1 se recaudará y distribuirá por una organización de administración colectiva".

4.3. Limitaciones del derecho de autor

Las limitaciones —o excepciones— a la protección del derecho de autor restringen el derecho absoluto del titular a la utilización económica de la obra. Algunas han sido motivadas por razones de política social (las necesidades de la sociedad en materia de conocimiento e información), otras por la necesidad de asegurar el acceso a las obras y su difusión a fin de satisfacer el interés público general.

Como enseña Delgado, su justificación, en la mayoría de los casos, radica en una composición equitativa, cuando no legítima, de la triada de intereses concurrente en las producciones intelectuales, a saber, los del autor, los de los explotadores empresariales de las obras y los del público en general.⁸¹

Las limitaciones están sujetas a *numerus clausus*. No afectan el derecho moral del autor (solo restringen sus derechos patrimoniales —sus facultades exclusivas de explotación de la obra—), razón por la cual solo se pueden aplicar *después de la primera publicación de la obra realizada con autorización del autor* (es decir, luego que este ha ejercido su derecho moral de divulgación), *se debe mencionar el nombre del autor y la fuente y no se pueden introducir modificaciones*.⁸²

⁸¹ Vid. Delgado Porras, *Panorámica de la protección...*, pp. 39-40.

⁸² Alemania (art. 62) admite las modificaciones requeridas por la finalidad del uso, como las traducciones o si se limitan a fragmentos o a transposiciones a un tono o registro diferente (párrafo 2), y con respecto a obras artísticas y fotografías, las transposiciones a una escala diferente y demás modificaciones en la medida requerida por el método de reproducción (párrafo 3).

⁸⁰ Hungría constituye una excepción: el derecho de participación está a cargo del comprador.

Como el derecho de autor es reconocido con carácter genérico, las limitaciones se deben interpretar y aplicar en forma restrictiva.

Las limitaciones son básicamente de dos tipos: las que autorizan la utilización libre y gratuita y las que están sujetas a remuneración; estas últimas constituyen licencias no voluntarias (licencias legales y licencias obligatorias).

Difieren en cuanto a su extensión, a las razones que las motivan y al ámbito en el cual se puede efectuar la utilización autorizada en la excepción.

a) *En cuanto a su extensión*: las más extensas son las que establecen casos de utilización libre y gratuita, toda vez que el uso de la obra no está sujeto a la autorización del autor y es gratuito. En cambio, las licencias no voluntarias están sujetas a retribución: el derecho exclusivo del autor queda limitado a un derecho de remuneración.

Entre las licencias no voluntarias, las licencias legales son limitaciones más extensas que las licencias obligatorias: en las licencias legales la utilización es libre y la remuneración debida al autor por tal uso es fijada en la norma legal o por la autoridad competente; en las licencias obligatorias la utilización también es libre, pero el autor conserva el derecho a negociar las condiciones económicas de la utilización, generalmente a través de la entidad de gestión colectiva de la categoría de derechos de que se trate. En caso de que las partes no logren ponerse de acuerdo, el monto de la remuneración lo fija la autoridad competente (judicial o administrativa).

b) *En cuanto a las razones que las motivan*: puede tratarse de un interés de orden educativo, cultural o informativo —como en los casos de la copia privada, las citas y las ilustraciones, la retransmisión de noticias, el uso para procesos legales, etc.— o de satisfacer el interés público general en la promoción de la cultura, facilitando las actividades de ciertos usuarios a fin de preservar la difusión de las obras, como en los casos en que se instituyen licencias no voluntarias.⁸³

⁸³ Villalba señala que los intereses generales en favor de los cuales las leyes establecieron limitaciones del derecho de autor han sido: a) de orden educativo en pro de lograr una comunidad alfabetizada y con un

Algunas legislaciones también establecen limitaciones al derecho de autor por razones humanitarias —como la transcripción en sistema Braille para invidentes, cuando se realiza sin fines de lucro—, o bien para preservar la libertad de expresión —admitiendo los derechos de paráfrasis y parodia—. Y

c) *en cuanto al ámbito en el cual puede efectuarse la utilización autorizada en la limitación*: pueden destinarse solo a un uso personal (por ejemplo, la copia privada para uso personal), o bien a un uso público (el uso para información, las citas, las licencias no voluntarias para grabación de obras musicales, para radiodifusión, etcétera).

Aunque en medida diferente, las limitaciones del derecho de autor se encuentran en todas las legislaciones, generalmente agrupadas en capítulos especiales (como en Brasil, “De las limitaciones y excepciones al derecho de autor”, arts. 31 a 44; Costa Rica, “Excepciones a la protección”, arts. 67 a 76; Perú, “Limitación al derecho de autor”, arts. 62 a 77; Venezuela, “De los límites de los derechos de explotación”, arts. 43 a 49; etc.), aunque algunas veces aparecen sin catalogar en forma orgánica (como en la Argentina). También son admitidas por las Convenciones internacionales.

Existe una relación entre la extensión de la excepción y las razones que la motivan. Las utilidades libres y gratuitas se admiten cuando median razones de política social vinculadas a necesidades en materia de educación, información y cultura; las licencias no voluntarias se establecen para posibilitar el acceso adecuado a las obras.

A continuación nos referiremos a las distintas limitaciones que pueden encontrarse en las leyes nacionales, pero cada legislación acoge solo algunas: aquellas que, o bien son

nivel cultural que la constituyera en un mercado apto para consumir productos culturales; b) de orden cultural, pues era necesario que los mismos creadores tuvieran acceso a ese fondo cultural al cual pertenecen; c) de orden informativo, para lograr una sociedad comunicada (*Duración de la protección y excepciones*, trabajo presentado en el Seminario regional sobre derecho de autor y derechos conexos para jueces de Centroamérica y Panamá, celebrado en Costa Rica, octubre de 1992, pp. 7-8, documento).

clásicas (por ejemplo, las citas), o se las considera estrictamente imprescindibles para satisfacer el interés público en el orden educativo, informativo y cultural.

4.3.1. Utilizaciones libres y gratuitas

Las leyes sobre derecho de autor prevén la posibilidad de utilizar en algunos casos las obras protegidas en forma *libre y gratuita* (sin autorización y sin pago al titular del derecho de autor). Frecuentemente se la denomina *libre utilización de obras protegidas*.

Las utilidades libres y gratuitas están siempre sometidas al cumplimiento de ciertas condiciones fijadas por la ley, sobre todo en lo concerniente a las modalidades y el alcance de la utilización y a la protección del derecho moral del autor. Por consiguiente, el uso solo puede hacerse dentro de los límites estrictos de la excepción, y el usuario debe mencionar el nombre del autor, del título de la obra y de la fuente de publicación y abstenerse de efectuar modificaciones a la obra.

A) La copia privada. El uso personal

La *copia privada* es una reproducción, en un solo ejemplar, de breves fragmentos o de determinadas obras aisladas protegidas por el derecho de autor incluidas en un volumen (revistas, diarios etc.), exclusivamente para uso personal del copista (por ejemplo, para estudio, docencia, esparcimiento).

El uso personal, que además de la reproducción puede comprender una transformación (traducción, adaptación, arreglo, etc.)⁸⁴ de una obra protegida, implica que el ejemplar producido es para utilización exclusiva del copista, que este es una *persona física* y que la copia no saldrá de su ámbito personal, es decir, que no se usará en forma colectiva ni se pondrá en circulación, con o sin fines de lucro.

⁸⁴ Vid. Glosario..., OMPI, p. 185, voz 181.

Pese a que el derecho exclusivo del autor comprende toda forma de reproducción, incluyendo la manuscrita⁸⁵ (por lo que toda utilización de una obra debe ser previamente autorizada por el autor y remunerada), tradicionalmente se admitió, como una limitación del derecho de autor, que se pudieran copiar en forma personal obras aisladas o fragmentos de estas para uso exclusivo del copista, no obstante el hecho evidente de representar una pérdida para los titulares de los derechos sobre la obra.

La posibilidad de hacer copias estaba naturalmente restringida: se hacían en forma manuscrita o, cuanto mucho, mecanografiada, y ello requería un tiempo y un esfuerzo considerables. La pérdida para el autor resultaba, entonces, de poca monta, por lo que se podía aplicar el principio según el cual el derecho no se ocupa de las cosas pequeñas, sintetizado en la máxima de *minimis lex non regit*. Por otra parte, era imposible controlar la copia manuscrita de una obra para uso personal del copista y una rígida prohibición de realizarla, en salvaguardia estricta del derecho de reproducción del autor, estaba destinada a ser transgredida. Sin embargo, algunas leyes no establecieron ninguna excepción al derecho de reproducción (por ejemplo, la ley anterior de España y la argentina de 1933 que se encuentra vigente), y otras que la aceptaron establecieron los alcances de la copia privada; al respecto, las leyes de Austria (1936) y de Italia (1941) resultan muy ilustrativas, en especial esta última.⁸⁶

⁸⁵ Por ejemplo, Italia, art. 13: "El derecho exclusivo de reproducción tendrá por objeto la multiplicación en copias de la obra, por cualquier procedimiento, *bien sea a mano*, mediante la imprenta, la litografía, el grabado, la fotografía, la fonografía, la cinematografía o cualquier otro medio de reproducción" (el subrayado es nuestro).

⁸⁶ Italia, art. 68: "Será libre la reproducción de obras aisladas para uso personal de los lectores, *hecha a mano* o con medios de reproducción no idóneos para la difusión de la obra entre el público en general o para su distribución entre el mismo. Será libre la *fotocopia* de obras existentes en las bibliotecas hechas para uso personal o para los servicios de la biblioteca. Quedará prohibida la distribución de dichas copias entre el público y, en general, toda utilización que contravenga los derechos de explotación económica que corresponden al autor (el subrayado es nuestro).

La fotografía como medio de reproducción ya existía, pero se utilizaban solamente los procedimientos humedados que eran costosos, lentos y estaban muy lejos de ser perfectos. Según se relata en el documento Unesco/OMPI/PW 3-I (1987), el fotocopiado que actualmente se practica es una técnica de reproducción inventada por un experto en propiedad intelectual, el físico Chester Carlson (1906-1968), consultor en materia de patentes en Estados Unidos de América, quien ensayó la supresión del trabajo de pasar a máquina las volúminas memorias descriptivas de las patentes y acertó con un procedimiento nuevo —posteriormente conocido bajo el nombre de “xerografía” — que hizo patentar en 1940. “Pero la aplicación técnica de este invento se demoró y solo siete años más tarde, luego de firmar contrato con la Haloid Corporation (que inmediatamente después se transformó en la Xerox Corporation), quedó terminada y pronta una máquina fotopiadora comercial. Las primeras máquinas fueron comercializadas a principios de los años cincuenta. Todos conocemos el éxito que luego alcanzó la reprografía.”⁸⁷

La irrupción de nuevos medios de “reproducción privada” (fotocopiadoras, radiograbadores, videograbadores, etc.) obligó a un replanteo del alcance de la limitación del derecho de reproducción para la realización de copias privadas. La multiplicidad de nuevas formas de utilización y reproducción de obras a que dio lugar el desarrollo tecnológico condujo a la delimitación del concepto de *uso personal* al advertirse que no era exactamente lo mismo que *uso privado*. El uso privado es más amplio que el uso personal por que este último comprende solo el material producido *exclusivamente con destino al uso individual de una persona* mientras que el uso privado también incluye el material producido para fines comunes de un determinado círculo de personas como es el caso de los alumnos de una clase.

También se distingue el *uso interno*, que es el realizado por las empresas con fines laborales para distribuir las copias entre las personas que allí trabajan. El uso interno

es considerado “fronterizo” entre el uso público y el privado, por lo que también se utilizan las expresiones *uso semipúblico* o *uso semiprivado*.

La mayoría de las legislaciones permiten la realización de una copia para uso personal, aunque con características diferentes:

—las que contienen disposiciones que expresamente autorizan —bajo ciertas condiciones— a realizar, en forma libre y gratuita, la reproducción de obras protegidas, para uso personal, en un solo ejemplar y sin fines de lucro (por ejemplo Brasil, art. 49, §II; Colombia, art. 37; España, art. 31, §2; Perú, art. 70; Venezuela, art. 44, §I, etc.), y

—las que siguen la tradición jurídica angloamericana y regulan la reproducción con fines privados por las disposiciones relativas al “*fair use*” (o *uso leal* o *uso razonable* o *trato equitativo*).

El “*fair use*” se desarrolló como doctrina judicial y fue reconocida legalmente en los Estados Unidos de América (arts. 107 y 108 de la ley de 1976). Constituye una importante limitación general del derecho exclusivo del titular del derecho de autor que autoriza (art. 107) la utilización libre y gratuita de una obra protegida con fines de crítica, comentario, noticia de actualidad, enseñanza (incluso de copias múltiples destinadas al uso en clase), instrucción o investigación. Con el fin de determinar si, en un caso concreto, la utilización de una obra es uso leal, deberán tomarse en consideración, especialmente, circunstancias tales como: si tiene un carácter comercial o es para fines docentes y no lucrativos, la naturaleza de la obra protegida, el volumen e importancia de la parte utilizada en comparación con el conjunto de la obra protegida y la influencia de la utilización en el mercado potencial de la obra protegida o en su valor.

El desarrollo que rápidamente alcanzaron las técnicas de reproducción y su utilización hicieron imposible que las actividades de reproducción para uso personal por medio de la *reproducción reprográfica* de obras impresas (o reproducción facsimilar por fotocopiado de libros, revistas, etc.) y de la reproducción doméstica de registros (sonoros y audiovisuales) de obras publicadas o radiodifundidas (actividad específica —“*home taping*”— a la que en algunos países sue-

⁸⁷ Documento Unesco/OMPI/PW 3-I (1987), §42, p. 14.

le aludirse con la denominación genérica de *copia privada*),⁸⁸ se siguieran considerando como irrelevantes para los intereses de los autores, como cuando solo existían las copias personales tradicionales (las manuscritas y las mecanografiadas), respecto de las cuales era posible invocar un *ius innoxii* para incluirlas entre las limitaciones del derecho de reproducción del autor que dan lugar a utilidades gratuitas.

El efecto acumulativo de todas las actividades individuales de reproducción se incrementó de tal manera que se *convirtieron en una forma normal de explotar la obra*.⁸⁹ Se hizo sentir la necesidad de prever medidas con el fin de paliar las consecuencias negativas del impacto tecnológico sobre los derechos de los autores.

En el art. 9, §2, del Acta de Estocolmo —confirmada en la de París— del Convenio de Berna se admitió la posibilidad de establecer limitaciones al derecho de reproducción en los siguientes términos:

“Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras en determinados casos especiales, con tal que esa reproducción no atente contra la explotación normal de la obra ni cause perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor”.

Se ha señalado que esta disposición refleja el estado del desarrollo de la tecnología durante la segunda mitad de la

década del sesenta, cuando la fotocopia era el medio principal de reproducción de obras impresas para uso personal y esta y la reproducción casera con el mismo fin de grabaciones sonoras y audiovisuales no se habían transformado aún, como ocurrió luego, en una forma habitual de explotación de obras protegidas y, por tanto, podía ser admitida como una limitación del derecho de autor.

Pero con la extensión que luego alcanzaron la reproducción para uso personal por medio del fotocopiado (o técnica similar) y la doméstica de grabaciones sonoras y audiovisuales, difícilmente podían considerarse comprendidas dentro de la categoría mencionada en el art. 9, §2 del Convenio de Berna que no causa un “perjuicio injustificado a los intereses del autor”. Se advirtió que cuando se utilizan aparatos técnicos no tipográficos para realizar la reproducción gráfica, sonora o audiovisual, se debía devengar una remuneración por esas actividades para paliar las ingentes pérdidas que para los autores, intérpretes, editores y productores representa la explotación paralela que el público realiza de las obras, interpretaciones y productos culturales, y que la recaudación y distribución de la remuneración compensatoria por copia privada solo podía realizarse a través de organizaciones de administración colectiva.

En consecuencia, la libre reproducción para uso personal del copista se mantuvo como limitación del derecho de autor que da lugar a utilización libre y gratuita. Pero se establecieron disposiciones que varían según los distintos países (*vid. infra*, cap. 8, §§8.2.1 y 8.2.2) obligando al pago de una remuneración equitativa por la copia privada por reproducción reprográfica de obras impresas y por reproducción doméstica (“casera” o “en el hogar”) para uso personal de obras musicales y audiovisuales. La “remuneración por copia privada” es una institución destinada a que terceros responsables (que no son las personas del público como destinatarias de la copia personal) efectúen un aporte para remunerar a quienes se ven perjudicados por la reproducción (autores, intérpretes, editores, productores).

La copia privada se puede realizar siempre que se trate de obras ya publicadas con autorización de su autor. Cuando la copia privada es de grabaciones sonoras y audiovisuales,

⁸⁸ El uso de la expresión “copia privada” se ha generalizado en algunos países para designar la reproducción hecha en forma doméstica, en una sola copia, de un ejemplar de una grabación sonora o audiovisual de una obra protegida por el derecho de autor que no fue realizado para ser reproducido sino para ser escuchado o visualizado.

⁸⁹ En 1988 los expertos estimaban en más de trescientos mil millones el número de fotocopias de páginas de obras protegidas por el derecho de autor que son realizadas anualmente en el mundo entero —lo cual, a un promedio de 200 páginas por libro, equivale a mil quinientos millones de libros—, mientras que por cada disco o casete adquirido en el comercio se hacían, como mínimo, tres copias domésticas, con tendencia en aumento.

el ejemplar (la copia) debe ser realizado en forma doméstica —no por encargo, aunque se haga en forma “artesanal” y el usuario aporte el ejemplar a reproducir—.

Se considera que la copia privada solo puede hacerse respecto de fragmentos de obras, excluyendo publicaciones periódicas completas, diarios y libros enteros y también determinadas obras porque *atenta a la explotación normal* de las mismas, como ocurre, por ejemplo, con los programas de ordenador, las partituras (orquestraciones, obras líricas, etc.), cuyo modo normal de comercialización es a través del alquiler, las publicaciones que no son reutilizables como los manuales para ejercicios escolares, y los planos de obras de arquitectura.⁹⁰

Sobre la remuneración por copia privada *vid.* §4.3.2, A.

B) El uso para fines educativos

Con distintos alcances, varias legislaciones prevén limitaciones al derecho de autor en relación con determinados usos de obras para fines educativos.

a) *Ilustraciones*: en el contexto de las limitaciones del derecho de autor, se entiende por ilustración para fines educativos la utilización de obras en una medida mayor que las citas, o en la totalidad si se trata de obras más reducidas, a título de ilustración de la enseñanza por medio de publicaciones, emisiones de radiodifusión o grabaciones sonoras o visuales, siempre que esta comunicación persiga una finalidad docente. Las ilustraciones están sometidas a las mismas condiciones que las citas: se debe indicar la fuente y el nombre del autor y deben ser realizadas de conformidad con los “usos honrados” (es decir, que la reproducción para ilustración no debe entrar en conflicto con la explotación normal de

la obra utilizada y no debe causar perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor) y en tanto esté justificado por el fin didáctico perseguido.

El Convenio de Berna se refiere a la utilización de obras preexistentes como ilustración de la enseñanza, en los siguientes términos —Acta de París, 1971— art. 10, §2:

“Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión y de los Arreglos particulares existentes o que se establezcan entre ellos lo que concierne a la facultad de utilizar lícitamente, en la medida justificada por el fin perseguido, las obras literarias o artísticas a título de ilustración de la enseñanza por medio de publicaciones, emisiones de radio o grabaciones sonoras o visuales, con tal de que esa utilización sea conforme a los usos honrados.”

Al igual que para las citas, el Convenio establece (art. 10, §3) la obligación de mencionar la fuente y el nombre del autor, si este nombre figura en la fuente.

b) *Establecimientos de enseñanza*: a fin de que estos puedan, en ciertas formas, reproducir obras para satisfacer las necesidades de sus alumnos, algunas legislaciones autorizan la incorporación de trozos o partes cortas de obras, en antologías, compilaciones o compendios exclusivamente destinados a usos escolares o de enseñanza, con la mención del título de la obra, de los nombres del autor y, si se trata de traducciones, del nombre del traductor, así como el del editor, según figuren en la obra reproducida (por ejemplo, Italia, art. 70, 3^{er} párrafo; Irlanda, art. 12, §5), y establecen que la excepción solo es aplicable a breves pasajes de obras literarias y dramáticas que no hayan sido publicadas para su uso en escuelas, y la compilación debe estar principalmente compuesta por elementos no protegidos por el derecho de autor y no contener dos o más extractos de obras del mismo autor. En algunos países, como Alemania, se admite que las escuelas, institutos superiores de enseñanza y otras instituciones mencionadas en la norma realicen registros visuales o sonoros de obras aisladas incluidas en emisiones escolares. Estos registros solo podrán ser usados para fines pedagógicos y deberán ser destruidos, a más tardar, a fines

⁹⁰ En Austria, la ley de 1936, en el art. 36, además de efectuar precisiones sobre las obras que podían ser objeto de reproducción para uso personal, en el §4 aclaró que esta última no comprendía la ejecución de una obra de arquitectura según un plano o proyecto o la imitación de tal obra sin el consentimiento del derechohabiente.

del año escolar, a menos que se hubiere abonado al autor una remuneración equitativa (art. 47).

Las legislaciones ponen de relieve, a través de fórmulas diversas, que la reproducción realizada en el marco de esta excepción debe ser compatible con una práctica leal, es decir, que no debe entrar en conflicto con la explotación normal de la obra utilizada y no debe causar perjuicio injustificado a los intereses legítimos de su autor (principio establecido en el art. 9, §2, del Convenio de Berna, Acta de París —1971—). A esos efectos se dispone que la reproducción y el número de ejemplares así obtenidos serán exclusivamente destinados a la enseñanza en los mismos establecimientos educativos —Portugal—, o bien que la reproducción no debe tener un fin lucrativo —por ejemplo la ex Unión Soviética—).

Sin embargo, la libre reproducción de obras para fines educativos, aun condicionada como se acaba de reseñar, siempre resulta perjudicial a los intereses de los autores dada la amplitud que tiene, *per se*, la utilización de obras en el contexto de los establecimientos de enseñanza, motivo por el cual esta limitación no es admitida por todas las legislaciones, como, en cambio, ocurre con otras excepciones (por ejemplo, las citas).

c) *Bibliotecas y servicios de archivos*: algunas legislaciones autorizan a las bibliotecas y servicios de archivos a reeditar, sin autorización del autor, reproducciones de las obras que integran sus colecciones, para su propio uso (para preservar el ejemplar y sustituirlo en caso de necesidad —por extravío, destrucción o inutilización—), para el de otras bibliotecas o servicios de archivos (para reemplazar, en la colección permanente de otra biblioteca o archivo, un ejemplar que se ha extraviado, destruido o inutilizado),⁹¹ o el de sus utilizadores, siempre que lo hagan sin propósito de lucro y exclusivamente para fines de investigación.⁹²

⁹¹ *Vid.* Proyecto de disposiciones tipo de la OMPI, documento CE/MPC/2-II del 11 de agosto de 1989, art. 13.

⁹² España (art. 37) menciona los museos, bibliotecas, fonotecas, filmotecas y hemerotecas y archivos de titularidad pública o integradas en instituciones de carácter cultural o científico.

Además de las condiciones indicadas, en los Estados Unidos de América el art. 108 también incluye el *uso leal*. A través de una prolija reglamentación se autoriza a las bibliotecas y servicios de archivos la reproducción, en una sola copia o en un solo fonograma, de una obra publicada, siempre que estos o su personal no se obliguen a una reproducción o a una distribución *sistemáticas*. Se aclara que nada impedirá los acuerdos entre bibliotecas para el intercambio de copias a condición de que no reciban las copias para su distribución ni en cantidades que puedan llegar a reemplazar las suscripciones o la compra de las obras.

d) *Determinadas representaciones y ejecuciones en establecimientos de enseñanza*: otro caso en el que se considera libre y gratuita la utilización es el de ciertas representaciones y ejecuciones en establecimientos de enseñanza vinculadas con el cumplimiento de fines educativos, planes y programas de estudio, y siempre que el espectáculo o la ejecución no sean difundidos fuera del lugar donde se realice, y la concurrencia y la actuación de los intérpretes sea gratuita (Argentina, art. 36, 2ª parte; también Brasil, art. 49, §VI; Colombia, art. 44; Costa Rica, art. 73; Chile, art. 47; Perú, art. 77, etcétera).

C) *El derecho de cita*

Es una de las limitaciones tradicionales del derecho de autor, universalmente aceptada.

Se entiende por cita la mención de un fragmento relativamente breve de otra obra escrita, sonora o audiovisual, así como la de obras artísticas aisladas, para apoyar o hacer más inteligibles las opiniones de quien escribe o para referirse a las opiniones de otro autor de manera fidedigna.

Debe tratarse de obras ya divulgadas con autorización de su autor; la citación debe ser correcta y realizada a título de cita o para su análisis, comentario o juicio crítico, y solo puede hacerse con fines docentes o de investigación y en la medida justificada por la finalidad de esa incorporación.

Siempre deben indicarse la fuente de la cita y el autor de la obra citada a fin de respetar el derecho moral del autor y

de que no se confundan la opinión de quien cita con la del autor citado.

En cuanto a la extensión que debe tener la cita para quedar comprendida dentro de los límites de la excepción, hay coincidencia en que los fragmentos citados deben ser cortos, pero no hay uniformidad en la forma de indicar esta condición.

a) La mayoría de las legislaciones se limita a exigir que sean cortas (por ejemplo Francia, art. 41, §3; Suiza, art. 26, §c, 1, 1º), lo cual tiene el inconveniente de la imprecisión. A veces se agregan otras pautas, por ejemplo, que la cita debe ser de pasajes aislados y en la medida en que su finalidad lo requiera (Alemania, art. 51), que deben hacerse de conformidad con los usos y costumbres y que las justifique el fin perseguido (Dinamarca, art. 14), o que no deben entrañar competencia desleal para el autor en cuanto al aprovechamiento pecuniario de la obra (Perú, art. 69).

b) En algunas leyes se dan pautas precisas acerca de la extensión admitida (Argentina, art. 10, 1º párrafo *in fine*: "hasta mil palabras de obras literarias o científicas u ocho compases en las musicales" pero, a continuación, aclara que "en todos los casos solo las partes del texto indispensables a ese efecto" y, en la última parte se agrega: "Cuando las inclusiones de obras ajenas sean la parte principal de la nueva obra, podrán los tribunales fijar equitativamente en juicio sumario la cantidad proporcional que les corresponde a los titulares de los derechos de las obras incluidas"; Yugoslavia, art. 40, 7: "que la totalidad de la cita no exceda de la cuarta parte de las obras afectadas");

c) En los países de tradición jurídica anglosajona el "fair use" o *uso leal* también se aplica a las citas (por ejemplo en el Reino Unido, art. 6, inc. 1 y 2, se indica que debe tratarse de una *utilización razonable* hecha con el propósito de investigación, estudio, crítica y reseña).

En el Convenio de Berna el derecho de cita se encuentra establecido como limitación *iure conventionis* en los siguientes términos (Acta de París — 1971 — art. 10, §1):

"Son lícitas las citas tomadas de una obra que se haya hecho lícitamente accesible al público, a condición de que

se hagan conforme a los usos honrados y en la medida justificada por el fin que se persiga, comprendiéndose las citas de artículos periodísticos y colecciones bajo la forma de revistas de prensa."

D) El uso para información

Las limitaciones referidas al uso para información también son clásicas y están generalmente admitidas por las legislaciones nacionales:

a) *Reseñas de prensa*: se restringe el derecho de autor sobre los artículos publicados sobre temas económicos, políticos o religiosos de actualidad, difundidos por la prensa, radiodifusión, transmisión por cable, y se permite su reproducción, distribución y comunicación pública, a condición de que se asegure la indicación de la fuente y el autor —si el trabajo apareció con firma—, y que la utilización del artículo no sea objeto de reserva especial que se hubiera hecho constar en el origen (por ejemplo Argentina, art. 28, §2; Brasil, art. 49, §1, b; Colombia, arts. 33 y 34; Costa Rica, arts. 67 y 68; Perú, art. 66 y Venezuela, art. 47, §2).

b) *Discursos*: se autoriza la reproducción por la prensa, con el fin de informar sobre la actualidad, de los discursos, conferencias o alocuciones pronunciados en público. En algunos países la excepción se restringe a determinados discursos destinados al público: los pronunciados en asambleas políticas, administrativas, judiciales o académicas, en reuniones públicas de orden político y en ceremonias oficiales (por ejemplo Francia, art. 41, §3; Venezuela, art. 47, §1). Sin embargo, la publicación de una *serie* de discursos de un autor determinado *siempre* está sometida a su autorización (por ejemplo Argentina, art. 27; Brasil, art. 49, §1, c; Colombia, art. 35; Costa Rica, art. 69; Perú, art. 67; Uruguay, art. 45, §2 y Venezuela, art. 47, §1).

c) *Obras implicadas en acontecimientos públicos*: se considera como libre utilización la comunicación al público de una obra que no se había previsto inicialmente, pero que se ha hecho inevitable en el curso de la información de acontecimientos públicos en razón de la cual la obra está implicada por casualidad o de una manera accesorio (Convenio de

Berna, Acta de París —1971—, art. 10, §2). Por ejemplo, la utilización de una obra musical durante un desfile o una manifestación deportiva, o si durante la ceremonia de inauguración de un busto de un compositor famoso se interpretan algunos trozos célebres de sus obras. Esos tipos de utilización de una obra con ocasión de reseñas de acontecimientos de actualidad mediante la radiodifusión constituyen, por ellos mismos, libre utilización, con la particularidad de que están exentos de la obligación de indicar el nombre del autor de la obra. En cambio, si posteriormente se sincroniza una música determinada con una película informativa de actualidad, la utilización de esa música no puede ser considerada como parte integrante del reportaje.⁹³

En el Convenio de Berna se admiten limitaciones referidas al uso para información: el art. 10 bis del Acta de París —1971— se refiere a la reproducción por la prensa, la radiodifusión o por cable de determinados artículos y obras radiodifundidas (párrafo 1), de las reseñas de acontecimientos de actualidad y de las obras implicadas en acontecimientos públicos (párrafo 2):

“1) Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción por la prensa o la radiodifusión o la transmisión por hilo al público de los artículos de actualidad de discusión económica, política o religiosa publicados en periódicos o colecciones periódicas u obras radiodifundidas que tenga el mismo carácter, en los casos en que la reproducción, la radiodifusión o la expresada transmisión no se hayan reservado expresamente. Sin embargo, habrá que indicar siempre claramente la fuente; la sanción al incumplimiento de esta obligación será determinada por la legislación del país en el que se reclame la protección.

2) Queda igualmente reservada a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de establecer las condiciones en que, con ocasión de las informaciones relativas

a acontecimientos de actualidad por medio de la fotografía o de la cinematografía, o por radiodifusión o transmisión por hilo al público, puedan ser reproducidas y hechas accesibles al público, en la medida justificada por el fin de la información, las obras literarias o artísticas que hayan de ser vistas u oídas en el curso del acontecimiento.”

d) *Retratos*: se autoriza a difundir libremente el retrato cuando se relaciona con fines científicos, didácticos o con hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieran desarrollado en público (por ejemplo Argentina, art. 31; Colombia, art. 36 y Costa Rica, art. 76). En cambio en Brasil, el art. 51 prevé una retribución equitativa a ser fijada por el CNDA —Consejo Nacional de Derecho de Autor—, con lo cual se consagra una licencia legal.

E) *El uso para procesos legales*

Algunas legislaciones también consideran como utilización libre y gratuita la reproducción de obras como consecuencia o para constancia en procesos judiciales y administrativos, siempre que se indique la fuente y el nombre del autor (por ejemplo España, art. 31, §1; Italia, art. 67; Perú, art. 71).

F) *Otros casos de utilización libre y gratuita*

En algunas legislaciones se admiten otros casos de utilización libre y gratuita:

a) *Fijaciones efímeras*: se trata de las fijaciones de obras literarias, dramáticas y musicales que realizan los organismos de radiodifusión con la única finalidad de facilitar la programación de sus emisiones. Solo se pueden efectuar con destino a las emisiones del propio organismo de radiodifusión; deben ser realizadas por este y con sus propios medios, sin recurrir a los servicios de otras empresas, y solo pueden ser utilizadas durante las emisiones autorizadas por el autor. Por su carácter efímero deben ser destruidas (borradas) luego de realizada la emisión (por ejemplo la ley de Alemania, art. 55, §1, establece al efecto un plazo de un mes después de la primera difusión de la obra).

⁹³ Vid. *Guía del Convenio de Berna*, Ginebra, OMPI, 1978, p. 72. La Guía fue escrita por el Dr. Claude Masouyé.

También se contempla la posibilidad de conservar las fijaciones cuando tengan un valor documental excepcional siempre que se transfieran a un archivo oficial para su conservación, debiendo notificarse sin dilación al autor que las grabaciones han sido depositadas en los archivos mencionados (Alemania, art. 55 cit., §2).

Las fijaciones efímeras entrañan la posibilidad de consecuencias muy delicadas para los intereses de los autores, tanto por el peligro potencial que suponen como por su incidencia económica. El derecho de comunicación pública es distinto e independiente del derecho de reproducción, por lo que cada uno debe ser objeto de una autorización especial y da derecho a una remuneración diferente. Si bien es cierto que estas fijaciones tienen como única finalidad su radiodifusión, importan, de hecho, una forma de utilización de la obra (reproducción) distinta a la autorizada por el autor (comunicación pública), razón por la cual, en caso de ser admitida por la legislación nacional, deben ser objeto de una regulación muy cuidadosa.

En el Convenio de Berna se prevé la posibilidad de que las legislaciones nacionales establezcan una reglamentación de acuerdo con la cual los organismos de radiodifusión pueden realizar grabaciones efímeras; en el art. 11 bis, párrafo 3) del Acta de París — 1971 — se establece que:

“Salvo estipulación en contrario, una autorización concedida de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo⁹⁴ no comprenderá la autorización para grabar, por medio de instrumentos que sirvan para la fijación de sonidos o de imágenes, la obra radiodifundida. Sin embargo, queda reservado a las legislaciones de los países de la Unión establecer el régimen de las grabaciones efímeras realizadas por un organismo de radiodifusión por sus propios medios y para sus emisiones. Estas legislaciones podrán autorizar la conservación de esas graba-

⁹⁴ Una autorización para emitir por radiodifusión y por cable (derecho de radiodifusión).

ciones en archivos oficiales en razón de su excepcional carácter de documentación.”

b) *Razones de índole humanitaria*: en algunos países se admite la reproducción en sistema Braille o por otro método destinado a invidentes, siempre que se trate de obras ya publicadas con autorización del autor y la reproducción se realice sin fines de lucro (por ejemplo Portugal, Suecia y ex Unión Soviética).

c) *Obras artísticas situadas en lugares públicos*: la reproducción de obras de arte de propiedad de los poderes públicos situadas permanentemente en lugares públicos — parques, calles, plazas y otras vías públicas — (por ejemplo Brasil, art. 49, §1, e); Colombia, art. 39; Costa Rica, art. 71; Chile, art. 44, España, art. 35).

d) *Ejecución de música grabada y recepción de transmisiones de radiodifusión en los comercios del ramo con fines de demostración*: la ejecución de fonogramas y la recepción de transmisiones de radiodifusión en los establecimientos que venden los respectivos aparatos electrodomésticos con fines de demostración (por ejemplo Brasil, art. 49, §V; Costa Rica, art. 72; Perú, art. 75).

e) *Paráfrasis y parodias*:⁹⁵ en algunas legislaciones se incluye entre los casos de libre utilización la posibilidad de realizar paráfrasis y parodia de otra obra (no de la personalidad de su autor) siempre que, en los hechos, no constituyan verdaderas reproducciones de la obra originaria ni se confundan con ella ni impliquen descrédito para la misma (Brasil, art. 50). En cambio, en otras legislaciones la parodia requiere la autorización del autor de la obra parodiada mientras esta se encuentre en el dominio privado (por ejemplo Argentina, art. 25).

f) *Catálogos ilustrados*: en algunas legislaciones se menciona expresamente la reproducción de fotografías de obras artísticas que estén expuestas al público en los respectivos catálogos de exposición o de venta, editados por su organi-

⁹⁵ *Vid. supra*, cap. 2, §2.2.2.7.

zador y con el fin de llevarlas a cabo (por ejemplo, Alemania, art. 58).

g) *Representaciones privadas y gratuitas*: algunas legislaciones mencionan en forma expresa el derecho del público a efectuar representaciones y ejecuciones privadas y gratuitas exclusivamente en un círculo familiar (por ejemplo Francia, art. 41, §1; Brasil, art. 49, §VI).

h) *Ejecuciones por determinados organismos del Estado*: algunas legislaciones consideran libre utilización la ejecución de obras musicales en los conciertos, audiciones y actuaciones públicas a cargo de orquestas, bandas, fanfarrias, coros y demás organismos musicales pertenecientes al Estado, siempre que la concurrencia de público a los mismos sea gratuita (Argentina, art. 36, último párrafo; Italia, art. 71).

4.3.2. Utilizaciones sujetas a remuneración: licencias no voluntarias (licencias obligatorias y licencias legales)

El sistema llamado de *licencias no voluntarias* es excepcional. Constituye una solución de compromiso que se acepta únicamente cuando es imprescindible para preservar el acceso a las obras y su difusión adecuada. Únicamente se admite cuando la primera difusión de la obra ya se hubiera efectuado con la autorización del autor, y solo respecto de determinadas utilizaciones, como la *reproducción mecánica* de obras musicales no dramáticas y de las letras que las acompañan, la *radiodifusión* y la *distribución por redes de cable*, en forma simultánea e inalterada, de programas radiodifundidos, y en los casos de *usos masivos e incontrolables* (la copia privada).

Por consiguiente, la diferencia entre los casos de libre utilización de obras, ya analizados, y los supuestos de licencias no voluntarias —obligatorias y legales— que se tratarán seguidamente, reside en que, mientras los primeros están exentos de la necesidad de cualquier tipo de autorización y del pago de remuneración, en los segundos la utilización también es libre (aunque a veces deban cumplirse algunas formalidades), pero *está sujeta a remuneración*.

En estos supuestos, las legislaciones que las establecen han considerado necesario facilitar las actividades de los usuarios, aunque sin privar a los autores —o a los titulares de derechos— de los beneficios que se derivan de la utilización.

En las licencias no voluntarias se ha visto el preludio de un cambio sustancial en el modo tradicional de uso de las obras y de la relación autor-usuario, signado por la decadencia de los derechos exclusivos del creador (controlar la difusión de la obra y el respeto debido a sus derechos morales y patrimoniales) porque en dicho sistema, una vez que el autor ha ejercido el derecho moral a la divulgación, su señorío sobre la obra desaparece y, en su lugar, solo queda un derecho de remuneración.

Es por ello que, como muy bien se ha señalado, la administración colectiva de los derechos de autor se considera la alternativa más apta para evitar estas licencias no voluntarias, y cuando estas son inevitables, las organizaciones de gestión colectiva también pueden cumplir —y cumplen en muchos casos— una importante función (aunque no sea la organización de gestión colectiva la que otorgue la licencia, puede negociar las regalías y, en general, las recauda y, según corresponda, las distribuye).⁹⁶

En los hechos, la utilización de obras musicales se lleva a cabo de acuerdo con los contratos que los productores de grabaciones sonoras celebran con las entidades de gestión colectiva de derechos de autor, con lo cual queda de lado la necesidad de recurrir a licencias no voluntarias, incluso en los casos en que se encuentran previstas por la ley nacional.

En ese sentido, cabe destacar la supresión, en la ley inglesa de 1988, de la licencia legal establecida en el art. 8 de la ley de 1956 para grabar obras musicales en fonogramas, cuando dichas obras ya se hubieran incluido en un fonograma producido con autorización de los autores o de los titulares de los derechos sobre las mismas.

En el memorándum de la Oficina Internacional de la OMPI (documento BCP/CE/T/3 del 18 de octubre de 1991)

⁹⁶ Ficsor, M., *Administración colectiva del derecho de autor y los derechos conexos*, Ginebra, OMPI, 1991, p. 7.

que fue considerado durante la segunda sesión del Comité de Expertos para preparar un eventual Protocolo al Convenio de Berna, se prevé la posible exclusión o restricción de la aplicación de licencias no voluntarias de radiodifusión (véase §§144 a 151) y se propone que el eventual Protocolo estipule que los países que no las prevén sigan sin hacerlo y los que las prevén las supriman en un plazo determinado, por ejemplo, cinco años (§148).

Las licencias legales, también llamadas licencias estatutarias (siguiendo la denominación inglesa "*statutory license*"), son *autorizaciones otorgadas por la ley* para usar una obra protegida por el derecho de autor, de una manera determinada y en ciertas condiciones, *mediante el pago de una retribución* al titular del derecho de autor. La retribución es fijada por la norma legal, por la autoridad de aplicación de la ley o por la autoridad judicial, según los casos.

Las licencias obligatorias, también llamadas licencias compulsorias (siguiendo la denominación inglesa "*compulsory license*"), son aquellas que la autoridad competente o la sociedad de gestión de derechos de autor —según quien sea la encargada de ello— han de conceder obligatoriamente, sin perjuicio de la obligación de pago por parte del usuario de las tarifas vigentes (convenidas entre esta sociedad de gestión y las cámaras de los usuarios o, en su defecto, fijadas por la autoridad competente).

Estas licencias se otorgan previa solicitud de concesión formal o, al menos, de una notificación al titular del derecho de autor⁹⁷ o a la sociedad de gestión colectiva que lo representa.

*Requisitos de las licencias no voluntarias.*⁹⁸

- 1) Las licencias no voluntarias pueden conferir únicamente un derecho no exclusivo.
- 2) Son incesibles.
- 3) No deben lesionar, en ningún caso, el derecho moral del autor.

⁹⁷ Vid. *Glosario*, OMPI, p. 51, voz 50.

⁹⁸ Vid. Convenio de Berna, arts. 11 bis, §2 y 13, §1.

4) Deben asegurar el derecho del autor a recibir una remuneración equitativa mediante la fijación de tarifas o bien instituyendo una instancia judicial o arbitral encargada de establecerlos en caso de que las partes no arriben a un acuerdo amistoso.

5) *Sus efectos se limitan al país que las ha establecido.*⁹⁹

A) La remuneración por copia privada

Con mucha frecuencia, la remuneración por copia privada es considerada la resultante de una licencia no voluntaria, de esta manera está planteada en el proyecto de Disposiciones tipo de la OMPI (art. 22). Sin embargo, corresponde aclarar que no son los copistas, es decir las personas que realizan la copia privada para su uso personal, quienes están obligados al pago de la remuneración y que esa utilización por parte de ellos no se sujeta a ese pago, sino que está a cargo de terceros responsables.

Varias legislaciones nacionales han establecido ya esa remuneración. La primera fue la República Federal Alemana. El 29 de mayo de 1954 el Tribunal Federal de Justicia de ese país dictó una sentencia admitiendo la procedencia de la demanda de remuneración por las grabaciones privadas de obras protegidas. Esta decisión fue el origen del art. 53, inc. 5 de la ley sobre derecho de autor sancionada en 1965, donde se estableció el derecho del autor de la obra a exigir el pago de una remuneración al fabricante de los apa-

⁹⁹ Es importante tener presente que esta limitación impide, por ejemplo, la circulación transfronteriza de productos que porten obras protegidas por el derecho de autor producidos en un país al amparo de una licencia no voluntaria (o donde el plazo de duración del derecho haya expirado) hacia otro país cuya legislación nacional no la establece, o bien la difusión por satélite de programas que incluyan obras como las mencionadas desde un país donde rige esta licencia hacia otro cuya legislación nacional no la establece. Lo mismo se puede decir si en el primer país (desde el cual se exporta) ha expirado el plazo de duración del derecho de autor pero en el país hacia el cual se importa ello no ha ocurrido y la obra continúa en el dominio privado (*vid. infra*, cap. 5, §5.1.4 *in fine*).

ratos que posibilitan la captación de emisiones de radiodifusión sobre registros visuales o sonoros, o por la transferencia visual o sonora a otro registro. En consecuencia, ese pago no es por el uso concreto sino por la posibilidad que esos aparatos ofrecen para realizar copias.

Los demás países que establecieron una remuneración por copia privada lo hicieron con posterioridad, especialmente a partir de 1980.¹⁰⁰

Aun cuando las modalidades de la remuneración por copia privada difieren en los distintos países según se trate de reproducción reprográfica de obras impresas o reproducción doméstica de grabaciones sonoras y de obras audiovisuales, se pueden mencionar algunas características comunes:

a) consiste en una remuneración¹⁰¹ cuyos beneficiarios son las distintas categorías de titulares de derechos a quienes perjudica la explotación de la obra a través de la copia privada mediante reproducción reprográfica de obras impresas —autores y editores— y la casera de grabaciones sonoras y obras audiovisuales —autores, artistas intérpretes y ejecutantes y productores—. ¹⁰² La participación del sector industrial en la remuneración está justificada por

el hecho de que no es la obra en sí misma sino una determinada edición, grabación o fijación la que es objeto de la reproducción. En los países donde la utilización de obras en dominio público es oneroso (*vid. infra*, cap. 5, §5.3.2), es necesario prever una proporción para el organismo que administra las sumas que se recaudan por ese concepto.

b) *Criterio para fijar la remuneración*: se considera que el sistema mixto es el más adecuado: consiste en *una regala* sobre los equipos (fotocopiadoras, grabadoras, video-grabadoras) y *otra* sobre los materiales que permiten la reproducción (cintas de audio y de video aptas para hacer copias, etc.). Si la regala se aplica solo sobre los aparatos de reproducción, es previsible que después de llegar a un punto máximo de equipos vendidos se produzca una saturación del mercado de fotocopiadoras y de grabadores y que la venta vaya mermando; entonces la recaudación no reflejará el constante aumento de los fenómenos de la reprografía y la reproducción doméstica de grabaciones sonoras y de obras audiovisuales.

c) *Obligados al pago*: son las personas designadas en las normas, como los fabricantes y los importadores de los equipos y materiales que permitan la reproducción (por ejemplo, Alemania, art. 54, §1; España, art. 25, §2) y los operadores de equipos de fotocopiado (por ejemplo, Alemania, art. 54, §2). Pero, como dijimos, los usuarios efectivos, las personas del público que obtienen las copias para su uso personal no son los obligados al pago, porque la recaudación y el control en los domicilios privados es impensable y en los comercios minoristas y lugares semejantes, se complicaría tan absurdamente que, sin duda, se tornaría impracticable.

d) *Recaudación y distribución*: cada una de las personas pertenecientes a las categorías interesadas tiene derecho a una parte de la recaudación, pero si se facultara a cada beneficiario a realizar reclamos individuales contra los obligados al pago, el sistema sería inviable. Por ello, las legislaciones optan por establecer que la recaudación y la distribución de la remuneración se harán efectivas a través de entidades de gestión colectiva (*vid. infra*, cap. 8, §§8.2.1 y 8.2.2).

e) *Exenciones*: se considerarán adecuadas en los casos en que va de suyo que los aparatos de reproducción y los me-

¹⁰⁰ A fines de 1988, en once países se habían dictado normas legales que establecían una remuneración por copia privada: Austria, Congo, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Hungría, Islandia, Noruega, Portugal y Suecia. En la misma época ya actuaban sociedades de recaudación de *derechos reprográficos* en diecisiete países: Alemania, Austria, Austria, Canadá, Dinamarca, España, Estados Unidos de América, Finlandia, Francia, Islandia, Japón, Noruega, Países Bajos, Reino Unido, Sudáfrica, Suecia y Suiza.

¹⁰¹ Es frecuente que se la denomine *remuneración compensatoria*. La palabra *compensatoria* es utilizada en el sentido coloquial (contrapesar, equilibrar) y no en el jurídico (*forma de extinguir las obligaciones* que tiene lugar cuando dos personas por derecho propio, refinen la calidad de acreedor y deudor recíprocamente respecto de deudas líquidas, exigibles, de plazo vencido, etcétera).

¹⁰² No se trata de un impuesto porque no son el Estado ni la comunidad, sino los autores, editores, intérpretes y productores quienes se ven privados de retribuciones que legítimamente les corresponderían (en contra, las legislaciones de Finlandia, Noruega, Suecia, donde las sumas recaudadas se destinan a fines sociales/culturales).

dios de grabación no serán utilizados para copia privada. Esto ocurre:

- con los que se exportan, pues no se utilizan en el territorio donde se aplica el régimen legal en virtud del cual se cobra la remuneración; constituye la contrapartida de la aplicación de la regalía sobre los que se importan;

- cuando los usuarios son compañías productoras de fonogramas y de videogramas, de copias comerciales de fonogramas y de videogramas y empresas de comunicación audiovisual, y

- cuando están destinados a personas discapacitadas visual o auditivamente, caso en el cual la exención está inspirada en razones de índole humanitaria (por ejemplo, en Francia el art. 37, §3 de la ley de 1985 establece un derecho a reembolso en favor de *las personas jurídicas u organizaciones* que utilicen medios de grabación con el objeto de asistir a los discapacitados visuales o auditivos, según la nómina del ministro de Cultura).

B) *Licencias no voluntarias para reproducción mecánica*

En varias legislaciones nacionales (por ejemplo, Estados Unidos de América, India, Irlanda, Japón, Rumania, Suiza) se establecen sistemas de licencias no voluntarias en favor de los productores de fonogramas de obras musicales no dramáticas, con o sin letra, cuando ya hubieran sido fijadas en un fonograma con autorización de sus autores y se hubieran distribuido copias para su venta al público. La licencia obligatoria para la producción de fonogramas establecida en el art. 61 de la ley de Alemania no tiene utilidad práctica ya que *no se aplica* cuando el respectivo derecho de explotación es ejercido por una sociedad de gestión colectiva, que es el caso corriente.

En consecuencia, una vez que el autor ha concluido un contrato de reproducción mecánica de una obra musical no dramática y *la grabación ha sido realizada y distribuida entre el público*, las licencias no voluntarias pueden ser eventualmente utilizadas para facilitar a otros productores el acceso a las obras reproducidas.

Las licencias obligatorias para la reproducción mecánica están admitidas en el Convenio de Berna, art. 13, §1 —Acta de París, 1971— en los siguientes términos:

“Cada país de la Unión podrá, por lo que le concierne, establecer reservas y condiciones en lo relativo al derecho del autor de una obra musical y del autor de la letra, cuya grabación con la obra musical haya sido autorizada por este último, para autorizar la grabación sonora de dicha obra musical, con la letra, en su caso; pero todas las reservas y condiciones de esta naturaleza no tendrán más que un efecto estrictamente limitado al país que las haya establecido y no podrán, en ningún caso, atentar al derecho que corresponde al autor para obtener una remuneración equitativa fijada, en defecto de acuerdo amistoso, por la autoridad competente.”

En consecuencia, las copias de un fonograma producido en un país al amparo de una licencia no voluntaria no pueden ser exportadas ni circular en un país cuya legislación interna no establezca la misma licencia. Si el país donde se importan establece una licencia similar, el productor del fonograma producido al amparo de esa licencia no puede oponerse a esta circulación porque las licencias no voluntarias no confieren derechos exclusivos.

C) *Licencias no voluntarias para radiodifusión y para distribución por cable de programas radiodifundidos*

Diversos países establecen *licencias no voluntarias* en favor de los organismos de radiodifusión para emitir obras protegidas por el derecho de autor, por ejemplo Estados Unidos de América, art. 110, §5; Luxemburgo, art. 24 (solo respecto de obras cuya explotación total o parcial pertenezca al repertorio de una sociedad de gestión colectiva de derechos de autor); Países Bajos, art. 17 a), 1^{er} párrafo; Italia, arts. 52 a 57 (limitada a la radiodifusión desde teatros, salas de concierto y cualquier otro lugar público de representaciones teatrales, conciertos u otras representaciones públicas y siempre que no se trate de la temporada de

estreno de las obras representadas o ejecutadas; que se trate de obras ya publicadas con autorización del autor. En cambio, según el art. 59 de la ley italiana, las transmisiones de representaciones realizadas en los estudios del organismo de radiodifusión no están sujetas a licencia para radiodifundir y requieren la autorización del autor. El art. 58 de la misma ley establece también una licencia obligatoria para la comunicación pública de emisiones radiofónicas).

Algunos países han establecido licencias obligatorias también para la *distribución por cable de programas radiodifundidos*, por ejemplo los Países Bajos, Austria, Dinamarca y el Reino Unido. En estos países, la radiodifusión por cable de programas radiodifundidos puede hacerse al amparo de una licencia no voluntaria siempre y cuando la distribución por cable se realice en forma simultánea con la radiodifusión, no se altere su contenido y se trate de programas emitidos en el país; Estados Unidos de América (art. 111) establece licencias obligatorias para las retransmisiones de emisiones de radiodifusión destinadas a los abonados de un servicio de televisión por cable (solo en relación con ciertos programas) y para la radiodifusión no comercial.

El Convenio de Berna admite que los Estados miembros de la Unión de Berna establezcan tales licencias en sus legislaciones nacionales. En el art. 11 bis, luego de consignar en el párrafo 1) el derecho exclusivo del autor a autorizar la radiodifusión y la comunicación por cable de sus obras, dispone en el párrafo 2) que:

“Corresponde a las legislaciones de los países de la Unión establecer las condiciones para el ejercicio de los derecho a que se refiere el párrafo 1) anterior, pero estas condiciones no tendrán más que un resultado estrictamente limitado al país que las haya establecido y no podrán en ningún caso atentar al derecho moral del autor ni al derecho que le corresponda para obtener una remuneración equitativa, fijada, en defecto de acuerdo amistoso, por la autoridad competente.”

Cabe destacar que la norma convencional no autoriza a las legislaciones nacionales a establecer licencias no volun-

tarias para la utilización de obras en *programas propios* de empresas de distribución por cable,¹⁰³ sino solo para *retransmitir* en forma simultánea e inalterada programas radiodifundidos (como establecen, según vimos, los Países Bajos, Austria, Dinamarca y el Reino Unido). En efecto, en el §2 del mencionado art. 11 bis, el Convenio de Berna admite licencias no voluntarias respecto de los derechos exclusivos que consagra en el §1, 2º, del mismo en favor de los autores de obras literarias y artísticas de autorizar toda comunicación pública, *por hilo o sin hilo, de la obra radiodifundida, cuando esta comunicación se haga por distinto organismo que el de origen*.

La condición de que la retransmisión efectuada al amparo de la licencia no voluntaria sea una retransmisión *simultánea e inalterada* se debe a que la transmisión “en diferido” constituye mucho más que una *comunicación pública* (como dice el Convenio de Berna); requiere una fijación previa, lo cual importa el ejercicio de un derecho adicional: el derecho de reproducción (art. 9), bien diferente del derecho de comunicación pública mencionado en el art. 11 bis. §1, 2º, en cuestión.

D) Otras licencias no voluntarias establecidas por las legislaciones nacionales

En las leyes nacionales se pueden encontrar otros casos de licencias no voluntarias, como, por ejemplo, cuando después de la muerte del autor se presentan casos de *inacción de los herederos o derechohabientes* y, con este motivo, la ley autoriza a reproducir la obra luego de transcurrido el plazo establecido por la ley al efecto (Argentina, art. 6; Perú, art. 63).

E) Otras licencias no voluntarias admitidas por las convenciones internacionales

—En la Convención Universal se prevén licencias obligatorias para efectuar traducciones de escritos a un idioma de

¹⁰³ Vid. *supra*, §4.2.2 D3): clases de distribución por cable.

uso general en el país donde se solicita, después de transcurridos siete años desde la primera publicación del escrito, siempre que durante el período mencionado no se haya publicado una traducción a ese idioma (art. V, §2).

—En los textos de París —1971— de las Convenciones de Berna y Universal (Anexo de Berna y arts. V bis, ter y quater de la Universal) se prevén licencias obligatorias especiales en beneficio de los países en desarrollo para la traducción de obras publicadas en forma impresa u otra análoga, para uso escolar, universitario o de investigación, y para reproducción de obras publicadas en forma impresa o en cualquier otra forma análoga de reproducción, con el fin de responder a las necesidades de la enseñanza escolar o universitaria (*vid. infra*, cap. 12, §12.4.2.1, XII, F, y §12.4.2.2, VII, B, respectivamente).

Capítulo 5

Duración de la protección

SUMARIO: 5.1. Los plazos de protección. 5.1.1. Origen. 5.1.2. Finalidad. 5.1.3. Plazos. 5.1.4. Circulación de ejemplares y radiodifusión de obras en dominio público. 5.1.5. El derecho moral después de la muerte del autor. 5.2. Los beneficiarios de los derechos después de la muerte del autor. 5.2.1. Derecho moral. 5.2.2. Derecho patrimonial. 5.3. El dominio público. 5.3.1. Naturaleza jurídica. 5.3.2. El dominio público oneroso.

5.1. Los plazos de protección

5.1.1. Origen

El origen de la limitación temporal del derecho patrimonial del autor se vincula con el sistema de los privilegios que se comenzaron a otorgar después de la invención de la imprenta. Estas licencias eran concedidas por el poder gubernativo para explotar la obra con exclusividad durante un plazo determinado.¹

En las primeras leyes con las cuales, en el siglo XVIII, se abolieron los privilegios y se reconoció que el derecho de explotar la obra era un derecho individual del autor, se continuó limitando su duración.

En el Estatuto de la Reina Ana, que entró en vigor en Inglaterra en 1710, se estableció que el derecho exclusivo a publicar un libro (*copyright*) concluía después de un período de catorce años a partir de la primera publicación y si al finalizar este plazo el autor aun vivía, podía asumir este derecho exclusivo nuevamente por catorce años más; después la publicación era libre. La protección se subordinaba a que la obra estuviera inscrita en los registros de la *Stationers Company*.

¹ *Vid. supra*, cap. 1, §§1.2.2 y 1.2.3.

entrada al espectáculo (proporcional a la capacidad de la sala y con un máximo de cuatro entradas). Este derecho es irrenunciable e intransmisible por actos *inter vivos* (España, art. 90, §2, 2º párrafo, 1ª parte).

Sin embargo, como la mayor parte de los países no conocen esta forma de remuneración a cargo del exhibidor, es necesario que en los países donde se abona se prevea (como lo hace España, art. 90, §4, 2º párrafo, 2ª parte) que en caso de exportación de la obra audiovisual los autores podrán ceder el derecho en cuestión por una suma alzada cuando en el país de destino les sea imposible o gravemente dificultoso el ejercicio efectivo del derecho. La obligación de pago de las sumas correspondientes a este "derecho de exhibición" está a cargo de los empresarios de las salas públicas o de los locales donde se proyecten o exhiban obras audiovisuales y deben hacerse en forma periódica (mensualmente, en la Argentina).

Si la proyección o exhibición, debidamente autorizadas, de una obra audiovisual se realizan sin exigir pago de un precio de entrada, igualmente el autor conserva el derecho a percibir una remuneración por el uso (España, art. 90, §3).

Se excluye del "derecho de exhibición" a los autores de obras audiovisuales de carácter publicitario (España, art. 90, §5).

h) *Salvaguardia del derecho moral*: nos remitimos a lo expuesto más arriba, cap. 3, §3.4.2.

Capítulo 7

Derechos conexos

SUMARIO: 7.1. Derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes. 7.2. Derechos de los productores de fonogramas. 7.3. Derechos de los organismos de radiodifusión.

La expresión *derechos conexos* no goza del aprecio de la doctrina y su contenido es impreciso, pero se ha impuesto por el uso corriente.

El Glosario de la OMPI enseña que "se entiende generalmente que se trata de derechos concedidos en un número creciente de países para proteger los intereses de los artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión en relación con sus actividades referentes a la utilización pública de obras de autores, toda clase de representaciones de artistas o transmisión al público de acontecimientos, información y sonidos o imágenes...".¹

También se utilizan otras denominaciones como *derechos vecinos* o *derechos afines*. Sin embargo, también son del tipo de los derechos conexos los que se reconocen a las empresas de distribución por cable sobre los programas propios² y a los editores sobre la presentación tipográfica de sus ediciones publicadas.³ Bajo la rúbrica en cuestión algunas legislaciones engloban, además, la protección de las meras fotografías,⁴ de los catálogos y las compilaciones que no reúnen las condiciones para ser protegidas como obras y de varias producciones más.⁵

¹ Glosario de derecho de autor y derechos conexos, OMPI, 1980, p. 168, voz 164.

² Vid. *supra*, cap. 4, §4.2.2, D3: clases de distribución por cable.

³ Vid. *supra*, cap. 6, §6.2.4.

⁴ Vid. *supra*, cap. 2, §2.2.1.4., E.

⁵ La primera ley de derecho de autor que reguló los derechos conexos fue la austríaca de 1936, llamándolos *derechos afines*. En ella se dedica la parte II (arts. 66 a 80) a legislar en cuatro capítulos la protección de la

A pesar de que las expresiones *derechos conexos*, *derechos vecinos* y *derechos afines* evocan cierta analogía con el derecho de autor, su utilización respecto a la tutela de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas⁶ y los organismos de radiodifusión (únicos que se tratarán en el presente capítulo) así como los de otros beneficiarios, parece deberse más a las resistencias que siempre origina el reconocimiento de nuevos derechos —y que induce a recurrir a asimilaciones a derechos ya consagrados— que a la existencia real de semejanzas, pues el objeto de la protección son actividades que —en las palabras de Desbois— concurren a la difusión, no a la creación de obras literarias y artísticas.⁷

interpretación de obras literarias y musicales (artistas intérpretes o ejecutantes); de fotografías y grabaciones sonoras; de cartas y retratos; de noticias y de los títulos de obras literarias y de arte.

La ley italiana de 1941 adoptó la denominación *derechos conexos al ejercicio del derecho de autor* (arts. 72 a 102), y se reglamenta en capítulos separados no solo lo relativo a los productores de discos fonográficos y de dispositivos análogos, a las emisiones radiofónicas y a los actores, intérpretes y artistas ejecutantes, sino también lo referente a los bocetos escenográficos teatrales, las fotografías, la correspondencia epistolar y los retratos, los proyectos de obras de ingeniería, la protección del título de la obra, de los títulos de las secciones que se utilicen en las publicaciones periódicas, del aspecto exterior de la obra, de los artículos y de las noticias y de la prohibición de algunos actos que constituyen competencia desleal.

A estos criterios se les objeta el englobar bajo una denominación común derechos de naturaleza diferente: *derivados de actividades industriales* (productores, radiodifusores, empresas periodísticas); *de prestaciones artísticas* (intérpretes o ejecutantes); *de actividades creativas* (obras protegidas por el derecho de autor: dibujos, fotografías, epistolares, etc.) y *de derechos de la personalidad* (sobre el contenido de la correspondencia epistolar, sobre la propia imagen, etcétera).

⁶ La palabra *fonograma* deriva de los vocablos griegos *phōnē* ("sonido") y *grámmā* ("escrito"). Henry Jessen señala que no se trata, como puede parecer, de un neologismo jurídico de novedosa construcción, ya que aparece en los membretes de los primeros cilindros publicados por el inventor del fonógrafo, Thomas Alva Edison, en las últimas décadas del siglo XIX (*La protección del fonograma*, estudio presentado en el II Congreso venezolano sobre protección de los derechos intelectuales, Barquisimeto, Venezuela, julio de 1988).

⁷ Desbois, *op. cit.*, p. 213: "Les activités auxiliaires de la création litté-

El fonógrafo de Thomas Alva Edison, el cinematógrafo de los hermanos Luis y Augusto Lumière y la radio de Enrique Federico Hertz y de Guillermo Marconi fueron, entre fines del siglo pasado y principios del presente, los puntos de partida del desarrollo tecnológico que dio lugar al reconocimiento de los derechos conexos.

Desde esta perspectiva, la génesis de los derechos conexos presenta un marcado paralelismo con el nacimiento del derecho de autor como consecuencia de la invención de la imprenta de tipos móviles por Gutenberg, a mediados del siglo XV, y del descubrimiento del grabado. Así como estos permitieron la reproducción de libros en grandes cantidades e hicieron posible que la utilización de la obra escapara a la custodia de su autor, así el fonógrafo, la cinematografía y la radiodifusión hicieron factible la reproducción mecánica de las obras musicales, literarias y dramáticas y su comunicación pública a auditorios prácticamente ilimitados; la interpretación y la ejecución, que no podían concebirse en forma separada de la persona del artista, a partir de ese momento, se conservaron y difundieron con independencia de este.

1) En pos de la reproducción mecánica de obras musicales

El inveterado amor de la humanidad hacia la música, el deseo y la necesidad de gozarla en todo momento, llevaron a buscar formas de conservar las interpretaciones. De ahí que la reproducción de obras musicales por medios mecánicos atrajera desde antiguo a las personas y las condujera a búsquedas apasionadas a lo largo de los siglos, que precedieron el éxito que, el 16 de junio de 1888, coronó el genio inventor y los esfuerzos de Edison.

En un excelente trabajo de investigación, Walter Bruch⁸ relata la historia de ese desarrollo y cómo gracias a estudios, proyectos, inventos y construcciones, aparecieron en

naire et artistique. Cette rubrique désigne des prestations qui concourent à la diffusion, non à la création des oeuvres littéraires et artistiques...

⁸ Bruch, W., "Del registro musical al fonograma", en la publicación conmemorativa del cincuentenario del BIEM (1929-1979), pp. 14-50.

forma paulatina y creciente las posibilidades de la multiplicación musical, desde el cilindro de puntas, el útil más remoto para el almacenamiento de música, hasta la invención del disco fonográfico; cómo en la Edad Media se adiestraba a los pájaros para repetir melodías, tocándoles la música en cuestión varias veces al día, por ejemplo, con un caramillo o flautilla (algo así como es actualmente un órgano infantil de juguete) y de este modo se convertía a las aves enjauladas en verdaderos reproductores de las canciones de moda, arias, marchas, etc.; cómo a principios del siglo XVII, para adiestrar pájaros se construyeron órganos en miniatura, que pronto se ampliaron y modificaron hasta llegar al órgano mecánico casero, y cómo se puso de moda combinar los órganos de flauta con la relojería, lo que dio como resultado los relojes de flauta, para los que Haydn, Mozart y Beethoven compusieron pequeñas obras de órgano; cómo el órgano de flautas se amplió en distintos lugares convirtiéndose a principios del siglo XIX en una máquina musical (como el *panharmonicon* y luego el *orquestrón*); cómo, también a principios del siglo XIX, apareció la precursora de la música envasada: la caja de música —que llevaba incorporado un programa fijo de melodías—, que se fabricó en cantidades apreciables porque era lo suficientemente económica para encontrar entrada en las habitaciones de los ciudadanos, convirtiéndose en el primer artículo de consumo dentro de la producción mecánica de la música; cómo fue un paso adelante la aparición primero del disco redondo recambiable y la cinta sinfín de cartón, y luego la combinación de la banda perforada de papel con un dispositivo neumático tonal (se trataba de instrumentos mecánicos de música con discos o con bandas de notas perforados, intercambiables, como el *aristón*, el *herofón*, el *manopán*, el *clarifón*).⁹ cómo aquellos discos recambiables fueron los precursores de los actuales, ya que permitían una combinación formando un repertorio propio y podían comprarse por

⁹ Vid. Schulze, E., "Protección del derecho de reproducción mecánica. Evolución jurídica", en la publicación conmemorativa del cincuentenario del BIEM (1929-1979), p. 7.

separado, lo mismo que las bandas adhesivas del manopán; cómo se logró otro instrumento que sustituyó las cajas de música en los hogares burgueses: el piano mecánico, también llamado pianola, fonola, etc., en el cual la cinta perforada de papel era accionada neumáticamente, y para el que escribieron compositores famosos, como Igor Stravinsky quien en 1917 compuso su *Estudio para pianola*; cómo en 1905 apareció el piano de cola *Welte-Mignon* que permitía interpretar una obra con todos los detalles y suilezas que el pianista había comunicado a la cinta matriz en su interpretación, presentándose en 1926, por vez primera, obras de Paul Hindemith, Ernst Toch y Gerhard Munch, interpretadas en pianos Welte, los que, a finales de esa década, desaparecerían junto con los otros instrumentos mecánicos de música (como la pianola), desplazados por el disco fonográfico; cómo Edison presentó el 7 de diciembre de 1877 su primer modelo de fonógrafo, en el cual, tantas veces como se hiciera funcionar, se podía hablar y repetir a continuación las palabras dichas, como si se tratase de una *máquina parlante*; cómo, el 16 de junio de 1888 Edison concluyó su nuevo fonógrafo, equipado con un motor eléctrico accionado por batería y en el cual, en lugar de enrollar en el cilindro una hoja de papel de estaño (procedimiento que había utilizado en su primer fonógrafo) llenó con cera los surcos interiores del cilindro; cómo estos cilindros permitían repetidas vueltas, después de cada una de las cuales podía grabarse de nuevo; cómo el público asistió en Filadelfia, el 16 de mayo de 1888, al nacimiento del disco fonográfico, un pequeño disco de estaño que Emile Berliner hizo sonar en su nuevo *gramófono*; cómo Edison logró dominar el mercado merced a sus bien estudiados y contruidos fonógrafos con sus cilindros de cera; cómo, hasta el momento en que, en forma auténtica, el disco fonográfico se puso a disposición del público, también Edison había logrado la fabricación de cualquier número de copias a partir de una única matriz, gracias a una depurada técnica de moldeo, y cómo el cilindro y el disco convivieron hasta que, paulatinamente, el disco desplazó al cilindro; cómo en 1929 (poco antes de la gran crisis mundial económica que afectó especialmente a la industria fonográfica) se producían unos 30 millones de dis-

cos.¹⁰ Surgieron luego los discos de larga duración, la alta fidelidad, la cinta magnetofónica en casetes compactos, los discos compactos, el procedimiento digital de grabación (DAT). La evolución de los sistemas de fonograbación no deja de avanzar ni en la calidad de la reproducción ni en la miniaturización de los elementos ni en la reducción de los costos.

II) Efectos de la fijación y la reproducción mecánica de obras musicales sobre los derechos de los autores; la situación de los intérpretes o ejecutantes

A) Los autores

Antes de que el cilindro y el disco fonográfico se hicieran aptos para reproducir ejecuciones de obras musicales, los registros musicales (cilindro de puntas, órgano de flautas, reloj musical, máquina de música, caja de música, pianola, fonola, etc.) solo afectaban los derechos de los autores cuyas obras se fijaban y reproducían en ellos.

Hasta que las cajas de música y las máquinas mecánicas de música se perfeccionaron, los autores habían aceptado de buen grado que sus obras se ejecutaran en los salones de sociedad por medio de los relojes de flautas, pues les servía de publicidad. Bruch señala que cuando las cajas de música se empezaron a fabricar en forma industrial, preponderantemente en Suiza y, desde allí, a exportar a muchos países, las melodías de óperas, canciones patrióticas, canciones populares o regionales y los vales encontraron gran divulgación.¹¹ Pero las relaciones entre los autores y los fabricantes de esos mecanismos reproductores de música nacieron en forma traumática.

Según D. Schulz-Köhn,¹² mientras las cajas de música circulaban dentro de los límites de Suiza los autores (músicos franceses en su casi absoluta mayoría) no se habían

¹⁰ Vid. Bruch, W., op. cit.

¹¹ *Ibid.*, p. 23.

¹² Schulz-Köhn, D., *Die Schallplatte auf dem Weltmarkt*, Berlín, 1940, cit. por Bruch, op. cit., p. 23.

interesado demasiado en ellas. Sin embargo, tan pronto se introdujeron en Francia la situación cambió. Las cajas reproducían en su mayor parte canciones que los compositores mismos solían cantar en los cafés de los bulevares. Los establecimientos de la competencia presentaban las mismas composiciones ciccutadas en las cajas de música, lo cual atraía mucho público, en parte por la novedad de los instrumentos. Los autores empezaron a reclamar a la industria mecánica musical una retribución por la utilización de sus obras; a pesar de que en Francia los derechos de los autores ya se encontraban legislados desde 1791 y 1793, y estaban perfectamente establecidos, sus reclamaciones no fructificaban en absoluto. En el año 1864 Francia y Suiza firmaron un acuerdo comercial en el cual quedó como único punto litigioso la exportación de cajas de música a Francia. La cuestión se resolvió en contra de los derechos de los autores, pues se convino de forma tal que Francia no consideraba la importación de cajas de música suizas como infracción de los derechos de autor, y Suiza se obligaba a favorecer especialmente la importación de seda francesa de Lyon.

Los autores no tuvieron mejor suerte en el plano internacional. El Acta originaria del Convenio de Berna, suscripta el 9 de setiembre de 1886 adoptó, en el §3 del Protocolo final, una disposición que, como destaca Schulze,¹³ constituyó una concesión a la industria suiza de mecanismos musicales al establecer que:

"Se considera que la fabricación y venta de instrumentos que sirven para reproducir mecánicamente piezas musicales en dominio privado, no deben ser considerados como uso ilícito de obras musicales."¹⁴

Esta disposición dificultó notablemente el reconocimiento del derecho de los autores. Las técnicas de reproducción

¹³ Schulze, E., op. cit., p. 7.

¹⁴ "Il est entendu que la fabrication et la vente des instruments servant à reproduire mécaniquement des airs de musique empruntés au domaine privé ne sont pas considérés comme constituant le fait de contrefaçon musicale."

mecánica de obras musicales siguieron adelantando; los autores recurrieron a la Justicia alegando que los discos y las bandas de notas perforados intercambiables eran desconocidos cuando se concluyó el Convenio de Berna, que no podían compararse con los anteriores ya que contaban con elementos intercambiables que habían traído nuevas posibilidades de explotación, por lo que también ellos debían participar en los consiguientes beneficios económicos.

La situación de los autores respecto de la reproducción de sus obras musicales por instrumentos mecánicos comenzó a revertirse recién en 1908, cuando en el Acta de Berlín del Convenio de Berna se derogó el mentado §3 del Protocolo final del Acta originaria de 1886 y se estableció en el art. 13, inc. 1, que:

“Los autores de obras musicales tienen el derecho exclusivo de autorizar: 1°, la adaptación de esas obras a los instrumentos que sirvan para reproducirlas mecánicamente; 2°, la ejecución pública de las mismas obras por medio de esos instrumentos.”

Sin embargo, en el inc. 2 se admitió que los países de la Unión establecieran reservas y condiciones en la aplicación del art. 13, aunque con efectos estrictamente limitados al país que las formulara.

El art. 13 en cuestión es reiterado en las Actas de Roma 1928 y de Bruselas 1948 hasta que, en el Acta de Estocolmo 1967, confirmada por el Acta de París 1971, se menciona explícitamente, dentro del elenco de los derechos patrimoniales protegidos, el derecho de reproducción (art. 9, §1) en términos amplios, comprensivos de toda forma de reproducción de obras:

“Los autores de obras literarias y artísticas protegidas por el presente Convenio gozarán del derecho exclusivo de autorizar la reproducción de sus obras por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma.”

Sin embargo, a mayor abundamiento y para prevenir equívocos, en el §3 del mismo art. 9 se aclaró que:

“Toda grabación sonora o visual será considerada como una reproducción en el sentido del presente Convenio.”

B) Los artistas intérpretes o ejecutantes

La reproducción mecánica de obras musicales solo afectó la situación de los artistas intérpretes o ejecutantes cuando se perfeccionaron las técnicas del cilindro y del disco fonográfico y su labor se pudo reproducir masivamente. El auge de la venta de discos, producidos y copiados por medios mecánicos, y su difusión por medio de altavoces y de la radiodifusión y el cine sonoro desplazó a los intérpretes que, en la sala cinematográfica, subrayaban con sus ejecuciones la acción que se desarrollaba en la pantalla. Los efectos para esos artistas fueron desoladores.

En un informe publicado en 1939 por la Organización Internacional del Trabajo se consignaban algunas estadísticas que informan sobre la gravedad de la situación y el carácter universal de la crisis. En Francia, donde en 1932 se contaban aproximadamente 10.000 artistas de teatro, en 1939 se estimaba que solo 1500 tenían empleo. En los Estados Unidos de América, en 1935 las listas de socorros urgentes elaboradas por la Administración contenían los nombres de 15.000 músicos desempleados, y se consideraba que estaban lejos de registrar todos los casos de paro forzoso. Una encuesta sobre el desempleo de los trabajadores intelectuales efectuada en el Japón mostraba que la proporción de los músicos sometidos a paro forzoso era, en 1936, del 41% mientras que, entre los técnicos de la industria en las mismas condiciones, la proporción era solo del 16%. Una estadística de músicos realizada en Viena, en 1937, reveló que el 90% de los miembros de la profesión estaba sin empleo.¹⁵

El desarrollo tecnológico había puesto al alcance de todos la posibilidad de gozar de la música en forma permanente.

¹⁵ Los derechos de los ejecutantes en materia de radiodifusión, de televisión y de reproducción mecánica de los sonidos, OIT, 1939, p. 9.

La interpretación había dejado de ser necesariamente efímera; se la podía fijar y el público podía disfrutarla sin moverse de los hogares. También en los lugares de espectáculos, cafés, salones de baile, reuniones familiares, cinematógrafos, etc., los ejecutantes fueron sustituidos por los registros fonográficos, las emisiones radiofónicas y las bandas sonoras de los films. Cuanto más el público podía acceder y disfrutar de la actuación de los músicos, menos trabajo tenían estos. Se produjo entonces la inevitable reacción de las organizaciones profesionales.

En reuniones nacionales e internacionales se reivindicaron tres derechos, que se correspondían con los reconocidos a los autores de obras literarias, musicales y artísticas:

a) el *derecho de autorizar* la reproducción, la transmisión y la grabación de sus interpretaciones o ejecuciones por medios mecánicos, radioeléctricos o de otras clases, así como la ejecución pública de esas interpretaciones transmitidas o grabadas;

b) el *derecho moral* al respeto de la personalidad del artista en sus dos aspectos básicos: el derecho a ser identificado o derecho al nombre, y el derecho a oponerse a que su interpretación fuera alterada o desnaturalizada, y

c) el *derecho patrimonial* a percibir una remuneración especial, equitativa y compensatoria del aprovechamiento que se hacía de las interpretaciones cada vez que una ejecución artística se radiodifundía —si no había sido realizada con ese destino y remunerada— o cada vez que las grabaciones fonográficas se ejecutaban en lugares públicos, y a percibir un porcentaje sobre la venta de discos. Se buscaba una reparación económica:

1) *por la ampliación del auditorio*. Un artista contratado para actuar en una sala de espectáculos debía tener derecho a una remuneración especial si el espectáculo se difundía fuera del ámbito físico del lugar de actuación (por medio de altavoces, radiodifusión, etc.) a fin de compensarlo por la ampliación del auditorio a través de los nuevos medios técnicos. En materia de grabaciones, los ejecutantes trataban de contrapesar esa ampliación indefinida del auditorio demandando un modo especial de retribución cuando las grabaciones se ejecutaban en lugares públicos. Igualmente

reclamaron un porcentaje sobre el precio de venta de cada disco pues, de este modo, la venta de cada ejemplar se haría equivaler a una interpretación en vivo;

2) *por la combinación de la grabación y la radiodifusión*. Comenzó a aclararse que se originaban derechos a remuneraciones distintas de acuerdo con las diversas utilizaciones posibles:

- la ejecución "en vivo" en una sala de espectáculos;
- la difusión radiofónica de esa ejecución;
- la grabación de una ejecución "en vivo", y
- la difusión radiofónica de esa grabación.

Se plantearon también otras cuestiones:

a) *cuál era el modo más adecuado de recaudación y control de los sumas percibidas en ejercicio de esos derechos*. Se advertía que, al igual que en el caso de los autores de obras musicales, la eficacia en la recaudación solo se podía alcanzar si se realizaba a través de una gestión colectiva;

b) *si el derecho nacía con independencia del nivel artístico o de la calidad de la ejecución*;

c) *si, en el caso de los conjuntos musicales, cada uno de los intérpretes o ejecutantes era titular de un derecho o solo lo eran los solistas y el director del conjunto*. Se advertía que, aun cuando se atribuyeran derechos al conjunto, era necesario delegar su representación en una persona (el director, el empresario, etcétera).

Las legislaciones nacionales fueron reconociendo los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes, generalmente en el marco de las leyes sobre derecho de autor pero en disposiciones separadas. En cambio, la ley francesa del 3 de julio de 1985 los reconoció sin incorporarlos en la ley de 1957, que sigue regulando solo los derechos de los autores.

En el orden internacional, el reconocimiento de los derechos de los artistas también se hizo juntamente con los de los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, pero fuera del marco de las convenciones sobre derecho de autor. La convención respectiva fue suscripta en Roma en 1961, impulsada por tres organismos internacionales: la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Oficina Internacional de la Unión de Berna (a la que sucedió la OMPI) y la Unesco.

III) Derecho de autor y derechos conexos. Colisión

La reivindicación de los derechos conexos, formulada a semejanza de los derechos de los autores, entraña la posibilidad de chocar con estos.

Los autores, a través de las sociedades nacionales y de las organizaciones internacionales que las reúnen, negaron siempre que fuera posible asimilar las distintas categorías de derechos, y en especial consideraron que la protección que merecen los derechos conexos no debía incluir facultades para autorizar o prohibir las *utilizaciones secundarias* de las fijaciones o de las radiodifusiones de interpretaciones de obras. Teniendo en cuenta que ni la actuación del artista ni el soporte material del productor ni la radiodifusión pueden separarse de la obra interpretada, fijada o radiodifundida si se les reconociera un derecho de autorizar o prohibir el uso de la obra interpretada, fijada o radiodifundida, se reconocería implícitamente a intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión, derechos sobre la obra misma. Y un derecho deja de ser exclusivo cuando sobre el mismo objeto —o sobre el objeto que lo contiene— concurre otro derecho exclusivo.¹⁶

De allí los esfuerzos que se han realizado para delimitar la naturaleza jurídica del objeto de la protección de las distintas categorías de beneficiarios de los derechos conexos y la extensión de su contenido.

Según Desbois se trata de *actividades auxiliares* de la creación literaria y artística, pues "los intérpretes consuman el destino de las composiciones musicales y de las obras dramáticas, los productores de fonogramas aseguran la permanencia de una interpretación fugaz y los organismos de radiodifusión hacen desaparecer las distancias".¹⁷ Desbois considera

¹⁶ Vid. Fiola Caselli, E., en: *Il Diritto di Autore*, 1939, p. 18, donde señala que *exclusividad* significa pertenecer a uno solo y pone de relieve que *concurrentia* y *conflicto* no son más que las dos caras de una misma situación jurídica, pues la concurrencia de voluntades e intereses distintos, tanto en lo que se refiere al derecho de autorizar como al rédito obtenible, hace nacer la virtualidad del conflicto.

¹⁷ Desbois, op. cit., p. 213, §177: "[...] Un traité unit leur activité: les uns

que son derechos vecinos a los de los autores porque los auxiliares de la creación literaria y artística gravitan en la órbita de los creadores y su estatuto toma prestado, por ósmosis, ciertos rasgos del derecho de autor. "Pero la vecindad implica relaciones, tan armoniosas como sea posible, pues no hace falta que los derechos de los auxiliares sean edificados sobre las ruinas de los derechos de los autores; ya es bastante con que los creadores se resignen a ciertos sacrificios en sus intereses pecuniarios, pues la coexistencia de derechos concurrentes entraña, por la fuerza misma de las cosas, una reducción de la proporción de cada una de las partes."¹⁸

Jessen, eminente especialista en derecho de autor brasileño ligado al sector de los derechos conexos, niega la conexión y consiguiente subordinación y señala que nunca ha logrado discernir conexión entre esos derechos y el derecho del autor sobre su obra. "Lo que vislumbramos es una analogía, un paralelismo entre los dos derechos, pero jamás conexión —la cual supondría una subordinación inexistente en el caso—. Se trata de derechos independientes, plenamente autónomos, que no están en conflicto y, por lo contrario, son semejantes y convergentes en varios aspectos."¹⁹

et les autres son des auxiliaires de la création littéraire et artistique, car les interprètes consomment le destin des compositions musicales et des œuvres dramatiques, les entrepreneurs d'enregistrement phonographique assurent la permanence à une impression fugitive, les organismes de radiodiffusion abolissent les distances. Mais chacune de ces prestations appelle des observations particulières en raison de leurs caractéristiques respectives."

¹⁸ *Ibid.*, pp. 232-233, §189: "[...] le statut des entrepreneurs d'enregistrements ou de radiodiffusion est voisin de celui des auteurs, parce que les auxiliaires de la création littéraire ou artistique gravitent dans l'orbite des créateurs; il est voisin aussi, parce qu'il en emprunte par osmose certains traits. Mais le voisinage implique des relations, aussi harmonieuses que possible; il ne faut pas que les droits des auxiliaires soient edifiés sur les ruines de ceux des auteurs; il suffit que, dans leurs intérêts pécuniaires, les créateurs se résignent à certains sacrifices, car la coexistence des droits concurrents entraîne par la force des choses une réduction de la portion de chacune des parties prenantes."

¹⁹ Jessen, H., "Los derechos conexos de artistas intérpretes y ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión", en el libro memoria del I Congreso Internacional sobre la Protección de los Derechos Intelectuales, Caracas, 1986, p. 168.

En el texto de la Convención de Roma sobre los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, se enfrenta, en tres artículos, la fricción entre el derecho de autor y los derechos conexos y la necesidad de procurar su coexistencia pacífica: la declaración del art. 1º y la condición impuesta en el art. 23 y en el párrafo 2 del art. 24.

En el art. 1º la Convención procura salvaguardar el derecho de autor mediante la siguiente declaración:

“La protección prevista en la presente Convención dejará intacta y no afectará en modo alguno la protección del derecho de autor sobre las obras literarias y artísticas. Por lo tanto, ninguna de las disposiciones de la presente Convención podrá interpretarse en menoscabo de esa protección.”

En el art. 23 y en el §2 del art. 24, la firma y la adhesión a la Convención de Roma se condiciona a que el Estado sea parte de la Convención Universal sobre derecho de autor o de la Unión de Berna o de ambas.

Normas similares a la establecida en el art. 1º de la Convención de Roma se encuentran, entre otras, en Colombia, art. 165 y 257; Ecuador, art. 138; Francia —ley de 1985—, art. 15; México, art. 6; Portugal, art. 177; República Dominicana, art. 125; España, art. 121.

Las disposiciones de la Convención de Roma han tenido gran influencia sobre las legislaciones nacionales, las cuales, con frecuencia, las reproducen.

7.1. Derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes

La denominación *derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes* alude al conjunto de derechos de carácter personal (derecho moral) y de carácter patrimonial de que gozan sus titulares en relación con sus interpretaciones o ejecuciones de obras literarias, dramáticas y musicales.²⁰

²⁰ En algunos países, en lenguaje coloquial, la expresión “derecho de

a) *Actuaciones directas*. Los artistas que interpretan o ejecutan obras para un público que se encuentra presente (en una sala teatral, en un concierto, etc.) o para ser radiodifundidas, establecen una relación contractual con el empresario o con la radiodifusora de la cual se derivan *derechos exclusivos*:

—*de carácter personal* (a que sus nombres sean anunciados en la forma usual —o en la convenida— en la entrada al local —teatro, sala de conciertos, etc.—, en los programas de mano que se entregan al público, en los anuncios y en la publicidad del espectáculo, al emitirse la actuación, en los créditos al iniciarse o al finalizar la teledifusión, etc.), y

—*de carácter patrimonial* (a autorizar o prohibir que su actuación sea comunicada a un público distinto de aquel al cual está destinada de conformidad con el contrato con el empresario, la radiodifusora, etc.; a que sea fijada sobre una base material o reproducida cuando la fijación se hizo sin su consentimiento o para fines distintos de los que se habían autorizado o de los legalmente permitidos en virtud de limitaciones de sus derechos —por ejemplo cuando se autorizan “fijaciones efímeras” realizadas por un organismo de radiodifusión por sus propios medios y para sus propias emisiones—).

b) *Actuaciones destinadas a una fijación*. Otro tanto sucede cuando los intérpretes o ejecutantes desarrollan su actividad con destino a una fijación, tienen *derechos exclusivos*:

—*de carácter personal* (derecho al nombre —a que sus nombres figuren en las etiquetas y envases de los discos y casetes, en los créditos de la obra audiovisual, en los envases de los videocasetes, etc.— y derecho al respeto de la interpretación, y

—*de carácter patrimonial* (a autorizar o prohibir que la fijación sea reproducida con fines distintos de los contratados o de los permitidos por la ley en virtud de limitaciones de sus derechos).

Intérprete, suele emplearse para hacer referencia al derecho de los artistas a percibir una remuneración por las *utilizaciones secundarias* de fonogramas, es decir, por la comunicación pública de estos. Dicha expresión también se emplea comúnmente para aludir a las sumas que se abonan a los artistas por las mencionadas utilizaciones secundarias.

c) "*Utilizaciones secundarias*" de fonogramas. En el caso de las grabaciones fonográficas, cabe señalar que la venta al público de discos y casetes (o copias de un fonograma) constituye su destino primigenio. Cuando esos discos y casetes son comunicados al público (por medio de su ejecución en los lugares a los que el público tiene acceso —como locales de baile, bares, restaurantes, etc.— su radiodifusión, transmisión por hilo o cable, etc.), estamos en presencia de *utilización secundaria de fonogramas*.

La *utilización secundaria de grabaciones sonoras* solo se hizo posible cuando se desarrollaron las técnicas de fijación y reproducción de los sonidos y la radiodifusión. A partir de entonces las interpretaciones, que eran necesariamente efímeras, se pudieron conservar y, al hacerse duraderas, se volvieron aptas para competir con la actividad de los mismos intérpretes y desplazarla. Nacieron entonces los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes en materia de reproducción mecánica de los sonidos y de radiodifusión, para enfrentar —como dijimos— los graves perjuicios patrimoniales que esas utilidades secundarias de las grabaciones ocasionaban a los artistas.

1) *Naturaleza jurídica*²¹

A) *Teorías autoralistas*

Estas teorías asimilan el derecho de intérprete al derecho de autor, aunque difieren en el grado de autoría que asignan al artista.

a) *El derecho de los intérpretes es semejante al derecho de autor y solo constituye uno de sus aspectos.*

Para quienes sostienen esta tesis, la interpretación equivale a la creación de una "nueva obra", pues la obra inter-

²¹ Vid. Villalba, C. A. y Lipszyc, D. *Derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión. Relaciones con el derecho de autor*, Buenos Aires, Zavallia Editor, 1976, pp. 15-25.

pretada constituye un hecho estético diferente al de la obra en sí misma; consideran que esa nueva obra lleva impresa la impronta de la personalidad del artista, que la labor interpretativa tiene originalidad igual que la obra del autor, y que el intérprete se sirve de la obra como un escritor elige un tema o un pintor utiliza un modelo real.

b) *El intérprete es un colaborador del autor de la obra.*

Hay obras a las que el público puede acceder directamente, sin necesidad de intermediarios, como las literarias (novelas, poemas, ensayos) y las artísticas (pinturas, esculturas, grabados). En cambio, otras obras, como las musicales, requieren del intérprete para que el público pueda recibirlas. En estos casos, para los adeptos a la teoría en cuestión, la necesidad recíproca que existe entre autor e intérprete los convierte en colaboradores de una nueva obra.

c) *El intérprete es un adaptador de la obra primigenia.*

Los partidarios de esta teoría consideran que la representación o la ejecución constituyen obras derivadas de la obra originaria. La tesis de que el artista ejecutante, sin ser un verdadero autor, puede ser considerado adaptador de la obra, fue sostenida por Josef Kohler en 1909, por cuya influencia fue adoptada en la ley alemana del 22 de mayo de 1910 que modificó la ley de derecho de autor de 1901, y también en otras leyes como la suiza sobre derecho de autor de 1936 y la austríaca del mismo año.

Esta tesis también fue sostenida durante la Conferencia Diplomática de Roma de 1928 para la segunda revisión del Convenio de Berna. En esa oportunidad se propuso incorporar en el art. 2, §2 del Convenio el siguiente texto: "Cuando se adapta una obra musical a instrumentos mecánicos con la colaboración de artistas ejecutantes, la protección de que goza la adaptación beneficia también a estos últimos". La propuesta se rechazó. La inclusión del derecho de los artistas en el Convenio de Berna también fue rechazada en la siguiente Conferencia de revisión realizada en Bruselas en 1948. Esas propuestas motivaron un conflicto con el sector autoral.

En el proyecto de reforma de la ley alemana publicado en 1932 se abandonaba la teoría del artista adaptador de la

obra. En la exposición de motivos se explicaba que la ficción del carácter reelaborativo de la actividad del artista ejecutante contradice el principio de que el objeto de la protección del derecho de autor solo puede estar constituido por el resultado de una actividad creadora de una obra y nunca por la simple reproducción (ejecución o representación) de una obra ya existente y su fijación en un instrumento mecánico (la grabación fonográfica), incluso cuando la reproducción sea artísticamente ejecutada. Se señalaba que en ese momento era ya universalmente reconocido que la tesis de esa ficción debía ser rechazada.

Sin embargo, la teoría del artista-autor de una obra derivada aún goza del aprecio de reconocidos juristas.²²

A) *Críticas a las teorías autoralistas*

Según Piola Caselli, las razones que se pueden oponer a la construcción jurídica que asimila el derecho del ejecutante al derecho de autor son simples y evidentes pues la reelaboración es un agregado complementario o una adaptación de la obra (según sus diversas formas) y no siempre es absolutamente necesaria para el goce de la obra original por parte del público. El autor, de todos modos, puede regular contractualmente que el disfrute de la obra, en su forma original, no sufra perjuicios. Este no es el caso de la ejecución o interpretación y de sus reproducciones o transmisiones por disco o por radiodifusión. Se trata de formas de comunicación normales y casi siempre necesarias. Dividir los derechos con los artistas ejecutantes implica, indiscutiblemente, una sustancial disminución del derecho exclusivo del autor, disminución que no desaparece solo porque el legislador alemán o austriaco²³ afirme, sin demostrarlo, que se trata de dos derechos independientes y no en pugna.²⁴

²² Cohen Jehoram, H. y los autores que cita en "Relationship between copyright and neighbouring rights", *RIDA*, 144, pp. 87-91.

²³ Se refiere a las ya mencionadas leyes de 1910 (Alemania) y de 1936 (Austria).

²⁴ Piola Caselli, en: *Il Diritto di Autore*, 1937, p. 314.

De Sanctis reseña varias sentencias que critican la teoría del intérprete como adaptador de la obra primigenia: una sentencia de la Corte Federal de Justicia alemana del 31 de mayo de 1960, que también calificó de ficción la norma de la ley de 1910, por considerar que la prestación del intérprete tiene naturaleza diversa de la creación del autor; una sentencia del Tribunal Federal suizo del 8 de diciembre de 1959 donde se revisó una jurisprudencia anterior de 1936 por considerar que la actividad del artista ejecutante jamás tiene carácter de creación y, por tanto, no constituye una obra del espíritu ni una elaboración en el sentido del derecho de autor, por más altas que sean las cualidades artísticas e interpretativas y por excepcional que sea el talento del artista. De Sanctis también cita una sentencia de la Corte de Apelaciones de París del 24 de diciembre de 1940 por la que se declaró que el artista ejecutante no puede ser considerado un elaborador ni su actividad puede ser entendida como una creación autoral.²⁵

Alphonse Tournier analiza la naturaleza de los derechos del autor y del artista intérprete o ejecutante trazando un paralelo entre la obra y la interpretación, y pone de relieve que esta última no es susceptible de interpretación alguna: "Es tan específica —según la naturaleza misma de la interpretación que expresa— que para una misma obra varía de un artista a otro y para el mismo artista, interpretando una misma obra, varía de una interpretación a otra." Tournier observa que, mientras el texto de la obra, inmutablemente objetivo, da lugar a una infinita variedad de interpretaciones, en cambio, el texto de la interpretación, idéntico a la interpretación misma, solo puede servir para repetirla invariablemente.²⁶

El razonamiento de Tournier pone en evidencia que, si según sostienen los partidarios de las teorías autoralistas,

²⁵ De Sanctis, V., "La convenzione internazionale per la protezione degli artisti interpreti o esecutori, dei produttori di fonogrammi e degli organismi di radiodiffusione", *Il Diritto di Autore*, 1962, n° 1, § 6 in fine, pp. 28-29.

²⁶ Tournier, A., "El autor y el artista intérprete o ejecutante", en *RIDA*, junio de 1960, p. 58 y 62.

de la interpretación de la obra naciera una nueva obra, como en el caso de las transformaciones (adaptación, traducción, etc.) de las que resultan obras derivadas que, a su vez, pueden ser objeto de nuevas transformaciones, entonces también la interpretación debería poder ser objeto de nuevas interpretaciones. Que esto no sea factible se debe a que de la interpretación no resulta una nueva obra.

Con Carlos Alberto Villalba hemos entendido que "si se le trata de dar un fundamento autoral, el derecho de intérprete sufrirá un impacto anulador. Si algún requisito no se impone a la interpretación para que se encuentre protegida, es que sea original o que aporte algún elemento creativo, diferente de interpretaciones anteriores [...] Cuando un director de escena realmente agrega elementos de creación autoral no estamos frente a una puesta en escena sino ante una adaptación de una obra preexistente cuyo resultado es una nueva obra, que contiene a la anterior y que puede ser objeto de otras interpretaciones. Todo aquello que está desprotegido en el derecho de autor, está también desprotegido en el derecho de intérprete. Sin embargo, para lograr la tutela del derecho autoral se debe dar la condición de originalidad que no se requiere para obtener la protección que otorga el derecho de intérprete. Los fundamentos de ambas protecciones son diversos y no contrapuestos aunque puedan existir elementos comunes en la medida en que ambos conforman estructuras jurídicas tendientes a proteger expresiones de la personalidad".²⁷

Consideramos que "el fundamento básico de la protección del derecho de autor se encuentra en la creatividad y en la originalidad de la obra. En cambio, para merecer la protección del derecho de intérprete no se requiere que la interpretación sea original o que aporte algún elemento creativo diferente de interpretaciones anteriores. Lo contrario sería sumamente perjudicial para los intérpretes y, en especial, para los ejecutantes que integran un conjunto musical y por ello en el derecho de intérprete no existe el

²⁷ Villalba y Lipszyc, *op. cit.*, p. 15.

plagio o la imitación legalmente sancionada. La personalidad del artista se revela en su estilo particular y, al igual que en las expresiones del derecho intelectual y especialmente en el derecho de autor, el estilo no confiere derechos exclusivos. Se puede escribir 'a la manera de...', se puede pintar 'con el estilo de...' y se puede actuar 'imitando a...', pero no se puede copiar una obra y atribuirse su autoría. En cambio, se puede imitar una actuación y no habrá lesión al derecho del intérprete imitado ni sanción legal alguna para el imitador. Ni siquiera una restricción de su derecho, con independencia total de la opinión que la actuación merezca al público y crítica".²⁸

B) Teoría que considera que el derecho de intérprete es un derecho de la personalidad

Los sostenedores de esta teoría —entre quienes se encuentran Bruno Marwitz (a cuya influencia se debió, según Piola Caselli, que en el proyecto de ley alemana de 1932 se abandonara el criterio seguido en la ley de 1910)— consideran que, como la prestación del artista está integrada por una serie de elementos de su persona física, como su nombre, su voz, su imagen, sobre las que cada ser humano tiene un derecho que se identifica como el derecho a la propia personalidad, este derecho constituye la razón fundamental por la que no se puede lucrar con esos elementos sin autorización de su "titular". Por tanto, los intérpretes o ejecutantes pueden oponerse a que su labor sea utilizada sin su autorización, pues se están usando elementos de su persona, protegidos por un derecho más amplio y general —el derecho de la personalidad— al que tienen derecho como personas y no solo como artistas.

B') Crítica

Las objeciones que pueden oponerse a esta teoría derivan

²⁸ *Ibid.*, pp. 28-29.

de la insuficiencia que presenta el derecho de la personalidad, pues se trata de una categoría jurídica que regula derechos que corresponden a todas las personas pero que no contempla los que atañen, específicamente, a los artistas intérpretes o ejecutantes, en especial los derechos de carácter patrimonial, que forman un aspecto que se presenta normalmente y no solo en forma excepcional como sucede con el derecho general de la personalidad.

C) *Teorías laboralistas*

Las teorías laboralistas fundan el derecho de intérprete en el derecho del trabajo. Esta tesis fue sostenida por la Oficina Internacional del Trabajo a lo largo de su activa defensa de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes y fue muy bien acogida por algunos autoralistas, en especial, por Piola Caselli.²⁹

De acuerdo con ella, se debe tomar en consideración que la ejecución o interpretación representan, en primer lugar, el producto del trabajo de los artistas, quienes tienen derecho a reivindicar su pleno valor económico. Antes de la aparición de las nuevas técnicas de la fijación y reproducción fonográfica y de la radiodifusión, los problemas jurídicos en los que se encuadraban sus prestaciones no ofrecían grandes dificultades ni habían dado lugar a mayores interrogantes. El artista trabajaba frente al público y percibía la remuneración correspondiente. Si se relacionaba directamente con los espectadores, era él quien fijaba el precio para acceder al espectáculo. Si la sala estaba a cargo de un empresario, este contrataba al intérprete, con quien convenía las modalidades, derechos y obligaciones correspondientes a su actuación. Todo estaba encuadrado dentro de ámbi-

²⁹ Piola Caselli, en: *Il Diritto di Autore*, 1937, p. 316 y sigs. La adhesión de este autor a la teoría laboralista importó una rectificación de la posición que había sostenido en 1927 en su *Traitato*, donde sustentó una tesis autoralista (el derecho del ejecutante emana de su condición de adaptador de la obra del autor, *Traitato del Diritto di Autore*, 1927, §§180-181).

los conocidos y el artista podía garantizar su actividad y sabía qué utilización se iba a hacer de ella, ya que estaba inexorablemente unida a su persona.

Las nuevas tecnologías rompen esa natural ligazón entre el intérprete y su actividad. A partir de allí la interpretación puede grabarse en forma directa o bien a partir de una radiodifusión la que, a su vez, puede ser radiodifundida. Estas nuevas utilidades ya no dependen solo del artista y del empresario sino que cualquiera puede realizarlas. Así se sale de la esfera de la relación contractual primigenia.

El artista ve cómo estas nuevas utilidades van en su contra, porque desplazan su trabajo personal. El empresario ve cómo se eliminan las garantías adquiridas sobre su dominio sobre el producto contratado (la actuación del intérprete).

Luego de analizar las distintas teorías sobre la naturaleza jurídica del derecho de intérprete, Piola Caselli³⁰ adhiere a la que encuadra este derecho en la facultad del artista de obtener una compensación equitativa por las ulteriores formas de disfrute de su ejecución o representación. Para este autor, el derecho del intérprete nace del contrato de locación de obra entre el ejecutante y el autor (o su derechohabiente: el empresario, el productor, etc.) en virtud del cual este último acepta que se otorgue a la obra la forma visual o sonora mediante la cual llegará al conocimiento del público, pero sin transferencia alguna del derecho de autor en favor del ejecutante.

Al advertir el conflicto entre los derechos del autor de la obra y las reivindicaciones de los intérpretes, Piola Caselli expresa que estas tienen por fundamento originario un derecho de crédito por su labor, no pudiendo transformarse en un derecho de naturaleza diversa del cual, indirectamente, se derive un señorio sobre la obra que correspondía y sigue correspondiendo al autor, sin que sea relevante la inclusión de esta en un disco o su difu-

³⁰ *Ibid.*, pp. 315-316.

sión radiofónica. El mayor rendimiento de la actividad laboral del artista solo puede justificar su derecho personal a una mayor retribución.

Dos años más tarde, en 1939, en el tercer y último artículo sobre el tema, Piola Caselli vuelve a afirmar en forma categórica que el derecho de intérprete es, exclusivamente, un derecho pecuniario sobre la plusvalía del trabajo aportado, que encuentra su fundamento en los principios modernos del derecho del trabajo, que reconocen al trabajador un derecho comensurado al beneficio que el dador de trabajo obtiene de la prestación. Tienden a dar a los derechos de los trabajadores, en consideración a su carácter de orden público, una eficacia absoluta que supera los límites del contrato y se puede, por ende, hacer valer *erga omnes*.³¹

C) Crítica a las teorías laboristas

Si la noción del trabajo proporciona una base suficiente para edificar una teoría del derecho del artista, este derecho solo puede alcanzar cierta extensión a condición de que se reconozca un carácter especial al trabajo que demanda la interpretación. Solo este carácter especial puede justificar ciertas reivindicaciones de los interesados, tales como los derechos de carácter personal a la mención de su nombre (derecho a la identificación) y al respeto de la interpretación. Los trabajadores no se interesan en ser conocidos por el público consumidor de los productos en cuya fabricación intervienen y estos pueden ser alterados sin que por ello disminuya el valor económico de su trabajo. En cambio, el artista intérprete o ejecutante ve variar este valor según el grado de notoriedad que alcance y el favor que le dispensa el público. Mucho le interesa, entonces, que su nombre vaya unido al producto de su trabajo y que este no sufra deformaciones ni alteraciones que puedan desmerecerlo ante el público.

³¹ Piola Caselli, en: *Il Diritto di Autore*, 1939, p. 19.

El derecho del trabajo tampoco ofrece sustento para justificar el derecho del intérprete a un pago adicional por la utilización pública de grabaciones realizadas con su concurso, pues no hay relación laboral entre el artista y el propietario del local o el radiodifusor que utilizan esas grabaciones.

D) Teorías autónomas

Estas teorías consideran que el derecho de los artistas intérpretes o ejecutantes es un derecho diferente.

De Sanctis³² entiende que en la naturaleza jurídica de las tres categorías de los llamados derechos conexos existe cierta analogía con el derecho de autor, aunque este sea completamente distinto, tanto por el título que lo justifica (la creación), como por el objeto protegido (obras de creación) y el contenido de la protección. Considera que para determinar la naturaleza jurídica de los derechos de los ejecutantes sería más simple referirse a los principios del derecho de la personalidad y del trabajo y al enriquecimiento sin causa.

En el caso de la actividad de los intérpretes o ejecutantes, el enriquecimiento sin causa consistiría en la apropiación de beneficios derivados del trabajo artístico, y la correspondiente disminución en el patrimonio del artista consistiría en la falta de ganancias derivada de una eventual reducción de la posibilidad de efectuar personalmente sus prestaciones. Sobre estos principios, entiende De Sanctis que el derecho a una compensación equitativa como lo establece la ley italiana (art. 80) se presenta como un derecho de crédito que, como tal, podrá ser transferido en todo o en parte y, en consecuencia, gozarán de él tanto el comitente o el empleador como el cesionario en general.

Con el correr del tiempo los perfiles propios de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes se han ido delineando con mayor nitidez y, en la actualidad, existe una definida tendencia doctrinal a señalar la presencia de derechos autónomos. En tal sentido podemos citar, entre

³² De Sanctis, *op. cit.*, p. 31 y sigs.

otras, las opiniones de Mouchet y Radaelli,³³ Desbois,³⁴ Chaves,³⁵ Moraes,³⁶ Millé,³⁷ Jessen,³⁸ Obón León.³⁹

Con Villalba expresamos que, con profundas coincidencias con De Sanctis, entendemos que el derecho de los artistas intérpretes o ejecutantes tiene perfiles propios y originales. "Dimana de una actividad artística que debe ser protegida como acto inseparable de la actividad personal. La labor de un intérprete puede no haber sido nunca fijada o difundida y no por ello carece de su especial naturaleza. Es una actividad profesional que requiere de una regulación particular que la defina con independencia de la relación de trabajo. Exige una elaboración especial que la distinga de las figuras a las cuales es equiparada ante la ausencia de un estatuto profesional propio."

"El contrato de locación de obra y la locación de servicios son, todavía hoy, normas supletorias. Del mismo modo lo son las regulaciones que protegen el nombre, la imagen y el derecho a la intimidad. Al mismo tiempo que es una actividad artística, tiene la capacidad de independizarse de la persona a través de la fijación y de la radiodifusión o proyección pública."

"A partir de ese instante puede ser apropiada, vulnerada o desnaturalizada y requiere de medios aptos para su protección, con derechos *erga omnes* donde prevalecen las connotaciones del derecho social fuertemente similares a las del derecho del trabajo, en cuanto no solo tienen capacidad

de competir con su propia actividad individual sino en contra de su sector profesional.

"Por su naturaleza, acorde con las condiciones que impone su tutela, es un derecho individual de ejercicio y administración colectiva y, por ello, está necesariamente ligado a las entidades profesionales."⁴⁰

II) El objeto protegido

El objeto protegido es la prestación personal del artista intérprete o ejecutante. Se trata de un bien inmaterial que no constituye una obra y, por tanto, la tutela de la prestación del artista no está subordinada a la condición de que presente originalidad o individualidad (*vid. supra*, cap. 2, §2.1.2).

El intérprete y el ejecutante realizan una *actividad artística*, expresión que, como hace notar de Sanctis, no es sinónimo de creación literaria y artística así como esta no es, siquiera, sinónimo de *producción intelectual*.⁴¹ La prestación del artista consiste en la *realización* de la obra del autor, ya concretada y completa en sus elementos constitutivos. De Sanctis pone de manifiesto que el intérprete es un intermedio entre el creador y el público, pues transmite un pensamiento ya expresado entera y concretamente por el autor de la obra. El intérprete es necesario para provocar en el público la emoción estética correspondiente, pero no aporta algo nuevo respecto de los elementos que constituyen la obra que, como tal, se presenta completa en su ideología, aun cuando su vocación consista, sobre todo, en su realización a través del intérprete y aun cuando sea la interpretación la que permite que el público goce de la obra.

De Sanctis señala que lo expresado no obsta para que la interpretación o la ejecución puedan tener un valor artístico superior al de la obra interpretada o ejecutada y constituir el principal interés del público. En este sentido, afirma:

⁴⁰ Villalba y Lipszyc, *op. cit.*, pp. 24-25.

⁴¹ De Sanctis, V., "...l'espressione 'creazione letteraria e artistica' non è sinonimo di 'produzione intellettuale' e neppure di un qualsiasi risultato di attività artistica..." *op. cit.*, *Il Diritto de Autore*, 1962, n° 1, p. 25 y sigs.

³³ Mouchet, C. y Radaelli, S. A., *Los derechos del escritor y del artista*, Buenos Aires, Ed. Sudamericana, 1957, pp. 246-247.

³⁴ Desbois, H., *Le Droit d'Auteur en France*, París, Dalloz, 1978, p. 215, §180.

³⁵ Chaves, A., *Proteção Internacional do Direito Autoral de Radiodifusão*, San Pablo, p. 239, cit. por Jessen, *Los derechos conexos...*, p. 174.

³⁶ Moraes, W., *Artistas intérpretes e executantes*, San Pablo, Ed. Revista dos Tribunais, 1976.

³⁷ Millé, A., "Le droit des artistes: un nouveau domaine autonome de la propriété intellectuelle", en: *Le Droit d'Auteur*, Ginebra, OMPI, 1984, p. 277.

³⁸ Jessen, H., *Los derechos conexos...*, p. 175.

³⁹ Obón León, J. R., *Derecho de los artistas intérpretes, actores, cantantes y músicos ejecutantes*, México, D.F., Ed. Trillas, 1986, pp. 55-57.

"También puede darse que un actor, un intérprete en general, cree su máscara, su estilo inconfundible; cree incluso un personaje. Pero el contenido de tal creación individual no es un complejo de ideas, de sentimientos, de hechos de los cuales terceros pueden obtener elementos para la creación de nuevas obras y no constituye un eslabón en la cadena de la evolución cultural de la humanidad."

III) Titulares de los derechos

De acuerdo con la definición contenida en el art. 3, a) de la Convención de Roma —1961—, *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".

Con variantes, esa definición fue adoptada por las leyes de diversos países como, por ejemplo, Brasil (art. 4, §XII); Colombia (art. 8, §K); Costa Rica (art. 77, §a); Francia —1985— (art. 16); República Dominicana (art. 17, §j); España (art. 101, en cuya 2ª parte se aclara expresamente que el director de escena y el director de orquesta tendrán los derechos reconocidos a los artistas).

En el Informe del Relator General de la Conferencia de 1961 consta que en el curso de los debates se acordó que, en la Convención de Roma, la expresión "obra literaria o artística" es utilizada en el mismo sentido que tiene en el Convenio de Berna y en la Convención Universal sobre Derecho de Autor y que incluye, concretamente, las obras musicales, teatrales y dramático-musicales. Además, se acordó que los directores de orquestas o cantantes se considerarían incluidos en la definición de "artista intérprete o ejecutante".⁴² En cambio, quedan excluidos quienes no interpretan o ejecutan obras literarias y artísticas aunque realicen una labor artística, como los artistas de variedades y de circo (equili-

⁴² Vid. *Actas de la Conferencia de Roma*, Ed. OIT-Unesco-BIRPI, 1967, p. 42.

bristas, trapecistas, acróbatas, payasos, prestidigitadores, ilusionistas, etc.), quienes no desarrollan una actividad artística como las figuras de complemento (comparsas, paratiquinos, etc.) y aquellos que cumplen funciones técnicas (tramoyistas, utileros, etcétera).⁴³

Sin embargo, en el art. 9 la misma Convención⁴⁴ facilita a las legislaciones nacionales a extender la protección también a los artistas que no ejecuten obras literarias o artísticas (esta norma, que puede considerarse superflua, parece haber respondido al propósito de paliar el rechazo que sufrió el sector interesado). En ese sentido, y de conformidad con la Convención de Roma, el art. 16 de la ley francesa de 1985, por un lado excluye expresamente a "*l'artiste de complément*" y, por el otro, incluye a quienes interpretan o ejecutan "*un numéro de variétés, de cirque ou de marionnettes*".

También tiene gran importancia el art. 19 de la Convención, pues establece que a partir del momento en que un artista intérprete o ejecutante otorga su consentimiento para que su prestación sea incorporada a una fijación de imágenes o de sonidos e imágenes, deja de estar protegido contra cualesquiera utilizaciones que se puedan hacer de su prestación incorporada a la obra visual o audiovisual.⁴⁵ De modo que la Convención de Roma no incluye la protección de las actuaciones de los artistas en obras audiovisuales. Esta disposición se encuentra reproducida en algunas legislaciones nacionales (por ejemplo, Colombia, art. 168, República Dominicana, art. 128).

La expresión *derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes* lleva implícita la solución de uno de los primeros conflictos que, como dijimos, se plantearon entre los propios interesa-

⁴³ Vid. *Guía de la Convención de Roma y del Convenio Fonogramas*, Ginebra, OMPI, 1982, pp. 26-27. La Guía fue escrita por el Dr. Claude Masouyé.

⁴⁴ Art. 9 de la Convención de Roma: "Cada uno de los Estados Contratantes podrá, mediante su legislación nacional, extender la protección a artistas que no ejecuten obras literarias o artísticas".

⁴⁵ Art. 19 de la Convención de Roma: "No obstante cualesquiera otras disposiciones de la presente Convención, una vez que un artista intérprete o ejecutante haya consentido en que se incorpore su actuación en una fijación visual o audiovisual, dejará de ser aplicable el art. 7."

dos, pues reconoce tanto a los artistas intérpretes como a los artistas ejecutantes la calidad de titulares de los derechos, en particular, respecto de las *utilizaciones secundarias* de las grabaciones. En general, la denominación *artista ejecutante* se aplica al que participa en la ejecución colectiva de obras musicales (los integrantes de orquestas y coros), en tanto que la expresión *artista intérprete* se reserva a los músicos que actúan individualmente (directores de orquesta y solistas) y a los actores. Algunos sostenían que la titularidad solo debía corresponder a los artistas principales porque únicamente ellos "interpretan" la obra ya que imprimen a su actuación el sello de su personalidad, mientras que los artistas secundarios —los "ejecutantes"— siguen las indicaciones del director y solamente pueden poner de relieve su calidad profesional, pero la "interpretación" de la obra no depende de ellos.⁴⁶

IV) Contenido

A) El derecho moral del intérprete

a) Facultades

Los intérpretes realizan actividades personales de carácter artístico, motivo por el cual las legislaciones establecen a su favor facultades concernientes a la tutela de su personalidad. Estos derechos no se les reconocen a las otras dos categorías de titulares de derechos conexos —los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión— en razón de la naturaleza técnica-organizativa de sus actividades.

El derecho moral del intérprete ha sido estructurado a

⁴⁶ Por ejemplo, en la Argentina, la ley de propiedad intelectual dictada en 1933 consagró en el §1 del art. 56 en favor de los *intérpretes* un derecho de simple remuneración respecto de las *utilizaciones secundarias*. La utilización en esa norma de la denominación "*intérprete*" sin otro aditamento dio pie a que, hasta mediados de la década de 1970, se sostuviera que la norma otorgaba ese derecho solo a los directores de orquesta y a los solistas, y que los ejecutantes, es decir los integrantes de la orquesta y coros, quedaban excluidos de ese beneficio. Los ejecutantes debieron librar una larga batalla para revertir esa situación (al respecto, *vid.* Villalba y Lipszyc, *op. cit.*, p. 79 y sigs.).

semejanza del derecho de autor, aunque con algunas particularidades impuestas por las diferencias entre ambas disciplinas jurídicas. Las legislaciones suelen reconocer a los intérpretes derechos *al nombre y al respeto de la interpretación*, cuando es reproducida. En cambio, no se les reconoce el derecho de divulgación ni el derecho de retracto o arrepentimiento.

—*El derecho al nombre* es el derecho que tiene el intérprete a que su nombre sea unido a su interpretación (también se lo denomina derecho a la identificación del artista). Origina la obligación de hacer figurar o de mencionar su nombre cuando se anuncia o difunde la interpretación. Más allá del contenido de las disposiciones legales, este derecho del artista intérprete es normalmente respetado y objeto de precisas estipulaciones contractuales sobre el tamaño de las letras, la ubicación, las oportunidades en que debe ser mencionado, etc. Es que el "cartel" tiene una importancia fundamental para el intérprete, con incidencia directa en el orden patrimonial; cuanto mayor sea su popularidad, más alta será su cotización.

De modo general las leyes atribuyen el derecho al nombre solo a los intérpretes principales (o artistas intérpretes, según la ley francesa de 1985, art. 17)⁴⁷ o bien, como dice la ley italiana (art. 83), a los artistas, actores o intérpretes y los artistas ejecutantes que representen los primeros papeles en la obra o composición dramática, literaria o musical.

En cambio España (art. 107) dispone que: "El artista, intérprete o ejecutante goza del derecho al reconocimiento de su nombre sobre sus interpretaciones o ejecuciones y a oponerse, durante su vida, a toda deformación, mutilación o cualquier otro atentado sobre su actuación que lesione su prestigio o reputación".

—*El derecho al respeto de la interpretación* tiene por objeto tutelar el prestigio artístico del intérprete. Como señala

⁴⁷ Esta norma atribuye al artista intérprete también el derecho al respeto de su interpretación: "Art. 17. *L'artiste-interprète a le droit au respect de son nom, de sa qualité et de son interprétation*".

Walter Moraes,⁴⁸ en las legislaciones nacionales se manifiesta bajo diversos aspectos, que constituyen diferentes perspectivas de este derecho, ya sea que se enfoque el interés del artista o bien la integridad de la interpretación en sí misma.

1) *Cuando el enfoque se centra en el interés del intérprete*, es posible —según Moraes— distinguir tres formas generales de resguardar la personalidad artística del mismo:

—*mediante la facultad de oponerse a una divulgación que produzca perjuicio a sus intereses artísticos*, como aparece, por ejemplo, en Argentina (art. 56, 2ª parte: “El intérprete de una obra literaria o musical está facultado para oponerse a la divulgación de su interpretación, cuando la reproducción de la misma sea hecha en forma tal que pueda producir grave e injusto perjuicio a sus intereses artísticos”); Uruguay (art. 37) y Paraguay (art. 41);

—*mediante la prohibición de colocar al alcance del público una fijación de su interpretación en forma o en circunstancias tales que pudieran lesionar al artista*. Es la fórmula adoptada por los países nórdicos (Suecia, art. 45, §3; Finlandia, art. 45, §3; Dinamarca, art. 45, §c, 3);

—*estableciendo la obligación de respetar el derecho moral de los intérpretes*, como, por ejemplo, El Salvador, art. 59 (“Las empresas radiodifusoras y televisoras quedan obligadas a respetar el derecho moral de los intérpretes y a mencionar su nombre en las transmisiones que realicen de obras grabadas.”).

2) *Cuando el enfoque se dirige hacia la integridad de la interpretación* —de acuerdo con Moraes—, las leyes contemplan tres tipos de facultades distintas entre sí pero que, de conformidad con el alcance que se dé a la tutela de la personalidad del artista, pueden ser ordenadas de la siguiente forma:

—la facultad de impedir una *deformación* de la interpretación. Alemania dispone (art. 83, §1) que “el artista intérprete o ejecutante tiene derecho a prohibir cualquier defor-

mación u otra modificación de su actuación que por su naturaleza pueda lesionar su prestigio o su reputación de artista intérprete o ejecutante”; Hungría (art. 50) emplea una fórmula más amplia al establecer que el artista intérprete o ejecutante —el director y los principales participantes del conjunto— tiene un derecho moral a la protección contra toda deformación.

—la facultad de impedir una *modificación* de la interpretación. Esta fórmula es más amplia que la anterior; no solo cubre la deformación sino que cualquier transformación de la estructura de la interpretación es suficiente para autorizar la oposición del intérprete. Es la fórmula adoptada por Suecia (art. 45, §3), Dinamarca (art. 45, §c, 3) y Finlandia (art. 45, §3) que declaran aplicables a los intérpretes el art. 3 referido al derecho moral de los autores;

—la facultad de impedir la *transposición* a otro soporte material de la fijación de una interpretación (por ejemplo, reproducir un registro fonográfico en una obra audiovisual o una parte de una obra audiovisual en otra obra de la misma clase o una parte de un registro fonográfico en otro, etcétera).

En Austria (art. 66, §1) este derecho corresponde exclusivamente al intérprete. En Suecia (art. 45, §2) y en Finlandia (art. 45, §2) este derecho del intérprete tiene una duración de veinticinco años contados a partir del año civil siguiente a aquel en el cual se efectuó el registro.

Las leyes no suelen reconocer a los intérpretes derechos de divulgación y de arrepentimiento o retracto.⁴⁹ La omisión del *derecho de divulgación* se debe a que la participación del artista en la interpretación de la obra importa, por sí misma, la autorización para divulgarla. En cuanto al *derecho de arrepentimiento o retracto*, su atribución al artista lo haría entrar en colisión con el derecho del autor, pues

⁴⁹ Colombia es una excepción, pues en el art. 171 establece que los artistas intérpretes o ejecutantes tienen los derechos morales consagrados por el art. 30 de la misma ley. En este último artículo se reconoce a los autores, además de los derechos de paternidad y de integridad, los de divulgación, de modificación antes o después de su publicación, y de arrepentimiento o retracto. *Idem* República Dominicana, art. 131.

su ejercicio por parte del primero tendría por efecto impedir la explotación de la obra autorizada por su autor.

Cuando Isidro Satanowsky⁵⁰ analiza las facultades que integran el derecho moral del intérprete, se plantea si este tiene derecho a oponerse a que en un film se supriman algunas escenas, e incluso todas aquellas en las que interviene, pronunciándose por la negativa. A igual conclusión llega respecto del derecho del actor a exigir que se eliminen las escenas en las que ha intervenido por no estar satisfecho con la interpretación de su papel. Coincidimos con Satanowsky pues si se aceptara que el intérprete tiene ese derecho, su ejercicio podría chocar con el derecho del autor a que se respete la integridad de su obra.

b) Caracteres

El derecho moral del artista intérprete protege su personalidad en relación con su interpretación: es *esencial, extra-patrimonial, inherente y absoluto* (vid. *supra*, cap. 4, § 4.1).

La ley francesa de 1985 reconoce expresamente los caracteres de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inherencia en el art. 17, § 2.⁵¹

c) Duración del derecho moral de intérprete

Algunas leyes se ocupan expresamente de la duración del derecho moral del intérprete previendo un plazo distinto del reconocido a sus derechos patrimoniales, aunque sin admitir la perpetuidad.

La ley francesa de 1985 dispone que el derecho al respeto del nombre del artista, de su calidad de tal y de su interpretación, es transmisible a sus herederos *para la protección de la interpretación y de la memoria del difunto* (art. 17, § 3).

También España establece que el derecho moral al reco-

⁵⁰ Satanowsky, I., *Derecho intelectual*, Buenos Aires, Ed. TEA, 1964, § 374, t. II, p. 42.

⁵¹ Art. 17, § 2: "Ce droit inaliénable et imprescriptible est attaché à sa personne."

nacimiento de su nombre y a la integridad de la actuación se extiende por toda la vida del artista intérprete o ejecutante pero, después de su fallecimiento, limita la posibilidad de ejercicio de esos derechos por parte de los herederos a los veinte años siguientes.

Ya mencionamos que en Suecia (art. 45, § 2) y en Finlandia (art. 45, § 3) el derecho del intérprete a impedir la transposición de la fijación de una interpretación a otro soporte material tiene una duración de veinticinco años contados a partir del año civil siguiente a aquel en el cual se efectuó el registro.

B) Los derechos patrimoniales de los artistas intérpretes o ejecutantes

a) Los derechos patrimoniales de los artistas intérpretes o ejecutantes (y también los de otros titulares de "derechos conexos"), son consagrados con sujeción al sistema de *numerus clausus*.⁵²

b) Se reconocen a los artistas derechos relativos a la reproducción y a la comunicación pública de sus prestaciones; con frecuencia esos derechos son sustituidos por licencias no voluntarias o por limitaciones totales, muchas de las cuales guardan un acentuado paralelismo con las establecidas respecto de los derechos de los autores.

Las legislaciones establecen esos derechos mediante fórmulas diferentes. Algunas son amplias y consagran un derecho exclusivo en favor del artista a controlar la utilización de sus prestaciones, por ejemplo:

— "están sometidas a la autorización escrita del artista intérprete la fijación de su prestación, su reproducción y su comunicación al público" (Francia — 1985 —, art. 18, § 1, que también somete a la autorización del artista *toda utilización separada del sonido y de la imagen de la prestación* cuando ambos hayan sido fijados a la vez; por lo tanto, es

⁵² A diferencia de los derechos de explotación que corresponden a los autores que les son reconocidos con carácter genérico.

necesario contar con la autorización del artista que ha interpretado una obra audiovisual para incluir la banda de sonido de esta en un disco;

—“corresponde al artista intérprete o ejecutante el derecho exclusivo de autorizar la reproducción y comunicación pública de sus interpretaciones o ejecuciones”, autorización que “deberá otorgarse por escrito” (España, art. 102, §§1 y 2).

Otras, siguiendo la fórmula establecida en el art. 7, §1 de la Convención de Roma (1961), establecen que al artista le corresponde “el derecho de impedir”⁵³ (por ejemplo, Brasil, art. 95; Portugal, art. 178).

c) Los derechos patrimoniales reconocidos a los artistas tienen por objeto protegerlos de utilizaciones que escapan al régimen contractual por el cual consienten los usos de su prestación. Sin embargo, a menudo estos derechos se encuentran sujetos a limitaciones establecidas con el fin de evitar que la protección concedida a los artistas tenga por efecto obstaculizar ya sea el ejercicio de los derechos exclusivos de los autores de autorizar la explotación de sus obras, o bien la comunicación pública de las fijaciones.

Por ejemplo, el derecho de autor reconoce al creador de la obra un derecho exclusivo y absoluto a autorizar la comunicación pública de las obras musicales grabadas. Ahora bien, la fijación de la actuación del artista contiene necesariamente la obra interpretada o ejecutada; si se reconoce al artista un derecho exclusivo de autorizar o prohibir esas “*utilizaciones secundarias*” igual o semejante al que goza el autor, podría darse el caso de que este autorice la ejecución pública o la radiodifusión de su obra grabada y que el artista la prohíba. En esta hipótesis, como el artista tendría sobre el mismo objeto —la grabación de la obra interpretada— un derecho también exclusivo y absoluto, el derecho del autor perdería estos caracteres. Ello no cambia por el hecho de que las situaciones de conflicto solo se puedan concebir como excepcionales, ya que no es dable pensar que

⁵³ Sobre los alcances de esta fórmula, *vid. infra*, cap. 12, §12.5.1, III, D, a) y la opinión de Masouyé (*Guía de la Convención de Roma...*, p. 42) allí citada.

los artistas usarán tales derechos para oponerse sistemáticamente a la utilización de sus prestaciones —porque sería contrario a sus intereses—, sino que recurrirían a la prohibición para apoyar reclamos de regalías adicionales.⁵⁴ Es por ello que en la Convención de Roma (art. 12) y en la mayoría de las legislaciones nacionales estas regalías adicionales les son reconocidas a los artistas como un derecho de simple remuneración por vía de *licencias no voluntarias*.

La posibilidad de reconocer a los artistas derechos irrisorios a la reproducción y comunicación pública de sus prestaciones ha provocado recelos no solo en los autores sino también en los productores de fonogramas y en los organismos de radiodifusión. Los productores de fonogramas temen que si se otorga a los artistas un derecho exclusivo a la reproducción de sus prestaciones fijadas, corren el riesgo de que les impidan reproducir sus fonogramas y se perturbe el mercado de las grabaciones sonoras. Destacan que es a través del fonograma como el artista alcanza notoriedad y que el productor es la persona mejor situada para defender los intereses profesionales del sector. A su vez, los organismos de radiodifusión tienen temores parecidos respecto de las emisiones originales y de las retransmisiones.⁵⁵

B) *En resumen, generalmente se reconoce a los artistas intérpretes o ejecutantes los siguientes derechos patrimoniales:*

a) *en relación con la interpretación o ejecución directa o “viva” (o “en vivo”), los artistas gozan del derecho exclusivo de autorizar (España) o del derecho de autorizar o prohibir (Colombia, República Dominicana), o del derecho —o de la facultad— de impedir (Brasil, Convención de Roma)— la fijación, la reproducción, la radiodifusión y toda forma de comunicación pública que no haya sido objeto del contrato que motiva las actuaciones, y*

b) *en relación con la interpretación o ejecución fijada, nadie puede reproducirla sin la autorización de los artistas en cualesquiera de los casos siguientes: 1) si no se autorizó*

⁵⁴ *Vid. Masouyé, op. cit.*, p. 44.

⁵⁵ *Ibid.*

la fijación original; 2) si se trata de una reproducción con fines distintos de los que se habían autorizado; 3) si se trata de una fijación originalmente hecha al amparo de una limitación establecida en la ley que se hubiera reproducido con fines distintos de los establecidos en la excepción en virtud de la cual se efectuó la fijación.

En consecuencia, cuando, por ejemplo, un conjunto musical ofrece un recital "en vivo" en una sala de conciertos, en un estadio, etc., tiene el derecho exclusivo de autorizar o prohibir que su actuación sea fijada para ser reproducida en discos, en casetes o en una obra audiovisual, o que se transmita por radio o por televisión (según la Convención de Roma, y las legislaciones que emplean la fórmula convencional, los artistas tienen el derecho —o la facultad— de impedir la fijación cuando no haya sido autorizada por el conjunto). Si el conjunto autorizó una fijación efímera del recital para su emisión diferida por televisión, no se puede hablar de fijación ilícita, pero es necesario contar con la autorización del conjunto para conservar o reproducir esa fijación con fines distintos a los de dicha emisión diferida.

Los artistas intérpretes o ejecutantes tienen derecho a percibir una remuneración por las "utilizaciones secundarias" de fonogramas producidos con fines comerciales y con su autorización (*vid. infra*, §C, d).

C) Limitaciones

Las legislaciones nacionales establecen limitaciones de los derechos de comunicación pública y de reproducción. En las leyes dictadas con posterioridad a la creación de la Convención de Roma —1961— generalmente se siguen las normas de la misma respecto de las limitaciones que autoriza.

a) En general se considera que el contrato de interpretación o de ejecución para realizar un *fonograma* o una obra audiovisual implica una presunción *iuris et de iure* en favor del productor del fonograma o de la obra audiovisual, de que el artista autoriza la fijación, la reproducción y la comunicación pública de su prestación (por ejemplo, Colombia, arts. 166, §§A y C, 1, 168 y 172; Francia, arts. 19, 21 y

22; República Dominicana, art. 126, §a, 128 y 132; España, art. 102, §3; etcétera).

En la mayoría de los casos (de acuerdo con la Convención de Roma, art. 7, ap. 1, c) ii y iii), esa presunción no rige cuando la reproducción de la grabación fonográfica se hace con fines distintos de los autorizados en el contrato con el artista o por una disposición legal (Colombia, art. 166, §C, 2 y 3; República Dominicana, art. 126, §c, 2 y 3).

b) *Utilizaciones libres y gratuitas*: en las legislaciones nacionales se pueden encontrar las limitaciones permitidas por el art. 15 de la Convención de Roma; este artículo autoriza a que las legislaciones nacionales hagan determinadas excepciones a las reglas de la protección por ella garantizada. Las limitaciones admitidas son las mismas respecto de las tres categorías de titulares de derechos protegidos (los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión).⁵⁶

—*copia privada para uso personal*: por ejemplo, Alemania, art. 84 que remite al 53; Hungría, art. 49, §2 que remite al 18, §1; Francia —1985—, art. 29, §2;

—*utilización de breves fragmentos con motivo de informaciones sobre sucesos de actualidad*: por ejemplo, Austria, art. 69, §1 y 70, §2; México, art. 91, §II; Alemania, art. 84 que remite a los arts. 48, §2; 49 y 50; Francia —1985—, art. 29, §3;

—*fijación efímera realizada por un organismo de radiodifusión por sus propios medios y para sus propias emisiones*: por ejemplo, México, art. 91, §III, que remite al 74, §c; Alemania, art. 84 que remite al 55;

—*utilización con fines exclusivamente docentes o de investigación científica*: por ejemplo, Alemania, art. 84 que remite a los arts. 46, 47 y 54; Hungría, art. 49, §2, que remite al 17, §2; Francia —1985—, art. 29, §3.

—*Otras utilizaciones libres y gratuitas*. En las legislaciones nacionales encontramos también otros límites, por ejemplo, la que autoriza la libre reproducción y comunica-

⁵⁶ Vid. *infra*, cap. 12, §12.5.1, III, D, d, 5.

ción pública de la prestación del artista si esta es accesoria a un acontecimiento que constituye el motivo principal de una secuencia de una obra o de un documento audiovisual (Francia —1985—, art. 29, último párrafo).

c) *Paralelismo con el derecho de autor*: algunas legislaciones establecen que las limitaciones de los derechos de los autores serán aplicables, en lo pertinente, a los derechos conexos (Alemania, arts. 84, 85, §3 y 87, §3; también Austria, Hungría, Dinamarca, Finlandia, Noruega, etcétera).

Al respecto, en la primera parte del §2 del art. 15 la Convención de Roma permite que las legislaciones nacionales establezcan, en relación con las tres categorías de títulos de derechos amparados por ella, limitaciones de igual naturaleza o paralelas a las establecidas respecto del derecho de autor con la finalidad de que aquellos no queden en una situación preferencial respecto de los creadores.

Esta disposición tiene el propósito de instituir un régimen jurídico uniforme y evitar que los titulares de los derechos conexos reciban un trato privilegiado respecto de los autores en lo relativo a las limitaciones impuestas a los derechos de estos últimos. La Convención de Roma no impone a los Estados la obligación de establecer un *paralelismo estricto* entre la legislación nacional sobre los derechos conexos y la relativa al derecho de autor; pero la disposición del art. 15, §2 contiene una clara indicación sobre la necesidad de que los Estados legislen en forma tal que limitaciones —o excepciones— que se hagan a la protección mínima de los derechos conexos se ajusten a las limitaciones admitidas en relación con los derechos de los autores.⁵⁷

d) *Utilizaciones sujetas a remuneración*

—*Licencias no voluntarias para "utilizaciones secundarias"*: El derecho de los artistas y de los productores de fonogramas a percibir una remuneración por las "utilizaciones secundarias" de fonogramas producidos con fines comerciales y con su autorización, es instituida por las legislaciones nacionales mediante *licencias no voluntarias*⁵⁸ para la

comunicación pública directa de dichos fonogramas, en particular, por medio de su radiodifusión (Francia —1985— en el art. 22, §2, incluye la transmisión por cable cuando se realiza en forma simultánea e integral) y de su ejecución en lugares públicos (Francia —1985— art. 22, §1, excluye la utilización de esos fonogramas en un espectáculo, caso en el cual rige el principio del derecho exclusivo). En consecuencia, la radiodifusión y la ejecución pública del fonograma es libre, pero está sujeta al pago de una remuneración, habitualmente en conjunto a los artistas intérpretes o ejecutantes y a los productores de fonogramas (Alemania, arts. 76, §2, 77 y 86; Colombia, art. 173; Costa Rica, art. 83; Francia —1985—, art. 22; República Dominicana, art. 133, §1; España, art. 103; etc., etcétera).

Por lo general, las leyes nacionales establecen la forma de repartir esa remuneración conjunta entre artistas y productores, ya sea por mitades (como en Colombia, Costa Rica, Francia, República Dominicana, España) o en una proporción mayor para los artistas (como en la Argentina, decreto 1671 del año 1974 que establece (art. 5) que el 67% es para los artistas y el 33% para los productores de fonogramas; a su vez, de la parte de los artistas corresponde el 67% a los intérpretes principales y el 33% a los secundarios).

La proporción correspondiente a los artistas no podría ser disminuida por acuerdo entre las partes, en atención a la esencia laboral del pago, a su finalidad —retribuir la utilización del trabajo no compensado por el productor— y a la disminución de las oportunidades de actuaciones personales en interpretaciones "en vivo" que ocasiona el uso de las grabaciones fonográficas. En cambio, nada obstaría para que se conviniera un aumento de la proporción de los intérpretes o ejecutantes (Colombia —art. 174— establece expresamente que entre el productor y los artistas puede convenirse que estos últimos perciban una suma superior).

El importe de la remuneración es por lo general convenido por la entidad de gestión colectiva de los derechos de los artistas y de los productores de fonogramas con los usuarios. A falta de acuerdo entre las partes, se establecen formas sustitutivas, como, por ejemplo, la ley francesa de 1985 (arts. 22 a 24) que instituye un sistema especial: en principio, la

⁵⁷ Vid. Masouyé, *op. cit.*, p. 80, §15.9.

⁵⁸ Vid. *supra*, cap. 4, §4.3.2.

remuneración se fija por convenios entre las organizaciones representativas de los sectores interesados (artistas, productores y usuarios primarios); estos convenios tienen una duración de entre uno y cinco años y pueden ser declarados obligatorios por el Ministerio de Cultura. A falta de acuerdo, el monto de la remuneración es fijado por una Comisión presidida por un magistrado e integrada por representantes de organismos oficiales, de los beneficiarios y de los utilizadores, a través de un procedimiento de tipo arbitral.

El derecho de los artistas y de los productores de fonogramas a percibir una remuneración por las utilidades secundarias de las grabaciones fonográficas, se reconoce en el art. 12 de la Convención de Roma.

-Licencias no voluntarias para reproducción privada con fines personales: la reproducción doméstica para uso personal de grabaciones sonoras no solo perjudica a los autores,⁵⁹ sino también a los intérpretes y a los productores de fonogramas. Corresponde, entonces, que estos perciban una remuneración compensatoria por copia privada (por ejemplo, Alemania, art. 85, §3, que remite al art. 53, §5; Francia —1985—, art. 31; España, art. 25).⁶⁰

D) Duración de los derechos patrimoniales de los artistas intérpretes o ejecutantes

Las legislaciones difieren en la elección del acto a partir del cual se cuenta el término y en su extensión. El plazo puede contarse a partir de la interpretación o ejecución o de la primera difusión o de la primera publicación de la fijación:

—La Convención de Roma prevé como *mínimo* (art. 14) el plazo de veinte años contados a partir del final del año de la fijación o de la actuación —si no ha sido fijada— o de la emisión cuando se trata de emisiones de radiodifusión (el mismo plazo se prevé para las otras dos categorías de beneficiarios de los derechos conexos).

—Algunos países adoptan este plazo de veinte años (por ejemplo, Italia, Luxemburgo).

—Muchos establecen plazos mayores: veinticinco años (Islandia); treinta años (Chile, México); cuarenta años (España); cincuenta años (Alemania, Austria, Costa Rica, Checoslovaquia, Dinamarca, Finlandia, Francia, Grecia, Noruega, Portugal, Reino Unido, Suecia); sesenta años (Brasil).

—Colombia (art. 29) adopta un sistema singular: establece plazos diferentes según la naturaleza del respectivo titular: ochenta años a partir de su muerte si fuere persona natural (el mismo plazo de duración que para los derechos patrimoniales del autor) y treinta años si el titular fuere persona jurídica, contados a partir de la fecha en que tuvo lugar la interpretación o ejecución o la primera fijación del fonograma, o la emisión de radiodifusión;

Argentina *nada dispone respecto a la duración del derecho de intérprete*. Ello plantea varias posibilidades: considerar que es perpetuo o bien que finaliza con la vida del artista o que tiene la misma duración que el derecho del autor de la obra interpretada. Esta última parece ser la solución más razonable pues evita tanto que el intérprete reciba un trato preferencial respecto del autor como que se lo disminuya sin fundamento legal.

—En la propuesta de directiva de la Comisión de la CEE sobre armonización del período de protección del derecho de autor y de los derechos conexos, respecto de las tres categorías de beneficiarios de estos últimos se prevé que el período de protección será de cincuenta años. En el caso de los artistas ese plazo se cuenta a partir de la primera publicación o de la primera difusión (vid. documento COM (92) 33 final SYN 395, Bruselas, 23 de marzo de 1992).

V) Ejercicio de los derechos patrimoniales de los artistas en los casos de interpretaciones o ejecuciones colectivas

Son los casos más frecuentes, pues la mayor parte de las actuaciones requiere de la participación de dos o más intérpretes o ejecutantes. Cuando la actuación es un acto colectivo en el que interviene un grupo de artistas (conjuntos musicales, orquestas, coros, etc.) se hace indispensable que

⁵⁹ Vid. *supra*, cap. 4, §4.3.1.

⁶⁰ Vid. cap. 4, §4.3.2 A y cap. 8, §8.2.2.

el ejercicio de los derechos se lleve a cabo en forma uniforme y coordinada a fin de que un previsible disenso entre ellos no se revierta en su contra.

En ese sentido, España (art. 105) prevé que los artistas que participen colectivamente en una misma actuación, tales como los componentes de un grupo musical, coro, orquesta, ballet o compañía de teatro, deberán designar de entre ellos un representante para el otorgamiento de las autorizaciones. Para esta designación, que deberá formalizarse por escrito, valdrá el acuerdo mayoritario de los intérpretes. Esta obligación no alcanza a los solistas ni a los directores de orquesta o de escena.

En los países en los cuales los artistas intérpretes o ejecutantes se han agrupado en sindicatos o en otras organizaciones profesionales, éstas suelen ser las encargadas de representarlos en los casos de interpretaciones o ejecuciones colectivas (la norma española antes citada parece tomar en cuenta esta situación).

7.2. Derechos de los productores de fonogramas

Se entiende que *productor de fonogramas* es la persona natural o jurídica bajo cuya iniciativa y responsabilidad se fijan por primera vez⁶¹ los sonidos de una ejecución u otros sonidos.⁶² Las actividades de los productores de fonogramas son técnico-organizativas, de orden industrial.⁶³

⁶¹ La calificación no se refiere, en términos absolutos y excluyentes, a la primera fijación en el tiempo sino a la prioridad en la operación de fijar los sonidos, y, por tanto, comprende cada primera fijación que se realice.

⁶² Vid. España, art. 108, §2, y definición de la Convención de Roma, art. 3, §c, adoptada por varios países —Brasil, art. 4, §X, a); Colombia, art. 8, §L; Costa Rica, art. 81, §a; República Dominicana, art. 17, §k; etcétera—.

⁶³ Vid. Desbois, H., *op. cit.*, p. 228, §187: "...Les entrepreneurs d'enregistrements accomplissent un acte d'ordre industriel, qui a une grande utilité pour le développement de la culture musicale ou littéraire, mais ne présente pas les traits de la création intellectuelle. Leur activité diffère plus profondément de celle-ci que la contribution des interprètes, acteurs et exécutants: ceux-ci, en effet, 'créent' leur interprétation, qui porte le sceau de leur personnalité, de leur sensibilité..."

Vid. también Masoury, *Guía de la Convención de Roma...*, p. 14, §XX.

1) El objeto protegido

El objeto protegido es la fijación de la interpretación de la obra en un soporte material que se denomina *fonograma* y que, en la Convención de Roma (art. 3, b), se define como "toda fijación exclusivamente sonora de los sonidos de una ejecución o de otros sonidos".

En esta Convención se protegen únicamente las fijaciones *sonoras*, sea cual fuere el origen de los sonidos. Que-
dan, pues, *incluidas* aquellas grabaciones en las que los sonidos no provienen de una ejecución —como el canto de las aves y otros sonidos de la naturaleza—, y *excluidas* las que incorporan imágenes (obras audiovisuales).

En orden al objeto protegido, su consideración es distinta en la concepción jurídica continental europea del derecho de autor que en el derecho angioamericano.

a) En la concepción jurídica continental europea no es posible atribuir el carácter de obra al fonograma. Las actividades del productor de fonogramas tienen una finalidad instrumental —convertir en duradera una interpretación efímera— y, con independencia del valor de las obras musicales que integran su catálogo fonográfico y de los artistas que las interpretan o ejecutan, su tarea empresaria se califica principalmente: 1) por la calidad técnica de los productos que fabrican (aquí intervienen las aptitudes del personal que contratan —operadores e ingenieros de sonido, directores de grabación, etc.—, así como la tecnología empleada en la fijación y repetición de la obra interpretada —equipos y materiales de grabación—), y 2) por la eficacia en la comercialización de esos productos. Pero de esas actividades, aunque sean indispensables para la difusión de la música, no se deriva una contribución creativa a la obra del autor.⁶⁴

⁶⁴ Vid. De Sanctis, V., *op. cit.*, p. 29, §7; Mouchet, C., *Los derechos de los autores e intérpretes de obras literarias y artísticas*, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1966, p. 86; Desbois, H., *op. cit.*, pp. 228-229, §187; Tour-
niet, A., *op. cit.*, p. 54; Ascarelli, T., *Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales*, Barcelona, Ed. Bosch, 1970, p. 773; Colombet, C., *Grands principes...*, pp. 97, 102 y 108; Della Costa, H., *El derecho de autor y su novedad*, Buenos Aires, Ed. Cathedra, 1971, pp. 134-135.

En los países de derecho latino el derecho de autor tiene orientación esencialmente individualista y se restringe a la protección de las expresiones formales que son el resultado de una actividad intelectual de naturaleza *creativa*.⁶⁵ La atribución de la calidad de autor corresponde a la persona física que crea la obra, a quien le reconoce determinados derechos de carácter personal y de carácter patrimonial. En la tradición jurídica latina, la noción jurídica de "autor" se corresponde con la prejurídica.⁶⁶

Tanto en el Convenio de Berna como en la Convención Universal, la expresión derecho de autor está utilizada en el sentido restringido que se le atribuye dentro de la tradición jurídica latina: es por ello que los fonogramas —o grabaciones sonoras— no solamente no son consideradas como incluidas en la categoría de obras literarias, científicas o artísticas en la categoría de obras literarias, sino que fueron expresamente excluidas de la protección que dispensa la Convención Universal.⁶⁷

b) En el sistema angloamericano, la situación es diferente. Stephen Stewart expresa que la filosofía básica del *copyright*, por oposición al derecho de autor (*author's right*), es más humilde; se trata simplemente del derecho a impedir la copia del material con el objeto de proteger al propietario

⁶⁵ En un trabajo anterior, en colaboración con Carlos Alberto Villalba, señalamos que el alojamiento del derecho de autor beneficia a los productores, pues si a sus prestaciones se las sometiera a la condición de originalidad, como se hace con las obras, difícilmente encontraríamos algún fonograma protegido ("*Reflexiones para un homenaje*", en *El Derecho de Autor*, volumen de estudios en homenaje a Valerio de Sanctis, conmemorativo del cincuentenario de la Revista, 1979, p. 687, *in fine*).

⁶⁶ Vid. Dietz, *El derecho de autor en la Comunidad Europea*, t. I, p. 110.

⁶⁷ Vid. Actas de la Conferencia Diplomática de Ginebra, 18 de agosto de septiembre de 1952, publicadas por la Unesco, 1955, pp. 173-176, cit. en el documento Unesco/OMPI/CGE/SYN/3-III del 11 de abril de 1988, p. 18, §68.

Por los mismos motivos, reiteradamente se rehusó acordar protección a los productores de fonogramas dentro del marco del Convenio de Berna (*vid. infra*, cap. 12, §12.5.1 I) génesis de la Convención de Roma y §12.4.2.1 XII, H, c.

del *copyright* contra la reproducción del soporte material más que de proteger la creación.⁶⁸

En consecuencia, en la tradición jurídica del *common law* se considera posible proteger las grabaciones sonoras como "*works*" (obras) porque el *copyright* tiene un alcance más amplio que el *derecho de autor de origen latino* en lo que respecta al objeto de la protección.

En los países del área del *copyright* no solo se denomina "obras" a las obras de creación que son el objeto de la protección del derecho de autor continental europeo, sino también a ciertos productos industriales, como las grabaciones sonoras (*sound recordings*), en tanto pueden ser copiados, es decir, *reproducidos* por medio de la multiplicación de ejemplares o copias (*vid. supra*, cap. 1, §1.3.1).

Sin embargo, en el sistema del *copyright* se hace una diferencia entre las obras de creación (obras literarias, dramáticas, artísticas y musicales) y las otras "obras" que, como expresa Cornish, "un sistema más riguroso (*self-conscious*) las denominaría derechos conexos o afines (*neighbouring rights*)". Cornish destaca la diferencia fundamental que existe entre el *copyright* sobre las obras de creación, que reconoce la aportación de un esfuerzo intelectual original y el otro *copyright* "que reconoce la aportación por las empresas, de competencias técnicas en un campo estético".⁶⁹

En la concepción angloamericana el sujeto del *copyright* es el *copyright owner*, es decir, el titular del derecho a ejercer el control del copiado —*copyright*— (a quien, indiscriminadamente en la ley inglesa de 1988, se denomina *autor*) contra la reproducción no autorizada tanto de obras de creación como de productos industriales. Cuando el objeto de la protección es un *producto industrial*, Cornish habla (con referencia a la ley inglesa de 1956) de un "*copyright industrial*".

⁶⁸ Stewart, S., *International Copyright and Neighbouring Rights*, 2ª ed., Londres, 1989, pp. 7-8, §1.15.

⁶⁹ Cornish, *Intellectual Property*, Londres, 1981, p. 318, cit. por Cohen Jehoram, "Relationship between copyright and neighbouring rights", *RIDA*, 144, p. 115.

trial" ("entrepreneurial copyright") sobre las grabaciones sonoras y las emisiones de radiodifusión.⁷⁰

En un memorándum con comentarios sobre el proyecto de Principios relativos a diferentes categorías de obras, preparado en conjunto por las Secretarías de la Unesco y de la OMPI se destaca que hay varios países donde los fonogramas están protegidos por las leyes de derecho de autor pero que en su gran mayoría son países que siguen la tradición jurídica anglosajona y en ellos esta protección se llama "copyright". Sin embargo —señala el memorándum—, si se analizan las provisiones más relevantes de esas leyes nacionales, se puede advertir que lo que está involucrado no es la protección del "copyright" en el sentido más restringido de la palabra, esto es, en el sentido en que la palabra "copyright" se usa en las convenciones internacionales sobre derecho de autor, sino "copyright" en un significado muy diferente —mucho más amplio—. En casi todos los países donde los fonogramas están protegidos por las leyes de copyright se deja en claro en la lista de materias protegidas por el "copyright" que los fonogramas no son obras literarias y artísticas (sino materias de otra naturaleza, o bien que si a pesar de todo se trata de "obras", estas no pueden ser calificadas de literarias o artísticas).⁷¹

II) Titulares de los derechos

Los titulares de los derechos son los productores de fonogramas que fijan por primera vez los sonidos, calificación aplicable tanto a personas naturales como a personas jurídicas. Se protege la actividad industrial y no la actividad personal.⁷²

Al respecto, en el informe de la Conferencia diplomática de Roma se especifica que cuando un operador empleado

⁷⁰ *Ibid.*, p. 103, y 113-115.

⁷¹ *Vid.* Documento Unesco/OMPI/CGE/SYN/3-III del 11 de abril de 1988, §78.

⁷² En Costa Rica (art. 81, a) solo se menciona la "empresa grabadora". Aunque este concepto no excluye las empresas unipersonales, el ejemplo sirve para destacar que la titularidad del derecho del productor de fonogramas se asigna en función de la actividad industrial que este desarrolla.

por una persona jurídica fija sonidos en el desempeño de su empleo, debe considerarse productor a la persona jurídica (o sea, la empresa) y no al operador.⁷³

En España (art. 108, §2 *in fine*) se aclara que si la operación de fijar por primera vez los sonidos "se efectúa en el seno de una empresa, el titular de esta será considerado productor del fonograma".

Los derechos del productor de fonogramas no se originan por la reproducción de un fonograma producido por otra empresa (*vid.* Alemania, art. 85, §1, *in fine*).

III) Contenido: los derechos patrimoniales de los productores de fonogramas. Limitaciones

A) *Derecho de reproducción, distribución, importación y exportación.* Los productores de fonogramas gozan de los derechos exclusivos de reproducir los fonogramas producidos por ellos y de distribuir —o poner en circulación por medio de la venta, el canje o el alquiler— los ejemplares o copias de los mismos (Francia —1985—, art. 21; Alemania, art. 85, §1); además de los derechos de reproducción y distribución, el art. 184 §1 de la ley portuguesa reconoce expresamente el derecho de autorizar la exportación de copias del fonograma y el art. 109 §2 de la ley española aclara que "el derecho de distribución comprende especialmente la facultad de autorizar la importación y exportación de copias del fonograma con fines de comercialización".

La Convención de Roma (art. 10) consagra el derecho exclusivo del productor de autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta de sus fonogramas. El Convenio Fonogramas —Ginebra, 1971—, además del derecho de reproducción contempla los derechos de distribución y de importación al estipular en el art. 2 que "todo Estado contratante se compromete a proteger a los productores de fonogramas que sean nacionales de los otros Estados contratantes contra la producción de copias sin el consen-

⁷³ *Vid.* Guía de la Convención de Roma..., p. 28, §3.9.

miento del productor, así como contra la importación de tales copias, cuando la producción o la importación se hagan con miras a una distribución al público, e igualmente contra la distribución de esas copias al público.⁷⁴

B) Derecho de los productores de fonogramas a percibir una remuneración por las utilidades secundarias de sus fonogramas. Una vez que un fonograma ha sido publicado con fines comerciales, en general no se admite que el productor pueda oponerse a su comunicación pública (Francia —1985—, arts. 21, *in fine* y art. 22).⁷⁴ Como ya vimos, tampoco pueden oponerse los artistas intérpretes o ejecutantes (*supra*, §7.1, IV, B, c).

La comunicación pública es libre pero, siguiendo al art. 12 de la Convención de Roma, las legislaciones establecen un derecho de simple remuneración en favor de los productores —habitualmente en conjunto con los artistas intérpretes o ejecutantes— al cobro de una retribución (Alemania, arts. 76, §2, 77 y 86; Colombia, art. 173; Francia —1985—, art. 22; República Dominicana, art. 133, §1; etc., etcétera).

La limitación del derecho de los artistas a autorizar —o impedir— las *utilidades secundarias* de los fonogramas en los cuales se hubieran fijado sus prestaciones con su autorización, está impuesta tanto por la necesidad de preservar la comercialización de las grabaciones sonoras como de salvaguardar el derecho exclusivo y absoluto que tiene el autor a la comunicación pública de la obra. Si la limitación está justificada en relación con los artistas, también lo está respecto de los productores de fonogramas, si bien en algunas leyes de países de tradición jurídica latina se reconoce a estos últimos (aunque no a los artistas) un derecho a autorizar o a prohibir la comunicación pública de sus fonogramas o de las copias de estos (España, art. 109, §1; Brasil, art. 98; Costa Rica, art. 83; Bolivia —1992—, art. 54).

⁷⁴ La ley francesa de 1985 no extiende la limitación al supuesto de utilización del fonograma en un espectáculo: "Art. 22: *Lorsqu'un phonogramme a été publié à des fins de commerce, l'artiste interprète et le producteur ne peuvent s'opposer: 1° à sa communication directe dans un lieu public, dès lors qu'il n'est pas utilisé dans un spectacle [...]*"

C) *Otras limitaciones.* Al exponer los derechos de los artistas nos hemos referido a las demás limitaciones que tanto en el art. 15 de la Convención de Roma como en las legislaciones nacionales se admiten respecto de los derechos conexos protegidos por aquella (*vid. supra*, §7.1, IV, C). Lo mismo cabe decir sobre el derecho de los productores, junto con los autores y los artistas, de participar de la *remuneración compensatoria por copia privada*, pues en este caso no es solo la obra y la interpretación las que son utilizadas sino también la fijación realizada por el productor.

IV) Duración de los derechos de los productores de fonogramas

a) Respecto de las grabaciones sonoras, el plazo de protección se cuenta a partir de la fijación o de la primera publicación de esta.

b) Los términos de duración varían en los distintos países: setenta y cinco años en los Estados Unidos de América; sesenta años en Brasil, cincuenta años en Austria, Canadá, Costa Rica, Checoslovaquia, Dinamarca, Finlandia, Francia, Islandia, Noruega, Portugal, Reino Unido, Suecia; cuarenta años: España, Italia (desde la grabación); treinta años, Chile, Italia (desde el depósito), Japón; veinticinco años: Alemania, Islandia, Malta; veinte años: Chipre, Hungría, Luxemburgo.

Generalmente es el mismo que para las prestaciones de los artistas intérpretes o ejecutantes, aunque en algunos países se establecen plazos diferentes, por ejemplo:

—en Italia, donde los artistas tienen derecho a compensación por reproducir sus prestaciones durante un plazo menor (veinte años a partir de la fecha en que las realizaron) que los productores (treinta años a partir de la fecha del depósito del fonograma en sede administrativa y nunca más de cuarenta años a partir de la fabricación —grabación— del original);

—en Alemania, donde la diferencia se da a la inversa: los artistas están protegidos por un plazo mayor (cincuenta años a contar desde la publicación) que los productores de fonogramas (veinticinco años contados desde la publicación o producción).

La ya citada propuesta de directiva de la CEE prevé para los productores de fonogramas un plazo de protección de cincuenta años contados a partir de la primera publicación o de la fijación (doc. cit.).

7.3. Derechos de los organismos de radiodifusión

Algunas leyes definen el organismo de radiodifusión como *la empresa de radio o de televisión que transmite programas al público* (Colombia, art. 8, §N; Costa Rica, art. 85, §a; República Dominicana, art. 17, §m).

Otras incluyen expresamente las empresas de distribución de programas por cable, como Brasil (art. 4, §XI: *empresa de radiodifusión* es la empresa de radio o de televisión, o un medio análogo, que transmite, con o sin la utilización de hilo, programas al público) y Portugal (art. 176, 9: por organismo de radiodifusión se entiende la entidad que realiza emisiones de radiodifusión sonora o visual y por emisión de radiodifusión, la difusión de sonidos, imágenes o ambos, por hilo o sin hilo, especialmente por ondas hertzianas, fibras ópticas, cable o satélite, a los fines de la recepción por el público).

La Convención de Roma no define el organismo de radiodifusión. Durante la Conferencia se propusieron algunas definiciones, pero las propuestas fueron retiradas.

Las actividades de los organismos de radiodifusión, al igual que las de los productores de fonogramas, son *técnicamente organizativas*.⁷⁵

⁷⁵ Desbois, op. cit., §189, p. 232: "...le statut est inspiré par les droits d'auteur, destiné à l'image de ceux-ci, mais les émissions ne sont pas considérées comme des créations artistiques [...] les entreprises d'enregistrement sonores contribuent au rayonnement des lettres et des arts, en faisant l'éphémère, en abolissant le cours du temps; les organismes de radiodiffusion apportent une contribution symétrique, en supprimant les distances; mais ni les uns ni les autres ne développent une activité créatrice à la différence des écrivains, des compositeurs [...]".

1) El objeto protegido

En la mayoría de las leyes, el objeto protegido es la *emisión* (por ejemplo, Italia, art. 79; Alemania, art. 87; Colombia, art. 117; Costa Rica, art. 86; República Dominicana, art. 135) o bien, la *emisión o transmisión* (España, art. 116).

En Francia, el objeto protegido es el *programa* de la empresa de comunicación audiovisual (ley de 1985, art. 27).

Se entiende que *programa* es la sucesión de sonidos, de imágenes o de sonidos e imágenes propuestos al público por el radiodifusor o el cable-distribuidor en el marco de una *emisión de radiodifusión o de una distribución por cable* y destinada a ser escuchada o vista por el público en general o por una parte de este, según el caso.⁷⁶ El contenido del término *programa* es, pues, más amplio que el de *emisión de radiodifusión*, porque mientras el primero comprende también la cable-distribución, se entiende en cambio que la emisión de radiodifusión es la transmisión de sonidos o de imágenes o, a la vez, de sonidos e imágenes, por ondas electromagnéticas propagadas por el espacio *sin guía artificial*, a los fines de hacer posible la recepción por el público en general.⁷⁷

Sin embargo, en la mayor parte de las leyes nacionales se utilizan, como dijimos, las expresiones "emisión" y "emisión o transmisión" para designar el objeto del derecho de los organismos de radiodifusión y, en algunas de esas leyes, se define la emisión (o bien la emisión o transmisión) como la *difusión por medio de ondas radioeléctricas, de sonido o de sonidos sincronizados con imágenes* (Colombia, art. 8, §N; Costa Rica, art. 85, §b; República Dominicana, art. 17, §m).

Al utilizar la palabra *emisión*, las legislaciones siguen la Convención de Roma, cuyo art. 3, §f, establece que, a los efectos de la misma, se entenderá por *emisión*, "la difusión

⁷⁶ "Principes commentés de protection des auteurs, des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion en ce qui concerne la distribution de programmes par câble", *Le Droit d'Auteur*, OMPI, 1984, §50, vi, p. 141.

⁷⁷ *Ibid.*, §50, i).

inalámbrica de sonidos o de imágenes y sonidos para su recepción por el público".

La palabra *inalámbrica* deja en claro que en la Convención de Roma solo se hace referencia a la difusión por medio de ondas hertzianas o de cualquier otro sistema inalámbrico. Durante la Conferencia de Roma se propuso que en la definición se incluyera también la transmisión alámbrica, pero ello no fue aceptado porque se estimó que solamente la transmisión por ondas hertzianas o por otros medios de transmisión inalámbrica constituye una emisión.⁷⁸

El que la Convención de Roma no tutele la distribución por cable no obsta para que lo hagan las legislaciones nacionales y protejan los derechos de las empresas de cable-distribución y de los organismos de radiodifusión cuando efectúan transmisiones por cualquier sistema alámbrico: por hilo, cable, fibra óptica o por cualquier medio conductor.⁷⁹

En este sentido, ya dijimos que la ley de Portugal aclara expresamente (art. 176, §9) que por *organismo de radiodifusión* se entiende la entidad que realiza las emisiones de radiodifusión sonora o visual y que por *emisión de radiodifusión* se entiende la difusión de sonidos, de imágenes, o de ambos, por *hilo o no*, en especial, por ondas hertzianas, fibras ópticas, cable o satélite, a los fines de la recepción por el público. La referencia a la difusión por cable en la definición de emisión de radiodifusión hecha por el legislador portugués es oportuna para que la protección incluya expresamente las empresas de distribución de programas por cable; al mismo efecto, en Francia —1985—, el legislador utilizó (art. 27) las expresiones *empresa de comunicación audiovisual y programa*.⁸⁰

Las emisiones que constituyen el objeto de los derechos de los organismos de radiodifusión son todas las que este

⁷⁸ Vid. *Actas*..., p. 43.

⁷⁹ La expresión *para su recepción por el público* utilizada por la Convención en el art. 3, §1, sirve para precisar que las emisiones destinadas a una persona o a un grupo bien determinado —como ocurre con los buques o las aeronaves durante una travesía, los taxis al circular por una ciudad, etc.— no se considerarán como emisiones (vid. el informe de la Conferencia de Roma de 1961, *Actas*, p. 43).

⁸⁰ Vid. Colombet, C., *Grands principes*..., pp. 101, in fine y 102, in fine.

difunde, contengan obras protegidas por el derecho de autor o no, como ocurre con los acontecimientos deportivos, los eventos de interés público, etc. (en las definiciones de emisión de radiodifusión y de programa⁸¹ se mencionan los sonidos, las imágenes o los sonidos y las imágenes, sin referirlas únicamente a interpretaciones de obras).

El objeto protegido es, pues, la emisión, el continente, con independencia de su contenido. En orden a la naturaleza del objeto protegido, las emisiones de radiodifusión no son obras, aunque en varios países —la mayoría de tradición jurídica basada en el *common law* (Reino Unido, Irlanda, Australia, Nueva Zelanda, Kenia, Nigeria)— se las considere como tales, al igual que a los programas distribuidos por cable, si bien de una categoría diferente de las obras literarias, dramáticas, musicales o artísticas (lo mismo sucede con las grabaciones sonoras o fonogramas). Por las razones ya expuestas en relación con las grabaciones sonoras,⁸² esta calificación no resulta congruente en el sistema del derecho de autor de tradición jurídica latina.

II) Titulares de los derechos

Se entiende que *radiodifusor* es la persona natural o jurídica que decide las emisiones y determina el programa así como el día y hora de emisión.⁸³

Como ya dijimos, la Convención de Roma no define los organismos de radiodifusión, pese a que durante la Conferencia hubo algunas propuestas de definiciones, pero fue-

⁸¹ *Principes commentés*..., §50, I) y vi), p. 141.

⁸² Vid. *supra*, §7.2, I.

De Sanctis (*op. cit.*, §7, pp. 29-30) expresa: "*i fonogrammi e le radio-emissioni tendono al raggiungimento di una tecnica perfezione e a conseguire il miglior risultato industriale possibile consistente determinate condizioni. Essi hanno, come mira, di riprodurre fedelmente l'opera realizzata prescelta a un tal fine, di fissarla su supporti o veicoli materiali (ché anche l'onda radioelettrica è materia), portando a conoscenza di un pubblico più vasto e nei più vari paesi una compiuta realtà altrimenti effimera anche se percepibile da un pubblico ristretto (comunicazione diretta) [...]*"

⁸³ *Principes commentés*..., §50, iv, p. 141.

ron retiradas. Ello no obstante, como se especifica en el informe del Relator general, el debate desarrollado sirvió para precisar algunas cuestiones. Por ejemplo, si en un Estado contratante el equipo técnico es de propiedad de la administración postal pero lo emitido por estos aparatos ha sido organizado por entidades como la *Radiodiffusion-Télévision Française* o la *British Broadcasting Corporation*, estas serán consideradas como el organismo de radiodifusión a que se refiere la Convención y no la administración postal. Además, si una empresa anunciadora patrocina un programa determinado o si el programa mencionado fue grabado con anterioridad por un productor independiente de films de televisión y lo transmiten organizaciones como el *Columbia Broadcasting System* de los Estados Unidos de América, estas organizaciones serán consideradas como el organismo de radiodifusión y no la empresa anunciadora o el productor independiente.⁸⁴

III) Contenido: los derechos patrimoniales de los organismos de radiodifusión. Limitaciones

Los organismos de radiodifusión gozan, respecto de sus emisiones (o transmisiones) o programas, del derecho exclusivo de autorizar su reproducción, su retransmisión y su comunicación pública cuando esta última se efectúe en lugares a los que el público pueda acceder mediante el pago de un derecho de admisión o entrada (por ejemplo, Alemania, art. 87, §1; Brasil, art. 99; Colombia, art. 177; Costa Rica, art. 86; Francia, art. 27, 1ª parte; Portugal, art. 187; República Dominicana, art. 135; España, art. 116, §1; etc., y Convención de Roma, art. 13).

Los derechos conferidos a los organismos de radiodifusión (autorizar la reproducción o la comunicación pública de sus emisiones o programas) no excluye a estos y a los terceros de contar también con las autorizaciones de los autores, los artistas y los productores (salvo en los casos en que rijan licencias no voluntarias).

⁸⁴ Vid. Actas..., p. 44.

A) Derecho de reproducción

Los organismos de radiodifusión gozan del derecho exclusivo de realizar grabaciones del total o de una parte de sus emisiones o programas en cualquier soporte sonoro o visual, incluso de obtener fotografías (imagen aislada) de estos pero solo para su utilización dentro de los límites de los contratos de las personas cuyas imágenes se reproduzcan (por ejemplo, publicidad de los programas en diarios y revistas, en los avances de la programación por parte de la misma emisora), así como de reproducir tales grabaciones (siempre y cuando cuenten, tanto para la grabación o la fijación como para su reproducción, con las autorizaciones de los autores de las obras, los artistas, etcétera).

Francia menciona expresamente el derecho de distribución al establecer que están sometidas a la autorización de la empresa de comunicación audiovisual *la puesta a disposición del público de la reproducción de sus programas por medio de la venta, el alquiler o el caje* (art. 27, 1ª parte).

La Convención de Roma establece en el art. 13, §§b y c:

"Los organismos de radiodifusión gozarán del derecho de autorizar o prohibir:

b) la fijación sobre una base material de sus emisiones;

c) la reproducción:

i) de las fijaciones de sus emisiones hechas sin su consentimiento;

ii) de las fijaciones de sus emisiones, realizadas con arreglo a lo establecido en el art. 15, si la reproducción se hace con fines distintos a los previstos en dicho artículo".⁸⁵

(Colombia (art. 177, §§B y C) y República Dominicana (art. 135, §§b y c siguen textualmente la redacción del art. 13, §§b y c de la Convención de Roma.)

B) Derecho de comunicación pública

a) mediante la retransmisión, por cualquier procedimiento técnico, de sus emisiones.

⁸⁵ Limitaciones admitidas por la Convención.

La Convención de Roma (art. 3, §g) define la retransmisión como "la emisión simultánea por un organismo de radiodifusión de una emisión de otro organismo de radiodifusión". La condición de que se trate de una emisión simultánea excluye la emisión diferida, pues esta requiere, por razones prácticas, que previamente se realice una fijación (reproducción) de la emisión del organismo de origen.

Sin embargo, por ejemplo, Brasil (art. 4, §III) y Costa Rica (art. 85, §c) incluyen en la noción de "retransmisión" también la emisión posterior (Costa Rica: "retransmisión: la emisión simultánea o posterior de una emisión de un organismo de radiodifusión efectuada por otro organismo de radiodifusión").

b) *mediante la recepción pública de sus emisiones o programas en lugares a los que el público pueda acceder mediante el pago de un derecho de admisión o entrada.*

Al comentar el art. 18, §d, de la Convención de Roma que otorga a los organismos de radiodifusión el derecho de autorizar o prohibir la recepción pública de las emisiones televisivas, Masouyé⁸⁶ señala que este derecho se justifica por razones prácticas pues algunos usuarios, como por ejemplo los empresarios de cafés, de hoteles o de locales cinematográficos, con la finalidad de atraer clientela desean poder ofrecerle emisiones de televisión mediante un pago de cualquier especie. Se apropian así, en cierto modo, de las prestaciones de los organismos de radiodifusión, sirviéndose de ellas con fines de lucro. Pero es, sobre todo, cuando se transmiten por televisión (aunque el problema sea el mismo si se trata de radiofonía), acontecimientos deportivos o espectáculos de calidad excepcional, cuando estas operaciones pueden tener incidencia sensible.

Entre los países que establecen este derecho puede mencionarse a Brasil (art. 99, *in fine*) y Costa Rica (art. 86, *in fine*).

C) Limitaciones

Los derechos patrimoniales de los organismos de radiodifusión pueden someterse, al igual que los derechos patrimo-

⁸⁶ Masouyé, *Guía de la Convención de Roma...*, §13.5, p. 73.

niales de los artistas y de los productores de fonogramas, a las limitaciones admitidas en el art. 15 de la Convención de Roma (*vid. supra*, §7.1, IV, C).

IV) Duración de los derechos de los organismos de radiodifusión

En general el plazo se cuenta a partir de la emisión.

El término de protección varía: sesenta años en Brasil; cincuenta años en Alemania, Costa Rica, Checoslovaquia, Dinamarca, Finlandia, Francia, Irlanda, Noruega, Portugal, Reino Unido, Suécia; cuarenta años en España; treinta años en Austria, Chile, Japón; veinticinco años en Islandia, Malta; veinte años en Chipre, Luxemburgo.

El plazo de protección de los derechos de los organismos de radiodifusión suele ser el mismo que el establecido en favor de los artistas y de los productores de fonogramas.

Como excepción se puede mencionar a Austria, donde la protección legal de las emisiones de radiodifusión se extingue treinta años después de la expiración del año civil en que se produjo la emisión (arts. 76A, §4 y 64), en tanto que los derechos patrimoniales de los artistas y de los productores de fonogramas se extinguen cincuenta años después de la expiración del año civil en el curso del cual tuvo lugar la recitación, representación o ejecución (art. 67, §1), o la grabación o la publicación (arts. 76, §5 y 64).

La ya mencionada propuesta de directiva de la Comisión de la CEE prevé para los organismos de radiodifusión una protección de cincuenta años desde la primera difusión (*doc. cit.*).