

I. CONCEPTO Y DENOMINACIÓN

Sin perjuicio de la acepción más restrictiva que será adoptada en este trabajo, según será explicado posteriormente, y como una manera de aproximarse a la materia, podemos definir a la "Propiedad Intelectual" o a los "Derechos Intelectuales", en un sentido amplio, como la disciplina jurídica que tiene por objeto la protección de bienes inmateriales, de naturaleza intelectual y de contenido creativo, así como de actividades conexas.

Ese concepto "*latu sensu*" del derecho en estudio, permite incluir en el objeto protegido a objetos incorpóreos de diferentes órdenes: industriales, comerciales, técnicos, artísticos, científicos y literarios.

Pero la misma amplitud de los bienes protegidos hace que se le haya denominado a la materia de diversas maneras, especialmente, "*propiedad intelectual*" y "*derechos intelectuales*", de manera que cualquiera que de ellas se adopte está referida, más que a una disciplina jurídica, 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

Ahora bien, la expresión "*propiedad*

EL DERECHO DE AUTOR Y LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS

PONENTE: RICARDO ANTEQUERA PARILLI
UCLA-UCAB-ULA, Venezuela

intelectual" no deja de presentar inconvenientes: en primer lugar, porque toma partido acerca de la naturaleza jurídica de ese derecho, es decir, como una propiedad, no obstante que otras teorías asignan a la disciplina una naturaleza distinta; y, en un segundo lugar, porque la luz del derecho positivo, los ordenamientos no le dan siempre a la "*propiedad intelectual*" el mismo sentido o igual cobertura.

Así, por ejemplo, para algunas legislaciones la denominación "*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 esta disciplina, en esos sistemas, tengan un ámbito más restringido.

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 expresión para incluir los derechos regulados por ambas convenciones.

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.²

De allí que para un sector de la Doctrina parezca más universal la expresión sustitutiva de "*Derechos Intelectuales*", empleada ya por el jurista belga Edmund Picard, en 1887, para incluir allí los derechos sobre las obras literarias y artísticas, los inventos, los modelos y dibujos, las marcas de fábrica y los lemas comerciales.

II. PROPIEDAD INTELECTUAL Y TRABAJO INTELECTUAL

Como principio de carácter general, la disciplina de los derechos intelectuales protege al resultado de una actividad creativa — aunque, como se verá en su oportunidad, incluye también a otros campos “vecinos”—, 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.

De allí que no deba confundirse el objeto de este derecho —la obra, el invento, el diseño, la marca—, con el mero trabajo intelectual —por muy complicado que sea—, cuando de éste último no surja como resultado un bien inmaterial independiente y autónomo.

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. PROPIEDAD INTELECTUAL Y BIENES INMATERIALES

A pesar del principio señalado en el Capítulo anterior, resulta también que no todos los “bienes inmateriales” de resultado creativo se encuentran protegidos por los derechos intelectuales, sino únicamente algunos tipos: inventos, modelos, marcas, lemas, obras literarias o artísticas, interpretaciones o ejecuciones artísticas, producciones fonográficas y emisiones radiofónicas, por ejemplo.

Así, en el campo de la propiedad industrial —donde el sistema de listas cerradas o “*numerus clausus*”, hace excluir ciertas creaciones relativas a la industria—, no son generalmente objeto de patente, 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.

Por ello, no es patentable el conjunto de conocimientos tecnológicos destinados al desarrollo de una actividad valorablemente económicamente, o “*know how*”,³ 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.⁴

Y el ámbito del derecho de autor,

generalmente los ordenamientos nacionales excluyen de la tutela a los textos de las leyes, reglamentos, decretos, tratados y demás documentos oficiales, así como las ideas contenidas en las obras literarias o artísticas, o el contenido ideológico o técnico de las obras científicas, o su aprovechamiento industrial o comercial.

IV. PROPIEDAD INTELECTUAL Y SOPORTE MATERIAL

Señala Delgado que la aparición de la “*propiedad intelectual*” en el mundo jurídico significó un cambio (que aún hoy sigue existiendo), al producirse un salto cualitativo entre la acepción tradicional de “*propiedad*” y la tenencia de bienes materiales.⁵

Y esa “*desmaterialización*” de la llamada “*propiedad intelectual*” tiene como efecto que una cosa es la “*obra*”, el “*invento*”, el “*modelo*”, la “*marca*”, para poner algunos ejemplos, y otra el libro impreso, la máquina que se utiliza para la solución técnica, el mueble representativo del modelo o el producto comercial o industrial que ostenta el signo distintivo, de suerte que, en principio reconocido expresamente por muchas legislaciones, al menos en el ámbito del derecho de autor pero aplicable a las otras “*ramas*” que conforman este “*espacio jurídico*”, el derecho sobre la obra es independiente de la propiedad del soporte material que la contiene, y la enajenación de ese objeto no confiere al adquirente la titularidad de ningún derecho sobre la creación.

V. LA PROPIEDAD INTELECTUAL Y SU CONTENIDO

Si tomamos como elemento referencial el artículo 2 del Convenio de Estocolmo que establece la OMPI, podemos señalar que bajo la denominación "Propiedad Intelectual" quedan comprendidos los derechos relativos a:

- 1.- Las obras literarias, artísticas y científicas.
- 2.- Las interpretaciones de los artistas intérpretes y las ejecuciones de los artistas ejecutantes, los fonogramas y las emisiones de radiodifusión.
- 3.- Las invenciones en todos los campos de la actividad humana.
- 4.- Los descubrimientos científicos.
- 5.- Los dibujos y modelos industriales.
- 6.- Las marcas de fábrica, de comercio y de servicio, así como a los nombres y denominaciones comerciales.
- 7.- La protección contra la competencia desleal.
- 8.- Todos los demás derechos relativos a la actividad intelectual en los terrenos industrial, científico, literario y artístico.

Si analizamos la descripción

precedente nos encontramos dos interesantes detalles:

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 exclusivas 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, a veces, incluso, a través de tratados o leyes especiales, como ha ocurrido, por ejemplo, con los circuitos integrados.

El segundo, que si bien, como regla general, el objeto protegido por uno cualquiera de esos derechos constituye, en mayor o menor medida, un aporte intelectual de carácter creativo, o una prestación o producción conexa con esa 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 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*",⁶ 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, al tiempo que en el caso de los "*descubrimientos científicos*", la falta de ratificaciones

al Tratado sobre el Registro Internacional de Descubrimientos Científicos (Ginebra, 1978), refleja las dudas existentes sobre la necesidad o conveniencia de esa protección, más si se concibiera un derecho exclusivo sobre el reconocimiento de fenómenos, propiedades o leyes del universo material, lo que pondría en peligro el progreso de la ciencia, aunque no deje de destacarse, como lo hace Villalba, la injusticia de atribuir un derecho exclusivo al inventor que se ha servido de un descubrimiento científico, mientras que el descubridor carece del derecho de participar de la utilidad económica derivada de la explotación de la invención patentada.⁷

VI. LOS DERECHOS INTELECTUALES BAJO UNA CONCEPCIÓN UNITARIA

Una corriente doctrinaria, iniciada con Picard, ya citado, defiende la tesis de que mientras las casualidades son el objeto de los derechos personales, los hombres el objeto de los derechos obligacionales y las cosas el de los derechos reales, el objeto de los derechos intelectuales —llamados también por el jurista, "*derechos inconvencionales*"—, es la producción intelectual, vale decir, la producción del espíritu y el talento humano,⁸ 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.⁹

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 la disciplina genérica de los derechos intelectuales, están reguladas en leyes y tratados autónomos, de cuya regulación separada emanan diferencias entre unas y otras, algunas de las cuales serán estudiadas en este trabajo.

Bajo otro enfoque, también unitario, se encuentra la tesis defendida por Hermenegildo y María Baylos -inspirados en tratadistas italianos como Franceschelli, 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 al 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,¹⁰ 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"*.¹¹

Concluye esta segunda tesis en la idea de estudiar la disciplina protectora de las creaciones intelectuales, bajo la denominación de *"Derecho Industrial"*.

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

VII. LA CLASIFICACIÓN BIPARTITA DE LOS DERECHOS INTELECTUALES.

Una discriminación más pragmática hace comprender a la disciplina de los derechos intelectuales en dos grandes ramas, a saber:

- 1.- 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 documentos llegan a comprender en esta categoría a la represión de la competencia desleal, aunque con la advertencia de que en éste último caso no se trata de derechos exclusivos, sino de represión a los actos contrarios a los *"usos honrados"* en materia industrial y comercial.¹²
- 2.- El derecho de autor, que en

sentido amplio se extiende a los llamados *"derechos conexos"*.

La razón de esta clasificación bipartita se encuentra en el mismo origen de la protección internacional, pues el Convenio 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 de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas (1889), reconoce los derechos sobre las obras en el campo de las artes y las letras.

Si dejamos de un lado el tema de la competencia desleal, podemos encontrar entre esos dos grandes grupos un común denominador: que el bien jurídico protegido está constituido por un aporte intelectual, en algunos casos creativo y en otros, por lo menos, vinculado a la creación.

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 protegido es, esencialmente, una producción intelectual.

VIII. LA CLASIFICACIÓN TRIPARTITA DE LOS DERECHOS INTELECTUALES.

La mezcla de bienes inmateriales que, como se ha visto, se han incluido en la "propiedad industrial", hizo que un importante sector de la doctrina ensayara una clasificación tripartita de los derechos intelectuales, así:

- 1.- Los "derechos de autor" propiamente dichos, sobre las obras artísticas, científicas y literarias, a los cuales agregaríamos los "derechos conexos", vecinos o afines, según la terminología que se quiera acoger, entre ellos los de artistas intérpretes y ejecutantes, los de productores de fonogramas y los de los organismos de radiodifusión.
- 2.- Los correspondientes a la "creación comercial", incluidas las marcas de fábrica, de comercio y de agricultura, las denominaciones y los lemas comerciales.
- 3.- Los atinentes a la "creación técnica", es decir, la comprensiva de las invenciones industriales y los descubrimientos,¹³ y que en algunas leyes se extiende a los llamados "modelos de utilidad".¹⁴

Esta clasificación —que no es excluyente de otros derechos de "propiedad intelectual" que se ha incorporado o puedan agregarse en

lo futuro—, permite advertir las diferencias entre las distintas categorías, y que se inician con sus propios antecedentes históricos.

Así, el primero en nacer, en el sentido que hoy lo conocemos, fue el derecho industrial, con al "parte veneciana" del 19 de marzo de 1474, según la cual se reconocía un derecho en favor de quienquiera que hiciera en la ciudad de Venecia algún artificio nuevo e ingenioso y lo registrara en la Oficina de los Proveedores de Común, de manera que quedaba prohibido a todos los demás hacer otro a imagen y semejanza de aquél, sin consentimiento y licencia del autor por un plazo de diez años.¹⁵

Aunque para muchos autores esa "parte" constituye la primera ley de patentes en la historia, algunos tratadistas, no obstante ese reconocimiento, le conceden mayor importancia, quizá porque aquella, al parecer, nunca tuvo aplicación práctica, a la ley sancionada en Inglaterra, en 1624, una vez abolidos los privilegios que regían esa actividad.

La segunda aparición corresponde al derecho de autor, cuya primera ley, propuesta en 1709 y promulgada el 10 de abril de 1710, con el llamado "Estatuto de la Reina Ana", reconoció a los autores un derecho exclusivo de reproducción sobre sus obras por un tiempo determinado, lo que significó el inicio de la tutela en el sistema de tradición jurídica anglosajona, y luego en 1791 y 1793, con la Revolución Francesa, las primeras

leyes de tradición jurídica latina, 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, a los compositores de música, y a pintores y dibujantes.¹⁶

El origen del derecho marcario es más confuso, pues al principio apareció en función de la protección de las denominaciones de origen, como en las ordenanzas aprobadas por Pedro IV de Aragón, en 1373, en que se disponía que los tejedores debían de tejer en los extremos de las piezas como marca local una torre, expresión de la Villa de Torroella, donde los paños se fabricaban,¹⁷ mientras que las primeras verdaderas leyes especiales en materia de marcas surgieron, mucho tiempo después, en Francia (1824) y luego en Inglaterra (1883).¹⁸

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

Si excluimos de la "propiedad industrial" el llamado "derecho marcario", nos encontramos ante las semejanzas y diferencias existentes entre los dos campos más afines, es decir, el derecho invencional y el derecho autoral.

Veamos las coincidencias:

- 1.- En ambas disciplinas, el objeto de la protección está

constituido por una aportación creadora, es decir, un producto del ingenio humano.

- 2.- Esa producción ingeniosa debe tener elementos de originalidad, aunque bajo ópticas diferentes, como se verá más adelante.
- 3.- Desde el punto de vista de los atributos morales, existe la similitud en ambas disciplinas en cuanto al derecho del creador de ser reconocido como tal en la invención o en la obra, según los casos.
- 4.- 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.

Estudiemos ahora las diferencias fundamentales:

- 1.- 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; mientras que el objeto del

derecho de autor se encuentra en la forma de expresión formal de una creación artística, literaria o científica.

- 2.- De allí que en el derecho invencional la protección se reconoce al contenido de la producción ingeniosa, al tiempo que en el derecho de autor la tutela 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, manifiesta 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.
- 3.- En relación con el destino, la invención tiene una finalidad 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 industrialidad, es decir, susceptible de ser aplicadas en la industria; 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.

- 4.- La originalidad, en ambas disciplinas, es vista con una óptica diferente: en el derecho invencional es sinónimo de *novedad*, condición objetiva de patentabilidad, de manera que la invención no puede haber invención pero no patente ¹⁹, en el derecho de autor, equivale a *individualidad*, es decir, que la obra, por su forma de expresión, tenga elementos suficientes que la distinguan de otras del mismo género.
- 5.- En el contenido de los derechos, los de orden moral tienen una mayor amplitud en el campo autoral que en el invencional, pues si bien en ambos casos existe un "*vínculo afectivo*" entre el hombre y su creación, la finalidad 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 autoral, donde, por tratarse de

creaciones espirituales, en las cuales la protección no se dirige a la solución de un problema técnico, sino a una forma de expresión 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 las 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.

- 6.- 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. Si embargo, en el caso de la invención, esa utilización, por tener un destino muy específico, como es su aplicación industrial, tiene en la práctica un escenario más limitado, ya que se traduce, esencialmente, en la fabricación, copia, imitación o duplicación del invento y en el permitir o no el uso de modificaciones introducidas a la invención. Por el contrario, 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 autoral, requiera de una regulación mucho más compleja y detallada, pues comprende, no solamente a la reproducción y a la modificación, sino también otros derechos, como la comunicación pública por cualquier medio o procedimiento, o el 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 una 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 computador, 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 obra musical a partir de una cinta grabada, no obstante lo cual todo 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 la propiedad in-

dustrial, como es 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-, el derecho de alquiler sobre los soportes físicos que contienen la obra o el canon compensatorio por la 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.

- 7.- 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 en 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 el caso de las obras de arte aplicado y las fotografías, en que la tutela

mínima es de veinticinco años desde la realización de tales obras (art. 7,4), todo ello sin perjuicio de que las leyes nacionales puedan reconocer, como efecto muchas lo han reconocido, un plazo mayor.

- 8.- 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 formalidades ²⁰, y que existen 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 tercero, ²¹ 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, inspiradas en el Convenio de Berna (art. 5,2), es la de reconocer la protección sobre la obra por el sólo hecho de la creación, de manera que el goce y el ejercicio de los derechos no están subordinados al cumplimiento de ninguna formalidad.

- 9.- 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 ²², 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, EL DERECHO INVENCIONAL Y EL DERECHO DE AUTOR.

Bajo la denominación de "*derecho marcario*" haremos comprender, fundamentalmente, dos objetos protegidos, a saber:

- 1.- Las marcas comerciales, constituidas por el signo identificativo del producto de una actividad industrial o comercial.
- 2.- Las denominaciones comerciales, que tienen por objeto distinguir a una industria o a un establecimiento mercantil.

Dejaremos para el tema relativo a "*otros derechos intelectuales*", el atinente a la denominaciones de origen, dadas sus particulares características.

Si analizamos las coincidencias entre el objeto protegido por el derecho marcario y el tutelado por

el derecho sobre las invenciones, nos encontraremos, entre otras, con las siguientes:

- 1.- La protección internacional básica a través de un mismo Convenio -y en algunos países por medio de una misma ley-, como el de París para la protección de la Propiedad Industrial, y sin perjuicio de la existencia, además, de otros instrumentos internacionales que versen sólo sobre algunas de sus ramas (v. gr. Arreglo de Madrid sobre el registro internacional de marcas, Arreglo de La Haya sobre el depósito internacional de dibujos y modelos industriales, Tratado de Cooperación en materia de patentes, etc.).
- 2.- La formalidad registral como condición para el ejercicio del derecho exclusivo frente a terceros, o como requisito constitutivo del derecho, según el sistema adoptado por cada legislación, no obstante el reconocimiento legal a quien demuestre el "uso previo" de la marca, con el fin de oponerse al registro, atacarlo en un plazo determinado, cuando sea solicitado por otro, razón por la cual un sector de la Doctrina considera que dicho registro es declarativo hasta el vencimiento del plazo concedido a quien ha tenido el uso previo, para impugnar la inscripción realizada por el

tercero, y constitutivo desde allí hasta el término de vigencia de la marca.²³

Del mismo modo, encontraremos diferencias, como las siguientes:

- 1.- Así como el derecho de patentes protege una aplicación práctica y utilitaria, es decir, una invención técnica, el derecho marcario tutela a un signo distintivo del producto resultante de una actividad industrial o comercial, o la propia empresa.
- 2.- La "novedad" también es vista con una óptica diferente entre ambas disciplinas, pues mientras en el derecho invencional, supone una "solución creativa", desconocida con anterioridad, la novedad, en el derecho marcario alude, simplemente, a la "eficacia distintiva"²⁴, o a la "novedad relativa"²⁵, que permita a la marca diferenciar al producto o a la empresa de cualquiera otra del mismo género, razón por la cual, algunos tratadistas consideran que mientras la disciplina de las creaciones tiene por objeto una obra valiosa en sí misma, los signos distintivos que utiliza el industrial y el comerciante para individualizar la explotación de su empresa son simples medios identificadores.²⁶
- 3.- El interés protegido por ambas normativas puede ser

distinto, a la luz de las discusiones doctrinarias, ya que en el caso de las patentes de invención se otorga un derecho exclusivo de explotación para estimular la actividad creativa y el desarrollo industrial; y en las marcas, en cambio, la tutela puede tener varias finalidades: designar la procedencia de la mercancía, individualizar al producto mismo y proteger a la clientela que consume el producto.²⁷ Este último interés -el de proteger a la fe pública y al consumidor-, se evidencia cuando las leyes prohíben, por ejemplo, el registro de una marca que pueda prestarse a confusión con otra ya registrada o a inducir en error por indicar una falsa procedencia o calidad.

Entre el derecho sobre los signos distintos -derecho marcario- y el derecho de autor saltan a la vista importantes diferencias, como las siguientes:

- 1.- Se distingue, fácilmente, la "eficacia distintiva" de 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.

- 2.- Se diferencian en el carácter temporal del derecho de autor -en lo que coincide, aunque mediante plazos diferentes, con el derecho invencional-, con la posibilidad de que la marca, mediante renovaciones sucesivas, pueda mantenerse con carácter permanente, salvo que se extinga por falta de renovación.
- 3.- Se oponen, la protección de la creación literaria y artística, con prescindencia de toda la formalidad, a la formalidad registral, con los matices ya anotados respecto de las invenciones, que aparecen en el derecho marcario.
- 4.- En el derecho de autor -como también ocurre en el invencional-, 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.
- 5.- Precisamente, por esa vinculación del signo distintivo con el producto o la empresa, el monopolio de exclusividad tiene visos distintos al reconocido al autor o inventor sobre su aporte creativo, pues, conforme a muchas legislaciones, en el derecho exclusivo sobre la marca solo

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 negocios de distinta naturaleza.

XI. LAS ZONAS FRONTERIZAS ENTRE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL, EL DERECHO MARCARIO Y EL DERECHO DE AUTOR

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, como la española(1987), disponen que los derechos autorales son independientes y compatibles con los de propiedad industrial que puedan existir sobre la obra (art.3,2).

A continuación revisaremos algunas situaciones de interrelación que plantean la descripción de las invenciones, las obras de arte aplicado, los modelos y diseños industriales y las marcas comerciales.

En el primer caso, 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.

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.

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 ideas.

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.

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 la artesanía u otras producidas a escala industrial²⁸, 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.

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

De allí que el Convenio de Berna (art.2,7) deje reservada a las leyes nacionales la facultad de regular lo concerniente a las obras de artes aplicadas, incluso disminuyendo el plazo de protección en comparación con el de otras obras del ingenio, siempre que no sea inferior al de 25 años a partir de su realización (art. 7,4).

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

Veamos ahora la relación entre las obras de artes aplicadas y los modelos y dibujos industriales.

El modelo industrial es toda creación de forma que tiene por objeto dar una configuración tridimensional nueva a un producto, con el fin industrial de reproducirlo, mientras que el dibujo industrial es una creación de forma o de carácter bidimensional, que tiene por objeto la ornamentación de un producto.²⁹

Estas formas creativas presentan dos variantes, a saber:

1. Que se trate de expresiones

artísticas preexistentes, creadas primigeniamente como obras de arte y que, posteriormente, sean utilizadas como modelo para la presentación de productos industriales. Es aquí donde se plantea la complicada diferencia -para algunos autores inexistente-, entre la obra de arte aplicado, el modelo o dibujo artístico y el modelo o dibujo industrial.

2. Que sean modelos o dibujos creados específicamente para su utilización en la industria, casos en los cuales se trata también de creaciones que, por su forma, pertenecen al campo de lo artístico, pero como destino están para utilizarse como modelo o dibujo en la fabricación de un artículo industrial o de artesanía.

En el primer caso, no hay dudas en que la creación nace como obra artística y, en consecuencia, desde su inicio goza de la protección por el derecho de autor, sin perjuicio de la que pueda invocarse en el ámbito del derecho industrial.

En el segundo, la finalidad de la creación hace que en algunos países se les regule en la ley de propiedad industrial o, en todo caso, en una ley especial dentro del marco del derecho industrial.

El análisis de los problemas que surgen de la protección acumulada o excluyente de este género de obras, excede los propósitos de este

trabajo.

Baste por ahora señalar que la posibilidad de acumulación de la tutela cobra cada vez mayores adeptos en la Doctrina; aparece reconocida en recientes legislaciones, como la española, y es recomendada en la ley-tipo de la OMPI sobre dibujos y modelos industriales para países en desarrollo.³⁰

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.

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

1. 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-, tutela por esta última - aunque no por la autoral-, si la obra fue divulgada con anterioridad.
2. 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.

3. 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.

Sin perjuicio de las acciones que pudieran surgir del derecho común, la solución debería expresarse en la propia legislación marcaria, 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; o de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena del Régimen Común sobre Propiedad Industrial, cuando dispone que no podrán registrarse como marcas los títulos de obras literarias, artísticas o científicas, salvo que medie consentimiento del titular del respectivo derecho.

XII. EL DERECHO DE AUTOR Y SUS RELACIONES CON LOS DERECHOS CONEXOS

De los capítulos precedentes han surgido los principios generales que rigen el derecho de autor.

Con algunas variantes que surgen entre las leyes que siguen la tradición jurídica francogermánica y los que se adhieren a la tradición anglosajona, pueden señalarse que entre tales principios se destacan los siguientes:

1. Se considera autor a la persona física que realiza la creación intelectual, quien tiene, salvo disposición legal en contrario, la titularidad, originaria de los derechos sobre su obra.
2. Salvo norma legal en contrario, cualquier otra titularidad, distinta de la que corresponde al autor, tiene carácter derivativo.
3. El objeto de la protección es la forma de expresión de las obras literarias, artísticas y científicas, con características de *individualidad*.
4. Como quiera que están protegidas todas las obras del ingenio, de carácter creador, *cualquiera que sea su género, forma de expresión, mérito o destino*, la enumeración legal de las obras literarias o artísticas, es meramente ejemplificada, lo que ha permitido que la jurisprudencia, en muchos países, haya considerado incluidas en la tutela autoral a manifestaciones creativas no mencionadas expresamente en algunas legislaciones, como los programas de computación.
5. El derecho moral comprende, por lo menos, el derecho autor a reivindicar la paternidad de su obra y a oponerse a cualquier deformación que atente contra el decoro de la misma o su propia reputación como autor, además de otras facultades extra-patrimoniales reconocidas en muchas leyes nacionales, como el derecho a la divulgación y al inédito y el derecho de retirar la obra del conocimiento o derecho de arrepentimiento.
6. Como regla general, el derecho moral se reconoce como inalienable e irrenunciable.
7. El derecho patrimonial consiste en la facultad exclusiva del autor de explorar su obra por cualquier medio o procedimiento, salvo excepción legal expresa, y ese derecho comprende, generalmente, el de reproducción, el de comunicación pública y el de distribución.
8. El derecho de explotación puede ser cedido o licenciado y, salvo pacto contrario, la transmisión del derecho o la autorización de uso de la obra debe comportar, en cesionario o autorizado en la explotación de la obra.
9. La duración mínima del derecho patrimonial, conforme al Convenio de Berna, es de cincuenta años *post mortem auctoris*, salvo los casos en que se permite el cálculo del plazo a partir de la realización o publicación de la obra, o cuando el mismo instrumento delega a las legislaciones nacionales, respecto de ciertas creaciones (fotografías, obras de arte aplicado), la posibilidad de contemplar un lapso menor de tutela, que, en ningún caso, puede ser inferior al de 25 años desde la realización de la obra.
10. La protección se reconoce por el solo hecho de la creación, de manera que el goce y el ejercicio de los derechos autorales, no debe estar sujeto al cumplimiento de ninguna formalidad.

Ahora bien, 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 que no constituyen una "*creación*" literaria, artística o científica, pero sí vinculación con la difusión de las obras del ingenio.

Algunas de esas manifestaciones han sido objeto de reconocimiento a través de instrumentos internacionales, como lo es la Convención de Roma para la

protección de los artistas intérpretes y ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión y el Convenio de Ginebra para la protección de los productores de fonogramas contra la reproducción no autorizada de sus fonogramas.

Es común que, al menos en las legislaciones de tradición latina, tales derechos se 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.

En cualquier caso, dispone el instrumento 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 reserva de un estudio más detallado en otras ponencias que se presentarán en este curso, veamos en forma resumida las características y el contenido de tales derechos conexos y sus relaciones con el derecho de autor.

El derecho de los artistas intérpretes o ejecutantes

Armonizando los principios

contenidos en la Convención de Roma, con otras disposiciones complementarias no previstas en dicho Convenio pero sí en diversas legislaciones, podemos resumir los derechos generalmente reconocidos a los artistas intérpretes y ejecutantes, así:

1. El artista tiene el derecho moral de reivindicar la paternidad se su ejecución o interpretación.
2. Igualmente tiene el derecho moral de oponerse a cualquier deformación o transformación de su prestación artística, que atente contra el decoro de la misma o contra su propia reputación.
3. Se reconoce al artista el derecho primordial de autorizar o no la fijación y reproducción en soportes materiales de su interpretación o ejecución.
4. El artista tiene la facultad de impedir la comunicación pública (incluida la radiodifusión) no autorizada de su interpretación o ejecución, a menos que su prestación artística constituya, por sí misma, una ejecución radiodifundida o se realice a partir de una fijación autorizada por él.
5. Finalmente goza del derecho (compartido o no con el productor del fonograma), de

percibir una remuneración por la comunicación pública de su interpretación o ejecución realizada a partir de una fijación fonográfica.

Es de hacer notar que entre el derecho del autor y el 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 prestación artística, respectivamente; y el que existe la posibilidad de reunir, en una misma persona, a los dos sujetos, típico caso de los *“cantautores”*.

Pero en la relación entre ambos derechos también se presentan diferencias, en primer lugar, en cuanto al objeto, porque la prestación artística no es una *“obra”*, sino la interpretación o ejecución de una pre-existente; en segundo lugar, respecto del contenido de los derechos, ya que los del autor conforman un mayor número de atributos, tanto de orden moral como patrimonial; y en tercer lugar por la preeminencia de los derechos del autor respecto de los del artista (v.gr.: no existe prestación artística sin obra preexistente; el artista requiere de la autorización del autor para utilizar su obra; la prestación artística debe respetar los derechos del autor a la paternidad, integridad y modificación sobre su obra, etc.).

El derecho del productor fonográfico

El productor fonográfico es la persona natural o jurídica que fija por primera vez los sonidos de una representación o ejecución u otros sonidos.

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 de una interpretación artística.

Si se cruzan las disposiciones de la Convención de Roma con las del Convenio de Ginebra, conjuntamente con las que contienen las legislaciones nacionales que consagran este derecho conexo, podemos señalar que las facultades reconocidas al productor fonográfico, generalmente son:

- 1.- La de autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta de sus fonogramas.
- 2.- La de obtener una remuneración (compartida o no con los artistas intérpretes o ejecutantes), por la utilización del fonograma a través de la radiodifusión u otra forma de comunicación pública.

Las relaciones entre el derecho del autor y el derecho del productor fonográfico están determinadas por la autorización que requiere éste último para hacer la fijación de la obra del primero, salvo el caso de

las licencias legales u obligatorias, y el pago de la remuneración correspondiente, además del deber de respeto a los derechos de paternidad, integridad y modificación pertenecientes al creador de la obra fijada.

La supeditación del derecho del productor fonográfico al primigenio del autor sobre su obra, encuentra una zona de conflicto cuando algunas leyes le han reconocido al productor, además, el derecho de autorizar o no la comunicación pública de su fonograma (y no sólo el derecho a percibir una remuneración por esa comunicación), ya que, se supone con el derecho del autor a autorizar o no la transmisión, ejecución u otra forma de difusión de su obra, sea "en vivo" o a partir de una grabación, ya que si el productor prohíbe la comunicación pública de su fonograma, está impidiendo también la difusión de la obra fijada en ese mismo fonograma.

Otra situación conflictiva se presenta ante los intentos de los productores fonográficos -logrado ya en las legislaciones de tradición anglosajona y, por excepción, en alguna de tradición latina-, de obtener el reconocimiento del fonograma como una obra del ingenio, posición que no compartimos, ya que ni el fonograma es una creación, ni el productor un autor.

Tampoco existe "afinidad" entre el derecho del artista y el del productor -salvo la vinculación contractual existente entre ambos y

el de compartir según muchas leyes la remuneración generada por la comunicación pública del fonograma-, pues surgen diferencias notables en cuanto al objeto de la tutela, la titularidad y el contenido de los derechos.

El derecho de los organismos de radiodifusión:

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.

Conforme a la Convención de Roma, los organismos de radiodifusión tienen, fundamentalmente, el derecho de autorizar o prohibir la retransmisión de sus emisiones y la reproducción de la fijación de sus emisiones, así como, de acuerdo a las condiciones para su ejercicio determinadas en la legislación nacional, la comunicación al público de sus emisiones de televisión cuando éstas se efectúen mediante el pago de un derecho de entrada.

Como puede verse, este derecho conexo no tiene como objeto de protección a una obra, ya que la emisión no constituye una creación.

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.

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

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

XIII. OTROS DERECHOS CONEXOS AL DEL AUTOR

Además de aquellos derechos vecinos consagrados en la Convención de Roma, se han incorporado en algunos textos nacionales otros derechos conexos

al del autor, cuyo contenido y extensión varía de acuerdo a la legislación aplicable.

La visión panorámica que nos ocupa, hace exponer, apenas de una manera resumida, algunos detalles relativos a tales derechos, a veces conexos al autoral.

Los derechos a la imagen y a la intimidad

Estos derechos, evidentemente personalísimos, se vinculan al derecho de autor -y a veces aparecen incluso algunas normas específicas sobre ellos en ciertas leyes autorales-, especialmente en lo que se refiere a la divulgación de cartas o diarios personales -que pueden constituir, además, obras literarias-, o a las fotografías o esculturas que representan la imagen de una persona.

El "derecho de arena".

Relacionado igualmente con el derecho a la imagen, y llamado también "derecho de estadio", faculta, conforme a algunos textos nacionales, a la organización a la cual pertenezca un atleta a autorizar o prohibir la grabación, transmisión o retransmisión de un evento deportivo con pago de entrada, haciendo participar a los deportistas intervinientes en el espectáculo, en un porcentaje de la remuneración que exija la organización por permitir la fijación, radiodifusión o retransmisión del evento.

El Derecho sobre los personajes de ficción

También, en algunos casos, conectados a los derechos a los derechos de la personalidad, algunos textos autorales incluyen el derecho exclusivo de explotación sobre los personajes humanos de caracterización empleados en actuaciones artísticas, así como sobre los personajes ficticios o simbólicos que, con características de originalidad, son utilizados en publicaciones periódicas.

Los derechos del editor

Si bien el editor, en virtud del contrato celebrado con el autor, es un titular derivado de derechos sobre la obra, los cuales puede invocar, conforme a lo pactado contractualmente en el marco del derecho de autor, ha surgido la posibilidad -recogida en algunas legislaciones-, de reconocer al editor un derecho propio, derivado de su actividad editorial.

Así, en algunos ordenamientos se ha consagrado el derecho del editor sobre la presentación tipográfica de sus ediciones publicadas, es decir, las características "individuales" como el editor presenta sus ediciones.

Otros derecho asignado en algunos textos nacionales al editor, es el de percibir una remuneración compensatoria por la reproducción reprográfica (En los casos en que esta duplicación en facsímil es lícita) de las obras editadas por él, sea compartida con el autor o bien

como único beneficiario de esa compensación, éste último caso cuando se trata, por ejemplo, de obras caídas en dominio público, o si el editor tiene una titularidad por efecto de la ley de los derechos de autor sobre la obra, como en las obras colectivas.

Finalmente, los editores aspiran a tener un derecho propio para impedir la reproducción no autorizada de sus ediciones - similar al reconocido al productor fonográfico sobre sus fonogramas-, el cual, al menos en las legislaciones de tradición jurídica latina, tendría que ubicarse en el marco de los derechos conexos al derecho de autor.

El derecho sobre el título de una publicación periódica

Una publicación periódica -v.gr.: diarios, revistas, noticiario-, no constituye, per se, una obra del ingenio, salvo que por la originalidad en la selección o disposición de las materias se considere una compilación protegida por el derecho de autor, todo ello sin perjuicio de que en su contenido -v.gr.: artículos de opinión-, estén incluidas creaciones tuteladas por el derecho autoral.

Sin embargo, ciertos textos nacionales que regulan el derecho de autor, incluyen el derecho exclusivo de explotación sobre el título o cabeza de publicaciones o difusiones periódicas, el cual, por no tener necesariamente como objeto a una obra, debe enmarcarse, al menos en la tradición jurídica

latina, en el marco de los derechos vecinos al estrictamente autoral.

El derecho de divulgación sobre las obras póstumas

Algunos ordenamientos nacionales le hacen surgir ciertos efectos jurídicos especiales a una sub-categoría ubicada entre las obras póstumas, es decir cuando estas creaciones, además de no haber sido divulgadas durante la vida del autor, tampoco lo han sido durante el lapso post mortem de protección del derecho patrimonial, en cuyo caso se ha planteado la posibilidad de reconocer a quien las halle y las divulgue, un derecho exclusivo de explotación por un tiempo determinado.

La vinculación de este derecho con el autoral se encuentra, por una parte, en el objeto, ya que se trata de una obra que en algún momento debió gozar de la protección del derecho patrimonial en favor de su autor - a menos que su existencia date de tiempos en que no existía legislación aplicable-, y, por la otra, que el derecho afín reconocido al divulgador no puede vulnerar el contenido moral relacionado con la obra, especialmente en cuanto a la paternidad del verdadero autor y la integridad de la creación.

El derecho sobre las grabaciones audiovisuales no creativas

La organización humana y los complicados elementos técnicos y recursos financieros que se requieren para ciertas producciones audiovisuales que no

constituyen, stricto sensu, una obra creativa protegida por el derecho de autor -v.gr.: filmación de un suceso noticioso o grabación de un evento deportivo-, justicia el reclamo de parte de sus respectivos productores en lograr un derecho exclusivo de explotación por un tiempo determinado, para cuya defensa, en caso de inexistencia en la legislación autoral, habría que recurrir a otras figuras, por ejemplo, el enriquecimiento sin causa o la competencia desleal.

El derecho sobre las meras fotográficas

Como cualquier otra manifestación susceptible de tutela por el derecho de autor, el acto humano exteriorizado debe contener elementos creativos, es decir, con suficientes características de individualidad, y la fotografía no constituye una excepción, razón por la cual algunos ordenamientos exigen que la fotografía sea artística o documental.

Pero es posible que una fijación fotográfica, que no tenga características creativas -e incluso por venturas de la casualidad, pueda captar un evento importante-, sea susceptible de tener un valor económico apreciable y cuya explotación libre y gratuita por terceros, tendría las características de un enriquecimiento injusto en perjuicio de quien realizó la fijación.

De allí la posibilidad de reconocer, en el marco de los derechos

conexos, un derecho exclusivo de explotación, por un tiempo determinado, al que realice una fotografía que no constituya una obra de carácter creativo.

XIV. OTROS DERECHOS DE "PROPIEDAD INTELECTUAL"

Bajo la denominación complementaria de "otros derechos de Propiedad Intelectual", estudiaremos aquellos casos que se encuentren en una o varias de las situaciones siguientes:

- 1.- Que no guarden mayor similitud, en cuanto al objeto protegido o sus características, con los demás derechos intelectuales estudiados, es decir, los invencionales, los marcarios o los autorales y conexos.
- 2.- Que hayan surgido con posterioridad a la concepción de las áreas tradicionales de la propiedad industrial o del derecho de autor.
- 3.- Que se encuentren en un terreno intermedio entre ambas disciplinas, o guarden relación con las dos áreas.
- 4.- Que tengan un carácter *sui generis* dada la enumeración simplemente ejemplificativa de los ámbitos comprendidos bajo la disciplina general de la Propiedad Intelectual.

Veamos:

La competencia desleal

Como ya fue mencionado *supra*, la competencia desleal no tiene como bien jurídico protegido un aporte intelectual (invención, marca, diseño, obra), ni atribuye un derecho subjetivo que implique un monopolio de explotación sobre una creación determinada o un bien inmaterial autónomo, sino que su regulación legal está dirigida a obtener una abstención respecto de ciertas conductas que, al atentar contra la ética comercial o industrial, lesionan, tanto al empresario honesto, como a la fe pública y a los derechos del consumidor.

De allí que puedan existir normas sobre la competencia desleal en las leyes de protección al consumidor, o que algunas de esas conductas sean penadas como delitos contra la fe pública, o que en algunas legislaciones las disposiciones sobre la materia aparezcan en el Código Civil, en el capítulo correspondiente al abuso del derecho.

Su ubicación en el marco de los "derechos intelectuales" se fundamenta en que esas actitudes desleales, en muchos casos, guardan relación o lesionan derechos amparados por el derecho industrial o el marcario.

Así, el texto de la Revisión de Estocolmo (1967) de la Unión de París (art. 10 bis), dispone que deben prohibirse particularmente:

"1.- Todos los actos susceptibles

de que, por cualquier medio, se establezca confusión con el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor.

"2.- Las falsas alegaciones en el ejercicio del comercio, susceptibles de que desacrediten el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor.

"3.- La indicaciones o alegaciones cuya utilización en el ejercicio del comercio sea susceptible de inducir al público a una equivocación sobre la naturaleza, modo de fabricación, características, posibilidades de uso o cantidad de mercaderías".

Las denominaciones de origen

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

Si bien la finalidad del Tratado, y de la disciplina en cuestión, es la de reconocer la protección a esas denominaciones, lo cierto es que no

se atribuye un derecho absoluto de explotación, en poder de una sola persona, para el empleo de una determinada indicación de procedencia, sino que ampara a todas aquellas empresas que produzcan un bien, en una zona geográfica específica, reuniendo las demás condiciones ya señaladas.

De allí que esta materia guarde también íntima relación con la competencia desleal y, en consecuencia, con la fe pública y los derechos del consumidor, pues se pretende evitar que determinados productos, distintos de aquellos cuya calidad y prestigio dependen de una determinada procedencia, sean colocados en el comercio bajo menciones capaces de engañar al público respecto de su verdadero origen.

Las variedades vegetales

En este derecho, el objeto de la protección no es una invención - porque no se trata de una solución técnica aplicable a la industria, aunque sí persigue un objetivo práctico-, ni, evidentemente, una obra artística, literaria o científica, sino una obtención vegetal que pueda, por uno o varios elementos de importancia, distinguirse de otra variedad ya conocida al momento de solicitar la protección.

Conforme al Convenio Internacional para la protección de las obtenciones vegetales (1961), con sus revisiones de Ginebra (1972 y 1978), el obtentor de una variedad

nueva, o sus causahabientes, tiene el derecho exclusivo de autorizar:

- 1.- La producción, con fines comerciales, del material de multiplicación, en su calidad de tal, de dicha variedad, y su puesta a la venta o comercialización.
- 2.- El empleo repetido de la nueva variedad para la producción comercial de otra variedad.
- 3.- La utilización comercial de las plantas ornamentales o de partes de dichas plantas como material de multiplicación, con vistas a la producción de plantas ornamentales o de flores cortadas.

El Convenio crea, además, la Unión Internacional para la Protección de la Obtenciones Vegetales (UPOV), con sede en Ginebra.³¹

La invenciones biotecnológicas

Las innovaciones en el campo de la biotecnología adquieren una importancia inusitada en el mundo contemporáneo, pues es posible crear organismos vivos, y no solamente nuevas variedades vegetales, como se vió con antelación, sino también razas de animales, obtener proteínas a través de la ingeniería genética o conseguir y utilizar nuevas bacterias para fines específicos.

Nadie duda sobre la necesidad de reconocer una protección a tales

invenciones biotecnológicas, que demandan grandes esfuerzos investigativos y económicos, pero subsisten todavía discusiones sobre cuál debe ser el objeto de la patente y cuáles los requisitos para la patentabilidad, especialmente en cuanto a que la intervención humana haya sido el factor determinante para la obtención del resultado conseguido, y no cuando esa participación se haya limitado a seleccionar una materia biológica existente y dejar que desarrolle su función biológica normal en condiciones naturales.³²

Por otra parte, en el campo de los micro-organismos, la patentabilidad supone la descripción escrita de la invención, pero ésta puede no ser suficiente a los efectos de individualizar lo que se desea patentar, a menos que se deposite una muestra de dicho microorganismo, lo que a su vez implica una infraestructura complicada para mantener viva y no contaminada la muestra depositada, además de los inmensos costos que significaría efectuar ese depósito en cada país donde se pretendiera reclamar la protección.

De allí la aprobación del Tratado de Budapest sobre el reconocimiento internacional del depósito de micro-organismos a los fines del procedimiento en materia de patentes (1977), mediante el cual se reconoce un depósito único ante una cualquiera de las autoridades nacionales que adquiera el estatuto correspondiente, previa la satisfacción de las exigencias

establecidas en el instrumento.³³

Los descubrimientos científicos

Aunque siempre se afirma, y así lo contemplan numerosas legislaciones, que están protegidas las obras del ingenio de naturaleza literaria, artística o científica, es de advertir que la tutela por el derecho autoral no abarca a las ideas, sino al ropaje con que las ideas se visten, es decir, a la forma de expresión.

Esta aclaración cobra singular importancia en lo que se refiere a las "obras científicas", pues, como lo dispone la Convención Interamericana de Washington sobre el derecho de autor en obras literarias, científicas y artísticas, y así ha sido recogido por muchos textos nacionales (v. gr.: Decisión Andina 351 de Régimen Común sobre el Derecho de Autor y Derechos Conexos), "el amparo conferido por la presente Convención no comprende el aprovechamiento industrial de la idea científica" (art. IV,3).

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

Y es que el descubrimiento

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

Pero ese encuentro puede ser, y así ocurre generalmente, debido a considerables estudios, investigaciones y dedicación intelectual.

Por ello, se han tratado de elaborar fórmulas para asegurar derechos sobre la "propiedad científica", conocida como "le droit des savants", y cuyo análisis excede los propósitos de este trabajo.

Baste señalar que entre las diversas propuestas están la de otorgarle al investigador una patente de principio, o de reconocerle un derecho de participación económica en la invención, o la de asignarle una recompensa a través de sistemas de premiaciones.

Los caracteres tipográficos

Los caracteres tipográficos están referidos al conjunto de dibujos que se emplean para la edición de textos gráficos (v.gr.: signos figurativos, adornos, etc.), los cuales, de tener características de ingeniosidad, deben ser merecedores de tutela legal.

No se trata aquí del derecho conexo del editor sobre al "individualidad" en la forma de presentación gráfica de la obra, sino en la "novedad" de los símbolos utilizados para la impresión.

Conforme al Acuerdo de Viena

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

Los circuitos integrados

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

Ese producto (circuito integrado), tiene como elemento creativo el "esquema de trazado" (topografía), es decir, la disposición espacial de los elementos electrónicos integrados y de las conexiones establecidas entre ellos, sea en la forma como se halla en el propio "chip", o bien en la expresada por medios tales como máscaras, dibujos o cintas magnéticas.³⁴

Los esquemas de trazado demandan millonarias inversiones para tratar de obtener circuitos integrados más diminutos, más eficientes y de menor precio, pero cuya duplicación, copia o imitación

se hace cada vez más fácil y a muy bajo costo, lo que desalienta nuevas investigaciones en el área, pues nadie invierte para perder, y frena el desarrollo de las industrias productoras en el sector.

El justo reclamo de las industrias productoras de estos nuevos bienes intelectuales, aspiran a lograr una protección legal que les asegure, por lo menos, el derecho de autorizar o no la reproducción, total o parcial del esquema de trazado, así como la importación, distribución o venta de un esquema de trazado protegido o de un circuito integrado en el cual dicha topografía esté incorporada.

El problema se ubicó, desde el principio, en cuál era el camino más adecuado para la protección, siempre en el marco de los derechos intelectuales: el derecho invencional, el derecho de autor, la competencia desleal o un derecho *sui generis*.

El Tratado de Washington sobre la Propiedad Intelectual respecto de los Circuitos Integrados, deja en libertad a los Estados Contratantes para cumplir sus obligaciones convencionales, mediante ley especial, a través de su ley sobre el derecho de autor, por medio de su ley interna de patentes, dibujos o modelos industriales, competencia desleal o cualquier otra ley o combinación de dichas leyes.

El Folklore

Si bien es cierto que existen diferencias entre las obras protegidas por el derecho de autor y las comprendidas en el folklore, especialmente porque aquellas tienen un firme carácter individual y en éstas, generalmente, falta el sustrato personal (autor conocido), pues son el resultado de un proceso impersonal, transmitido de generación en generación, también lo es que las expresiones folklóricas, no obstante estar excluidas de la protección por el derecho de autor, merecen una protección similar a la que se otorga a las obras tuteladas por ese derecho.

Esa necesidad surge del papel que juega el folklore como elemento de la identidad nacional y como patrimonio cultural de una nación, de manera que su proyección y difusión no debe lesionar los legítimos intereses de preservación e integridad en la expresión tradicional.

De allí que inspirándose en principios similares a los regulados por el derecho de autor, se haya legislado en algunos países sobre la protección del folklore, sea través de un capítulo especial en la misma ley sobre el derecho de autor, o bien mediante la aprobación de una ley especial.

XIV. EL DERECHO DE AUTOR Y LOS DERECHOS CONEXOS ANTE EL DESAFÍO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS ¿ADAPTACIÓN O CAMBIO?

Si el derecho de autor tiene por objeto la protección de los autores de las obras literarias y artísticas que reúnan los requisitos de originalidad y concreción de forma, es evidente que uno de los fines de perseguidos con la tutela es el "*estimulo a la creatividad*", concepto dinámico que impone la necesidad de producir e interpretar las normas con un sentido "*vivencial*", a la par de las nuevas formas creativas que nacen con el talento del hombre y de las novedosas formas de uso que surgen con el avance de la técnica, resultado también del ingenio humano.

Por ello, cuando se plantea con temor la suerte del derecho de autor con el advenimiento de nuevas tecnologías, especialmente en el campo de la informática y las telecomunicaciones, se olvida que desde su reconocimiento expreso en el marco del derecho positivo hasta la fecha, el derecho de autor ha tenido que afrontar varios "*traumas*" con el avance tecnológico, los cuales han sido superados, de una parte, con una interpretación judicial basada en el espíritu y los propósitos que fundamentan la protección, y no solamente en la letra fría y estática de la norma; y de la otra, con las reformas

legislativas adecuadas al avance de los tiempos.

De allí que la pregunta: ¿adaptación o cambio? no resulte novedosa, pues ha sido planteada cíclicamente durante toda al evolución de este derecho, desde su propio nacimiento hasta nuestros días.

Así, no puede olvidarse que el derecho de reproducción sobre la obra, inicialmente bajo la forma de un "privilegio", nació con motivo de un impacto tecnológico: la imprenta de tipos móviles de Gutenberg; y que la modernización de las vías y los medios de comunicación facilitó el desplazamiento entre países de los ejemplares de las obras, lo que reclamó una protección internacional, no ya a través de simples tratados bilaterales, sino por medio de instrumentos con vocación mundial.

Los ejemplos no quedan allí: cuando se inventaron las cajas de música y las máquinas mecánicas de música, los autores reclamaron de la industria una retribución por el uso de sus obras, en demanda que, al principio, no tuvo suerte en el plano internacional, pues el Acta originaria del Convenio de Berna (1886) incorporó en el Protocolo Final un dispositivo según el cual la fabricación y la venta de instrumentos idóneos para reproducir mecánicamente piezas musicales en dominio privado, no debían ser considerados como uso ilícito de obras musicales; pero el evidente perjuicio que esa exención

causaba a los creadores hizo que la situación comenzará a revertirse cuando el Acta de Berlín (1908) derogó la disposición de 1886 y reconoció el derecho de los autores al adaptación de sus composiciones a los instrumentos que sirvieran para reproducirlas mecánicamente, así como la ejecución pública de esas mismas obras por medio de tales instrumentos.³⁵

Nuevamente el avance tecnológico planteó otros retos al derecho de autor con el surgimiento de la cinematografía, en primer lugar, porque su mención como obra no aparecía de forma expresa en el Acta Originaria del Convenio de Berna (1886); en segundo lugar, porque muchas filmaciones se limitaban a fijar las escenas captadas en el teatro, razón por la cual los creadores del argumento se oponían al reconocimiento de un nuevo género, al estimar que el aporte creativo estaba en la obra literaria, y por ello se ofuscaban al oír hablar de "realizadores cinematográficos", a quienes tildaban de ser "los que le dan vueltas a la manivela".³⁵

Sin embargo, la incorporación de un conjunto de elementos creativos -en una evolución primaria que transcurre en las dos primeras décadas del presente siglo-, con la aparición de la escenografía creada especialmente para la obra, el seguimiento a los intérpretes en sus movimientos ("cine persecución"), la alternancia de acciones desarrolladas simultáneamente en sitios distintos, la combinación de decorados naturales con artificiales,

la estilización de los personajes, la elaboración de argumentos creados específicamente para la realización del filme y el abandono de los convencionalismos teatrales, hicieron nacer al cine como obra cinematográfica.³⁶

Es así como, si bien ya bajo la vigencia del Acta Originaria, el Convenio de Berna permitía la protección de las obras cinematográficas (porque el catálogo enunciativo de las obras finalizaba con la expresión: "en fin, toda producción literaria, científica o artística que podría ser publicada por cualquier forma de impresión o de reproducción"), ya el Acta Adicional de París (1896) declaraba la protección, no solamente de las fotografías, sino también de "las obtenidas por un procedimiento análogo"; al tiempo que el Acta de Berlín (1908) aclaraba que quedaban protegidas como obras literarias y artísticas las producciones cinematográficas cuando, por las disposiciones escenográficas o combinaciones de incidentes representados, el autor hubiere dado a su obra un carácter personal y original. A su vez, el Acta de Roma (1928), simplificó las cosas, al disponer que se protegían como obras literarias o artísticas las producciones cinematográficas cuando el autor hubiere dado a la obra carácter original, y a partir del Acta de Bruselas (1948) se incluyó en el catálogo ejemplificativo de las creaciones protegidas a "las obras cinematográficas y las obtenidas por un procedimiento análogo a la cinematografía".

Y en cuanto a la titularidad, dada la diversidad de criterios nacionales en torno al tema, el Convenio, a partir del Acta de Estocolmo (1967), dispone que *"la determinación de los titulares del derecho de autor sobre la obra cinematográfica queda reservada a la legislación del país en que la protección se reclame"*.

También el advenimiento de la radiodifusión planteó nuevos retos a la protección de los creadores, si se toma en cuenta que el Convenio de Berna, en su Acta Originaria (1886), estaba concebido, fundamentalmente, en torno a los derechos de representación (como *"espectáculo viviente"*), pero ya en la Revisión de Roma (1928) se incluyó de manera taxativa el derecho de los autores de obras literarias y artísticas de autorizar la comunicación de sus obras al público por la radiodifusión.

Posteriormente, las mejoras en la técnicas de grabación sonora, incluso en combinación con la radiodifusión de esas grabaciones, destacó el drama que comenzaban a sufrir los artistas intérpretes y ejecutantes, en la década de los años 30, cuando se veían desplazados de sus fuentes de empleo, pues ya no eran necesarias sus actuaciones *"en vivo"* para que el público, a través de sus radorreceptores o mediante la ejecución de esas grabaciones en salas de baile u otros locales similares, pudiera disfrutar de las interpretaciones o ejecuciones.

Es así como, incluso sin norma

expresa, la jurisprudencia argentina, por ejemplo, en 1930, a pesar de toda omisión en la ley de los derechos de los intérpretes, declaraba que la adquisición de discos fonográficos no autorizaba su difusión por radiofonía sin el consentimiento de los intérpretes, 38 y comenzaban a aprobarse las primeras reformas legales, antes de todo Convenio Internacional, por las cuales se reconocía el derecho de los artistas a impedir la radiodifusión o comunicación al público de sus interpretaciones o ejecuciones.

Y si bien es cierto que los intentos realizados para incorporar los derechos de los artistas en el Convenio de Berna, con motivo de la Conferencia Diplomática que aprobó al Revisión de Bruselas (1948), no dieron resultado, ello no se debió a una indiferencia en torno a esos trabajadores intelectuales, sino a la necesidad de elaborar un instrumento internacional distinto, para la protección de los derechos conexos de los intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, lo que ocurrió con la aprobación de la Convención de Roma (1961), la cual, en lo que se refiere a la radiodifusión o comunicación al público de grabaciones ya fijadas, plantea el derecho de remuneración equitativa a los intérpretes o ejecutantes, a los productores fonográficos, o a ambos, en las condiciones que determine la legislación aplicable.

La década de los años 60 también

planteó al derecho de autor nuevos desafíos tecnológicos: la popularización de la fotocopiadora y las transmisiones por satélite.

Así, la masificación de la reprografía destacó la importancia del artículo 9, 2 del Convenio de Berna, ya que las reproducciones que en casos especiales pueden ser permitidas por las leyes nacionales son aquellas que no atenten contra la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

En ese sentido, ya el Informe de la Conferencia Diplomática que aprobó la Revisión de Estocolmo (1967), contenía una declaración interpretativa del artículo 9,2 del Convenio, cuando afirmó: *"Si se considera que la reproducción es contraria a la explotación normal de la obra, el paso siguiente consistirá en determinar si causa o no un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor. Únicamente si ello no ocurre sería posible, en ciertos casos, admitir una licencia obligatoria o establecer una utilización sin remuneración. Un ejemplo práctico puede ser el de la fotocopia para diversos fines. Si consiste en la producción de un número muy grande de copias, no puede permitirse porque es contraria a la explotación normal de la obra. Si supone un número relativamente crecido de copias para uso en empresas industriales, puede no causar un perjuicio injustificado a los intereses del autor siempre que, conforme a la legislación nacional, se pague una remuneración equitativa"*.³⁹

Y ese derecho de remuneración equitativa por las reproducciones privadas se hizo más necesario con la aparición, en la década de los 70, del "audio-cassette" y el "video-cassette", y los aparatos domésticos (audiograbadores y videograbadores) diseñados para la grabación de sonidos y/o imágenes en esos soportes vírgenes, sea por el procedimiento "back to back" o bien a partir de una emisión de radio o televisión.

También acá la jurisprudencia en algunos países se adelantó al legislador, cuando el Tribunal Federal de Justicia de Alemania dictó una sentencia admitiendo la procedencia de la demanda de remuneración por las grabaciones privadas de obras protegidas, decisión que fue el origen del art. 53,5 de la ley sobre el derecho de autor sancionada en 1965.⁴⁰

Hoy vemos cómo numerosas legislaciones en el mundo han adoptado el derecho de remuneración por copia privada, tanto de la reproducción reprográfica como de las grabaciones sonoras y audiovisuales, mediante diversos sistemas cuyo análisis excede los propósitos de este trabajo.

En los 70 las transmisiones por satélite no se limitaron a la divulgación de grandes hechos noticiosos -como había ocurrido con la llegada del Hombre a la luna- sino que comenzaron a utilizarse para la comunicación a distancia de programas contentivos de obras protegidas por el derecho de autor

(v.gr.: conciertos, festivales, etc.), lo que surgió la pregunta: ¿están comprendidas las transmisiones por satélite entre los derechos exclusivos previstos en el Convenio de Berna?. Y nuevamente el instrumento ofreció una respuesta afirmativa, pues si al utilizarse el espacio hertziano hay radiodifusión, ese derecho aparece en la Convención (art.11,bis1), incluso en una de menor nivel de protección, como la Universal (Revisión de París, 1971).

El desafío tecnológico continuó con las transmisiones y retransmisiones a través del cable-hilo, fibra óptica, etc.-, y de nuevo se planteó la interrogante acerca de si esa forma de explotación de las obras encontraba suficiente tutela a la luz del Convenio de Berna.

En tal sentido el artículo 11,1,2 del Convenio reconoce el derecho exclusivo de autorizar la transmisión pública, "por cualquier medio" de la representación o de la ejecución de la obra, expresión que comprende, sin lugar a dudas, a la comunicación por cable, ya que la radiodifusión, es decir, la difusión inalámbrica, está regulada por el artículo 11 bis de la misma Convención.

En todo caso, la tendencia creciente en muchas legislaciones es la de reconocer al autor un derecho general de comunicación pública, que comprenda cualquier forma de difusión, por todo o medio o procedimiento, de los signos, las palabras, los sonidos o las imágenes, como es el caso de las

transmisiones alámbricas o inalámbricas de la obra.

Y en el ámbito de los derechos conexos, los organismos de radiodifusión tienen, conforme a la Convención de Roma, el derecho de autorizar o prohibir la retransmisión de sus emisiones (art. 13,1), bien que se realice, a su vez, por medios inalámbricos, o que se produzca utilizando conductores físicos, como el cable.

La aparición posterior de las duplicadoras de alta velocidad -en el caso de los audiocassettes-, y más recientemente la aparición de la tecnología digital, que permite la rápida reproducción "clónica" de obras sonoras o audiovisuales contenidas en discos compactos y cintas audiodigitales, viene a reforzar la necesidad de establecer la remuneración compensatoria por la copia privada y la sanción penal para los actos que, como la "piratería", lesionan gravemente el derecho de reproducción de autores, artistas y productores.

Del mismo modo, el alquiler de los soportes viene a constituir una nueva modalidad de explotación de las obras que, facilitada por la tecnología, permite al arrendatario del ejemplar obtener una reproducción idéntica del mismo, antes de reintegrarlo al arrendador.

Si bien esa y otras tantas modalidades de explotación que han surgido en años recientes forman parte del derecho patrimonial del autor, en la medida en que éste se concibe bajo la idea de que

el creador tiene el derecho exclusivo de explotar su obra "en cualquier forma", de modo que la enumeración legislativa de las facultades reconocidas al titular tienen un carácter meramente enunciativo, la incorporación expresa del derecho de alquiler cobra importancia en aquellas legislaciones donde el derecho patrimonial se concibe bajo el sistema del "numerus claus".

En cualquier caso, el derecho de alquiler se ha venido incorporando de modo expreso en muchas legislaciones, en varios instrumentos internacionales vinculados al libre comercio, y aparece en los trabajos preparatorios para un futuro Protocolo al Convenio de Berna.

El reto que hoy más preocupa al mundo autorial, está en enfrentar y ofrecer soluciones a los problemas que se generarán con el uso combinado de la tecnología digital y las telecomunicaciones, tanto en lo que se refiere a los derechos del orden moral, especialmente en cuanto a las "alteraciones digitales" de las obras preexistentes, como a los patrimoniales, por ejemplo, respecto del ejercicio de tales derechos y la instrumentación de los controles que deberán instrumentarse para que la "navegación" de las obras a través de las "super-autopistas de la información", no se realice en perjuicio del derecho de los autores a autorizar o prohibir la comunicación pública de sus obras por cualquier medio, ni en desmedro de la remuneración a que

tiene derecho por esas comunicaciones.

El breve contenido en este capítulo nos revela de qué manera el derecho de autor ha avanzado con el progreso tecnológico, pero: ¿adaptación o cambio?.

Pensamos en "evolución", pero "sin perder la brújula", es decir, que esa evolución debe tener en cuenta que el autor es el centro de gravedad de este derecho, y que sin autor no hay obra, y sin obra no hay industrias culturales, in informáticas, ni del entretenimiento, ni de las telecomunicaciones.

NOTAS

- 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/91/1. Panamá, 1994.p.2.
- 2 V.: Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI): "Información General". Publicación OMPINo. 400(S). Ginebra, 1995.
- 3 V.: Rondón de Sansó, 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. Mexico, 1973.pp. 339-373.

- 4 V.: Ascarelli, Tulio: "Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales". (traducción de E. Verdera y L. Suárez-LLANOS). Ed. Bosch. Barcelona, 1970.pp.268-269.
- 5 Ob. Cit.p.8.
- 6 Baylos Corroza, Hermenegildo: "Tratado de derecho industrial". Ed. Civitas. Madrid,1978.p.345.
- 7 V.: Villalba, Carlos: "la protección de la actividad científica", en el libro memorias del IV Congreso Internacional sobre la protección de los derechos intelectuales. Guatemala, 1989.p.63.
- 8 Cfr.: Lasso de la Vega, Javier: "El contrato de edición". Ed. Estados Mdrid, 1949.p.21.
- 9 Cfr.: Mouchet, Carlos y Radaelli, Sigfrido: "derechos intelectuales sobre las obras literarias y artísticas". Ed. Guillermo Kraft. Buenos Aires, 1948. Tomo I.pp.80-81.
- 10 Baylos Corroza, Hermenegildo: "Tratado de derecho industrial". Ob. Cit. pp. 114-115.
- 11 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 Tomo I Congreso Iberoamericano de propiedad intelectual. Ed. Ministerio de Cultura. Madrid, 1991. Tomo I. pp. 95-105.
- 12 V: OMPI: "Información General". Ob. Cit.
- 13 V.: Uzcategui Urdaneta, Mariano: "Propiedad Industrial: Ed. Casuz. 2a. edición. Caracas, 1970. pp. 56-57. También, en un sentido bastante similar, la clasificación de Tulio Ascarelli: "Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales". Ob. Cit. pp. 320-322.
- 14 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 respaldado más cómodo de una silla; un lavarropa, con la misma máquina, pero diseñado en forma más práctica de ubicar en un pequeño apartamento; un reloj con similar maquinaria, pero más liviano legal de los dibujos y modelos industriales". Ed. De Palma. Buenos Aires, 1962. p. 2.
- 15 V.: Baylos Corroza, Hermenegildo: "Tratado de derecho industrial". Ob. Cit. pp. 163.
- 16 V.: Antequera Parilli, Ricardo: "Consideraciones sobre el derecho de autor". Buenos Aires. 1977. p. 19.
- 17 V.: Baylos Corroza, Hermenegildo: "Tratado de derecho industrial". Ob. Cit. pp. 196-197.
- 18 Ibid. pp. 200-201.
- 19 V.: Sanso, Benito: "Las patentes de invención en Venezuela", en : Sanso, Benito y Rondón de Sanso, Hildegard: "Estudios de derecho industrial". Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho. Caracas, 1965. p.13.
- 20 Villalba, Carlos: "La propiedad intelectual en sus facetas". Curso internacional ONPI-SUISA sobre derecho de autor y derechos conexos, Puebla (México), 1991. Documento OMPI/CNR/MEX/9/1.
- 21 V.: Uzcategui Urdaneta, Mariano: "Propiedad Industrial." Ob. Cit. pp.92-94.
- 22 Sobre la polémica en cuanto a la justificación o no del deber de explotación de la patente, v.: Bentata, Gabriel: "Temas de propiedad industrial y competencia desleal". Ed. Jurídica Venezolana. Caracas, 1984. pp. 11-31; DI GUGLIELMO, Pascual: "la invención patentable". Ed. Victor P. de Zavalía. Buenos Aires, 1968. pp. 103-115; y Rondon de Sanso, Hildegard: "La explotación de las patentes en Venezuela". Universidad Católica "Andrés Bello". Caracas, 1978. pp. 97-118.
- 23 V.: Rondon de Sanso, Hildegard: "La cesión de la marca", en "Estudios de derecho industrial". Ob. Cit. 149-152.
- 24 Ascarelli, Tulio: "Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales". Ob. Cit. p. 407.
- 25 Bentata, Victor: "Derecho Marcario" (fundamentos teóricos y prácticos). Instituto Nacional de Propiedad Intelectual (INPI). CARACAS, 1986. P. 15.
- 26 Baylos Corroza, Hermenegildo: "Tratado de derecho industrial". Ob. Cit. p. 15.
- 27 V.: Palacios, Leopoldo: "Las marcas comerciales en Venezuela". Universidad Central de Venezuela. Ed. de la Biblioteca. Caracas, 1968. pp. 21-24.
- 28 Organización Mundial de la Propiedad Intelectual

- (OMPI): "Glosario de derecho de autor y derechos conexos". (autor principal: Gyorgy Boytha). Ginebra, 1980. Voz 9. p.9.
- 29 Casado Cerviño, Alberto: "Interrelación entre propiedad industrial y propiedad intelectual. Su tratamiento en la vigente legislación española", en el libro-memorias del I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual. Ministerio de Cultura. Madrid, 1991. Tomo I. pp. 81-93.
- 30 Cfr.: 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. Ministerio de Cultura. Madrid, 1991. Tomo I. pp. 107-133.
- 31 Para una información más detallada del Convenio y de la Unión, v.: Unión Internacional para la protección de las Obtenciones Vegetales (UPOV): "Información general". Ginebra, 1991.
- 32 V.: Bercovitz, Alberto: "Problemática de la protección de las invenciones botecnológicas desde una perspectiva europea", en "Forum Regional sobre el impacto de las nuevas tecnologías en el derecho de la propiedad intelectual para los países de América Latina y el Crie". Organización Mundial de la propiedad intelectual (OMPI). Montevideo, 1989. pp. 203-228; GRAU, Alberto: "Biotecnologías y propiedad intelectual", Ibid. pp. 201-202; y Murashige, Kate H: "El impacto de la biotecnología sobre el derecho de propiedad intelectual y consideraciones en materia de concesión de licencias". Ibid. pp. 177-199.
- 33 V.: OMPI: "Información General". Ob. Cit.
- 34 V.: Massaguer, José: "El tratado de Washington sobre la propiedad intelectual respecto de los circuitos integrados", en derecho de la Alta Tecnología (DAT). Año II. No. 19. Buenos Aires, marzo de 1990. pp. 9-17.
- 35 V.: Lipszyc, Delia: "Derecho de autor y derechos conexos". Ed. UNESCO/CERLALC/ZAVALLIA. Buenos Aires, 1933. pp. 353-354.
- 36 V.: Mattyssens, Jean: "Gestión y control de los derechos sobre las obras audiovisuales", citado por Antequera Parilli, Ricardo: "El nuevo régimen del derecho de autor en Venezuela". Ed. Autoralex. Caracas, 1994. p. 101.
- 37 V.: Gerard, Paul-Daniel: "Los derechos de autor en la obra cinematográfica", citado por Antequera Parilli, Ricardo: Ob. Cit. p. 97.
- 38 V.: Villalba, Carlos y Lipszyc, Delia: "Derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión". Ed. Victor P. de Zavalía. Buenos Aires, 1976. p. 79.
- 39 Cfr.: OMPI: "Comentarios al proyecto de disposiciones tipo para leyes em materia de derecho de autor". Documento CE/MPC/I/2-III. Ginebra, 1989. p. 24.
- 40 V.: Lipszyc, Delia: Ob. Cit. p. 241.