

OMPI/PI/SEM/BOG/02/3

ORIGINAL: Español

FECHA: 3 de julio de 2002



REPÚBLICA DE COLOMBIA



ORGANIZACIÓN MUNDIAL
DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL



SECRETARÍA GENERAL DE LA
COMUNIDAD ANDINA

SEMINARIO DE LA OMPI PARA LOS PAÍSES ANDINOS SOBRE LA OBSERVANCIA DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL EN FRONTERA

organizado por
la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)
en cooperación con
la Secretaría de la Comunidad Andina (CAN),
el Ministerio de Comercio Exterior,
la Dirección Nacional de Derecho de Autor (DNDA),
la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN)
y
la Superintendencia de Industria y Comercio de la República de Colombia

Bogotá D.C., 10 y 11 de julio de 2002

**EL DERECHO DE AUTOR EN LOS TRATADOS ADMINISTRADOS POR LA OMPI
Y EN EL ACUERDO SOBRE LOS ASPECTOS DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD
INTELECTUAL RELACIONADOS CON EL COMERCIO
(ACUERDOS SOBRE LOS ADPIC)**

*Documento preparado por la Sra. Vivian Alvarado Baena, Jefe de la División Legal,
Dirección Nacional de Derecho de Autor (DNDA), Bogotá D.C.*

ÍNDICE

1. ANTECEDENTES
2. EL CONVENIO DE BERNA PARA LA PROTECCIÓN DE LAS OBRAS LITERARIAS Y ARTÍSTICAS DE 1886
 - 2.1 Principios básicos
 - 2.2 El derecho de autor
 - 2.2.1 Objeto del derecho de autor: La obra
 - 2.2.2 Sujeto del derecho de autor
 - 2.2.3 Contenido del derecho de autor
 - 2.2.3.1 Los derechos morales
 - 2.2.3.2 Los derechos patrimoniales
 - 2.2.4 Duración de la protección
 - 2.2.5 Limitaciones y excepciones
 - 2.3 El ejercicio del derecho de autor
 - 2.3.1 Ejercicio de las facultades materiales
 - 2.3.2 Ejercicio de las facultades jurídicas
 - 2.3.2.1 Transferencia del derecho de autor
 - 2.3.2.2 Transmisión mortis causa del derecho
3. ACUERDO SOBRE LOS ASPECTOS DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL RELACIONADOS CON EL COMERCIO (ACUERDOS SOBRE LOS ADPIC)
 - 3.1 Antecedentes históricos
 - 3.2 Vínculo con el Convenio de Berna y principios básicos
 - 3.3 Existencia alcance y ejercicio de los derechos derecho de autor
 - 3.3.1 Objeto del derecho de autor.
 - 3.3.2 El Sujeto del derecho de autor.
 - 3.3.3 El Contenido del derecho de autor
 - 3.4.3.1 Derechos morales
 - 3.4.3.2 Derechos patrimoniales
 - 3.4.4 Duración de la protección
 - 3.4.5 Limitaciones y excepciones
 - 3.4.6 Observancia de los derechos de propiedad intelectual

4. TRATADO DE LA OMPI SOBRE DERECHO DE AUTOR DE 1996

4.1 Vínculo con el Convenio de Berna

4.2 Ámbito de protección del derecho de autor

4.3 Derechos patrimoniales

4.3.1 Derecho de reproducción

4.3.2 Derecho de distribución

4.3.3 Derecho de alquiler

4.3.4 Derecho de comunicación

4.4 Duración de la protección para las obras fotográficas

4.5 Limitaciones y excepciones

4.6 Otras cuestiones

BIBLIOGRAFÍA

1. ANTECEDENTES

1. Desde el momento en que los autores sienten la necesidad de controlar el uso de sus obras más allá del territorio en donde las mismas conocen originariamente su publicación, se hizo necesario construir normas que comprometieran el interés de proteger la creación en las diferentes regiones en donde estas circulaban.

2. En un comienzo los países que dictaron leyes internas en materia de derecho de autor, estaban preocupados básicamente por la utilización y protección de las obras de sus nacionales. Sin embargo, en razón al espíritu de universalidad de las obras del intelecto, a la necesidad de protección de los autores en todos los territorios donde sus obras pudieran utilizarse, y al amplio proceso de difusión de éstas más allá de las fronteras nacionales, los gobiernos se plantearon la posibilidad de establecer mecanismos de protección de índole supranacional, habida cuenta que las leyes internas no otorgaban protección a las obras de sus nacionales fuera de sus fronteras, y además porque concluyeron que la única manera de garantizar la protección de los autores nacionales, es otorgando la misma protección a los autores extranjeros. A esta razón se adicionó el hecho de que la revolución tecnológica, con el advenimiento de la fotografía, la cinematografía, la grabación sonora y la radiodifusión, desató un gran movimiento de obras de unos países a otros, de los países de origen hacia otros en los cuales la obra iba a ser explotada, y no existía normatividad suficiente que otorgara protección de los autores nacionales en otros países.

3. Este hecho llevó a los gobiernos a suscribir tratados bilaterales y a incluir en sus textos legales la reciprocidad sustantiva. Sin embargo, esta iniciativa que en un principio resultó ser una buena solución para proteger los derechos de los nacionales de un país, cuando sus obras fueran utilizadas en otro, al poco tiempo resultó insuficiente dado el creciente volumen de comercialización internacional de las obras, y la masiva utilización que la tecnología de la época permitía hacer de las obras en distintos países.

4. En vista del carácter internacional que desde un principio demostró el derecho de autor, se vislumbró la necesidad de establecer una normatividad internacional. Fueron los países europeos los que lideraron la consolidación de un convenio multilateral que rigiera las relaciones de los países en materia de protección a las obras del intelecto humano.

5. Es así como se llega al Convenio para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, concluido en Berna el 9 de septiembre de 1886, con la firma de diez países representados por sus delegados: Alemania, Bélgica, España, Francia, Italia, Reino Unido, Suiza, Haití, Liberia y Túnez.

2. EL CONVENIO DE BERNA PARA LA PROTECCIÓN DE LAS OBRAS LITERARIAS Y ARTÍSTICAS DE 1886

6. El texto original del Convenio de Berna (en adelante CB) “para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas” que data de 1886, ha sido revisado cada veinte años aproximadamente, en 1908 en Berlín, en 1928 en Roma, en 1948 en Bruselas y en 1967, en Estocolmo. El texto actual del Convenio corresponde a su última revisión adoptada a través del Acta de París de 1971, y su estructura actual está determinada de la siguiente manera: los Artículos 1 al 21 constituyen los denominados Artículos sustantivos y los artículos 22 al 38 los administrativos, las cláusulas

finales y las disposiciones transitorias, además un Anexo de 6 artículos relativo a los países en desarrollo, todo esto precedido de un preámbulo que explica el objeto del Convenio “*Los países de la Unión, animados por el mutuo deseo de proteger del modo más eficaz y uniforme posible los derechos de los autores sobre sus obras literarias y artísticas...*”

2.1 Principios básicos

7. El CB se fundamenta en cuatro principios básicos para la protección de las obras literarias y artísticas:

1. Principio del trato nacional (Artículo 5.1)

8. A través de este principio básico se pretende garantizar la protección de las obras de autores nacionales o residentes en cualquier país de la Unión, de la misma manera como la legislación de cada país protege a sus autores nacionales, es decir, que se de igual tratamiento jurídico a un autor nacional como a uno extranjero: “Los autores gozarán, en lo que concierne a las obras protegidas en virtud del presente Convenio, en los países de la Unión que no sean el país de origen de la obra, de los derechos que las leyes respectivas conceden en la actualidad o concedan en lo sucesivo a los nacionales, así como de los derechos especialmente establecidos por el presente Convenio”.

9. Este Artículo ha sido uno de los grandes logros de Berna, ya que ha permitido asegurar la protección integral en los países que han adherido al Convenio, pues crear un mecanismo que garantiza una protección efectiva en cualquier país de la Unión, en tanto dichos países tienen la seguridad que sus nacionales recibirán también una protección efectiva ante cualquier reconocimiento o vulneración de sus derechos.

2. El principio de la protección automática (Artículo 5.2)

10. Según este principio la protección a las obras intelectuales se concede desde el mismo momento de la creación de la obra, sin necesidad de formalidad alguna, como condición para la existencia o el ejercicio de los derechos: “El goce y ejercicio de estos derechos no estarán subordinados a ninguna formalidad...”.

3. El principio de la protección mínima (Artículo 5.2)

11. El Artículo 5.1 al consagrar el principio del trato nacional, o sea, que los autores de cualquier país de la Unión deben recibir el mismo trato que los nacionales, al decir : “Los autores gozarán, en lo que concierne a las obras protegidas en virtud del presente Convenio, en los países de la Unión que no sean el país de origen de la obra, de los derechos que las leyes respectivas conceden en la actualidad o concedan en lo sucesivo a los nacionales, así como de los derechos especialmente establecidos por el presente Convenio”, pone de manifiesto que la ley aplicable es la del país donde se reclama, pero, como no todas las legislaciones otorgan el mismo nivel de protección, el Convenio ha establecido unos mínimos para equilibrar las diferencias en la protección, es decir, que cuando las disposiciones de la legislación interna de un país, no cubren los derechos que el Convenio garantiza, las disposiciones del Convenio mismo complementan esos faltantes.

4. El principio de la independencia de la protección (Artículo 5.1)

12. Este principio se traduce en que con independencia de la protección otorgada en el país de origen de la obra, han de aplicarse las disposiciones de país en donde se reclama el amparo: “El goce y ejercicio de estos derechos... y ambos son independientes de la existencia de protección en el país de origen de la obra. Por lo demás, sin perjuicio de las estipulaciones del presente Convenio, la extensión de la protección así como los medios procesales acordados al autor para la defensa de sus derechos se regirán exclusivamente por la legislación del país en que se reclama la protección”.

2.2 El derecho de autor

2.2.1 Objeto del derecho de autor: La obra

13. El objeto del derecho de autor es la obra, entendiendo por tal toda creación intelectual original, expresada de manera que pueda ser accesibles a la percepción.

14. El Convenio de Berna (en adelante CB), como la mayoría de las legislaciones nacionales, no define el término obra, limitándose en su Artículo 2 a enunciar que se encuentran protegidas las creaciones literarias y artísticas y efectuando una enumeración no exhaustiva de aquellas, así:

“1) Los términos “obras literarias y artísticas” comprenden todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión, tales como los libros, folletos y otros escritos; las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza; las obras dramáticas o dramático-musicales; las obras coreográficas y las pantomimas; las composiciones musicales con o sin letra; las obras cinematográficas, a las cuales se asimilan las obras expresadas por procedimiento análogo a la cinematografía; las obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado, litografía; las obras fotográficas a las cuales se asimilan las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía; las obras de artes aplicadas; las ilustraciones, mapas, planos, croquis y obras plásticas relativos a la geografía, a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias”.

15. De tal forma, y a pese a la ausencia de una definición expresa de lo que ha de entenderse por “obra”, es posible destacar las principales características de la misma, a saber:

i) Que pertenezca al dominio literario¹ o artístico².

16. Esta condición, permite por una parte, señalar la exclusión de protección de aquellos

¹ “En sentido estricto, es un escrito de gran valor desde la perspectiva de la belleza y efecto emocional de su forma y contenido. Sin embargo, desde la perspectiva del derecho de autor, la referencia general a las obras literarias se entiende generalmente que alude a todas las formas de obra escrita originales, sean de carácter literario, científico, técnico o meramente práctico, y prescindiendo de su valor y finalidad”. Glosario de la OMPI, voz 164.

² “Obra artística (u obra de arte) es una creación cuya finalidad es apelar al sentido estético de la persona que la contempla. (...)” Glosario de la OMPI, voz 13.

productos fruto del trabajo intelectual que, pese a su mérito, no implican una labor creativa, o que bien, son objeto protección de la propiedad industrial y, por otra, destacar que los conceptos artísticos y literario, deben apreciarse con un criterio amplio, pues están amparadas con la tutela del derecho de autor aquellas obras que tradicionalmente tienen poca relación con las letras o las artes, como lo sería por ejemplo, un texto de carácter técnico.

17. En este punto, se precisa efectuar una aclaración en relación a las obras de carácter científico a las que alude el artículo 2 de CB. Al respecto, impera señalar que las mismas no están protegidas en función de su contenido, sino de su forma de expresión, de tal manera que, una libro de física cuántica será considerado como una obra literaria.

ii) Que posea una forma de expresión

18. Cuando el CB se refiere a la protección de los derechos sobre las obras, “cualquiera que sea el modo o forma de expresión” (Art. 2.1), está excluyendo de manera clara la protección de las ideas. En consecuencia, el derecho de autor protege la forma cono las ideas son descritas, expresadas o ilustradas más no aquellas en sí misma consideradas, razón por la cual a partir de una misma idea, pueden surgir varias obras literarias o artísticas.

iii) Que la protección sea independiente al modo o forma de expresión

19. La mención contenida en al Artículo 2.1 del CB, “cualquiera que sea el modo o forma de expresión”, posee un significado dual: por una parte implica que es irrelevante el modo como la obra puede ser reproducida o divulgada y por otra, que no interesa la forma de expresión de la misma.

20. Adicionalmente, del texto en comento se desprenden otras dos consideraciones:

- Que la protección es independiente del mérito de la obra.
- Que la tutela es independiente al destino de la obra.

iv) Que la forma de expresión sea original

21. La originalidad de la obra apunta a su individualidad (no a la novedad), es decir, que el producto creativo, por su forma de expresión, ha de tener suficientes características propias que permitan distinguirlo de cualquier otro el mismo género, por cuanto pose la impronta o el sello personal de su autor.

22. No obstante, lo anterior, tal como lo afirma el profesor Antequera Parilli, al citar a Satanowsky³, “la originalidad se presume y quien la niega debe probarla”.

2.2.2 Sujeto del derecho de autor

23. En este orden de ideas, conviene precisar que el autor es quien crea una obra, motivo por el cual sólo es posible predicar dicha condición de la persona humana, como quiera que es la única capaz de generar creaciones intelectuales. Sólo partiendo de esta significación puede

³ ANTEQUERA PARILL, RICARDO. Consecuencias sustantivas de la adhesión al Convenio de Berna. Obras Protegidas. La Habana, 1998.

explicarse el reconocimiento al autor de un “derecho moral”, que subsiste después de transferencia o transmisión de sus derechos (Art. 6 Bis 1.2), y el hecho de que el plazo de duración del derecho patrimonial se como regla general, desde su muerte (Art. 7.1 y 7 bis).

24. El autor de la obra es el titular primigenio de los derechos que se derivan del acto mismo de creación, sin embargo, cuando en Convenio ha querido referirse a otra persona distinta del creador, pero que ostente su misma o análoga posición en relación con la totalidad de los derecho utiliza la palabra “derechohabiente” o, con una significación mucho más amplia la denominación “titular” en la que se comprende a los autores propiamente y a cualquier persona que haya adquirido el o los derechos.

25. Así las cosas, debe tenerse en cuenta que otras personas pueden acceder a la titularidad de los derechos sobre la obra, ya sea por transformaciones autorizadas que de ella se realicen, o por causas legales ora contractuales de transferencia de derechos. Así por ejemplo, una persona natural o jurídica en virtud de un contrato de cesión elevado a escritura pública o en documento privado reconocido ante notario (Ley 23 de 1982 Art. 183), se convierte en titular de los derechos patrimoniales de autor, conservando aquél únicamente los de carácter moral respecto de su creación.

26. Respecto a los mecanismos jurídicos a través de los cuales un tercero puede detentar la titularidad derivada de una obra, nos referiremos en el apartado 2.3 del presente documento.

2.2.3 Contenido del derecho de autor

27. La existencia del derecho de autor atiende a la justificación y reconocimiento de la creación intelectual y a fundamentos de índole económica. Por un lado, debe ser exaltada y estimulada la labor del creador otorgándole suficientes facultades para defender su obra, y hacer valer su condición de autor y, por el otro, debe concederse suficiente seguridad en los beneficios pecuniarios derivados de la utilización de las obras. De tales fundamentos se desprenden las estructuras de dos esferas de derechos inherentes a la autoría: los derechos morales y los derechos patrimoniales.

2.2.3.1 Los derechos morales

28. Los derechos morales protegen básicamente la personalidad del autor en relación con su obra. El autor en su creación transmite su propia visión de la realidad, aún en la ficción; expresa ideas propias; refleja parte de su mismo ser. De ahí que la ley no pueda menos que reconocer su absoluto gobierno sobre las obras, como extensión de su esencia humana, de su personalidad. Los derechos morales son emanados de la personalidad, y reconocidos como derechos humanos en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (Artículo 27).

29. Bajo el enfoque del derecho europeo continental los derechos morales se consideran inalienables, es decir, que no pueden transferirse, así mismo, con arreglo a este enfoque jurídico, estos derechos son perpetuos. No obstante, existen países en donde los derechos morales están limitados en el tiempo al igual que los derechos patrimoniales. Así mismo, en la generalidad de nuestros países, la ley inhibe al autor para disponer de este derecho, dándole la calidad de inalienable, de tal modo que no podrá transferirse a ningún título, ni ser renunciado o cedido. En Colombia, la Ley 23 de 1982, refiriéndose a los derechos morales, dispone en Artículo 30 que “El autor tendrá sobre su obra un derecho perpetuo, inalienable, e irrenunciable”.

30. Sin embargo y no obstante el carácter personal de estos derechos, la ley ha tenido que prever eventos en los cuales su ejercicio se limita a la necesidad de la utilización de la obra por parte de titulares secundarios. En la legislación colombiana, este es el caso del autor-funcionario público, quien no podrá hacer uso de sus derechos morales cuando tal ejercicio sea incompatible con los derechos y obligaciones de la entidad pública titular. No sobra denotar la importancia que se deriva de la salvaguardia de los derechos morales, al traducirse en la preservación intacta del patrimonio cultural de las naciones, en la medida en que se logre mantener las obras en su concepción original y verdadera.

Derecho de paternidad

31. Comprende el derecho o reivindicar en todo tiempo la paternidad de la obra, en especial para que siempre se mencione o indique su nombre en cualquier utilización que de ella se haga, y aún para ocultarlo totalmente (el anónimo) o para ocultarlo bajo un seudónimo

32. En el CB está consagrado por el artículo 6 bis, numeral 1, en la siguiente forma:

“Independientemente de los derechos patrimoniales del autor e incluso después de la cesión de estos derechos, el autor conservará el derecho a reivindicar la paternidad de la obra [...]”

33. En los países de tradición jurídica anglosajona, en los que no existe un reconocimiento expreso de los derechos morales, puede encontrarse una protección del derecho del autor consistente en que se le reconozca su condición de creador de la obra, en disposiciones tales como la obligación de indicar la fuente.

Derecho de integridad

34. El autor tiene el derecho a oponerse a la distorsión, mutilación u otras acciones en relación con su obra que puedan ser perjudiciales para su honor o reputación como autor.

35. En el CB el derecho al respeto de la integridad de la obra está contenido en el Artículo 6bis, cuyo texto es el siguiente:

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

36. Apunta esta prerrogativa a guardar la integridad y autenticidad de las obras, en beneficio de la cultura y del derecho de la humanidad a gozar y disfrutar de un acervo de bienes culturales conforme el autor los creó. Este derecho a la integridad de la obra ha permitido mantener vivos, a través de las generaciones, los aportes de todas las culturas a la civilización de hoy.

Derecho de ineditud

37. Es la facultad del autor para decidir sobre la divulgación de la obra o la ineditud, o en otras palabras, para decidir si dará a conocer su obra y en qué forma, o si la mantendrá reservada en la esfera de su intimidad. Este derecho se hace extensivo a la divulgación del contenido esencial de la obra o de una descripción de ésta.

38. La divulgación de la obra comprende toda expresión de la obra que, con el consentimiento del autor, la haga accesible por primera vez al público en cualquier forma.

39. La obra no pierde la condición de inédita cuando es comunicada a terceros de manera privada, esto es, entre el círculo de familiares o de amistades del autor, o a posibles utilizadores a fin de contratar la explotación, así como tampoco se pierde la ineditud mediante la lectura o el recitado de una obra durante los ensayos. Para perder la ineditud, la obra debe haberse puesto al acceso de un público, es decir, de un número de personas indeterminadas que permita considerar que la obra ha salido del círculo privado del autor.

Derecho de modificación

40. El derecho de modificación consiste en que el autor conserva la facultad de introducirle modificaciones a la obra, aunque ésta ya haya sido divulgada. Para algunos, esta es una consecuencia lógica del derecho de crear: antes de una nueva edición o reimpresión de una obra literaria, por ejemplo, el autor puede sentir la necesidad de corregir o de aclarar conceptos, de mejorar el estilo, de hacer inclusiones o supresiones con el propósito de perfeccionar la obra, etc.

41. La legislación colombiana, por su parte, también consagra el derecho moral de modificación, en virtud del cual el autor puede modificar la obra, antes o después de su publicación. No obstante, este derecho sólo puede ser ejercitado a cambio de indemnizar previamente a terceros los perjuicios que se les pudiere ocasionar.

Derecho de retracto o retiro

42. Es el derecho a retirar la obra del acceso público aún después de haberlo autorizado, previa compensación económica por los daños que pueda ocasionar a quienes inicialmente les había concedido derechos de utilización.

43. Este derecho moral también es conocido como “derecho de arrepentimiento”, tiene como finalidad permitir al autor retirar la obra de circulación cuando ésta ya no se ajuste a sus convicciones intelectuales o morales, siendo éste un desarrollo de principios tales como la libertad de pensamiento y del libre desarrollo de la personalidad.

44. Es posible que después de ejercer el derecho de retracto, el autor cambie nuevamente de parecer y decida reemprender la explotación de la obra. En este caso es justo que sea el anterior contratante quien goce de la prioridad para volver a contratar la utilización de la obra en condiciones razonablemente similares a las iniciales. Situación contraria llevaría a que el derecho de retracto o arrepentimiento fuera utilizado para mejorar las condiciones iniciales del contrato, configurándose una situación de abuso del derecho.

2.2.3.2 Los derechos patrimoniales

45. Los derechos económicos (a diferencia de los derechos emanados de la personalidad) comprenden las facultades que tienen un valor pecuniario, esto es, que forman parte del patrimonio, y que normalmente pueden transferirse y explotarse económicamente.
46. Además de ser emanación del espíritu y del intelecto humano, la obra intelectual es un bien que en el desarrollo de su explotación produce riqueza, beneficios económicos, ingresos, constituyendo por tanto un activo patrimonial.
47. Los derechos patrimoniales constituyen prerrogativas exclusivas que le permiten al autor controlar los distintos actos de explotación económica de que la obra puede ser objeto.
48. Es importante dejar claro que cada uno de los derechos patrimoniales hace referencia a actos distintos de explotación de la obra, independientes entre sí. En materia contractual, cuando se está entregando una autorización para la utilización de una obra literaria o artística, todo uso es considerado independiente y requiere del previo consentimiento del titular del derecho, sin que pueda hacerse interpretación extensiva de la voluntad que confiere una forma de utilización a otras no concedidas expresamente en el negocio respectivo.

Derecho de reproducción

49. Consagrado en el artículo 9 del CB, el derecho de reproducción es la facultad exclusiva para autorizar o prohibir la fijación materia, en cualquier medio y por cualquier procedimiento que permita su comunicación y la obtención de una o de varias copias de toda o de parte de la obra.
50. La reproducción de una obra significa que se hacen copias de ella bien directamente (por ejemplo, fotocopias) o indirectamente (por ejemplo, cuando se reproduce una grabación en un programa de radiodifusión y se graba en una cinta magnética por el oyente).
51. El derecho de reproducción incluye la edición, la copia, la inclusión en película cinematográfica, videograma, o cualquier otra forma de fijación.
52. También constituye reproducción la realización de uno o más ejemplares tridimensionales de una obra bidimensional, por ejemplo, cuando se realiza una escultura a partir de un dibujo o una pintura, así como también la realización de uno o más ejemplares bidimensionales de una obra tridimensional, como sería el caso, por ejemplo, de la fotografía de una escultura.

Derecho de comunicación pública

53. El derecho de comunicación pública se relaciona con la ejecución, representación, declamación, radiodifusión sonora o audiovisual, difusión por parlantes, telefonía, fonógrafos, o equipos análogos, transmisión de obras al público por hilo, cable, fibra óptica u otros procedimiento similar, el derecho de exposición pública de obras de arte o sus reproducciones.

54. Es necesario mencionar, dada su vigencia, al derecho de ejecución pública de la música, cuyo trato y remuneración son atendidos por las sociedades autorales. Se trata de acumular en una entidad mandataria las facultades de los autores para el cobro expedito y organizado de los beneficios pecuniarios derivados de la ejecución de la música en todo lugar o establecimiento de cualquier naturaleza, con acceso al público mediante ejecución directa o transmisión radial o televisiva y por métodos mecánicos electrónicos o audiovisuales, en forma permanente u ocasional.

55. En cuanto al concepto de comunicación pública, la Decisión Andina 351 de 1993, régimen común sobre derecho de autor y derechos conexos para los países miembros de la Comunidad Andina de Naciones, prescribe:

“Artículo 15.- Se entiende por comunicación pública, todo acto por el cual una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar, pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas, y en especial las siguientes:”

“a) Las representaciones escénicas, recitales, disertaciones y ejecuciones públicas de las obras dramáticas, dramático-musicales, literarias y musicales, mediante cualquier medio o procedimiento;”

“b) La proyección o exhibición pública de las obras cinematográficas y de las demás obras audiovisuales;”

“c) La emisión de cualesquiera obras por radiodifusión o por cualquier otro medio que sirva para la difusión inalámbrica de signos, sonidos o imágenes.”

“El concepto de emisión comprende, asimismo, la reproducción de señales desde una estación terrestre hacia un satélite de radiodifusión o de telecomunicación;”

“d) La transmisión de obras al público por hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo, sea o no mediante abono;”

“e) La retransmisión, por cualquiera de los medios citados en los literales anteriores y por una entidad emisora distinta de la de origen, de la obra radiodifundida o televisada;”

“f) La emisión o trasmisión, en lugar accesible al público mediante cualquier instrumento idóneo, de la obra difundida por radio o televisión;”

“g) La exposición pública de obras de arte o sus reproducciones;”

“h) El acceso público a bases de datos de ordenador por medio de telecomunicación, cuando éstas incorporen o constituyan obras protegidas; e,”

“i) En general, la difusión, por cualquier procedimiento conocido o por conocerse, de los signos, las palabras, los sonidos o las imágenes.”

56. La enumeración de los distintos actos de comunicación pública, deja claro que este derecho comprende toda actividad que posibilite que la obra llegue a un público distinto de aquel al que se dirige la comunicación originaria. Cada acto por el cual la obra llega a un “público nuevo”, constituye un nuevo acto de comunicación pública.

57. El derecho de comunicación pública se encuentra establecido en favor de los autores en el CB, aunque de manera fragmentada, concedido a ciertas categorías de obras, como los dramáticas, las dramático-musicales y en relación con ciertas formas de comunicación pública.

Derecho de transformación

58. Se entiende por transformación, la modificación de una obra preexistente. Para el derecho de autor, las alteraciones creativas dan lugar a una obra derivada que, a su vez, está llamada a ser objeto de protección. Otro tipo de transformaciones persiguen simplemente la finalidad de adaptar la obra a las condiciones especiales que exige una utilización particular, por ejemplo, a las posibilidades de un escenario específico en el caso de las obras dramáticas. En virtud de este derecho de transformación, cualquier alteración de una obra está supeditada a la autorización del titular del derecho de autor.

59. La adaptación es la modificación de una obra preexistente, mediante la cual la obra pasa de un género a otro, como es el caso, por ejemplo, de la adaptación de las novelas como obras cinematográficas. La adaptación puede consistir también en una variación de la obra sin que ésta cambie de género, como es el caso de una nueva versión de una novela para una edición juvenil. La adaptación también supone alteración de la composición de una obra, a diferencia de la traducción que transforma únicamente su forma de expresión.

Derecho de distribución

60. Además de los derechos económicos que se han mencionado, las leyes nacionales también pueden conceder a los autores otros tipos de derechos. Ciertas legislaciones consagran el denominado derecho distribución, es decir, un derecho por el cual el autor puede autorizar o prohibir la distribución al público de copias de sus obras mediante su venta, arrendamiento o alquiler.

61. El derecho de distribución se ha venido estructurando a partir de algunas legislaciones tales como la francesa y la belga, y de algunos acuerdos regionales, tales como la Decisión Andina 351 de 1993; y comprende tres elementos: el derecho de alquiler, el derecho de préstamo público y el derecho de importación. Sin embargo, no existe uniformidad en las legislaciones nacionales sobre este importante derecho, ni tampoco se había consagrado, como tal, en un tratado internacional, hasta la expedición de los Tratados de la OMPI de 1996.

62. Frente al tema del derecho de alquiler, debemos anotar que América Latina con su masiva adhesión al CB y la consecuente obligación de adecuar su legislación a este Convenio, ha consignado en la mayoría de estas leyes modernas, un derecho general de alquiler de manera exclusiva en favor de los autores. Igual ocurre con la Decisión 351 de 1993, que establece este derecho para todas las categorías de obras.

Derecho de seguimiento (*Droit de suite*)

63. Es de común ocurrencia entre los artistas plásticos durante el inicio de su carrera, la venta a precios muy bajos de sus trabajos, a instancias de la necesidad de proveer a su subsistencia, quedando al margen de la posterior explotación comercial que tales trabajos puedan tener, que básicamente consiste en la reventa, la cual se va transformando en una fuente de ganancias, a veces muy importante, en la medida en que el artista va ganando reconocimiento gracias a su talento y consagración.

64. El denominado derecho de “suite” o de seguimiento, es un derecho que algunas legislaciones de derecho de autor conceden al autor, en virtud del cual éste puede reclamar una parte de los ingresos obtenidos en cada nueva venta pública de ejemplares originales de las obras de bellas artes, tratándose de ventas realizadas durante el término de duración de la protección del derecho de autor sobre la obra. Este derecho puede hacerse extensivo también a las ventas públicas de manuscritos originales.

65. La gran mayoría de las leyes nacionales reconocen a este derecho el carácter de inalienable e irrenunciable, puesto que al poder ser objeto de cesión o renuncia, se desvirtuaría la finalidad protectora que lo orienta. Por otra parte, no constituye el *droit de suite* un derecho exclusivo, en el sentido que el autor tuviera la facultad de autorizar o prohibir las posteriores reventas de su obra, puesto que se trata de un derecho de remuneración, en el que el autor recibe una retribución como un porcentaje de los rendimientos que resultan de la utilización económica del ejemplar de su obra, fuera del alcance de sus derechos exclusivos.

66. A la muerte del autor, este derecho pasa a sus herederos, aunque algunas legislaciones le atribuyen tal facultad a otras instituciones autorizadas.

67. La Decisión Andina 351 de 1993, prescribe:

“Artículo 16.- Los autores de obras de arte y, a su muerte, sus derechohabientes, tienen el derecho inalienable de obtener una participación en las sucesivas ventas que se realicen sobre la obra, en subasta pública o por intermedio de un negociante profesional en obras de arte. Los Países Miembros reglamentarán este derecho.”

2.2.4 Duración de la protección

68. Bajo el marco de las ideas expuestas, concierne ahora presentar las diferentes situaciones que el Convenio de Berna ofrece regular, una vez acaece la muerte del autor, en torno a la vigencia de los derechos morales y los derechos patrimoniales que el autor de la obra abandona en favor de sus derechohabientes.

69. En primer término habría que señalar que, conforme a lo preceptuado por el Convenio de Berna, en su artículo 6 bis 2, desde su revisión de Estocolmo en 1967, existen algunas legislaciones que reservan para el derecho moral una vigencia paralela con la duración de los derechos patrimoniales, vale decir que al llegarse el momento en el cual se declaran extinguidos estos derechos paralelamente se extingue el derecho moral

70. No obstante, la vigencia del derecho moral ha tenido otra connotación, particularmente en los países de tradición jurídica europea o continental, y dentro de ellos las legislaciones de los países de América Latina, al consagrar la perpetuidad del derecho moral, ejemplo de ello es la ley de Colombia y la Decisión 351 de la Comunidad Andina de Naciones.

71. Sin embargo, y producto del compromiso a que se llegó en la revisión de Estocolmo (1967) del Convenio de Berna, a efecto de tener en cuenta las concepciones jurídicas de origen anglosajón que reconocen el derecho a la paternidad como integrante del derecho de autor en tanto que al derecho de integridad como de la esfera del derecho consuetudinario (common law), y más exactamente de la ley sobre la difamación, en el párrafo 2, inciso 2 del artículo 6 bis se incluyó una excepción a la protección mínima al derecho moral establecido en el párrafo primero, consistente en que los países, que al momento de ratificar o de adherir al Convenio (Acta de París 1971) no contengan en su legislación disposiciones que protejan los derechos morales después de la muerte del autor, podrán establecer que alguna o algunas de esas prerrogativas se extinguirán cuando tal hecho ocurra.

72. En cuanto a los derechos de índole patrimonial, en primer término ha de señalarse que el Convenio de Berna en su artículo 7.1), establece desde su revisión en Bruselas en 1948, con carácter obligatorio, un mínimo de la duración de la protección por la vida del autor y cincuenta años después de su muerte. Esta es la regla general por la cual se rigen todos los países miembros de la Unión de Berna, al momento de hacer este reconocimiento en relación con las “obras simples” como las llama C. Colombet, op. Cit., p. 95, sin perjuicio de que los países consagren un plazo mayor o plazos especiales para ciertas categorías de obras, como lo veremos a continuación.

2.2.5 Limitaciones y excepciones

73. El Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y artísticas, contempla la posibilidad de que los países miembros de la Unión de Berna establezcan limitaciones y excepciones al derecho de autor.

74. Tal es el caso de las informaciones periodísticas (art. 2, párrafo 8), en donde se determina que no serán objeto de protección las noticias del día ni los sucesos que tengan el carácter de simples informaciones de prensa. El artículo 2 bis, párrafo primero, da libertad a los países miembros de la Unión para excluir, total o parcialmente, de la protección por el derecho de autor a los discursos políticos y los pronunciados en los debates judiciales. El mismo artículo da la facultad de establecer las condiciones en que las conferencias, alocuciones y otras obras de la misma naturaleza pronunciadas en público, pueden ser reproducidas por la prensa, radiodifundidas o ser transmitidas por hilo al público para fines de información.

75. El artículo 10 contempla a su turno el derecho de cita (párrafo 1), la utilización de obras preexistentes como ilustración en la enseñanza (párrafo 2), y el uso de determinados artículos y determinadas obras radiodifundidas (art 10 párrafo 1).

76. Además de estas limitaciones expresas al derecho de autor, contenidas en el Convenio de Berna, el artículo 9.2 del mismo faculta a los países miembros para permitir la libre reproducción de las obras literarias y artísticas, siempre y cuando se de en determinados casos especiales, que

dicha reproducción no atente contra la explotación normal de la obra ni se cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor, en lo que la doctrina denomina como *la regla de los tres pasos*, y cuya concurrencia debe verificarse simultáneamente en relación con las tres exigencias.

77. No obstante, esta facultad, es oportuno anotar que la ley colombiana consiente la reproducción de la obra literaria y científica, como una limitación al derecho de autor bajo regladas circunstancias, más no así las obras artísticas.

2.3 El ejercicio del derecho de autor

78. El derecho de dominio o propiedad que regula el Código Civil, reconoce a su titular el ejercicio de una serie de facultades materiales y jurídicas respecto del bien objeto de tal derecho.

79. Las facultades materiales son las que se realizan mediante actos físicos que permiten a su titular el aprovechamiento de su derecho, como su uso, goce y consumo físico, mientras que las facultades jurídicas son las que se realizan por actos jurídicos, como la facultad de gravar, limitar y disponer de la cosa, entendiendo por tal la facultad del titular de desprenderse del derecho por causa de muerte o por acto entre vivos, como ocurre en la enajenación.

80. No obstante, el sentido netamente individual del ejercicio del derecho de propiedad heredado del derecho romano, que lo concibió como un conjunto de poderes o atribuciones del dueño sobre sus bienes en cuya virtud éstos quedan sometidos directa y totalmente a su señorío con el fin de satisfacer únicamente sus egoístas intereses, ha venido cediendo el paso a una concepción que, sin desconocerle al titular la facultad de utilizar, usufructuar y disponer libremente de los bienes en su provecho, le impone el deber de orientar el ejercicio de ese derecho por los cauces del bien común para que las ventajas que de él fluyan, se extiendan a la comunidad, en cuya representación actúa el propietario en función social.

81. Lo dicho anteriormente en cuanto al ejercicio del derecho de dominio o propiedad resulta plenamente aplicable al derecho de autor, entendiéndolo como una forma especial de propiedad sobre los bienes inmateriales, en la forma en que lo hace, v.gr., el Artículo 671 del Código Civil Colombiano cuando establece que “Las producciones del talento o del ingenio son una propiedad de sus autores. Esta especie de propiedad se regirá por leyes especiales”.

2.3.1 Ejercicio de las facultades materiales

82. Una primera forma de ejercicio del derecho de autor es a través de las facultades materiales inherentes a los derechos exclusivos (uso, goce y usufructo).

83. El derecho de autor reconoce a su titular una serie de facultades materiales respecto de la obra que permiten el aprovechamiento de su derecho (derechos patrimoniales, ver acápite número 2.23.2). En virtud de ellos el titular del derecho de autor puede realizar por sí mismo, o a través de terceros, actos de explotación tales como la reproducción, transformación, distribución o comunicación al público de la obra.

2.3.2 Ejercicio de las facultades jurídicas

84. La segunda forma de ejercicio del derecho de autor, es a través de la facultad de celebrar actos jurídicos de disposición respecto del bien objeto del derecho, en este caso, respecto de la obra. Estos actos jurídicos de disposición pueden consistir en la enajenación de los derechos sobre la obra, o en la autorización a terceras personas para un uso específico de ésta.

85. Los derechos morales son intransferibles e irrenunciables, pues son inherentes a la calidad de autor. Por el contrario, los derechos patrimoniales del autor son, por naturaleza, transmisibles, pudiendo el autor facultar a otras personas para ejercer derechos respecto de las diversas utilidades de la obra. Ello puede hacerse a cambio de una remuneración o gratuitamente, si el autor así lo desea.

86. En el plano jurídico, la transferencia del derecho de autor mediante la cesión, transforma al cesionario en titular del derecho (en su totalidad o en una de sus partes).

2.3.2.1. Transferencia del derecho de autor

87. En el plano jurídico, la transferencia del Derecho de Autor mediante la cesión, transforma al cesionario en titular del derecho (en su totalidad o en una de sus partes) y le permite actuar en nombre propio, incluso por lo que respecta al derecho de entablar acciones judiciales contra los infractores. En otras palabras, los derechos patrimoniales son divisibles y pueden transferirse contractualmente por separado. Los autores conservan todos aquellos derechos que no han transferido expresamente.

88. Generalmente, se reconoce que la enajenación del objeto físico no supone transferir el derecho de autor sobre el mismo. Por eso, la persona que adquiere una obra intelectual, como una pintura, una escultura o un libro, no goza del derecho de reproducir dichos objetos, ni exhibirlos al público, sin previa autorización.

89. En Colombia, de acuerdo con lo establecido en el artículo 183 de la Ley 23 de 1982, toda enajenación y transferencia del derecho de autor, sea esta total o parcial, deberá constar en escritura pública o en instrumento privado debidamente reconocido ante notario; de lo cual se concluye que la cesión de estos derechos es calificada y sólo se perfecciona con el cumplimiento de dichas formalidades. Estos actos o contratos que impliquen enajenación total o parcial, consten ya en escritura pública o en documento privado, deberán ser inscritos en el Registro Nacional del Derecho de Autor, para que de este modo se hagan oponibles frente a terceros, debido a los efectos de publicidad y autenticidad que les proporciona el registro.

90. En caso de transferencia total el beneficiario adquiere todos los derechos que el autor posee sobre la obra, y queda facultado para ejercerlos como si él fuera su creador. En caso de transferencias parciales, por lo general, el beneficiario adquiere únicamente la facultad de ejercer uno o más derechos determinados, los que se estipulan contractualmente. Por otra parte, las transferencias pueden o no estar limitadas a un determinado tiempo y/o territorio.

91. La transferencia del derecho de autor puede efectuarse por medio de contratos, haciendo uso de la libertad contractual, la cual puede verse en algunos casos limitada por contratos establecidos, por normas fijadas por las sociedades de autores, o por las leyes autorales que

contienen disposiciones que reglamentan los derechos y deberes contractuales de las partes de acuerdo con los diversos tipos de utilización. Sin embargo, normalmente las partes tienen plena libertad para convenir las modalidades de los contratos de transferencia.

92. En esta clase de contratos es necesario especificar la duración de la transferencia, los derechos transmitidos, la o las lenguas involucradas, el territorio dentro del cual la obra puede utilizarse, las regalías o retribución económica que se ha de pagar, la responsabilidad de las partes y el procedimiento para resolver las controversias que puedan surgir.

Contrato de prestación de servicios o elaboración de obra

93. Una primera modalidad de transferencia del derecho, es la que se opera en el marco del denominado contrato de prestación de servicios o elaboración de obra. A través de él, una persona natural o jurídica conviene con uno o varios autores la elaboración de una obra sobre determinado tema, en condiciones específicas para editarla. Este contrato que es básicamente civil de arrendamiento de servicios, produce un bien intelectual cuyos derechos de propiedad se desplazan a favor del contratista, del que paga, del que hace el plan para que la obra se realice.

94. Sin embargo, en las cláusulas de este contrato se puede estipular, previo acuerdo de las partes, que el derecho patrimonial del autor no se desplace por completo del contratista al contratante, es decir, que se acepta que el autor permanezca con la titularidad de los derechos patrimoniales o con parte de ellos, recordando que los derechos morales siempre están en cabeza del autor, independientemente de la relación jurídica que exista.

Obras creadas por servidores públicos.

95. Esta relación jurídica, consagra que los derechos patrimoniales sobre las obras creadas por empleados públicos, en cumplimiento de sus deberes constitucionales o legales de su cargo, se transfieren a la entidad pública correspondiente, y los morales serán ejercidos siempre por los autores, en cuanto su ejercicio no sea incompatible con los derechos y obligaciones de las entidades públicas afectadas.

96. Esta transferencia se encuentra regulada en el Artículo 91 de la Ley 23 de 1982.

Contrato de cesión

97. El autor de una obra o sus derechohabientes o causahabientes, pueden consentir en que un tercero explote la creación, sea a título gratuito u oneroso. Esta transferencia o autorización ha sido denominada “Cesión de los derechos de explotación del autor”. Sin embargo, tal concesión tiene particulares características que la diferencian de la cesión del derecho común, son las siguientes:

1. No es la cesión de un derecho *stricto sensu*, sino de uno de sus aspectos (los patrimoniales), pues si el tercero puede explotar la obra, el autor conserva todas las facultades de orden moral sobre ella. No puede hablarse, por ello, de una sustitución absoluta de uno de los sujetos de la relación jurídica;

2. Tampoco consiste en la transmisión del derecho patrimonial en todo su contenido ya que, salvo pacto expreso en contrario, la cesión del derecho patrimonial se limita a los modos de explotación previstos en el contrato, de modo que el autor pueda celebrar tantos trasposos de su derecho patrimonial como formas de explotación existan sobre su obra.

3. La cesión del derecho patrimonial, o de cualquiera de sus aspectos, no confiere a quien se le otorga, salvo pacto expreso en contrario, ningún derecho de exclusividad en la explotación de ese derecho. En consecuencia, el autor puede dar su consentimiento para que varias personas exploten su obra por un mismo medio, como sucedería con la radiodifusión.

4. No puede hablarse de una plena transmisión de derechos pues éstos revierten al autor al extinguirse el derecho del cesionario.

98. Por estas razones, se afirma que la cesión de los derechos de explotación es una cesión *sui generis*, como una autorización del autor para que alguno de los aspectos que conforman el contenido de su derecho pueda ser explotado.

99. La cesión puede tener por objeto cualquiera de los modos de utilización de la obra o creación. Por ello, no existe un contrato tipo de cesión del derecho patrimonial, ya que puede tratarse de la cesión del derecho de registro fonográfico de la obra, de su ejecución o de su radiodifusión, u otra. En consecuencia, mientras el objeto de la cesión del derecho común es el derecho cedido con sus accesorios, la transferencia del derecho patrimonial se limita, como ya hemos visto, a uno o varios de los aspectos que lo conforman.

100. La concesión del derecho patrimonial supone la existencia de un sujeto titular del derecho y de otro que, en virtud de la transferencia, se convierte en beneficiario o titular derivado. En principio, el derecho patrimonial es exclusivo del autor, es éste, y sólo a su muerte sus herederos o causahabientes, quienes tienen la calidad para transferir derechos de explotación sobre las obras del ingenio.

101. Sin embargo, en algunos casos, el dador del derecho puede ser una persona distinta, por ejemplo:

1. El Estado, en virtud de la expropiación de los derechos sobre la obra, puede consentir en su explotación por terceros.

2. Los titulares por efecto de la ley, tales como quienes han recibido los derechos en virtud de una obra por encargo o producto de la relación laboral, el editor de una obra anónima y el divulgador de una obra póstuma, pueden otorgar a terceros su derecho de explotación.

3. El cesionario del derecho de explotación puede dar sus derechos a un tercero, mediante acto entre vivos, previa autorización del autor.

2.3.2.2 Transmisión mortis causa del derecho

102. Habida cuenta que los derechos morales del autor son inalienables, los terceros (herederos), tienen el deber de respetar su voluntad. Este puede conferir la facultad de velar por la protección de sus derechos morales a cualquier persona por vía testamentaria. A falta de testamento, dicha prerrogativa se transmite en virtud de la ley a los herederos.

103. La defensa de la paternidad, integridad y autenticidad de las obras que hayan pasado al dominio público es asumida comúnmente por el Estado, cuando las obras no tengan titulares o causahabientes que puedan defender o tutelar estos derechos morales.

104. Los derechos patrimoniales, como parte integrante de la masa sucesoral, atenderán lo establecido por el autor en sus disposiciones testamentarias; si no existe tal declaración se aplicará entonces los órdenes sucesorales establecidos por la ley civil. De esta forma, los derechos patrimoniales del autor pueden ser transferidos a sus herederos, después de su muerte, por vía testamentaria, o a título de sucesión intestada. Mientras dura la protección, los sucesores ejercen esos derechos de igual modo que el propio autor.

3. ACUERDO SOBRE LOS ASPECTOS DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELLECTUAL RELACIONADOS CON EL COMERCIO (ACUERDO SOBRE LOS ADPIC)

3.1 Antecedentes históricos

105. Luego de finalizada la segunda guerra mundial, y ante la imposibilidad de crear una organización internacional de comercio, pretendida por algunos países desarrollados, surge la necesidad de concretar algunos aspectos sobre política arancelaria. En 1947 se convoca en Ginebra una conferencia de Negociaciones Arancelarias que da paso a un convenio multilateral conocido como el GATT “General Agreement on Tariffs and Trade” (Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio). El GATT comienza a funcionar de manera oficial en 1948, convirtiéndose en el escenario de negociaciones más importante de los últimos tiempos por cuanto amplió de manera ostensible las oportunidades de intercambio comercial en el mundo, brindando mecanismos eficaces en la discusión y solución de controversias comerciales que se susciten entre sus miembros. Desde aquel entonces, el GATT conservó su *estatus* de foro económico internacional por antonomasia.

106. Sin embargo, la gran novedad dentro del contexto del GATT la constituye, sin lugar a dudas, el hecho de que se haya involucrado dentro de su órbita un capítulo especial sobre el tema de la Propiedad Intelectual (Propiedad Industrial, Derecho de Autor y Conexos y Circuitos Integrados), denominado TRIP’S “Trade Related Intellectual Property Rights”.

107. El 15 de abril de 1994, se suscribe en Marrakeck (Marruecos) el acuerdo por el cual se establece la “Organización Mundial de Comercio” (OMC), la cual subsume dos categorías de acuerdos: los multilaterales y los plurilaterales. Entre los acuerdos multilaterales subsumidos por la OMC, esta precisamente el GATT y sus instrumentos jurídicos conexos, así como los códigos y arreglos de la Ronda Tokio sobre subvención y medidas compensatorias, medidas antidumping, licencias de importación, valor en aduana, normas técnicas y la cláusula de habilitación, el acuerdo general sobre comercio de servicios, el Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el comercio (ADPIC), el sistema integrado de solución de diferencias y el mecanismo de examen de las políticas comerciales. Los acuerdos plurilaterales son: Los de aeronaves civiles, compras del estado, productos lácteos y carne de bovino.

108. Es entonces el Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el comercio (ADPIC en español), el capítulo que dentro del contexto de la Organización Mundial de Comercio (OMC), regula lo concerniente a propiedad industrial, derecho de autor y conexos, así como los esquemas de trazado de circuitos integrados.

Estructura esquemática

109. El Acuerdo sobre los ADPIC presenta una distribución esquemática que se representa de la siguiente manera:

- Disposiciones generales y principios básicos
- Normas relativas a la existencia, alcance y ejercicio de los Derechos de Propiedad Intelectual
- Observación de los Derechos de Propiedad Intelectual
- Adquisición y mantenimiento de los Derechos de Propiedad Intelectual y procedimientos contradictorios relacionados
- Prevención y solución de diferencias
- Disposiciones transitorias
- Disposiciones institucionales y disposiciones finales

110. Los Estados miembros aplicarán el Acuerdo como parámetro mínimo de protección a los derechos de propiedad intelectual, lo cual permite que las legislaciones nacionales puedan ir más allá del mismo sin desnaturalizar su cometido. Por lo mismo, cada Estado implementará los medios y métodos de aplicación del Acuerdo en el contexto de su propio sistema y práctica jurídica.

111. La expresión “Propiedad Intelectual” se utiliza en el Acuerdo para aludir tanto al derecho de autor (obras literarias, artísticas), como a los derechos conexos (prestaciones de los artistas, intérpretes y ejecutantes, productores fonográficos y organismos de radiodifusión), así como a la Propiedad Industrial (Patentes, marcas, diseños industriales y modelos de utilidad, indicaciones geográficas) y a los esquemas de trazados (Topografías) e los circuitos integrados. Sin embargo, algunos aspectos tales como las obtenciones de variedades vegetales y el de las señales portadoras de programas difundidos vía satélite no aparecen dentro del texto del Acuerdo.

112. El acuerdo se aplicará de manera autónoma en lo que a sus propias disposiciones se refiere y tomará como referencia inmediata los convenios allí mencionados sobre Propiedad Intelectual, principalmente en lo que tiene que ver con la calidad de nacional (fuero real y fuero personal) cuando los miembros de la OMC lo son a la vez de los citados convenios. (Art. 1o. del ADPIC)

3.2. Vínculo con el Convenio de Berna y principios básicos

113. Encontramos que el Acuerdo sobre los ADPIC adopta en su gran mayoría los Convenios ya existentes sobre Propiedad Intelectual (Convenio de París de 1883 sobre Propiedad Industrial, Convenio de Berna de 1886 sobre protección de obras literarias y artísticas, Convención de Roma de 1961 sobre Derechos Conexos, Tratado de Washington de 1989 sobre Propiedad Intelectual respecto de los Circuitos Integrados), reconociendo que nada de lo acordado podrá ir en contraposición de los compromisos y obligaciones contraídas en ellas. (Art. 2o. del ADPIC).

114. El Acuerdo sobre los ADPIC recoge además, la aplicación del principio del Trato Nacional establecido en el Convenio de Berna, al que se hizo referencia al inicio del presente documento, sin embargo, las excepciones estipuladas en los Convenios de París, Berna, Roma y Washington se conservarán.

115. Conservando la tendencia del Acuerdo, se permite recurrir a las excepciones relativas a procedimientos judiciales o administrativos (designación de un domicilio legal o el nombramiento de un agente) siempre y cuando sean necesarias para dar cumplimiento a las leyes y reglamentos no contrarios al Acuerdo y no se cause con ello una restricción simulada al comercio. (Art. 3o. del ADPIC).

116. Otro principio general mencionado en el Acuerdo sobre los ADPIC, y que no se establecía antes en los convenios aplicables en materia de propiedad intelectual, es el denominado “Trato de la Nación más favorecida”, el cual consiste en que los beneficios que un país miembro haya otorgado a otro país se extienden a los demás países miembros inmediatamente sin condición o limitación alguna, salvo los cuatro eventos que prevé el artículo 4 del Acuerdo. Estos beneficios, ventajas, privilegios, favores o inmunidades concedidos, se dan obviamente en el campo de la Propiedad Intelectual exclusivamente y siempre y cuando se hayan brindado en un acuerdo internacional posterior a la constitución de la OMC. (Art. 4o. del ADPIC).

117. No obstante lo anterior, el Acuerdo establece que los principios del “Trato Nacional” y de “Nación más favorecida”, no se aplicarán en asuntos de procedimiento para la adquisición y mantenimiento de los derechos de propiedad intelectual, establecidos en los acuerdos multilaterales que están bajo el patrocinio de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). (Art. 5o. del ADPIC).

118. Ahora bien, existen puntos como el del agotamiento del derecho, es decir el fenecimiento del derecho a controlar la circulación de ejemplares publicados por el autor o con su anuencia, que no son abocados en el Acuerdo para eventos como la solución de diferencias, esto desde luego sin ir en perjuicio del principio de nación más favorecida y del trato nacional. (Art. 6o. del Acuerdo sobre los ADPIC).

119. La promoción de la innovación tecnológica y la transferencia y difusión de la tecnología deben estar encaminados a lograr un beneficio recíproco entre los titulares de derechos y los usuarios de los mismos, motivo por el cual tales parámetros deben servir como línea de conducta en la interpretación y aplicación del Acuerdo. (Art. 7o. del ADPIC).

3.3 Existencia alcance y ejercicio de los derechos derecho de autor

120. Como ya lo habíamos mencionado, el Acuerdo sobre los ADPIC se supedita por completo al Convenio de Berna. Sin embargo por su contenido se constituye en un Acuerdo netamente comercial de índole patrimonial, pues los denominados derechos morales (artículo 6 bis del Convenio de Berna) quedan al margen del Acuerdo sobre los ADPIC, por no existir la obligación de observarlos; por tanto las controversias que se susciten sobre este punto, deberán ser ventiladas bajo la óptica del Convenio de Berna, siempre que se traten de países miembros de dicho instrumento.

121. Un examen del cuadro de materias de las cuales se ocupa el Acuerdo, revela que el Estado tiene injerencia de principio a fin en el cumplimiento de las obligaciones convenidas en el mismo, en lo que a existencia, adquisición, alcance, mantenimiento y observancia de los

derechos de propiedad intelectual se refiere. Hay en él obligaciones que competen a las autoridades jurisdiccionales, y otras que son del resorte de las autoridades administrativas, las que para el caso del derecho de autor y los derechos conexos, naturalmente tendrán que ser las oficinas gubernamentales de derecho de autor, quienes por tener que ver con la protección y aplicación de estos derechos están más versados sobre la observancia de los mismos. Luego aquí resaltaremos aquellas obligaciones del Acuerdo, que específicamente tienen relación con la protección del derecho de autor y los derechos conexos, y respecto de las cuales el Estado debe participar en su cumplimiento y defensa.

3.4.1 Objeto del derecho de autor

122. Al establecer el Acuerdo la obligación de aplicar los artículos 1 a 21 (con excepción del 6 bis) del CB, queda entendido entonces que los Estados obligados por el ADPIC, aún cuando no sean parte del CB, deben proteger todas las producciones del ingenio en el campo literario o artístico “cualquiera se el modo o forma de expresión”.

123. Adicionalmente, se recoge un postulado generalmente aceptado por el derecho de autor, el cual alude al hecho de que las ideas son libres y no es posible que alguien se apropie de ellas, ya que la protección dispensada por el derecho de autor se da sobre la concreción y expresión de esas ideas. (Art. 9 del ADPIC).

Programas de ordenador

124. Conforme a lo dispuesto en el artículo 10.1 del ADPIC, “los programas de ordenador, sean programas fuente o programas objeto, serán protegidos como obras literarias en virtud del Convenio de Berna (1971)”. Así las cosas, el Acuerdo recoge la tendencia generalmente aceptada a nivel mundial de brindar protección a los programas de ordenador por vía del derecho de autor, en los mismos términos en que lo están las obras del dominio literario, por consiguiente, los Estados Miembros adoptarán esta línea de conducta.

125. De la misma manera, el Acuerdo aboca el tema relacionado con los bancos o bases de datos estableciendo que es la organización y disposición de los datos consignados en el banco o base de datos lo que le da la calidad de obra protegida por el derecho de autor, independientemente de que su contenido sean meras informaciones u obras protegidas, puesto que lo relevante para el derecho de autor es que la organización y disposición de unas u otras haya reportado un esfuerzo intelectual apreciable.

126. Tampoco en este caso el ADPIC es realmente innovador, porque dado el carácter ejemplificativo del artículo 2.5 del CB y siendo obra toda producción del ingenio literario o artístico cualquiera que sea el modo o la forma de expresión, es pacífica la interpretación en el sentido de que las compilaciones de datos eran obras protegidas en el contexto del CB y sin necesidad de mención explícita, siempre que, conforme al texto convencional, la selección o disposición de los datos constituyan un acto de creación intelectual.

3.4.2 El Sujeto del derecho de autor

127. Nada dispone el acuerdo en relación con este tópico, razón por la cual deberán aplicarse las disposiciones del Convenio de Berna.

3.4.3 El contenido del derecho de autor

3.4.3.1 Derechos morales:

128. Recordemos que por virtud del artículo 6 bis del CB, los miembros deben reconocer el derecho moral de paternidad e integridad por lo menos hasta la duración de los derechos patrimoniales. No obstante, el acuerdo de los ADPIC al ser un convenio estrictamente comercial dejó por fuera la obligación de acoger el mencionado precepto, sin que ello signifique en manera alguna su derogatoria. Así las cosas, los asuntos que se generen en materia de derechos morales, deberán ser resueltos en el ámbito del Convenio de Berna y no de los ADPIC.

3.4.3.2. Derechos patrimoniales

129. Por otra parte el Acuerdo menciona el denominado derecho de alquiler o arrendamiento comercial y lo circunscribe a los programas de ordenador y a las obras cinematográficas (originales o copias); no obstante, en el caso de los programas de ordenador no habría lugar a tal prerrogativa cuando el objeto esencial del alquiler no sea el programa mismo, y en las obras cinematográficas se dará tal derecho sólo cuando el alquiler conlleve la copia generalizada que produzca un perjuicio material. (Artículos 10 y 11 del ADPIC).

3.4.4 Duración de la protección

130. La norma que contiene el acuerdo con respecto al término de protección de una obra diferente a una fotográfica o de arte aplicado tomado sobre una base distinta a la vida de una persona física, no será menor de 50 años contados desde el final del año civil de la publicación autorizada o a falta de esta autorización el término se contará a partir de la realización. En cuanto al término de protección contado sobre la base de la vida de una persona física, el Acuerdo no establece ningún parámetro, por lo tanto se aplica la regla general contenida en el artículo 7 del Convenio de Berna pudiendo las legislaciones de cada país prever períodos de protección más amplios que los allí establecidos. (Art. 12 del ADPIC).

3.4.5 Limitaciones y excepciones

131. El Acuerdo deja en libertad a las partes para que establezcan limitaciones y excepciones a ciertos derechos exclusivos, como el de reproducción; limitaciones estas que deberían circunscribirse a determinados casos especiales que no atenten contra la normal explotación de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular del derecho. Esta disposición esta en plena armonía con lo establecido en el artículo 9, párrafo 2) del Convenio de Berna, el cual permite que sean las legislaciones de los países miembros las que establezcan dichas limitantes a la reproducción en determinados casos especiales siempre que con ellas no se atente contra la normal explotación de las obras ni se cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor. (Art. 13 del ADPIC).

Observancia de los derechos de propiedad intelectual

132. El Acuerdo exige que los principios del debido proceso, la celeridad y la eficacia sean tenidos en cuenta por las legislaciones nacionales para lograr conseguir la plena observancia de los derechos de propiedad intelectual, sin que estos impidan el libre curso del comercio legítimo contemplando en su defecto fórmulas que moderen su utilización en exceso.

133. Las medidas tomadas por una autoridad administrativa que finiquiten un asunto cualquiera, serán objeto de revisión por parte de la autoridad judicial competente.

134. La observancia y cumplimiento de los derechos de propiedad intelectual, no imponen sin embargo que los países miembros deban crear o implementar jurisdicciones o instancias distintas a las que ya existen para salvaguardar estos derechos, simplemente establecen unos parámetros mínimos de conducta. (Art. 41 del ADPIC).

4. TRATADO DE LA OMPI SOBRE DERECHO DE AUTOR DE 1996

135. El acelerado desarrollo de las tecnologías que facilitan la utilización y difusión masiva de las obras del intelecto, había llevado a la necesidad de adecuar el Convenio de Berna a lo que podemos denominar como el nuevo entorno digital. Sin embargo, debido al gran número de países miembros del Convenio de Berna, se hacía más difícil obtener la unanimidad que exige el artículo 27 del mismo Convenio para su revisión, habiendo tenido lugar la última de aquellas en 1971.

136. En 1989, la Asamblea y la Conferencia de Representantes de la Unión de Berna adoptaron un plan de trabajo que buscaba crear un Protocolo al Convenio de Berna. No se hablaba de una revisión dada la exigencia de la unanimidad, sino de un Protocolo o de algún Acuerdo de los que permite el artículo 20 del mismo Convenio de Berna, que establece: *“Los gobiernos de los países de la Unión se reservan el derecho de adoptar entre ellos Arreglos particulares, siempre que estos Arreglos confieran a los autores derechos más amplios que los concedidos por este Convenio, o que comprendan otras estipulaciones que no sean contrarias al presente Convenio. Las disposiciones de los Arreglos existentes que respondan a las condiciones antes citadas continuarán siendo aplicables”*. La doctrina internacional ha entendido, y así lo ha aceptado, que los ADPIC son un Acuerdo de éstos, y lo mismo se ha entendido en relación con el G-3, TLC y Decisiones Andinas.

137. Este eventual Protocolo buscaba dos cosas básicas. Primero habría que buscar si las normas vigentes eran suficientes para atender los retos de las nuevas tecnologías, o si era necesario establecer nuevas normas cuando las mismas no fueran suficientes.

138. El Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, conjuntamente con el Tratado sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, cuyos textos se adoptaron el 20 de diciembre de 1996, se habían venido gestando desde hacia seis años atrás, desde el año 1990, período durante el cual se discutieron en los Comités de Expertos, todos aquellos temas relacionados con el derecho de autor y los derechos conexos.

139. De acuerdo con lo anterior, no queda establecido un vínculo entre el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor y el Convenio de Berna. Lo que aparece con frecuencia en el texto del Tratado, es la figura de la remisión a las normas de Berna. Ejemplo de esto lo son el artículo 1 numeral 4, que remite a los artículos 1 a 21 de Berna, y el artículo 3, que remite a los artículos 2 a 6 del Convenio de Berna.

Preámbulo

140. El preámbulo es una manifestación que tienen todos los tratados en su inicio para indicar la finalidad que éste persigue y además es una herramienta útil para el intérprete que busca conocer la intención de los convencionistas.

4.1 Vínculo con el Convenio de Berna

141. En el Tratado sobre Derecho de Autor hay una referencia de las partes que son miembros del Convenio de Berna pero no se crearon vínculos expresos. El artículo quedó como sigue:

“El presente Tratado es un arreglo particular en el sentido del artículo 20 del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, en lo que respecta a las Partes Contratantes que son países de la Unión establecida por dicho Convenio. El presente Tratado no tendrá conexión con tratados distintos del Convenio de Berna ni perjudicará ningún derecho u obligación en virtud de cualquier otro tratado. Ningún contenido del presente Tratado derogará las obligaciones existentes entre las Partes Contratantes en virtud del Convenio de Berna Para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas. En adelante, se entenderá por “Convenio de Berna” el Acta de París, del 24 de julio de 1971, del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas. Las Partes Contratantes darán cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 1 a 21 y en el Anexo del Convenio de Berna”.

142. Este Tratado tiene una particularidad, naturalmente en el campo del derecho de autor, y es de que por primera vez se permite que un grupo de países que conforman una unión económica, una unión regional, sean integrantes como una sola parte de un tratado internacional, que es lo que acontece con la Unión Europea, por esto se habla de Partes Contratantes y no de Países de la Unión, como lo hace Berna. Asunto sobre el cual los países latinoamericanos estuvieron de acuerdo, pensando que en un futuro próximo, igual suerte puedan seguir Mercosur y la Comunidad Andina de Naciones, que como grupos regionales de interés económico, les pudiera interesar ser parte de estos tratados.

4.2 Ámbito de protección del derecho de autor

143. Este es un tema ya contenido en el artículo 9 de los ADPIC, en su numeral 2, cuando dice: “La protección del derecho de autor abarcará las expresiones pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí”. Además es un manifiesto que está en la ley federal sobre derecho de autor de los Estados Unidos, en la Decisión 351 de la Comunidad Andina de Naciones, y en numerosas legislaciones nacionales sobre derecho de autor, entonces ¿para qué incluirlo nuevamente en el nuevo Tratado? No obstante, quedó consignado en el artículo 2:

“La protección del derecho de autor abarcará las expresiones, pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí”.

Programas de ordenador y bases de datos

144. Esta misma actitud se repitió con relación a los programas de ordenador. El trabajo realizado durante los seis años, en los cuales se adelantaron los Comités, permitió llegar a la Conferencia con una muy buena propuesta básica en este tema, hecha por el Presidente de los Comités a lo largo de este tiempo, acerca de una definición de programa de ordenador y la manera cómo quedaría protegido. Sin embargo, la India no estuvo de acuerdo con una definición distinta a la que aparece en los ADPIC, a lo que se sumó Singapur, Tailandia y Corea. Quedó consignada entonces, en este nuevo Tratado la misma definición que de programa de ordenador traen los ADPIC. Artículo 4:

“Los programas de ordenador están protegidos como obras literarias en el marco de lo dispuesto en el Artículo 2 del Convenio de Berna. Dicha protección se aplica a los programas de ordenador, cualquiera que sea su modo o forma de expresión”.

145. Lo mismo ocurrió con las bases de datos, respecto de las cuales incluso se cambió el término por el de compilaciones, porque el artículo 10 que se refiere a las bases de datos en los ADPIC habla de compilaciones, quedando de la siguiente manera:

“Las compilaciones de datos o de otros materiales, en cualquier forma, que por razones de la selección o disposición de sus contenidos constituyan creaciones de carácter intelectual, están protegidas como tales. Esa protección no abarca los datos o materiales en sí mismos y se entiende sin perjuicio de cualquier derecho de autor que subsista respecto de los datos o materiales contenidos en la compilación”.

146. De las propuestas básicas en las que se habían empleado seis años de esfuerzos, hubo algunas de ellas que nunca se desarrollaron, ni siquiera se discutieron, pero se logró en aras de aclarar algunos puntos, que se introdujera en estos Tratados la figura de las Declaraciones Concertadas, muy a pesar de no estar de acuerdo el grupo de países asiáticos. No hubo actas, que es lo que tradicionalmente se hace para perdurar la memoria de la intención de los legisladores, tanto en las leyes nacionales como en los convenios internacionales.

147. Fue así como hubo necesidad de hacer declaraciones concertadas relacionadas con el artículo 4 y con el artículo 5, de manera que el intérprete deberá recurrir siempre al texto de los artículos y a dichas declaraciones concertadas, como fuente obligatoria e inmediata.

4.3 Derechos patrimoniales

4.3 1 Derecho de reproducción

148. El texto del Tratado sobre Derecho de Autor no hace referencia al derecho de reproducción, a pesar de que existía una propuesta muy completa del Comité de Expertos, en el sentido de que era necesaria una definición del concepto de derecho de reproducción, que pusiera de manifiesto, por ejemplo, que la reproducción incidental o transitoria en la memoria de un ordenador es, técnicamente, una reproducción, y como tal, es un derecho exclusivo del autor o titular autorizarla o no previamente, tal como lo consagra el artículo 9 del Convenio de Berna.

149. La intención consistía en aclarar que dentro del concepto del derecho de reproducción, cabía cualquier acto de reproducción directa o indirecta, tanto permanente como provisional, por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma, lo cual constituía una afirmación muy clara para facilitar la interpretación del artículo 9.1 de Berna en el nuevo entorno digital. Naturalmente, se hacía necesario plantear una excepción en los términos del artículo 9.2, y la propuesta era la siguiente:

“Corresponderá a la legislación de las Partes Contratantes limitar el derecho de reproducción cuando la reproducción provisional de una obra tenga como único propósito hacer que la obra sea perceptible”.

150. Se hacía énfasis en el término perceptible para hacer claridad en que la ilicitud de una conducta radicaría en la reproducción para hacer perceptible la obra sin autorización del titular, y no, como lo planteaban algunos sectores de interés de los Estados Unidos haciendo una mala interpretación, que la conducta que se iba a tipificar como hecho punible en la Conferencia, era la transmisión de contenidos a través de las redes de información. De ahí la importancia de la expresión perceptible. A pesar de las intensas discusiones el artículo se eliminó, y se emitió una declaración concertada en relación con este derecho, que dice:

“El derecho de reproducción, tal como se establece en el artículo 9 del Convenio de Berna, y las excepciones permitidas en virtud del mismo, son totalmente aplicables en el entorno digital, en particular a la utilización de obras en forma digital. Queda entendido que el almacenamiento en forma digital en un soporte electrónico de una obra protegida, constituye una reproducción en el sentido del artículo 9 del Convenio de Berna”.

4.3.2 Derecho de distribución (Artículo 6)

151. Es uno de aquellos derechos exclusivos que se había venido estructurando a partir de algunas legislaciones, como la francesa y la belga, y de algunos acuerdos regionales, como la Decisión 351, y comprende tres elementos: el derecho de alquiler, el derecho de préstamo público y el derecho de importación.

152. No había uniformidad en las legislaciones nacionales sobre este importante derecho, ni tampoco, naturalmente, se había consagrado en un tratado internacional. Se planteaban dos posibilidades frente al derecho de distribución: un derecho de distribución, con derecho de importación, y otro derecho de distribución, sin derecho de importación.

153. En América Latina, particularmente el tema del derecho de importación para efectos de combatir las importaciones paralelas, era un tema que, a mi juicio, no había tenido un desarrollo positivo. De tal suerte, que uno de los aspectos que hay que abonarle a este Tratado es precisamente éste, ya que quedó establecido un derecho de distribución en los siguientes términos:

“Los autores de obras literarias y artísticas, gozarán del derecho exclusivo de autorizar la puesta a disposición del público del original y de los ejemplares de sus obras mediante venta u otra transferencia de la propiedad”.

154. La cuestión del agotamiento del derecho de distribución después de la primera venta o transferencia de propiedad del original o de un ejemplar de la obra con autorización del autor, es diferida a las legislaciones nacionales de las Partes Contratantes.

4.3.3 Derecho de alquiler (Artículo 7)

155. Fue uno de los temas frente a los cuales se dieron muchas batallas en las reuniones de los Comités, y durante la misma Conferencia. Hasta último momento, se dio una lucha porque se introdujera en este Tratado el derecho de alquiler como un derecho de alquiler general. Es decir, para todas las categorías de obras, sin hacer discriminación de las mismas, y así se presentó la propuesta básica. Nuevamente, en este punto, los países asiáticos afirmaron no estar dispuestos a ir más allá de lo concedido en los ADPIC, y particularmente la India anunció que de no ser así, no podría adherir al Tratado, y que solamente discutiría este tema en condiciones más amplias a partir del año 2000.

156. En consecuencia, quedó consagrado el derecho de alquiler, como un derecho exclusivo de los autores de poder autorizar el alquiler del original o de los ejemplares de sus obras, cuando éstas se traten de programas de ordenador, obras cinematográficas y fonogramas, al igual que aparece en los ADPIC, con la esperanza de que el intérprete de la disposición considere que los fonogramas contienen no solamente obras musicales, sino también obras literarias. El párrafo primero no será aplicable en el caso de un programa de ordenador, cuando el programa propiamente dicho, no sea el objeto esencial del alquiler. En el caso de una obra cinematográfica tampoco se aplicará, a menos que ese alquiler comercial haya dado lugar a una copia generalizada de una obra, que menoscabe considerablemente el derecho exclusivo de reproducción.

157. Frente al tema del derecho de alquiler, debemos anotar que América Latina ha consignado en la mayoría de sus legislaciones sobre derecho de autor, un derecho general de alquiler de manera exclusiva en favor de los autores. Igual ocurre con la Decisión 351 de 1993, que establece este derecho para todas las obras.

4.3.4 Derecho de comunicación (Artículo 8)

158. Este derecho se encuentra establecido en favor de los autores en el Convenio de Berna, aunque de manera fragmentada, concedido a ciertas categorías de obras, como las dramáticas, las dramático-musicales, y en relación con ciertas formas de comunicación pública. No obstante, la evolución tecnológica ha introducido ya el concepto de una nueva obra literaria, como lo es el programa de ordenador. En este contexto, no se había establecido un derecho exclusivo de comunicación pública en relación con el programa de ordenador en favor de los autores. La bondad del Tratado es que sin perjuicio de lo que ya establece el Convenio de Berna, dispone que los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar cualquier comunicación al público de sus obras. Es decir, cualquier tipo de comunicación relativa a cualquier categoría de obra, por medios alámbricos o inalámbricos, comprendida la puesta a disposición del público de las obras, de tal forma que los miembros del público puedan acceder a éstas desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija. Este artículo constituye un gran avance al permitir la inclusión a favor de todas las obras de un derecho de comunicación.

4.4 Duración de la protección para las obras fotográficas (Artículo 9)

159. El Convenio de Berna admitía desde la revisión de Estocolmo (1967), que las legislaciones nacionales sobre derecho de autor definieran el plazo de protección de las obras fotográficas, sin que el mismo fuera inferior a veinticinco (25) años contados desde la realización de la obra; por ello, numerosas legislaciones habían contemplado un término de duración para las obras fotográficas de cincuenta años. El tratado elimina esta desigualdad, disponiendo que las Partes Contratantes no aplicaran las disposiciones del párrafo 4 del artículo 7 del Convenio de Berna, extendiendo, en consecuencia, el plazo de protección de las obras fotográficas a cincuenta años post-mortem, al igual que las demás categorías de obras protegidas por el Convenio.

4.5 Limitaciones y excepciones (Artículo 10)

160. El Tratado hace dos precisiones en relación con este asunto. En primer término admite que los derechos en él reconocidos pueden ser objeto de limitaciones y excepciones en las legislaciones nacionales, en tanto, se den las siguientes condiciones: a) que se trate de ciertos casos especiales, b) que los mismos no atenten contra la normal explotación de la obra, y c) que no se cause perjuicios injustificados a los intereses legítimos del autor. Esta primera parte de la disposición, similar a la propuesta básica del Presidente del Comité, recoge el párrafo 2 del artículo 9 del Convenio de Berna.

161. En tanto que la segunda parte del artículo, precisa que la aplicación del Convenio de Berna no puede implicar la ampliación o la reducción de las limitaciones o excepciones que pueden establecer las legislaciones nacionales en virtud del Convenio.

162. Sin embargo, la Conferencia Diplomática entendió, y así quedo consignado en las declaraciones concertadas del Tratado (10), que las Partes Contratantes podrán al tenor de este artículo aplicar y ampliar debidamente al entorno digital las limitaciones y excepciones que hubieren desarrollado en sus legislaciones nacionales en razón del Convenio de Berna o, establecer las que resulten adecuadas al entorno digital.

4.6 Otras cuestiones

Obligaciones relativas a las medidas tecnológicas (Artículo 11)

163. Este fue un aspecto muy debatido durante todos los Comités, dada la necesidad de establecer un artículo que obligara a las partes a declarar la ilicitud de importación, manufactura, oferta o distribución de dispositivos que menoscaban la protección del derecho de autor, o la prestación de servicios con este mismo efecto. Se trataba de sentar las bases para determinar como hecho punible, la posesión de dispositivos para eludir o circunvalar la protección establecida para los autores o titulares del derecho.

164. Este es un mecanismo para incluir como uno de estos dispositivos para eludir la protección a los autores o titulares, los famosos decodificadores que se utilizan para decodificar las señales que transportan los satélites y que se reciben a través de las antenas parabólicas. Frente a este punto se opuso de nuevo el grupo asiático, argumentando que en materia penal es necesario ser muy precisos, pues al juez hay que darle elementos muy

objetivos para impedir que se cometan atropellos e injusticias, dado que los países asiáticos son los principales fabricantes de decodificadores y otros dispositivos, y sería imposible para ellos hacerse responsables del uso que les dé el usuario final.

165. Por lo tanto, este artículo quedó consagrado de la siguiente manera:

“Las Partes Contratantes proporcionarán protección jurídica adecuada y recursos jurídicos efectivos contra la acción de eludir las medidas tecnológicas efectivas que sean utilizadas por los autores en relación con el ejercicio de sus derechos en virtud del presente Tratado y que, respecto de sus obras, restrinjan actos que no estén autorizados por los autores concernidos o permitidos por la Ley”.

166. Es decir, dentro de esa amplia potestad, las Partes podrán identificar cuál puede ser la disciplina jurídica más acertada para castigar hechos o para considerar como objeto punible estas conductas.

Obligaciones relativas a la información sobre la gestión de derechos (Art. 12)

167. El artículo 12 del Tratado, correspondiente a las obligaciones relativas a la información sobre la gestión de los derechos, fue aprobado casi tal como venía el texto de la propuesta básica. Este artículo es un instrumento de acción de defensa muy importante cuando se trata de la explotación de obras en el entorno digital y cuando se habla de la utilización de las obras a través de redes de información, para efectos de la identificación. Porque fácil es identificar el derecho y la obra cuando se tiene en frente un soporte material, pero cuando estamos en una red como internet, de la misma manera como es fácil introducir la obra a la misma, es igualmente fácil introducir datos o informaciones inexactas en la presentación de sus titulares o de los derechos sobre la obra.

168. El mencionado artículo estipula que las Partes Contratantes proporcionarán recursos jurídicos efectivos contra cualquier persona que, con conocimiento de causa, realice cualquiera de los siguientes actos sabiendo o, con respecto a recursos civiles, teniendo motivos razonables para saber que induce, permite, facilita u oculta una infracción a cualquiera de los derechos previstos en el presente Tratado o en el Convenio de Berna: suprimir o alterar sin autorización cualquier información sobre la gestión electrónica de derechos; distribuir, importar para su distribución; y emitir o comunicar al público, sin autorización, ejemplares de obras sabiendo que la información sobre la gestión electrónica de derechos ha sido suprimida o alterada sin autorización.

Disposiciones sobre la observancia de los derechos (Artículo 14)

169. Otro tema que fue sumamente controvertido. El Acuerdo sobre los ADPIC contiene una serie de medidas denominadas, de manera genérica, *medidas de observancia*, y que a mi entender, es la razón de ser del Acuerdo sobre los ADPIC. En las reuniones de la Ronda Uruguay, se puso de manifiesto que la preocupación mayor de los países industrializados, y en eso les asistía absoluta razón, era la imposibilidad de tener a través de los acuerdos administrados por la OMPI, cabe mencionar los más importantes: el Convenio de Berna y el Convenio de París, mecanismos para defender esos derechos sustantivos, por lo que se planteó como solución,

vincular los derechos de autor a un acuerdo comercial. Es decir, como algunos afirman, cambiar mercancías por derechos de autor. Era la parte más importante, y quedaron allí consagrados unos mecanismos de reacción sumamente útiles, muy importantes y muy expeditos.

170. Sin embargo, se consideró en muchas discusiones, que era necesario incluir esa parte dentro del Tratado y así se presentaron dos variantes: una, trasladarla *mutatis mutandis* al texto del Tratado y otra, contenida en la propuesta básica, la de hacerle unas adecuaciones a la terminología del Tratado. Por fortuna para América Latina y, en este caso en particular, para el Caribe, Jamaica propuso de manera inteligente y muy atinada, que no era necesario introducir medidas de esa naturaleza, y que más bien, se introdujera un texto similar al del artículo 36.1 del Convenio de Berna, y por consiguiente este artículo quedó así: “Las Partes Contratantes se comprometen a adoptar de conformidad con sus sistemas jurídicos, las medidas necesarias para asegurar la aplicación del presente Tratado. Las Partes Contratantes se asegurarán de que en su legislación nacional se establezcan procedimientos de observancia de los derechos a que se refiere el presente Tratado, con inclusión de recursos ágiles para prevenir las infracciones y de recursos que constituyan un medio eficaz de disuasión de nuevas infracciones”. Afortunadamente esa propuesta muy sensata, muy oportunamente presentada por un país de nuestra región, tuvo eco.

Entrada en vigor del Tratado (Artículo 20)

171. El Tratado está abierto a todos los Estados que son miembros de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, sin que se requiera, como ha quedado dicho, ningún vínculo preexistente con el Convenio de Berna, y, por primera vez, a las organizaciones intergubernamentales que tengan competencia respecto de cuestiones cubiertas por el Tratado o, tengan su propia legislación que obligue a todos sus Estados miembros, siempre y cuando, haya sido autorizada para ser miembro del Tratado de conformidad con sus procedimientos internos. Adicionalmente, es preciso señalar que a fin de que este acuerdo entrara en vigor era preciso que 30 Estados lo hubiesen ratificado o adherido, condición que se cumplió el 20 febrero anterior con la adhesión de Honduras, en consecuencia el Tratado se encuentra vigente desde el 20 de mayo de 2002.

[Sigue la bibliografía]

BIBLIOGRAFÍA

COLOMBIA, Ministerio de Gobierno. Dirección Nacional de Derecho de Autor. “Génesis y Evolución del Derecho de Autor”. Santa Fe de Bogotá, 1995.

LIPSZYC, Delia. “Derechos de Autor y Derechos Conexos”. Buenos Aires: Ediciones UNESCO/CERLALC/ZAVALLIA, 1993.

RENGIFO, Ernesto. “La Propiedad Intelectual, el Moderno Derecho de Autor”. Santa Fe de Bogotá: Ediciones Universidad Externado de Colombia, 1995.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL (OMPI), “Glosario de Derecho de Autor y de Derechos Conexos”. Ginebra, 1980.

ZAPATA LÓPEZ, Fernando. “Participación del Estado en el cumplimiento y defensa del derecho de autor y los derechos conexos en el marco del Acuerdo TRIP’S (ADPIC)”, Seminario sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para América Latina, Washington, 1995.

ZAPATA LÓPEZ, Fernando. “Estructura y contenido del derecho de autor y los derechos conexos” II Curso Centroamericano sobre Propiedad Intelectual para Catedráticos Universitarios, Guatemala, 15 al 18 febrero de 2000

[Fin de la bibliografía y del documento]