

OMPI/PI/JU/LAC/04/18

ORIGINAL: Español

FECHA: 21 de octubre de 2004

OFICINA EUROPEA
DE PATENTESOFICINA ESPAÑOLA
DE PATENTES Y MARCASORGANIZACIÓN MUNDIAL
DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

TERCER SEMINARIO REGIONAL SOBRE PROPIEDAD INTELECTUAL PARA JUECES Y FISCALES DE AMÉRICA LATINA

organizado conjuntamente por
la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI),
la Oficina Europea de Patentes (OEP)

y

la Oficina Española de Patentes y Marcas (OEPM),

con la colaboración

del Ministerio de Cultura de España,
el Consejo General del Poder Judicial de España (CGPJ),
la Agencia Española de Cooperación Internacional (AECI)

y

la Secretaría de Integración Económica Centroamericana (SIECA)

Antigua, Guatemala, 25 a 29 de octubre de 2004

CONTENIDO DEL DERECHO DE AUTOR. EL AUTOR, LA OBRA,
LIMITACIONES Y EXCEPCIONES

*Documento preparado por la Sra. Emilia Aragón, Consejera
Técnica, Ministerio de Cultura, Madrid*

I. INTRODUCCIÓN

El origen del derecho de autor se produce a consecuencia de la invención de la imprenta, ya que ésta posibilitó la reproducción masiva de las obras literarias; lo que, a su vez, permitió su divulgación popular, de tal manera que tales obras pudieron salir de las órbitas del clero y la nobleza.

Las primeras normas de protección tuvieron como sujeto al editor y no a los autores. Ejemplo de esto son los privilegios conferidos a favor de los impresores en Venecia a finales del siglo XV. Más tarde, en 1710, el parlamento inglés aprobó el llamado "Estatuto de la Reina Ana" por el que se reconoció el derecho autoral, de tal manera que el editor gozaba de los derechos de producir y distribuir copias de las obras literarias, si bien transcurrido un cierto tiempo el autor podía asignar ese derecho o privilegio a otro editor. Más tarde, en 1716, el Consejo de Estado francés reconoció derechos patrimoniales a los autores literarios que, posteriormente, en 1786, se extienden también a los compositores musicales.

Durante ese período, las diversas legislaciones nacionales empezaron a reconocer y sistematizar estos derechos, así, por ejemplo, España conoce su primera Ley autoral en 1840, Chile en 1830, Perú en 1849 o México en 1871. Este proceso culminó con su internacionalización, de tal manera que a finales del siglo XIX, se concluyó el primer instrumento internacional multilateral, el Convenio de Berna, para la protección de obras literarias y artísticas.

A partir de este primer instrumento normativo internacional se irían aprobando otros de carácter multilateral y de carácter supraregional. La justificación básica para este proceso de internacionalización radica en la ubicuidad de las obras y demás objetos protegidos bajo la propiedad intelectual, y en la universalidad de su explotación. Por tanto, para estudiar la regulación de cualquier Estado sobre la propiedad intelectual es necesario tener en cuenta la normativa internacional en la materia. Entre los tratados de mayor envergadura se deben mencionar los siguientes: Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, de 1886, con sus posteriores revisiones, especialmente la realizada en París en 1971; Convención de Roma de 1961 sobre la protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión; Tratado de la OMPI sobre derecho de autor, de 1996 (TODA/WCT); Tratado OMPI sobre interpretación o ejecución y fonogramas de 1996 (TOIEF/WPPT).

Junto con la normativa internacional, es necesario atender a otros instrumentos internacionales pero de alcance regional. Este sería el caso de la normativa comunitaria para la Unión Europea, donde se han aprobado numerosas Directivas sobre este tema. En el ámbito iberoamericano uno de los instrumentos más completos es la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena de 1993, derivada del Pacto Andino y que, obviamente, tiene un reflejo preciso en las legislaciones sobre propiedad intelectual de los Estados que integran el citado Pacto. Asimismo, la importancia creciente, y no sólo en términos económicos, de los derechos de autor y de los derechos afines a los de autor, se refleja en el contenido del tercer Borrador de Acuerdo sobre "Área de Libre Comercio de América -ALCA", cuyo capítulo XX está dedicado íntegramente a los derechos de propiedad intelectual.

En el caso español, la propia Constitución hace referencia a la propiedad intelectual en diversos artículos. Así, el artículo 20.1.b reconoce el derecho a la producción y creación literaria, artística y científica. El artículo 149.1.9 delimita las competencias que corresponden al Estado en este tema. Por otra parte, el código civil declara en su artículo 428 que el autor de una obra literaria, artística o científica tiene el derecho a explotarla y disponer de ella a su voluntad. El artículo 429 nos remite a una ley especial, siendo esta el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, al que haré referencia a lo largo de la presentación.

II. EL AUTOR

Se considera autor a la persona natural que crea alguna obra, siendo el hecho de la creación sin más el que atribuye a esta persona los derechos sobre esa obra, sin que sea necesario ningún otro requisito de carácter formal o inscripción registral para obtener esa protección. Esta ausencia de requisitos formales tiene como consecuencia que la protección se haga depender de lo que podría denominarse como una *“apariencia de autoría o de paternidad”*. En ese sentido, el artículo 15.1 del Convenio de Berna establece una presunción *“iuris tantum”* al indicar que *“Para que los autores de las obras literarias y artísticas protegidas por el presente Convenio sean, salvo prueba en contrario, considerados como tales y admitidos, en consecuencia, ante los Tribunales de los países de la Unión para demandar a los defraudadores, bastará que su nombre aparezca estampado en la obra en la forma usual...”*

Como ejemplo de esta ausencia de formalidades, ya hemos visto antes el art. 3 de la Ley hondureña, al que podemos añadir el art. 170 de la Ley peruana *“El registro es meramente facultativo para los autores y sus causahabientes y no constitutivo, de manera que su omisión no perjudica el goce ni el ejercicio pleno de los derechos reconocidos y garantizados por la presente Ley”*.

Si bien la creación de una obra sólo puede ser realizada por una persona física, eso no es óbice para que, en según qué casos, se pueda reconocer el derecho de autor o puedan beneficiarse del mismo las personas jurídicas (art. 5.2 del TRLPI). Es lo que puede ocurrir cuando la obra se divulgue en forma anónima o bajo seudónimo, pues, en tal caso, el ejercicio de los derechos corresponde a la persona natural o jurídica que saque a la luz la obra, con el consentimiento del autor, mientras éste no revele su identidad (art. 7 de la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos de Nicaragua: *“Cuado la obra se divulgue en forma anónima o seudónima el ejercicio de los Derechos de Autor corresponderá a la persona natural o jurídica que la haga accesible al público en cualquier forma o procedimiento con el consentimiento del autor, mientras éste no revele su identidad”*.

III. LA OBRA

El objeto protegido es la obra creada por el autor. En el Convenio de Berna no se define lo que es una obra, sino que enumera en su artículo 2 una prolija relación de ejemplos que se consideran obra. Por su parte en España, la Ley de Propiedad Intelectual (en adelante TRLPI) establece en su artículo 10 que *“son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones literarias, artísticas o científicas...comprendiéndose entre ellas...”* y nuevamente se vuelve a

utilizar una técnica ejemplificativa pero no cerrada. Con una sistemática similar se manifiesta la Ley Panameña (Ley n° 15 de Derechos de Autor y Derechos conexos, de 29 de junio de 1994) que tras definir en su artículo 2.14 a la obra como “*Creación intelectual original, de naturaleza artística, científica o literaria susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma*” ofrece en su art. 7 una relación ejemplificativa no cerrada de lo que es una obra. (Siguiendo técnicas similares, podemos aludir a las normativas de Guatemala –art.15 de la Ley de Derecho de autor y derechos conexos- de Paraguay – art 4 de de la Ley n° 1328/98- o de Chile – art. 3 de la Ley 17.336-).

Lo que sí está claro es que el objeto de los derechos de autor son las obras o, si se quiere, las “...*expresiones pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí*” (art. 2 del TODA). Más explícito es tal vez el art. 7 de la Decisión 351 del Acuerdo de Cartagena: “*Queda protegida exclusivamente la forma mediante la cual las ideas del autor son descritas, explicadas, ilustradas o incorporadas a las obras. No son objeto de protección las ideas contenidas en las obras literarias y artísticas, o el contenido ideológico o técnico de las obras científicas, ni su aprovechamiento industrial o comercial*”.

Por otra parte, existen supuestos de obras que merecen una mención específica, tal y como las obras en colaboración, las obras colectivas, las obras compuestas, las colecciones y las obras derivadas. Las obras en colaboración son aquellas que son producto del resultado unitario de la colaboración entre varios autores, correspondiendo los derechos a todos ellos. Las obras colectivas son las creadas por la iniciativa y bajo la coordinación de una persona natural o jurídica que la edita y divulga bajo su nombre y está constituida por las aportaciones de diferentes autores. Las obras compuestas son aquellas obras nuevas que incorporan una obra preexistente sin perjuicio de los derechos que a este último correspondan. En último lugar, el TRLPI enumera una serie de obras que también constituyen objeto de protección por propiedad intelectual entre las cuales se encuentran las traducciones y adaptaciones, los arreglos musicales o cualquier adaptación o transformación de una obra literaria, artística o científica.

Sin embargo, la obra, entendida como se ha explicado antes, no acota el objeto de la propiedad intelectual, ya que ésta no sólo comprende los derechos de autor, sino también los derechos llamados, conexos, vecinos, afines o simplemente otros derechos de propiedad intelectual. Y esto es así por la progresiva incorporación de otras personas, físicas o jurídicas, cuyas aportaciones también merecen la protección de este régimen jurídico, si bien con distintos matices y alcances, generalmente menores que los que corresponden a los autores.

Asimismo, otra peculiaridad radica en la asimilación, en cuanto a su protección, de los programas de ordenador a obras literarias, si bien determinando una serie de particularidades propias, sistema que se perfila como común en diversas legislaciones tanto de ámbito internacional como nacional.

Aunque los programas se definen como obras literarias, presentan diferencias fundamentales en cuanto a sus requisitos de protección. En efecto, aunque se exige la originalidad, esta significa únicamente que sea una creación intelectual del autor, es decir, que no sea copiada (requisito general de originalidad en el derecho norteamericano). Asimismo, existen diferencias en cuanto a la titularidad de los derechos, pues si bien en la obra el autor es

siempre la persona natural que crea la obra, en los programas de ordenador vemos una regulación mucho más favorable para el empresario correspondiendo a éste la titularidad de los derechos económicos como, por ejemplo, establece la Directiva comunitaria que regula esta materia.

Son varias las leyes iberoamericanas que establecen una protección de los programas de ordenador. Este es el caso, por ejemplo, de la ley chilena, donde se incluyen en su artículo 3 como categoría de obra expresamente protegida. En la Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Intelectual de El Salvador, se regula una sección específica sobre la protección de los programas de ordenador, en la que se establece la cesión exclusiva de los derechos de los autores del programa de ordenador al productor. Esta previsión se realiza de modo similar en la ley panameña de Derechos de Autor y Derechos Conexos en su artículo 18. La Ley peruana establece un capítulo dedicado a esta cuestión en el que se desarrollan numerosos temas relativos a la protección de los programas.

Asimismo, la Decisión de Cartagena establece una protección desarrollada de los programas de ordenador en los artículos 23 y siguientes, equiparándolos a las obras literarias y permitiendo la realización de copias de salvaguardia.

IV. CONTENIDO DEL DERECHO DE AUTOR

El derecho de autor está compuesto por un conjunto de facultades que atribuyen a su titular el disfrute total y absoluto de la obra de su creación. En los países con una legislación de tipo continental, a diferencia de los sistemas de copyright, estas facultades son de dos tipos, las de carácter personal, también denominadas derechos morales, y las de carácter económico, conocidas como derechos de explotación o derechos patrimoniales.

Dentro de los derechos de carácter patrimonial cabe distinguir a su vez, entre derechos exclusivos, que son aquellos que atribuyen a su titular la facultad de autorizar o prohibir la utilización de la obra o prestación, y derechos de remuneración, en los que si bien se priva a los titulares de la posibilidad de autorizar el acto de explotación, se les reconoce una participación económica derivada del mismo, viniendo determinado dicho contenido económico por la ley (copia privada, derecho de participación) o bien fijado por los titulares de los derechos.

1. Derechos morales

Los derechos morales del autor son derechos de carácter personalísimo, mediante los que se protege a la persona del autor a través de su obra. El carácter personal de estos derechos ha llevado a algunos autores a cuestionar si deben ser considerados como derechos de la personalidad. No obstante, resulta difícil calificar como tales a los derechos morales del autor que no van asociados a la persona como tal sino a la persona que crea una obra, es decir, van referidos no *strictu sensu* a la persona sino más propiamente al creador. Esta es asimismo la posición adoptada por el Tribunal Supremo que en diferentes sentencias ha afirmado que si bien el derecho moral tiene facultades personalísimas, no es un derecho de la personalidad *“por carecer de la nota de la esencialidad, al no ser consustancial o esencial a la persona, dado que no toda persona es autor”*.

Las características esenciales de los derechos morales, es su carácter de irrenunciables e inalienables. La Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena añade además a estar características las de la inembargabilidad y la imprescriptibilidad.

La inalienabilidad de estos derechos es la nota que más los diferencia con los derechos de explotación, ya que mientras éstos últimos son susceptibles de transmisión a terceras personas, los derechos morales no pueden transmitirse *inter vivos*.

La irrenunciabilidad, en cambio, se predica también para algunos derechos de explotación en la propia ley, como el derecho de participación de los autores plásticos en la reventa de sus obras, o el de la remuneración por copia privada, que es irrenunciable para autores y artistas.

En cuanto a la duración de estos derechos, tras el fallecimiento del autor sólo pueden ejercitarse los derechos de divulgación (por un plazo de setenta años si la obra no se había divulgado durante la vida del autor), el de paternidad y el de integridad (a perpetuidad). El resto de derechos morales se extinguen con la muerte del autor.

En relación al ejercicio post mortem de los derechos morales, la mayoría de las leyes determinan que le corresponde a la persona a la que el autor se los haya confiado expresamente por disposición de última voluntad. En su defecto, a los herederos legales del autor, y en ausencia de ambos, al Estado u otras instituciones públicas.

La ley española introduce una salvedad respecto al ejercicio del derecho de divulgación por los derechohabientes del autor (art. 40), y es que en el supuesto de que éstos no ejerciesen dicho derecho, y en defensa del derecho constitucional de acceso a la cultura, cuya tutela corresponde a los poderes públicos, el juez podrá ordenar las medidas adecuadas a solicitud de éstos o de cualquier persona que tenga un interés legítimo.

Los principales derechos morales son los siguientes:

a. Derecho de divulgación

Es el primer derecho que ejerce un autor que crea una obra, decidir si su obra se divulga, es decir, determinar si desea que el público la conozca y en qué forma, y el que mayor vinculación guarda con los derechos de explotación, ya que el ejercicio, explícito o implícito de este derecho moral, abrirá la posibilidad de ejercer los derechos patrimoniales. Como afirma el artículo 19 de la ley nicaragüense, “*el autor es quien decide si su obra es divulgada, en qué forma y momento*”.

El segundo aspecto –decidir la forma en que la obra debe ser divulgada- guarda una relación directa con las modalidades de explotación. Así, un autor dramático puede decidir que su obra se represente en un teatro pero que no se distribuya mediante ejemplares.

Este derecho, en su vertiente negativa, se denomina derecho al inédito, ya que permite al autor una vez creada la obra, retrasar su divulgación o no divulgarla nunca, y así es como se ha recogido, por ejemplo, en el artículo 14.3 de la Ley de Propiedad Intelectual de Chile, al reconocer al autor el derecho a *mantener la obra inédita*. También la ley costarricense

(art.14 a)) opta por esta definición del derecho facultando al autor a “*mantener la obra inédita pudiendo aplazar, por testamento, su publicación y reproducción durante un lapso de hasta cincuenta años posteriores a su muerte*”.

b. Derecho de paternidad

Este derecho consiste en la potestad de exigir el reconocimiento de la condición de autor de la obra.

Este derecho está íntimamente relacionado con el derecho a decidir la divulgación pues, tras la comunicación de la obra al público, la proclamación de la paternidad es una consecuencia del acto de creación intelectual. Es un derecho que tiene carácter perpetuo, pues la paternidad debe respetarse incluso para las obras que han caído en dominio público.

En su vertiente positiva, el derecho de paternidad faculta al autor para exigir el reconocimiento de su nombre en la obra; en su vertiente negativa, este derecho permite al autor el no revelar su identidad, divulgar la obra anónimamente o bajo seudónimo.

c. Derecho a la integridad de la obra

El derecho a la integridad de la obra es el derecho que tiene el autor a impedir que su obra sufra una modificación o deformación sin su consentimiento. Este derecho está estrechamente relacionado con el derecho de divulgación, pues garantiza al autor la facultad de vigilar, tras su divulgación, que su obra no sea desnaturalizada. Por ejemplo, en una obra literaria, la supresión de capítulos, sin autorización del autor, o en una obra cinematográfica, el coloreado de las películas en blanco y negro.

Este derecho viene definido en la Convención de Berna como el derecho que tiene el autor a “*oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la obra o a cualquier atentado a la misma que cause perjuicio a su honor o a su reputación*”.

d. Derecho de modificación.

Consiste en la posibilidad que tiene el autor de modificar su obra respetando, en cualquier caso, los derechos adquiridos por terceros y las exigencias de protección de Bienes de Interés Cultural.

Este derecho cuenta, por tanto, con dos límites. En primer lugar, el respeto de los derechos adquiridos por los posibles cesionarios de la obra. El segundo límite es una manifestación de la conservación de los bienes culturales que corresponde al Estado, así en el caso de los bienes declarados de interés cultural se exigirá la autorización de la Administración correspondiente. Concretamente, la Ley de Patrimonio Histórico Español legitima a la Administración para impedir un derribo y suspender cualquier clase de obra o intervención en un bien declarado de interés cultural.

e. Derecho de retirada de la obra del comercio

Este derecho, denominado también “derecho de arrepentimiento”, consiste en la posibilidad de retirar la obra de la circulación comercial.

Las leyes suelen establecer la obligación del autor de indemnizar a terceros por los posibles derechos que hubieran adquirido sobre la explotación de la obra (Colombia, Perú o Nicaragua).

Este derecho, reconoce la capacidad de autocrítica del autor de su obra y, parece que, en principio, el único control judicial que puede realizarse sobre el ejercicio de este derecho debe ir dirigido a comprobar que efectivamente las razones que mueven al autor son de orden moral y no económicas.

f. Derecho de acceso al ejemplar único o raro de la obra

Este derecho está reconocido entre otras, en las leyes panameña, nicaragüense, ecuatoriana, peruana y en la española y, según establece el artículo 28 de la Ley de Derecho de Autor de Perú, a través del mismo *“el autor tiene la facultad de acceder al ejemplar único o raro de la obra, cuando se halle en poder de otro, a fin de ejercitar sus demás derechos morales o los patrimoniales. Este derecho no permitirá exigir el desplazamiento de la obra y el acceso a la misma se llevará a efecto en el lugar y forma que ocasionen menos incomodidades al poseedor”*.

Este derecho donde se ejercita con mayor frecuencia es en el caso de las obras de arte, piénsese en el caso de un pintor que vende un cuadro a un tercero, sin que se haya divulgado el mismo, el autor podrá acceder al cuadro para por ejemplo, ejercer su derecho de reproducción, sin perjuicio de que el poseedor lo siga teniendo en su poder, o para exponerlo públicamente –si en el contrato con el adquirente del cuadro, el autor se reservó este derecho–.

Jurisprudencia española sobre derechos morales.

Existe diversa jurisprudencia en España sobre derechos morales, la cual ha reiterado especialmente el carácter irrenunciable e inalienable de estos derechos, destacando que el resarcimiento del daño moral persiste a pesar de la eventual cesión de los derechos patrimoniales derivados de ésta. En particular, numerosas sentencias se han pronunciado sobre el respeto a la paternidad y a la integridad sobre la obra, señalando que ésta no puede *“ser mutilada, fragmentada o desmembrada para otros fines”*.

La Sentencia 2055/1994 de la Sala Civil del Tribunal Supremo, reconoce el derecho del autor al reconocimiento de la autoría de la obra y a su integridad. La base de este pleito se encuentra en la reproducción de un cartel artístico en un sello postal sin indicar el nombre del autor y alterando la integridad de la obra, pues añade al cartel una serie de modificaciones que no aparecían en el original y que alteran la concepción artística que tuvo el autor.

Otras sentencias relativas al reconocimiento de derechos morales a los autores, han sentado jurisprudencia respecto al concepto de plagio. En concreto, en la Sentencia 597/1997, se define qué debe entenderse por plagio. En ella se sustancia un plagio parcial por la inserción en una tesis doctoral de capítulos enteros de obras científicas sin que conste la atribución a sus autores ni se haga mención de la procedencia del texto ni se haya contado con el consentimiento de aquellos. Destaca que por plagio debe entenderse *“todo aquello que supone copiar obras ajenas en lo sustancial, por lo que se presenta como una actividad mecanizada, muy poco intelectual y creativa, carente de toda originalidad y concurrencia de genio o talento humanos, aunque manifieste cierto ingenio, dándose en la situaciones de*

identidad y en aquellas otras que, aunque encubiertas, descubren similitud con la creación original, una vez despojadas de ardidés y disfraces, produciendo un estado de apropiación y aprovechamiento de la labor creativa y esfuerzo ideario o intelectual ajeno”.

No constituiría plagio, por el contrario, como recuerda la STS de 20-2-1992 “*la mera confusión con todo aquello que es común e integra el acervo cultural generalizado o con los datos que las ciencias aportan para el acceso y conocimiento por todos. Por todo lo cual el concepto de plagio ha de referirse a las coincidencias estructurales básicas y fundamentales y no a las accesorias, añadidas, superpuestas o modificaciones no trascendentales”.*

Derechos morales y nuevas tecnologías.

Se puede hacer mención a las particularidades de los derechos morales en el entorno digital, dado que pueden verse manipulados por la propia interactividad del medio y su formato digital. En este sentido, los usuarios se han convertido en modificadores de obras en Internet ya que, por ejemplo, la utilización de ciertos programas (filtering) permite “filtrar” el contenido de una página web y eliminar o modificar los contenidos que se consideren oportunos.

A pesar de ello, si la tecnología amenaza los derechos de autores y demás titulares de derechos, también puede ayudar a protegerlos en la Red. Por ejemplo, existen técnicas destinadas a proteger el derecho de paternidad sobre la obra o prestación a través de funciones de identificación y de marcaje. Por ejemplo, el sistema de la Confederación Internacional de Sociedades de Autores Compositores, el denominado Sistema de Información Común (CIS), que tiene por objetivo identificar las prestaciones, las partes interesadas (titulares de derechos, autores, productores, editores, titulares de derechos conexos), así como los contratos realizados entre ellos relativos a sus obras y prestaciones. Estos sistemas de información facilitan la búsqueda de los titulares de derechos en las bases de datos en las cuales se recogen los códigos numéricos que aparecen en la obra.

A través de la técnica del tatuaje o “watermaking”, la identificación del autor puede aparecer en el código digital gravado en la representación digital de la prestación, a través de una identificación numérica estandarizada que reenvía a una base de datos tomando todos los datos relativos al autor.

2. Derechos de explotación

Estas facultades o derechos patrimoniales tienen las características de los de esta clase: son susceptibles de actos de disposición, se hallan regidos por el principio de autonomía de la voluntad y son renunciables.

Estos derechos cubren cualquier forma de explotación de la obra, así lo expresa genéricamente el artículo 17 de la Ley de Propiedad Intelectual española, siendo, por tanto, los derechos que se expresan en ese artículo una expresión de supuestos concretos, no excluyente de otras formas de explotación no expresadas en la ley. Asimismo los derechos de explotación son independientes entre sí, por lo tanto, la autorización obtenida para una modalidad de explotación no es extensible a las demás modalidades.

Son transmisibles *mortis causa e inter vivos*, en el caso de esta última transmisión algunas leyes exigen que la cesión se determine en tiempo y en ámbito territorial, la ley española establece además que si existe una omisión al respecto la cesión está limitada a cinco años y el ámbito territorial corresponde al país en el cual se realice la transmisión de los derechos.

Una peculiaridad más de la propiedad intelectual radica en su duración. Los derechos de autor y los conexos a los de autor cuentan con un límite temporal que hace que la protección y, consiguientemente, su ejercicio, sólo sea posible durante la vida del autor y un número de años tras el fallecimiento de éste. Como ya sabemos, los autores gozan de un plazo mínimo de protección internacional establecido en el Convenio de Berna, y que es la vida del autor y los cincuenta años posteriores a su fallecimiento. En España, como en el resto de los Estados miembros de la Unión Europea es de 70 años (art. 26 del TRLPI), 75 años en Guatemala (art. 43), 50 años en Panamá (art. 42), 70 años en Perú (art. 52) o 50 años en Chile (art. 10: *“La protección otorgada por la presente ley dura por toda la vida del autor y se extiende hasta por 50 años más contados desde la fecha de su fallecimiento. En caso que, al vencimiento de este plazo, existiere cónyuge o hijas solteras o viudas o cuyo cónyuge se encuentre afectado por una imposibilidad definitiva para todo género de trabajo, este plazo se extenderá hasta la fecha de fallecimiento del último de los sobrevivientes). La protección establecida en el inciso anterior, tendrá efecto retroactivo respecto al cónyuge y las referidas hijas del autor. En el caso previsto en el inciso segundo del artículo 8º y siendo el empleador una persona jurídica, la protección será de 50 años a contar desde la primera publicación”*).

Dentro de los derechos patrimoniales o de explotación cabe distinguir dos categorías:

- Los derechos exclusivos.
- Los derechos de simple remuneración.

2.1. Derechos exclusivos

Estos derechos confieren al autor el poder de autorizar o prohibir la explotación de la obra con la posibilidad de obtener una remuneración por la autorización de la utilización.

a. Derecho de reproducción:

Suele definirse como el derecho a la *“fijación de la obra en un medio que permita su comunicación y la obtención de copias de todo o parte de ella”*. La Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, completa esta definición añadiendo *“por cualquier medio o procedimiento”*. El Convenio de Berna y el TODA reconocen el derecho de reproducción a los autores.

Algunas leyes, como la boliviana, acompañan a la definición del derecho, a modo de ejemplo, distintas formas en las que éste puede materializarse, así esta ley establece que el derecho de reproducción consiste en *“la multiplicación y fijación material de la obra por cualquier procedimiento que permitió hacerla conocer al público como la imprenta, fotografía, grabado, litografía, cinematografía, fonografía, cinta magnética con sonidos, imágenes o ambos o cualquier otro medio de reproducción”*.

En definitiva es el derecho a la mera producción de ejemplares, no a distribuirlos. Si hasta hace unos años se manifestaba en la reprografía, las grabaciones sonoras o videográficas, ahora habría que incluir también las reproducciones que se producen en el disco duro del ordenador o en el sistema de transmisión por internet.

Casi todos los teóricos de esta materia consideran que el derecho de reproducción es el derecho más esencial de los derechos de autor, ya que a partir de él –es decir, cuando la obra se ha fijado en un medio físico- podrán ejercitarse otras facultades de explotación de la obra, especialmente las englobadas en el derecho de distribución.

La importancia económica de este derecho se puso de manifiesto con la utilización masiva de técnicas de reproducción (fotocopiadoras y aparatos capaces de reproducir obras sonoras y visuales), que suponían para el autor la práctica imposibilidad de ejercicio del derecho, lo que supuso que la mayoría de las legislaciones introdujeran sistemas compensatorios, como el de la copia privada, que veremos más adelante, al hablar de los límites a los derechos.

La amplitud con que se reconoce el derecho de reproducción, tanto en el Convenio de Berna –*por cualquier procedimiento y en cualquier forma*-, como en las legislaciones nacionales, no plantea problemas a la hora de entender incluidas en el mismo las nuevas formas de reproducción que el desarrollo de la sociedad de la información está implantando. A este respecto hay que recordar la declaración concertada al artículo 1.4 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor que afirma que el derecho de reproducción, tal como se establece en el artículo 9 del Convenio de Berna, es totalmente aplicable al entorno digital, entendiendo además que el almacenamiento en forma digital en un soporte electrónico de una obra protegida, constituye una reproducción. En el mismo sentido se expresan sendas declaraciones concertadas del TOIEF relativas a las interpretaciones o ejecuciones y a los fonogramas.

Jurisprudencia española sobre el derecho de reproducción.

En relación con el derecho de reproducción, existen numerosas sentencias que se han pronunciado sobre la existencia o no de autorización para reproducir. Especialmente, hay numerosas condenas a establecimientos de reprografía abiertos al público por la falta de obtención de licencias para reproducir obras protegidas.

Aunque la mayoría de las sentencias sobre el derecho de reproducción se basan en ese supuesto, también se pueden mencionar otras, como la Sentencia 493/2001, donde se sustancia un pleito entre un anunciante de una fotografía y un fotógrafo por la publicación sin autorización de una de sus fotografías. Si bien este último la había cedido para su inserción en un expediente inmobiliario, dicha cesión no se había producido para su incorporación en un periódico local. De este modo, señala el Tribunal que no ha de confundirse el derecho de propiedad sobre el soporte en que consta la creación fotográfica, con el derecho de propiedad intelectual que recae sobre la misma.

En los últimos tiempos, también encontramos sentencias en la Unión Europea referidas al ámbito del derecho de reproducción en las redes digitales.

b. Derecho de distribución

El derecho de distribución no tiene una regulación completa en el Convenio de Berna ya que sólo se reconoce expresamente a los autores de obras literarias y artísticas cuando sus obras han sido adaptadas para el cine, y sería aplicable también al autor de la obra cinematográfica en virtud del artículo 14 bis.

El derecho de distribución suele definirse como *la distribución pública de ejemplares o copias de la obra mediante la venta, arrendamiento o alquiler* (Decisión 351).

La ley española, y otras leyes iberoamericanas, establecen un derecho de distribución más amplio, añadiendo a la venta y al alquiler el préstamo y una cláusula abierta “*o de cualquier otra forma*”. Con lo cual cualquier título, ya sea oneroso o gratuito –permuta o donación, por ej.-, ya suponga enajenación definitiva o cesión temporal, puede ser válido para distribuir la obra.

La ley paraguaya aporta una definición muy completa del derecho de distribución estableciendo que comprende “*la puesta a disposición del público de los ejemplares de la obra, por medio de la venta, canje, permuta u otra transmisión de la propiedad, alquiler, préstamo público o cualquier otra modalidad de uso o explotación*” (art.28). También la ley de Guatemala, que a las formas clásicas de distribución añade “*la efectuada mediante un sistema de transmisión digital individualizada, que permita, a solicitud de cualquier miembro del público obtener copias*”.

El aspecto fundamental del derecho de distribución es que la obra se incorpore a un soporte tangible, y en esto se diferencia del derecho de comunicación pública, en el que la obra también se hace accesible al público pero sin distribución de ejemplares.

En algunas leyes se dispone el agotamiento del derecho de distribución con la primera venta, para las ventas sucesivas, es decir, que la primera vez que el autor vende su obra, el comprador de la misma puede volver a venderla sin necesidad de solicitar la autorización del autor, cuyo derecho a la venta se ha extinguido con esa primera autorización. No obstante, hay que precisar que el agotamiento del derecho se refiere sólo a las ventas posteriores a la primera, no a otras manifestaciones del derecho de distribución (alquiler o préstamo) para las que seguirá siendo necesaria la autorización del autor.

Regulan el agotamiento del derecho para las ventas posteriores a la primera, entre otras, las legislaciones de Paraguay, Méjico, Guatemala, el Salvador o Ecuador.

En el caso de los países de la UE, la primera venta agota el derecho para las ventas sucesivas en el territorio de la UE.

Como modalidades del derecho de distribución, la LPI española regula expresamente el derecho de alquiler, entendiendo por tal la puesta a disposición del público de los originales o copias de una obra para su uso por tiempo limitado y con un beneficio económico o comercial directo o indirecto.

Asimismo define qué se entiende por préstamo que, en contraposición con el alquiler, es la puesta a disposición de la obra, también para su uso por tiempo limitado, pero sin beneficio comercial directo o indirecto, siempre que dicho préstamo se lleve a cabo a través de

establecimientos accesibles al público. La consideración de que no existe beneficio económico no se ve alterada por el hecho de que el establecimiento cobre una cantidad que no exceda de lo necesario para cubrir sus gastos de funcionamiento. Por último, la ley excluye del concepto de préstamo –y del de alquiler- las consultas *in situ* y los préstamos entre establecimientos accesibles al público.

c. Derecho de comunicación pública

La comunicación pública o ejecución pública –según la denominación de algunas leyes- en el ámbito de los derechos de autor suele definirse como el “*acto por el cual una pluralidad de personas puede tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas*”.

Encontramos aquí los dos elementos cumulativos que tienen que concurrir para que un acto sea considerado como comunicación pública:

- Accesibilidad de la obra a una pluralidad de personas.
- Que no exista previa distribución de ejemplares a dichas personas.

La gran mayoría de las leyes, junto al concepto general de comunicación pública, contienen un listado de actos de comunicación pública que no suponen un *numerus clausus*, sino que representan los actos más típicos de comunicación pública, pero que en ningún caso son excluyentes de otros no contenidos en dicha relación y que reúnan las características citadas: acceso al público sin distribución de ejemplares.

Así, las leyes de derecho de autor establecen que son actos de comunicación pública especialmente los siguientes:

Las representaciones escénicas y ejecuciones públicas de obras dramáticas, literarias y musicales.

- *La proyección o exhibición pública de las obras cinematográficas y demás obras audiovisuales.*
- *La emisión de obras por radiodifusión.*
- *La retransmisión de la obra radiodifundida por entidad distinta de la de origen.*
- *La emisión o transmisión, en lugar accesible al público, de la obra radiodifundida.*
- *La exposición pública de obras de arte o sus reproducciones.*
- *La ley peruana añade a la relación de actos una cláusula de cierre diciendo que “en general, la difusión, por cualquier medio o procedimiento, conocido o por conocerse”.*

Dentro de las modalidades de comunicación pública hay que citar la introducida en los Tratados de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA) y sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (TOIEF), conocida como *puesta a disposición interactiva*, y que es aquella en la que se ponen a disposición del público obras, de tal forma que los miembros del mismo pueden acceder a estas obras desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija.

Muchas legislaciones introducen una limitación al derecho de comunicación pública, denominada, *excepción doméstica*.

Así por ejemplo, la ley ecuatoriana considera pública “*toda comunicación que exceda el ámbito estrictamente doméstico*”. La ley de El Salvador considera lícitas, sin autorización del autor ni pago de remuneración, “*las realizadas en un círculo familiar siempre que no exista un interés lucrativo, directo o indirecto*”. También la ley chilena autoriza la comunicación y ejecución pública de obras “*dentro del núcleo familiar*”. Recogen también la excepción doméstica, entre otros, Paraguay, Guatemala, Panamá o Perú.

El artículo 150 de la ley de Méjico, sin establecer el carácter familiar o doméstico del lugar en que se realiza la comunicación pública –lo que amplía el ámbito de la excepción–, establece una precisa relación de las condiciones que, de manera conjunta, deben concurrir en la ejecución pública para exceptuar el derecho:

Que la ejecución sea mediante la comunicación de una transmisión recibida directamente en un aparato monorreceptor de radio o televisión del tipo comúnmente utilizado en domicilios privados.

- *No se efectúe un cobro para ver u oír la transmisión o no forme parte de un conjunto de servicios.*

- *No se retransmita la transmisión con fines de lucro, y*

- *El receptor sea un causante menor o una microindustria.*

La LPI española establece que “*no se considerará pública la comunicación cuando se celebre dentro de un ámbito estrictamente doméstico que no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo.*”

Hay que observar que la ley española no menciona la ausencia de ánimo de lucro para excluir el carácter público de una comunicación como hacen otras legislaciones europeas (Francia e Italia) o iberoamericanas.

Esta excepción, ha sido invocada en España por las empresas hoteleras para amparar en la misma los actos de comunicación pública que se producen en las habitaciones hoteleras, lo que ha dado lugar a varios pronunciamientos del Tribunal Supremo, que si bien los dos primeros (1996 y enero 2003) fueron favorables a considerar que en las habitaciones de los hoteles se produce comunicación pública de obras, el último, de mayo de 2003, ha cambiado el criterio jurisprudencial al equiparar las habitaciones hoteleras a los domicilios.

d. Derecho de transformación

El derecho de transformación consiste en la facultad del autor de explotar su obra autorizando la creación de obras derivadas de ella: adaptaciones, traducciones, revisiones, actualizaciones, arreglos musicales, etc., las cuales también están protegidas.

Este derecho está protegido en el Convenio de Berna que concede a los autores el derecho exclusivo de autorizar las traducciones, adaptaciones, arreglos y otras transformaciones de sus obras (arts. 8 y 12). Asimismo el Convenio protege como obras originales las obras resultantes de dichas traducciones, adaptaciones u otras transformaciones.

En la UE no está armonizado este derecho, sí está en cambio reconocido en la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

Todas nuestras leyes reconocen el derecho de transformación como un derecho patrimonial del autor y, protegen al mismo tiempo, la obra resultado de esa transformación con la denominación de obra derivada, cuyos derechos sobre la misma corresponden al autor de dicha transformación y, sin perjuicio de los que pertenecen al autor de la obra originaria.

En concreto el art.11 de la ley española establece que, *sin perjuicio de los derechos del autor sobre la obra original, también son objeto de propiedad intelectual: las traducciones y adaptaciones; las revisiones, actualizaciones y anotaciones; los compendios, resúmenes y extractos; los arreglos musicales; y cualesquiera transformaciones de una obra literaria, artística o científica.*

2.2. Derechos de remuneración

Los derechos de remuneración se caracterizan porque, a diferencia de lo que sucede con los derechos exclusivos, no permiten autorizar o denegar el uso de la obra, sólo facultan al titular del derecho para cobrar por ese uso en determinados casos.

a. Derecho de participación o reventa

Es el derecho que tienen los autores de obras plásticas a percibir una participación en el precio de toda reventa que de estas obras se realice en pública subasta o con la intervención de un profesional mercantil.

Este derecho, conocido internacionalmente por su denominación francesa “droit de suite”, tiene su origen en el París de fines del s. XIX y en el comienzo de la especulación en el arte, donde muchos artistas plásticos que malvendían sus obras veían como posteriormente otros se enriquecían a costa de las mismas.

En el mundo del arte es habitual que un pintor o un escultor venda sus obras a un bajo precio. En muchos casos las ventas posteriores de dichas obras pueden alcanzar valores muy superiores al obtenido por el autor en esa primera venta, con el consiguiente lucro de los intermediarios que participan en las ventas (galeristas, subastadores, agentes de arte...). Por ello, se considera justo que el autor se beneficie también de la plusvalía de su obra.

El derecho de participación está reconocido en el artículo 14 *ter* del Convenio de Berna, y con mayor amplitud que la establecida en algunas de nuestras leyes, ya que se recoge respecto a las obras de arte en general y a los manuscritos originales de escritores y compositores. No obstante, el reconocimiento de este derecho es voluntario para los Estados parte del Convenio.

A pesar de ser facultativo para los Estados parte del Convenio de Berna, en la actualidad, el derecho de participación está reconocido en muchos países. En Iberoamérica lo tienen reconocido: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Venezuela, Uruguay, Costa Rica, Paraguay, Ecuador, México, El Salvador, Guatemala, Honduras, Panamá, Nicaragua y Perú.

México, que ha reconocido el derecho en su ley de julio de 2003, incluye junto a las obras plásticas, las fotográficas y los manuscritos originales de obras literarias y artísticas. También Nicaragua y Guatemala protegen los manuscritos de escritores y compositores.

En España, este derecho, junto con la remuneración por copia privada, son los únicos derechos cuya remuneración viene determinada por la ley. Así, se establece que los autores recibirán el 3 por ciento del precio de la reventa, y nacerá el derecho a percibir aquélla cuando dicho precio sea igual o superior a 300.000 pesetas (alrededor de 1.800 €). Es un derecho irrenunciable para el autor (también en el Convenio de Berna) y sólo se puede transmitir por sucesión *mortis causa*. Es el único derecho de remuneración para el que la ley no impone su gestión colectiva obligatoria.

La cuantía de la remuneración varía de unos países a otros, así, por ejemplo, Guatemala la fija en un 10 % del precio de reventa; Paraguay, Bolivia o Nicaragua en un 5 %; mientras que Panamá establece un mínimo de un 2 %. Este último país establece asimismo la obligatoriedad de la gestión del derecho a través de una entidad de gestión colectiva.

La importancia de una armonización internacional del derecho está siendo destacada por muchos países, con el objeto de no crear “paraísos fiscales” en el mercado del arte. A este respecto hay que destacar que los mercados del arte más importantes del mundo -Nueva York y Londres- no tienen este derecho, en Estados Unidos sólo está reconocido en el Estado de California y tampoco se reconoce en Suiza. La UE ya ha dado un paso en este sentido con la aprobación en 2001 de una Directiva que deberá incorporarse a los ordenamientos nacionales antes de 2006 (actualmente no se reconoce en las legislaciones de Reino Unido, Holanda y Austria).

b. Derecho de remuneración por copia privada

Este derecho supone que los autores obtengan una compensación económica por las reproducciones que para uso privado, sin ánimo de lucro y sin utilización colectiva pueda realizar el copista (art. 105 Ley Ecuador, art. 34 Ley de Paraguay, arts. 25 y 31 del TRLPI), cuestión que no hay que confundir con las copias ilícitas; es decir, con el fenómeno comúnmente conocido como piratería, que no genera derechos económicos sino la posibilidad de entablar las correspondientes acciones judiciales.

La filosofía de este derecho es compensar a los autores por los ingresos que dejan de percibir por el no ejercicio de su derecho de reproducción, al permitir la ley la libre realización de copias para uso privado, establecida como una limitación al derecho del autor.

En España, en Paraguay (art. 34) y en Ecuador (art.105), entre otros países, la remuneración se establece para tres modalidades de reproducción:

- Reproducción de libros o similares.
- Reproducción de fonogramas u otros soportes sonoros.
- Reproducción de videogramas u otros soportes visuales o audiovisuales.

En el caso español, la remuneración se determina en función de los equipos y materiales idóneos para realizar la reproducción y los obligados al pago no son las personas que realizan la copia sino los fabricantes en España o los importadores, de dichos equipos y materiales. Esto, que en principio puede parecer contradictorio, obedece a la necesidad de hacer efectivo este derecho, ya que la recaudación del mismo de las personas que efectivamente hacen la reproducción resultaría imposible.

Están exceptuados del pago:

- Los productores de fonogramas o videogramas y las entidades de radiodifusión, por los equipos y materiales destinados al uso de su actividad siempre que cuenten con la preceptiva autorización para la reproducción de obras y prestaciones.
- Las personas naturales que adquieran fuera del territorio español los equipos y materiales en régimen de viajeros y en una cantidad tal que permita presumir que los destinarán al uso privado en España.

Respecto a los titulares del derecho, se reconoce tanto a los autores, como a los artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y productores de grabaciones audiovisuales, estableciendo la ley que es irrenunciable para los autores y para los artistas. Asimismo se determina que es un derecho de gestión colectiva obligatoria.

c. Derechos de remuneración de los autores de la obra audiovisual

Las peculiares características que concurren en el proceso de creación de la obra audiovisual hacen que la ley establezca un régimen jurídico específico para este tipo de obras.

De este modo, pueden mencionarse las siguientes características de la obra audiovisual:

- Es el producto de una actividad empresarial llevada a cabo por el productor que requiere una importante inversión no sólo para la explotación de la misma -lo que en principio no la diferenciaría del resto de obras- sino también en el proceso de creación.
- En el proceso creativo intervienen numerosas personas (director, guionista, cámara, montador, diseñadores de decorados y vestuarios, etc.).

Estas peculiaridades aconsejan el establecimiento de un régimen jurídico específico que determine quién debe ser considerado autor, y un régimen de cesión de derechos patrimoniales que facilite la explotación de la obra, concentrándolos en el productor.

El productor no es considerado autor, pero la ley establece un mecanismo de cesión de derechos, a través del contrato de producción, que le permita rentabilizar la inversión empleada en la creación de la obra. A través del contrato de producción se presumen cedidos en exclusiva al productor los derechos patrimoniales (reproducción, distribución y comunicación pública).

Este régimen de presunción de derechos tiene su contrapartida en el establecimiento de una serie de remuneraciones para los autores que han transferido sus derechos sobre la obra al firmar el contrato de producción de la misma. Las remuneraciones previstas en la ley son las siguientes:

Cuando los autores han cedido, expresa o presuntamente, su derecho de alquiler, éstos conservarán un derecho a obtener una remuneración equitativa por el alquiler de los ejemplares de la obra. Dicho derecho se le abonará al autor por parte de quien lleve a efecto la operación de alquiler (vídeo-club, etc.).

Derecho a obtener una remuneración cuando la obra audiovisual se proyecte en un lugar público mediante el pago de un precio de entrada. Este derecho se lo abonará al autor el que exhiba públicamente dicha obra audiovisual y consistirá en un porcentaje de los ingresos obtenidos en taquilla por dicha exhibición pública. No obstante, los exhibidores pueden deducir estas cantidades de las que deban abonar a los productores. Si la regla general es un porcentaje de taquilla, en el caso de exportación de la obra, y debido a la dificultad que para los autores puede suponer el control de la taquilla, dicho porcentaje puede ser sustituido por una cantidad alzada.

Para el resto de modalidades de comunicación pública, es decir, cuando la obra audiovisual se proyecte, exhiba o transmita por cualquier procedimiento sin exigir pago de un precio de entrada (incluida la radiodifusión), los autores tendrán derecho a recibir una remuneración, de acuerdo con las tarifas generales establecidas por la entidad de gestión correspondiente, y lo abonará la persona natural o jurídica debidamente autorizada para proyectar, exhibir o transmitir.

Estos derechos son irrenunciables e intransmisibles *inter vivos* y son de gestión colectiva obligatoria, ya que sólo pueden ser ejercidos a través de una entidad de gestión.

V. LÍMITES Y EXCEPCIONES DEL DERECHO DE AUTOR

Uno de los principios fundamentales que inspira todos los regímenes de protección del derecho de autor es el equilibrio entre los derechos de los creadores y los del público en general.

Las creaciones intelectuales son fundamentales en el desarrollo cultural de los países por ello, los sistemas de propiedad intelectual establecen una protección a través de un sistema de derechos que permiten a sus creadores rentabilizar las creaciones. Al mismo tiempo la ley, para garantizar determinados derechos de los ciudadanos, como los de acceso a la cultura y a la información, y en atención a fines de seguridad nacional, de funcionamiento de la justicia, el derecho a la educación y otros de carácter general, establece determinadas limitaciones a esas facultades que corresponden a los creadores. Fundamentalmente estas limitaciones se concretan en la duración temporal de los derechos patrimoniales y en la reducción del alcance de las facultades atribuidas al autor sobre su obra.

Todas las legislaciones, con mayor o menor amplitud, y bajo diferentes denominaciones (límites, limitaciones o excepciones) recogen previsiones que permiten, en determinados supuestos y bajo determinadas condiciones, la libre utilización de las obras protegidas, esto es, sin necesidad de solicitar la autorización del autor.

Respecto a la gratuidad de estas utilizaciones, las legislaciones no son unánimes, algunas establecen el derecho del autor a recibir una remuneración en determinados supuestos. La Decisión 351 del Acuerdo de Cartagena dice expresamente al referirse a las excepciones, “*sin autorización del autor y sin el pago de remuneración alguna*”.

El Convenio de Berna permite a los Estados establecer excepciones al derecho de reproducción en determinados casos especiales (sin enumerarlas), recoge las citas, la utilización de obras para la ilustración de la enseñanza, las grabaciones efímeras con fines de radiodifusión y la reproducción de artículos de periódicos o similares y la utilización de las obras a los efectos de informar con fines de radiodifusión.

El Convenio de Berna introdujo además la denominada “regla de los tres pasos”, regla que posteriormente se recogió también en los ADPIC y en los Tratados OMPI de 1996. Según esta regla, las excepciones sólo pueden aplicarse en determinados casos especiales, que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

Esta norma no ha sido recogida en algunas legislaciones nacionales, al entender que es una norma que debe tenerse en cuenta al regular las excepciones y que no es necesario incorporarla a la ley, ésto es, que es un mandato dirigido al legislador. Sí está en la Decisión 351 y también en la ley española, como cláusula de cierre del capítulo dedicado a los límites (40 bis), si bien sólo se han recogido los dos últimos pasos –no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses del autor-, ya que el legislador español entendió que el primero –aplicación a determinados casos especiales- se cumplía con la determinación de las excepciones, es decir, los límites recogidos en la ley son los casos especiales.

Los países que siguen el modelo continental de derecho de autor suelen incluir una lista de excepciones que supone un *numerus clausus*, lo que dota de mayor seguridad jurídica al sistema. Frente a este modelo, los sistemas de *copyright*, optan por una cláusula abierta, denominada *fair use* o “uso justo”.

En la Unión Europea, la Directiva 2001/29 relativa a la Sociedad de la Información, establece más de veinte límites a los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública, si bien sólo uno de ellos es obligatorio para los Estados miembros recogerlo en sus legislaciones, siendo todos los demás facultativos. El límite obligatorio se refiere a las reproducciones provisionales de carácter técnico que se producen necesariamente en los sistemas de transmisión en red.

Como se ha señalado anteriormente, los países que siguen el modelo continental recogen en sus leyes una lista de excepciones, entre las que podemos destacar las siguientes:

1. Actuaciones judiciales o administrativas.

En la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, y también en la ley española, esta excepción se reconoce exclusivamente respecto al derecho de reproducción.

2. Reproducción para uso privado.

La ley española establece que no será necesaria la autorización del autor cuando la reproducción se realice para uso privado del copista y siempre que la copia no sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa.

De esta excepción, están excluidos los programas de ordenador, ya que la reproducción de un programa, incluso para uso personal, necesita la autorización del titular del derecho.

De todas las excepciones a los derechos de autor, es ésta la que ha alcanzado mayor importancia debido al desarrollo de las tecnologías y el daño que éstas hacen en los derechos de los autores. En una época no tan lejana, cuando la única forma de copiar era a mano o con máquina de escribir, el daño que la copia privada hacía a los creadores era insignificante. De hecho, en España hasta 1992 no estaba permitida la reproducción para uso privado, no obstante los Tribunales venían aplicando el criterio de la mínima gravedad de la acción, para declarar no punibles estas infracciones, al entender que no constituían un comportamiento antisocial relevante por su escasa entidad.

La aparición de las fotocopiadoras hizo que muchas legislaciones se plantearan como solucionar el conflicto entre permitir la copia privada que, en definitiva, facilita el acceso a la cultura, principalmente a través de la docencia e investigación, sin lesionar excesivamente los intereses de los autores. La mejor solución que se encontró –aunque puede ser criticable en muchos de sus planteamientos–, es la de permitir la copia privada compensando a la vez a los creadores por los ingresos que dejan de percibir por la reproducción de sus obras. No obstante, no todos los países que regulan esta excepción establecen una remuneración para los autores, es el caso, por ejemplo, de Méjico y Panamá, que determinan la gratuidad de las copias para uso privado.

3. Para uso de invidentes

Esta limitación no está prevista en muchos países iberoamericanos, y en los que se recoge varían los derechos que se limitan. Así, mientras que en Brasil, Nicaragua, Paraguay y también España, se establece para el derecho de reproducción, en El Salvador, Panamá y República Dominicana el derecho limitado es el de comunicación pública. Estos tres países amplían el ámbito de la excepción a otras discapacidades.

Los que exceptúan el derecho de reproducción suelen establecer dos condiciones: que la reproducción se efectúe mediante el sistema Braille u otro procedimiento específico y que las copias no sean objeto de utilización lucrativa.

4. La cita

El artículo 10 del Convenio de Berna establece que *“son lícitas las citas tomadas de una obra que se haya hecho lícitamente accesible al público, a condición de que se hagan conforme a los usos honrados y en la medida justificada por el fin que se persiga, comprendiéndose las citas de artículos periodísticos y colecciones periódicas bajo la forma de revistas de prensa”*.

A través de esta excepción, se permite la inclusión en una obra propia fragmentos de obras ajenas. La excepción recogida en la ley española es más restrictiva que la establecida en el Convenio de Berna, al requerir a la cita una exigencia finalista: que se realice con fines docentes o de investigación.

5. Temas de actualidad difundidos por los medios de comunicación social.

Los trabajos y artículos difundidos por los medios de comunicación social pueden ser reproducidos, distribuidos y comunicados públicamente por cualesquiera otros de la misma clase, citando la fuente y el autor y siempre que no se hubiese hecho constar en origen la reserva de derechos.

Esta excepción tiene su base en el derecho constitucional a comunicar y recibir información veraz y permite a los periódicos, radios y televisiones a informar sobre lo comunicado por otros medios similares, respetando el derecho moral de paternidad si el trabajo apareció con firma.

En España esta excepción, junto a la copia privada, son los únicos límites para los que la ley reconoce al autor el derecho a una remuneración.

6. Obras situadas en las vías públicas

La ley española establece que pueden ser reproducidas, distribuidas y comunicadas libremente por medio de pinturas, dibujos, fotografías y procedimientos audiovisuales, las obras situadas permanentemente en parques, calles, plazas u otras vías públicas.

Algunas leyes, como la nicaragüense y la peruana, sólo permiten la excepción al derecho de reproducción.

El límite incluye cualquier obra, aunque lógicamente en la mayor parte de los casos, afectará a obras escultóricas y arquitectónicas.

Se exige que la obra esté situada permanentemente en la vía pública.

Esta excepción ha sido muy contestada por los artistas plásticos, que ven como el sector del souvenir (especialmente postales) no paga ninguna remuneración a los creadores por un negocio bastante lucrativo.

7. Grabaciones efímeras o técnicas

Esta excepción se refiere a aquellas grabaciones que realizan los organismos de radiodifusión, por sus propios medios y para sus propias emisiones, con el objeto de difundir la obra. Es un procedimiento técnico necesario en el acto de comunicación que si no se exceptuase estaría sujeto al derecho de reproducción.

Algunas legislaciones exigen la destrucción de estas grabaciones una vez finalizado el acto de comunicación, permitiendo su conservación sólo en archivos oficiales si la grabación tiene un valor documental excepcional.

8. Reproducción por bibliotecas y otros establecimientos

Este límite autoriza a reproducir obras por los museos, bibliotecas, archivos u otros establecimientos cuando la reproducción se realice sin finalidad lucrativa.

La finalidad a la que debe destinarse la reproducción de la obra varía de unas leyes a otras, así mientras en España se autoriza sólo a los fines de investigación, en Guatemala, Perú o Nicaragua el objeto es la conservación o el reemplazo si el ejemplar que formaba parte de la colección de la biblioteca se ha perdido o destruido.

9. Préstamo público

En muchas legislaciones se establece una limitación al derecho que corresponde a los autores a autorizar el préstamo de sus obras, a favor de bibliotecas, archivos y otras entidades similares, siempre que éstas no tengan ánimo de lucro.

Las leyes paraguaya y peruana, por ejemplo, autorizan a las bibliotecas y archivos a realizar préstamos al público de obras escritas.

La excepción prevista en la ley española es más amplia, tanto por lo que se refiere a los establecimientos autorizados a realizar préstamos sin autorización ni remuneración de los titulares del derecho de préstamo (museos, archivos, bibliotecas, hemerotecas, fonotecas y filmotecas de titularidad públicas o pertenecientes a instituciones docentes integradas en el sistema educativo español o a entidades de interés general de carácter cultural, científico o educativo), como por lo que se refiere al objeto del préstamo, ya que se puede prestar cualquier tipo de obra.

El establecimiento de este límite responde claramente a los intereses de difusión de la cultura, la educación y la investigación.

10. Actos oficiales

A través de esta excepción se permite las ejecuciones de obras musicales en el curso de actos oficiales del Estado, de las Administraciones Públicas y en las ceremonias religiosas. La ley de Propiedad Intelectual española exige que el público pueda asistir gratuitamente y que los artistas que intervengan no perciban remuneración específica por su interpretación o ejecución en dichos actos.

11. Parodia

Se pueden hacer parodias de obras divulgadas sin consentimiento del autor, mientras no implique riesgo de confusión ni se infiera un daño a la obra original o a su autor.

El derecho afectado en este caso es el de transformación.

Esta excepción ha sido criticada por muchos autores. El fundamento de la misma reside en la libertad de expresión y crítica, favoreciendo así lo que posiblemente muchos autores no autorizarían si pudieran ejercer su derecho de transformación.

12. Demostración en establecimientos comerciales.

Muchas leyes iberoamericanas, como el artículo 70 de la ley de Guatemala, autorizan la ejecución de fonogramas y la recepción de transmisiones de radio o televisión que se realicen para fines demostrativos a la clientela, dentro de establecimientos comerciales que vendan aparatos reproductores y receptores sonoros o audiovisuales. La ley chilena permite también la utilización de partituras para estos fines.

Esta excepción no está recogida en la ley española aunque sí lo está en la Directiva 2001/29/CE.

VI. REGLAS GENERALES DE TRANSMISIÓN DE DERECHOS

Las legislaciones contienen una más o menos detallada regulación del régimen contractual de transmisión de derechos orientados a la mayor protección de los autores, de tal suerte que se puede afirmar que siempre se apuesta por un rigor interpretativo de las cláusulas contractuales a favor del autor, en el sentido de entender que lo transferido por éste es lo mínimo indispensable para la explotación que se pretenda. Así, por ejemplo, el artículo 20 de la Ley panameña señala que *“Salvo pacto expreso en contrario, los efectos de la cesión de derechos patrimoniales... se limitan a los modos de explotación previstos específicamente en el contrato y al plazo y ámbito territorial pactados. De no indicarse explícitamente y de modo concreto la modalidad de utilización objeto de la cesión, ésta quedará limitada a aquella que se deduzca necesariamente del propio contrato y sea indispensable para cumplir la modalidad del mismo.”* Con esta misma finalidad tuitiva se exige la forma escrita (*“...Los actos, convenios y contratos por los cuales se transmitan derechos patrimoniales y las licencias de uso deberán celebrarse, invariablemente, por escrito, de lo contrario serán nulos de pleno derecho.”* - art. 30 de la Ley Federal de Derecho de Autor de México-). También se suele garantizar a los autores una remuneración proporcionada a los rendimientos de la explotación que se vaya a hacer de su obra, y sólo se admite la remuneración a tanto alzado en supuestos especiales y justificados (*“La cesión otorgada a título oneroso le confiere al autor una participación proporcional de los ingresos que obtenga el cesionario por la explotación de la obra, en la cuantía convenida en el contrato. Puede estipularse una remuneración fija en los siguientes casos...”* –art. 53 de la Ley de El Salvador-).

Además de estas consideraciones generales sobre la transmisión de derechos, las legislaciones también contienen regulaciones específicas sobre distintos contratos en atención a cuál sea su objeto, y así encontraremos disposiciones sobre los contratos de edición (arts. 73 y ss de la Ley de Honduras o arts. 50 y ss de la Ley de Ecuador), sobre los contratos de inclusión fonográfica (arts. 111 y ss de la Ley de Paraguay o arts. 33 y ss de la Ley de Bolivia) o sobre los contratos de la obra audiovisual (arts. 77 y ss de la Ley de Ecuador o arts 86 y siguientes de la Ley española), por citar algunos ejemplos, a los que cabrían añadir contratos de representación musical, edición musical o de radiodifusión.

[Fin del documento]