

**LAS OBRAS LITERARIAS Y ARTÍSTICAS COMO OBJETO DEL
DERECHO DE AUTOR Y SU RELACIÓN CON LAS PRESTACIONES
PROTEGIDAS POR LOS DERECHOS CONEXOS**

*Documento preparado por Ricardo Antequera Parilli, Abogado, Presidente
del Instituto Interamericano de Derecho de Autor (IIDA), Profesor del
Postgrado en Propiedad Intelectual, Facultad de Ciencias Jurídicas,
Universidad de Los Andes (Mérida, Venezuela)*

ÍNDICE

I

LA DISTINCIÓN CONCEPTUAL ENTRE “OBRA” (DERECHO DE AUTOR) Y “PRESTACIONES” (DERECHOS CONEXOS)

- A. La obra
- B. El dominio literario, artístico o científico
- C. La forma de expresión
- D. La protección con independencia del modo o forma de expresión
- E. La originalidad
- F. ¿La legalidad?
- G. Las “prestaciones” objeto de los “derechos conexos”
- H. Las “prestaciones” de los artistas intérpretes o ejecutantes
- I. Las “prestaciones” de los productores de fonogramas
- J. Las “prestaciones” de los organismos de radiodifusión

II

LAS OBRAS PROTEGIDAS EN EL CONVENIO DE BERNA (Principios Generales)

- A. La enumeración ejemplificativa de las obras protegidas
- B. La fijación de la obra en un soporte material
- C. Las obras originarias
- D. Las obras derivadas

- E. Las colecciones

III

LAS POSIBILIDADES DE EXCLUSIÓN EN EL CONVENIO DE BERNA

- A. Las obras oficiales
- B. Los discursos políticos y los pronunciados en debates judiciales

IV

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

- A. Preliminares
- B. El objeto de la protección
- C. Programas de ordenador
- D. Compilaciones de datos

LA DISTINCIÓN CONCEPTUAL ENTRE “OBRA” (DERECHO DE AUTOR) Y “PRESTACIONES” (DERECHOS CONEXOS)

A. La obra

1. En el lenguaje común, se entiende por obra a “*cualquiera producción del entendimiento en ciencias, letras o artes*”¹, mientras que para el Glosario de la OMPI sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, obra es “*toda creación intelectual original expresada en una forma reproducible*”.²

2. Pero el Convenio de Berna para la protección de las Obras Literarias y Artísticas (en lo adelante, CB), no define el vocablo “*obra*”, sino que se limita a señalar que se encuentran protegidos los derechos de los autores sobre “*sus obras literarias y artísticas*” (artículo primero), a cuyos efectos se hace una enumeración ejemplificativa de las creaciones objeto de tutela (art. 2).

3. En el plano de las legislaciones internas, aunque la tendencia “*tradicional*” ha sido la de omitir en los textos nacionales cualquier definición de lo que es obra, ya son muchas las leyes latinoamericanas de reciente promulgación (como las de Ecuador, Guatemala, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana), que han incorporado un concepto, como también lo hace la Decisión 351 del Acuerdo de Cartagena que contiene el Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para los países de la Comunidad Andina.

4. Para esos ordenamientos obra es toda creación intelectual original, en el dominio literario, artístico o científico, susceptible de ser divulgada o reproducida por cualquier medio o procedimiento, u otra fórmula similar.³

¹ V.: *Diccionario de la Real Academia Española*, XXa Edición, Madrid, 1984, Tomo II, p. 967.

² V.: Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI): *Glosario de Derecho de Autor y Derechos Conexos* (autor principal: György Boytha), Ginebra, 1980, Voz 262, p. 268.

³ Para la ley panameña, obra es “*toda creación intelectual original, de naturaleza artística, científica o literaria, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma*”, mientras que para la peruana es “*toda creación intelectual personal y original,*

5. La ley chilena, aunque contiene un catálogo de definiciones (entre las cuales se encuentran, por ejemplo, las de “obra individual”, “obra en colaboración”, “obra colectiva”, “obra anónima”, “obra seudónima”, etc.), no ofrece un concepto concreto de lo que es “obra”, sino que se limita a señalar, de manera general que “la presente Ley protege los derechos que, por el sólo hecho de la creación de la obra, adquieren los autores de obras de la inteligencia en los dominios literarios, artísticos y científicos, cualquiera que sea su forma de expresión, y los derechos conexos que ella determina” y luego, en forma simplemente descriptiva, establece un catálogo de las obras que “especialmente” quedan protegidas por la ley, el cual sigue de cerca, con algunas adiciones, el contenido en los artículos 2,1 y 2,3 del Convenio de Berna para la protección de las Obras Literarias y Artísticas (en lo adelante, Convenio de Berna).

6. Ante la omisión de un concepto en el Convenio de Berna, podría preguntarse entonces: ¿existe una noción convencional de lo que es obra?

7. En verdad, si bien no existe una definición convencional de “obra”, de la interpretación integral del Convenio de Berna (como tampoco de un análisis integrador de la legislación chilena), se destacan sus principales características, a saber:

- i) que pertenezca al dominio literario o artístico;
- ii) que tenga una forma de expresión;
- iii) que la protección es independiente del modo o forma de expresión; y
- iv) que esa forma de expresión debe tener características de originalidad.

B. El dominio literario, artístico o científico

susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma, conocida o por conocer”. La Decisión 351 de la Comunidad Andina, en el artículo 3 contentivo de las definiciones, establece que obra es “toda creación intelectual original de naturaleza artística, científica o literaria, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma”.

8. El Convenio de Berna, al definir el ámbito general de la protección, alude a las “*obras literarias y artísticas*” (art. primero), pero al concretar lo que es objeto de la tutela, indica que “*los términos ‘obras literarias y artísticas’ comprenden todas las producciones en el campo literario, científico y artístico...*” (art. 2,1, hemos destacado).

9. Esta primera condición, más que un intento de clasificación de las creaciones protegidas, permite destacar la exclusión de la tutela, por una parte, de aquellos productos de un trabajo intelectual que, a pesar de su mérito, no concluyen en un aporte creativo propio; y por la otra, de las invenciones, con un sentido meramente utilitario, que son objeto del subsistema conocido como “*Derecho Invenional*”, formando parte del sistema normativo de la “*Propiedad Industrial*”.

10. Por otra parte, los conceptos “*artístico, científico o literario*” deben apreciarse con un criterio amplio, pues están protegidas por el derecho de autor obras que, en sentido estricto, tienen poca relación con la ciencia, las letras o las artes, en el sentido tradicional, “*como sucede en el caso de las guías puramente técnicas, los dibujos de ingeniería o los programas de ordenador para fines de contabilidad*”.⁴

11. De allí que, comenta Fícsor, como resultado de las diversas revisiones del Convenio de Berna, la lista no exhaustiva de obras se ha ampliado a un número cada vez mayor de categorías de producciones intelectuales, algunas de las cuales son creaciones de autores de tipo artesano mas bien que de “*autores genios*”; que sirvan más a objetivos utilitarios que a necesidades culturales; que en la creación los medios técnicos desempeñen una función decisiva; o que sean creadas por un número creciente de contribuyentes en una forma colectiva, más que por creadores individuales.⁵

⁴ V.: OMPI: *Glosario de Derecho de Autor y Derechos Conexos*, Ob. Cit., Voz 262, p. 268.

⁵ FICSOR, Mihály: *El sistema internacional de protección del Derecho de Autor y su frontera con la Propiedad Industrial*, en el libro-memorias del VIII Congreso Internacional sobre la protección de los Derechos Intelectuales, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), Asunción, Paraguay, 1993, pp. 89-105.

12. Finalmente, un comentario adicional en lo que se refiere a las “*obras científicas*”.

13. Las obras científicas no están protegidas en función de su contenido, sino de su forma de expresión, de manera que un manual de medicina será una obra literaria, aunque no tenga un contenido estético, en cuanto se manifiesta a través de un lenguaje, mientras que un documental sobre zoología, no estará protegido en razón de versar sobre los animales, sino por su forma de expresión, la cual tendrá elementos literarios (v.gr.: la narración, el guión, los diálogos) y artísticos, por su exteriorización en un medio audiovisual, donde juegan elementos como la dirección, la fotografía o la música que le sirve de fondo.

14. De allí que para muchos la alusión a las “*obras científicas*” resulte innecesaria, razón por la cual algunas legislaciones latinoamericanas, como la costarricense y la peruana, mencionen únicamente a las “*obras literarias y artísticas*” (art. 1º).

15. En ese sentido, también es innecesaria la mención que hacen algunas legislaciones a las obras “*educacionales*” (Cuba), “*didácticas*” (Panamá) o “*artesanales*” (Nicaragua), ya que todas ellas estarán protegidas, no por servir para la enseñanza o estar realizadas por artesanos, sino por tener una forma de expresión literaria o artística.

C. La forma de expresión

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

D. La protección con independencia del modo o forma de expresión

17. También la mención contenida en el art. 2,1 del Convenio de Berna (“*cualquiera que sea el modo o forma de expresión*”), implica, por una parte, que

carece de relevancia el modo como la obra pueda ser divulgada, por ejemplo, a través de su reproducción o comunicación pública en alguna o varias de sus modalidades; y, por la otra, que tampoco importa el modo a través del cual la obra se exterioriza, el cual puede consistir, por ejemplo, en signos, palabras, sonidos o imágenes (fijas o en movimiento), acompañadas o no de sonidos.

18. Pero del texto del mencionado dispositivo se desprenden igualmente otros dos elementos, a saber:

- i) que la protección es independiente del mérito de la obra, apreciación siempre subjetiva y que no corresponde al Derecho sino a la crítica; y
- ii) que esa tutela es también independiente del destino de la obra (v.gr.: creada para ser divulgada o para permanecer inédita); que puede ser producida o utilizada para expresar su contenido estético o con el objeto de promocionar un producto comercial; con fines educativos (como en las didácticas) o utilitarios (como en las obras de arte aplicado y los programas de ordenador).

E. La originalidad

19. La originalidad, como requisito para la protección, surge incluso del propio texto del Convenio de Berna, cuando, por ejemplo:

- i) la propia denominación del Convenio alude a la protección de las “*obras literarias y artísticas*” y, como se ha dicho, la obra, en cualquiera de sus acepciones, trae de suyo el elemento de la originalidad;
- ii) el artículo 2,3 del Convenio de Berna (atinente a las “*obras derivadas*”), menciona a las “*obras originales*”, mientras que el 2,5 (relativo a las colecciones de obras literarias o artísticas), se refiere a las “*creaciones intelectuales*”, y de allí surge que, conforme a los principios generales que informan la materia, la protección se reconoce a “*las obras del ingenio de carácter creador*”; y

- iii) nada distinto ocurre en la legislación costarricense, donde al definirse lo que es “obra derivada” se alude a la “que resulte de la adaptación, traducción u otra transformación de una obra originaria, siempre que constituya una creación autónoma (hemos destacado).

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

21. No obstante, como afirma Satanowsky, la originalidad se presume y quien la niega debe probarla.⁶

F. ¿La legalidad?

22. Ante la pregunta acerca de la protección de las obras que eventualmente puedan considerarse contrarias a la moral o al orden público, la respuesta está en que ninguna exclusión de la tutela figura en ese sentido en el Convenio de Berna o, casi por unanimidad, en las legislaciones nacionales.

23. En ese sentido es de recordar que creaciones juzgadas en algún momento de la historia como inmorales, hoy son consideradas obras maestras del arte universal.

24. Por ello, si la condición de “moralidad” fuera necesaria, resultaría entonces lícito usurpar la paternidad del autor o atentar contra la integridad de la obra estimada, en algún momento, contraria a la moral o a las buenas costumbres, en razón de carecer de tutela.

25. Otra cosa es que disposiciones de orden público restrinjan, en determinadas situaciones, la circulación de los ejemplares o la comunicación pública considerada

⁶ SATANOWSKY, Isidro: *Derecho Intelectual*, Ed. TEA, Buenos Aires, 1954, Tomo I, p. 470.

contraria a la moralidad o al interés general, como un límite al derecho de explotación.

26. Esa limitación -que no una exclusión de la tutela-, es lo permitido por el Convenio de Berna, cuando pauta que sus disposiciones “*no podrán suponer perjuicio, cualquiera que sea, al derecho que corresponde al gobierno de cada país de la Unión de permitir, vigilar o prohibir, mediante medidas legislativas o de policía interior, la circulación, la representación, la exposición de cualquier obra o producción, respecto a la cual la autoridad competente hubiere de ejercer este derecho*” (art. 17).

27. Debe observarse, sin embargo, como una excepción a los principios ya anotados, en disposición derogada recientemente, la ley costarricense declaraba, “*como actos contrarios a la moralidad pública y sin ninguna protección jurídica, los siguientes: reproducir o poseer escritos, fotografías, cuadros, dibujos, pinturas, litografías, carteles, emblemas, figuras, películas, cinematografías u otras fijaciones sonoras, visuales o audiovisuales, de carácter obsceno, o ejercer el negocio de exhibiciones o el de darlos en préstamo o alquiler*” (hemos destacado).

G. Las “prestaciones” objeto de los “derechos conexos”

Con la denominación -si se quiere, arbitraria-, de “prestaciones”, se alude a los bienes inmateriales que configuran el objeto de los llamados “derechos conexos” o “vecinos” al derecho de autor.

28. A esos efectos, para distinguir lo que es “obra” de lo que constituye una “prestación”, debemos recordar que el primer concepto supone el cumplimiento de uno de sus requisitos existenciales, a saber, la “originalidad”, mientras que el segundo alude a actividades personales, organizativas o técnico-empresariales que contribuyen a la difusión de las obras y de cuyo resultado surgen bienes intelectuales no creativos, pero protegibles, al ser susceptibles de explotaciones indebidas y de aprovechamientos parasitarios que lesionan, no solamente al titular

de tales “prestaciones” sino también, en la mayoría de los casos, los derechos sobre las obras del ingenio allí utilizadas.

29. Así, bajo la denominación genérica de “prestaciones” protegidas por los “derechos conexos” y siguiendo a la Convención de Roma sobre la protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión (en lo adelante, Convención de Roma), incluiremos a las interpretaciones o ejecuciones artísticas, a las producciones fonográficas y a las emisiones de radiodifusión.

H. Las “prestaciones” de los artistas intérpretes o ejecutantes

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

31. Pero los avances técnicos permitieron, por ejemplo, que la interpretación de una obra musical, cuyo disfrute requería antes de la asistencia del público al lugar de la función, fuera capaz de fijarse y reproducirse con la invención del fonógrafo, poniéndose a disposición a través de soportes sonoros, por cuya comercialización el artista no recibía ninguna contraprestación; esa misma actuación artística podía transmitirse a distancia con la aparición sucesiva de la radio y la televisión, sin que tampoco el artista percibiera por dicho uso una retribución; el surgimiento de la cinematografía, y posteriormente la circulación de soportes audiovisuales para uso doméstico, posibilitó igualmente no sólo la fijación de la actuación del artista, sino también la puesta en el comercio y en gran escala de los objetos capaces de reproducir imagen y sonido a través de aparatos conectados a la pantalla de televisión.

32. Tales impactos tecnológicos favorecieron sin dudas al autor de las obras, dadas las nuevas modalidades capaces de reproducir o de comunicar públicamente sus creaciones, con el consiguiente lucro derivado de las modernas utilidades, pero comportó un perjuicio para el artista, que no contaba con una protección legislativa propia respecto a sus interpretaciones o ejecuciones.

33. Y desde el punto de vista extra-patrimonial, se planteó la posibilidad de que se omitiera el nombre del artista en el aprovechamiento de sus interpretaciones o ejecuciones grabadas, desvinculándolo de esa manera del éxito de la prestación (con consecuencias tanto de orden moral como patrimonial), o que la fijación sonora o audiovisual, o su posterior utilización, se realizaran con deformaciones o mutilaciones afectando no sólo a la obra (lo que encontraría protección en el ámbito de los derechos del autor), sino también a la integridad de la interpretación y al prestigio del intérprete.

34. Pero resulta exagerado pensar que toda obra requiere, para su comunicación pública, de la intervención del artista que la interprete o ejecute, pues existen géneros como el de las artes visuales (v.gr.: pinturas, dibujos, esculturas) y otras formas de expresión creativa (planos arquitectónicos, cartas geográficas, programas de ordenador, etc.), en cuya exteriorización no interviene la interpretación o ejecución artística.

35. Sin embargo, no hay duda en que ciertas categorías de obras (v.gr.: dramáticas, coreográficas y musicales), precisan de su interpretación artística, de manera que el intérprete se convierte en un intermediario entre el autor y su obra con el público.

36. Ello implica una relación de conexidad o vecindad entre los derechos del autor, como creador de la obra, y los otorgados a quienes la interpretan o ejecutan.

37. Ahora bien, una de las diferencias fundamentales entre los derechos del autor y los que corresponden al artista intérprete o ejecutante, es el objeto de la protección.

38. La obra, como ya lo hemos indicado, es una creación original intelectual expresada en una forma reproducible ⁷, originalidad que supone una creación propia del autor, en su forma de expresión, y no copiada en su totalidad o en una parte esencial.⁸

39. Como puede observarse, la obra, por ser creación original, tiene su existencia primigenia, independientemente de su ejecución o interpretación artística.

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

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

42. La prestación artística implica, pues, una relación de dependencia con la obra, pues, como señala De Sanctis, cuando una interpretación es *independiente* de la obra interpretada estamos dentro del derecho del autor y no del derecho del intérprete.⁹

43. La actuación artística no es, tampoco, generalmente única, ya que es posible la existencia de numerosas interpretaciones de la misma obra y, por si fuera poco, cada actuación del propio artista puede ser distinta a todas las demás que él mismo haya hecho de esa creación.

44. De otro lado, la originalidad no es requisito para la protección de la interpretación artística.

⁷ V.: OMPI: *Glosario de Derecho de autor y Derechos Conexos*, Ob. Cit., Voz 262, p. 268.

⁸ Idem. Voz 171, p. 175.

⁹ DE SANCTIS, V., cit. por VILLALBA, Carlos y LIPSZYC, Delia: *Derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión*, Ed. Víctor P. de Zavalía, Buenos Aires, 1976, p. 14.

45. En ese sentido, afirman Villalba y Lipszyc, “*si algún requisito no se impone a la interpretación para que se encuentre protegida, es que sea original y novedosa o aporte algún elemento creativo, diferente de interpretaciones anteriores*”.¹⁰

I. Las “prestaciones” de los productores de fonogramas

46. De acuerdo a la definición ofrecida por el artículo 3,b) de la Convención de Roma, fonograma es toda fijación exclusivamente sonora de los sonidos de una ejecución o de otros sonidos.

47. Ello quiere decir que la grabación sonora puede contener una interpretación o ejecución artística, u otros sonidos, por ejemplo, el canto de los pájaros o los ruidos de la selva.

48. Pero el Tratado de la OMPI sobre Interpretaciones o Ejecuciones y Fonogramas (TOIEF en español o, por sus siglas en inglés, WPPT), con fines aclaratorios, complementa la definición de la Convención de Roma, al señalar que se entiende por fonograma “*toda fijación de los sonidos de una ejecución o interpretación o de otros sonidos, o de una representación de sonidos que no sea en forma de una fijación en forma de una fijación incluida en una obra cinematográfica o audiovisual*”, con lo cual quiere reforzarse, por una parte, la idea de que debe tratarse de una fijación exclusivamente sonora, y, por la otra, el que esa fijación puede versar sobre “*la representación de sonidos*”, ya que en el entorno digital no se graban los sonidos en sí mismos, sino su representación binaria.

49. Ahora bien, la invención del fonógrafo por Edison significó el comienzo de una nueva vinculación entre las obras musicales y el público, el cual podía disfrutar en casa de las composiciones de música sin necesidad de asistir al espectáculo o a la sala de baile.

50. Pero la producción fonográfica se limitó, durante mucho tiempo, a una labor meramente industrial, ayuna de significativos esfuerzos técnicos, organizativos o

¹⁰ Idem. p. 15.

artísticos, ya que la fijación sonora apenas necesitaba de un micrófono y un rústico aparato fonograbador para proceder a la incorporación a un soporte material, susceptible de reproducción, de una obra preexistente y de la interpretación o ejecución de un artista.

51. De otro lado, la deficiente fidelidad del sonido no era un aliento para que el público desestimara, en muchos casos, su preferencia por la audición “*en vivo*”.

52. La situación cambió, en las últimas décadas, desde varios ángulos.

53. Por una parte, la producción fonográfica se convirtió en una empresa complicada, que exige grandes inversiones e implica, por ejemplo, la selección de las obras, artistas, arreglistas y orquestadores en función del gusto del público en un momento determinado y las expectativas de venta; la contratación de orquestas, ingenieros de sonido, estudios de grabación y personal técnico especializado, con el objeto de lograr grabaciones de alta calidad; el uso de los medios de publicidad para promocionar el producto; la instalación de depósitos y la instrumentación de cadenas de distribución y venta que faciliten el acceso del consumidor a las reproducciones legítimas de la grabación así producida, ello además de toda una actividad colateral que gira alrededor de la producción fonográfica: v.gr.: diagramación de portadas, fotografías, promoción del artista y de la grabación, etc.

54. Asimismo, el avance tecnológico ha desarrollado en forma vertiginosa los mecanismos destinados a lograr una mejor fidelidad sonora, tanto en la grabación como en los soportes puestos en el comercio, desde los antiguos discos de pasta y acetato, pasando por el audiocassette, para llegar al disco compacto y la cinta digital.

55. Pero esos adelantos han generado igualmente un conjunto de dificultades en orden a la protección de los productores fonográficos y su necesaria tutela en el ámbito de los derechos conexos.

56. Sin embargo, no debe confundirse la figura del productor fonográfico con la de quien, por cuenta de éste, coordina la producción -aunque en el argot se le

denomine “*productor*”, ya que se trata de una persona que, por encargo o relación de empleo, efectúa el trabajo de selección de las obras y del artista, aprueba los arreglos o contrata la orquesta a cuenta del verdadero titular de los derechos.

57. Ello es claro porque la razón de la tutela legal está en la protección a una actividad técnico-industrial-comercial, necesaria para la difusión a gran escala de las obras sonoras, por lo que algunas leyes como la española, por ejemplo, aclaran que si la actividad fonográfica se realiza en el seno de una empresa, el titular de ésta es también el productor del fonograma.¹¹

58. Ahora bien, la naturaleza jurídica del fonograma es motivo de arduas discusiones en doctrina, desde los que no vacilan en denominarlo “*obra fonográfica*”¹², pasando por quienes lo consideran un bien intelectual desprovisto de las facultades de orden moral¹³, pero cuyos derechos son asimilados a los del autor¹⁴, hasta los que sostienen que lo protegido es la actividad industrial y no la personal.¹⁵

59. En nuestro concepto, el fonograma no es una obra originaria, ya que se trata de la fijación de unos sonidos (o de su representación digital), consistentes, casi siempre, en una creación preexistente. Salvo el caso de la grabación de otros efectos sonoros (v.gr.: sonidos de animales o de la selva, que tampoco son obra), el fonograma no existiría sin una composición primigenia.

¹¹ En ese sentido, el Informe de la Conferencia Diplomática que aprobó la CR, aclaró que, cuando un operador empleado por una persona jurídica fija sonidos en el desempeño de su empleo, debe considerarse productor a la persona jurídica, o sea, al empresario, y no al operador (V.: OMPI: *Guía de la Convención de Roma y del Convenio Fonogramas* (autor: Claude Masouyé). Ginebra, 1982, p. 28).

¹² V.: GRANDE, Carlos: *Los avances tecnológicos y las obras fonográficas*, en el libro-memorias del I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual, Madrid, 1991, Tomo I, p. 378.

¹³ EMERY, Miguel Angel: *Protección de los productores fonográficos en las legislaciones latinoamericanas*, en el libro-memorias del I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual, Ob. Cit., Tomo I, pp. 462-463; JESSEN, Henry: *Los derechos conexos de artistas intérpretes y ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión*, en el libro-memorias del Congreso Internacional sobre la protección de los Derechos Intelectuales, Caracas, 1986, p. 178.

¹⁴ VEGA VEGA, José Antonio: *Derecho de Autor*, Ed. Tecnos, Madrid, 1990, p. 171.

¹⁵ LIPSZYC, Delia: *Derecho de autor y derechos conexos*, UNESCO/CERLALC/Zavalía, Buenos Aires, 1993, p. 394.

60. Tampoco es una obra derivada, porque el productor -generalmente una persona jurídica-, no arregla la obra, sino que la fija, con el concurso de los artistas intérpretes o ejecutantes.

61. Si el fonograma constituyera una adaptación, ésta no la efectuaría la productora fonográfica, sino el arreglista o el adaptador, y tal no es el sentido de la protección, pues lo que se pretende tutelar es la actividad empresarial del productor.

62. Así, cuando se graba una composición arreglada o adaptada, el arreglista o el adaptador gozan de la tutela como autores de la obra derivada -sin perjuicio de los derechos del autor de la creación preexistente-, independientemente del derecho conexo que se le atribuye al productor sobre la fijación realizada.

63. De allí que mientras el autor "*de segunda mano*" ostenta derechos morales sobre su aporte creativo, el productor fonográfico solamente tiene derechos de orden patrimonial sobre su grabación, como es pacífico en la legislación comparada.

64. En consecuencia, el productor fonográfico goza de un derecho distinto, "*vecino*" o "*conexo*" al autoral, que pretende garantizarle un conjunto de facultades pecuniarias derivadas de su giro industrial y comercial y de una labor de coordinación técnica y artística.

65. Es de hacer notar que el Convenio Internacional para la protección de los productores de fonogramas contra la reproducción no autorizada de sus fonogramas (en lo adelante, Convención Fonogramas), deja en libertad a los países miembros para reconocer la protección a través de uno o más de las vías siguientes: mediante la concesión de un derecho de autor "*o de otro derecho específico*"; tutela en las leyes relativas a la competencia desleal; o por medio de sanciones penales (art. 3).

66. En todo caso, la posición mayoritaria, al menos a nivel del Comité de Expertos que fue convocado por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)

para un eventual Protocolo al CB (aprobado luego como Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, TODA), fue la de considerar que la protección al productor fonográfico debía ubicarse en un instrumento distinto al que comprende la tutela de las obras literarias o artísticas, tal el ya mencionado Tratado de la OMPI sobre interpretación o ejecución y fonogramas (TOIEF o, por sus siglas en inglés, WPPT).

J. Las “prestaciones” de los organismos de radiodifusión

67. Es común que muchas legislaciones, como la chilena, definan al organismo de radiodifusión como la empresa de radio o televisión que transmite programas al público, concepto que debe concatenarse con la definición de “emisión”, contenida en el artículo 3,f) de la Convención de Roma, es decir, la difusión *inalámbrica* de sonidos o de imágenes y sonidos para su ejecución por el público.

68. Ello quiere decir que la tutela mínima convencional está referida, en la Convención de Roma, a la difusión a distancia de sonidos y/o imágenes para su captación por el público en general por medio de ondas radioeléctricas¹⁶, es decir, tanto la radiodifusión sonora como la audiovisual (televisión).

69. En consecuencia, y salvo que la ley nacional aplicable disponga otra cosa, no está protegida por el derecho conexo la emisión originaria a través de conductores físicos (v.gr.: radiodifusión por cable), pero ello no impide, en primer lugar, que el emisor alámbrico accione contra quien abuse de su señal, invocando otras figuras jurídicas (v.gr.: enriquecimiento sin causa, competencia desleal); en segundo lugar, que por interpretación jurisprudencial, se considere que las emisiones primarias en forma alámbrica, gozan de la misma protección que las transmisiones realizadas a través del espacio hertziano; y, en tercer lugar, que los titulares de derechos sobre la programación (v.gr.: autores, productores, intérpretes), reclamen igualmente contra la transmisión o retransmisión no autorizadas de sus obras, producciones o interpretaciones, sea que las mismas se efectúen en forma inalámbrica o bien a través de conductores físicos como el cable y la fibra óptica.

¹⁶ V.: OMPI: *Glosario de derecho de autor y derechos conexos*, Ob. Cit., Voz 26, p. 26.

70. Nada obsta, sin embargo, para que las leyes nacionales reconozcan a quien realiza de origen la transmisión en forma alámbrica, una protección análoga a la concedida a los emisores inalámbricos, como lo hacen expresamente, por ejemplo, las de Ecuador, Paraguay, Perú y República Dominicana.

71. Para justificar la protección de los organismos de radiodifusión, dentro del subsistema de los “*derechos conexos*”, debe recordarse que la invención de la radio por Hertz y Marconi, y posteriormente de la televisión, significaron el medio de difusión más amplio que hayan podido lograr muchos géneros creativos sonoros y audiovisuales, así como una dimensión inusitada de acceso a la información.

72. Pero en sus inicios, la radiodifusión apenas se limitó a emisiones de contenido rudimentario: la radio, a transmitir obras musicales -al comienzo con el intérprete frente al micrófono y luego a partir de fijaciones sonoras-, y eventualmente la difusión de noticias, casi siempre mediante la simple lectura de lo publicado en los medios impresos; y la televisión, a difundir obras cinematográficas, programas de bajo costo y noticieros con poca cobertura.

73. No obstante, la posterior instalación de antenas repetidoras, para cubrir áreas mayores en un mismo país; la aparición del satélite para que la señal llegara a cualquier territorio; la ampliación del contenido de la programación, para poner al alcance del público la imagen de la noticia, sin importar el lugar de su ocurrencia, y permitir el disfrute de eventos y espectáculos de la más diversa naturaleza, inclusive con el surgimiento de nuevos géneros creativos, como la telenovela y el “*video-clip*”; las considerables inversiones para colocar la señal y los recursos económicos, técnicos y humanos necesarios con el fin de producir la transmisión, fueron varios de los elementos que justificaron la protección de las emisiones de los organismos de radiodifusión en el marco de los derechos intelectuales, como “*prestaciones*” ubicadas en el marco de los “*derechos conexos*”.

74. Esa conexidad no está en la protección de obra alguna, porque la emisión no constituye una creación en sí misma, sino que la transmisión contiene una programación, constituida en buena parte por obras del ingenio, interpretaciones

artísticas y producciones fonográficas, de suerte que el organismo de radiodifusión es un usuario de tales obras, prestaciones y grabaciones y, por tanto, obligado a cumplir las obligaciones derivadas de esa utilización.

75. La vecindad está entonces en que la radiodifusión constituye un vehículo para la difusión de esas creaciones y demás bienes intelectuales protegidos, y en que la actividad organizativa y técnico-empresarial necesaria para las transmisiones merece, igualmente, una tutela legal específica.

II

LAS OBRAS PROTEGIDAS EN EL CONVENIO DE BERNA

(Principios Generales)

76. Aclarada la diferencia conceptual entre lo que es “obra” –objeto del derecho de autor-, y lo que son las “prestaciones” protegidas por los derechos conexos, regresemos al análisis de los principios generales relativos a las creaciones tuteladas en el marco del sistema del derecho de autor, particularmente a la luz del Convenio de Berna.

A. La enumeración ejemplificativa de las obras protegidas

77. El artículo 2,1 del Convenio de Berna, contentivo del listado de las obras protegidas, contiene dos previsiones fundamentales, a saber:

- i) están protegidas *“todas las producciones en el campo literario, científico o artístico”*; y
- ii) la enumeración de dichas creaciones está antecedida de la expresión *“tales como”*, la cual es repetida al mencionar a las colecciones de las obras literarias o artísticas (art. 2,5).

78. La palabra “todas” ya refleja que cualquier “producción” literaria, científica o artística, que por su forma de expresión tenga características de originalidad, está protegida por el Convenio de Berna.

79. En cuanto a la segunda mención convencional, la OMPI, en su “*Guía del Convenio de Berna*”, al comentar el Instrumento, señala que *“el empleo de las palabras ‘tales como’ nos hace ver que la lista es meramente enunciativa y no exhaustiva: se trata de suministrar a los legisladores nacionales una serie de ejemplos”*.¹⁷

80. Siguiendo la misma orientación, la Ley de Chile dispone que están protegidas las *“obras de la inteligencia en los dominios literarios, artísticos y científicos, cualquiera que sea su forma de expresión, y “especialmente”*, lo que revela su carácter simplemente enunciativo.

81. Y no podría ser de otra manera, porque resultaría imposible que al proteger a todas las manifestaciones del ingenio, en el campo de las letras, las artes o las ciencias, se pretendieran agotar en un listado taxativo las diversas expresiones comprendidas en la esfera de la tutela, mas cuando el talento del hombre parece tener posibilidades ilimitadas, y lo demuestran recientes modalidades en la producción de obras creativas, como la multiplicidad de creaciones audiovisuales distintas de la cinematografía clásica (v.gr.: telenovelas, *“video-clips”*, programas audiovisuales de enseñanza, documentales científicos, etc.), algunos *“video-juegos”* y *“producciones multimedia”*, los programas de computación y las bases electrónicas de datos.

B. La fijación de la obra en un soporte material

82. Si bien es cierto que en algunos casos la obra adquiere una forma de expresión sin haberse incorporado todavía a un soporte material (como ocurre en las alocuciones y sermones no escritos ni grabados, o en las improvisaciones no fijadas de los artistas de variedades), lo usual es que la exteriorización de la idea realizada conlleve su materialización en un objeto físico: el papel escrito donde se manifiesta la obra literaria, la partitura o la grabación sonora que contiene la obra musical, la película o cinta que sirve para proyectar la obra audiovisual, el lienzo a

¹⁷ OMPI: *Guía del Convenio de Berna* (autor principal: Claude Masouyé), Ginebra, 1978, p. 14.

través del cual se disfruta de la obra pictórica, los soportes magnéticos y gráficos que permiten el uso del programa de computación, etc.

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

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

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

86. Como regla general, las legislaciones de tradición franco-germánica, latina o continental protegen a las obras *‘por el solo hecho de la creación’*, aunque no hayan sido incorporadas a un objeto físico, aunque algunos de esos ordenamientos, por vía de excepción, exigen esa condición a las obras coreográficas o pantomímicas.¹⁸

87. La Ley de Chile no exige, a los efectos de la tutela, la fijación en un soporte físico de ninguna de las obras del ingenio objeto de la protección legal, al punto que el derecho es reconocido *“por el solo hecho de la creación de la obra”*.

¹⁸ Lipszyc critica la discriminación de que han sido objeto las obras coreográficas y pantomímicas en algunas legislaciones, pues si la razón está en la imposibilidad fáctica de probar en qué consiste la obra, de no estar fijada, la misma dificultad existe respecto de las obras orales y éstas no están sometidas al requisito de su corporización, de suerte que no resulta coherente el que la protección se acuerde en función de la fijación, cuando tal tutela se fundamenta y reconoce por el acto de la creación (LIPSZYC, Delia: *Derecho de Autor y Derechos Conexos*, Ob. Cit., p. 76).

88. Pero no debe confundirse la “obra” como expresión del talento creador (“*corpus misticum*”) con el objeto físico que la contiene (“*corpus mechanicum*”), de manera que la enajenación del soporte material en el cual se incorpora la obra no confiere al adquirente la cesión de los derechos de explotación del autor, ni la licencia para utilizar la obra por cualesquiera que forman parte de los derechos del creador, salvo disposición legal expresa (que como excepción a un derecho exclusivo, debe ser objeto de interpretación restrictiva) o pacto en contrario.

C. Las obras originarias

87. Se entiende que es obra originaria la primigeniamente creada, vale decir, la que no tiene una relación de dependencia con otra preexistente, como sí ocurre con las “obras derivadas” (v. gr.: adaptaciones, traducciones y arreglos), las cuales, para gozar de protección, deben reunir el requisito de la originalidad en la forma de expresión, aunque no sean obras “originarias”.

88. En ese sentido, el artículo 2,1 del Convenio de Berna hace, como quedó dicho, una enumeración ejemplificativa de las obras originarias, en el dominio literario o artístico (independientemente de que por su contenido puedan considerarse también científicas), pero no se trata de una clasificación excluyente, vale decir, una obra musical es artística en cuanto a la melodía, pero literaria por la letra, al tiempo que la obra audiovisual es una manifestación intelectual que, de acuerdo a las características del caso concreto, tendrá elementos literarios (v.gr.: argumento, guión y diálogos), artísticos (v.gr.: decorado, coreografía, fotografía y dirección) o, incluso, un contenido científico, tal el caso de un documental relativo a la medicina o sobre alguna de las ramas de la biología.

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

- i) las expresadas por escrito, a través de libros, folletos u otros soportes gráficos;
- ii) las “obras orales”, como conferencias, alocuciones, sermones y otras de la misma naturaleza;

- iii) las obras dramáticas y dramático-musicales;
- iv) las coreográficas y pantomímicas;
- v) las composiciones musicales, con o sin letra;
- vi) las obras cinematográficas, a las cuales se asimilan las expresadas por un procedimiento análogo, que, de una manera más omnicomprendiva, son llamadas por las modernas legislaciones “*obras audiovisuales*”;
- vii) las artes plásticas, tales como las de dibujo, pintura, escultura, grabado y litografía;
- viii) las obras arquitectónicas;
- ix) las fotografías y las expresadas por un procedimiento análogo;
- x) las artes aplicadas; y
- xi) las ilustraciones, mapas, planos, croquis y obras plásticas relativas a la geografía, a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias.

D. Las obras derivadas

90. A la expresión “*obra originaria*”, se contrapone la de “*obra derivada*”: la primera, como ya fue visto, para referirse a la primigeniamente creada; y la segunda -denominada por Ascarelli, “*reelaboración creadora*”¹⁹, para mencionar a la que se basa en una ya existente.

91. Así, se entiende como obra derivada (o compuesta), la basada en otra primigenia, sin perjuicio de los derechos del autor de la obra originaria o su derechohabiente y de la respectiva autorización, y cuya originalidad radica en la adaptación o transformación de la obra primigenia o en los elementos creativos de su traducción a un idioma distinto.

¹⁹ ASCARELLI, Tullio: *Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales*, (Traducción de E. Verdera y L. Suárez-Llanos), Ed. Bosch, Barcelona (España), 1970, p. 650.

92. Ahora bien, es evidente que la obra originaria está protegida por el derecho de autor, en razón de su carácter creativo, por su forma de expresión, en el dominio literario, artístico o científico.

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

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

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

96. En todo caso, como en las "*obras originarias*", las derivadas deben reunir el requisito de la "*originalidad*" en la forma de expresión, como un "*valor agregado*" al ya existente en el material primigenio.

E. Las colecciones

97. Como una categoría de "*obras derivadas*", se ubican las colecciones, como las antologías y las enciclopedias.

98. Ahora bien, la simple recopilación de elementos de información (obras, hechos, datos), por no constituir una "*creación intelectual*", con características de originalidad, tampoco goza de la protección por el derecho de autor.²⁰

²⁰ Como señala la *Guía del Convenio de Berna*, ya citada, el reunir, mediante simple yuxtaposición, obras o trozos de obras, sin aportación personal, no basta para justificar la protección de la obra resultante (Ob. Cit. p. 22).

99. Pero es posible que la originalidad en esos casos no se encuentre en la “*expresión*” (como en las traducciones), sino en su “*composición*”, vale decir, por la selección o disposición de los elementos compilados.

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

101. La expresión “*tales como*” refleja, como ya ha sido comentado, que la enumeración de las clases de obras allí comprendidas es meramente enunciativa, de manera que, conforme ha sido aclarado en el Acuerdo sobre los Aspectos de la Protección de los derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), Anexo 1C del Tratado de la Organización Mundial del Comercio (OMC), y en el nuevo Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA), una base de datos, aunque no se catalogue, estrictamente, como una enciclopedia o una antología que compile obras literarias o artísticas, constituye una obra protegida, siempre que por la selección o disposición de los elementos compilados, constituya una creación intelectual.

102. Ahora bien, cuando el material seleccionado o recopilado esté constituido por obras primigenias en dominio privado, es necesario que el autor de la base de datos haya obtenido la autorización correspondiente de los autores de las obras incorporadas a la compilación.

III

LAS POSIBILIDADES DE EXCLUSIÓN EN EL CONVENIO DE BERNA

103. No obstante que de acuerdo al artículo 2,6 del CB “*las obras antes mencionadas*” (es decir, las indicadas en los párrafos anteriores, originarias o derivadas), “*gozarán de protección en todos los países de la Unión*”, el propio Convenio admite la posibilidad de excluir de la protección a las llamadas “*obras oficiales*” y a los discursos políticos o pronunciados en debates judiciales, como veremos a continuación.

A. Las obras oficiales

104. El Convenio de Berna, en su revisión de Bruselas (1948), reservaba a las legislaciones nacionales la protección que podía reconocerse a las “*traducciones*” de los textos oficiales de orden legislativo, administrativo y judicial (art. 2,2).

105. Sin embargo, el texto de la Revisión de París (1971) es mucho más claro y amplio, al dejar a las leyes internas, no solamente la facultad de conceder protección o no por el derecho de autor a las traducciones de esas obras, sino también a los textos mismos, de orden legislativo, administrativo o judicial (art. 2,4).

106. Con vistas a esa delegación, muchas leyes nacionales excluyen de la protección por el derecho de autor a esas denominadas “*obras oficiales*” y así aparece como opción en el proyecto de disposiciones tipo para leyes de derecho de autor, elaborado por la Oficina Internacional de la OMPI (1989, art. 5,i).

107. La justificación está, por una parte, en que tratándose de normas o disposiciones en las cuales la comunidad tiene interés en difundirlas, y constituye esa difusión, en alguna medida, una obligación del Estado, la protección por el derecho de autor podría significar una limitante para la libre divulgación de dichas obras; y, en segundo lugar, porque se supone que ellas son “*creadas*” por órganos oficiales, de carácter impersonal, y emanan de ellos actuando en nombre del Estado y no en representación de las personas que han contribuido a su creación, muchas veces de difícil identificación.

108. De allí que, señale Stolfi, “*los empleados que en los ministerios elaboran los proyectos de ley, los magistrados que redactan las sentencias, no crean una obra de ingenio en su beneficio sino por la función que ejercen*”.²¹

²¹ STOLFI, Nicola: *Il diritto di autore*, cit. por MOUCHET, Carlos y RADAELLI, Sigfrido: *Derechos Intelectuales sobre las Obras Literarias y Artísticas*, Ed. Guillermo Kraft, Buenos Aires, 1948, Tomo III, p. 41.

109. Sin embargo, la exclusión de la tutela no impide que se establezcan requisitos para que se considere que la publicación de esos textos tiene valor oficial.

110. Pero el tema no deja de ser polémico, en primer lugar, porque muchos de esos documentos son, por su carácter creativo y su originalidad, “obras”, tal el caso de las exposiciones de motivos de las leyes, la documentación que sirve de base para la elaboración de resoluciones gubernamentales o las sentencias judiciales; y, en segundo lugar, porque esa exclusión pareciera indicar que ni siquiera el derecho moral sobre esas obras puede ser invocado, siendo posible entonces interpretar que no tipificaría ninguna infracción, el que una persona usurpara la paternidad de una sentencia, no obstante conocerse la identidad del juez que la emitió o del ponente de la decisión, en caso de un cuerpo colegiado; o de la exposición de motivos de una ley, a pesar de conocerse al autor del documento; o de atentar contra la integridad de tales obras, mutilándolas o transformándolas, desvirtuando el sentido del documento o lesionando el decoro de las mismas o los derechos de orden personal de quien fue su creador.

111. Por ello, nos parece más adecuado interpretar que lo establecido por la ley es una autorización para su libre divulgación, es decir, una limitación al derecho de explotación, pero exigiendo que se respeten los derechos de orden moral -al menos los de paternidad e integridad-, que corresponden a todo autor sobre cualquier obra de su ingenio.

112. Es de destacar que una legislación de reciente promulgación (Perú), en meritorio dispositivo, declara que no son objeto de protección por el derecho de autor los textos oficiales de carácter legislativo, administrativo o judicial, ni las traducciones oficiales de los mismos, “*sin perjuicio de la obligación de respetar los textos y citar la fuente*”.

B. Los discursos políticos y los pronunciados en debates judiciales

113. El artículo 2bis1 del Convenio de Berna reserva a las legislaciones de los países miembros “*la facultad de excluir, total o parcialmente, de la protección*

prevista en el artículo anterior a los discursos políticos y los pronunciados en debates judiciales”.

114. El dispositivo que antecede amerita las consideraciones siguientes:

- i) no se trata de descartar la condición de “obra” a tales discursos, pues, de tener una forma de expresión con características de originalidad, calificarían entre las “*obras orales*”, a que se refiere el artículo 2,1 del CB (“*las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza*”);
- ii) lo que permite el instrumento es una exclusión de la protección, basada, como informa la “*Guía del Convenio de Berna*”, en el “*respeto de la libertad de información*”²²;
- iii) pero no es una “*exclusión automática*”, sino una posibilidad diferida a los legisladores nacionales, la cual, por lo demás, no figura en muchas leyes internas;
- iv) la limitación permitida puede ser total o parcial, vale decir, que sea totalmente libre el uso de tales discursos políticos o judiciales, o que, simplemente, existan algunas excepciones al respectivo derecho de explotación, para que sea lícita sin autorización, por ejemplo, la reproducción o comunicación pública de dichas obras en los medios de comunicación social;
- v) pensamos que, en todo caso, deben respetarse los derechos morales de paternidad e integridad, reconocidos en el artículo 6*bis* del mismo Convenio; y,
- vi) finalmente, no se trata, en ningún caso, de una “*exclusión total*” de la protección, pues de acuerdo al artículo 2*bis*3 del CB, el autor de dichos discursos políticos o judiciales conserva siempre el derecho exclusivo de reunirlos en una colección.

²² Ob. Cit. p. 26.

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

A. Preliminares

115. El ADPIC no sustituye a los Convenios Internacionales ya existentes en materia de derecho de autor o derechos conexos, ni exime a los países que han adherido a ellos de los compromisos impuestos por esas convenciones.

116. Por el contrario, uno de los preceptos básicos de ADPIC está en que ninguna de las Partes I a IV de su texto (las que tienen incidencia en los aspectos sustantivos), puede ir en detrimento de las obligaciones que los Estados tengan entre sí en virtud, por ejemplo, del Convenio de Berna y de la Convención de Roma (art. 2,2).

117. Sin embargo, el Acuerdo plantea dos situaciones distintas en relación con los Convenios de Berna y Roma, porque integra a su contenido los dispositivos previstos en los artículos 1 a 21 del CB, menos el *6bis* (art. 9,1), pero en cambio no hace formar parte de las obligaciones las previstas en la CR, de modo que la aplicación del “*trato nacional*” (art. 3,1) y del “*trato de la nación más favorecida*” (art. 4,c), en lo que se refiere a los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, se limitan a los derechos específicamente previstos en el propio Acuerdo.

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

B. El objeto de la protección

119. Al establecer el Acuerdo ADPIC la obligación de aplicar los artículos 1 a 21 (con excepción del 6 *bis*) del Convenio de Berna ²³, queda entendido entonces que los Estados obligados por ADPIC (aunque no sean miembros del CB), deben proteger a “*todas*” las producciones del ingenio en el campo literario, científico o artístico “*cualquiera que sea el modo o forma de expresión*”.

120. Ahora bien, conforme al artículo 2,1 del mismo Acuerdo, la protección por el derecho de autor abarca la expresión de las ideas, procedimientos, métodos de operación y conceptos matemáticos, “*pero no esas ideas, procedimientos, métodos y conceptos en sí*”.

121. Se trata en verdad de un principio que surge del propio Convenio de Berna y que es de adopción unánime en la jurisprudencia y la doctrina, así como recogido también en muchas legislaciones, en el sentido de que lo protegido por el derecho de autor es la “*obra*”, como forma de expresión de una idea, y no la idea en sí misma.

C. Programas de ordenador

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

123. Ahora bien, aunque es cierto que el artículo 2,1 del Convenio de Berna no menciona expresamente a los programas de ordenador entre las obras protegidas, el reconocimiento de tales programas como obras tuteladas por el derecho de

²³ Cuando el ADPIC establece que “*no obstante, en virtud del presente Acuerdo ningún Miembro tendrá derechos ni obligaciones respecto de los derechos conferidos por el artículo 6bis de dicho Convenio (se refiere al de Berna, nota nuestra) ni respecto de los derechos que derivan del mismo*” (art. 9,1), no está eximiendo a los países miembros del Convenio de Berna de reconocer y respetar los derechos morales previstos en su artículo 6bis, sino señalando que no puede invocarse un incumplimiento del ADPIC por parte de algún Estado miembro de la OMC por el hecho de no reconocer o respetar tales derechos morales.

autor ya había sido acogido a nivel doctrinario, jurisprudencial y legislativo, dado el carácter meramente enunciativo del listado de obras contenido en el mencionado artículo 2,1 del CB.

124. Así, la incorporación expresa en ese contexto de los programas de ordenador, conforme al texto ADPIC, no innova, sino que aclara.

D. Compilaciones de datos

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

126. Los cambios de redacción entre el ADPIC y el artículo 2,5 del Convenio de Berna son fundamentalmente de forma, pero están dirigidos a reconocer la protección, no solamente a las colecciones de obras literarias o artísticas, sino también a las recopilaciones de elementos de información que no sean obras (v.gr.: efemérides, valores bursátiles, climas, tasas de interés, nóminas empresariales, catálogos de productos, etc.), con la condición de que la selección o disposición de esos datos refleje una creación intelectual.

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

selección o disposición de las materias constituyera un acto de creación intelectual.²⁴

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

²⁴ También en este caso la incorporación expresa de las bases de datos en muchas legislaciones nacionales precedió al texto ADPIC, así como en la Decisión de la Comunidad Andina 351 de Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, en el Tratado de Libre Comercio para América del Norte y en el Tratado del Grupo de los Tres (G3).