

---

# LOS SISTEMAS BÁSICOS DE DERECHO DE AUTOR Y COPYRIGHT. LA NOCIÓN DE OBRA Y LA GESTIÓN DE LOS DERECHOS DE AUTOR

Daniel Gervais\*

## El *copyright* y el derecho de autor

### A. Breve historia de la protección de los derechos de autor

No se sabe exactamente cuándo nació el derecho *de autor*. Es cierto que ya existía en Francia justo antes de la Revolución francesa de 1789 y que inmediatamente después de dicha revolución el legislador francés aumentó significativamente el nivel de la protección de ese derecho. También en Francia se originó el concepto del derecho de autor como derecho humano fundamental, hoy día reconocido como tal en muchas partes del mundo. Era natural en esa concepción del derecho de autor que naciera el derecho *moral* del autor que es nada más que un reconocimiento del vínculo permanente entre el autor y su obra.

Aparte de los derechos patrimoniales (a veces llamados derechos económicos) que permiten al autor, al editor o al productor que explote la obra comercialmente, en los países donde el derecho de autor apareció como derecho humano, se estableció un derecho moral que le permite al autor ser reconocido como el autor de la obra y que se oponga a cualquier modificación de la misma que perjudique a su honor o reputación. Este derecho moral sobrevive después de la transferencia (por ejemplo a un editor) de los derechos patrimoniales.

En los países de *common law* (es decir, los países anglosajones, como los Estados Unidos y el Reino Unido), se considera que el derecho de autor nació en 1710 cuando la Reina Ana les otorgó a los editores británicos un monopolio de edición. Había editores que publicaban muchos libros. Otros esperaban ver qué títulos se vendían bien y los copiaban. Para frenar esa competencia desleal la Reina impuso un monopolio de edición que se convirtió en el derecho de autor moderno. Es

---

\* Profesor adjunto, Facultad de Derecho de la Universidad de Ottawa y vicepresidente de la Federación Internacional de las Sociedades del Derecho de Reproducción, IFRRO.

importante destacar que un derecho similar existía en Italia (así como en Francia) desde el siglo XIV<sup>1</sup>.

En los Estados Unidos, la protección del derecho de autor proviene de dos fuentes jurídicas distintas. En el ámbito federal, el artículo I, sección 8 (8) de la Constitución dice que el Congreso Federal puede promover el progreso de la ciencia así como de las artes útiles a través del otorgamiento a los autores e inventores de derechos exclusivos de una duración limitada sobre sus creaciones y descubrimientos. Eso forma la base para la adopción de la ley federal de derechos de autor<sup>2</sup>.

Como se ve, existe una diferencia importante entre el origen del derecho de autor en los países cuyo sistema jurídico es civilista (por lo menos desde finales del siglo XVIII) y los países del *common law*. En el primer caso, el derecho de autor se considera derecho humano, y, en cambio, apareció a causa de una necesidad económica en los países de *common law*.

Al nivel internacional, hubo muchos acuerdos bilaterales de protección del derecho de autor en el siglo XIX. El problema era que los acuerdos diferían y un acuerdo multilateral sería mejor. Se debe señalar que son los autores que empezaron a organizar el sistema de protección internacional. De hecho, en 1883, la Asociación Literaria y Artística Internacional, ALAI, cuyo primer presidente era el famoso autor francés Víctor Hugo y que sigue existiendo aún como organización, propuso un proyecto de texto para un acuerdo internacional de protección del derecho de autor. El texto se refería a la filosofía y al enfoque francés en la materia. El gobierno suizo, con el apoyo de muchos gobiernos europeos y de otras partes del mundo, decidió organizar una conferencia en la capital suiza para examinar ese proyecto. Se necesitaron tres reuniones para llevar a cabo el objetivo de la ALAI, que era obtener un acuerdo multilateral de protección del derecho de los autores de obras literarias y artísticas. Todavía hoy, este acuerdo lleva el nombre de la capital suiza, Berna, donde se firmó en 1886.

---

1. Véanse "Fragments d'histoire de la protection littéraire". (1890). *Le droit d'auteur*, 7-9; CARRIER, H. "La propriété littéraire en France au XVIIe Siècle", 13 *CAHIERS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE* 311 (2000). Un privilegio exclusivo fue otorgado ya en 1518 al Richard Pynson, "King's Printer". Véanse PUTNAM, Georges H. *books and their makers during the middle ages*, vol. II: 1500-1709. New York: Putnam's and Sons, 1897, p. 466, y BOUGEARD, Cécile. *Les Racines du droit d'auteur*, in: DE LAMBERTERIE, Isabelle (ed). *Le droit d'auteur aujourd'hui*. CNRS, Paris. 1991. p.7.

2. Código de los Estados Unidos de América, título 17.

El Convenio de Berna ha sido modificado seis veces después de la adopción del texto original de 1886. La última vez ocurrió en París, en 1971, y hoy es esta Acta de París la que rige el derecho de autor al nivel mundial. Como se necesita una unanimidad de todos los países miembros para modificar el convenio, es probable que el Acta de París sea la última. Eso explica por qué los tratados adoptados en diciembre de 1996 en Ginebra (el Tratado de la OMPI sobre derecho de autor y el Tratado de la OMPI sobre interpretación o ejecución y fonogramas) no modificaron el convenio sino que añadieron nuevos derechos, como el derecho de comunicación al público por las redes electrónicas.

Entre el Acta de París y los tratados de 1996, intervino el acuerdo de la OMC sobre los aspectos relacionados con el comercio de los derechos de propiedad intelectual, conocido hoy como acuerdo TRIPS (ADPIC en sus siglas en español). Este acuerdo protege el derecho de autor a un nivel correspondiente al del Convenio de Berna, pero con dos diferencias principales: primero no reconoce el derecho moral y segundo añadió un derecho de alquiler. El TRIPS también contiene una serie de disposiciones muy útiles en caso de una violación de derechos que determinan los recursos administrativos y judiciales que un país debe poner a la disposición de los derechohabientes.

Dentro del marco del Convenio de Berna, del acuerdo TRIPS y de los tratados de la OMPI de 1996, los países tienen la posibilidad de promulgar leyes que prevean cómo se aplican los derechos en la práctica. Uno de dichos aspectos prácticos es la gestión de los derechos.

## B. La noción de obra

### 1. Definiciones contenidas en leyes nacionales

No existe una mejor definición de la noción más fundamental del campo del derecho de autor que la de obra. La mayoría de la leyes nacionales así como el Convenio de Berna contienen solamente una lista de categorías de tipos de obras protegidas (literarias, artísticas, etcétera). En algunos casos, la ley dice que la obra debe ser original<sup>3</sup>.

---

3. Esta exigencia se encuentra frecuentemente en relación con colecciones o compilaciones (véase el artículo 2(5) del Convenio de Berna). Las leyes de Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, España, Portugal, y Venezuela contienen el criterio de originalidad. Véase GERVAIS, Daniel. *La notion d'œuvre dans la Convention de Berne et en droit comparé*. Droz, Ginebra. 1998. pp. 221-227.

La única regla internacional se encuentra en el artículo 9(2) del Acuerdo sobre los ADPIC (TRIPS) que dice que la protección por derecho de autor abarca “las expresiones pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí”. Es decir, por una parte, al nivel del derecho de autor “mundial”, se aceptó la lista de exclusiones ya contenida en la ley estadounidense<sup>4</sup>.

La noción de “expresión” es importante porque indica que una obra debe ser “objetivada” o expresada, es decir perceptible por una tercera persona. Una obra todavía en la mente del autor no puede ser protegida por la ley de derecho de autor. El Convenio de Berna protege solamente las “producciones”, un concepto que también exige una “objetivación” de la obra<sup>5</sup>.

Aparte de lo precedente, no hay una definición de la noción de obra, ni de la noción subyacente de originalidad. No obstante, es una noción sumamente importante porque en la mayoría de las leyes nacionales, una obra se protege desde el momento en que se establece que es original. No nos parece normal que sea únicamente la tarea de los tribunales nacionales determinar cuándo una obra alcanza un adecuado nivel de originalidad.

## 2. Definiciones dentro de los grandes sistemas jurídicos

En el Reino Unido, se dice que una obra es original cuando proviene del autor (es decir, que *origina* del autor) y es el resultado de un esfuerzo (trabajo) mínimo<sup>6</sup>. En Francia, como en muchos otros países civilistas, una obra es original cuando refleja la personalidad del autor<sup>7</sup>. De ese punto de partida, parece que se trata de dos sistemas irreconciliables, es decir, dos sistemas llamados *derecho de autor* pero que en realidad abarcan conceptos de obras muy diferentes.

La verdad es que en la actualidad no es el caso. La llegada en nuestro mundo del derecho de autor de obras nuevas como los programas de computación y las bases

---

4. 17 USC § 101, es decir, el artículo 101 de la Ley federal de derecho de autor (“Copyright Act”).

5. Convenio de Berna, artículo 2(1).

6. Véase *University of London Press Ltd. c. University Tutorial Press, Ltd.* (1916) 2 Ch. 601; *Francis Day and Hunter c. Twentieth Century Fox Corporation Ltd.* (1940) AC 112. Véase también MONTA, M. “The concept of ‘copyright’ versus the ‘droit d’auteur’”. (1959). 32 *South California Law Review* 177 and GOODENOUGH, O. “Pointillism, copyright and the droit d’auteur: time to see the big picture”, (1994) 2 *Entertainment Law Review*, 35.

7. Véase DESBOIS, H. *Le droit d’auteur en France*. 3ra ed. Dalloz, Paris. 1978. pp. 5-8; y GERVAIS, D. *Op. cit.*, pp. 86-87.

de datos digitales obligó a las cortes en Francia a buscar un concepto de originalidad diferente del basado en la personalidad del autor. Pues, ¡no es fácil encontrar la personalidad de un autor en un programa redactado en un idioma técnico y además por un grande grupo de autores, como es el caso de casi todos los software comerciales! Consecuentemente, la Corte de Apelación de París decidió en dos casos diferentes que lo importante era que el autor haya hecho *elecciones no necesarias*, es decir que haya tomado decisiones (no necesariamente *racionales*) durante su proceso creativo que no dependieran de la función de la obra o de la técnica utilizada por crear la obra<sup>8</sup>.

En paralelo, las cortes federales de apelación en los Estados Unidos y, más recientemente, Canadá desecharon el concepto británico del trabajo mínimo<sup>9</sup> del autor y adoptaron un concepto muy cercano al elegido por las cortes parisienses. En la famosa decisión *Feist c. Rural Telephone*<sup>10</sup>, la Corte Suprema de los Estados Unidos explicó claramente que una obra era original solamente cuando el autor había hecho *elecciones no evidentes* y que el simple hecho de clasificar nombres en una guía telefónica según el orden alfabético no era original, a pesar del esfuerzo (trabajo) evidente del *autor* para encontrar los nombres en cuestión. La Corte Federal de Apelación de Canadá decidió más o menos lo mismo en 1989<sup>11</sup>.

Es decir, que aparte de la regla extremista del Reino Unido, parece que está emergiendo a nivel internacional en los países, quizás los más importantes dentro de los grandes sistemas jurídicos, una noción de originalidad casi idéntica. Según estas decisiones, la originalidad de un obra proviene de las decisiones tomadas por el autor durante el proceso creativo que no son necesarias o impuestas por la técnica utilizada o la función de la obra. En todos estos países, es menester también que una obra sea *expresada u objetivamente perceptible* para ser protegida. Finalmente, parece que no hay otras condiciones aceptables. Es decir, que a partir del momento en que una obra literaria o artística es expresada y original (en el sentido que es el resultado de decisiones no necesarias por parte del autor), dicha obra es protegida bajo la ley de derecho de autor<sup>12</sup>.

8. LAFON, Michel c. "Librairie Arthème Fayard, CA Paris" (1993). 156 *RIDA* 224 y FRANCE, Harrap c. "Masson Editeur" (1989). 142 *RIDA* 333.

9. En inglés, el "sweat of the brow".

10. (1991) 111 S. Ct. 1282. Véase también FRANÇON, André. "Le droit d'auteur au-delà des frontières" (1991). 149 *RIDA* 2.

11. Tele-Direct (Publications) Inc. c. Canadian Business Online Inc., (1998) 2 Fed.Ct. 22.

12. Véase GERVAIS, D. *Op. cit.*, pp. 215-216.

## C. La gestión de los derechos de autor

### 1. Los acuerdos internacionales

Esta parte será muy breve porque no hay ni en el Convenio de Berna ni en los tratados de 1996 (y tampoco en el acuerdo TRIPS) ninguna disposición sobre la gestión de los derechos. El derecho de autor normalmente pertenece al autor, es él quien tiene la posibilidad de otorgar licencias o de transferir sus derechos a un editor, a un productor o, evidentemente, a una sociedad de gestión colectiva.

### 2. La gestión colectiva en números

La mayoría de la gente conoce las sociedades de gestión en el campo musical. Son generalmente grandes sociedades que existen desde hace muchos años y que hoy día recaudan sumas bastante importantes. En el ámbito mundial, en 1998, las sumas recaudadas por la ejecución pública y la reproducción de música alcanzaron los US\$ 6,54 billones<sup>13</sup>. Hoy en día, contamos con sociedades de gestión de los derechos musicales en más de 100 países en todos los continentes. En otros campos de la gestión colectiva, la situación es diferente. Existen sociedades en 30 países que administran el derecho reprográfico, es decir el fotocopiado. En 1998 recaudaron unos US\$ 325 millones. En lo relativo a las creaciones visuales, no existen estadísticas precisas, pero está claro que hay menos sociedades en este campo y la mayoría son todavía pequeñas. Es decir que queda mucho trabajo por realizar en este sector.

### 3. La gestión colectiva en las leyes nacionales

En numerosas leyes nacionales, así como en legislaciones regionales como la de la Unión Europea, existen disposiciones sobre la creación y, en ciertos casos, la administración de las sociedades de gestión colectiva. La base de dicha intervención del legislador es que muchas sociedades en la práctica son un monopolio y el legislador cree que es importante establecer parámetros para la protección de los autores así como de los usuarios.

---

13. Ninth Annual Survey of Music Publishing Revenues, National Music Publishers Association. Véase <http://www.nmpa.org>

Como regla general, cuando la ley prevé algo, es un procedimiento de reconocimiento de las nuevas sociedades de gestión, como en México. Frecuentemente, la legislación establece las condiciones de ese reconocimiento e impone reglas sobre la publicación de datos relativos a toda nueva sociedad.

En otras leyes, el legislador va más adelante e impone condiciones sobre la existencia y la administración de las sociedades de gestión, como una obligación de proporcionar un informe anual al gobierno (y en algunos casos también de publicarlo).

En algunos países, en particular en Europa del norte, el legislador impone un sistema de adquisición de los mandatos de los autores. Este sistema de *licencia extendida* funciona así: cuando un porcentaje de los derechohabientes (de una clase determinada) aceptan firmar un contrato de mandato con una sociedad de gestión, la ley dice que se presume que todos los derechohabientes (incluso los extranjeros) han dado un mandato similar. Eso establece un repertorio muy completo para la sociedad de gestión y protege a los usuarios porque se presume que el repertorio de la sociedad (y por el cual pagan los usuarios) es completo. La ley también puede contener la posibilidad para los derechohabientes que no quieren dar un mandato a la sociedad, que salgan del sistema.

Otra forma de intervención del legislador es la creación de un sistema relativo a las tarifas de las sociedades, que con frecuencia toma la forma de un tribunal especializado. Es el caso en muchos países que tienen una tradición de *common law* como Canadá, el Reino Unido o Australia. En otros países, es el gobierno o el legislador que decide directamente las tarifas. Por ejemplo, en algunos países existe un impuesto a soportes vírgenes o a la venta de fotocopiadoras. En Alemania, por ejemplo, la Oficina federal de patentes tiene poder absoluto sobre las sociedades de gestión y la Comunidad Europea está pensando en adoptar una directiva según la cual sería obligatorio para todos los países de la Unión adoptar un sistema similar<sup>14</sup>.

En los Estados Unidos, la ley no contiene ningún tipo de disposición sobre la gestión colectiva. Sin embargo, como las cortes decidieron que las sociedades de gestión en el campo de la música (ASCAP y BMI) eran *monopolios*, existe un tribunal especial que puede revisar las tarifas de dichas sociedades cuando un usuario no está de acuerdo con éstos. Pero todo lo demás es totalmente voluntario. Es decir, los autores deciden si quieren o no ser miembros de cada sociedad de

---

14. Ley federal sobre la gestión de los derechos de autor y de los derechos conexos (vecinos) de 1965.

gestión y los usuarios deciden si pagan o no por la licencia. Naturalmente, si el usuario no acepta pagar y utiliza obras protegidas, el autor (en ciertos casos con el apoyo de una sociedad de gestión) puede pedirle al tribunal que emita una orden para que se pare la violación y que el usuario pague los daños y perjuicios.

#### 4. La participación de los autores en las sociedades de gestión

El talón de Aquiles de muchas sociedades de gestión es la débil participación de los derechohabientes. En los Estados Unidos, además de las grandes sociedades de gestión de derechos musicales (ASCAP y BMI—existe también la SESAC que es mucho más pequeña) tienen muchos miembros (autores y editores) y la gran mayoría de los compositores y otros autores de música son miembros de una u otra.

En el campo de los derechos de reproducción gráfica, la situación es muy diferente, por lo menos en los Estados Unidos, pero no solamente allá. En ciertos casos, como en Finlandia o Noruega, los miembros de la sociedad de gestión no son autores o editores, sino son asociaciones de autores y editores. Estas asociaciones representan la gran mayoría de los derechohabientes (sino la casi totalidad) y además en muchos casos tienen un mandato de gestión de ciertos derechos como el derecho de reproducción gráfica. Cuando eso se combina con el sistema de gestión extendida, las sociedades no tienen problemas para adquirir mandatos.

En el caso del Copyright Clearance Center, CCC<sup>15</sup>, ¡es diferente! Se puede decir que no hay una asociación de autores o de editores en los Estados Unidos, que represente la mayoría, ni siquiera una gran parte, de cualquier grupo de derechohabientes. Hay cinco o seis asociaciones de autores y creadores que en conjunto representan menos del 1% de los autores. Y en lo que concierne a los editores, la asociación de editores agrupa a más o menos 200 editores y tenemos más de 9.000 en el país, a pesar de que dicha asociación representa casi todas las grandes editoriales del país. Este fenómeno, es decir la casi ausencia de participación en las asociaciones, no tiene nada que ver con el campo del *copyright*. Es una característica del sistema social y político estadounidense. En países como Noruega, el 90% de los obreros son miembros de un sindicato. En los Estados Unidos el porcentaje es menos del 15% y va disminuyendo cada año. Los Estados Unidos son el país del éxito (o del fracaso) individual. Cada sociedad de gestión naturalmente

---

15. Véase <http://www.copyright.com>



tiene que funcionar dentro del contexto económico y político de su país, y no tratar de exportar a otros países su manera de hacer. Otro problema, y a veces no se entiende bien en otras partes del mundo, es que la ley de competencia estadounidense no nos permite hacer un arreglo global con cualquier asociación de derechohabientes sobre las tarifas o los modos de reparto. Los autores no tienen ningún estado o tratamiento especial. No hay excepciones en la ley, como en varios países europeos, en favor de las sociedades de autores. Una ley para todos. Es duro pero es así. En latín se dice *dura lex sed lex*.

Pero queda verdadero el principio ya mencionado: de que cada derechohabiente que quiere trabajar con una sociedad de gestión estadounidense, debe firmar un acuerdo. Este contrato, la sociedad lo firma con la persona que detenta el derecho que administra. En otras palabras, en los Estados Unidos, la ley que se aplica es la del contrato. El autor negocia con uno o más editores. Después, el derechohabiente (o la sociedad de gestión) negocia con los usuarios. El sistema estadounidense demuestra lo que pasa cuando las fuerzas del mercado tienen la posibilidad sin límites de regir este mercado.

## 5. Las ventajas para los usuarios

Normalmente, cuando uno habla de las sociedades de gestión o de los derechos de autor en general, el enfoque es el autor, el que crea la obra y sin lo cual nada de todo esto tiene sentido. Pero no se debe olvidar que una sociedad de gestión ofrece ventajas importantes para los usuarios.

Las dos que se mencionan con frecuencia son la facilidad de obtener un derecho de utilizar una obra y la protección que ofrece la licencia. En la mayoría de los casos, es muy difícil para el usuario encontrar la persona que detenta el derecho y negociar un contrato específico. Solamente vale la pena cuando se trata de una utilización en gran escala. La licencia obtenida de la sociedad de gestión arregla estos problemas porque la sociedad, no el usuario, tiene que encontrar el derechohabiente, y la sociedad ofrece una licencia que protege el usuario porque le autoriza a utilizar las obras que necesita. Además, las sociedades tienen acuerdos bilaterales con sociedades hermanas en otros países y pueden en consecuencia ofrecer licencias para utilizar obras extranjeras.

Con internet, las sociedades empiezan a compartir datos y ofrecer licencias de utilización *online*. En el caso de mi propia organización, otorgamos hoy día el 70% de todas las licencias *online*, es decir, más de un millón de licencias por año. El usuario puede utilizar el sistema siete días por semana, 24 horas al día.

## 6. Los tipos de licencias

Existen dos grandes tipos de licencia en el campo de la gestión colectiva. Primero, hay una licencia general que permite utilizar todo un repertorio. Por ejemplo, una estación de radiodifusión puede obtener de la sociedad de gestión de los derechos musicales en un país el derecho de difundir cualquier obra musical a condición que pague por la licencia.

El otro tipo de licencia es la licencia que se llama transaccional. En este caso, el usuario que desea utilizar una obra específica se comunica con la sociedad de gestión y obtiene una licencia para dicha utilización específica. Como se sabe exactamente qué obra (o que parte de qué obra) se va a utilizar, el número de copias, etcétera, es posible fijar un precio individual. En el caso de CCC, los derechohabientes mismos fijan todos los precios por cada tipo de utilización de cada una de sus obras.

## 7. El reparto

El reparto es el hecho de pagarle al derechohabiente el dinero recaudado por la sociedad de gestión. Pero si bien es importante el dinero, no solamente es una cuestión de esta naturaleza. La transparencia y la calidad de la información sobre las fuentes de dinero y los gastos de gestión en ciertos casos son tan importantes como el cheque.

En el caso de las licencias transaccionales, se sabe exactamente qué obras fueron utilizadas, el nivel de cada utilización y por eso es fácil saber a quién se debe pagar. Es menester mandarle con el pago una explicación de la fuente del pago. Naturalmente, la sociedad recupera los gastos razonables de gestión.

En el caso de las licencias de repertorio, es un poco más complicado. Normalmente, el reparto se basa en encuestas estadísticas. Es importante que el mecanismo utilizado sea bien entendido por los derechohabientes y tan transparente como sea posible. De eso depende la credibilidad de la sociedad de gestión.

## Conclusión

A pesar del origen filosófico muy diferente del concepto de derecho de autor en los países civilistas y los de *common law*, existe ahora un acercamiento de estos sistemas. Este cambio fue impulsado no por los convenios internacionales, sino

por el aumento de los intercambios económicos y culturales y el progreso tecnológico. Por ejemplo, la noción fundamental de obra (y la subyacente de originalidad) que en el siglo XIX era muy diferente en los dos grandes sistemas jurídicos, parece casi idéntica en decisiones recientes de las cortes de Canadá, Francia y de los Estados Unidos.

La gestión colectiva es otro ejemplo de una situación que está desarrollándose en varios países sin que las diferencias esenciales entre los grandes sistemas sean un obstáculo. Ello puede explicar fácilmente: el porque la existencia de sociedades de gestión de los derechos de autor es necesaria, dado que los usuarios necesitan licencias de utilización de obras protegidas y no pueden en todos los casos encontrar y negociar con cada autor u otro derechohabiente, ni siquiera en su propio país. Eso no depende del tipo de sistema jurídico dentro de un país, sino de las simples realidades del mercado.

En la actualidad, hay sociedades de gestión que funcionan con éxito en países que tienen sistemas legislativos muy diferentes y por eso no se puede decir que un sistema es claramente el mejor. El nivel de la intervención del Estado, por ejemplo, cambia mucho de un país a otro. Lo importante es el apoyo del gobierno, por lo menos en los primeros días de toda nueva sociedad. □

