

PROPIEDAD INTELECTUAL, DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS

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

ÍNDICE

- I. GENERALIDADES
- II. DERECHOS INTELECTUALES Y TRABAJO INTELECTUAL
- III. DERECHOS INTELECTUALES Y BIENES INMATERIALES
- IV. LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL Y SU CONTENIDO
- V. LA PROPIEDAD INTELECTUAL BAJO UNA CONCEPCIÓN UNITARIA
- VI. LA CLASIFICACIÓN BIPARTITA DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL
- VII. LA CLASIFICACIÓN TRIPARTITA DE LOS DERECHOS INTELECTUALES
- VIII. LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO INVENCIONAL Y EL DERECHO MARCARIO
- IX. LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO INVENCIONAL Y EL DERECHO DE AUTOR
- X. LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO MARCARIO Y EL DERECHO DE AUTOR
- XI. LAS ZONAS FRONTERIZAS ENTRE EL DERECHO INVENCIONAL, EL DERECHO MARCARIO Y EL DERECHO DE AUTOR
- XII. EL “*DERECHO DE AUTOR*” COMO SISTEMA ESPECIAL DE LA “*PROPIEDAD INTELECTUAL*” (El “*derecho de autor*” y el “*copyright*”)
- XIII. EL “*DERECHO DE AUTOR*” COMO CONJUNTO DE NORMAS DE DERECHO ESPECIAL
- XIV. NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO SUBJETIVO DEL AUTOR
- XV. EL DERECHO DE AUTOR Y SUS RELACIONES CON LOS DERECHOS CONEXOS
 - A. El derecho de los artistas intérpretes o ejecutantes
 - B. El derecho del productor fonográfico
 - C. El derecho de los organismos de radiodifusión

I. GENERALIDADES

1. De una manera general, y como una vía de aproximarse a la materia, podría definirse a la "*Propiedad Intelectual*" o a los "*Derechos Intelectuales*", en un sentido amplio, como el marco de diferentes sistemas normativos que tienen por objeto la protección de bienes inmateriales, de naturaleza intelectual, así como de sus actividades afines o conexas.
2. Ese concepto "*latu sensu*" del derecho en estudio, permite incluir en el objeto protegido a bienes incorporeales de diferentes órdenes: industriales, comerciales, técnicos, artísticos, científicos y literarios.
3. De cualquier manera, la Propiedad Intelectual, más que una disciplina jurídica, está referida a un "*espacio jurídico en el que, además de las disposiciones reguladoras de esos derechos, se encuentran otras (que otorgan o no derechos subjetivos) que disciplinan la actividad económica (de explotación) en que tales derechos inciden y en el plano de la misma en que se produce esa incidencia (en el de la competencia económica)*".¹
4. Ahora bien, la expresión "*Propiedad Intelectual*" no deja de presentar inconvenientes, en primer lugar, porque la propia denominación pareciera tomar partido en la polémica acerca de la naturaleza jurídica de este campo normativo, es decir, como una forma o especie de "*propiedad*", no obstante existir corrientes doctrinarias para las cuales los "*derechos intelectuales*" tienen un conjunto de particularidades que los alejan de los derechos reales en general; y, en segundo lugar, porque a la luz del derecho positivo, los ordenamientos no le dan siempre a la esa expresión el mismo sentido o igual cobertura.
5. Así, por ejemplo, para algunas legislaciones nacionales la expresión "*propiedad intelectual*" está referida exclusivamente a los llamados "*derechos de autor*" y otros derechos "*vecinos*" (v.gr.: Argentina, Chile, España), lo que hace que el concepto de la disciplina, en esos sistemas, tenga un ámbito más restringido.
6. Por su parte, el Convenio de París para la protección de la Propiedad Industrial (1883) y el Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas (1886), crearon sus respectivas secretarías que, reunidas en 1893, recibieron como último nombre el de "*Oficinas Internacionales reunidas para la protección de la Propiedad Intelectual*" (BIRPI), utilizando así la citada denominación (Propiedad Intelectual), para incluir los derechos regulados por ambas convenciones.
7. Ese uso del término, en sentido lato, se mantuvo con la creación, mediante el Convenio de Estocolmo (1967), de la "*Organización Mundial de la Propiedad Intelectual*" (OMPI), que tiene competencia, tanto en materia de invenciones, marcas de fábrica o de comercio, dibujos y modelos industriales, como en relación con los derechos de autor y derechos conexos.
8. Finalmente, el Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), en el seno de la Organización Mundial del Comercio (OMC), hace comprender en su contenido, bajo la denominación genérica de "*Propiedad Intelectual*", al derecho de autor y los derechos conexos, así como a los derechos sobre las marcas de fábrica o de comercio, las indicaciones geográficas, los dibujos y modelos industriales, las invenciones y los esquemas de trazado de los circuitos integrados, y a la protección de la información no divulgada.

¹ V.: DELGADO, Antonio: *Propiedad Intelectual*, en el Curso de la OMPI sobre derecho de autor y derechos conexos y su protección en el Convenio de Berna y en la Convención de Roma, Documento OMPI/CNR/PAN/94/1, Panamá, 1994. p. 2.

II DERECHOS INTELECTUALES Y TRABAJO INTELECTUAL

9. Como principio de carácter general, el espacio jurídico conformado por los derechos de "*Propiedad Intelectual*", protege, en principio, al resultado de una actividad creadora -aunque, como se verá en su oportunidad, incluye también a otros campos cuyo objeto de tutela no requiere, necesariamente, de la originalidad-, de manera que es necesaria la existencia de un bien incorpóreo, perceptible a través del intelecto -aunque su exteriorización se exprese a través de un soporte material-, objetivamente identificable.

10. De allí que no deban confundirse los objetos de protección de los diversos sistemas normativos comprendidos en la "*Propiedad Intelectual*" -la obra, el invento, el diseño, la marca-, con el mero trabajo intelectual -por muy complicado que sea-, cuando de este último no surja como resultado un bien inmaterial independiente y autónomo.

11. Por eso, la labor de un transcriptor de música -la cual significa, muchas veces, un considerable esfuerzo mental-, no constituye objeto de los derechos intelectuales, porque de su trabajo no resultará una obra nueva -originaria o derivada-, sino el traslado fiel al pentagrama de una melodía preexistente; del mismo modo que la tarea de un corrector de pruebas -en ocasiones de suma complejidad-, tampoco arroja como producto un bien original, distinto de la obra escrita por cuyo texto, trasladado fielmente a una expresión gráfica, vela el corrector.

III DERECHOS INTELECTUALES Y BIENES INMATERIALES

12. A pesar del principio señalado en el Capítulo anterior, resulta también que no todos los bienes inmateriales se encuentran protegidos por la "*Propiedad Intelectual*", sino únicamente algunos tipos: inventos, modelos, marcas, lemas, obras del ingenio, prestaciones artísticas, producciones fonográficas y emisiones radiofónicas, por ejemplo.

13. Así, en el campo del "*Derecho Invenional*" (como parte del sub-sistema de la llamada "*Propiedad Industrial*"), donde existen listas cerradas o "*numerus clausus*", se excluyen ciertas creaciones relativas a la industria, pues no son patentables, según lo que disponga al respecto cada legislación, los inventos contrarios a la salubridad, al orden público o a la seguridad del Estado, como tampoco los sistemas, combinaciones o planes financieros, especulativos, comerciales, publicitarios o de simple control o fiscalización.

14. Por ello, no puede patentarse el conjunto de conocimientos tecnológicos destinados al desarrollo de una actividad valorable económicamente, o "*know how*",² de manera que, como dice Ascarelli, el deber de abstención surge, en ese caso, de un especial vínculo obligacional, que compromete únicamente al sujeto que ha asumido la obligación.³

15. En la esfera del "*Derecho Marcario*", formando parte también del sub-sistema de la "*Propiedad Industrial*", las leyes generalmente excluyen de la posibilidad de registro a aquellos signos distintivos que atentan contra la moral o las buenas costumbres, o reproducen el nombre o los símbolos de los estados o de los organismos internacionales intergubernamentales.

16. Y en el ámbito del "*Derecho de Autor*", la mayoría de los ordenamientos nacionales no incluyen en la tutela a los textos de las leyes, reglamentos, decretos, tratados y demás documentos oficiales, límite que se ha justificado en el interés y deber del Estado en promover la libre difusión de tales documentos, generalmente de obligatorio cumplimiento para todos los habitantes de un determinado territorio.

² V.: RONDON DE SANSO, Hildegard: *Contribución al estudio del Know How*, en Estudios de Propiedad Industrial y Derecho de Autor en homenaje a Stephen P. Ladas, número especial de la Revista Mexicana de la Propiedad Industrial y Artística. México, 1973, pp. 339-373.

³ V.: ASCARELLI, Tullio: *Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales*, (traducción de E. Verdera y L. Suárez-Llanos), Ed. Bosch. Barcelona, 1970, pp. 268-269.

IV LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL Y SU CONTENIDO

17. Si tomamos como elemento referencial el artículo 2 del Convenio de Estocolmo (14-7-67), que establece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), podemos señalar que bajo la denominación "*Propiedad Intelectual*" quedan comprendidos los derechos relativos a:

- i) las obras literarias, artísticas y científicas;
- ii) las interpretaciones de los artistas intérpretes y las ejecuciones de los artistas ejecutantes, los fonogramas y las emisiones de radiodifusión;
- iii) las invenciones en todos los campos de la actividad humana;
- iv) los descubrimientos científicos;
- v) los dibujos y modelos industriales;
- vi) las marcas de fábrica, de comercio y de servicio, así como a los nombres y denominaciones comerciales;
- vii) la protección contra la competencia desleal; y
- viii) todos los demás derechos relativos a la actividad intelectual en los terrenos industrial, científico, literario y artístico.

18. Si analizamos la descripción precedente nos encontramos dos interesantes detalles:

- i) el primero, que el listado es meramente enunciativo ("*todos los demás derechos relativos a la actividad intelectual...*"), lo que se justifica porque, así como existen ciertas creaciones intelectuales excluidas de la protección, surgen también nuevas modalidades creativas, tanto en el campo de la industria como en el de la literatura y las artes, que pueden incorporarse al ámbito de tutela, por ejemplo, los programas de ordenador, y a veces, incluso, a través de tratados o leyes especiales, como ha ocurrido con los circuitos integrados; y
- ii) el segundo, que si bien, como regla general, el objeto protegido por cualesquiera de esos derechos constituye, en mayor o menor medida, un aporte intelectual, o al menos una prestación o producción conexas con la creación, que hace nacer en su titular un derecho de exclusiva sobre dicho bien, oponible *erga omnes*, la disciplina de la competencia desleal, incluida en el tratado de la OMPI como formando parte de la Propiedad Intelectual, "*no reviste la forma de la atribución de derechos subjetivos, de derechos absolutos que recaigan sobre un objeto jurídico propio*",⁴ sino que se traduce en un deber de abstención respecto de ciertas conductas manipuladoras o engañosas contrarias a la ética comercial y que atentan, además, contra la fe pública y los derechos del consumidor.

⁴ BAYLOS CORROZA, Hermenegildo: *Tratado de Derecho Industrial*, Ed. Civitas, Madrid, 1978, p. 345.

V LA PROPIEDAD INTELECTUAL BAJO UNA CONCEPCIÓN UNITARIA

19. Una corriente doctrinaria, iniciada con el jurista belga Edmond Picard, defiende la tesis de que mientras las casualidades son el objeto de los derechos personales, los hombres el de los derechos obligacionales y las cosas el de los derechos reales, el objeto de los Derechos Intelectuales – llamados también por el prestigioso jurista, “*Derechos Invencionales*”–, es la producción intelectual, vale decir, la producción del espíritu y el talento humano⁵, de manera que quedan bajo el ámbito de esa disciplina unitaria los derechos sobre las obras literarias y artísticas, las invenciones industriales, los modelos y dibujos aplicados a la industria, las marcas de fábrica y las enseñas comerciales.⁶

20. No obstante las bondades de esa concepción, que pone de relieve las características comunes que comparten los derechos sobre las producciones del intelecto, lo cierto es que a la luz del derecho positivo, tales áreas comprendidas en el marco genérico de la Propiedad Intelectual, están reguladas en leyes y tratados autónomos, de cuya regulación separada emanan diferencias sustanciales entre unas y otras, las que serán estudiadas en este mismo trabajo.

21. Bajo otro enfoque, también unitario, se encuentra la tesis defendida por Hermenegildo y María Baylos –inspirados en tratadistas italianos como Francheschelli, Ascarelli y Rotondi–, quienes sostienen que los derechos intelectuales, en sus diferentes facetas, tienen en común el que se concede a su titular la facultad exclusiva de materializar la concepción protegida, y el que esa posición monopolística se origina como consecuencia de que el ordenamiento jurídico atribuye al creador la titularidad de un derecho subjetivo,⁷ razón por la cual “*las creaciones intelectuales son manifestaciones distintas de un mismo tipo de derechos subjetivos*” y “*el valor cultural que estas creaciones representan no depende sólo del sentido que despiertan en los demás, sino del medio expresivo que utilicen para materializarse*”.⁸

22. Concluye esta segunda postura en la idea de estudiar la disciplina protectora de las producciones intelectuales bajo la denominación de “*Derecho Industrial*”.

23. También este punto de vista, que pretende cerrar su atención en aspectos comunes, olvida la heterogeneidad de los bienes jurídicos protegidos, su regulación separada y los numerosos aspectos que los distinguen, tanto en su tutela sustantiva como adjetiva, lo que, a nuestro parecer, hace artificioso un ensayo de tratamiento conjunto, bajo la óptica exclusiva del Derecho Industrial.

VI LA CLASIFICACIÓN BIPARTITA DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

24. Una clasificación más pragmática hace comprender al espacio normativo de la Propiedad Intelectual en dos grandes ramas, a saber:

- i) la Propiedad Industrial, bajo cuya denominación se incluyen no solamente las invenciones y los dibujos y modelos industriales, sino también las marcas de fábrica y los lemas o denominaciones comerciales, ámbito tan amplio que algunos instrumentos llegan a comprender en esta categoría a la represión de la competencia desleal, aunque

⁵ Cit. por LASSO DE LA VEGA, Javier: *El contrato de edición*, Ed. Estades, Madrid, 1949, p. 21.

⁶ Cit. por MOUCHET, Carlos y RADAELLI, Sigfrido: *Derechos Intelectuales sobre las obras literarias y artísticas*, Ed. Guillermo Kraft, Buenos Aires, 1948, tomo Y, pp. 80-81.

⁷ BAYLOS CORROZA, Hermenegildo: *Tratado de Derecho Industrial*, Ob. Cit., pp. 114-115.

⁸ BAYLOS, María del Buen Consejo: *La frontera entre derecho de autor, derechos conexos y propiedad industrial. Planteamiento. Visión doctrinal del tema*, en el libro-memorias del I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual, Ed. Ministerio de Cultura, Madrid, 1991, tomo Y, pp. 95-105.

con la advertencia de que en este último caso no se trata de derechos exclusivos, sino de sanciones a los actos contrarios a los “usos honrados” en materia industrial y comercial;⁹ y

- ii) el Derecho de Autor, que en un sentido amplio se extiende también a los llamados “derechos conexos”.

25. La razón de esta clasificación bipartita se encuentra en el mismo origen de la protección internacional, pues un Convenio, el de París sobre Propiedad Industrial (1883), contiene disposiciones relativas a las invenciones, las marcas de fábrica o de comercio, los dibujos y modelos industriales, los nombres comerciales, las indicaciones de procedencia y la competencia desleal; mientras que el otro, el de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas (1886), reconoce los derechos sobre las obras en el campo de las artes y las letras.

26. Si dejamos de un lado el tema de la competencia desleal, podemos encontrar entre esos dos grandes grupos un común denominador: que el objeto protegido está constituido por un bien inmaterial, en algunos casos creativo (como en las obras literarias y artísticas, y en las invenciones industriales) y en otros, por lo menos, vinculado a la producción intelectual, al menos por razón de su “distintividad” (como en las marcas de productos y de servicios).

27. De allí en adelante hallamos que por la heterogeneidad de las materias que se hacen comprender en la denominada “Propiedad Industrial”, las afinidades solamente pueden encontrarse cuando se compara el derecho sobre las invenciones y los modelos industriales, por una parte, con el derecho sobre las obras literarias, artísticas y científicas por la otra, dado que en ambos casos el objeto tutelado es, esencialmente, una creación intelectual.

VII

LA CLASIFICACIÓN TRIPARTITA DE LOS DERECHOS INTELECTUALES

28. La mezcla de bienes inmateriales que, como se ha visto, se han incluido en el sistema normativo de la denominada “Propiedad Industrial”, hizo que un importante sector de la doctrina ensayara una clasificación tripartita de los derechos de Propiedad Intelectual, así:

- i) el “Derecho de Autor” propiamente dicho, sobre las obras artísticas, científicas y literarias, a los cuales agregaríamos los llamados “derechos conexos”, vecinos o afines, según la terminología empleada por las distintas legislaciones, entre ellos los de artistas intérpretes y ejecutantes, de productores de fonogramas y de organismos de radiodifusión;
- ii) el “Derecho Marcario”, que tiene por objeto la “producción comercial”, incluidas las marcas de fábrica, de comercio y de agricultura, las denominaciones y los lemas comerciales; y
- iii) el “Derecho Invencional”, atinente a la “creación técnica”, es decir, la comprensiva de las invenciones industriales y los descubrimientos,¹⁰ y que en algunas leyes se extiende a los llamados “modelos de utilidad”.¹¹

⁹ V.: Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI): *Información General*, publicación No. 400 (s), Ginebra, 1995, p. 13.

¹⁰ V.: UZCÁTEGUI URDANETA, Mariano: *Propiedad Industrial*, Ed. Casuz, 2a. edición, Caracas, 1970, pp. 56-57. También, en un sentido bastante similar, la clasificación de Tullio Ascarelli (*Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales*, Ob. Cit. pp. 320-322).

¹¹ Los modelos de utilidad, que en algunas leyes nacionales gozan de una “pequeña patente”, son aquellos que sin importar una invención propiamente dicha, la perfeccionan, ampliando su rendimiento o aumentando la utilidad o comodidad del objeto, v.gr.: el respaldo más cómodo de una silla; un

[Sigue la nota en la página siguiente]

29. Esta clasificación -que no es excluyente de otros derechos intelectuales que se han incorporado o puedan agregarse en lo futuro-, permite advertir las diferencias entre las distintas categorías, y que se inician con sus propios antecedentes históricos.

30. En efecto, el Derecho Invencional nace con la "*Parte Veneciana*" del 19 de marzo de 1474, que reconocía un derecho en favor de quien hiciera en Venecia algún artificio nuevo e ingenioso o, para algunos autores, con la ley sancionada en Inglaterra, en 1824; el Derecho de Autor, en 1810, con el llamado "*Estatuto de la Reina Ana*" que reconoció a los autores un derecho exclusivo de reproducción por un tiempo determinado o, en los países de tradición jurídica continental, con las leyes francesas de 1791 y 1793 que reconocieron, primigeniamente a los autores dramáticos, un derecho exclusivo sobre sus obras, el cual fue extendido luego a los demás autores de obras literarias, musicales o artísticas; y el Derecho Marcario, cuyos orígenes se confunden entre las ordenanzas de Pedro IV de Aragón, en 1373, que ordenaban a los tejedores de los paños fabricados en la Villa de Torroella la colocación de una torre como marca local, y las leyes especiales sobre signos distintivos surgidas en Francia (1824) e Inglaterra (1883).

VIII LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO INVENCIONAL Y EL DERECHO MARCARIO

31. Aunque desde la óptica de la clasificación bipartita de los derechos de Propiedad Intelectual, el derecho sobre las invenciones ("*derecho invencional*") y el que se ostenta sobre los signos distintivos ("*derecho marcario*"), se integran en la llamada "*Propiedad Industrial*", lo cierto es que se trata de dos sub-sistemas, que tienen en común la protección internacional básica a través de un mismo Convenio, el de París para la protección de la Propiedad Industrial y, en muchos países, el encontrarse regulados por una misma ley.

32. Pero ese común denominador no impide la existencia, además, de otros instrumentos internacionales que versan sólo sobre alguna de las dos ramas, por ejemplo, el Arreglo de Madrid sobre el Registro Internacional de Marcas, el Arreglo de La Haya sobre el depósito internacional de Dibujos y Modelos Industriales o el Tratado de Cooperación en materia de Patentes.

33. Ahora bien, a los efectos de este breve estudio comparativo, utilizaremos la denominación de "*Derecho Marcario*" para comprender, fundamentalmente, dos objetos protegidos, a saber:

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

34. Dejaremos de lado el tema relativo a las denominaciones de origen, dadas sus particulares características.

35. A su vez, emplearemos la expresión "*Derecho Invencional*" para designar al sub-sistema, dentro del marco de la "*Propiedad Industrial*", que tiene por objeto la protección de las invenciones industriales.

36. Así las cosas, en ambas disciplinas encontramos como elementos en común la inmaterialidad del objeto protegido, el carácter exclusivo del derecho y su transmisibilidad a terceros.

[Continuación de la nota de la página anterior]

lavarropa, con la misma máquina, pero diseñado en forma más práctica de ubicar en un pequeño apartamento; un reloj con similar maquinaria, pero más liviano y adecuado para determinadas personas, etc. (V.: ZAVALA RODRÍGUEZ, Carlos Juan: *Régimen legal de los dibujos y modelos industriales*, Ed. De Palma, Buenos Aires, 1962. p. 2).

37. Por otra parte, también nos encontramos con la presencia, en ambos sub-sistemas, del requisito de la formalidad para la adquisición del derecho, sea a través de la necesaria obtención de la patente, a los efectos de ostentar el derecho de exclusión frente a terceros en relación con una invención, o bien por medio del registro de la marca, para excluir a otros en su utilización, al menos en los países donde impera el sistema constitutivo para la protección de los signos distintivos.

38. Pero, a su vez, entre ambos sub-sistemas, existen diferencias sustanciales, por ejemplo:

- i) Así como el derecho invencional protege una aplicación práctica y utilitaria, es decir, una invención técnica, el derecho marcario tutela a un signo distintivo del producto o servicio resultante de una actividad industrial o comercial, o la propia empresa.
- ii) El interés jurídico protegido en ambas disciplinas puede ser distinto, ya que en el caso de las invenciones se otorga una patente que confiere un derecho exclusivo de explotación para estimular la actividad creativa y el desarrollo industrial y, en cambio, la tutela a los signos marcarios tiene varias finalidades: designar la procedencia de la mercancía, individualizar el producto en sí mismo y proteger a la clientela que consume el producto, razón por la cual se prohíbe el registro de una marca que pueda prestarse a confusión con otra ya registrada o a inducir en error al público por indicar una falsa procedencia o calidad.
- iii) Para el otorgamiento de una patente de invención, es necesario que el invento cumpla los requisitos de *“novedad”* y *“altura inventiva”*, de suerte que, además de tratarse de un bien intelectual que no haya sido dado a conocer con anterioridad, es menester que se trate de una *“creación”* aplicable a la industria y que supere el *“estado de la técnica”*, mientras que en el derecho marcario, lo que se exige del signo cuya protección se aspira es que tenga *“eficacia distintiva”*¹² (llamada por algunos *“novedad relativa”*¹³), es decir, que permita a la marca diferenciar al producto o servicio de cualquier otro ubicado en la misma clase (o en otra con la cual se tenga *“conexión competitiva”*), razón por la cual se afirma que mientras la disciplina de las creaciones tiene por objeto una obra valiosa en sí misma, los signos distintivos que utiliza el industrial o el comerciante para individualizar la explotación de su empresa son simples medios identificadores.¹⁴
- iv) Por lo que se refiere a la duración del derecho, en el invencional tiene un plazo fijo – generalmente de veinte años a partir de la fecha de solicitud de la patente–, al tiempo que en el derecho marcario, el derecho reconocido con el registro puede ser objeto de renovaciones sucesivas.
- v) En cuanto al carácter exclusivo del derecho, mientras que el conferido por la patente puede ser opuesto a cualquier tercero que pretenda explotar la invención patentada, en el caso de los signos distintivos el derecho de exclusión solamente puede oponerse a terceros que realicen determinados actos, sin consentimiento, con relación a productos idénticos o similares para los cuales haya sido registrada la marca, salvo en el caso de las marcas *“renombradas”* (o, incluso, las *“notoriamente conocidas”*), en las cuales ese derecho de exclusión puede oponerse, incluso, con relación a productos o servicios con los cuales el signo protegido no tenga *“conexión competitiva”*.

¹² V.: ASCARELLI, Tullio: *Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales*, Ob. Cit., p. 407.

¹³ V.: BENTATA, Víctor: *Derecho Marcario* (fundamentos teóricos y prácticos), Instituto Nacional de Propiedad Intelectual (INPI), Caracas, 1986, p. 15.

¹⁴ BAYLOS CORROZA, Hermenegildo: *Tratado de Derecho Industrial*, Ob. Cit., p. 580.

IX LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO INVENCIONAL Y EL DERECHO DE AUTOR

39. Si excluimos de la '*Propiedad Industrial*' al Derecho Marcario, nos encontramos ante las semejanzas y diferencias existentes entre los dos sistemas más afines, es decir, el Derecho Invencional y el Derecho de Autor.

40. Veamos las coincidencias:

- i) En ambas disciplinas, el objeto de la protección está constituido por un bien inmaterial que se traduce en una aportación creadora, es decir, en el resultado del ingenio humano.
- ii) Esa producción ingeniosa debe tener elementos de originalidad, aunque bajo ópticas diferentes, como se verá más adelante.
- iii) Desde el punto de vista de los atributos morales, existe la similitud en ambas disciplinas en cuanto al derecho del creador (inventor o autor) de ser reconocido como tal en la invención o en la obra, según los casos.
- iv) Desde el ángulo patrimonial, en ambos supuestos el derecho sobre la obra o invención se traduce en un derecho subjetivo, de efectos *erga omnes*, que le reconoce al titular de la creación una facultad exclusiva de explotación.
- v) En ambos casos, la mayoría de las legislaciones reconocen la transmisibilidad de ese derecho patrimonial.

41. Estudiemos ahora las diferencias fundamentales:

- i) En cuanto al objeto, en el derecho invencional la creación ingeniosa aprovecha o modifica las fuerzas de la naturaleza, con el objeto de resolver un problema técnico (aunque de esta característica no participan los modelos industriales, donde la creatividad consiste en la facilidad de uso o la presentación de determinadas cosas); y en el derecho de autor el objeto de la protección se ubica en la forma de expresión formal de una creación artística, literaria o científica.
- ii) De allí que en el derecho invencional la tutela se reconoce al contenido de la producción ingeniosa, al tiempo que en el derecho de autor la protección se dirige a la forma de expresión. Pero lo que no es cierto es que el derecho industrial proteja la simple idea, ya que ésta siempre deberá tener una exteriorización concreta, manifestada a través de una solución técnica determinada a un problema específico. Por eso, la patentabilidad de un invento, incluso a los efectos de determinar su novedad, exige la presentación de una memoria descriptiva de la invención.
- iii) En relación con el destino, la invención tiene una finalidad estrictamente práctica o utilitaria, a los efectos de satisfacer necesidades humanas, razón por la cual sólo son patentables aquellas invenciones que reúnan el requisito de la industriabilidad; mientras que la obra tiene como objetivo el uso o el disfrute intelectual o espiritual, de una forma de expresión artística, literaria o científica, lo que no impide que de su contenido puedan aprovecharse ideas para la solución de problemas técnicos, como ocurre, por ejemplo, con las cartas geográficas, los planos topográficos y los programas de computación, o que tengan una utilidad práctica, como en las obras de arte aplicado.

- iv) La originalidad, en ambas disciplinas, es vista con una apreciación diferente: en el derecho invencional, como “*novedad*” y “*altura inventiva*”, de manera que la invención no puede haber sido conocida públicamente con antelación en forma suficiente y debe superar, además, el “*estado de la técnica*”, de modo que si falta la novedad, podrá haber invención pero no patente¹⁵; en el derecho de autor, equivale a “*individualidad*”, es decir, que la obra, por su forma de expresión, tenga elementos suficientes que la distingan de otras del mismo género.
- v) En el contenido de los derechos, los de orden moral tienen una mayor amplitud en el campo autorial que en el invencional, pues si bien en ambos casos existe un “*vínculo afectivo*” entre el hombre y su creación, la finalidad práctica y utilitaria de la invención hace que en el derecho positivo se le conceda menos relevancia a otras facultades de orden extra-patrimonial distintas de la paternidad, lo que no conduce a negar otras vinculaciones de orden moral que tenga el creador con su invención. Pero, sin lugar a dudas, hay una mayor influencia en el reconocimiento de los derechos morales en la esfera autorial, donde, por tratarse de creaciones espirituales, en las cuales la protección no se dirige a la solución de un problema técnico, sino a una forma de expresión artística, literaria o científica -que en muchos casos refleja una manera personal de pensar o de sentir-, cobran especial importancia aspectos como “*el decoro de la obra y la reputación del autor*”, razón por la que se reconocen expresamente otros derechos morales, diferentes del de paternidad, como el de divulgación, el de integridad y, en muchas legislaciones, el de arrepentimiento o retiro de la obra del comercio.
- vi) Desde el punto de vista patrimonial, en ambas disciplinas se reconoce un derecho exclusivo de explotación por parte del titular de los derechos sobre la obra o invención, lo que implica la facultad de autorizar o no el uso de la creación. Sin embargo, en el caso de la invención, por su aplicación industrial para resolver un determinado problema técnico, tiene un escenario más limitado, pues el derecho se traduce en la facultad de “*impedir*” que terceros utilicen sin autorización el invento a través de determinadas modalidades, esencialmente mediante la fabricación, copia, imitación o duplicación de la invención y en el de permitir o no el uso de modificaciones introducidas al invento. Por el contrario, en el derecho de autor se trata de un derecho exclusivo de “*autorizar o no*” el uso de la obra “*por cualquier forma o procedimiento*”, y dado el considerable número de géneros creativos tutelados por el derecho de autor y las innumerables modalidades de utilización posibles en cada una de ellas, hace que el contenido del derecho patrimonial, en el área autorial, requiera de una regulación mucho más amplia y compleja, pues comprende, no solamente a la reproducción y a la modificación, sino también otros derechos, como los de comunicación pública por cualquier medio o procedimiento, o el de alquiler de los ejemplares reproducidos de la obra. Piénsese, por ejemplo, en las pocas similitudes que pueden existir, como modalidades de uso reservadas al autor, entre el fotocopiado de un libro, la incorporación de la música a la banda sonora de una obra audiovisual, la refundición de una escultura en el bronce o la introducción de un programa de ordenador en la memoria del equipo, a pesar de que todos ellos son actos de reproducción; o entre la transmisión de una obra a través del satélite o su escenificación en el teatro, o la ejecución de una composición musical a partir de una cinta grabada, no obstante lo cual todos son actos de comunicación pública, comprendidos en el derecho exclusivo de explotación del autor. A ello habrían de agregarse otros derechos patrimoniales que no tienen parangón en el derecho invencional, como lo es el derecho de distribución (incluido el alquiler de los soportes); el “*droit de suite*”, es decir, el derecho del artista plástico a obtener una participación en cada reventa que se haga del soporte material que contiene su obra de arte -y en algunos casos de los manuscritos originales de autores y compositores-, o la remuneración compensatoria por la

¹⁵ V.: SANSO, Benito: *Las patentes de invención en Venezuela*, en: SANSO, Benito y RONDON DE SANSO, Hildegard: *Estudios de Derecho Industrial*, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, Caracas, 1965, p. 13.

reproducción reprográfica de obras expresadas por escrito, en los casos permitidos por la ley, o por la copia privada de grabaciones sonoras y audiovisuales a partir de soportes vírgenes.

- vii) Respecto de la duración, en el derecho invencional se estima conveniente que el plazo de protección no exceda del necesario para estimular las inversiones que demanden el desarrollo de nuevos inventos, razón por la cual dicho lapso gira, generalmente, alrededor de los 20 años; mientras que al considerarse que el derecho exclusivo de explotación reconocido al autor no afecta al desarrollo cultural, ni incide significativamente en el costo de los bienes intelectuales, el plazo de protección es mayor, pues conforme al Convenio de Berna (art. 7,1), no debe ser inferior a la vida del autor más cincuenta años después de su muerte, salvo en casos determinados como en el de las obras de arte aplicado, en que la tutela mínima puede ser de veinticinco años desde la realización de tales obras (art. 7,4), todo ello sin perjuicio de que las leyes nacionales puedan reconocer, como en efecto muchas lo han hecho, un plazo mayor.
- viii) En cuanto al título de adquisición del derecho, si bien es cierto que el otorgamiento de la patente no hace a la naturaleza del derecho a la invención, ya que desde el punto de vista teórico podría concebirse un derecho invencional no sujeto a formalidades¹⁶, y que pueden existir derechos sobre el invento anteriores a la concesión de la patente, como el de ceder previamente los derechos sobre la invención o el de oponerse a que ésta sea patentada por un tercero¹⁷, lo cierto es que, desde el ángulo del derecho positivo, la tendencia generalizada es la de reconocer en la patente una formalidad *ad solemnitatem*, necesaria para hacer valer el derecho exclusivo de explotación frente a terceros. Por el contrario, la orientación mayoritaria en las legislaciones autorales, de acuerdo al Convenio de Berna (art. 5,2), es la de reconocer la protección sobre la obra por el solo hecho de la creación, de manera que el goce y el ejercicio de los derechos no están subordinados al cumplimiento de ninguna formalidad.
- ix) Finalmente, en algunas legislaciones la patente de invención está sujeta a un régimen de caducidad, si en un plazo determinado el invento no se pone en explotación; mientras que las obras artísticas, científicas y literarias gozan de protección, por todo el plazo legal, con independencia de que sean divulgadas o permanezcan inéditas.

X LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO MARCARIO Y EL DERECHO DE AUTOR

42. Las coincidencias entre ambos sistemas normativos (derecho de autor y derecho marcario), se centran en el objeto (bien inmaterial), el carácter exclusivo del derecho y, con los matices de intransferibilidad del derecho de explotación en algunas legislaciones nacionales, la posibilidad de transmitir por acto entre vivos el derecho de explotación.

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

- i) se distingue, fácilmente, la "*eficacia distintiva*" exigible a la marca -la que no tiene por qué constituir una creación intelectual, *stricto sensu*, del carácter creador, en su forma de expresión, de las obras literarias y artísticas, lo que no impide que los elementos configuradores de una marca puedan considerarse, simultáneamente, una obra del ingenio;

¹⁶ VILLALBA, Carlos: *La Propiedad Intelectual en sus facetas*, Curso Internacional OMPI-SUISA sobre derecho de autor y derechos conexos, Puebla (México), 1991, Documento OMPI/CNR/MEX/9/1.

¹⁷ V.: UZCATEGUI URDANETA, Mariano: *Propiedad Industrial*, Ed. Casuz, 2a. edición, Caracas, 1970, pp. 92-94.

- ii) se diferencian en el carácter temporal del derecho de autor -en lo que coincide, aunque mediante plazos diferentes, con el derecho invencional, como fue visto-, con la posibilidad de que la marca, mediante renovaciones sucesivas, pueda mantenerse con carácter permanente, salvo que se extinga por falta de renovación;
- iii) se oponen, la protección de la creación literaria y artística, con prescindencia de toda formalidad, al requisito del registro que se exige en muchos de los ordenamientos nacionales en relación con los signos distintivos;
- iv) en el derecho de autor -como también, *mutatis mutandi* ocurre en el invencional con el invento-, el derecho exclusivo se otorga sobre la “obra”, como bien autónomo e independiente. Por el contrario, en el derecho marcario la tutela pierde su sentido fundamental si se prescinde del producto o de la empresa a la cual se vincula el signo distintivo; y
- v) precisamente, por esa vinculación del signo con el producto, la empresa o el servicio, el monopolio de exclusividad tiene visos distintos al reconocido al autor o inventor sobre su aporte creativo, pues, como regla general, el derecho exclusivo sobre la marca, como ya fue expuesto, sólo se adquiere en relación con la clase de productos, actividades o empresas para las cuales haya sido registrada, de acuerdo con la clasificación oficial, de manera que pueden coexistir titulares sobre el mismo signo pero para identificar bienes diferentes o servicios de distinta naturaleza, salvo en el caso de las “*marcas renombradas*” (y, en muchas legislaciones, también para las “*notoriamente conocidas*”) donde el derecho exclusivo sobre el signo rebasa el principio de la “*especialidad*” y puede oponerse en relación con cualquier producto o servicio, aunque pertenezca a una clase diferente o no haya conexión competitiva entre el signo “*notorio*” o de “*alto renombre*” y aquel que pretende distinguirse con uno idéntico o similar.

XI

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

44. Entre la propiedad industrial en sentido amplio, es decir, comprensiva del derecho invencional y del marcario, por una parte, y, por la otra, el derecho de autor, se presentan “*zonas fronterizas*”, hasta el punto que algunas legislaciones disponen que los derechos autorales son independientes y compatibles con los de propiedad industrial que puedan existir sobre la obra.

45. A continuación revisaremos muy brevemente algunas situaciones de conexión entre las invenciones, los diseños industriales, las marcas comerciales y las obras del ingenio.

46. Toda invención requiere para su patentamiento de una memoria descriptiva de la solución técnica, la cual, por su forma de expresión, puede ser considerada una obra escrita, y a partir de ella elaborarse también, por ejemplo, un manual de aplicaciones.

47. Sin perjuicio de la patente otorgada a la invención, tales descripciones y manuales pueden invocar la protección por el derecho de autor, de manera de impedir, por ejemplo, reproducciones no autorizadas.

48. Lo que no podría pretender el autor de la obra escrita, descriptiva del invento o de sus aplicaciones, es que el lector, a partir de los conocimientos allí adquiridos, pueda, a su vez, conseguir su propia y novedosa solución técnica, y en consecuencia patentable, pues el derecho de autor no reconoce ningún monopolio sobre las ideas.

49. Es más, el rechazo de la patente, por ejemplo, debido a la ausencia de novedad, no impediría invocar la protección del derecho de autor en cuanto a la forma expresiva de la descripción escrita del invento cuyo patentamiento ha sido negado.

50. Por su parte, las obras de arte aplicado, definidas por el Glosario de derecho de autor y derechos conexos de la OMPI, como las de carácter artístico, aplicadas a objetos de uso práctico, bien sean de artesanía u otras producidas a escala industrial¹⁸, tales como los modelos en joyería, orfebrería, bisutería, mueblería, vestidos y decoración, también se mueven en el “terreno movedizo” existente entre el derecho invencional y el autoral.

51. En efecto, esta categoría de obras tiene por su forma de expresión una naturaleza artística, pero por su destino una utilización industrial.

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

53. Aunque la problemática de la protección de las obras de arte aplicado y de los diseños industriales será objeto de tratamiento en otro tema, baste señalar, por ahora, que una obra de arte aplicado puede ser, simultáneamente, un diseño industrial, de la misma manera que un diseño industrial puede tener una forma de expresión artística, lo que plantea la posibilidad de reconocer, en ambos casos, la protección acumulada.

54. Esa posibilidad cobra cada vez mayores adeptos en la Doctrina; aparece reconocida en recientes legislaciones y es recomendada en la ley-tipo de la OMPI sobre dibujos y modelos industriales para países en desarrollo.¹⁹

55. Veamos finalmente el tema de las marcas comerciales, es decir, los signos, figuras, dibujos, palabras o combinación de palabras, leyendas u otras señales destinados a distinguir productos, servicios o empresas.

56. La frontera entre la disciplina marcaría y la autoral se ubica aquí en varios aspectos, a saber:

- i) que la figura o los dibujos, por ejemplo, constituyan, *per se*, una manifestación artística, caso en el cual puede coexistir la doble protección -como marca y como obra estética-, aunque si la legislación marcaría aplicable exige el requisito de la novedad, se le podría negar la tutela por esta última -aunque no por la autoral-, si la producción fue divulgada con anterioridad;
- ii) que se pretenda registrar como marca una obra artística que pertenece a otro -sea mediante plagio servil o por plagio “elaborado”-, supuesto en el cual el titular del derecho de autor puede oponerse a la inscripción de la marca, sin perjuicio de las acciones que ejerza, en el ámbito de la ley autoral, por explotación ilícita y usurpación de paternidad; y
- iii) que se presente la solicitud de una marca constituida por un vocablo o combinación de palabras, en forma idéntica o similar al título de una obra del ingenio protegida, de manera que dicho uso pretenda aprovecharse del prestigio de la obra preexistente o crear confusión en el público entre dicha creación y el producto o servicio que se aspira identificar con título.

57. Sin perjuicio de las acciones que pudieran surgir del derecho común, la solución debería expresarse en la propia legislación marcaría, tal el caso de la española, cuando establece que un tercero no puede inscribir como marca signos que reproduzcan o imiten derechos de “*Propiedad Intelectual*” pertenecientes a un tercero, salvo la debida autorización, aunque la acción de nulidad por parte del afectado caduca a los cinco años de la publicación de la concesión en el Boletín Oficial de la Propiedad Industrial.

¹⁸ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI): *Glosario de derecho de autor y derechos conexos*, (autor principal: György Boytha), Ginebra, 1980, Voz 9, p. 9.

¹⁹ V.: FERNANDEZ BALLESTEROS, Carlos: *El derecho de autor y los derechos conexos en los umbrales del año 2000*, en el libro-memorias del I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual, Ed. Ministerio de Cultura. Madrid, 1991, pp. 107-133.

XII
EL “DERECHO DE AUTOR” COMO SISTEMA ESPECIAL DE LA
“PROPIEDAD INTELECTUAL”
(El “derecho de autor” y el “copyright”)

58. Dentro de la disciplina que protege a las creaciones humanas en el dominio literario, artístico o científico, como sistema especial dentro del campo normativo de la *Propiedad Intelectual*, nos encontramos con dos opciones legislativas básicas, es decir, dos concepciones jurídicas diferentes: por una parte, el “derecho de autor”, propiamente dicho, que adoptan, como regla general, las legislaciones de tradición latina o continental, llamada también, concepción “franco-germánica” del derecho de autor; y, por la otra, el “copyright”, propio del sistema anglosajón o “angloamericano”.

59. Y aunque la universalidad de las normas contenidas en el Convenio de Berna (adoptado por países pertenecientes a uno u otro sistema), y los efectos armonizadores de las Directivas que en esta materia ha aprobado la Comunidad Europea (que reúne en su seno a países de la tradición latina y de la anglosajona), han permitido acercamientos entre las dos concepciones, y que existen ordenamientos nacionales donde se mezclan principios de ambas corrientes, podemos señalar características diferenciadoras fundamentales entre los dos sistemas, las cuales, siguiendo al menos parcialmente a trabajos precedentes²⁰, pueden sistematizarse así:

- i) En cuanto a la finalidad esencial de la protección, el “copyright”, desde sus propios orígenes (con la promulgación del Estatuto de la Reina Ana, en 1710), estuvo orientado comercialmente, es decir, atendiendo a la regulación de la actividad de explotación de las obras, mientras que el “derecho de autor”, también desde su nacimiento (con los decretos promulgados por la Asamblea Constituyente de la Revolución Francesa, 1791 y 1793), es esencialmente individualista, donde el autor –persona física–, es el “centro de gravedad” en el esquema de protección.
- ii) Por lo que se refiere al objeto, el “copyright” no solamente tutela como “obras” a las creaciones humanas con características de originalidad, sino que también califican como tales “obras” al resultado de actividades técnico-empresariales, ayunas de creatividad, como las grabaciones sonoras (fonogramas), las emisiones de radiodifusión y las transmisiones por cable. Por el contrario, el “derecho de autor” solamente considera “obras” a las producciones del ingenio, de carácter original, vale decir, a las creaciones en el dominio literario o artístico. Otra cosa es que en el sistema continental, tales grabaciones y emisiones encuentren protección, pero en el marco del sub-sistema de los “derechos conexos”, como se verá más adelante.
- iii) También en relación con el objeto, las leyes del sistema angloamericano exigen generalmente como requisito para la protección el que la obra se encuentre fijada en un soporte material, mientras que en los ordenamientos que siguen la concepción latina la obra está protegida por el solo hecho de la creación, sin necesidad de su incorporación a un objeto tangible (como en muchas “obras orales”, por ejemplo, las alocuciones y sermones), salvo, por excepción, alguna ley de tradición continental que exige esa fijación como condicionante para la tutela de cualquier género de obra (México) o, en algunos casos, solamente para las obras coreográficas o pantomímicas (Francia, Italia).
- iv) En lo atinente a la autoría y a la titularidad, como consecuencia de la finalidad de la protección y de la amplitud que tiene el concepto de “obra” en el sistema del “copyright”, se

²⁰ V.: LIPSZYC, Delia: *Derecho de Autor y Derechos Conexos*, Ed. Unesco/Cerlalc/Zavalía, Buenos Aires, 1993, pp. 39-54.

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

- v) En cuanto a los derechos morales (o derechos de orden personal del autor), el sistema del *"copyright"* admite dos tendencias: omitir cualquier referencia en la ley a tales derechos y diferir a los tribunales su aplicación y protección (generalmente bajo las normas del derecho común sobre los derechos de la personalidad), o reconocer en la ley solamente los derechos morales *"básicos"* (paternidad del autor e integridad de la obra), pero admitiendo generalmente su renunciabilidad. En cambio, el sistema del *"derecho de autor"* reconoce expresamente en las leyes sobre la materia los derechos morales del autor, casi siempre con el carácter de inalienables e irrenunciables, y no solamente los de paternidad del autor y la integridad de su obra, sino también otros atributos de orden personal, como el derecho a la divulgación y al inédito, y el derecho de retracto o de retiro de la obra del comercio.
- vi) Por lo que se refiere a los derechos patrimoniales, si bien en ambos sistemas se reconoce el principio por el cual el autor tiene el derecho a la explotación de su obra, en el *"copyright"* tales derechos de explotación son los tipificados por la ley, mientras que en el *"derecho de autor"* el creador tiene el derecho exclusivo de explotar su obra *"bajo cualquier forma o procedimiento"*, salvo excepción legal expresa, de manera que las modalidades de utilización que conforman el derecho patrimonial no están sujetas a *"numerus clausus"*.
- vii) En relación con las limitaciones al derecho de explotación, es común que en el *"copyright"* se admita la figura de las *"licencias no voluntarias"*, bajo las cuales el autor no puede oponerse a determinadas utilizaciones de su obra (a través de su radiodifusión o por medio de su grabación sonora), sino que solamente tiene el derecho a exigir una remuneración por esas modalidades de explotación. En cambio, el sistema continental es reactivo a la admisión legislativa de tales *"licencias obligatorias"*, permaneciendo siempre el derecho exclusivo de autorizar o no la explotación de la obra por cualquier forma o procedimiento, salvo excepción legal expresa. De otro lado, mientras en el sistema continental, esas excepciones o limitaciones al derecho exclusivo son específicas y de interpretación restrictiva, en el *"copyright"* la figura del *"fair use"* o *"uso leal"* es más amplio y su interpretación queda diferida a los tribunales, especialmente a través de la figura de la *"infracción de buena fe"* (*"innocent infringement"*)²¹.
- viii) En cuanto a las formalidades, el efecto armonizador del Convenio de Berna permitió que las legislaciones de uno u otro sistema adoptaran el principio por el cual el goce y el ejercicio de los derechos no están sometidos al cumplimiento de ninguna formalidad (Convenio de Berna, art. 5,2), con lo cual, al menos aparentemente, no existen diferencias en este punto

²¹ A través de la *"infracción inocente"* el Tribunal puede reducir la cuantía del resarcimiento, siempre que el infractor soporte la carga de la prueba y pueda constatarse que éste no sabía que sus actos constituían una violación al *"copyright"*, ni tampoco tenía razones para creerlo.

entre ambas concepciones jurídicas. Sin embargo –informan Ginsburg y Kernochan²²–, a pesar de que la “*Berne Implementation Act*” (aprobada por los Estados Unidos con motivo de su adhesión al Convenio de Berna) suprimió la exigencia de la “*mención de reserva*” en cada uno de los ejemplares publicados de la obra como condición para su protección, la cual es ahora facultativa, su omisión impediría defenderse frente a la “*infracción de buena fe*” que pudiera alegar el infractor ante la inexistencia de esa mención en los ejemplares.

XIII. EL “*DERECHO DE AUTOR*” COMO CONJUNTO DE NORMAS DE DERECHO ESPECIAL

60. Partiendo de la concepción jurídica latina o continental podemos definir al derecho de autor como el sistema normativo, integrado dentro del marco de la “*Propiedad Intelectual*”, que atribuye derechos subjetivos al autor sobre sus producciones intelectuales que tengan características de originalidad, en el dominio literario, artístico o científico.

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

- i) Autor es la persona física que realiza la creación intelectual.
- ii) El autor tiene la titularidad originaria de los derechos morales y patrimoniales sobre su obra.
- iii) Cualquier titularidad en cabeza de una persona distinta del autor, tiene carácter derivado.
- iv) El objeto de la protección son todas las obras del ingenio, de carácter creador, con características de originalidad, en el dominio literario, artístico o científico.
- v) Cualquier enumeración legislativa de las obras protegidas por el derecho de autor, tiene un carácter simplemente ejemplificativo.
- vi) El derecho del autor está conformado por facultades de orden personal (derecho moral) y de carácter patrimonial (derecho de explotación).
- vii) Los derechos de orden moral son, por lo menos, inalienables e irrenunciables.
- viii) Los derechos morales comprenden, entre otros, el de divulgación y al inédito, el de paternidad del autor y al anónimo, el de integridad de la obra y el de retracto o de retiro de la obra del comercio.
- ix) El derecho patrimonial comprende el exclusivo de autorizar o no la utilización de la obra por cualquier medio o procedimiento, conocido o por conocerse, salvo excepción legal expresa.
- x) Las limitaciones legislativas al derecho patrimonial deben partir del principio de los “*usos honrados*”, es decir, restringidos a casos especiales, que no atenten contra la explotación normal de la obra, ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.
- xi) Toda excepción al derecho exclusivo de explotación debe ser objeto de interpretación restrictiva.

²² Cit. por LIPSZYC, Delia: Ob. Cit., pp. 53-54.

- xii) El derecho de autor dura, salvo casos de excepción, toda la vida del autor y un tiempo después de su muerte, el cual, conforme al Convenio de Berra (art. 7,1), no puede ser inferior a cincuenta años "*post-mortem auctoris*".
- xiii) La protección se reconoce por el solo hecho de la creación de la obra, de manera que el goce y el ejercicio de los derechos no están sometidos al cumplimiento de ninguna formalidad.

XIII NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO SUBJETIVO DEL AUTOR

62. Excede con creces el propósito de este trabajo la narración detallada de cada una de las teorías que aspiran a explicar la naturaleza jurídica del derecho del autor sobre su obra, más cuando, inclusive dentro de aquellas que son clasificadas dentro de una misma corriente, existen diferencias o variantes, a veces sustanciales.

63. Así, por ejemplo, la tesis que concibe al derecho de autor como una propiedad, va desde una concepción fundamentalmente emotiva, es decir, como una especie de "*propiedad espiritual*" que al parecer inspiró a la Ley del Estado de Massachusetts (1789), cuyo Preámbulo señala que "*no existe propiedad más peculiar para el hombre que la que es producto de la labor de su mente*"²³, o a Le Chapelier (1791) cuando calificó al derecho de autor como "*la más sagrada, la más personal de todas las propiedades*"²⁴, hasta quienes lo consideran efectivamente un derecho privado patrimonial, de carácter real, que constituye una propiedad mueble, en forma temporal y resoluble, que tiene por objeto una cosa o bien inmaterial.²⁵

64. A su vez, pretendiendo alejarse de la teoría de la propiedad, sin lograrlo plenamente, se encuentran las tesis que reconocen en el derecho del autor un "*monopolio de explotación*" cuyos efectos se parecen a los derechos reales (Planiol y Ripert), pero en todo caso distinto al derecho de propiedad, porque ese monopolio es temporal (Colin y Capitant)²⁶, o un derecho exclusivo sobre la obra considerada un bien inmaterial y, en consecuencia, de naturaleza distinta del derecho de propiedad que se aplica a las cosas materiales.²⁷

65. En el lado opuesto, la tesis sustentada inicialmente por Kant, para quien el derecho de autor es un derecho de la personalidad, un "*ius personalissimum*"²⁸, y desarrollada por Gierke, cuando afirma que "*el derecho de autor es un derecho de la personalidad, cuyo objeto está constituido por una obra intelectual considerada como parte integrante de la esfera de la personalidad misma*".²⁹

66. Pero, atendiendo a su estructura, las distintas concepciones acerca de la naturaleza jurídica del derecho de autor apuntan hacia una de estas dos tendencias: la corriente "*monista*" (adoptada por la legislación alemana), para la cual el derecho de autor es uno sólo, del cual se desprenden diversas facultades, morales y patrimoniales; y la "*dualista*" (que inspira a la ley francesa y

²³ *Idem*, p. 19.

²⁴ Frase pronunciada en el informe presentado ante la Asamblea Constituyente de la Revolución Francesa, la cual aprobó el Decreto de 1791 que reconoció a los autores un derecho a la representación de sus obras, y repetida por LaKanal, en el informe ante la misma Asamblea y que condujo a la aprobación del Decreto de 1793, por el cual la protección se extendió al derecho de reproducción.

²⁵ V.: DA GAMA CERQUEIRA, Joao: *El Derecho de Autor como Derecho de Propiedad*, cit. por ANTEQUERA PARILLI, Ricardo: *Consideraciones sobre el Derecho de Autor*, Buenos Aires, 1977, p. 39.

²⁶ Cit. por ANTEQUERA PARILLI, Ricardo: *Ob. Cit.*, pp. 39-40.

²⁷ KOHLER, Josef, cit. por LIPSZYC, Delia: *Ob. Cit.*, p. 22.

²⁸ KANT, Emmanuel, cit. por LIPSZYC, Delia: *Ob. Cit.*, p. 24.

²⁹ Cit. por ANTEQUERA PARILLI, Ricardo: *Ob. Cit.*, p. 38.

aquellas legislaciones que la siguen), para la cual el derecho de autor se construye sobre la base de dos derechos subjetivos (moral y patrimonial), cada uno de ellos con su propia naturaleza y características.

67. La adopción a una de las dos concepciones tiene importantes consecuencias prácticas, y tal vez la más relevante, pero no la única, se encuentra en la inalienabilidad del derecho de autor (propio del sistema monista), frente al carácter inalienable del derecho moral y en la transferibilidad por acto entre vivos del derecho patrimonial, que distingue a la corriente legislativa dualista.

68. En efecto, como la tesis monista construye la protección en un único derecho (con unidad de objeto y sujeto), integrado por facultades de carácter moral (personal) y patrimonial, ese derecho (en su complejo de facultades) es transmisible únicamente por sucesión "*mortis causa*", a título de herencia o de legado de cuota.³⁰

69. Por el contrario, para las leyes que se ubican en el sistema dualista, donde cada grupo de derechos (morales y patrimoniales), tiene su propia naturaleza y características, los de orden moral son inalienables, al tiempo que los de explotación son transferibles a terceros por acto entre vivos, de manera que mientras el derecho moral permanece siempre en cabeza del autor, mientras viva, el patrimonial puede ser ostentado por un tercero.

70. Otra consecuencia práctica sustancial está en que en las leyes de ubicación monista, el derecho de autor se extingue todo al mismo tiempo, es decir, en su complejo de facultades (morales y patrimoniales), una vez fenecido el plazo de protección "*post-mortem auctoris*", al tiempo que en el sistema dualista, mientras el derecho patrimonial es temporal, puede admitirse la perpetuidad del derecho moral, de manera que, extinguido el derecho de explotación, subsisten a perpetuidad los derechos de orden personal, especialmente los relativos a la paternidad del autor y a la integridad de su obra.

71. Sin embargo, como afirma Delgado, muchas legislaciones acusan las influencias de ambos sistemas (a veces, incluso, con notorias contradicciones), dada la intensidad, cada vez mayor, con que se concibe la articulación entre el derecho moral y el derecho patrimonial.³¹

XV EL DERECHO DE AUTOR Y SUS RELACIONES CON LOS DERECHOS CONEXOS

72. Con posterioridad al reconocimiento universal del derecho de autor, se han incorporado a numerosas legislaciones un conjunto de derechos que, reunidos bajo la denominación de "*vecinos*", "*conexos*" o "*afines*" al derecho de autor, tienen como objeto de protección ciertas manifestaciones personales o técnico-empresariales que no constituyen una "*creación*" literaria, artística o científica, pero sí vinculación con la difusión de las obras del ingenio.

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

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

³⁰ V.: DELGADO, Antonio: *Los derechos morales del autor en Iberoamérica*, trabajo presentado en el Curso Internacional OMPI/SUISA de formación en Derecho de Autor y Derechos Conexos para América Latina. San Bernardino (Paraguay), 1993, Documento OMPI/CNR/PRY/93/17, p. 9.

³¹ *Idem.* p. 10.

75. Sin embargo, no se trata de derechos conexos entre sí, pues se trata de diferentes subsistemas de protección, sino que el elemento que los vincula es el de ser vecinos o conexos con el derecho de autor, pues cada uno de ellos tiene su propia naturaleza, objeto, características y protección legal.

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

A. El derecho de los artistas intérpretes o ejecutantes

77. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 3,a) de la Convención de Roma, artista intérprete o ejecutante es todo actor, cantante, músico, bailarín u otra persona que represente un papel, cante, recite, declame, interprete o ejecute en cualquier forma una obra literaria o artística.

78. Sin embargo, la misma Convención de Roma difiere a las legislaciones nacionales la posibilidad de extender la protección a artistas que no ejecuten obras literarias o artísticas (art. 9), como serían, por ejemplo, los que interpreten expresiones del folklore o los artistas de variedades y de circo.

79. No nos corresponde aquí detallar el contenido de los derechos generalmente reconocidos a los artistas intérpretes o ejecutantes, pero sí su conexión con el derecho de autor.

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

81. Pero en la relación entre ambos derechos también se presentan diferencias, a saber:

- i) Por la preeminencia de los derechos del autor respecto de los del artista, en particular porque no existe prestación artística, salvo las excepciones anotadas (intérpretes de expresiones del folklore, artistas de variedades y de circo) sin obra pre-existente; la interpretación o ejecución de la obra supone la previa autorización del autor; la prestación artística debe respetar los derechos del autor a la paternidad, integridad y modificación sobre su obra, etc.).
- ii) En cuanto al objeto, porque la prestación artística no es una *“obra”*, sino la interpretación o ejecución de una pre-existente.
- iii) Respecto del contenido de los derechos, ya que los del autor conforman un mayor número de atributos, tanto de orden moral como patrimonial.

B. El derecho del productor fonográfico

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

83. La primera frase agregada (que *“toma la iniciativa y tiene la responsabilidad económica”*), no hace otra cosa que aclarar lo que ya se desprendía de la Convención de Roma, es decir, que la razón de la tutela legal está en la protección a una actividad 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.³²

84. De allí que por protegerse una actividad empresarial, no se reconozcan derechos morales a los productores fonográficos.

85. Y el segundo agregado (“o las representaciones de sonidos”), responde a la adaptación del concepto al “*entorno digital*”, donde no se fijan los sonidos en sí mismos, sino su representación a través de signos binarios.

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

87. En ese sentido, dichas relaciones están determinadas por la autorización que requiere el productor para hacer la fijación de la obra, salvo el caso de las licencias legales u obligatorias donde existan, como también para fijar la interpretación o ejecución del artista, todo ello además de satisfacer las remuneraciones correspondientes y respetar los derechos morales del autor y del artista intérprete o ejecutante.

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

C. El derecho de los organismos de radiodifusión

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

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

91. Como puede verse, tampoco aquí el objeto de la protección es una obra, sino la “*emisión*”, definida por la Convención de Roma como la difusión inalámbrica de sonidos o de imágenes y sonidos para su recepción por el público (art. 3,f), y la emisión de radiodifusión no constituye una creación intelectual con características de originalidad, sino el resultado de una actividad técnico-empresarial.

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

93. Por otra parte, si bien el organismo de radiodifusión tiene entonces un derecho sobre su emisión, no puede alegar ninguna facultad exclusiva de utilización, salvo pacto o disposición legal en contrario, sobre las obras, prestaciones o producciones contenidas en la programación, pues no es titular de derechos sobre las creaciones, prestaciones o producciones preexistentes utilizadas en la

³² En ese sentido, el Informe de la Conferencia Diplomática que aprobó la Convención de Roma, 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).

programación, a menos que al respecto ostente alguna cesión expresa y exclusiva del respectivo derecho.

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