



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Comercial

“DERECHO MORAL DE INTEGRIDAD DE LA OBRA”

Análisis a su infracción: Spot Publicitario y otros casos

Memoria de Prueba para obtener el Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas
y Sociales

Autor: SENEAD EVA BARRERA TRABOL

Profesor Guía: SANTIAGO SCHUSTER VERGARA

Santiago de Chile

2016

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	- 6 -
CAPÍTULO I: La Integridad de la Obra como Derecho Moral	- 11 -
1. <i>Derecho Moral: Su estructura jurídica</i>	- 11 -
1.1.- Relevancia de la Estructura Jurídica:.....	- 14 -
2. <i>Contenido del Derecho Moral: Delimitaciones</i>	- 16 -
2.1.- Las facultades del Derecho Moral de Autor	- 22 -
i.- Derecho de Divulgación:.....	- 23 -
ii.- Derecho de Paternidad:	- 23 -
iii.- Derecho de Retracto o Arrepentimiento	- 26 -
iv.- Derecho a la Integridad o de Respeto a la Obra	- 27 -
2.2.- Características del Derecho Moral	- 27 -
2.2.3.- Definición del Derecho Moral: ¿Un Derecho Humano?.....	- 31 -
i.- Objeto del Derecho Moral	- 38 -
ii.- Naturaleza jurídica del Derecho Moral	- 39 -
iii.- Vínculo del Derecho Moral con la libertad de expresión:.....	- 44 -
CAPITULO II: Derecho al Respeto a la Integridad de la Obra	- 46 -
1. <i>Definición del Derecho de Integridad</i>	- 46 -
2. <i>Titularidad del Derecho de Integridad</i>	- 52 -
2.1. Titularidad Originaria Derecho de Integridad: Autor de la Obra ¿Persona Natural o Persona Jurídica?	- 53 -
2.1.1.- Titularidad del Derecho Moral de Integridad en Coautoría.....	- 62 -
i.- Obras en colaboración.....	- 63 -
ii.- Obras Colectivas.....	- 64 -
2.2. - Titularidad Derivada o Secundaria del Derecho de Integridad: ..	- 67 -
2.2.1. Por Causa de Muerte:.....	- 67 -
2.2.2.- Por acto entre vivos	- 69 -
i.- Contratos de Cesión	- 69 -
ii.- Cesión Legal:	- 71 -

iii.- Presunción Legal de Cesión:	- 73 -
2.2.3.- Titularidad del Derecho de Integridad en cierto tipos de obras-	73 -
i.- Obras Audiovisuales (y Cinematográficas):	- 74 -
ii.- Obra bajo un Contrato de Trabajo	- 78 -
iii.- Obra por Encargo:.....	- 82 -
3. <i>Regulación Positiva del Derecho de Integridad</i>	- 85 -
3.1.- Instrumentos Internacionales	- 86 -
3.1.1.- Convenio de Berna:	- 87 -
3.1.2.- Otros Instrumentos	- 89 -
i.- ADPICs:	- 90 -
ii.- WCT y WPPT:.....	- 91 -
iii.- Tratados de Libre Comercio:.....	- 91 -
3.2.- Legislaciones Comparadas.	- 93 -
3.2.1.- España:.....	- 93 -
3.2.2.- Holanda:.....	- 94 -
3.2.3.- Rusia:.....	- 96 -
3.2.4.- Colombia:.....	- 97 -
3.2.5.- Francia:.....	- 98 -
3.2.6.- Reino Unido:	- 100 -
3.2.7.- Estados Unidos:.....	- 103 -
3.3.- Normativa Chilena.....	- 104 -
3.3.1.- Transferencia y Transmisibilidad:	- 108 -
4. <i>¿Tiene Trascendencia el Derecho Moral de Respeto a Integridad de la Obra en el Mundo Moderno?</i>	- 110 -
CAPÍTULO III: Infracción al Derecho al Respeto a la Integridad de la Obra-	123 -
1. <i>¿Qué es la Infracción al Derecho Moral de Integridad?</i>	- 123 -
2. <i>Hipótesis de Vulneración al Derecho de Integridad.</i>	- 125 -
i.- Hipótesis N°1- Adaptaciones deformadoras:.....	- 126 -
ii.- Hipótesis N°2- Contexto Desnaturalizante.....	- 126 -

iii.- Hipótesis N°3- Cambio de Destino	- 127 -
2.1-Criterios de Infracción en el Derecho de Autor:.....	- 127 -
2.2-Criterios de Infracción en el Copyright	- 129 -
3. <i>Análisis a la de Infracción al Derecho de Respeto a la Integridad de la Obra en el caso Spot Publicitario</i>	- 131 -
3.1.- La Actividad Publicitaria.....	- 131 -
3.1.1.- Su vínculo con la Propiedad Intelectual.	- 136 -
3.2.- Infracción a la Integridad de la Obra en el Spot Publicitario.....	- 139 -
3.2.1.- Definición y Elementos Spot Publicitario.....	- 140 -
3.2.2.- Consideraciones Normativas en Chile del Spot Publicitario...	- 142 -
i.- Partes que intervienen:	- 142 -
ii.- Normativa Chilena.....	- 142 -
iii.-Spot Publicitario como Obra derivada	- 144 -
iv.- Spot Publicitario como Obra Originaria	- 145 -
3.2.3.- Vulneración al Derecho al Respeto de la Integridad de la Obra en el Spot Publicitario:	- 145 -
3.2.3.1.- Spot Publicitario: Presentación y Análisis de Casos.....	- 150 -
i.- Spot Almacenes París (París) y Jingle “Todos Juntos” de Los Jaivas.	- 150 -
ii.- Spot Publicitario Absolut Vodka y botella con diseño de Andhy Warhol	- 154 -
iii.- Spot Publicitario Nike, “Find Your Greatness”	- 156 -
3.3.- Infracción a la Integridad de la Obra en otro tipo de Obras.....	- 158 -
i.- Música.....	- 159 -
ii.- Fotografía:	- 161 -
iii.- Escultura.....	- 164 -
iv.- Pintura:	- 165 -
v.-Arquitectura.....	- 165 -
3.4.-Soluciones Jurídicas a la Infracción a la Integridad de la Obra.....	- 168 -

i.- Resarcimiento del Daño causado al Derecho al Respeto a la Integridad de la obra:	- 169 -
ii.- Fundamento del Resarcimiento	- 171 -
iii.-Otras Soluciones:	- 172 -
a) Acción de Inhibición:	- 173 -
b) Acción de Remoción:	- 173 -
3.2.1.-Consideraciones en cuanto a lo Normativo	- 173 -
3.4.2.- Consideraciones en cuanto a lo Contractual	- 178 -
CAPÍTULO IV: Conclusiones	- 184 -
BIBLIOGRAFIA.....	- 193 -

INTRODUCCIÓN

La división “tradicional”; que comprendía que los activos de la propiedad intelectual se relacionaban en un inicio casi exclusivamente con “lo cultural”, y no a la actividad comercial o industrial; se va difuminando con gran rapidez.

La situación anterior ha derivado en que existan formas jurídicas contractuales – contratos de trabajo, contratos de obras por encargo, licencias de uso, cesiones de los derechos patrimoniales del autor- que dan titularidad o autorización de uso, a empresas o entidades jurídicas en orden a que una persona (natural o jurídica) ostente la titularidad de los derechos de autor, apareciendo el impulsor y coordinador del proyecto como el mejor candidato para ostentarlos . El eje está puesto en que se haga una explotación “más eficiente” de ese activo intelectual. Dentro de este marco, en un ámbito específico encontramos a la actividad publicitaria, que constantemente se vale de obras intelectuales para explotar exitosamente su giro (sea mediante cesiones, licencias de uso, presunciones legales) y en donde la identificación del derecho de autor con activos eminentemente culturales se torna bastante antigua, justamente por el giro mismo de éste quehacer.

El tema de la presente tesis es la determinación del derecho moral de integridad de la obra, sus caracteres, su naturaleza jurídica, su importancia y su vigencia dentro del mundo actual, considerando la tendencia a dar énfasis a la explotación de la obra, lo que genera consecuencias directas –no muy alentadoras- en la condición de autor, en especial si consideramos la faceta

moral. También nos referiremos a quién puede ostentar la titularidad de derecho moral de integridad de la obra, haciendo referencia a la tendencia a privilegiar a los explotadores, lo que tiene manifestaciones en la ley que recoge la forma en que la mayoría de las creaciones intelectuales hoy se efectúan.

Considerando la importancia de éste derecho nos referiremos luego a la infracción del derecho moral de integridad, ahondaremos sobre las hipótesis posibles en que tal situación puede configurarse, y los criterios que al respecto existen en los regímenes del derecho de autor y del copyright. La centralidad de nuestro esfuerzo estará puesta en una reflexión en torno a si, revisadas las normas internacionales y de legislación comparada que adscriben a uno u otro sistema de regulación, es posible aplicar la solución civil de resarcimiento del daño. No ahondaremos sin embargo respecto de ésta solución misma, si no que si acaso es posible su aplicación conforme a las normas comunes de las legislaciones respectivas o simplemente no hay lugar a la armonía en el plano internacional.

Consideramos que la problemática que plantearemos a lo largo de ésta tesis tiene una vigencia tremenda por cuanto no consideramos que la respuesta sea una cuestión pacífica, en efecto, existen ordenamientos que ni si quiera regulan al derecho moral de integridad o a los derechos morales en forma genérica. Por su parte, en las legislaciones que sí lo regulan pueden encontrarse graves antecedentes de deformación en torno a su ejercicio, o de ficciones jurídicas que establecen la titularidad originaria en una persona diferente del autor.

A la hora de analizar hacer referencia a casos de infracción de este derecho, como la materia es de contenido tan vasto, nos centraremos en la actividad publicitaria. Ello, pues ésta tiene un vínculo con la propiedad intelectual y además encarna ejemplarmente las tendencias en torno a las presunciones, y la preeminencia de los derechos del explotador por sobre los de autor, además de valerse constantemente de activos y obras intelectuales para su quehacer.

Dentro de la publicidad, las obras también son variadas, por lo que elegimos la que concentra la mayor cantidad de ellas (en cuanto a imágenes, sonidos, música, trama, etc), cual es el Spot Publicitario. Veremos cómo este tipo de obra “compleja” además puede incorporar otras obras preexistentes mediante su adaptación.

Cabe agregar que el derecho moral de integridad es referido es este trabajo de modo de responder a la necesidad de contextualizar su objeto. Nuestras referencias se centran principalmente en las indicaciones de tres autores a saber, Lipszyc, Antequera y Delgado; lo que ciertamente no obstó a la consulta de otros autores, aunque en la mayoría de las veces fue para otras materias de este mismo derecho, dichas consultas fueron consignadas a veces en citas y en otras veces han quedado únicamente en la bibliografía. Este derecho brinda una protección que rebasa a la obra, y tiene un rol fundamental en el incentivo para la creación de nuevas bellezas: “...el autor tiene derecho a que su pensamiento no sea modificado, desnaturalizado, por otro lado la sociedad tiene derecho a recibir una obra intelectual en su auténtica expresión”² ¿Qué incentivo quedaría para el autor en querer distinguirse si no se respetara -aun cediendo sus derechos- la integridad de su creación?

Retomando nuestra idea, el Spot Publicitario puede ser un escenario de colisión de los derechos de explotación cedidos o autorizados con el derecho moral de integridad, dando lugar a nuestra problemática jurídica central a resolver. Cedidos o licenciados los derechos patrimoniales de una obra preexistente o en el caso de una obra publicitaria originaria ¿Existe vulneración a la integridad de la obra? ¿Surge la obligación de resarcimiento? ¿Existen algunos criterios en derecho comparado, en la legislación nacional, en la jurisprudencia o doctrina para entender que se aplica tal obligación?

² LIPSZYC, Delia., “Derecho de autor y derechos conexos” -2° Edición, Buenos Aires, Victor P. Zavalía S.A, 2005, p.168

Consideramos una necesidad reflexionar sobre una posible unificación de criterios en ésta materia, en orden a delimitar “umbral jurídico” más allá del cual existe tal vulneración al derecho moral de integridad; y en orden a entender sin lugar a dudas que la solución jurídica con base a derecho escrito debe aplicarse, esto es, la obligación de resarcir el daño causado con ocasión de la vulneración a la integridad de la obra. Para ello revisaremos no solo legislaciones comparadas, sino que haremos una referencia los instrumentos internacionales pertinentes que regulan y protegen el derecho moral de integridad.

La búsqueda de un criterio de bases comunes, sustentado en legislación internacional y nacional, otras investigaciones y posiciones doctrinarias que dotan de contenido la hipótesis normativa es para nosotros una cuestión de primer orden, ello pues la solución no debe abstraerse del contexto económico en que se desarrolla la actividad publicitaria o en general, la tendencia en cuanto a la creación de nuevas obras intelectuales (coautoría, preeminencia del promotor de la obra, etc). Pareciera que habría una incompatibilidad entre los intereses del explotador en detrimento del respeto a la integridad de la obra que va mermando al autor como creador y por tanto su derecho moral de integridad ¿cómo entonces el explotador podría seguir su función en el largo plazo?

El derecho de autor estimula la actividad creativa, al asegurar al creador la obtención de una retribución económica, el respeto por su obra y el reconocimiento de su condición. En el contexto de las economías globales además beneficia a los empresarios al garantizar su inversión; impulsando la industria cultural proveyendo de difusión para las obras.³ Es una tendencia mundial y Chile no está exento, es un hecho notorio que ya se manifiesta en áreas específicas que involucran la industria de los activos intelectual en

³ *Ibíd.*, p. 59.

general, no solo la publicitaria, como la educativa, la musical a través del folclor y los ritmos nacionales y populares, televisiva, en el campo tecnológico (sobre todo en materia de computación).

CAPÍTULO I: La Integridad de la Obra como Derecho Moral

1. Derecho Moral: Su estructura jurídica

El derecho moral de integridad es parte de los derechos morales que existen en materia de derecho de autor, por ello es que para definirlo y delimitarlo debemos hacer una referencia general a los derechos morales. Cuando los autores definen a los derechos morales parten desde el contenido mismo del derecho de autor; ello creemos debido a la influencia que tiene luego tal o cual concepción respecto del contenido (monista o dualista) en el ámbito práctico; sobre todo en las conclusiones que podamos elaborar en cuanto a la titularidad de estos derechos; y por supuesto, el de integridad de la obra.

De acuerdo con el profesor Ricardo Antequera la cuestión de los derechos morales tiene que ver con la misma concepción de la estructura del derecho de autor (dijimos ya, sea ésta monista o dualista); y por tanto si los derecho patrimoniales y morales constituyen un solo derecho del cual emanan estas dos clases de facultades, o si se trata de dos derechos completamente diferentes; la referencia a estas concepciones importa por la influencia que tiene en las legislaciones y por tanto en el ejercicio práctico de éstas facultades ⁴.

Solo a modo de ejemplo, en el derecho alemán se recoge la concepción monista la que "...considera que los derechos morales y patrimoniales son manifestaciones de un derecho único que vela en su conjunto por los intereses espirituales y materiales del autor, razón por la cual ambos derechos son derivaciones de una sola figura (...) Las leyes que adoptan esa postura

⁴ ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. "Manual para la enseñanza virtual del Derecho de Autor y los Derechos Conexos", Santo Domingo, República Dominicana, Editora Corripio, C. por A, 2001. Tomo I, p.129.

establecen que el derecho de autor (en su estructura compleja, como derecho unitario) sólo se transmite por causa de muerte y la explotación de la obra por terceros se efectúa por “concesiones de derechos de uso”, que no transfieren derechos sino que autorizan al usuario para utilizar la obra por los medios convenidos en el contrato.”⁵. Como se trata- según la concepción monista- de un derecho unitario éste se extingue en su totalidad un tiempo después de la muerte del autor; esta afirmación sin embargo se precisa por el profesor Antequera que en una nota al pie nos indica al respecto: “No obstante, se ha sostenido que es posible bajo la concepción monista establecer la perpetuidad de las facultades morales, aunque se extingan las patrimoniales, pero no a título de derecho de autor, sino por razones de política legislativa, en orden a la obligación del Estado de velar por el patrimonio cultural, o sea, no en defensa del autor, sino de su obra”⁶

En otras legislaciones, por ejemplo la francesa y las bajo su influencia; existen dos derechos diferentes que surgen del derecho de autor; independientes entre sí por el objeto diferente que tutelan; uno el aspecto personal o afectivo y otros los intereses económicos del autor. Así el derecho moral tiene un carácter inalienable, frente a la posibilidad de transferencia del derecho patrimonial por medio de licencias o cesiones a terceros; a lo anterior se suma el carácter temporal propio de los derechos patrimoniales (hasta cierto número de años después de su muerte) versus la posibilidad que las legislaciones reconozcan un carácter perpetuo a ciertos componentes del derecho moral. Finalmente, es importante mencionar que en una referencia al trabajo de Antonio Delgado Porrás, el citado autor apunta en cuanto a las leyes iberoamericanas que éstas

⁵ Ibid.,

⁶ Ibid., p. 130

en su mayoría adhieren a la teoría dualista; y las próximas referencias a éste tema por parte de Antequera se tratan con esa perspectiva.⁷

La autora Delia Lipszyc también aporta en dar elementos para comprender ambas teorías a fondo señalándonos que “Ulmer, ilustre representante de la moderna doctrina alemana afiliada al monismo (Rintelen, Dietz, etc.), expresa que las dos clases de intereses distintos – los de carácter personal y los de índole patrimonial – que la obra representa para el autor, podrían ser lo que son las raíces en un árbol de único tronco. De ese troco derivan luego ramas y tallos distintos, que son las facultades jurídicas que, como las ramas de un tronco, unas veces extraen su fuerza de ambas raíces – del fundamento personal y del patrimonial-, y otras preponderantemente de una de ellas (...) Dietz explica que la interpretación monista rechaza una delimitación rígida de los dos grupos de facultades porque no puede mantenerse en la práctica; los derechos exclusivos de explotación que se conceden al autor sirven también a sus intereses intelectuales, y las facultades que le otorga el derecho moral sirven también a sus intereses económicos. Así por ejemplo, la facultad de oponerse a la introducción de modificaciones o de deformaciones en la obra puede corresponder tanto al interés personal del autor de mantener su obra no falseada, como a su interés económico de que no se influya en la rentabilidad de la obra con modificaciones y empeoramientos. Y a la inversa, una utilización económicamente satisfactoria de la obra contribuye a un mayor conocimiento de la obra y de su autor y beneficia también sus intereses personales en tanto ayuda a difundir sus ideas y a su fama personal”⁸.

⁷ Ibid.,

⁸ LYPSZYC, Delia, op.cit. (n.2), pp. 152-153.

La misma autora explica que respecto de la teoría dualista lo central es que el contenido del derecho de autor (moral y patrimonial) no puede confundirse, pese a su interrelación mutua; sobre todo considerando el hecho de que no nacen conjuntamente ni tampoco se extinguen al mismo tiempo. Los derechos patrimoniales serían meras expectativas mientras la obra no se concluya y se publique, versus los derechos morales que surgen desde el mero borrador de la obra; la interrelación mutua de ambos de derechos se concreta en que para que los derechos patrimoniales puedan ejercerse, el autor debe ejercer el derecho de divulgación (cuyo carácter es eminentemente moral). Para redondear, lo central pareciera residir para la teoría dualista en que ambos derechos tienen diferentes “destinos jurídicos” que pueden ser regulados también de forma diferente; por ejemplo, en cuanto a transmisibilidad y el plazo de protección propias de los derechos patrimoniales versus la intransferibilidad y el carácter imprescriptible de los derechos morales.⁹

1.1.- Relevancia de la Estructura Jurídica: Consideramos que lo relevante entre una y otra concepción es la posibilidad de otorgar licencias de usos y realizar transferencias completas de un derecho de explotación en específico (en el caso de la teoría dualista); y la posibilidad solamente de otorgar licencias de uso en el otro, en uno u otro marco es que se dará la posibilidad de que el derecho moral de integridad de la obra pueda resultar vulnerado.

En segundo lugar tiene importancia la cuestión cuando al plantearse la posibilidad de conflicto de estos derechos (patrimonial y moral), Antonio Delgado se pregunta: “(...) ¿debe dejarse al resultado de una negociación contractual, que se sabe desigual, la pérdida total de ese instrumento de control, o, por el contrario, deben adoptarse disposiciones oportunas de forma y fondo para que la autorización o la cesión sea limitada a los derechos que correspondan a la explotación o explotaciones concretas sobre las que con toda

⁹ *Ibíd.*,

claridad se han propuesto contratar las partes (lo que excluye las cesiones ´globales´), se asegure la efectividad de la explotación (se suerte que la difusión de la obra no quede bloqueada por la sola decisión del cesionario o licenciatario) y se garantice una remuneración apropiada a la dignidad del autor como persona (incluso creando derecho de remuneración suplementarios de los derivados del contrato) (...) Al hilo de las anteriores cuestiones y de otras más que pertenecen al mismo orden de ideas, el derecho moral muestra, por lo general, lo que pudiéramos llamar los efectos colaterales de su ´primacía´ en la reglamentación del derecho o derechos patrimoniales, al o a los que se dice ´humaniza´ (...)”¹⁰.

En definitiva, no tienen por qué interpretarse como intereses contrapuesto, en la medida en que adscribiendo tanto a uno como a otra teoría el derecho moral tiene importancia, Delgado continua precisando que “(...) lo que importa es la articulación del derecho moral con el derecho patrimonial, articulación que, si no se produce en el interior de un único derecho subjetivo (como en la concepción monista), no deja por ello de existir, haciendo de ambos derechos partes integrantes de un mismo sistema orgánico de protección (lo que no asegura sin mebargo, en todas las reglamentaciones nacionales, un desarrollo uniforme, e incluso, si se quiere, plenamente coherente, de los principios que informan el sistema –extremo éste que quizás sea la desventaja más señalada de la construcción dualista frente a la monista-) (...)”¹¹.

¹⁰ DELGADO, Antonio D, " Contraposición entre los sistemas de protección del Derecho de Autor y del Copyright". En su: "Derecho de Autor y Derechos Afines al Autor". España. Instituto de Derecho de Autor, 2007. Vol.1, p.364

¹¹ DELGADO, Antonio P, "Propiedad Intelectual, Derecho de Autor y derechos conexos (afines) al de autor: Nociones Generales". En su: "Derecho de Autor y Derechos Afines al Autor". España. Instituto de Derecho de Autor, 2007. Vol.1, p. 287.

2. Contenido del Derecho Moral: Delimitaciones

Apuntada la importancia de lo anterior, la que se tornará plenamente vigente al revisar la titularidad de éste derecho; ¿Cuál es en definitiva el contenido del derecho moral, o en qué consisten los también llamados derechos morales del autor? Y de manera más atinente a nuestra tarea ¿cómo se ubica dentro de esa definición y contenido el derecho de integridad?

Es importante contextualizar éste derecho, señalando que los derechos morales como facultades y el derecho de autor como derecho más general, se encuentran ligados a la libertad de expresión. Necesariamente la labor creativa, que viene a concretar expresiones del pensamiento individual de su autor, implica un marco de libertad: “(...) su creación es la evocación de su individualidad, y parte de su reconocimiento mismo como sujeto para que la obra, entendida como creación, se identifique en la esfera de su propiedad, de lo que le pertenece. La Declaración Universal de los Derechos Humanos nos resalta este punto al señalar en su artículo 19: ‘ Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir información y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión’ (...)”¹². El centro de éste lazo se halla en que solo es el autor quien tiene la facultad de difundir su pensamiento, expresado en la obra; la base de su libertad está en decidir el cómo, dónde y el cuándo su obra es difundida. En definitiva la obra solo existe cuando se expresa, se comunica y su valoración económica solo aparece desde que es ejercida la difusión por su autor. La mismísima protección del derecho de autor y de la facultad moral tiene su

¹² ALVAREZ AMÉZQUITA, David F., “Libertad de expresión como resultado y garantía principal del derecho de autor”, Revista Iberoamericana de Derecho de Autor. Volumen 1 (No. 1), enero/junio, 2007, p.154-154

correlato en la libertad de expresión de los creadores, que es como se manifiesta la cultura.¹³

Dentro de ese marco el derecho moral de autor se refiere a una serie de poderes jurídicos del autor que carecen de un carácter patrimonial, de acuerdo con Antonio Delgado Porras. Uchtenhagen señala que la noción derecho moral se referiría a derechos que tienen el objeto de proteger la personalidad del ser humano respecto de la actividad del autor en obras literarias y artísticas.¹⁴ En éste sentido una definición de la obra intelectual ayuda a comprender mejor éstas afirmaciones, y también las anteriores: "(...) La creación intelectual (...) es objeto de propiedad intelectual, integrada por derechos-facultades, si se quiere- morales y patrimoniales, independientes, compatibles y acumulables con las facultades integradas en la propiedad ordinaria u otros derecho reales que tengan por objeto la cosa material a la que está incorporada la obra del espíritu (...) Y es que una cosa es el arquetipo –combinación ideal de palabras, notas musicales, colores, formas o imágenes-, contenido, bien inmaterial, y otra diferente el recipiente que lo contiene, continente, soporte material de un bien inmaterial, ya sea éste un prototipo único, ya un ejemplar concreto entre muchos otros ejemplares derivados o resultantes- con mayor o menor fidelidad- del prototipo en cuestión (...) El autor conserva sus derechos de propiedad intelectual sobre el arquetipo aunque se haya desprendido de la cosa material a la que está incorporado, resultando, en tal caso, que la propiedad intelectual sobre el arquetipo es de uno y la ordinaria sobre el prototipo de otro (...)"¹⁵

¹³ *Ibíd.*,

¹⁴ ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, *op.cit* (n.4), p.131

¹⁵ ROGEL VIDE, Carlos, "El derecho de acceso del autor a su obra". Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Tercera Época, Volumen CLVII, (nº 4), octubre-diciembre, 2010, p.696

El derecho moral protege la personalidad del autor en relación con su obra¹⁶, en esa medida es que una justificación al derecho moral se funda “(...) en el autor como persona privada que es y que debe responder de todo lo que en su propio nombre solemniza con su firma (así se trate de su nombre de pila o pseudónimo). Es significativo que el legislador francés no afirme la necesidad de proteger el derecho moral en el ámbito del interés general: las prerrogativas morales no existen sino para el autor o para el artista. Para ser más exactos, existen para proteger la relación entre el creador y su obra (...)”¹⁷. De esta manera cuando la obra existe, lo que fue motor para su creación tiene que ver con grado de “satisfacción íntima” que el autor de ella logra y que sucede de manera exclusiva en la esfera de personalidad; la obra es difundida cuando confirma el propio autor un grado hacia ella de estimación propia y al valor de ésta. Y en definitiva también de la “(...) dignidad como ser capaz de crear y que cualquier móvil de esa voluntad creadora que le suponga una *‘satisfacción de relación’* también discurre en esa esfera, pues la fama, la admiración de los semejantes y el ascendiente sobre ellos no sólo son formas de proyección y expansión sociales de la dignidad del autor en cuanto creador (reputación), sino también modos de obtener, mediante la adhesión de terceros, una ratificación al propio juicio del autor sobre esa dignidad (honor)”¹⁸

Ha quedado establecido que al hablar de derechos morales necesariamente nos referimos a facultades de índole personal, y por ello también son llamados “derechos de la personalidad del autor”¹⁹. Es decir que su contenido es

¹⁶ LYPSZYC, Delia, op.cit. (n.2), p. 154

¹⁷ TEILMANN-LOCK, Stina, “Falsos amigos y derechos morales/ false friends and moral rights: estudio comparado”. Reveu Internationale Du Droti D’ Autheur, v 0, (Nº225), 2010, p. 26.

¹⁸ ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, op.cit (n.4), p.133. Destacado nuestro.

¹⁹ De acuerdo con LYPSZYC, Delia, op.cit. (n.2), p.45

eminentemente extrapatrimonial, lo que no significa que carezca de derivaciones o implicancias económicas. Al integrarse en lo sustantivo por el derecho del autor a tomar la decisión de divulgar la obra; a exigir que la integridad de su creación sea respetada conjuntamente con su condición misma de creador y autor de ésta; y también el derecho a retractarse si sus convicciones cambian y retirarla inclusive de circulación²⁰; se sugiere también esta implicancia económica cuando Lypszyc afirma “(...) para el creador son de capital importancia tanto las condiciones en que se utiliza la obra como el respeto a la integridad de esta, y el reconocimiento de su paternidad intelectual o la observación de su voluntad de valerse de un seudónimo o de permanecer anónimo; igualmente importantes son para la comunidad”²¹.

Reitera en éste sentido Carlos Villalba que “(...) **Tanto para los autores** cuanto para los artistas e intérpretes en general, **la publicidad de su nombre** con sus características peculiares: lugar, tamaño de las letras, etc., **tiene interés económico** [pues] entendemos que **lo expuesto resulta indicativo del contenido patrimonial que inequívocamente tiene para el autor la mención de su nombre** junto con la obra (...)”²². A ello se suma el elemento que nos otorga Antonio Delgado- por anotación de Antequera- en cuanto a la ‘satisfacción económica’²³ que el autor y creador de la obra intelectual busca en su elaboración; la significación económica de éste aspecto extrapatrimonial del contenido del derecho autor es irrefutable; se mencionan ejemplos como el nombre del autor, en donde la omisión de éste en la obra pueden derivarse

²⁰ Ibíd., p.155

²¹ Ibíd., p.45

²² ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, op.cit (n.4), pp.131-132

²³ Ibíd., p.133

tanto consecuencias afectivas como patrimoniales (solo queda imaginar la cantidad de problemas para la sociedades de gestión colectiva), o el caso del mismo derecho de integridad cuya lesión no solo produce consecuencias negativas de afección sino incluso perjudicar el valor de mercado con la obra se transa (por el desprestigio de alguna deformación o bien en la posibilidad de nuevas contrataciones a su respecto).

Ahora hablando en exclusiva sobre contenido del derecho moral, éste se subdivide en varias facultades y la literatura especializada las clasifica de diferentes maneras; además de enumerar su principal característica: **como poder de obrar, poder que tiene a su vez diferentes caracteres.**

Por ejemplo Lipszyc distingue entre las de carácter positivo y las de carácter negativo. En las primeras se encuentran el derecho de divulgación y el derecho de retracto (también llamado de arrepentimiento), su denominación tiene que ver con que implican una decisión que al titular del derecho, de forma exclusiva, le pertenece (desde divulgar la obra, hasta modificarla, retirarla del comercio e inclusive destruirla). En las negativas o defensivas encontramos el derecho al reconocimiento a la paternidad de la obra y el que objeto de nuestra problemática jurídica, el derecho de integridad.

Ambas facultades (paternidad e integridad) son denominadas por la doctrina francesa de manera genérica como el “derecho al respeto” ¿respeto a qué? Al nombre del autor y a su obra misma. Es relevante mencionar que el carácter negativo del derecho al respeto tiene que ver con cómo éste se concreta: sea en un derecho a impedir o una abstención de parte de los sujetos pasivos. El carácter defensivo de este derecho a respeto reside en que fallecido el autor de la obra (y aun cuando haya transcurrido todo el plazo de protección y ya se halle en el dominio público la creación), permite accionar para resguardar la

paternidad y la integridad de la obra. Es desde este “derecho al respeto” que pensamos existe una estrecha relación con un presupuesto universal de protección a la obra –su originalidad-, presente en cualquier legislación del mundo; y cuyas diferencias se manifiestan en un menor o mayor grado de laxitud o flexibilidad a la hora de responder ¿es original?. La satisfacción del criterio varía de nación en nación y sería forzado hablar de que exista consenso en la materia, en el sentido de existir un estándar armonizado único a nivel mundial (como veremos al analizar de manera más pormenorizada algunas legislaciones). El eje de la relación entre el criterio de protección de originalidad de la obra y el derecho de respeto estaría para nosotros en que el objeto se protege si es “(...) ‘que es original en el sentido de que es una creación intelectual propia de su autor’ (...)”²⁴. En definitiva existiría una honra y una reputación por las que se acciona éste derecho al respeto; porque justamente lo que hace original a una obra (y por lo que el derecho le otorga protección) es que emana de una persona humana, que en calidad de tal ostenta una honra y reputación protegible.

En efecto, si bien no es posible hablar de que existan criterios comunes en las legislaciones sí es posible afirmar que existe un criterio mínimo; a partir de ésta relación expuesta entre el derecho moral y el presupuesto de protección de originalidad²⁵, que no es más que la expresión de la individualidad del autor, expresando lo propio de éste, que lleve la impronta de su personalidad. La apreciación de éste elemento de protección (la originalidad) ciertamente variará según el tipo de obra (literaria, artística o científica)²⁶, pero el elemento mínimo del “Derecho al Respeto” es que en la obra se manifieste la individualidad de su creador.

²⁴ VAN GOMPEL S. y LAVIK, E. “Calidad, Merito, Estética y Destino: examen de la exclusión por el derecho de autor de la UE de criterios distintos de la originalidad”. Reveu Internationale Du Droit D’ Auteur, v 0, (N° 236), 2013, pp. 100-295.

²⁵ Ibíd.,

²⁶ LYPSZYC, Delia, op.cit. (n.2), p. 65-66

2.1.- Las facultades del Derecho Moral de Autor

A grandes rasgos nos referimos a éstas facultades al delimitar al Derecho Moral, pero siendo prolijos en la tarea para arriba a una definición; creemos necesaria su referencia un poco más específica. De acuerdo con Mocuhet y Radaelli las facultades del derecho moral se agrupan de la siguiente manera²⁷:

- i) Facultades exclusivas del autor: derecho de crear, derecho de continuar y terminar la obra, derecho de modificar y destruir la propia obra, derecho de inédito, derecho de publicar la obra bajo el propio nombre, bajo un seudónimo o de forma anónima; derecho de elegir los intérpretes de la propia obra; derecho de retirar la obra del comercio.
- ii) Facultades concurrentes (ejercidas por el autor, y en su ausencia por sus sucesores): derecho de exigir que se mantenga la integridad de la obra y su título; derecho de impedir que se omita el nombre o el seudónimo, su uso indebido o el no respeto al seudónimo.

Es importante señalar en cuanto al derecho a crear que se menciona en las facultades exclusivas del autor, el Profesor Ricardo Antequera Parilli destaca que éste “(...) existe antes que la obra (razón por la cual no hay todavía un objeto protegible por el derecho de autor), de modo que no se trata de un derecho moral del autor sobre su creación, sino de un derecho de toda persona al libre desarrollo de su personalidad y a la libre expresión de sus ideas y pensamientos(...)”²⁸. Agrega a continuación que varias de las facultades señaladas son parte de las facultades “clásicas” del derecho moral (o derechos morales clásico).

²⁷ Lo a continuación expuesto, es conforme a la clasificación en ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, op.cit (n.4), pp.139-140

²⁸ Ibíd., p.140

Por ello es que respecto de cada uno de éstas facultades – únicamente haremos referencia a las “clásicas”-, la doctrina ha precisado lo siguiente:²⁹

i.- Derecho de Divulgación: También denominado “(...) como derecho a dar a conocer la obra, derecho de comunicar la obra al público, derecho de publicación o derecho al inédito (...)”³⁰“(...) consiste en la facultad del autor de decidir si dará a conocer su obra y en qué forma, o si la mantendrá reservada en la esfera de su intimidad. También comprende el derecho de comunicar públicamente el contenido esencial de la obra o una descripción de ésta (...)”³¹. No resulta prolijo sin embargo para Antequera denominarlo como derecho de “publicación” o de “publicación”, por cuanto el tenor literal de esa palabra es más restringido que el de divulgación y se refiere más a producción de ejemplares. La divulgación en cambio, supondría “(...) hacer accesible la obra al público por cualquier medio o procedimiento, es decir, sin que haya necesariamente una ‘publicación’, por ejemplo, en un concierto musical, en una escenificación teatral o en una transmisión sonora o audiovisual ‘en vivo’ o sin distribución de ejemplares al público (...)”³².

Finalmente cabe destacar (conforme a la citas ya hechas) que tanto para Lypszyc como para Antequera la autorización o no la salida de la esfera personal para que constituya propiamente el ejercicio de ésta facultad, debe ser de un modo que permite su conocimiento público, por lo que la presentación de la obra que se haga en un círculo íntimo o familiar no implica el ejercicio del derecho.

ii.- Derecho de Paternidad: De acuerdo con Colombet la denominación de ésta facultad destaca “(...) la vinculación de parentesco y filiación existente

²⁹ Ibíd.,

³⁰ LYPSZYC, Delia, op.cit. (n.2), p. 160.

³¹ Ibíd.,p.p. 159-160.

³² ANTEQUERA PARILLI, RICARDO, op.cit (n.6), pp.139-140

entre el ser humano y el fruto de su actividad espiritual (...)”³³. De acuerdo con Lypszyc es el derecho que tiene el autor a que se reconozca como creador de su obra, y el objeto de protección es el vínculo íntimo entre la persona del autor y el fruto de su actividad espiritual, cual es la obra.

De manera indistinta las legislaciones del mundo utilizan otras denominaciones para referirse a éste derecho como “paternidad”; “paternidad artística”, “derecho al respeto”, “derecho al anónimo; “derecho a exigir mención de su nombre o seudónimo”³⁴. Comprende en sí mismo el derecho de reivindicar³⁵ y en la hipótesis de ser impugnada su autoría, el derecho a defenderla³⁶. Lypszyc destaca al respecto de las legislaciones de copyright el hecho de que éstas no regulan de modo genérico el derecho moral, pero que sin embargo existirían disposiciones en dichos regímenes que permitiría inferir que el derecho a la paternidad sí estaría contemplado y se vinculan en general a prerrogativas que identifican la obra con su autor³⁷.

Y efecto, las primeras leyes norteamericanas en la materia surgieron por problemas de necesidad pública en cuanto a instrucción escolar: “... Para Noah Webster, personaje principal de los lobbys de la época en cuestiones de copyright, la situación solo podía arreglarse consagrando un derecho de propiedad literaria y artística que incitara a los autores a elaborar esos manuales. ***El copyright que se defendía en aquella época respondía a dos***

³³ Ibíd.,p.142

³⁴ LYPSZYC, Delia, op.cit. (n.2), pp.165-166

³⁵ Ibíd., p.167. Conforme apunta Lypszyc, ésta reivindicación es respecto a la obra cuando en ella se omitido su nombre o bien en ella aparece otro nombre o seudónimo; a la forma en que especialmente debe mencionarse su nombre (abreviado, o con agregados de cualquier índole que desee el autor); y que aparezca el seudónimo o bien el anónimo y no su nombre real si ella fue su opción.

³⁶ Ibíd.,. Sin embargo es importante destacar que al respecto de éste “derecho a defensa” aludido por Lypszyc, se precisa por la autora que en la hipótesis de usurpación del nombre o seudónimo en obras que no son de su autoría –falsa atribución de paternidad de una obra- si bien tiene una íntima conexión en éste derecho moral, no es propiamente parte de su contenido sino más bien del derecho de la personalidad en forma genérica (por cuanto tienen éste derecho todas las personas, sean éstas o no autores de obras intelectuales).

³⁷ Ibíd., p.166.

consideraciones y presentaba dos caras: una era, la **de la propiedad natural del autor sobre su obra**³⁸; otra, la de un monopolio incitativo sometido al imperativo de difundir el saber. La primera consideración, claramente parecida a como se aborda en Francia, perdió no obstante su influencia rápidamente.³⁹

Pero en su origen tanto en Francia como en Estados Unidos, la historia de la consagración de éste derecho no es menor, en la medida en que su justificación jurídica consagraba los esfuerzos e ideología revolucionaria de la burguesía, distinguiéndola de los antiguos privilegios o monopolios que otorgaba el Antiguo régimen, tan opuestos a la idea de igualdad de la ley. Así entonces, la consagración jurídica del derecho de autor en el acto mismo de la creación de la obra- y la relación con el autor que dicho acto tiene- es de tal importancia, que más tarde dará lugar a un estatuto específico del Derecho de Autor por vía jurisprudencial, que se desarrolló durante dos siglos, hasta su consagración legal en 1957: los derechos morales⁴⁰. Ello no obstante a que dicho origen común en ambas legislaciones en cuanto a la consagración del derecho de autor haya perdido –como ya apuntamos- rápidamente la influencia francesa en el copyright norteamericano, quedan resabios normativos de los que conforme a Lypsyzc puede inferirse al menos el derecho a la paternidad; como por ejemplo la obligación de indicar la fuente.

³⁸ Como era ya el caso de las legislaciones francesas e inglesas después de las revoluciones. En el caso inglés el antecedente de ésta nueva consideración también se encuentra en la elaboración teórica al respecto de John Locke. Para mayores antecedentes sobre ésta evolución histórica e ideológica revisar Texto “DE LA FORMACIÓN DEL CONCEPTO DE DERECHO DE AUTOR EN EL COPYRIGHT BRITANICO”.

³⁹ Ello conforme a la consulta de los textos de ZOLLINGER, Alexandre, “Derecho de Autor Francés y Copyright Norteamericano: Pluralismo e Influencia de Modelos Culturales”, Reveu Internationale Du Droti D' Autheur , v 0, (n° 233),2012 y “de MIROSEVIC VERGUDO, Camilo, “Origen y Evolucion del Derecho de Autor con Especial Referencia al Derecho Chileno”. Revista de Derecho de la Pontifica Universidad Católica de Valparaíso, v.28 (n): p. 35-82, 2007.

⁴⁰ MIROSEVIC VERDUGO, Camilo, *Ibíd.*,

iii.- Derecho de Retracto o Arrepentimiento: También denominado como el derecho a “retiro de la obra del comercio”, consiste en la facultad que tiene el autor de la obra a retirarla del comercio cuando esta ya no se ajusta a sus convicciones de índole intelectual o moral, en la hipótesis en que la obra ya haya sido divulgada; y además de suspender cualquier forma de utilización que se haya autorizado, caso en el cual se ejerce previa indemnización de los perjuicios y daños a los titulares de ese derecho de explotación⁴¹. Tiene su fundamento en el derecho a la libertad de pensar y en presupuesto de que la obra es, justamente, fruto del pensamiento objetivado del autor, pudiendo por tanto rectificar o cambiar de ideas que haya expresado en el pasado. De lo expuesto, cabe la vinculación estrecha que tiene con el derecho a la divulgación de la obra con todo lo que éste implica.

En cuanto a su regulación existen dos tendencias en las legislaciones, una de carácter restrictivo y otra de carácter liberal o amplio. Ésta última implica que para el ejercicio del derecho no se le exige al autor que concurren motivaciones graves y que éstas sean explicitadas; por el contrario las legislaciones más restrictivas –que son la mayoría- en la materia consideran el fundamental que el autor exprese los motivos que lo llevan a ejercer este derecho tan extremo, exigiendo en las hipótesis de las normas que la obra ya no refleje en absoluto su pensamiento, y por tanto, ni sus convicciones u opiniones personales; quedando además el cumplimiento de dicha hipótesis sujeta al criterio de un juez; no constituyendo una facultad discrecional del autor como en el caso de las legislaciones liberales en la regulación del ejercicio de éste derecho⁴².

⁴¹ LYPSZYC, Delia, op.cit. (n.2), pp.173

⁴² Afirmaciones extraídas de Lypszyc y Antequera y la exposición de éste derecho; conforme a citas Ibíd., pp. 172-174 y ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, op.cit (n.4), pp.145-146.

Cabe destacar en cuanto el contenido de ésta facultad y su ejercicio descrito previamente, que en nuestra opinión la regulación de carácter restrictivo del derecho al arrepentimiento en las legislaciones es concordante y hace pleno sentido con los principios generales del derecho. Lypszyc lo manifiesta mejor que nosotros: "(...) Se trata de una facultad excepcional, francamente **opuesta al principio de la fuerza obligatoria de los contratos**, aun en mayor medida que la posibilidad que el autor tiene de entregar la divulgación de la obra por encargo en ejercicio del derecho moral de divulgación. Por llo, en cuanto resulta factible, se intenta conciliar ambos principios que aparecen contrapuestos: por un lado el pacta sunt servanda, y, por otro, el respeto a la libertad de pensar que necesariamente entraña la libertad de cambiar de opinión. En consecuencia, la efectivización del retracto se suele someter a algunas condiciones, entre las que siempre se encuentra que la parte perjudicada haya recibido una indemnización de daños".⁴³

iv.- Derecho a la Integridad o de Respeto a la Obra: Como el objeto de nuestra investigación es precisamente éste derecho, creemos infructuoso hacer cualquier referencia sobre éste por cuanto toda ésta parte del trabajo atiende a la necesidad de delimitar el contenido, fronteras, naturaleza jurídica finalmente una definición de éste derecho, junto con las hipótesis de su vulneración.

2.2.- Características del Derecho Moral

Para aventurarnos en dar una definición sobre el derecho moral de autor, o los derechos morales de autor, creemos necesario la referencia a la doctrina que

⁴³ LYPSZYC, Delia, op.cit. (n.2), p.173

enumera una serie de características que nos asistirán en la tarea, a saber es un derecho de carácter:⁴⁴

- a) **Absoluto:** De acuerdo con Lypszyc y Antequera tiene este carácter porque es oponible a cualquier persona (“erga omnes”). Esto incluye incluso a quien se haya hecho titular de todos los derechos patrimoniales de la obra. En efecto, debe ser respetado por todos, “(...) inclusive el propietario del soporte que contiene la obra o el cesionario en exclusiva del derecho de explotación”⁴⁵.
- b) **Esencial:** Por cuanto implica un mínimo de derechos que son exigibles por el mero acto de creación de la obra; derechos sin los cuales la condición de autor perdería su sentido. Podría existir la confusión de que se trata por tanto -debido a éste carácter esencial- de un derecho innato a la condición de autor y haría parte del conjunto de derechos denominados “de la personalidad” o “personalísimos”; lo que es impreciso y poco prolijo por cuanto los derechos “personalísimos” son en efecto, verdaderamente innatos, por cuando son titulares de ellos todas las personas por el mero hecho de serlas (y no solo las que son autoras de obras intelectuales)⁴⁶.
- c) **Inalienable:** En el sentido de las facultades que conforman éste derecho se quedan con el autor de la obra, incluso cuando “(...) haya transferido, por acto entre vivos, total o parcialmente, el aspecto patrimonial de su derecho. Esa intransmisibilidad es también obvia en las leyes que prevén la figura de la cesión sólo en relación con el derecho patrimonial (Argentina) o cuando disponen que el derecho de autor es transmisible

⁴⁴ Ello conforme a la enumeración que realiza el profesor Ricardo Antequera y parte de su análisis respecto de cada característica.- ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, op.cit (n.4), pp.134-138

⁴⁵ Ibid.,

⁴⁶ LYPSZYC, Delia, op.cit. (n.2), p.156

pro causa de muerte, mientras que el patrimonial es transferible por cualquier título (El Salvador)”⁴⁷. Lypszyc también precisa a este respecto que el carácter de inalienable (e irrenunciable) deriva precisamente del carácter absolutos del derecho, y que en sí mismo implica que las transmisiones que se hagan por acto entre vivos solo se refieren a derechos patrimoniales y nunca a las facultades morales; es luego a partir de éste carácter que se derivan para la autora las demás características como la inembargabilidad, inejecutabilidad, inexpropiabilidad, imprescriptibilidad e insubrogabilidad (esta última en el sentido de ser inherente a la condición de autor).⁴⁸

- d) **Irrenunciable:** Por lo que es nula cualquier cláusula contractual por la que el autor se obliga a la renuncia o al no ejercicio de las facultades morales⁴⁹.

- e) **Inembargable:** No es susceptible de ejecución por cuanto carece de un carácter patrimonial como derecho en sí (aunque se deriven consecuencias patrimoniales, como en el caso del ejercicio del derecho a la divulgación). Antequera lo expone como que “(...) Sería contrario a la naturaleza de las cosas que se decretara el embargo de la paternidad de la obra o del derecho a su integridad, por ejemplo, aunque la inembargabilidad no estuviera prevista explícitamente en la ley”⁵⁰.

- f) **Inexpropiable:** La expropiación de un derecho es una transferencia forzosa de éste, y no siendo posible siquiera la transmisión entre vivos

⁴⁷ ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, op.cit (n.4), pp.134-135.

⁴⁸ LYPSZYC, Delia, op.cit. (n.2), p.157-158.

⁴⁹ ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, op.cit (n.4), p.135

⁵⁰ Ibíd.,

voluntaria, mucho menos una de carácter forzosa. Antequera también destaca que éste carácter es consecuencia de la inalienabilidad⁵¹.

- g) **Imprescriptible:** No adquiere ni se extingue el derecho por prescripción. “(...)También esta característica es una consecuencia necesaria de la naturaleza inalienable del derecho pues- afirma Delgado Porrás-, si el sujeto de este derecho no puede extinguirlo disponiendo de él voluntariamente, tampoco es posible mediante una prolongada abstención de su ejercicio”⁵².
- h) **Transmisible por causa de muerte:** Ello por regla general, salvo que respecto de algunas facultades alguna legislación determine que ellas se extinguen con la muerte del autor. Existen diferentes variantes respecto de ésta característica que serán abordadas y precisadas en el análisis del derecho moral de la integridad de la obra, en lo que se refiere a la delimitación de quienes pueden ser titular de ese derecho.
- i) **Perpetuo:** De acuerdo con la enumeración de Antequera, ésta característica se sustenta en la regulación que al respecto tiene en la materia el Convenio de Berna, que dispone: “(...) que los derechos de paternidad e integridad, mantenidos después de la muerte del autor y “por lo menos” hasta la extinción de los derechos patrimoniales, serán “ejercidos por la persona o instituciones a las que la legislación nacional del país en que se reclame la protección reconozca derechos” (art.6bis2), admite entonces que tales facultades de orden moral pueden ir más allá de la duración post mortem del derecho patrimonial, incluso a perpetuidad”⁵³. Existen muchas precisiones que deben hacerse a este

⁵¹ *Ibíd.*,

⁵² *Ibíd.*,

⁵³ *Ibíd.*,p.138

respecto, pero que como en el caso anterior abordaremos en la parte referida a la titularidad de la integridad de la obra.

Como comentario a ésta parte de la investigación, destacamos que pareciera que no todas las facultades morales referidas ostentan todas éstas características, si no que más claramente los derechos de paternidad e integridad de la obra. Es sin embargo poco serio aseverar lo anterior incluso al respecto de éstas dos facultades, por cuanto existen diferentes legislaciones y diferentes concepciones en la regulación de las creaciones intelectuales, por lo que es solo en el transcurso de la investigación y en particular del abordaje que se haga sobre la titularidad de la obra –y de sus derechos patrimoniales y morales- que lograremos en nuestras conclusiones hacer aseveraciones responsables.

2.2.3.- Definición del Derecho Moral: ¿Un Derecho Humano?

A esta altura podemos aventurar una definición en torno a qué es el derecho moral, diciendo que es un derecho del autor al respecto de su creación intelectual que se compone de un conjunto de facultades de carácter extrapatrimonial en torno a la creación intelectual, a saber, la divulgación, la paternidad, el retracto o arrepentimiento y la integridad o respeto.

Hay dos cuestiones que nos interesa clarificar, una en torno a si la naturaleza jurídica de éste derecho (y todo lo que él comprende) y si a partir de esa naturaleza jurídica puede ser considerado como un derecho humano; lo que ciertamente tendrá implicancias en las consideraciones jurídicas que hagamos del análisis de la normativa nacional e internacional vigente. Lo consideramos como una cuestión angular en nuestra investigación.

De acuerdo con el análisis y consideraciones de Antonio Delgado Porras, la Declaración Universal de los Derechos Humanos tiene como principal

fundamento la dignidad humana, destacando el preámbulo de éste instrumento en cuanto a que: "(...) la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana'. (...) Reconocer la dignidad en la persona es aceptar incondicionalmente, quizá mejor apodóticamente, al hombre como 'ser de fines propios' y no como una realidad instrumental para conseguir fines extraños a los suyos, por muy elevados y trascendentes que sean éstos, como la mundialización de la economía, la transparencia y seguridad de las inversiones y la construcción de un orden adecuado a la infraestructura global de la información."⁵⁴.

Entre la proclamación de la Declaración podemos encontrar al derecho de autor en el artículo 27.2 que prescribe: "Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora"⁵⁵. Antonio Delgado destaca el hecho que la utilización del lenguaje es similar a la existente en el Convenio de Berna, y se enmarca dentro de un contexto cultural en la medida en que el artículo 27.1 que precede a la citada norma así lo circunscribe⁵⁶.

Delgado Porrás menciona en la consideración del Derecho de Autor – y por tanto del derecho moral de autor, sea que se adhiera a una concepción monista o dualista- como un derecho humano al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en que se "(...) contiene una estipulación por la que los Estados Partes 'reconocen el derecho de toda persona a participar en la vida cultural, gozar de los beneficios del progreso científico y de sus

⁵⁴ DELGADO, Antonio D. "El derecho de Autor y el Derecho "humano" del Autor". En su: "Derecho de Autor y Derechos Afines al Autor". España. Instituto de Derecho de Autor, 2007. Vol.2.pp. 83-84

⁵⁵ Declaración Universal de los Derechos Humanos. Resolución de la Asamblea General 217 a (iii). 10 de diciembre de 1948

⁵⁶ DELGADO, Antonio D., op.cit (n.54).

aplicaciones, y beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora (art15.1,a),b) y c)) (...) En esa estipulación se añade que “ entre las medidas que los Estados Partes en el presente Pacto deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho figurarán las necesarias para conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura (art.15.2) y que esos Estados se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora(15.3)- lo que debe entenderse en el sentido de que el respeto a esas libertades es absolutamente necesario y no en el de que la obligación contraída sólo garantiza el respeto a un mínimo indispensable de libertad (...)”⁵⁷.

El fundamento es la dignidad humana, su consideración es por la que el derecho de autor alcanza a ser regulado en estos instrumentos internacionales de derechos humanos, y es considerado como tal. El derecho de autor incluye las facultades morales, y es sobre todo respetando éstas –que surgen de la relación íntima que tiene el autor con la obra, por el acto de creación- por las que mejor se puede cautelar el respeto a la dignidad humana y al autor, y el vínculo a éste lazo que tiene con la obra.

Pese a esta regulación internacional del derecho de autor, y por tanto del derecho moral como un derecho humano, no se han producido las mismas consecuencias en todo el mundo, en el sentido de reconocer de manera efectiva a este derecho como un derecho humano. Tanto es así que Delgado Porrás constata esta afirmación analizando elementos básicos del derecho como el sujeto, la universalidad y finalmente en cuanto a la naturaleza, contenido, articulación y grado de vinculación al autor de ese derecho.⁵⁸

⁵⁷ Ibid., pp.84-85

⁵⁸ Ibid., pp.85-88.

¿Por qué en definitiva no se ha dado un adecuado reconocimiento a la naturaleza jurídica del derecho de autor, como un derecho humano o un derecho de la personalidad, de forma homogénea en el mundo?.⁵⁹

- a) El derecho de autor solo es atribuible a título originario (más adelante ahondaremos sobre quienes pueden ser sus titulares y las denominaciones que éstos reciben) únicamente a la persona que ha creado la obra. Porque su consideración como derecho humano implica necesariamente la preexistencia de un autor, por cuanto lo que hay detrás es justamente la necesidad de que se respete la dignidad humana, y en el caso concreto de las creaciones intelectuales el vínculo que existe entre el creador y la obra, a la que ha dado origen en base a sus convicciones y concepciones; éstas últimas tienen su correlato jurídico en el derecho de autor, específicamente en las denominadas facultades morales –principalmente las vinculadas con el denominado “derecho al respeto”- las que vienen a resguardar el mismísimo fundamento de un derecho humano: la dignidad humana, y la necesidad de que ella sea respetada.

A medida que continuemos avanzando daremos cuenta que en las legislaciones comparadas existen excepciones a este principio que no se encuentran debidamente justificadas. Nos referimos a toda la elaboración doctrinaria y legislativa existente que habla del “derecho de autor de los autores”, del “derecho de autor de las empresas” que tiene sistemas identificables ya sea con el copyright angloamericano y el denominado derecho de autor continental europeo⁶⁰.

⁵⁹ *Ibíd.*,

⁶⁰ *Ibíd.*,

Adicional a lo anterior también podría existir problemática de considerarlo como un derecho humano o de la personalidad (o personalísimo), por cuanto no puede caracterizarse al derecho moral como innato a la condición de humano, en la medida en que no es un derecho que tengan todos los humanos sino únicamente los que tengan la condición de autor. En efecto, tal como destaca en su obra Lypszyc en una cita al margen se señala: “Para Cifuentes, el derecho moral del autor no forma parte de la categoría jurídica de los ‘derechos personalísimos’ (denominación que estima más adecuada que otras empleadas por la doctrina, incluso que la de ‘derecho de la personalidad’, mayoritariamente utilizada (...)) porque, sin dejar de señalar que aquel tiene múltiples contactos con ésta última, pone de relieve que al derecho de moral le faltan varios caracteres fundamentales de los derechos personalísimo (entre los que menciona Cifuentes nos permitimos destacar: que no es innato, ni vitalicio, ni necesario; su objeto no es interior y es transmisible mortis causa (...))⁶¹.

Para aclarar aun más las dudas sobre este punto, Lipszyc destaca también en una cita la opinión de Diego Espín Cánovas que en su obra “Las facultades del derecho moral de los autores y artistas”, señalando que “(...) esta coincidencia de derechos innatos con los derechos esenciales de la persona, ‘no es absoluta, pues existen algunos derechos esenciales a la persona que no surgen por el solo hecho de la personalidad humana, pues requieren algún otro hecho concurrente, por lo que, sin dejar de ser derechos esenciales, no tiene el carácter de innatos. Esto es lo que ocurre precisamente con el derecho moral de autor, que, no obstante ser esencial, no se predica respecto de cualquier persona, pues no todos son autores sino tan solo aquellos que lo sean

⁶¹ LYPSZYC, Delia, op.cit. (n.2), p.156. En específico las citas números 8 y 9.

(...)”⁶². Sin embargo, es bueno destacar el hecho que si bien no todos los seres humanos son autores, todos ellos pueden serlo y es bajo esa consideración que se ha regulado la materia, en efecto: “Es el hecho de la creación intelectual lo que configura en las leyes la condición de autor, condición que aun no siendo innata, al exigir el hecho de la creación de la obra del ingenio, es, sin embargo, un derecho de la personalidad al reunir sus caracteres (...) Esta distinción de los derechos de la personalidad en innatos y no innatos es admitida y desarrollada en la doctrina que más ha profundizado el fundamento de los derechos de la personalidad, atribuyendo al derecho moral de autor esta característica de derecho no innato de la personalidad (...)”⁶³.

- b) El derecho moral tiene por tanto un carácter universal, éste es propio y fundamental de todo derecho humano. Quiere decir que la única exigencia es la mera existencia del hombre y respeto a su dignidad, a esto ya nos referimos en la letra a, entiendo que en éste caso ésta exigencia va asociada a “(...) su cualidad personal de ‘creador de formas’ ”⁶⁴.

De conformidad con las exposición de Antonio Delgado, éste punto se refiere a que no debiera condicionarse el reconocimiento de éste derecho al cumplimiento de otros requisitos (aparte de ser un ser humano-autor), como por ejemplo de nacionalidad o domicilio, del país de primera publicación de la obra o incluso de la protección de la obra en el país de origen.

⁶² Ibid.,

⁶³ Ibid.,

⁶⁴ DELGADO, Antonio D., op.cit (n.54), p.85

Sin embargo (...) No obstante salvo algunas legislaciones como las de Suiza y Perú, para el derecho de autor en su integridad, y las de Francia y España (art.160.5), sólo para el derecho moral, la generalidad de las leyes nacionales no disponen su aplicación en términos de universalidad y, en los instrumentos internacionales multilaterales especializados (como el Convenio de Berna, la Convención Universal y el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor), a lo más que se ha llegado en esta línea es a la regla de trato nacional, limitada, como es sabido al ámbito donde opera la protección del convenio o tratado, de acuerdo con los puntos de vinculación establecidos en el mismo, regla ésta que, por otro lado, no está exenta de excepciones a favor del principio de reciprocidad material (como, por ejemplo, la regla de comparación de plazos a efectos de determinar la duración del derecho)⁶⁵. Volveremos sobre este punto cuando se haga el análisis detallado de la regulación en los instrumentos jurídicos internacional del derecho moral a la integridad de la obra.

- c) Si se considera al derecho moral como un derecho humano, teniendo presente que es parte de las prerrogativas de índole moral de un derecho –el derecho de autor- que tiene también a su vez prerrogativas económicas, ello implica de acuerdo con Delgado que en virtud de tales facultades mientras exista el creador de la obra debiese ser el único que⁶⁶:

- Decida sobre si su obra se explota y cómo se explota (a través de la incorporación de ésta a cierto bienes o actividades de ciertos servicios)

⁶⁵ *Ibíd.*, p.86.

⁶⁶ *Ibíd.*, A continuación se expone también conforme a la cita aquí indicada.

- Atribuya discrecionalmente el ejercicio de dichas prerrogativas sobre ciertas explotaciones a otros sujetos de derechos, con la obligación de éstos últimos de asegurarle una participación adecuada de los resultados económicos de dichas explotaciones.
- Juzgar cómo estos otros sujetos de derecho han realizado la explotación, si dicha realización afecta su cualidad como autor de la obra explotada y/o la representación social de su personalidad a través de la obra.

i.- Objeto del Derecho Moral

En la medida en que el contenido se compone de las facultades que ya enumeramos y referimos previamente en ésta investigación, la consideración del objeto del derecho moral tiene una relevancia fundamental en la consideración del derecho moral como derecho humano. Y en efecto, “(...) Desde el punto de vista jurídico-positivo, la inmensa mayoría de las legislaciones nacionales de una u otra manera, señalan a la “obra” como objeto del derecho moral de autor (...) Sin embargo, fue la doctrina del derecho moral como derecho de la personalidad del autor (Ascarelli y De Cupis, principalmente) la que, sobre una base “dualista”, introdujo la tesis de que el objeto del derecho que nos ocupa no puede ser la obra (con la consecuencia de haber tantos derechos morales como cuantas obras cree el autor), sino la “cualidad personal de autor”, su “paternidad intelectual” (bien o valor que se constituye un atributo constante de la persona del creador, en tanto “intrínseco e indisoluble modo de ser suyo”). De esta suerte, el autor no puede gozar de tantos derecho morales como obras haya ido creando, sino de un solo derecho de esta categoría, ya que único e idéntico a sí mismo es su objeto (la referida paternidad intelectual), que nace con su primera obra y que se extiende, subsistiendo en su unidad, a las posteriores, y cuyo conjunto (con la primera)

desempeña la función de elemento fáctico delimitador del ámbito de interés tutelado por ese derecho⁶⁷.

Existen sin embargo otras doctrinas (italianas) que de acuerdo con Delgado niegan en cierta medida –como Fabiani- o que sin negar la naturaleza de derecho humano o de la personalidad del derecho moral –como GrecoVercellone- señalan que el objeto del derecho moral de autor es la obra misma (igual que en el caso de los derechos de carácter patrimonial). La doctrina francesa en cambio no ha discurrido tan profundamente sobre el asunto, limitándose a señalar que conforme a su regulación la obra es objeto de protección del derecho moral y del derecho patrimonial (Desbois, Francon, Colombet, Dumas, Lucas).

Al respecto de la posición mayoritaria entre ambas doctrinas Delgado nos ilustra “(...) De lo expuesto resulta que un sector mayoritario de la doctrina ha venido, en cierta manera, a situarse en la posición pragmática de los legisladores, admitiendo sin más a la obra como objeto de la protección moral y patrimonial del autor- independientemente de si trata de “dos” derechos autónomos y articulados o de “un solo” derecho con facultades “morales” y patrimoniales (...)”⁶⁸.

ii.- Naturaleza jurídica del Derecho Moral

Antes nos hemos referido a las consideraciones que harían catalogar a este derecho como un derecho humano, y la necesidad de proteger esas facultades que componen al derecho moral en orden a dar resguardo a la dignidad humana, pero ¿Cómo se descomponen los elementos propios del derecho moral, estas facultades morales que se reconocen a los sujetos que han creado

⁶⁷ DELGADO, Antonio P. El “Derecho moral” en un tiempo de transición”. En su: “Derecho de Autor y Derechos Afines al Autor”. España. Instituto de Derecho de Autor, 2007. Vol.2, p 91

⁶⁸ *Ibíd.*, p.93

la obra? La respuesta pareciera hallarse en reflexionar más profundamente sobre la actividad creadora misma de los autores intelectuales en el sentido de que no solo que sea “(...) esencialmente humana, sino algo mucho más concreto, complejo y hasta paradójico, en tanto que se trata de actividades “personales”, en el sentido de que pertenecen a esa “forma de realidad”-corpórea, proyectiva, insegura, que nunca está dada, que consiste en innovación y que puede arrepentirse y “renacer”- a la que llamamos “**persona**” (Marías)”⁶⁹.

Por lo tanto, el eje en orden a descifrar la naturaleza jurídica del Derecho Moral y sus facultades es la consideración de la persona misma. A este respecto Delgado ilustra señalándonos que: “(...) Es sabido que, en el campo del Derecho aludimos a la “condición de ser persona” con el término “personalidad” y como una referencia a un valor “prejurídico” (De Cupis) que se reconoce a todo ser humano por el solo hecho de serlo y que se manifiesta, en relación con sus demás congéneres, como individualidad internamente abocada a la realización de un fin propio y autónomo en el que se pone en juego esa misma individualidad. El hecho de que tal individualidad se alcance en una “relación de libertad respecto de fin mismo”, confiere al hombre una “dignidad en la que, principalmente, estriba “su” personalidad (...)”⁷⁰.

Es en este preciso punto, con el objeto de alcanzar la individualidad en referencia a la “persona” que se enmarca la actividad creativa, en efecto: “(...) En la consecución de un fin de esa clase se origina el acto de creación de cualquier obra; acto para cuya protección el Derecho no exige ninguna particular capacidad de obrar. Sin embargo, *la tutela del resultado de tal acto – la obra- presupone la existencia, como mínimo, de una “**voluntad de representación**” (Gestaltungswille), entendida como un esfuerzo psíquico,*

⁶⁹ Ibid., p. 97. *Cursivas nuestras.*

⁷⁰ Ibid.,

desplegado consciente o inconscientemente por una persona, que encuentra expresión en una realidad (la obra) protegida por la ley en consideración a ese trabajo y a la persona que lo efectuó (...) Por consiguiente, dada la voluntariedad presupuesta en esos actos y en sus respectivos resultado, cabe hablar aquí de los intereses de sus responsables; *entendidos esos intereses como el tipo de orientación que mueve la voluntad de los respectivos agentes y que ha merecido su protección jurídica* (...)”⁷¹.

Algardi ha distinguido tres categorías de protección de éstos intereses, en relación al tipo de satisfacción que se procura, a saber:

- 1) Satisfacción íntima: de carácter estético, cultural, científico, didáctico o puramente afectivo
- 2) Satisfacción de relación: de contacto con la audiencia, con el público.
- 3) Satisfacción económica: por la explotación de la obra (y que no corresponde a las facultades morales, sino de carácter patrimonial).⁷²

Respecto a la satisfacción íntima como a la de relación, éstas solo se aseguran con el reconocimiento y protección del ordenamiento jurídico de un “(...) indestructible vínculo de la obra o prestación artística con su respectivo autor y artista intérprete o ejecutante; y a ese objetivo de reconocimiento y protección tiene el “derecho de paternidad. En segundo lugar, ***tampoco existirá esa seguridad si la obra (...) no están protegidas en su integridad formal de modo que su percepción remita al respectivo mundo personal de ideas y sentimientos del autor que la creó*** (...); lo que pretende garantizar el “derecho a la integridad especialmente cuando el legislador no ha definido los atentados a ese derecho con referencia a sus efectos lesivos sobre “el honor o

⁷¹ Ibíd., p. 98. Negritas cursivas nuestras.

⁷² Ibíd.,

la reputación” del titular- o lo que es pero, sobre su sola reputación (...)”⁷³.
Vemos como en este punto es que comienza a perfilarse la importancia de la facultad moral al respeto a la integridad de la obra, y como elección de objeto de estudio de ésta investigación.

Pese a todo lo expuesto y la constatación a partir de ello de la evidente vinculación que tiene el derecho moral con los derechos de la personalidad o humanos, la doctrina sigue dividida en torno a considerar si efectivamente éstas prerrogativas forman parte del derecho de la personalidad o simplemente forman parte del derecho de autor sobre sus obras.

Principalmente, y haciendo un recuento de lo expuesto en puntos anteriores porque el derecho moral no contaría con el carácter de innato (no todo humano es autor simplemente por existir), ni tampoco sería un derecho que cuente con el carácter de inherente al titular (en el sentido de que el derecho moral no se ejerce desde un bien propio del sujeto, sino respecto de su obra; que es externo y ha tomado una forma en el mundo material).

Antonio Delgado Porras toma posición por ésta problemática expuesta -al igual que Lipszyc⁷⁴-, que vuelve a presentarse con más fuerza aun al adentrarnos en el análisis de la naturaleza jurídica del derecho moral, indicándonos respecto a la falta del carácter innato: “(...) Si bien es cierto que el derecho moral precisa para su adquisición de la creación de una obra (“condición subjetiva objetivada del hombre-autor”, como dijo Voltagio Luchesi) (...) - lo que no es extraño en los derechos de la personalidad si pensamos en que el derecho al nombre tampoco es innato- no es menos cierto que el derecho en cuestión se constituye como especificación (jurídicamente autónoma y con perfil propio) de la tutela perseguida por otros derecho de la personalidad que sí son innatos (como los de la libertad, intimidad, individualidad personal, honor y reputación), y que

⁷³ Ibid., p.99

⁷⁴ Ver citas 61, 62 y 63, que exponen la posición de la autora sobre esta división en la doctrina.

hacen del derecho moral un derecho de esa clase por vía de “participación” en la protección originaria de aquéllos (innatos), a la que vienen a complementar de manera particularizada y esencial (en el sentido de que, sin el complemento del derecho moral, la tutela que dispensan esos otros derechos quedaría incompleta)”⁷⁵.

En cuanto a faltar el carácter de inherente indica que “(...) cabe oponer que no está nada claro que la carencia denunciada exista, cuando los poderes jurídicos que integran el derecho o los derechos morales (exceptuado el seudo derecho moral de acceso al ejemplar), tanto se refieran a las obras (...), sólo encuentran una significación merecedora de tutela por su incidencia en aspectos esenciales de la personalidad, en cuyo ámbito despliegan sus efectos protectores. Afirmar que el derecho moral no es inherente a la persona e su titular (autor, artista) es desconocer su finalidad tuitiva (...) Desde el punto de vista de la realización práctica del derecho moral (o derechos morales), su caracterización como un derecho de la personalidad ha sido y es abrumadoramente explícita en la jurisprudencia francesa, modélico para todas las legislaciones del sistema del “derecho de autor; y, en lo que concierne al sistema de copyright, es innegable que su concepción de ese derecho) o derechos) tampoco ha estado no está nada lejos de esa misma caracterización, como se desprende de la tradicional jurisprudencia anglosajona del *common law*-lo que no impidió un reforzamiento “estatutuario” de ese derecho en la ley británica de 1911 y en las disposiciones norteamericanas relativas a las obras pertenecientes a las “bellas artes”⁷⁶.

Como puede apreciarse existen en la opinión expuesta una serie de afirmaciones en las que vale la pena detenerse, con ocasión del análisis más exhaustivo del derecho al respeto a la integridad de la obra, sobre todo las

⁷⁵ DELGADO, Antonio D, *op.cit* (n. 67), pp. 100-101.

⁷⁶ *Ibíd.*,

consideraciones de éste en el common law y el derecho continental, de las que nos haremos en la referencia al derecho moral de integridad.

iii.- Vínculo del Derecho Moral con la libertad de expresión:

La Declaración Universal de Derechos humanos regula otros derechos aparte del referido, el artículo 19 consagra el derecho humano a la libertad de expresión, y adquiere un vínculo con el derecho moral de autor bastante íntimo y que vale la pena destacar para finalizar ésta parte de la exposición, por el carácter simbiótico que existe entre ambos.

Ello, a partir del análisis expuesto por David Felipe Álvarez Amézquita que sitúa históricamente al derecho a la libertad de expresión como un elemento clave para hitos históricos incluso para el Derecho, como lo es la Revolución Francesa o Estadounidense; en ese marco el vínculo estrecho de la libertad de expresión con la faceta moral del derecho de autor se evidencia en la medida que “(...) los presupuestos de un sistema democrático, basado en las libertades del individuo, el reconocimiento del derecho de autor es una base para la difusión del conocimiento (...) Las obras que crean son por su parte vehículos de ideologías, de pensamiento, de ideas, y como lo señala Burke, por lo menos durante la Francia revolucionaria cumplieron un papel ideológico fundamental, que quizá en la actualidad no hayan perdido (...)”⁷⁷. Pese a que lo expuesto, es un tanto impreciso sobre todo considerando que los procesos de codificación y reconocimiento de derecho se dieron después de las referidas revoluciones, y no antes. Sí es un valor –la libertad- que estuvo en el ideario de ambas revoluciones, y ciertamente estamos conformes en que es presupuesto y garantía de la faceta moral de derecho de autor.

⁷⁷ALVAREZ AMÉZQUITA, David F, op.cit (n.12) , pp.150-161.

En efecto, si el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos prescribe que *“Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”*. Y por su parte la obra solo aparece cuando es materializada en alguna forma particular de expresión, y para que puedan protegerse los intereses morales y materiales que en ella se contienen, es necesario bajo el presupuesto de libertad en el que deben producirse las obras. Solo en éste marco se manifiesta la cultura.⁷⁸

La simbiosis entre ambos derechos se produce en la pregunta retórica que se hace el autor citado y que termina por establecer dicha relación: *“(...) ¿Por qué al mencionar la libertad de expresión, ésta es asociada con el derecho de propiedad del autor sobre su obra, derecho que en teoría impondría la imposibilidad de que tales expresiones del pensamiento sean difundidas? Porque la única persona que puede definir las condiciones bajo las cuales su pensamiento se difunda es el autor. Es el autor quien debe poder decidir cuándo, cómo y dónde se difunde su obra, para que tenga el alcance que considera debe tener. Esta es la base de libertad (...)”*⁷⁹

⁷⁸ *Ibíd.*,

⁷⁹ *Ibíd.*, p. 155. Negritas cursivas nuestras

CAPITULO II: Derecho al Respeto a la Integridad de la Obra

1. Definición del Derecho de Integridad

Previamente en ésta investigación se señaló que éste derecho también recibe la denominación de derecho al respeto y a la integridad de la obra. En efecto, Delia Lipszyc así lo denomina al analizarlo. A partir de ello es que podemos definirlo como ***una facultad del derecho moral que permite impedir “(...) supresiones, adiciones o modificaciones que alteren la concepción de la obra su forma de expresión (...)”⁸⁰ o “ (...) cualquier cambio, deformación o atentado contra ella (...)”⁸¹***, ello por cuanto ***en su faceta positiva –ya no defensiva, de impedir- el autor tiene derecho a que la obra sea divulgada con respeto a su integridad, por ello es que también se le conoce con la denominación en algunas legislaciones simplemente como “derecho al respeto de la obra”.***

Sin embargo, también dentro de la faceta positiva de éste derecho se encuentra el denominado derecho a modificar la obra, el que en no pocas ocasiones se encuentra regulado como una facultad moral aparte. Pero lo cierto es que forma parte del derecho moral de respeto a la integridad de la obra, en la medida en que corresponde a la facultad (...) moral del autor a introducirle modificaciones a la obra después de que la misma ha sido accesible al público (...). Este derecho, aunque no aparezca mencionado expresamente en alguna legislación, ***resulta una consecuencia lógica y debe considerarse implícito en el derecho moral de integridad, ya que si el autor tiene la facultad de oponerse a que otros efectúen alteraciones de su obra, es porque él sí tiene la potestad de realizarlas,*** así como en el derecho patrimonial de

⁸⁰ ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, op.cit (n.4), p.143. Negritas cursivas nuestras.

⁸¹ LYPSZYC, Delia, op.cit. (n.2), p.168, negritas cursivas nuestras

transformación, pues si el autor tiene el derecho exclusivo de autorizar las traducciones, arreglos, adaptaciones y otras modificaciones de su obra, es porque él puede efectuarlas (...)⁸².

En éste sentido Lipszyc también opina que el derecho a modificar la obra es parte del derecho de integridad, y es una "(...) consecuencia lógica del derecho a crear (...)"⁸³. **En este punto es vale destacar el fundamento que -de acuerdo con la autora- tiene la facultad moral de respeto a la integridad de la obra, que reside en "(....) el respeto debido a la personalidad del creador que se manifiesta en la obra y a esta en sí misma. El autor tiene derecho a que su pensamiento no sea modificado o desnaturalizado, y la comunidad tiene derecho a que los productos de la actividad intelectual creativa le lleguen en su auténtica expresión (...)** Este derecho, junto con el de divulgación y de reconocimiento de la paternidad, constituyen la comuna vertebral del derecho moral (...)"⁸⁴.

A partir de las reflexiones de Antonio Delgado, nos parece relevante destacar nuevamente el vínculo dialéctico que existe entre los conceptos de autor, obra y originalidad. Desde esta consideración la noción de originalidad se torna relevante en la definición y delimitación del contenido al respeto a la integridad de la obra, la se liga directamente con el fundamento mismo de dicha facultad moral del autor, cual es el respeto a su personalidad. La noción de originalidad entronca en éste punto clave, existen dos concepciones posibles a su respecto una de carácter objetivo y otra de carácter subjetivo; por lo que ésta relación dialéctica ciertamente tiene expresión en el contenido y fundamento del derecho moral de la integridad de la obra.

⁸² ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, op.cit (n.4), p.145

⁸³ LYPSZYC, Delia, op.cit. (n.2), p.170

⁸⁴ Ibíd., p.168

La concepción subjetiva de originalidad muestra plenamente la dialéctica en los conceptos, en efecto, “(...) En tanto creación intelectual, la obra es algo cuya existencia (intelectual, incorporeal) se caracteriza por trascender todas sus materializaciones posibles y que, por tanto, sólo es imputable a una o varias personas naturales, únicos seres sobre la tierra dotados de capacidad (intelectual) para crear, razón por la cual toda creación comporta siempre un autor o varios autores, independientemente de si su identidad puede o no establecerse (obras anónimas, seudónimas, ´colectivas´). Pero la obra es un algo que constituye un resultado, conscientemente esperado, de una actividad (con lo que se alude a un mínimo de conciencia en el autor, tal como corresponde a la mera voluntad de representación –Gestattungswille- que se exige al también denominado “acto-material- de creación”), sin que ello signifique que el autor deba tener preconcebida una imagen de la obra al iniciar su actividad, ni proponerse temáticamente su realización. Y dicha actividad tiene que ser de carácter creativo, en el sentido de que aporte algo a la realidad que no esté completamente en ella (prescindiendo de si es nuevo o no)- lo que excluye cualquier producto del puro azar o de la puesta en práctica de un simple saber hacer técnico (...) **En tanto creación de forma, la obra ha de exteriorizarse a través de aquellos elementos que, conforme al género que pertenezca, hagan de ella un ´vector de comunicación´ y con una configuración precisa, concreta** (lo que no quiere decir que haya de representar totalmente el plan de creación que se propuso el autor ni que no admita incluso una continuación o remate por un tercero). **El carácter sensible de esos elementos ha llevado a que un sector de la doctrina conciba la obra como “creación estética” (en el sentido de creación del espíritu humano dirigida a la sensibilidad), asignándole como función típica la de estimular reacciones emotivas en el que la percibe.** Ciertamente que esta dirección doctrinal está en retirada, aunque todavía podemos contar en ella importantes e incluso muy actuales partidarios. Sin embargo, **hay que**

reconocer que la mayor parte de la doctrina, aun sin atribuir a la obra la función de la hemos hablado, sigue viendo en ella, en cuanto creación exteriorizada, una combinación de elementos sensibles (es decir, perceptibles por los sentidos) (...)⁸⁵.

En definitiva la concepción subjetiva de originalidad se la ha identificado como la impronta de la personalidad del autor en la obra, es también denominada “subjetivismo en alto grado”, de acuerdo con Antonio Delgado⁸⁶. Esta concepción puede dar lugar a errores que en el pasado fueron frecuentes, como por ejemplo la consideración de otros elementos aparte de la originalidad en la protección de la obra, como la calidad, mérito, destino o la estética de ésta para considerar a la obra como protegible por el derecho de autor y por tanto, otorgar al autor la titularidad del derecho moral a la integridad de la obra⁸⁷. Tal consideración estaría lejana al respeto a la integridad de la obra, y de la personalidad del autor que la ha creado.

Luego, la noción objetiva de originalidad implica que la obra intelectual es protegible en la medida en que es una ausencia de copia, también denominada como “originalidad de geometría variable” en sus consideración más purista. Sin embargo lo interesante de ella es que tiene variaciones a dicho enfoque purista que Antonio Delgado destaca en un pie de página:

“(…) Mientas en la doctrina francesa se instauraba el concepto de originalidad en su sentido subjetivo más elevado, **en el sector dominante de la italiana se hablaba (y se sigue hablando) de creatividad, ya con una significación integradora de las ideas de originalidad (impronta personal) y novedad (no**

⁸⁵ DELGADO, Antonio D. “Las disposiciones del Convenio de Berna: las obras literarias y artísticas y el autor”. En su: “Derecho de Autor y Derechos Afines al Autor”. España. Instituto de Derecho de Autor, 2007. Vol.2.pp. 41-42.

⁸⁶ *Ibíd.*, Negritas cursivas nuestras.

⁸⁷ Esta afirmación la hacemos a partir de la lectura del texto por VAN GOMPEL S. y LAVIK, E, *op.cit* (n.24), pp.100-294

absoluta y para indicar que toda obra tiene que ser distinta de la de otro) (...), ya *en el sentido de una novedad objetiva sui generis*- de la que la originalidad objetiva- *apreciada ´con respecto a las obras precedentes´ e ´individualizada (...) en el modo personal con que el autor expresa el concepto o el argumento´ de la obra en cuestión* y en la que se encuentra ´necesariamente insito aquel valor intrínseco, aquel ´merito´, aunque se mínimo, que se requiere a los fines de la tutela de la obra (...) *Esta doctrina simboliza, dentro de la tradición del ´derecho de autor´, una apelación al plano objetivo en materia de originalidad*. Con su aplicación al problema de las coincidencias creativas (negando la tutela a las ´posteriores´), pone de relieve la conexión del concepto de originalidad (creatividad) con las justificación política-jurídica del propio sistema del derecho de autor, aspecto éste que no debería olvidarse. Paralelamente también, *la doctrina alemana adoptaba la noción de individualidad*, que, si bien *se define como el modo en que se manifiesta la personalidad creativa del autor, supone una pretensión de objetividad que, llegado el caso, va a permitir la búsqueda de este signo personal por un método impracticable desde una concepción estrictamente subjetiva*. Ese método consiste en determinar, primeramente, la existencia o no de un número suficiente de opciones creativas para llegar a la obra en cuestión, y, en segundo lugar, si las opciones han sido o no elegidas realmente (por el autor) de una manera creativa. *Su aplicación está reservada a ciertas categorías de obras en las que la personalidad del autor no se patentiza tan nítidamente como en otras. A esto se ha llamado (...) una originalidad de geometría variable* (...) Nos encontramos aquí, por tanto, con una situación muy parecida a la que fue conducida la doctrina italiana del brazo de la creatividad, aunque el apego a la concepción personalista (monista) de la protección del autor, tradicional en el pensamiento jurídico germano, ha

impulsado una fórmula más elaborada de ampliar la noción de individualidad (originalidad objetiva, en mi opinión), guardando, al menos las formas (...) ⁸⁸.

Dicho lo anterior, aunque es difícil en cierto tipo de obras, se hace más sencilla la tarea por determinar cuál es la impronta personal del autor o los autores que el derecho al respeto a la integridad de la obra protege, incluso en el caso donde es difícil identificar dicho elemento propio de la originalidad –la personalidad del autor, sus concepciones- más íntimamente ligado al respeto a la integridad de la obra. Algunos autores hablan que se trata del espíritu mismo de la creación intelectual, idea que si bien está más conforme con la concepción subjetiva de originalidad no podría excluirse a priori a las obras donde es difícil identificar el sello personal del autor que debe respetarse.

Para finalizar, creemos relevante una referencia breve a esta idea del espíritu de la obra, que es el que finalmente resguarda de manera tan íntima del derecho a la integridad de la obra, pero que en caso alguna agota algún referente para considerar en torno a la posible infracción de este derecho: “(...) el espíritu que anima la obra es la concepción que el autor se ha hecho de ella, la comprensión que de ella ha tenido, el tono que ha elegido, las ideas, los sentimientos o las emociones que ha querido que ella vehicule, el carácter (artístico, filosófico, polémico, científico, etc), la atmosfera y el estilo que le ha plasmado. Este espíritu impregna a la creación de forma y le da su sentido profundo. El espíritu y la forma, evidentemente, están íntimamente mezclados, pero la referencia al espíritu de la obra es particularmente útil apreciar, por ejemplo, si una adaptación es más o menos fiel a la obra o si los herederos ejercen su derecho permaneciendo fieles al espíritu del autor (....) Quien determina el espíritu de su obra es el autor, bien sea a través de la forma en sí

⁸⁸ DELGADO, Antonio D, op.cit (n.85) de la cita al pie de página n° 43. Negritas cursivas nuestras.

misma, o mediante la voluntad que el haya expresado o las explicaciones que haya dado (...)”⁸⁹.

2. Titularidad del Derecho de Integridad

A continuación expondremos sobre la titularidad de éste derecho, la que continuará perfeccionando las definiciones a que nos remitimos; en cuanto entendemos que al ser un derecho subjetivo la relación sujeto, objeto y contenido tiene una relación íntima y dialéctica⁹⁰.

En éste punto pretendemos clarificar quién es titular del derecho moral de respeto a la integridad de la obra, por cuanto es una cuestión central en la identificación de las hipótesis de vulneración a este derecho. Sin embargo, para responder a esa pregunta debemos dilucidar quién es el autor de la obra, y puede ser titular de los derechos de autor en general, para luego dilucidar la titularidad de éste derecho moral.

Los titulares del derecho de autor se distinguen en originarios y secundarios (éstos también son denominados derivados). Los originarios corresponden a los autores mismos de las obras, o sus coautores. Los titulares secundarios son aquellos cesionarios que adquieren derechos por acto entre vivos, por presunción de derecho, por presunción legal y también cuando ha operado la transmisión mortis causa.

⁸⁹ POLLAUD-DULIAN, Frédéric “El Espíritu de la Obra y el Derecho Moral del Autor”, Reveu Internationale Du Droti D’ Autheur, v 0, (Nº 215), 2008, p.104.

⁹⁰ DELGADO, Antonio P, “Propiedad Intelectual, Derecho de Autor y derechos conexos (afines) al de autor: Nociones Generales”. En su: “Derecho de Autor y Derechos Afines al Autor”. España. Instituto de Derecho de Autor, 2007. Vol.1, pp.281-282.

2.1. Titularidad Originaria Derecho de Integridad: Autor de la Obra ¿Persona Natural o Persona Jurídica?

El autor es el creador de la obra, es por tanto el sujeto originario de ésta. Al hablar de titularidad originaria necesariamente hablamos de autor. Sin embargo, ¿quién es autor? De acuerdo con Ricardo Antequera, (...) si al creación intelectual es el acto y el resultado de “crear” una obra, esa creación solamente puede ser el resultado de una acción humana, pues se trata de una actividad intelectual, propia y exclusiva de las personas naturales (...) De allí que, al menos en la tradición latina o continental del derecho de autor, solamente puede ser autor “la persona física que crea una obra” (...)”⁹¹.

En la misma línea Lipszyc ha señalado que el autor –titular originario- sólo puede ser una persona física, por cuanto son éstas los únicos sujetos de derecho que tiene la aptitud para realizar los actos que involucra la creación intelectual. Así, las acciones como aprender, pensar, sentir, componer y expresar obras de cualquier índole solo pueden realizarse por humanos. En efecto: “(...) El derecho de autor nace de la creación intelectual. Dado que esta solo puede ser realizada por las personas físicas, la consecuencia natural es que la titularidad originaria corresponda a la persona física que crea la obra (...) Esta consecuencia natural, prejurídica como dice Dietz, es conteste con el fundamento teórico del derecho de autor que se origina en las necesidades de la humanidad en materia de acceso al saber y, en definitiva, en la necesidad de fomentar la búsqueda del conocimiento recompensando a quienes la efectúan (...)”⁹².

⁹¹ ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, op.cit (n.4), p.109

⁹² LYPSZYC, Delia, op.cit. (n.2), p.170

Notamos que los conceptos de autor, obra y originalidad tienen una interrelación dialéctica que vale destacar al respecto de quién en definitiva es titular originario, y por tanto, titular del derecho moral de integridad a la obra.

En efecto, a este respecto Antonio Delgado nos señala “(...) los conceptos de obra y autor, aunque pueden ser definidos por separado, son conceptos interdependientes, en cuanto que uno remite al otro. En una primera aproximación es el autor el que ha creado una obra (...) y es obra lo que ha creado un autor (...)”⁹³. Dentro de una relación dialéctica se encuentra los roles de tesis, antítesis y ambas dan origen a la síntesis; la obra sería la tesis como aquella característica común y basal de todas las disposiciones normativa del derecho de autor; la antítesis sería el autor mismo.

El autor corresponde a aquella “(...) persona que da origen a la obra y en cuyo espacio de influencia (personal) sobre los demás se constituye la misma; en esta fase habría que situar el nacimiento del sistema de protección que conocemos, en su formulación franco-germánica, con los nombres de “propiedad intelectual”, “propiedad literaria y artística”, “Urheberrecht”, “droit d’auteur”, “diritto d’autore”, “direito de autor” y, en la formulación anglosajona, con la de copyright”; formulaciones ambas que denotan, desde un principio, diferencias funcionales e ideológicas que harán discurrir la protección por cauces jurídicos diversos, **pero que, no obstante, ofrecen también sustanciales coincidencias. Inmediatamente sucedería la “síntesis”, que podemos identificar en la noción de originalidad, “alma de la obra” e impronta de la personalidad del autor en ella** (como se repite continuamente en la doctrina y en la jurisprudencia del sistema del “derecho de autor”), lo que, a fin de cuentas, **presupone una creación independiente, es decir, propia**

⁹³ DELGADO, Antonio D, op.cit (n.54), pp. 11-29

del autor, tal como se concibe la originalidad en el sistema del copyright (especialmente británico)⁹⁴.

En éste punto aparece más claramente delimitada la cuestión en torno si al hablar de autor hablamos de una persona natural o podría ser una jurídica, y en definitiva si la titularidad originaria puede recaer en una persona jurídica, es decir, no humana. Para Ricardo Antequera y Delia Lipszyc la respuesta es clara, en el caso de Antequera por que el reconocimiento que hace la Declaración Universal de los Derechos Humanos al derecho de autor (ya citada) y también la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo XIII) como atributo fundamental es precisamente porque el ser humano es quien realiza la creación intelectual⁹⁵. Sobre este respecto Delia Lipszyc cita a la Carta del Derecho de Autor – adoptada un 26 de septiembre de 1956 en Hamburgo en el XIX Congreso de la Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores (CISAC)- en la cual se destaca que el hecho en que se funda el derecho de autor es el acto de creación intelectual, por lo que refiere: “(...) El título justificativo del derecho de autor, que reside en el acto de la creación intelectual, radica únicamente en la persona física de su o de sus creadores, cuando este derecho nace (...) Una persona moral nunca puede ser considerada como el titular original del derecho de autor en una obra del espíritu. Importa desechar, como inadmisibles, el concepto del autor como simple asalariado de una empresa industrial, a la cual la obra revertiría en derecho como un producto cualquiera (...)”⁹⁶.

De modo que para ambos autores, las personas jurídicas no pueden ser autores de obras, en la medida en que no pueden ser ellas los creadores de éstas. Únicamente pueden crear obras las personas naturales que integran a esas personas jurídicas, por lo que en tal caso la persona jurídica ostentaría

⁹⁴ *Ibíd.*, pp. 15-16. Cursivas negritas nuestras.

⁹⁵ ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, *op.cit* (n.4), p.109

⁹⁶ LYPSZYC, Delia, *op.cit.* (n.2), p.170

una titularidad derivada de los derechos del autor. Nos aventuramos a decir que, de manera general, únicamente la persona natural puede ostentar la titularidad del derecho moral a la integridad.

La aventura en aseverar lo anterior tiene que ver con la necesidad de corroborarlo. Las excepciones a esta generalidad –que es la titularidad originaria del derecho autor, y del derecho a la integridad, la ostenta una persona natural- se encuentran en los casos de diversas legislaciones, que han debido establecer una titularidad originaria de los derechos de autor (y por tanto el derecho al respeto de la obra) en personas jurídica, lo que solo es posible a través de un ficción jurídica debido a toda la explicación en torno al fundamento mismo de la protección que antecede.

En efecto Lipszyc nos ilustra indicando la razón principal por la que se recurren a dichas ficciones: “(...) Las fictio iuris por las que la calidad de autor o la titularidad originaria sobre las obras se atribuyen a personas –físicas o jurídica- distintas de la persona física que crea la obra **responden al interés de los terceros que explotan las obras** (...)”⁹⁷. Es decir que en los casos excepcionales en que se recurre a tal ficción jurídica, la titularidad originaria es respecto de los derechos patrimoniales, ¿en principio quedando excluida la titularidad del derecho moral a la integridad y respeto de la obra, pues quien la ostenta el creador? Lo cierto es que no podemos aseverarlo, y continuación explicaremos porqué.

De la revisión de legislaciones del sistema de derecho de autor continental, la legislación alemana no acepta excepciones a que el creador original de la obra ostenta la titularidad originaria. En el caso francés se acepta en el caso de las obras colectivas y aquellas obras creadas y publicadas bajo el nombre y por cuenta y cargo de las personas públicas, como una absoluta anomalía del sistema (Italia también se encuentra en éste último caso). En el caso de las

⁹⁷ Ibíd., p. 124

legislaciones angloamericanas o adscritas al sistema del copyright existen supuestos normativos en que la calidad de autor (por tanto la titularidad originaria) se atribuyen a personas diferentes del creador, salvo que exista pacto en contrario; y de ésta titularidad originaria ficta muy propia del copyright, tenemos diversos casos, por ejemplo: a) obras por encargo b) obras creadas en el marco de un contrato de trabajo c) obras cinematográficas.⁹⁸

Se gestado una confusión en torno a éstos últimos casos del copyright por el cual a través de la ficción jurídica se otorga la titularidad originaria salvo pacto en contrario a personas diferentes del autor, pudiendo ser éstas naturales o jurídicas. Expone Lipszyc la aclaración necesaria que viene a hacer Antequera Parilli en torno a la confusión entre autoría y titularidad y entre titularidad originaria y titularidad derivada: "(...) Las situaciones de titularidad derivada se configuran cuando algunas de las facultades que originariamente corresponden al autor son transferidas a otras personas (físicas o jurídicas) por cesión – convencional o de pleno derecho por disposición legal-, por presunción de cesión o por transmisión mortis causa (...) Si bien en lo relativo a la transferencia de derecho patrimoniales los efectos son bastantes similares en el sistema de titularidad derivada y en el de la titularidad originaria a favor de una persona distinta del creador de la obra, en **cambio se diferencian en cuanto al derecho moral, pues en el primero nace y permanece en cabeza del verdadero autor** (...) La dicotomía entre la tradición jurídica latina y la angloamericana e trasunta en el Convenio de Berna en el hecho de que este se abstiene de definir quién es autor y se limita a disponer en el art. 15 quiénes son las personas facultadas para hacer valer los derechos protegidos (...)”⁹⁹

El problema entonces parece seguir siendo la consideración de quién puede ser autor en ambos sistemas, y como debemos atenernos a lo que

⁹⁸ Ibíd., p.125

⁹⁹ Ibíd.,

efectivamente se encuentra regulado en derecho positivo; lo cierto es que el Convenio de Berna no regula la materia y eso que nace en vista de la necesidad de establecer “conexiones” entre ambos sistemas dentro del marco del derecho internacional¹⁰⁰. Lo concreto al respecto solo se encuentra a nivel de doctrina, y la necesidad de “ficciones jurídicas” que hagan autor a personas diferentes de quien crea la obra.

La elaboración doctrinaria no es menor cuando discurre y analiza sobre el contenido positivo de las normas jurídicas de uno y otro sistema (no es que teorice sobre cómo debiera ser la norma, sino que analiza conforme a la regulación existente). Y es en ese sentido que Antonio Delgado plantea su tesis de que existe una unidad de fondo y una dualidad funcional entre los sistemas de Copyright y el Sistema de Derecho de Autor, aseveración que obviamente involucra la noción de autor, quién puede serlo, y la consecuente titularidad originaria.

El reconocimiento de tal paradigma es central, tan fundamental que: “(...) si se quiere hacer un discurso mínimamente científico, hemos de reconocer la existencia de un paradigma de un modelo ejemplar de ‘derecho de autor’ que nos permita adquirir y desarrollar conocimientos sobre esta materia y que, de hecho, subyace en los trabajos que se realizan acerca de la misma (se reconozca o no su existencia), y con el podemos comparar los textos jurídicos-positivos y medir eso que se llama ‘nivel de protección’ (...)”¹⁰¹. En principio éste paradigma lo podemos encontrar a las declaraciones internacionales de amplia base y las exigencias fundamentales que éstas hacen, Delgado enumera a la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre

¹⁰⁰ BELLIDO, José, “Montevideo vs Berna: Surgimiento y Desarrollo de una Interpretación en Derecho de Autor Internacional (1888-1898)”. Reveu Internationale Du Droti D’ Autheur., v 0,(N° 229), 2011, pp.4-155.

¹⁰¹ DELGADO, Antonio D, op.cit (n.11), p. 274-275

de 1948, al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del 19 de diciembre de 1966, y la Convención Internacional sobre Derecho de autor de 1971 y obviamente, el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas suscrito el 24 de julio de 1971.

Ambos sistema en materia de obras intelectuales, y al respecto de quien es autor y las ficciones en torno a la titularidad originaria (y luego lo referido al derecho moral de integridad) existen tensiones y polarización en los regímenes de Copyright y Derecho de Autor; que devienen en que en la materia se otorgue prevalencia al momento de regular a los principios de “eficacia en el funcionamiento del mercado de las obras” y el de “mejor control del uso de esas obras” (concebidas como expresión de la personalidad del autor). Por lo que Delgado clarifica que: “(...) lo que pretendo decir cuando en el epígrafe he hablado de unidad de fondo del sistema del Derecho de Autor y dualidad funcional: unidad, en cuanto a la existencia de una posibilidad de ajuste de la ley nacional y del modelo que la inspira al repetido paradigma; dualidad funcional, por cuanto la elección de uno u otro por parte del legislador nacional para conformación de sus disposiciones obedece siempre a una finalidad de protección de alguno de los intereses en conflicto con mayor o menor sacrificio del otro u otros (...)”¹⁰².

Principalmente los puntos de unidad y que refuerzan el planteamiento del Delgado es que ambos sistemas tuvieron orígenes históricos similares. Ambos se dan en un contexto de los denominados “privilegios de impresión” que se concedía a los impresores y a los editores, y en donde al autor no se le reconocían derechos relevantes sobre las obras.¹⁰³

De hecho el primer sistema en avanzar hacia una protección a los derechos del autor fue precisamente el británico, el que por medio del Estatuto de la Reina

¹⁰² *Ibíd.*,

¹⁰³ *Ibíd.*,

Ana de 1709 se otorga ya no a los impresores u editores el monopolio, sino al autor de la obra. La atribución se hizo con el objetivo de que éste hiciera la cesión respectiva a los editores, quienes adquirirían el derecho a la explotación exclusiva sin pasar por la Compañía de los Stationers (que tenía antes del Estatuto el monopolio sobre la impresión y edición de libros)¹⁰⁴. Por ello es que en lo que respecta a quién es autor y a la titularidad originaria, en específico a la de nuestro derecho moral de la obra Antonio Delgado ha destacado: “(...) con dicho Estatuto, lo que realmente se resolvió fue un problema de competencia entre los editores. No es de extrañar, por tanto, que los intereses personales del autor no se tuvieran en cuenta, ***ni que las legislaciones que han tenido como antecedente este Estatuto (las del área del copyright) se hayan mostrado tan renuentes con respecto al derecho moral y tan favorables a extender el derecho a producciones exentas de toda creatividad personal (especialmente en Gran Bretaña) y a reconocer como autores o primeros titulares de los derecho de autor a quienes, por naturaleza, no son creadores (...)***”¹⁰⁵.

Por su parte, en el caso Francés el proceso se dio más tarde con la Revolución de 1789, pero suprimiendo los privilegios que tenían los editores; reconociéndose en los Decretos de 1791 y 1793 en los que se otorga el derecho a los autores de autorizar la reproducción y representación de sus obras, como un derecho de propiedad cedible en esas dos modalidades (de acuerdo con el Decreto de 1793)¹⁰⁶. Para Antonio Delgado es una posibilidad manifiesta que la regulación de la Revolución Francesa tuvo por objeto real ordenar el mercado de la reproducción y representación, protegiendo eminentemente a los editores. En ése punto se asemejaba al Estatuto de la

¹⁰⁴ SAKATA, Hitoshi “De la formación del concepto de autor en el Copyright británico”. Reveu Internationale Du Droti D’ Autheur, v 0, (Nº 236), 2013, pp. 2-49.

¹⁰⁵ DELGADO, Antonio D, op.cit. (n.95), pp. 277-278. Negritas cursivas nuestras.

¹⁰⁶ *Ibíd.*, y también a partir de la lectura ZOLLINGER, Alexandre, op.cit (n.39), pp.2-35.

Reina Ana, pero existían entonces (pese a ésta similitud) diferencias que apunta a continuación:

- a) Al autor se le reservaban un mayor número de explotaciones
- b) Mayor énfasis en la consideración personal del autor. El derecho de propiedad de éste era “sagrado”, siendo la más “personal”. Tanto así que la duración del derecho comenzaba a contarse desde la muerte del autor. Además para que circulara no debía hacerse una “cesión”, si no perfectamente podía autorizarse la utilización de un tipo de explotación.

Se destaca que en los sistemas continentales, en cuanto a la titularidad originaria de las facultades del derecho moral de integridad que se encuentra tan íntimamente ligado a la personalidad del autor, que no es concebible siquiera su transmisibilidad en éstos regímenes¹⁰⁷

Finalmente en cuanto a la titularidad originaria del derecho moral en el autor, y por tanto de la titularidad del derecho a la integridad los cuestionamientos siguen abiertos, primeramente por que el Copyright históricamente no concibe una regulación de origen de las facultades morales y en segundo lugar porque de hacerlo, queda la duda si puede reconocérsela en personas jurídicas, no humanas. Esta materia será más profundizada en el análisis de la regulación de éste derecho en la exposición de los instrumentos jurídicos internacionales, en específico el Convenio de Berna¹⁰⁸.

Pero la posición de Delgado expuesta brinda al análisis de la normativa vigente un “manto” de protegibilidad que en caso de eventuales infracciones al interés del titular, y por tanto de protección a su derecho de respeto a la integridad de

¹⁰⁷ DELGADO, Antonio D, op.cit. (n.95), pp. 277-278

¹⁰⁸ Para ello nos remitiremos al exhaustivo análisis en éste punto en la obra ya citada de Sakata, Hitoshi, op.cit (n.104).

la obra (sea quien fuere el que reúna la calidad de autor, persona natural o jurídica) permite hablar de una aproximación normativa profunda entre ambos regímenes, en efecto:

“(…) Bajo la influencia de cualquiera de estos modelos legislativos, los demás países, a lo largo de los siglos XIX y XX han ido dictando sus primeras legislaciones de derecho de autor y modificándolas a compás del desarrollo de tales modelos sin apartarse excesivamente de ellos. Así, en nuestros días puede advertirse una sensible aproximación entre dichos sistemas en ciertos puntos (como se aprecia en la ley británica de 1988, en el código civil federal de los Estados Unidos de América y algunas otras disposiciones de éste país), aunque no por ello dejan de subsistir discrepancias de fondo (…). Los tratados multilaterales revisten una enorme importancia en la evolución del derecho de autor (…) se puede hablar de una consolidación del sistema de protección de ese derecho. Como se puede afirmar también que el sentido general de la producción normativa en esta materia, tanto en el ámbito internacional como nacional, muestra una tendencia a dar una solución equilibrada a los problemas que plantean las nuevas tecnologías al derecho de autor, sin merma a los intereses morales y patrimoniales de los autores ni de los que corresponden a las industrias asociadas a la explotación de las obras (…). Porque pocos legisladores se manifiestan contrarios a una protección libre de formalidades; e incluso al reconocimiento del derecho moral de autor (…). Bien es verdad que una cosa muy distinta de esas manifestaciones y declaraciones es el juicio que pueda hacerse sobre el grado de coherencia y acierto con el que esos legisladores, en determinados casos, hayan procedido a plasmar dichos postulados y principios en las correspondientes disposiciones (…)”¹⁰⁹

2.1.1.- Titularidad del Derecho Moral de Integridad en Coautoría

¹⁰⁹ DELGADO, Antonio D, op.cit (n. 188), pp.278-279.

La coautoría implica que más de una sola persona intervino en el proceso creativo de la obra, trabajando conjuntamente o bien aportando de manera separada con su trabajo. En cualquier caso puede tratarse de aportes de un mismo o diferente género, los que se integran en la obra final en orden a que formen un todo en la obra, y puedan ser explotados de forma conjunta.

De acuerdo con Lipszyc la doctrina distingue clases de coautoría cuales son, las obras en colaboración y las obras colectivas. Nos parece relevante la referencia breve que podamos hacer de éstas por cuanto tal delimitación nos permitirá un análisis menos pedregoso de la infracción al derecho moral de integridad, que se da sobre todo en las hipótesis luego analizaremos respecto de la titularidad secundaria o derivada y en las en las mayoría de los casos se tratan de casos de coautoría.

i.- Obras en colaboración: Son aquellas “(...) creadas por dos o más personas que trabajan juntas, o al menos tienen mutuamente en cuenta sus contribuciones, y bajo una misma inspiración común (...) En la concepción *restringida* de la obra en colaboración esta solo existe cuando los coautores han trabajado juntos con un grado de compenetración y en forma tal que, una vez concluida la obra, resulta imposible determinar cuál es la parte atribuible a cada uno de ellos; por ejemplo, dos dramaturgos que escriben juntos una obra de teatro (...) En la concepción *amplia*, también se consideran como obras en colaboración aquellas en las cuales, si bien las contribuciones de los diferentes creadores son individualizables, entre ellos ha habido acuerdo respecto de la forma en que aportarían sus partes a la obra global y estas aparecen ligadas por una comunidad de inspiración. Es el caso de las obras dramático-musicales y, en general, de las composiciones musicales con letras (...)”¹¹⁰.

¹¹⁰ LYPSZYC, Delia, op.cit. (n.2), p.130

La misma autora agrega que es posible distinguir aquellas obras en colaboración perfectas o imperfectas, en el primer caso cuando los aportes configuran a la obra de manera indivisible y en el segundo al tratarse de obras cuyos aportes son claramente identificables y separables incluso sin alterar la naturaleza de la obra. En cuanto a la titularidad del derecho moral de integridad, al igual que el resto de las facultades morales y patrimoniales corresponde a todos los autores de la obra, y se ha legislado para que opere la modalidad de comunidad de bienes sobre la materia (por lo que para ejercer los derechos, la modalidad elegida debe ser de común acuerdo, y en caso de desacuerdo la cuestión se dirime judicialmente).

ii.- Obras Colectivas: También se conforma por aportes de más de una persona natural, configurando una obra unitaria. La gran diferencia con las obras en colaboración es que la creación de éste tipo se origina por la iniciativa y bajo la coordinación de una persona (que puede ser física o jurídica). Esta persona natural o jurídica es quien edita y divulga la obra bajo su nombre, algunos ejemplos típicos de obras de ésta índole son los diccionarios, enciclopedias, compilaciones, repertorios de jurisprudencia, bases de datos y programas de ordenador.

En cuanto a la titularidad del derecho moral al respeto de la integridad de la obra colectiva quedan serias dudas, por cuanto éste es un caso típico en que las legislaciones otorgan la titularidad originaria a una persona diferente de las personas naturales que confeccionaron y dieron nacimiento a la obra. De acuerdo a las opiniones doctrinales ya expuestas de Lipszyc y Antequera este es el típico caso en que las legislaciones del derecho de autor y las del copyright recurren a una ficción jurídica, y si bien deduciendo de sus

exposiciones- y por el carácter de derecho humano de la integridad de la obra- no tendría sentido que la titularidad de ésta facultad moral la ostentara la persona jurídica que coordina la actividad, es claro que comienza a configurarse una de los escenarios más perjudiciales al contenido de este derecho.

Y efectivamente, cuando se atribuye la titularidad originaria a la persona jurídica o una natural diferente de los creadores de la obra se lo hace bajo la concepción de que “(...) como en su realización interviene un número considerable de autores cuyos aportes son difíciles de determinar y se funden en una creación única, se torna imposible otorgar a cada uno derechos distintos sobre el conjunto; además, puede ser difícil establecer quién es la persona física autora de la obra colectiva en sí misma, como obra autónoma, por lo que el reconocer plenamente su derecho trabaría la explotación (...)”¹¹¹. Sin embargo Lipszyc también apunta a que ésta ficción no es aceptada de manera pacífica en los regímenes y muchas legislaciones consideran más acertado constituir titularidades derivadas (cesiones legales o presunción de cesión de derechos de explotación) –las que revisaremos a continuación-, en orden a que no exista duda alguna respecto a la titularidad de las facultades morales. En efecto, de acuerdo con Antonio Delgado ésta técnica jurídica produce un perjuicio al autor y su titularidad del respeto a la integridad de la obra (entre las otras facultades morales, por cierto), en la medida en que la titularidad originaria sin más envuelve en sí tanto los derechos patrimoniales como los morales¹¹²

Respecto a este punto nos parecer clarificadora la exposición de Antonio Delgado en torno al sujeto, objeto y contenido del derecho de autor en las

¹¹¹ *Ibid.*, pp.132-133

¹¹² DELGADO, Antonio D. "La obra colectiva: ¿un hallazgo o un pretexto?". *En su*: "Derecho de Autor y Derechos Afines al Autor". España. Instituto de Derecho de Autor, 2007. Vol.1, p. 444

obras, reiterando las posiciones doctrinales señaladas en cuanto a que el sujeto del derecho es el autor como creador de una obra, incluso cuando por vía de ésta ficción jurídica se atribuye la titularidad originaria a una persona diferente del autor, así nos señala: “(...) No es obstáculo a esta afirmación el hecho de que en algunas legislaciones aparezca atribuido el derecho, incluso a título originario (o, según se dice en las reglamentaciones del área del *copyright*, como “primer titular”), a personas que no son los creadores (ni pueden serlo: el caso de las personas jurídicas). La ecuación “autor=creador de la obra” nunca se rompe. Si acaso, se prescinde de ella mediante el artificio de distinguir “autor” de “titular”, lo que permite a ciertos legisladores (especialmente los de esa área), en determinados supuestos, dejar a un lado los problemas de autoría y conferir originariamente la titularidad del derecho a quien se considera (con las miras puestas en promover la eficacia del mercado de estas producciones) tener un interés económico más relevante en la explotación de la obra en cuestión. Esos casos son excepciones, y como tales han de ser interpretados (...)”¹¹³.

Finalmente Delgado agrega que en algunas legislaciones las obras colectivas tiene diferente tratamiento, pues o son asimiladas a las obras anónimas; o en otros casos distinguen la titularidad de los aportes individuales a la obra, de la titularidad “del conjunto” de esta (siendo ésta última de la que es titular el promotor o editor de la obra); o bien se les da el tratamiento de las obras por encargo; y en algunas incluso la categoría no se encuentra regulada (por lo que termina regulándose vía práctica contractual)¹¹⁴. Quisiéramos agregar que existe toda una referencia a las legislaciones iberoamericanas en materia de obras colectivas, la que fue consultada; pero por no ser ella en específico

¹¹³ DELGADO, Antonio D, op.cit (n.188), pp.281-282

¹¹⁴ *Ibíd.*,

materia de nuestra investigación haremos referencia a ellas (si correspondiere) cuando analicemos la regulación positiva del derecho moral a la integridad¹¹⁵.

2.2. - Titularidad Derivada o Secundaria del Derecho de Integridad:

Este tipo de titularidad puede entenderse como la oposición a la titularidad originaria que ostenta el autor, o que mediante una ficción jurídica ostenta una persona diferente al creador de la obra. En cualquier caso, la titularidad derivada se configura cuando a través de actos entre vivos se realiza una transferencia de los derechos (bajo las cuales existen diferentes modalidades) o bien cuando se transmite vía mortis causa.

2.2.1. Por Causa de Muerte:

El derecho a la integridad de la obra puede transmitirse por causa de muerte y es ejercido por el Estado, personas o instituciones quienes se convierten en titulares derivados de éste derecho. Sin embargo pese a que se consideran como titulares derivados por la doctrina y adquieren la titularidad por ésta vía, existen excepciones que rigen en la materia respecto a las normas generales del derecho sucesorio. Un ejemplo es que los causahabientes no pueden transferir el derecho moral a la integridad de la obra a otras personas, sino que únicamente los derechos patrimoniales transferibles de los que son titulares derivados¹¹⁶.

Antequera precisa que no se trataría de un caso propio de titularidad, sino más bien de una facultad de ejercicio que se transfiere, por lo que un heredero no

¹¹⁵ Ver en DELGADO, Antonio D, op.cit (n.109)

¹¹⁶ ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, op.cit (n.4), p.212

tendría la facultad de lesionar la integridad de la obra (lo que sería una prerrogativa exclusiva del autor), esta facultad de ejercicio transmitida tiene el objeto de “(...) defensa para que terceros no pretendan usurpar la autoría de la creación o efectuar transformaciones o mutilaciones capaces de atentar contra el valor cultural de la obra o la reputación de su creador. No podría entonces un heredero arrogarse la paternidad de la obra o lesionar su integridad (...)”¹¹⁷.

Lipszyck pareciera tener consideraciones diferentes sobre la materia, apuntamos pareciera pues para introducir la cuestión señala que los sucesores “(...) solo pueden **ejercer** las facultades negativas (el derecho a reivindicar la paternidad intelectual del causante sobre su obra y a exigir el respeto a la integridad de esta) (...)”¹¹⁸. El uso de la palabra ejercer pareciera ser el punto en común con Antequera, sin embargo continua precisando que existen legislaciones que admiten la transmisión de la facultad negativa del derecho a la integridad de la obra (menciona el caso de Alemania, Brasil, Francia como ejemplos), y otras legislaciones regulan expresamente una legitimación de los herederos e instituciones que la norma prescriba para el ejercicio de éste derecho (menciona como ejemplo el caso italiano, costarricense, portugués, español)¹¹⁹. Pero es la misma autora quien destaca luego la opinión de Antonio Delgado, citándolo: “(...) ***Después de la muerte del autor, no cabe hablar de un derecho subjetivo y sí de situaciones de poder creadas a favor de determinadas personas (tanto de derecho privado como público), a las que se les confiere el ejercicio (legitimación) de las facultades de reivindicar la paternidad de la obra y de exigir respeto a la misma, pero con vistas al interés general de que se conserve la identidad del patrimonio literario y artístico nacional***(...)”¹²⁰.

¹¹⁷ *Ibíd.*,

¹¹⁸ LYPSZYC, Delia, op.cit. (n.2), pp.285 y 286, subrayado destacado nuestro.

¹¹⁹ *Ibíd.*,

¹²⁰ *Ibíd.*, subrayado destacado nuestro

2.2.2.- Por acto entre vivos

De acuerdo con Antequera la **titularidad derivada por acto entre vivos** surge de los **contratos de cesión de derechos**, de **presunciones legales** o bien de la **ley** misma, en todos estos casos la titularidad del derecho al respeto a la integridad de la obra se mantiene (por regla general, pues veremos casos particulares al revisar legislaciones nacionales) en el creador de ésta. Ello porque la transferencia opera únicamente respecto de la titularidad de los derechos patrimoniales o de explotación de la creación intelectual, y no respecto de las facultades morales. Finalmente cabe apuntar que éstas transferencias pueden darse sobre la totalidad de los derechos de explotación o sobre uno o varios determinados (total o parcial), peor en cualquier caso siempre implican exclusividad.¹²¹

En éste punto cabe recordar que al respecto de las licencias de uso que el autor otorgue no existe un cambio en la titularidad, por lo que la titularidad del derecho a la integridad de la obra permanece sin lugar a dudas en el autor, siendo ésta la principal razón de ésta pequeña referencia. No existe un cambio en el sujeto titular.

Luego, profundizando en los tipos de transferencias entre vivos, se ha destacado:

i.- Contratos de Cesión: Tienen un carácter convencional, y deben ejecutarse dentro de los límites que fije la legislación nacional. Por ello es que por lo general la titularidad de la integridad de la obra permanecerá en el autor, salvo en el caso de algunas obras por ejemplo en los regímenes del copyright en

¹²¹ *Ibíd*, p.111

donde el derecho a la integridad de la obra no está reconocido como parte de las facultades del autor (aunque sí dentro del commonlaw se le reconoce como parte de los derechos de la personalidad) o bien en los casos en que el autor puede pactar la renuncia al ejercicio de sus derechos morales cuando tal sistema sí los reconoce dentro del copyright¹²². En cualquier caso, como se trata de cesiones totales o parciales de los derechos de explotación de la obra, y bajo el entendido de que la naturaleza jurídica de los derechos morales y en particular el derecho al respeto a la integridad de la obra es un derecho humano es importante que el ejercicio de los derechos cedidos (aplicable también al caso de las meras licencias) pueda ser juzgado por el autor, en el sentido de su correcto ejercicio “(...) en cuanto pueda afectar a su cualidad de autor de la obra explotada y a la representación social de su personalidad a través de dicha obra (...)”¹²³.

La consideración de lo anterior debiera ser un elemento que debe estar presente en los contratos de los derechos de explotación, en orden a lograr “(...) un equilibrio entre la utilidad económica del orden propuesto y el valor social que conlleva la regla del derecho impuesto (...)”¹²⁴ siendo en este caso el derecho impuesto el carácter humano del respeto a la integridad de la obra. La contractualización correcta para hacer efectivo el resguardo a la integridad de la obra y evitar vulneraciones puede ser de gran ayuda, en orden a no intervenir con los propósitos de una explotación eficiente de las creaciones intelectuales, ello por cuanto “(...) Su eficacia se apoya en la idea de que una regla de derecho es tanto más y mejor aceptada y respetada por aquellos a los que está destinada cuanto que son ellos mismos los que han contribuido a elaborarla (...)”

¹²² DELGADO, Antonio D., op.cit (n.96), pp.285-286

¹²³ DELGADO, Antonio D., op.cit (n.54), p.86

¹²⁴ CERVETTI, Pierre-Dominique, “Cómo hacer un buen uso de la contractualización en derecho de la propiedad literaria y artística”, Reveu Internationale Du Droti D’ Autheur , v 0 (Nº 238),2013, p.110.

para sacar a la luz las situaciones en las cuales los actores utilizan la figura contractual para acompañar la regla de derecho impuesta, bien sea porque la complementa y aclara su contenido, bien sea porque se superpone a ella y colma las lagunas, bien sea porque la substituye para paliar su inercia(...)"¹²⁵.

ii.- Cesión Legal: Se trata de titulares derivados que lo son por disposición legal, por lo que por el solo ministerio de la ley adquieren los derechos patrimoniales sobre la obra que la disposición prescriba. La titularidad originaria, y por tanto, del derecho al respeto a la obra permanece en el autor. Es relevante destacar que la principal diferencia con la siguiente forma de transferencia (presunción legal de cesión), es que en éste caso se trata de una presunción de pleno derecho ("iuris et de iure"), la que no admite prueba en contrario. Bajo esta modalidad pueden encontrarse situaciones jurídicas que dependiendo de la tradición normativa de cada legislación pueden ubicarse dentro del marco de la cesión legal o de las presunciones de cesión simples.

En efecto, así lo indica Lipszyc al señalar que Italia establece la cesión legal de pleno derecho para el caso de las obras colectivas (de toda la explotación económica de la obra), y también respecto de los productores de las obras cinematográficas que tienen el derecho de reproducción, circulación, exhibición y emisión. Menciona además el caso austríaco en donde también existe la cesión legal al favor del productor del film realizado con fines comerciales.¹²⁶ En Chile tenemos el caso del artículo 88 de nuestra de propiedad intelectual que establece como titular originario al Estado respecto de las obras intelectuales que realicen sus funcionarios (presunción de pleno derecho establecida en consideración al interés y orden público en que se despliegan tales funciones).

¹²⁵ Ibid., pp.116 y118

¹²⁶ LYPSZYC, Delia, op.cit. (n.2), p.130

Nos parece de interés detenernos en el caso italiano de regulación de las obras colectivas, por cuanto existen dos interpretaciones en la materia de acuerdo con Antonio Delgado (que podrían, en lo atinente, adecuarse a la que se haga respecto de la función pública).

La primera implicaría que se ha regulado como una presunción legal de cesión a favor del editor de la obra (la que estaría más conforme con el respeto a la titularidad originaria de acuerdo con el autor citado) y otra interpretación que sería la cesión legal o presunción de pleno derecho que opera en la materia (a la que Lipszyc parece adscribir), la que defraudaría los intereses del autor (persona natural), al no admitir prueba en contrario por entender que la atribución al editor de la obra colectiva "(...) ´es efecto natural de la relación de edición que tiene por objeto la obra colectiva´, no siendo necesarios ´ni declaraciones de voluntad expresadas en tal sentido en el momento de la celebración del contrato de edición, ni, menos todavía, negocios traslativos sobre la obra colectiva terminada´; lo que, en definitiva, viene a constituir una derogación de la regla general de la adquisición originaria del derecho de autor en atención a la presencia de una relación jurídica ´instaurada entre quien desenvuelve la actividad a la que normalmente está ligada la adquisición del derecho y quien ha encargado y retribuido tal actividad a la que normalmente está ligada la adquisición del derecho y quien ha encargado y retribuido tal actividad en función de la consecuencia de aquél derecho´. ***En consecuencia, si esta es la interpretación correcta, el legislador ha consumado una bifurcación en el título adquisitivo originario de los derechos de autor y una separación, en ese momento, de la autoría respecto de la titularidad (...)***"¹²⁷.

¹²⁷ DELGADO, Antonio D., op.cit (n.107) p. 438 y 439. Negritas cursivas nuestras.

En definitiva el regular de una u otra manera (como presunción de pleno derecho o una simple presunción legal de cesión) implica que el autor de las obras colectivas (el editor o el organizador de los aportes) puede prevalerse de derechos morales que ostenta sobre la obra, siempre que vayan en el sentido de la naturaleza y fines de la publicación. De hecho Delgado da un ejemplo explícito de la ley italiana sobre obras colectivas y en donde ciertamente la posición de las personas naturales (genuinos creadores de la obra) queda es bastante desventaja, pues no pueden ejercer su derecho al respeto a la integridad de la obra, reduciendo incluso artículos en su extensión (el caso es de una publicación con una serie de artículos de varios autores).

iii.- Presunción Legal de Cesión: También denominada “iuris tantum” o que admite prueba en contrario, atribuye la titularidad derivada a terceros. Ha sido una modalidad por la que han optado legislaciones para el caso de obras cinematográficas, de las obras audiovisuales y videográficas, y en la que se incluyen por lo general los casos de las obras por encargo o bajo un contrato de trabajo, programas de ordenador y obras multimedia. Se establece ésta modalidad de cesión siempre y cuando no exista pacto en contrario. En principio la titularidad del derecho moral a la integridad de la obra estaría en la persona natural creadora de la obra (autores) o sus coautores, veremos sin embargo que esto merece una mayor referencia que las que nos antecede.

2.2.3.- Titularidad del Derecho de Integridad en cierto tipos de obras

En este punto nos referiremos de forma breve y sucinta a las resoluciones que se han tomados por los legisladores nacionales en torno a la titularidad respecto de algunos tipos de obras (mencionados en los casos de presunción legal de cesión), en específico las obras audiovisuales (cinematográficas) y aquellas

obras por encargo o bajo modalidad de un contrato de trabajo, por ser éstas las que estimamos más relevantes en la medida en que abarcan la realidad de las creaciones intelectuales que se desarrollan y producen en la actualidad. Su ubicación dentro de la presunción legal de cesión únicamente responde a que estimamos que existe una tendencia a resolver por las legislaciones nacionales e la cuestión de la titularidad, lo que no implicará omitir los casos en que se ha optado por establecer una cesión legal (e incluso, derechamente una titularidad originaria).

i.- Obras Audiovisuales (y Cinematográficas): En los regímenes del copyright se optó por establecer una titularidad originaria en el productor, sin reconocer como autores a quienes realizaron los aportes creativos (caso de Estados Unidos y el Reino Unido), a este sistema se le denomina “film-copyright”, en cuanto a la titularidad del derecho a la integridad de la obra, únicamente en el caso inglés se reconoce la existencia de derechos morales al director del film, en el que ciertamente está contemplado la integridad de la obra¹²⁸.

Las legislaciones que adscriben al sistema del derecho de autor los titulares originarios son las personas naturales (además de su consideración como obra en colaboración en la mayoría de los casos), por lo que en concordancia con ello han establecido en su mayoría presunciones simplemente legales de cesión (salvo pacto contrario), además de limitaciones a los derechos morales, por cuanto a lo que se ha dado prioridad es a la explotación de la obra¹²⁹. Por ello es que en principio la titularidad de los derechos morales, y en específico del derecho al respeto a la integridad de obra la deben ostentar todos los colaboradores.

¹²⁸ LYPSZYC, Delia, op.cit. (n.2), p.139-140

¹²⁹ Ibid., Se indica además por la autora que en el caso de Italia se optó por la cesión legal.

Apuntamos “en principio” toda vez existen limitaciones al ejercicio del derecho a la integridad de la obra de los titulares que digan razón con los requerimientos propios (artísticos y técnicos) de la filmación, **siempre que ellos no afecten el “espíritu de la obra”** (son por tanto los de carácter indispensable)¹³⁰. En general las alegaciones que ocurren sobre el respeto a la integridad de éstas obras han versado sobre las colorizaciones de los films realizados en blanco y negro, como también de las interrupciones publicitarias de aquellos que se exhiben en televisión¹³¹.

Es importante destacar que el carácter de inalienable de éste derecho evidentemente se relativiza a la hora de ser regulado en éste tipo de obra, Delgado señala que es uno de los aspectos donde más conflictos existen a la hora de dar un reconocimiento pleno al ejercicio de éste derecho, señalando al respecto una de las revisiones de la materia en el Convenio de Berna (Conferencia de Bruselas) quiso responder a este conflicto con un cambio en la redacción del artículo 6 del Convenio de Berna (que regula el derecho moral a la integridad de la obra), cambiando la expresión “que cause perjuicio a su honor o reputación” por la oración “cause perjuicio a los intereses espirituales del autor”, ello pues esta última frase facilitaría la labor del juez en determinar si los intereses espirituales del autor han sido lesionados con la adaptación de la obra cinematográfica, considerando que la obra misma implica en sí un procedimiento que generará modificaciones importantes (se menciona como ejemplo el caso de las producciones multimedia en las frecuentemente se

¹³⁰ *Ibíd.*,

¹³¹ DELGADO, Antonio D. "La protección de las obras audiovisuales: la autoría y la titularidad en el sistema jurídico latino o continental". *En su*: "Derecho de Autor y Derechos Afines al Autor". España. Instituto de Derecho de Autor, 2007. Vol.2, p. 64

incluyen obras videográficas, audiovisuales y/o cinematográficas¹³²). En ese marco es que la modificación pretendía dejar completamente claro que "(...) Sólo serán protegidos los intereses espirituales legítimos, sin mayores precisiones (...)"¹³³.

Parte de la doctrina incluso ha sugerido la erradicación de éste derecho, en cuanto a su carácter inalienable al menos, reduciendo la dimensión del conflicto, simplificando sus implicancias. En efecto: "(...) La doctrina parece preferir no abordar directamente y en términos absolutos la cuestión de la inalienabilidad del derecho a la integridad de la obra, reduciéndola a su más modesta expresión, es decir, a la de saber si el autor debe aceptar determinadas modificaciones de su obra en consideración a intereses legítimos de los usuarios de la misma (también legítimos) (...) La respuesta que se ofrece (como ya ocurría en la Conferencia de Bruselas) se refiere a un equilibrio o balance de los intereses en presencia establecido en un análisis caso por caso (...)"¹³⁴.

Para el autor citado la propuesta de erradicación de la inalienabilidad del derecho moral a la integridad de la obra no tiene justificación alguna, señalando que al respecto existe una baja judicialización de los conflictos que surgen, y los que se han judicializado se trata de casos que se encuentran extremadamente fundados (y se tratan de infracciones escandalosas a la integridad de la obra)¹³⁵. Sumado a ello agrega que "(...) de nada le sirve al autor un derecho moral a la integridad de su obra (conferido en consideración) a la protección de

¹³² DELGADO, Antonio D. "Las producciones "multimedia": ¿un nuevo género de obras?". En su: "Derecho de Autor y Derechos Afines al Autor". España. Instituto de Derecho de Autor, 2007. Vol.2, p. 67-82

¹³³ DELGADO, Antonio D, op.cit (n.121)

¹³⁴ *Ibíd.*, p.65-66

¹³⁵ *Ibíd.*, p. 64

bienes o valores de su personalidad, libremente transmisibles y renunciables (...)”¹³⁶.

La cuestión de la adaptabilidad de estas obras la considera completamente cubierta (derecho de transformación), tanto por regímenes nacionales como por los tratados internacionales, y no solo el derecho de explotación de adaptación o transformación de la obra sino entendida tal utilización como la base para nuevas creaciones, como obras derivadas. Se establece un régimen equilibrado de protección tanto para estas obras que se adaptan (preexistentes) como de las derivadas¹³⁷. El equilibrio apuntado se explicita “(...) por reconocer al autor de la nueva obra (de forma explícita-identificando en manos del autor de la obra “original” un derecho específico y de naturaleza patrimonial que cubre la adaptación o transformación de tal obra-) la posibilidad jurídica de modificar la obra preexistente y (de manera implícita la de efectuarse modificación dentro del margen de libertad necesario para conferirle la cualidad de autor (sin libertad no hay originalidad). Ahora bien, se trata de un ámbito de libertad delimitado por el derecho moral del autor de la obra primigenia en virtud del cual la derivada, al dar cuenta de su filiación intelectual de la preexistente, no traicione el personal modo de sentir o de pensar expresado individualizadamente en ella por su autor. Y como ese juicio solo puede hacerse una vez que la obra de segunda mano haya venido a la existencia, admitir la transmisión o la renuncia a priori del derecho (en el contrato de adaptación) excluiría la posibilidad de tal juicio y, por lo tanto, se iría contra el interés personal (moral) del autor tutelado por el derecho que le garantizó el control del uso correcto de su obra, independientemente de la cesión de los derecho patrimoniales o de las autorizaciones de explotación que haya otorgado(...)”¹³⁸.

¹³⁶ *Ibid.*,

¹³⁷ *Ibid.*, p.64 y 65

¹³⁸ *Ibid.*,

Finalmente cabe destacar la doctrina que ha sido más conciliadora en ésta problemática expuesta, en cuanto a que se establezca la renuncia del derecho a la integridad de la obra en éste tipo de obras, indicándose que dicha renuncia será nula en la medida en que el autor suscriba una cláusula abstracta respecto de las modificaciones que su obra preexistente sufra a futuro, y que excluya la posibilidad de ser ratificadas por el mismo (a posteriori).¹³⁹ Dichas ratificaciones se entienden por esta doctrina no como actos de renuncia, sino como nuevos actos de creación en cuanto “(...) representan una asunción propia de actos ajenos de aportación de modificaciones creativas a la obra del que las ratifica y que podría hacerlas efectuado por sí (...)”¹⁴⁰. Cabe apuntar que Delgado no adscribe a esta doctrina más conciliadora, por considerar que relativiza el carácter inalienable que debe tener el respeto a la integridad de la obra, considerando de forma propia el contenido de ésta facultad moral.

ii.- Obra bajo un Contrato de Trabajo: Existe una amplitud de casos de creación intelectual posibles cuando los autores se encuentran bajo la condición de trabajador asalariado (se señalan solo como casos obras del periodismo, arquitectura, publicidad, editoriales, artes aplicadas a la industria¹⁴¹) además existe un choque entre el Derecho Laboral y el Derecho de Autor tal como Lipszyck apunta “(...) En materia laboral, los frutos del trabajo del empleado le corresponden al empleador en contraprestación del pago del salario. En materia autoral, las facultades del derecho moral son inalienables y por tanto la cesión como la concesión o licencia de derechos patrimoniales son de interpretación restrictiva y limitada a las formas de explotación previstas por el contrato (...)”¹⁴².

¹³⁹ *Ibíd.*,

¹⁴⁰ *Ibíd.*,

¹⁴¹ LYPSZYC, Delia, *op.cit.* (n.2), p.146

¹⁴² *Ibíd.*,

La titularidad de la integridad de la obra la sigue ostentando el autor, pero se apunta por Lipszyck la similitud de los problemas de éste tipo obras con el caso de las obras cinematográficas (en orden a que no exista una traba a la necesidad de explotación de la obra y el ejercicio de este derecho moral)¹⁴³. Como ya hemos indicado, el que la titularidad del derecho a la integridad la tenga el autor implica una plena concordancia con la tradición propia de los sistemas de derecho de autor en los que la titularidad originaria sigue estando en el autor de estas obras (aun cuando se hayan establecido cesiones legales de derecho a favor de los empleadores, o incluso presunciones simplemente legales). En el caso de los sistemas que adhieren al sistema del copyright por el contrario es el empleador quien es considerado autor, y por tanto quien ostenta la titularidad originaria de obras confeccionadas bajo el “Works made for hire” (salvo pacto en contrario, no haciendo referencia expresa a la problemática que surge respecto a la titularidad de la integridad de la obra producto de esta ficción jurídica, ni tampoco siquiera sobre el reconocimiento de ésta facultad moral a los autores). Las legislaciones estadounidense e inglesa se encuentran en la hipótesis en que la titularidad originaria se establece en el empleador (sin hacerse cargo de los problemas anteriores señalados), y existen casos dentro del copyright como Barbados y Ghana que se prescriben expresamente que la titularidad del derecho a la integridad de la obras (y morales en general) está en el empleador.¹⁴⁴

En efecto, Ricardo Antequera también apunta esta última cuestiones respecto a las problemáticas en torno a la titularidad del derecho a la integridad de la obra, la que sería incluso inexistente en éstos sistemas “(...) pues o no figura expresamente en la legislación autoral (quedando diferida su aplicación a los tribunales), o el derecho moral es renunciable (...)”¹⁴⁵

¹⁴³ Ibid.,

¹⁴⁴ Ibid., pp.146-147

¹⁴⁵ ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, op.cit (n.4), p.120.

Pero incluso dentro de los regímenes de derecho de autor o continentales podemos ver desviaciones que consideramos bastantes graves, que aunque son puntuales causan problemática respecto a la titularidad del derecho moral a la integridad de la obra. El caso colombiano es ilustratorio, en su ley 1450 del año 2011 en su artículo 28 establece que si bien la titularidad originaria permanece en el autor; y por tanto la del derecho a la integridad de la obra; permite el ejercicio de este derecho lo realice el empleador directamente en defensa de los intereses del autor (o a quien encarga la obra, pues también se aplica a esta modalidad de creación).¹⁴⁶ Antera también señala que existen otras legislaciones que además de establecer establecer presunciones simplemente legales de transferencia de derechos patrimoniales, también contemplan la facultad del empleador de representar al autor en la defensa del derecho moral de integridad, como en el caso de Guatemala, Honduras, Panamá, Paraguay, Perú, Venezuela; “(...) lo que no constituye una ‘cesión’ de esos derechos, sino una legitimación al patrono para ejercerlos, en la mayoría de esas leyes, sólo en la medida necesaria para la explotación de la obra (...)”¹⁴⁷

Para finalizar queremos destacar que las presunciones de cesiones de derechos de explotación de las obras creadas bajo un contrato de trabajo, en lo que refiere a la titularidad de la integridad de la obra en los empleadores (casos de legislaciones del copyright) e incluso el ejercicio del derecho a la integridad de la obra que opera respecto de una obra creada con ocasión de un contrato de trabajo (como en el caso colombiano), es fundamental para que opere dicha

¹⁴⁶ RÍOS PINZÓN, Andrés, “Transferencia del derecho de autor (Reflexiones frente a la reciente reforma legislativa en Colombia)”, Revista Iberoamericana de Derecho de Autor, Volumen 6 (No.11), enero/junio, p.267.

¹⁴⁷ ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, op.cit (n.4), p.122

presunción que “(...) la obra hay sido creada ‘en cumplimiento’ del contrato de trabajo. En esa medida, no basta simplemente con que la obra hubiere sido desarrollada por el trabajador durante las horas de trabajo o haciendo uso de las herramientas y bienes del empleador, es necesario, para que opere la presunción de transferencia de derecho, además, que es creación tenga una relación directa con el objeto y causa del contrato de trabajo. En otras palabras: debe ser resultado directo del cumplimiento de las obligaciones y funciones del trabajador consignadas en el respectivo contrato (...) Por lo demás, valga repetir que el ejercicio de los derechos presuntamente transferidos estará limitado, en la medida necesaria, al “ejercicio de las actividades habituales” del empleador en la época de creación de la obra (...)”¹⁴⁸.

Este criterio es fundamental, pues tendrá que ver con los límites del ejercicio del derecho de respeto a la integridad de la obra, Lipszyck también lo destaca. Dentro del contexto de la obra creada bajo un contrato de trabajo, el derecho de integridad permite al autor impedir que el empleador modifique la obra, pero la limitación a su ejercicio se encuentra circunscrito a los requerimientos y necesidades del empleador, y los principios del derecho del trabajo (...) según los cuales el empleador dispone no solo del fruto del trabajo del empleador sino además de la facultad de orientar y dirigir dicho trabajo, como por la originalidad que presenta el aporte del empleado, pues perdería sentido cuando es muy escasa o se trata e obras producto de sucesivas transformaciones (...)”¹⁴⁹.

Algunas legislaciones en orden a evitar el conflicto regulan expresamente la facultad del empleador de modificar la obra, en Francia esta el caso de los programas de ordenador, en Italia la del editor de modificar los artículos periodísticos siempre que digan razón con la naturaleza y fines del diario;

¹⁴⁸ *Ibid.*, pp.274 y 275

¹⁴⁹ LYPSZYC, Delia, *op.cit.* (n.2), p.149

dejándose al autor únicamente la facultad de establecer un pacto en contrario¹⁵⁰. En este punto se evidencia cómo en definitiva tipos de obras como las en colaboración, colectivas, cinematográficas pueden enmarcarse dentro del régimen de obras bajo un contrato de trabajo.

iii.- Obra por Encargo: Son aquellas “(...) que se hacen en cumplimiento de un convenio por el cual se encomienda al autor que, a cambio del pago de una remuneración, cree determinada obra para ser utilizada en la forma y con los alcances estipulados (...) El autor que acepta el encargo ejecuta su prestación libremente. Le corresponde la titularidad originaria sobre su obra y goza en plenitud de las facultades que integran su derecho en ambos aspectos: moral y patrimonial, aunque puedan encontrarse excepciones aisladas y puntuales (...) El comitente solo puede efectuar la explotación prevista en el contrato de obra por encargo aun cuando el autor reciba indicaciones sobre la temática, los lineamientos principales e, incluso, sobre el título, y aunque estos elementos tengan originalidad, pues el derecho de autor protege creaciones formales (...)”¹⁵¹, agregándose en un pie de página que “(...) Tales indicaciones no tienen virtualidad para transformar al comitente en autor, salvo en la situación, ciertamente excepcional, en que las instrucciones sean tan completas y precisas que la tarea de ejecución de la obra consista en un trabajo puramente *material* (...)”¹⁵².

Este tipo de obras tiene bastantes similitudes con la obra creada bajo un contrato de trabajo, por lo que consideramos relevante destacar las diferencias entre una y otra. Para efectos de lo anterior el autor Andrés Ríos indica que las diferencias se expresan en el tipo de vínculo contractual, siendo la obra por encargo un vínculo propio de las relaciones reguladas por el derecho civil o

¹⁵⁰ *Ibíd.*,

¹⁵¹ *Ibíd.*, p. 145

¹⁵² *Ibíd.*,

comercial (no por el derecho laboral); el nivel de autonomía y creatividad del autor será más amplio en este tipo de obras que las sujetas a un contrato de trabajo, en la medida en que en éste último caso el autor debe cumplir órdenes que podrían afectar el contenido mismo de la obra (su forma, método de creación, extensión), en el caso de las obras por encargo si bien existen condiciones contractuales a las que debe sujetarse la elaboración de la obra ellas no implican en caso alguno una subordinación y dependencia respecto al comitente; la última diferencia que apunta en la materia es que en el caso de las obras por encargo es más fácil identificar la obra cuyos derechos se transfieren (vía presunción simplemente legal o derecho, dependiendo de la modalidad que adopte la legislación en cuestión), ello porque en los contratos de obra por encargo el objeto de este es la elaboración una o varias obras en específico, en el contrato de trabajo se especifican obligaciones pero no el detalle de las obras artísticas que podrían crearse¹⁵³.

La titularidad del derecho moral a la integridad de la obra también sigue estando en el autor de éstas, lo que no deja de estar exento de problemas. Ello porque en la actualidad puede constatarse fácilmente, como un hecho público y notorio, que las creaciones pueden resultar de la combinación de éstas modalidades. Pensamos en el caso de una obra por encargo, en el que las personas naturales que deben realizar la obra se encuentra bajo la subordinación y dependencia del quien ha tomado por sí el encargo. De modo que cobra sentido la expresión introductoria de Antequera sobre la materia al señalar que al respecto de las obras por encargo “(...) son también válidas las consideraciones expuestas en cuanto a que si el comitente fuera quien creara la obra, no contrataría al autor (...)”¹⁵⁴.

¹⁵³ RÍOS PINZÓN, Andrés, op.cit (n. 146)

¹⁵⁴ ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, op.cit (n.4), p.122

El artículo 8° de nuestra ley nacional de propiedad intelectual establece una presunción legal, salvo pacto en contrario de cesión de los derechos de explotación de aquellos programas de ordenador que fueron elaborados bajo el contexto de un contrato de trabajo o bien encargada por un tercero. La titularidad de la integridad de la obra queda en los autores de esta, pero ésta situación jurídica no está exenta de problemas.

En consideración a esos problemas, creemos que el concepto de obras multimedia (también denominadas producciones multimedia) forma parte de los ejemplos en que se puede combinar una modalidad de contrato de trabajo de los autores que crean la obra, y la obra por encargo que hace un tercero a esa persona que cuenta bajo su subordinación y dependencia a los autores, complejizando el escenario. Delgado define a las producciones multimedia (no a las obras) como “(...) todo soporte en el que hayan sido almacenados, en lenguaje digital y en número no inferior a dos de diversos géneros, textos, sonidos,, imágenes fijas y en movimiento, que pueden constituir la expresión de obras literarias, musicales, ´visuales´(de las artes plásticas y fotográfica) y audiovisuales, preexistentes o creadas para su explotación a partir de tales soportes, cuya estructura y acceso están gobernados por un programa de ordenador que permite la interactividad respecto de dichos elementos (...)”¹⁵⁵. Agrega que dicha noción se aplica a una variedad de productos muy vigentes en tráfico jurídico, desde videojuegos, publicaciones electrónicas, enciclopedias, biografías, ensayos, colecciones de museo, estudios científicos, y otras para aprendizaje de idiomas y en general la enseñanza. Cuando se explotan como mercancías se hace mediante copias off line, en CD ROM, o en CDI, por servicio de difusión en redes (on line), o combinando dichas formas¹⁵⁶.

¹⁵⁵ DELGADO, Antonio D., op.cit (n.122), p.70

¹⁵⁶ *Ibíd.*,pp.73-75

Sin embargo para estas producciones sean consideradas obras es necesario que "(...) su contenido típico represente unitariamente, en todo su complejo, la concreta exteriorización formal de una creación intelectual atribuible a una persona o grupo de personas y dotada de originalidad (en el sentido de que es creación se individualice en virtud de una concepción personal de su autor o autores). La originalidad así entendida habrá de apreciarse en ese programa, bien en la propuesta de interactividad (plan de acceso y de recorrido no secuencial) (...), bien en esa misma propuesta pero relacionada únicamente con la estructura (‘selección o disposición’) de los datos (...)"¹⁵⁷.

El mayor problema identificado es respecto a la titularidad del derecho a la integridad de la obra, por ejemplo ¿Quién es el autor, quien puede reclamar su ejercicio? ¿Quiénes de los que son autores son los que han puesto su concepción personal en la obra, susceptible de reclamarse y protegerse por el derecho moral a la integridad de la obra? No queda duda cuando este tipo de obras usan obras preexistentes, que pueden afectar derechos de músicos y artistas en general; pero como se reclama la integridad de la obra cuando lo que la hace original es el aporte hecho por quien aportó el elemento de la interactividad. Honestamente se nos presenta dificultoso imaginar un escenario de infracción al respeto a la integridad de la obra, lo que no excluye la posibilidad que se concrete en la realidad.

3. Regulación Positiva del Derecho de Integridad

Las transacciones jurídicas de hoy no pueden desligarse de su contexto económico (que a su vez es eminentemente internacional), por ello, es clave una referencia general al marco internacional que regula la materia; en

¹⁵⁷ *Ibíd.*,

búsqueda de criterios comunes. La descripción sucinta de ambas concepciones (Copyright y Derecho de Autor) nos ayudará en la tarea por delimitar nuestro objeto de la investigación, el derecho moral de integridad.

Así entonces, en ésta rama del derecho podemos ver dos grandes tendencias mundiales al respecto de su concepción: “(...) En los países de tradición jurídica angloamericana (o de common law) el derecho de autor se denomina *copyright* (literalmente, derecho de copia), expresión que alude a la actividad de explotación de la obra por medio de su reproducción (...)”¹⁵⁸. Luego para los países que reivindican la tradición continental del derecho, latina o romano-germánica “... se tiene una concepción marcadamente personalista de la materia, se ha acuñado la expresión *droit d’auteur* (derecho de autor) que alude al sujeto de derecho, al creador, y, en su conjunto, a las facultades que se le reconocen”¹⁵⁹.

Los instrumentos internacionales tienden a armonizar y congeniar ambas concepciones, por su parte cabe destacar en éste punto, Chile se acoge al Derecho de Autor, en el cual las facultades del “*droit d’auteur* son “... por un parte, de carácter personal y extrapatrimonial y de duración, en principio, ilimitada (derecho moral) y, por otra, de carácter patrimonial y de duración limitada (derecho patrimonial)”¹⁶⁰

3.1.- Instrumentos Internacionales

¹⁵⁸ LIPSZYC, D., op.cit (n.45), p. 18.

¹⁵⁹ *Ibid.*,

¹⁶⁰ *Ibid.*, pp. 18-19

3.1.1.- Convenio de Berna: De conformidad al marco de regulación internacional, el instrumento por excelencia que regula ésta materia es el Convenio de Berna, específicamente en su **artículo 6 bis** indicando que el derecho moral a la integridad de la obra corresponde al **derecho a oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la misma o a cualquier atentado a la misma que cause perjuicio a su honor o a su reputación.** Ello pues los otros tratados a los que nos referimos no tratan directamente el tema de los derechos morales, aunque podría entenderse que en el caso del WCT y el WPPT se incluirían por remisión al Convenio de Berna¹⁶¹, y en el caso de los ADPICs si bien se incorporan los artículos 1 a 21 del Convenio de Berna pero que respecto del artículo 6 “(...) fue objeto de ciertos arreglos para hacerlo facultativo! (...)”¹⁶².

Establecido que existen dos grandes regímenes en la materia, es importante ahondar en el marco jurídico internacional que existe. Un enfoque teniendo en cuenta los instrumentos jurídicos internacionales se torna clave toda vez que “(...) La explotación de las obras protegidas por el derecho de autor ha tenido desde siempre una vocación universal, por ello resulta necesario establecer garantías mínimas para los autores en los territorios donde se utilice su obra. Fue así como a fines del siglo XIX surgió la necesidad de establecer tratados multilaterales, pues que para 1886 tanto el sistema bilateral que había reinado hasta el momento como la protección a nivel nacional resultaban del todo insuficientes de cara al uso y explotación de obras en los diferentes territorios (...)”¹⁶³. En éste contexto es que en 1886 surge el principal de los tratados en la

¹⁶² MASOUYÉ, Patrick, “Cronica Internacional ‘El Derecho de Autor agoniza...viva el derecho...de aquellos que lo utilizan’...”, Reveu Internationale Du Droti D’ Autheur , v 0,(N° 222), 2009, p. 204.

¹⁶³ MAHÚ, Jorge, “Ley Aplicable y Jurisdicción competente en el entorno digital. Hacia un Derecho internacional privado del derecho de autor en Chile”. Revista Iberoamericana de Derecho de Autor, Volumen 5 (No.9), enero/junio, 2011.

materia, el Convenio de Berna para la Protección de Obras Literarias y Artísticas; aun vigente y que rige en Chile y en la mayoría de los países del orbe.

Durante el estudio de cómo en definitiva se introdujo al continente latinoamericano la necesidad de legislar sobre esta materia y sobre el mismo Convenio de Berna, los antecedentes nos llevan al Convenio de Montevideo, y al respecto del cual se nos ilustra de la función de los instrumentos jurídicos internacionales : “(...) para elaborar soluciones jurídicas destinadas a la internalización del derecho de autor, y es a este nivel como nos damos cuenta de que las esferas internacional y nacional pueden vincularse de diferentes maneras (...) No es solamente una preocupación sociológica y económica dirigida a promover el desarrollo de una pluralidad de literaturas nacionales lo que estaba ligado a que el derecho de autor naciera en su dimensión internacional: el potencial para construir esos vínculos englobaba un abanico de posibilidades sobre la acción internacional. ***Como nociones y como depositarios de derechos, ‘la obra’ y ‘el autor’ se podrían moldear y esculpir conforme a ‘ciertos puntos de vinculación’ para que adquirieran su dimensión internacional’*** (...)”¹⁶⁴

Se dice que las denominaciones “Copyright” y “Derecho de autor” se han intentado compatibilizar a través del Convenio: “... el Convenio de Berna¹⁶⁵ (en

Cita de la editorial del volumen Año 5-No.9- enero/ junio de 2011 Revista Iberoamericana de Derecho de Autor. Ver referencia bibliográfica del texto de MAHÚ, Jorge, “Ley aplicable y jurisdicción competente en el entorno digital. Hacia un Derecho internacional privado del derecho de autor en Chile”.

¹⁶⁴ BELLIDO, José, op. cit (n.100), p. 26. Negritas cursivas nuestras

¹⁶⁵ Fundándonos en una aseveración de la autora WALKER ECHENIQUE, Elisa., “Manual de Propiedad Intelectual”.1° Edición, Chile, Legal Publishing, 2014; reforzamos ésta idea contenida en la obra Lipszyc; la que precisa en qué términos se genera ésta compatibilización ilustrando el caso de las diferencias que son permitidas por el Convenio de Berna en la regulación de los

el que predomina la concepción continental), así como de los trabajos de uniformación legal que se realizan en el seno de la Comunidad Económica Europea”¹⁶⁶. Dicha compatibilización tiene que ver con las puntuales y marcadas diferencias entre las diferentes regulaciones: “...el Estatuto de la Reina Ana, el sistema angloamericano del copyright vigente en los países de tradición jurídica basada en el common law (Reino Unido y países de Commonwealth, Estados Unidos de América, etc), orientado comercialmente, atiende a la regulación de la actividad de explotación de las obras”¹⁶⁷. Hay autores que se muestran en completo desacuerdo con la aseveración de que el Convenio logró la uniformación de legislaciones, y la cuestionan fuertemente; como el caso de Jorge Mahú, quien denuncia la falta de normas sustantivas uniformes¹⁶⁸ en esta materia en el plano internacional, y por tanto da cuenta del hecho que son múltiples las soluciones nacionales que pueden existir para un problema de similares características.

3.1.2.- Otros Instrumentos: En la actualidad la regulación internacional del derecho autor es fundamental y fue bastante fructífera; en primer lugar por la conciencia de que el derecho de autor tenía un valor económico importante en los bienes culturales sobre todo en el caso de los países exportadores y por

Derechos Morales de las naciones que lo suscriben: “(...) en el artículo 6 bis.2 indica que los derechos morales serán mantenidos después de la muerte del autor, por lo menos hasta la extinción de sus derechos patrimoniales. Luego agrega que ‘los países cuya legislación entre en vigor en el momento de la ratificación de la presente Acta o de la adhesión de la misma, no contenga disposiciones relativas a la protección después de la muerte del autor de los derecho morales, ‘tienen la facultad de establecer que alguno o algunos de esos derechos no serán mantenidos después de la muerte del autor’.

¹⁶⁶ LIPSZYC,D., op.cit. p. 39

¹⁶⁷ *Ibid.*, pp. 39-40

¹⁶⁸ Por este autor se afirma que tal ausencia de normas materiales en los instrumentos internacionales, en torno a soluciones precisas que obligan en caso de conflicto necesariamente a recurrir a normas nacionales; las que por cierto no son uniformes; sumado a ello el Convenio de Berna establece el principio de soberanía legislativa (artículo 19) por el que básicamente se “ reconoce la autonomía de los Estados para determinar, en definitiva, el alcance de protección a las obras y prestaciones amparadas por los derechos conexos “. Ver en “Ley Aplicable y Jurisdicción competente en el entorno digital. Hacia un Derecho internacional privado del derecho de autor en Chile”

tanto “(...) las obras del ingenio no podían quedar totalmente al margen de las reglas que rigen el comercio internacional. Esto llevo a incluir a los ADPIC en la OMC (...)”¹⁶⁹. Un segundo factor que llevo a una actualización de su regulación fue la llamada revolución numérica, “(...) su aparición obligaba a adoptar una protección de las obras, prestaciones de los intérpretes y fonogramas adaptada al nuevo entorno (...)”¹⁷⁰. La estrategia de los países desarrollados para la suscripción del acuerdo en ésta materia es calificada por algunos autores como brillante; dado que si un país deseaba las ventajas contenidas en el GATT - como la baja en los aranceles- sobre las exportaciones de sus productos para los Estados miembros de la OMC, tenía la obligación jurídica de garantizar la protección de la propiedad intelectual de esos estados miembros, suscribiendo el ADPIC¹⁷¹.

i.- ADPICS: Los avances que consiguieron los ADPICS en la materia son que mejora el umbral de protección de base ofrecida por el Convenio de Berna, incorporando por referencia los artículos 1 a 21 (lo que es un gran avance pues habían miembros de la OMC que no lo habían suscrito). En segundo lugar tenemos el aspecto sancionatorio – el que a diferencia de Berna (en su artículo 16)- dispone un amplio arsenal que trata en detalle los recursos, las reglas de la prueba, los derechos a defensa, etc con respecto al problema de la piratería y la poca efectividad de los instrumentos internacionales en la materia. Finalmente establecen un mecanismo destinado a garantizar el respeto de las obligaciones; cuestión sin precedentes en materia de propiedad intelectual internacional; confiere un “derecho de inspección” a los diversos estados sobre las leyes y prácticas de los demás países miembros; con miras a que el

¹⁶⁹ NABHAN, Victor “Veinte años de derecho de autor en la escena internacional: Balance y Perspectivas”, Reveu Internationale Du Droit D’Auteur, v 0,(N° 225), 2010, p. 206 y 204

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 206.

¹⁷¹ *Ibid.*, p. 210.

“inspeccionante” pida medidas de rectificación adecuadas (modificación de leyes internas) y aplicar sanciones en caso de no respeto por otro estado miembro.¹⁷²

ii.- WCT y WPPT: Luego el WCT o Tratado de la OMPI sobre derecho de autor junto con el WPPT o Tratado de la OMPI sobre interpretaciones y ejecuciones de fonogramas vinieron a regular propiamente tal los avances que generó la revolución numérica y el Internet; el elemento más importante de los denominados tratados internet versó sobre las medidas de protección en torno al acceso y utilización de las obras, fonogramas e interpretaciones. Finalmente debemos agregar- solo como un elemento- que ninguno de estos tratados incluye protección de los artistas intérpretes o ejecutantes en lo que concierne a las fijaciones audiovisuales de sus prestaciones (solo consideran las prestaciones “en vivo” o fijadas en fonogramas). Es solo un elemento a agregar debido a que nuestra problemática jurídica no se centra en los derechos conexos propios de los artistas intérpretes, además de que ninguno de estos dos tratados regula la cuestión de los derechos morales (directamente en su texto al menos).¹⁷³

iii.- Tratados de Libre Comercio: De acuerdo con Victor Nabhan el apogeo de regulación internacional que se vio con los ADPIC y los tratados que se siguieron hoy alcanza un triste reflujo. Los países del tercer mundo tardan en cumplir los compromisos asumidos, producto de que estimaron entonces que “(...) en el marco de un tratado que predicaba el ‘libre cambio’, los intercambios no son tan libres como se desea: sus productos agrícolas se enfrentan a un vigoroso proteccionismo en forma de aranceles elevados y de una política de subvenciones agresiva que tienen por efecto cerrarles los mercados de los

¹⁷² *Ibíd.*, pp. 212 y 214

¹⁷³ Según Víctor Nabhan en *Ibíd.*, p. 220.

países desarrollados (...) Con estos nuevos datos geopolíticos, la propiedad intelectual pasa a ser un elemento que forma parte de una estrategia comercial global que los países en desarrollo van a utilizar para defender sus intereses (...)”¹⁷⁴. El autor menciona a continuación una serie de instancias internacionales que adelante y hasta hoy fracasan; sigue pendiente una regulación para los artistas intérpretes y ejecutantes; y no puede avanzarse en otras materias ya reguladas (debido a reglas de unanimidad que existen en los instrumentos internacionales para incorporar reformas y la desconfianza que tienen en los países del tercer mundo con los del primer mundo).¹⁷⁵

Con cimientos en éste reflujo, es que la regulación internacional que hemos visto en el último tiempo no nace de los órganos internacionales creados para este efecto, sino en acuerdos bilaterales como los TLC; que están “(...) fuera de las instancias naturales que son la OMPI o la OMC (...)”¹⁷⁶. Aunque de todas formas históricamente ése fue el método para la suscripción final de países latinoamericanos al Convenio de Berna, y podría serlo para alguna nueva reforma más universal al respecto¹⁷⁷.

El TLC con EEUU es una piedra angular en todo el marco internacional de regulación, veremos la importancia del régimen estadounidense a continuación; pero a grandes rasgos, podemos aseverar que ésta regulación es fiel al espíritu de proteger a la industria que comercializa con los activos intelectuales, e involucró la modificación de una serie de instituciones como el plazo de protección, normas de observancia al derecho de autor y conexos, mayor

¹⁷⁴ *Ibíd.*, p. 224.

¹⁷⁵ *Ibíd.*, p. 232

¹⁷⁶ *Ibíd.*,

¹⁷⁷ La historia para la suscripción de latinoamericana para el convenio de Berna estuvo antecedida de muchos tratados internacionales bilaterales, antes de que se sumaran de lleno a esa regulación. Ver más al respecto en BELLIDO, José, *op.cit* (n.100).

regulación a los servicios proveedores de internet y su responsabilidad, medidas de protección tecnológica, regulación de la ingeniería inversa y de la gestión colectiva. Se le denomina también ADPIC plus, por el mayor estándar de protección que implica con respecto a los ADPICs¹⁷⁸. Hacemos esta breve referencia por esta regulación clave se entronca con las transferencias posibles dentro del derecho de autor, si bien no cambiaría en general la titularidad del derecho moral a la integridad de la obra; si pone un contexto que debe tenerse a la vista. Finalmente creemos pertinente señalar que el TPP (Acuerdo Estratégico Transpacífico) que se encuentra en regulación no presenta cambios en cuanto a la titularidad o tratamiento siquiera del derecho moral a la integridad de la obra, si no que más bien profundiza aspectos ya abordados en el TLC con EEUU en la materia (lo que no son de nuestro objeto analizar de manera exhaustiva)¹⁷⁹

3.2.- Legislaciones Comparadas.

3.2.1.- España: Respecto de las legislaciones nacionales que investigamos, las cuales unas y otras se inscriben en el régimen de copyright y derecho de autor; tenemos en primer lugar el caso del derecho español, que en el **artículo 14.4** de su ley de propiedad intelectual se establecen los derechos morales. En España las obras que gozan de protección son “(...) todas las creaciones originales, literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte (...) ***El derecho de autor protege la forma de las obras del espíritu,***

¹⁷⁸ Respecto de las materias de regulación del TLC, se extrajeron del texto de JARAMILLO GAJARDO, Paula, “Acceso a la cultura y regulación de derecho de autor desde la perspectiva del Tratado de Libre Comercio Chile-Estados Unidos y el Acuerdo de Asociación Comercial con la Unión Europea”, *Revista del Magister y Doctorados en Derecho* (n°2), 2008, p. 73.

¹⁷⁹ A partir de la lectura del Acuerdo, en el recurso digital de la página web del Ministerio de Relaciones Exteriores < <https://www.direcon.gob.cl/tpp/capitulos-del-acuerdo/>>

*independientemente del soporte material (...)*¹⁸⁰. El artículo 14.4 de la ley española señala que “(...)’ **Corresponden al autor los siguientes derechos irrenunciables e inalienables. 4. Exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación**’ (...)¹⁸¹. Como vemos la norma en sí misma no brinda criterios objetivos en orden a determinar el umbral de su infracción, lo que complica a nuestra investigación, por ser nociones muy vagas las escrituradas en la norma nos lleva a una situación peligrosa pues por su vaguedad “(...) puede conducir a un tratamiento no igualitario de los autores. En efecto, en España precisamente existe el riesgo de que el derecho al respeto de la obra vaya sobre todo en beneficio de los autores que disfrutaban de mayor prestigio.

3.2.2.- Holanda: En el caso del derecho Holandés, su ley sobre derecho de autor (“Auteurswet”) data de 1912, año en el que también se suscribió al Convenio de Berna. Protege en su artículo 10.1 a las obras literarias, científicas o artísticas y da una lista de obras no exhaustiva. Por otra parte en su artículo 10.2 protege cualquier producción literaria, científica o artística sin importar cual sea su forma y modo de expresión. Respecto de los derechos morales, estos están regulados en su **artículo 25**¹⁸²

Nuevamente en el caso holandés nos encontramos con la misma vaguedad en torno a la regulación positiva de los derechos morales. Por ello es que recurrimos su jurisprudencia la que afirma ser “(...) una fuente de derecho muy

¹⁸⁰ GALLEGO, Albert “España: El derecho moral del arquitecto molestado por el interés público. Juzgado de lo Mercantil nº1 de Bilbao, 23 de noviembre de 2007, nº543/2007”. Reveu Internationale Du Droti D’ Autheur, v 0, (Nº 217), 2008, p.8.

¹⁸¹ *Ibíd.*, p. 8.

¹⁸² HUGENHOLTZ, P. Bernt, “Crónica de Holanda: el Derecho de Autor Holandés, 2001-2010”, Reveu Internationale Du Droti D’ Autheur, v 0, (Nº226), 2010,p. 282 y 284.

importante en Holanda en el campo del derecho de autor (...)”¹⁸³. Como elemento común a las sentencias revisadas en la crónica del derecho holandés es que el estándar de protección de ese derecho es mucho más laxo que en otros regímenes del derecho de autor: “(...) La noción de obra en la Auterswet encuentra sus límites desde el momento en que el carácter original propia de la obra no va más allá de los necesario para realizar un efecto puramente técnico (...)”¹⁸⁴.

El nivel de laxitud es tal que el tribunal superior de Holanda señala que “(...) para que una obra pueda estar protegida por el derecho de autor hay que distinguir dos criterios: la obra debe revestir un carácter original propio y llevar la marca personal de su autor (...) el primer carácter implica esencialmente ‘que su forma no debe ser copiada de otra obra’. El segundo criterio significa ‘que es necesario que haya una forma que sea el resultado de un trabajo creativo humano y de elecciones creativas, y que sea pues el producto del ingenio humano (...)”¹⁸⁵. Si bien en la sentencia se excluye explícitamente las formas banales o triviales sin creatividad, precisa que al respecto de la marca personal ésta debe revelarse y reconocerse en la obra misma; haciendo notar que sin embargo lo anterior “(...) el derecho de autor no exige ‘que el autor cree conscientemente la obra y que haga elecciones creativas deliberadas ya que eso haría pesar sobre las partes problemas de pruebas insuperables’ (...)”¹⁸⁶. Por todo lo anterior es que en Holanda se puede llegar a brindar protección bajo derecho de autor a cuestiones como perfumes o conversaciones grabadas.

¹⁸³ Ibid., p. 298.

¹⁸⁴ Ibid., p. 300.

¹⁸⁵ Ibid. p. 306.

¹⁸⁶ Ibid.,

Específicamente en el **art 25.1 letra d de la ley holandesa se protege el derecho moral a la integridad de la obra; en términos bastante amplios. Lo que lleva además a una interpretación también laxa de la cuestión.** En la sentencia del Hoge Raad (Tribunal Supremo) señaló que “(...) **la destrucción total de un objeto que contiene una obra protegida por el derecho de autor no puede calificarse como deformación de la obra**” pero que en el caso de originales, como construcciones, las circunstancias pueden obligar a que el propietario no realice la destrucción más que si tiene motivos razonables para hacerlo, teniendo en cuenta los intereses del autor, bien documentado lo suficiente la obra de arquitectura, bien dando al autor la posibilidad de hacerlo“(...)”¹⁸⁷

3.2.3.- Rusia: En el derecho ruso la regulación sobre esta materia se encuentra en su **Código Civil (Parte IV, título VII, Artículos 1225 a 1551)** ¹⁸⁸. Se establece en su regulación el “principio del creador”, por el que se entiende que el creador –que es quien origina la creación- no es otro que el autor. Los derechos morales se regulan el artículo 1228 y se entienden como inalienables y perpetuos, pero no está regulado el derecho a la integridad expresamente sino solamente el derecho a la paternidad sobre la obra “y otros derecho inalienables”. Ya en el **artículo 1255.2** sí encontramos una mención al derecho de integridad de la obra en su **numeral 4 “la inviolabilidad de la obra”**, ello como parte de la última reforma en la materia de acuerdo con el texto de Adolf Dietz: “(...) en lo concerniente al primer “pilar” del Derecho de Autor (material) con la reglamentación más sistemática y amplia de los derechos morales de autor, se ha aportado una mejora notable principalmente en cuanto al derecho a la preservación de la integridad de la obra (pravo na neprikoznovennost’

¹⁸⁷ *Ibíd.*, p. 322 y 324. Negritas y subrayado nuestro

¹⁸⁸ DIETZ, Adolf, “Reglamentación del derecho de autor en el marco de la nueva sección IV del Código Civil Ruso: un texto legislativo importante pero parcialmente problemático”, *Reveu Internationale Du Droit D’Auteur*, v 0, (Nº 216), 2008, p. 126

proizvedenija) (...)”¹⁸⁹. El contenido mismo y en detalle se encuentra regulado en el artículo 1266 del Código Civil Ruso y es una de las normas más completas de las que revisamos.¹⁹⁰

3.2.4.- Colombia: Es también un ordenamiento que se adscribe al régimen del derecho de autor; por ello es que la titularidad se define en la persona del autor, quien es “(...) la persona física que realiza la creación intelectual (...) Hablamos de una titularidad originaria, pues su fuente inmediata deviene del mero acto de creación de la obra y no de un título translaticio de derecho (...)”¹⁹¹

Los derechos morales se regulan en el **artículo 30 de la ley n°23**. Respecto del **derecho de integridad señala en su letra b;** que este **es un derecho perpetuo, inalienable e irrenunciable que consiste en “oponerse a toda deformación, mutilación u otra modificación de la obra, cuando tales actos**

¹⁸⁹ *Ibíd.*, p. 146.

¹⁹⁰ Transcribimos el artículo de la página de la OMPI: Article 1266. Inviolability of a Work and Protection of a Work from Distortion

1. The changes, abridgements, or additions to a work or the provision of a work in its use with illustrations, a foreword, or an afterword, commentaries or any explanations shall be not allowed without the consent of the author (inviolability of a work). In the use of a work after the death of the author, the person possessing the exclusive right in the work shall have the right to allow changes, abridgements or additions to the work, on the condition that this does not distort the thought of the author and does not disturb the completeness of the perception of the work and does not contradict the desire of the author specifically expressed by him in a will, letters, diaries, or other written form.

2. Perversion, distortion or other change in the work impugning the honor, dignity, or business reputation of the author and an attempt at such actions shall give the author the right to demand protection of his honor, dignity or business reputation in accordance with the rules of Article 152 of the present Code. In these cases, on demand of interested persons, protection is permitted for the honor and dignity of the author even after his death.

¹⁹¹ RÍOS PINZÓN, Andrés, *op. cit* (n.146), pp. 239 y 249.

puedan causar o acusen perjuicio a su honor o reputación, o la obra se demerite, y a pedir reparación por esto”. ¹⁹²

Hoy en día es común que tales obras se realicen por encargo o por medio de un contrato laboral y por tanto opere una presunción de titularidad de los derechos patrimoniales a favor del empleador; o en el caso chileno (como por ejemplo en las obras que califiquen como cinematográficas) opere una presunción a favor del productor. Sabemos que en las legislaciones de derecho de autor los derechos morales son personalísimos, también en el caso colombiano; sin embargo existe una normativa que llamó profundamente nuestra atención no solo por ser plenamente atingente a nuestra problemática jurídica sino porque el artículo 20 de la Ley 23 de 1982 reconoce “(...) una legitimación para la defensa de estos por parte del comitente y del empleador (...) Así lo dispuso el artículo 28 de la Ley 1450 de 2011: “El titular de las obras de acuerdo a este artículo podrá intentar directamente o por intermedia persona acciones preservativas contra actos violatorios de los derechos morales informando previamente al autor o autores para evitar duplicidad de acciones”¹⁹³. Es una norma bastante explícita y única en los regímenes del derecho de autor que analizamos.

3.2.5.- Francia: Para terminar la exploración por las legislaciones nacionales de derecho de autor, veremos la que es históricamente por excelencia, la guardadora de los derechos morales. La normativa francesa es una de las más sobrias, pese a que es el ordenamiento en donde más casos y estudios encontramos en torno a la cuestión de los derechos morales y específicamente del derecho moral a la integridad de la obra. Los derechos morales en ésta ley se encuentran regulados en el artículo 121-1 del Código de Propiedad Intelectual, donde se explicita el carácter inalienable, perpetuo e imprescriptible

¹⁹² Ver artículo en ley colombiana: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=3431>

¹⁹³ RÍOS PINZÓN, Andrés, op. cit (n.146), pp. 273 y 274.

del derecho al respeto de su nombre, su calidad y su obra, aunque el contenido es escueto, la producción jurídica en torno a su norma en términos doctrinarios como jurisprudenciales es de las más fructíferas del planeta.

Respecto a lo anterior Frédéric Pollaud-Dulian se pregunta: “(...) ¿En qué consiste el espíritu de la obra? Ante todo, una obra se presenta como una forma, acabado o no, cuya integridad debe ser protegida. Si dicha obra está acabada, nada se puede agregar ni cercenar sin el acuerdo previo del autor (...) la Corte de Casación ha asumido en una sentencia del 24 de febrero de 1998 y (...) recordada en 2006 en la segunda sentencia ‘On va fluncher’: ‘el respeto que se debe a la obra prohíbe hacerle cualquier alteración o modificación, fuere cual fuere la importancia de ésta’ (...)”¹⁹⁴.

Debido a la sobriedad de la norma es necesario recurrir a la doctrina y jurisprudencia que en base al derecho escrito nos ayudan a dilucidar el contenido de la integridad de la obra, el derecho a su respeto, la noción del espíritu de la obra que delimite ese marco a respetar, o bien para delimitar donde exactamente ocurre la infracción.

El “espíritu de la obra” parece ser compuesto por las emociones que ha querido el autor que ella evoque o exprese, su carácter (el que puede ser artístico, filosófico, polémico, etc), su estilo; todos estos elementos parecen contener a la forma y le otorga en última medida a ésta su sentido¹⁹⁵. Apreciamos cómo el contenido de éste derecho en Francia reside en la concepción misma de éste régimen y su devenir hasta su actual desarrollo histórico: “(...) **el derecho de autor es antes que nada el derecho del autor, es el derecho del creador sobre su obra.** Esta propiedad inicial, de la cual el autor jamás se deshace totalmente, (aunque solo sea respecto a los atributos morales, inalienables e

¹⁹⁴ POLLAUD-DULIAN, Frédéric, op. cit (n.89),p.102

¹⁹⁵ Ibid., p. 104.

imprescriptibles) se apoya en la idea de que **la obra es la emanación de la personalidad del autor, obra que sin él no existiría**. Lo que caracteriza una obra y le confiere una individualidad propia es, precisamente, la huella de la personalidad del que la crea, ese impregnarse de la obra del propio ser del autor al crearla, es un suma su forma original (...)¹⁹⁶.

A continuación, seguiremos con las legislaciones comparadas del copyright.

3.2.6.- Reino Unido: El caso del Reino Unido es especial en la medida en que en principio no consagraba los derechos morales y la regulación siempre ha sido de índole exclusivamente patrimonial, pero hoy podemos hablar de una flexibilización de su régimen y su consecuente acercamiento al derecho continental¹⁹⁷, **en 1988 el Reino Unido reguló a los derechos morales en la Copyright, Designs and Patents Act**. Es un hito relevante en la protección a los derechos del creador de la obra pero es válida la siguiente interrogante: “(...) ¿cuál era el estatuto de esta noción en el seno del sistema británico? Por lo que parece, desde una órbita conceptual, los derechos morales de los autores no podían emanar de derechos establecidos esencialmente bajo la forma de prerrogativas patrimoniales. De hecho, ha sido admitido en el Reino Unido que es difícil dar una explicación coherente de estos dos tipos de derechos sin caer en una contradicción jurisprudencial. Quizá los derechos morales no puedan aprehenderse más que como prerrogativas establecidas en el marco del sistema tradicional (...)¹⁹⁸.”

Sumado a lo anterior está el tema de cómo se considera en el Reino Unido la originalidad de la obra, lo que no es una cuestión menor al recordar cómo es

¹⁹⁶ ZOLLINGER, Alexandre, op. cit (n.39), p. 16. Negritas y subrayado nuestro.

¹⁹⁷ SAKATA, Hitoshi, op.cit (n.104), p. 2

¹⁹⁸ *Ibíd.*, p. 4.

que ella se liga con el refrendado “espíritu de la obra”. Para la legislación británica “(...) el concepto de originalidad es distinto de de la Europa continental y que ilustra la prioridad que se les acuerda a los derechos patrimoniales para determinar los criterios en cuanto a la originalidad (...) El trabajo, el saber hacer o destreza y el juicio ejercidos por el autor y contemplados como los elementos de la originalidad de la obra, son la condición para reconocerla como tal. El copyright británico no ha adoptado los criterios que en Europa continental pueden ser vistos como elementos de la creación intelectual (y que aparecen en el nivel mínimo de condiciones sobre creatividad en Alemania o en la huella de la personalidad del autor en Francia). De lo que resulta, por ejemplo, que en algunos casos la originalidad de ciertas compilaciones podría reconocerse en razón del ‘trabajo rutinario’ realizado (...)”¹⁹⁹.

Este cambio en la noción de originalidad se dio en el contexto de garantizar la protección de las bases de datos de la Unión Europea, y debió plegarse a la noción de “creación intelectual propia al autor”²⁰⁰. Otros autores señalan que fue para dar conformidad con el Convenio de Berna²⁰¹. De cualquier modo este cambio lleva a afirmar a Hitoshi Sakata que “(...) No es pues exagerado afirmar, que la concordancia jurídica que el sistema británico ha debido asumir con la Europa continental, aún obligándola a enfrentarse a una contradicción interna, constituye el destino histórico al cual ha tenido que someterse el copyright británico (...)”²⁰². Aun no estamos completamente de acuerdo con ésta afirmación, en primer lugar porque existen elementos que podrían indicar un proceso contrario a los pilares del derecho continental en la materia y en segundo lugar porque de acuerdo con Antonio Delgado existiría entre ambos

¹⁹⁹ *Ibíd.*, p. 6.

²⁰⁰ *Ibíd.*,

²⁰¹ TEILMANN-LOCK, Stina, *op.cit* (n.17), p. 10

²⁰² SAKATA, Hitoshi, *op.cit* (n.104), p. 6.

sistemas (copyright y derecho de autor) una unidad de fondo del sistema y una dualidad funcional²⁰³

En concreto los derechos morales en Reino Unido rigen para dibujos, modelos y patentes. Se consagra el derecho a la integridad en el artículo 80 de la mencionada ley, como un derecho a oponerse el autor a cualquier tratamiento que atente contra su obra.

No ha dado lugar a mucha jurisprudencia como comenta Stina Teilmann-Lock, a diferencia de lo que sucedió con el derecho a la paternidad el que sí dio lugar a ella; la autora advierte que puede deberse a que ha ocurrido un grosero traslado de normativa:

“(…) las connotaciones del término ‘moral’ en inglés son muy diferentes de las del adjetivo ‘moral’ en francés. En Francia, los derechos morales no se refieren a asuntos éticos o de conciencia como podría pensarlo un angloparlante. Según el diccionario, ***el adjetivo ‘moral’ en la expresión ‘droit moral’ (derecho moral) significa todo aquello que ‘se relaciona con el espíritu, con el pensamiento’, por oposición a lo relacionado con el mundo material.*** Por consiguiente el derecho moral ***protege los intereses intelectuales (o geistliche) espirituales del autor en relación con su obra, por oposición a otros intereses, principalmente económicos.*** En Francia, un derecho como éste es inalienable. **Según la ley británica, cada autor debe reivindicar ese derecho respecto a cada obra; la inexistencia de tal reivindicación parece hacer inoperante cualquier reivindicación posterior por parte del autor acerca de su calidad de autor sobre la obra.** Una consecuencia- a la vez, lógica y absurda- es que, según la ley británica, el autor puede optar por renunciar a sus derechos morales. De este modo y de conformidad a la ley británica, es necesario que se reivindique el derecho para que adquiera la calidad de oponible; si no se reivindica, la ley puede presuponer que el

²⁰³ DELGADO, Antonio P, op.cit (n.90)

interesado ha decidió renunciar a su derecho moral de que se le identifique como autor (...)²⁰⁴

3.2.7.- Estados Unidos: Para finalizar con esta parte de la investigación analizaremos el caso norteamericano a continuación. Heredero de la tradición inglesa, por haber sido su colonia, el copyright norteamericano tampoco considera a la obra como una extensión de la personalidad del autor y por lo tanto no era consecuente una regulación sobre los derechos morales. De acuerdo con Camilo Mirosevic fue la internacionalización del Convenio de Berna que llevo a la Berne Convention Implementation Act de 1998 de Estados Unidos, pero la cual excluyó del todo a estos derecho extrapatrimoniales y se mantuvo – a diferencia del caso inglés- completamente fiel a su tradición (quizás la diferencia sustantiva entre una y otra nación estuvo la pertenencia de Reino Unido a la Unión Europea). ***Recién en 1990 en la Visual Artist Act se reconocen ciertos derechos morales a los creadores de dibujos, fotografías, esculturas y análogos; y dentro de los cuales tenemos el derecho moral a la integridad de la obra.***

Sin embargo es importante destacar el apunte de Antonio Delgado sobre esta materia en cuanto a que “(...) en ese marco economicista y de excepcionalidad jurídica de inspiración primordialmente positivista que representa el sistema del copyright, parece lógico que no encuentre fácil acomodo la protección ‘moral’ del autor, que se deja al Derecho común (common law) tal como está en la ley de Estados Unidos (...)²⁰⁵. Por lo que, bajo la consideración como derecho humano del derecho moral a la integridad, dicha prerrogativa estaría cubierta por las normas del derecho común estadounidense.

²⁰⁴ TEILMANN-LOCK, Stina, op.cit (n.17), p. 12.

²⁰⁵ DELGADO, Antonio D., op.cit (n.12), p. 67-82

Ateniéndonos a la regulación propia del copyright, **en la ley de los artistas visuales se consagra el derecho a la integridad de manera bastante completa.** Es el **derecho a oponerse a cualquier mutilación, distorsión, modificación que pueda dañar su honor o reputación; siempre que se trate de un acto intencional que fuese perjudicial a su honor o reputación (lo que es un estándar más alto que otras legislaciones nacionales).** Y cuando tales actos impliquen la destrucción de la obra, tal destrucción debe ser respecto de una obra de un estatus reconocido o derivado; y si es que no tiene estatus, de un acto de grosera negligencia. Además en caso de que la modificación que sufre la obra deriva del paso inherente del tiempo sobre sus materiales no es una distorsión; pero tampoco lo es en caso de que la modificación derive de la preservación de la obra (salvo que se trate de una grosera negligencia); una última excepción al derecho moral de integridad es quizás la más amplia, y es que no se entenderá vulnerado el derecho cuando derive del uso por el derecho patrimonial de reproducción, representación o narración o cualquier otro uso de la obra; puesto que en tales usos no implica una vulneración. Se puede renunciar por los artistas sus derechos, pero esta debe ser expresa y por escrito y no bastando la mera transferencia de derecho patrimoniales para entender la renuncia.²⁰⁶

3.3.- Normativa Chilena

Sabemos que Chile se adscribe a la concepción continental en esta materia. Podemos entender -a partir de la lectura de la ley- que esta considera al autor como la persona natural que crea la obra (a partir de la definición del artículo 5 sobre obra individual), además el artículo 7 de la ley de propiedad intelectual

²⁰⁶ Según lo explicitado en detalle por el recurso en línea <<http://www.law.cornell.edu/uscode/text/17/106A>>

chilena se refiere a la titularidad originaria donde considera que la ostenta el autor de la obra”. Sin embargo no se establece en el cuerpo legal chileno una norma sobre un requisito de originalidad sobre la creación, pareciera ser (de su simple lectura) que el estándar de protección que otorga nuestra ley es bastante bajo en cuanto a requisito de originalidad se refiere; lo que -como expusimos latamente en cuanto al contenido y definición del derecho moral, y en específico en lo referido a la integridad de la obra, e incluso en cuanto a su regulación en legislaciones comparadas- no es menor ya que la originalidad pareciera estar íntimamente ligada con el “espíritu de la obra” y consecuentemente con el contenido del derecho a integridad.²⁰⁷

El derecho de Integridad se ubica dentro de los derechos morales que ostenta el autor de una obra, y la ley chilena lo regula en su artículo 14 como el derecho exclusivo del autor a oponerse a toda **“deformación, mutilación u otra modificación hecha sin expreso y previo consentimiento”**. Además el mismo artículo en su numeral segundo establece excepciones a la hipótesis normativa señalando que **“no se considerarán como tales los trabajos de conservación, reconstitución o restauración de las obras que hayan sufrido daños que alteren o menoscaben su valor artístico”**. Puede verificar que, como en el resto de las legislaciones, es difícil delimitar su contenido por la mera lectura de su regulación, por ello deberemos recurrir a la historia de su consagración.

La forma de la normativa anterior es muy propia del régimen a que adscribe el ordenamiento chileno, pero ello no siempre fue así; de hecho las primeras regulaciones en la materia y que fueron constitucionales regulan a este derecho

²⁰⁷ Encontramos el artículo 1° de nuestra ley de propiedad intelectual que señala que recibirán protección por derecho de autor “por el solo hecho de creación de la obra, cualquiera sea su forma de expresión.

no propiamente como un derecho de propiedad (típico de la regulación continental) sino como un monopolio o privilegio, reflejo de la influencia de las concepciones del Common Law, pero también del origen común de todas las leyes del mundo en esta materia, sobre la base de privilegios que otorgaba la monarquía²⁰⁸. Recién en 1833 se consagra, pero todavía de forma confusa, como un derecho de propiedad distinto al que recae sobre las cosas corporales e incorporeales del Código Civil²⁰⁹.

De forma muy posterior - 2 octubre de 1970- la ley 17.336 se dicta y brinda una regulación a los derechos morales como tal, estableciéndose un catálogo que incluye al derecho de integridad. En la Constitución de 1980 en los registros de las comisiones de elaboración se profundiza la diferente naturaleza del dominio que existe en esta materia de la propiedad común y que reside justamente en la materia de nuestra investigación: "(...) don Gustavo Martínez expresa que hay dos aspectos propios del derecho de autor que lo diferencian de la propiedad común. En primer lugar, señala, **existe un aspecto moral inalienable que permite conservar la facultad del autor para oponerse a la transformación, mutilación o alteración de su obra**, y, en segundo término, el aspecto pecuniario que permite la dación del derecho a terceros, tanto a título gratuito como oneroso. Luego de discutir varios aspectos la Subcomisión encarga a don Santiago Larraguibel la redacción de un proyecto con el nuevo texto de la garantía. El proyecto de Larraguibel proponía consagrar expresamente el contenido del derecho de autor: 'el derecho moral que protege la paternidad a integridad de la obra, y el derecho patrimonial para resguardar su aprovechamiento comercial [inc.2] ' (...) La sesión N° 106 estuvo

²⁰⁸ Para ver más sobre la regulación histórica de éste derecho revisar MIROSEVIC VERGUDO Camilo, op.cit (n.39), p. 64.

²⁰⁹ Para ver más sobre la regulación histórica de éste derecho revisar MIROSEVIC VERGUDO Camilo, Ibíd., p. 67.

destinada al análisis de la redacción propuesta por Larraguibel Zavala. En ella, resulta importante destacar que se acuerda dejar expresa constancia de las causales de extinción del dominio por causas ajenas a la voluntad del dueño: caducidad por vencimiento del plazo, caso en el cual no procede indemnización, y por causa sobreviniente (privación), de donde se deriva la obligación de indemnizar. En relación con la expropiación, Pedro Rodríguez expresa que ella solo comprende el aspecto patrimonial del derecho de autor, quedando a salvo los derechos morales (...) **existió acuerdo en la Comisión de que la expropiación nunca alcanzaría el derecho moral, sino únicamente su vertiente patrimonial (...)**²¹⁰.

Producto de lo anterior es que **el Decreto Ley n° 1552 aprueba el Acta Constitucional n°3 que aseguró la integridad de la obra junto con la paternidad, dando por primera vez una consagración constitucional a los derechos morales. Actualmente se encuentra regulado y consagrado el derecho a la integridad en la Constitución chilena en su artículo 19 n° 25.**, Toda vez que la delimitación de su contenido es esencial a la materia de nuestra investigación, nos parece pertinente volver a citar las consideraciones doctrinarias de Lipszyck al respecto, de acuerdo con la autora, este derecho se encuentra dentro un tipo de regulación negativa o defensiva, toda vez que “... se traduce en un **derecho de impedir o en una simple abstención por parte de los sujetos pasivos. Son defensivas** porque (...) **permiten actuar en resguardo del derecho moral a fin de proteger la individualidad e integridad de la creación intelectual en las cuales está involucrado el interés general de la comunidad(...)**”²¹¹.

²¹⁰ MIROSEVIC VERGUDO Camilo, op.cit (n.39), pp. 72-73. Negritas cursivas nuestras

²¹¹ LIPSZYC, Delia., op.cit, p. 155.

3.3.1.- Transferencia y Transmisibilidad: Luego, al ser el derecho de autor un tipo de dominio, rige la regla general de la libre transferibilidad y transmisibilidad. En la ley chilena la única restricción a esa regla general son los derechos morales, así, el artículo 16 de la ley expresa que son inalienables y es nulo cualquier pacto en contrario; ello pues “(...) están íntimamente ligados a la persona del autor por lo que su transferencia constituiría una desnaturalización del mismo (...)”²¹². Además Chile ratificó el Convenio de Berna, el que también consagra la no transferibilidad de estos derechos en su artículo 6 bis²¹³

Respecto de la transmisibilidad del derecho de integridad, nuestro sistema establece ciertas restricciones en el artículo 15 de la ley 17.336 al señalar que “(...) *El derecho moral es transmisible por causa de muerte al cónyuge sobreviviente y a los sucesores ab intestato del autor*”. Lo que deja fuera, de conformidad a la ley de sucesión chilena, a cualquiera que no sea un asignatario forzoso; tal regulación impide que estos derechos puedan heredarse por personas jurídicas (...) ²¹⁴. Es una diferencia importante sobre todo en lo que respecta a las regulaciones en esta materia del copyright, e incluso en derecho de autor como es el caso -si bien no de sucesión- de

²¹² WALKER ECHENIQUE, Elisa, op.cit (n165), p. 117.

²¹³ 1) Independientemente de los derechos patrimoniales del autor e incluso después de la cesión de estos derechos, el autor conservará el derecho de reivindicar la paternidad de la obra y de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la misma o a cualquier atentado a la misma que cause perjuicio a su honor o a su reputación.

2) Los derechos reconocidos al autor en virtud del párrafo 1) serán mantenidos después de su muerte, por lo menos hasta la extinción de sus derechos patrimoniales, y ejercidos por las personas o instituciones a las que la legislación nacional del país en que se reclame la protección reconozca derechos. Sin embargo, los países cuya legislación en vigor en el momento de la ratificación de la presente Acta o de la adhesión a la misma, no contenga disposiciones relativas a la protección después de la muerte del autor de todos los derechos reconocidos en virtud del párrafo 1) anterior, tienen la facultad de establecer que alguno o algunos de esos derechos no serán mantenidos después de la muerte del autor.

3) Los medios procesales para la defensa de los derechos reconocidos en este artículo estarán regidos por la legislación del país en el que se reclame la protección

²¹⁴ Según comenta WALKER ECHENIQUE, Elisa, op.cit (n. 165).

posibilidad de ejercicio que otorga la ley al empresario en caso de contrato de trabajo u obra por encargo para ejercer la acción de protección a los derechos morales de forma explícita en el caso colombiano, además de no incluir representación por otras personas jurídicas como fundaciones (salvo que existieran excepciones en leyes especiales, por supuesto).

Al respecto de plazo de protección del derecho moral de integridad - como el de los derechos morales en general- el artículo 14 señala que es por toda la vida del autor. Sin embargo “(...) existen otras normas que contienen normas especiales en relación con la determinación de la duración de la protección. El artículo 11 de la ley, que regula el patrimonio cultural común, establece que las obras que compongan dicho patrimonio ‘pueden ser utilizadas por cualquiera, siempre que se respete la integridad y paternidad de la obra’ (...)”²¹⁵. De lo anterior se desprende que tanto la facultad de integridad como la de paternidad subsisten después del transcurso de 70 años contados desde el fallecimiento del autor, de lo contrario no tendría sentido que en las obras de dominio público se tuviesen que respetar tanto la paternidad e integridad de la obra”²¹⁶. ***El derecho de integridad tiene por tanto en nuestra legislación un carácter perpetuo en lo que respecta a su protección.***

Finalmente ***es relevante mencionar cómo incidió a este respecto la ley 20. 435, que en su mensaje invoca el artículo 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos que reconoce como un derecho humano fundamental*** “tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que

²¹⁵ WALKER ECHENIQUE, Elisa, op.cit (n165), p. 121. Considera que es la del artículo 10 de la ley de propiedad intelectual; durante toda la vida del autor y 70 años después de su muerte.

²¹⁶ *Ibíd.*,

de él resulten, y a continuación, en su párrafo segundo, **reconoce como un derecho humano el derecho a la protección de los intereses morales y materiales que correspondan por razón de las producciones científicas, literarias y artísticas de que una persona sea autora**²¹⁷. Por lo que ésta facultad dentro de la normativa chilena se encontraría bajo la protección del artículo 5° inciso segundo de nuestra Constitución Política de la República.

Como ya analizamos, en ciertas naciones que adoptan la tradición del derecho de autor, consideran a las convicciones intelectuales o morales del creador de una forma tal que se anteponen al principio de la fuerza obligatoria de los contratos y a los derechos adquiridos por terceros permitiendo "(...) que aun después de publicada la obra el autor resuelva el contrato de explotación y la retire del comercio bajo la condición de indemnizar previamente los daños"²¹⁸. Veremos en el análisis de casos que obviamente la hipótesis debe ser que el autor este de buena fe ejerciendo tales facultades morales, de lo contrario solo sería un caprichoso abuso de derecho y un estorbo al tráfico jurídico y comercial.

4. ¿Tiene Trascendencia el Derecho Moral de Respeto a Integridad de la Obra en el Mundo Moderno?

En el actual mundo moderno y dentro del marco internacional de regulación se habla de un proceso de crisis mundial de la regulación de la Propiedad Intelectual, lo que obviamente incluye a las materias de regulación de los regímenes del copyright y el derecho de autor.

²¹⁷ LUARTE CORREA, Jaime, "Comentarios a las modificaciones a la Ley Chilena de Propiedad Intelectual" [en línea], Microjuris MJD425, <[http://www.microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_MJD425&links=\[MJD425\]](http://www.microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_MJD425&links=[MJD425]) >

²¹⁸ LIPSZYC, Delia., op.cit (n.2), p. 156.

Producto de los avances tecnológicos y los nuevos comportamientos de los usuarios debido a tales avances, es que se ha instalado la necesidad por elaborar nuevos conceptos que protejan el derecho de autor. Los avances tecnológicos permiten a los usuarios acceder a obras musicales, literarias o audiovisuales de forma gratuita; nuevas funcionalidades aparecen en los instrumentos tecnológicos como las aplicaciones o servicios de los teléfonos portátiles. Internet ha sido una revolución pues abre la posibilidad de que las obras se difundan en cualquier parte del mundo, ella “(...) ha estimulado el debate sobre la libertad de acceso en tanto en cuanto derecho fundamental legítimo para el público, y sobre el tema recurrente de que los contenidos protegidos son gratuitos (...)”²¹⁹ .

A este respecto existe regulación internacional, pero en el último tiempo hay bastante reflujo en la elaboración de nuevas normas protectoras que nazcan en el seno de los órganos internacionales competentes; que hagan frente a estos nuevos usos mediados por las nuevas tecnologías. A algunos autores esto les preocupa en sobremanera llegando incluso a plantearse preguntas como “(...) ***¿Se podrá acaso hacer que la mentalidad humana evolucione hacia el respeto del derecho de autor y de los derechos conexos? ¿Basta con sensibilizar al público para que comprenda que los artistas intérpretes, los compositores y los autores tienen que poder vivir de sus respectivos trabajos de creación?*** (...)”²²⁰ .

La formulación de esa pregunta no es menor, sobre todo considerando que hoy existe una minimización del autor. Existe una suerte de generalización de las obras colectivas, en donde los esfuerzos colectivos no pueden ser separados del conjunto. Así en opinión de Santiago Schuster “(...) el autor como individuo (...) va siendo progresivamente absorbido por la nebulosa de los “equipos”

²¹⁹ MASOUYÉ, Patrick, op.cit (n.162), p. 196

²²⁰ Ibíd., Negritas cursivas nuestras.

donde ya no es posible distinguir su individualidad, que va siendo consumida por un grupo numeroso de individuos que finalmente propone, diseña y distribuye la obra (...) ***La obra colectiva es, en sí misma, una derrota del autor, y el abuso de ésta como forma de ocultamiento de la identidad del autor es, efectivamente, una amenaza al concepto de autor, titular originario de derecho sobre su obra*** (...) El “equipo”, anunciado como la causa de la desaparición del autor, constituye esta visión minimizadora del autor. Es decir, si la creación es legítimamente colectiva, y la distinción de la personalidad de los autores concurrentes no es posible asegurarla, la figura de la “obra colectiva” aparece como una solución no deseada, pero admisible por los efectos prácticos que requieren de una forma ficticia de titularidad en manos del *organizador*, bajo cuyo nombre la obra se divulgará y publicará (...) ²²¹

Debido a todo lo anterior hablamos de crisis, la que sin lugar a dudas puede ser apreciada en muchos sentidos. En otro sentido, pareciera ser que “(...) El derecho de autor ya no es el sublime protector de las Artes (...) se dice que es inadecuado para su época, demasiado apremiante, e incluso liberticida. Impediría el acceso al conocimiento (...) Los aires que corren hoy no son pues ya favorables al derecho de autor. Lo que se lleva es la utilización libre de las obras, el disfrute sin trabas de todos los ‘productos culturales’, el ‘ver todo – saber todo’, rápida y gratuitamente. El tópico que está de moda es el del derecho de acceso a la cultura, al conocimiento y a Internet, ha llegado la hora de las comunidades que comparten ¡Y poco importa si es el autor el que debe soportar esos nuevos valores! ¿Pero porqué súbitamente los propietarios que son los autores deberían someterse a la exigencia latente de servicio público gratuito en beneficio de los usuarios? ¿Se habrían convertido, según las

²²¹ SCHUSTER, Santiago, “El autor: ¿un concepto en crisis?”. Revista Iberoamericana de Derecho de Autor. Volumen 3 (No.5), enero/ junio, 2009, p. 16-17. Negritas cursivas nuestras.

palabras de un senador, en las ´vacas lecheras de la política social y cultural de los Estados? (...)”²²².

En un tercer sentido (aunque con puntos en común con los anteriores) la crisis la vemos en el sustrato jurídico que rige a nivel mundial los regímenes del copyright y el derecho de autor; en el devenir histórico del desarrollo de ambos “(...) el derecho de autor francés se focaliza así en el origen de la obra y de la cultura, el copyright norteamericano insiste, desde finales del siglo XVIII, en el destino de la obra en que es necesario que el público tenga acceso a ella. Luego, poner el acento en la exigencia de que el público tiene que tener acceso a las obras, con frecuencia lleva a poner en causa el papel que desempeña el creador que -lejos de ser intercambiable- se contentaría esencialmente (siguiendo esta manera de concebirlo) con captar y transmitir las ideas que lleva el viento. Insistir así sobre el destino de la obra (el público) y simultáneamente relativizar la importancia de su creador, ha conducido lógicamente a concebir un copyright abiertamente diferente del derecho de autor francés: el de un copyright concebido como un monopolio cuya vocación solamente va enfocada al objetivo de que el público acceda al saber y no a la propiedad del autor (...) Un copyright del que deben aprovecharse lo más directamente posible los que explotan las obras cuya función es, precisamente, comunicarlas al público (...)”²²³.

Es curiosa esta forma de ver las cosas y la influencia que ha ganado en el terreno internacional, sobre todo porque como apunta Alexandre Zollinger en su análisis; el interés público y el interés de los intermediarios no necesariamente coinciden: “(...) **¿No se tratará más bien de proteger lo más directa y eficazmente posible los intereses de los particulares de los que**

²²² BENSAMOUN, Alexandra, “Retrato de un Derecho de Autor en crisis” Reveu Internationale Du Droti D’ Autheur , v 0,(N°224), 2010, pp. 6 y 10

²²³ ZOLLINGER, Alexandre, op.cit (n.39), pp. 18 y 20

explotan las obras? (...) ²²⁴; considerando además que existen figuras jurídicas que van desde las ficciones para alterar la titularidad originaria o para ceder completamente los derechos de explotación y en algunos casos incluso su ejercicio por medio de presunciones simplemente legales o de derecho, nuestra opinión quedará para las conclusiones finales.

En la actualidad pareciera existir una tendencia a través de presunciones legales simples e incluso de derecho que privilegia la cesión y libre transferencia de las obras y los derechos sobre ésta, tanto en los sistemas de copyright como en el del derecho de autor. En efecto, en el texto de Delgado titulado “Contraposición entre los sistemas de protección del Derecho de Autor y del Copyright”, nos indica que el objetivo común de ambos tipos de legislaciones es mantener la eficacia en el mercado de obras, lo que se garantizaría al no generar obstáculos de ningún tipo para dicho tráfico²²⁵. Esta función es compartida ciertamente con las licencias de uso o autorizaciones (pero encarna en menor grado el espíritu de ésta tendencia, razón por la cual no fue más desarrollada en ésta investigación, en la medida en que no implica un cambio en la titularidad o una transferencia de una posición jurídica, únicamente se refiere al ejercicio). Dichos actos jurídicos toman forma concreta en los contratos, y se sostienen sobre normas legales que establecen dichas cesiones (y presunciones), en efecto: “(...) Al establecerle un marco a los atributos de la patrimonialidad del autor (por naturaleza disponibles) mediante un cuerpo de reglas de orden público, el legislador ha buscado proteger al creador, a veces contra el mismo. No obstante el autor, para vivir de su creación, aceptará voluntariamente inscribirse bien sea dentro de un proceso de

²²⁴ *Ibíd.*, p. 20. Negritas cursivas nuestras.

²²⁵ DELGADO, Antonio D, *op.cit* (n. 208)

creación plural, bien sea de un vínculo de subordinación y en un caso como en otro perderá el dominio –intelectual y económico- sobre su obra (...)²²⁶.

El mayor de los problemas de ésta tendencia no es que exista (en la medida en que tiene presente la explotación eficaz de las obras), si no que a la hora de concretar éstas normas en los respectivos contratos falta un enfoque “armonioso”. Esta idea se ilustra mejor a partir de la siguiente, “(...) Si hay que consentir en que los derechos sobre la obra sean contractualizados para que las esperanzas recíprocas de las partes se acerquen lo más posible, el hecho de acomodar las prerrogativas patrimoniales no debe relegar al creador a segundo plano, haciendo de este personaje central un simple auxiliar de la creación (...)²²⁷. Nos parece que en la tarea de no dejar al creador como un simple auxiliar, el respeto a los derechos morales y en particular el de integridad de la obra vienen a garantizar tal necesidad.

Las nuevas tecnologías digitales y la internet, han dado lugar a ciertas técnicas digitales que podrían atentar contra la integridad de la obra. Dentro de ese marco creemos se han desarrollado éstas nuevas técnicas jurídicas en torno a los derechos de explotación de las obras. Pero aquello no es excusa alguna para dejar al autor en un segundo lugar, o que no se respete la integridad de las obras “(...) pues tampoco es de olvidar que el derecho moral está constituido por facultades de orden personal (que como tales son inalienables e irrenunciables) y que en el respeto a la producción intelectual también entran en juego el derecho a la cultura y los valores culturales allí encarnados, los cuales se afectan cuando éstos se desvirtúan con mutilaciones o deformaciones que lesionan el decoro o reputación de las obras o sus autores (...)²²⁸

²²⁶ CERVETTI, Pierre-Dominique, op.cit (n.124), p. 134.

²²⁷ Ibid.,

²²⁸ ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, op. cit (n.4), p. 148.

En efecto, la referencia hecha al respecto de las obras cinematográficas y audiovisuales no es secundaria, representando uno de los escenarios donde la cuestiones sobre autoría y titularidad, y el ejercicio de los derechos morales se torna problemático (sobre todo en cuanto al derecho moral de integridad de la obra)²²⁹. Otros ejemplos complejos en torno al desarrollo de las creaciones intelectuales y el respeto a la integridad de la obra se dan en materia de resúmenes de textos en bases de datos (transmisibles luego quizás por redes digitales), modificaciones digitales de obras musicales, “clonaciones virtuales” de personajes existentes, las producciones multimedia y el uso de obras preexistentes; el problema aparece cuando dichas modificaciones no enmarcan dentro del derecho al respeto de la integridad de la obra, realizadas sin el consentimiento del autor²³⁰ y “(...) resulten verdaderas aberraciones en desmedro del decoro de la obra o la reputación del creador (...)”²³¹.

Parte de éste escenario son las modalidades en el ejercicio del derecho moral de integridad de las obra por otros sujetos de derecho que no sean el autor mismo, ello, frente a éste avance tecnológico y cambio en las titularidades o cesiones de pleno derecho o simplemente legales, fundadas principalmente en que “(...) **sólo en rarísimos casos el autor está en condiciones de descubrir e intervenir ante las transgresiones contra su derecho moral y las nuevas tecnologías**, lo que conduce a la pregunta sobre si su protección puede confiarse también a otras personas, en particular porque el elevado nivel de protección de ese derecho no reclamado únicamente por los autores, sino también por los editores y productores ante la importancia económica que corresponde a la autenticidad de las obras en el mercado digital, razón por la cual manifiestan un interés creciente en el ejercicio del derecho moral en

²²⁹ Ibid., pp. 148-149

²³⁰ Ibid.,

²³¹ Ibid.,

nombre y por encargo de los autores, aunque faltan por precisar con mayor exactitud los intereses comunes entre ambos sectores (...)"²³².

Luego ¿cuál es entonces la importancia del Derecho Moral de respeto a la integridad de la obra?, creemos para no volver a reiterar ideas el eje está en la consideración de éste como un derecho humano, como un derecho de la personalidad del autor. Dicha consideración en abstracto no significa nada (derecho de integridad = derecho humano), por ello es que nos volvemos a remitir a la reflexión de éste derecho moral de integridad de la obra (en una referencia las facultades morales en general) que hace Antonio Delgado "(...) no es menos cierto que el derecho en cuestión se constituye como especificación (jurídicamente autónoma y con perfil propio) de la tutela perseguida por otros derechos de la personalidad que sí innatos (como los de la libertad, intimidad, individualidad personal, honor y reputación) y que hacen del derecho moral un derecho de esa clase por vía de 'participación' en la protección originaria de aquéllos (innatos), a la vienen a complementar de manera particularizada y esencial (en el sentido de que, sin el complemento del derecho moral, la tutela que dispensan esos otros derechos quedaría incompleta) (...)"²³³. Por lo que la importancia del respeto a la integridad de la obra radica en constituye una forma en que otros derechos fundamentales cobran sentido e incluso se materializan.

Pero la dificultad que identifica Antequera, en el contexto real en que se crean las obras intelectuales de hoy nos parece muy vigente y válida, para sustentarla el autor también cita a Dietz que al respecto ha señalado que los intereses tanto de los productores (o editores, etc) con los de los autores han comenzado a asimilarse en la "era digital", y el problema real surgiría por tanto en la concepción misma del respeto a la integridad de la obra en la medida en que

²³² *Ibíd.*, Negritas cursivas nuestras

²³³ DELGADO, Antonio P, op.cit (n. 67), p. 101

“(...) el derecho moral, con su carácter rigurosamente enfocado desde el derecho de la personalidad, se vaya atenuando un poco de modo que el editor o el productor puedan integrarse en el ejercicio de ese derecho moral (...)”²³⁴.

Todo esto nos remite a la pregunta ¿tiene trascendencia el derecho moral de integridad de la obra en el mundo moderno? Pareciera que sí, en primer lugar porque dentro de la concepción del derecho de autor las obras tienen un valor único por ser una “creación personal de forma” y que es protegible solo por la personalidad que refleja (originalidad)²³⁵, sin el requisito de tener alguna función o utilidad, por lo que uno de sus mayores activos es que se acumulan al patrimonio cultural de la sociedad entera²³⁶.

Luego, ya indicamos que su respeto -y a la vez su importancia - radica en que es una concreción de otros derechos humanos, siendo el de la libertad su principal antecedente: “(...) en tanto derecho moral, lo que se asegura es la libre representación de la personalidad del autor en la forma en que se ha querido proyectarla y quiere mantenerla en la obra; y en tanto derecho patrimonial, lo que con él se garantiza son las condiciones económicas y sociales indispensables para que esa libertad sea efectiva. Desde ambas perspectivas el Derecho de Autor es un derecho humano de libertad (...)”²³⁷. De lo anterior puede apreciarse que no debiera existir una pugna irreconciliable entre ambas facultades, o que deba entenderse una incompatibilidad del debido respeto a la integridad de la obra con las nuevas técnicas jurídicas que privilegian la explotación de las obras. Al menos, no necesariamente.

²³⁴ ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, op. cit (n.4), p. 150

²³⁵ La originalidad es también un requisito en los regímenes del copyright, y se liga a la persona del autor como expusimos; aunque sí existen diferentes concepciones y estándares.

²³⁶ Esta idea fue extraída de la exposición que hace Delgado en DELGADO, Antonio P, op. cit (n.90), p. 272

²³⁷ *Ibíd.*, p.287

En efecto, Delgado sigue proporcionando claridades y un enfoque armonioso sobre éste escenario, en el que muchos hablan de crisis de la propiedad intelectual e incluso muerte del autor por las tendencias jurídicas y de regulación; por ejemplo para el caso de las obras musicales y su modalidad de creación: "(...) Si, como decía Kant, la obra es un 'discurso dirigido al mundo', el editor es un factor decisivo en el cumplimiento de esa vocación intrínseca de la creación intelectual. El editor es también un profesional de la difusión de las obras, en cuyo cometido realiza inversiones, que pueden ser importantes, y asume el correspondiente riesgo empresarial. Por otra parte, el editor forma parte muy activa de lo se llama la 'industria de la cultura', de cuyo vigoroso desarrollo depende en una medida muy sustancial la promoción de la creatividad y el acceso de los ciudadanos a esta categoría básica de bienes culturales (las obras del espíritu). Esos tres aspectos, que se corresponden con otros tantos intereses, se conjugan (o deben conjugarse) equilibradamente en las reglamentaciones nacionales (...)"²³⁸.

Sin embargo éste mismo autor ha señalado lo dañoso que puede resultar para los autores las tendencias jurídicas en materia de presunciones de cesión de derecho o legales a favor del productor/ editor, poniendo como ejemplo la situación de las llamas obras multimedia (tan propias de la "era digital"), por la cantidad de obras que ellas involucran (muchos autores, uso de obras preexistentes, etc) lo que podría generar un gran desequilibrio en los intereses (no solo morales sino incluso patrimoniales)²³⁹

Nos parece relevante destacar que, de hecho la concepción de propiedad a la que da origen ésta rama del derecho (derecho de autor y copyright) es

²³⁸ DELGADO, Antonio P. "La situación de la edición musical: usuaria, socio, de los autores y socio de la industria fonográfica". En su: "Derecho de Autor y Derechos Afines al Autor". España. Instituto de Derecho de Autor, 2007. Vol.2, p.261

²³⁹ DELGADO, Antonio P, op.cti (n.132), p.81

profundamente des-alienadora, y en principio no debiera pugnar con la explotación de la obras, por cuanto “(...) **consistió (y aun hoy sigue consistiendo) ‘en transformar el trabajo en propiedad’** o, mejor, en hacer, de determinados resultados del trabajo intelectual, elementos susceptibles de llenar el molde de la propiedad entendida en sentido objetivo y además, en aquél entonces, como medida casi exclusiva del puesto económico del hombre en la sociedad (...) Por dicha transformación se rompió, mediante un salto cualitativo, la equivalencia entre esa acepción de propiedad y la tenencia de bienes materiales. **Porque la particularidad más acusada de los aludidos resultados del trabajo es la de que su valor trasciende la utilidad que pueda aportar la posesión, el goce y el intercambio del objeto (libro, máquina) en que se hayan materializado**; lo importante de ellos son las actividades económicas que pueden ejercerse mediante su multiplicación en otros objetos o por las energías (caso de las obras) (...) Este valor, apreciado estrictamente en función de las posibilidades de actuación económica que ofrecen esas producciones, y el hecho de la subsistencia de ellas de ellas y de su identificación en todos los bienes o servicios a los que incorporen, les confieren una dimensión espiritual que ha permitido a un destacado sector de la doctrina construir con ella la categoría de los bienes inmateriales, fuertemente contestada por otro sector (...)”²⁴⁰.

Pero si bien es posible el respeto a la integridad de la obra por lo que protege su contenido, por lo que resguarda como facultad, con la el mercado y comercialización de las obras; amparado en la misma concepción de propiedad a la que dio origen ésta rama del derecho; nuevas dificultades pueden surgir si se le confunden al punto de homologarlas. En efecto, Delgado vuelve a precisar “(...) De esta suerte, negado el derecho moral respecto de las obras supuestamente atribuidas a la autoría de personas jurídicas, suspendida la eficacia del mismo en relación con dichas creaciones o confundida la finalidad

²⁴⁰ DELGADO, Antonio P, op. cit (n. 90), pp. 269 y 270. Negritas cursiva nuestras.

de este poder jurídico con la protección de intereses comerciales o, en cualquier caso, extrínsecos a la problemática del hombre como persona (identificación de la obra en el tráfico, salvaguarda de la reputación comercial o industrial de la entidad publicistas), nada se opondrá a fórmulas que propicien la adquisición originaria de todos los derechos por parte del empresario del autor asalariado o por el que le encargó la obra (...)”²⁴¹.

La trascendencia del derecho moral de integridad de la obra se manifiesta a nuestro juicio con la última de las citas que haremos al respecto “(...) ***Nunca será excesiva la insistencia en los aspectos personalistas del derecho de autor.*** En ellos está la clave para la solución de cualquier problema presente o futuro. Porque existe una articulación innegable entre el derecho moral del autor y su derecho exclusivo de explotación. Sin éste último, todas las facultades del primero devendrían ilusorias en la práctica. Sin una exacta ponderación del primero, no hay fundamento racional para mantener el monopolio de explotación del autor, sobre todo cuando su obra ya ha sido dada a conocer al público (...) Ahora bien, la pregunta que se viene planteando cada vez de forma más descarada y expeditiva, y en la que se sustenta, en buena parte, lo que se ha denominado la crisis del derecho de autor, es la de si la sociedad actual, esta sociedad de masas, altamente tecnificada en el uso de los medios de reproducción y comunicación de las obras del espíritu, con una ilimitada capacidad de consumo de bienes culturales, permite todavía la subsistencia de ese derecho exclusivo (...) Ante la aludida dificultad, ***el jurista debe resistir la lógica tentación de simplificar las cosas por la vía rápida de terminar con el derecho exclusivo o de suspenderlo en el supuesto de tales utilidades. Porque tras dichas aniquilación o exceptuación progresiva, el derecho moral se convertirá en una pura entelequia,*** lo que

²⁴¹ DELGADO, Antonio P. “La fotografía en el sistema de la Propiedad Intelectual”. En su: “Derecho de Autor y Derechos Afines al Autor”. España. Instituto de Derecho de Autor, 2007. Vol.2, p.408

indefectiblemente ***acarrearía la ruina de la institución*** (de la propiedad intelectual) ***y, con ella, la de los intereses de la persona puestos bajo su radio de acción (...)***²⁴²

²⁴² *Ibíd.*, pp. 408 y 409. Negritas cursivas nuestras.

CAPÍTULO III: Infracción al Derecho al Respeto a la Integridad de la Obra

1. ¿Qué es la Infracción al Derecho Moral de Integridad?

Antonio Delgado ha definido la infracción indicando que es “(...) ***aquel acto contrario a cualquiera de los deberes básicos de abstención impuestos por los ´derechos morales´*** y los de carácter exclusivo, o a la obligación de pago correlativa a un derecho de remuneración (...) Tratándose de ´derechos morales´ y de derechos exclusivos, esas infracciones no comportan, para el que las padece, la privación del bien (cualidad de autor, obra, fonograma) ni del correspondiente derecho (como excepción se cita la sustracción de una obra de ejemplar único-v.gr. las de artes plásticas-). ***Lo que se produce es una agresión o invasión en el ámbito de poder reservado al titular por el derecho en cuestión. De esta suerte, los actos de infracción operan como obstáculos o limitaciones ilegítimos al ejercicio del derecho***, sin que éste sea perdido por el titular o extraído de su patrimonio (esta circunstancia tiene un particular relieve en materia de daños (...))²⁴³. Lo anterior se aplica plenamente a una definición de infracción al derecho moral de integridad.

A partir del trabajo de Delgado se pueden identificar elementos que están en estrecha relación con el concepto de infracción al derecho de integridad de la obra (y morales en general), nos referimos a las nociones de lesión, daño y sanción

- a) **Lesión:** Con ocasión de la infracción debe suceder la lesión al derecho de integridad de la obra en orden a que la infracción sea relevante. De acuerdo con Delgado, la lesión que debe producirse en el caso de la

²⁴³ DELGADO, Antonio D. “Sanciones civiles por infracción del derecho de autor y derechos conexos”. En su: “Derecho de Autor y Derechos Afines al Autor”. España. Instituto de Derecho de Autor, 2007. Vol.2. p.338. Negritas cursivas nuestras.

infracción al derecho al respeto a la integridad es aquella “(...) ***intromisión ilegítima en la esfera de la personalidad, independientemente de si además conllevan un perjuicio patrimonial*** (...) Todos los casos suponen unos costes (a veces, muy elevados) para los titulares de los derechos infringidos que no tendrían que afrontar de haberse respetado el derecho. Nos referimos, en especial, a los gastos de las actuaciones que condujeron al descubrimiento de la infracción y, en su caso, a obtener su sanción en alguna de las formas que se expresan (...)”²⁴⁴.

- b) **Daño:** La infracción al derecho al respeto a la integridad de la obra merece una especial referencia, por el contenido y definiciones del éste derecho. Como es sabido, el daño debe tener un nexo causal con la infracción misma que lesiona el derecho. El daño puede definirse como aquella “(...) ***alteración desfavorable de las circunstancias que, a consecuencia de un hecho determinado (evento dañoso), se produce contra la voluntad de una persona y que afecta a sus intereses jurídicamente protegidos.*** Los daños a los que aquí nos referimos son los causados por la infracción del derecho de autor (...) e implican, por tanto, bien ***un quebranto en los intereses personales de su titular (autor), por intromisión en el ámbito de su personalidad tutelado por el “derecho moral”***, bien un menoscabo en sus intereses patrimoniales (...), bien en ambas cosas (...)”²⁴⁵.
- c) **Sanción:** Son las “(...) diversas formas con las que reacciona el ordenamiento jurídico cuando alguna de las situaciones constituidas a su amparo (en nuestro caso, las correspondientes a los derecho de autor y conexos) es vulnerada o corre el peligro de serlo (por los actos que hemos llamado infracciones). La sanción se hace valer a través del

²⁴⁴ Ibid., p.342. Negritas cursivas nuestras

²⁴⁵ Ibid., p. 349. Negritas cursivas nuestras.

ejercicio de las acciones contempladas en el derecho (pueden ser civiles o penales). Cuando sea pertinente, al referirnos a las soluciones jurídicas posibles, únicamente haremos referencia a las acciones civiles por las que se puede hacer valer la sanción una vez que ha ocurrido la infracción del derecho al respeto de la integridad de la obra.

2. Hipótesis de Vulneración al Derecho de Integridad.

Las hipótesis en donde el derecho de integridad pueda ser vulnerado se vincula estrechamente con las cesiones de derecho (y licencias de uso); ello pues -como ya contextualizamos- la actividad creativa que genera las obras intelectuales se desarrollan en una industria que explota a diario los derechos patrimoniales de las obras.

En una etapa incipiente de nuestra investigación creímos que la vulneración tan solo podía ocurrir en caso de que una obra hubiese cedido (o dado una licencia de uso) sobre el derecho de transformación y a partir de los resultados que fuimos obteniendo daremos cuenta que estábamos equivocados.

¿Cuál es el umbral más allá del cual existe infracción a este derecho? ¿Cómo podemos protegerlo de forma razonable, considerando el contexto económico mundial y nacional de explotación de las obras?

Identificamos las hipótesis en que el derecho de integridad puede ser vulnerado, las que tienen una aplicación y vigencia plena en para los usos de las obras en la actualidad. Extrajimos las hipótesis a partir del texto de Frédéric Pollaud-Dulian “El espíritu de la obra y el derecho moral del autor”, ***pueden existir atentados a la integridad de la obra por haberle cambiado su destino, por haberla situado en un contexto desnaturalizante***; y la que a

modo intuitivo nos parecía la más evidente (y que resulto no ser así), la derivada de **adaptaciones deformadoras**.

i.- Hipótesis N°1- Adaptaciones deformadoras: El caso de las adaptaciones deformadoras tiene un vínculo estrecho con la cesión o licencia de uso del derecho de transformación, lo que obviamente incide en la integridad de la obra. Se trata de un derecho que da lugar a una obra derivada y que implica el cambio en la obra originaria en orden a que se pueda constituir la obra derivada; tiene que ver con la libertad que también ostenta el autor de esta obra derivada. Se puntualiza por Frédéric Pollaud-Dulian que lo anterior no quiere decir que se abandona el respeto a la obra "(...)" pero sí que modifica la forma de apreciarlo: a reserva de cláusulas más apremiantes, la obra derivada puede agregar o cercenar a la obra original ***pero debe respetar por lo menos su esencia y espíritu***. Esta distinción, que fue desarrollada por DESBOIS, corresponde bien a la manera cómo aborda la jurisprudencia (...)"²⁴⁶.

ii.- Hipótesis N°2- Contexto Desnaturalizante: Respecto del atentado al espíritu de la obra por insertarla en un contexto desnaturalizante, el autor señala que es una hipótesis de infracción bastante abundante. Se trata de modalidades de la presentación de la obra o bien de aproximaciones indebidas que se hagan de ella. Se da el ejemplo del caso en que una obra presentada en escena, la forma en que esta se presenta por un escenógrafo –sin que se modifique su texto– implique una transformación no de la obra en sí misma, sino del significado de ésta. Se comprende que el escenógrafo tiene libertad de interpretar la obra, pero en tal interpretación existiría una vulneración si ella ***traiciona el espíritu de la obra***, debiendo mantenerse la interpretación fiel a éste. En el texto mencionado podremos encontrar muchos casos de reclamaciones (otra cosa es que el tribunal haya accedido) por interpretaciones

²⁴⁶ POLLAUD-DULIAN, Frédéric, op.cit (n.89), p. 132. Negritas cursivas nuestras.

que traicionan la intención del autor, desnaturalizando la obra por el contexto en que éstas son puestas (se suma el caso de compilaciones que se adecuen a esa hipótesis).

iii.- Hipótesis N°3- Cambio de Destino: Para finalizar con las hipótesis de infracción tenemos el caso de vulneración al derecho de integridad cuando se cambia el destino de la obra. Se afirma que “(...) ***Uno de los componentes del espíritu de una obra reside en la finalidad que le ha dado su autor.*** Si bien es cierto que el destino de una obra no se debe tomar en cuenta para decidir acerca del principio de que el derecho de autor la proteja o para que restrinja el campo de esta protección, sería un contrasentido deducir que tampoco se la toma en cuenta para apreciar si un cambio de destino constituye o no constituye un atentado contra el derecho moral (...)”²⁴⁷. Se pone como ejemplo el interesante caso cuando una obra no destinada a la publicidad como una pintura o una canción se utiliza para fines publicitarios o políticos. En éste punto “(...) poco importa entonces que la obra no sufra ninguna modificación, puesto que lo que se ha falseado ha sido la percepción y necesariamente se han deformado las intenciones del artista aunque solo sea porque el mensaje publicitario oscurece o borra el mensaje artístico original, sin contar con que se haya corrido el riesgo de desvalorizarla (...)”²⁴⁸.

2.1-Criterios de Infracción en el Derecho de Autor:

Creemos que para delimitarlos debemos volver sobre la justificación del derecho moral. Dicha justificación se ha desarrollado en el derecho francés, y

²⁴⁷ *Ibíd.*, p. 110. Al respecto de la apreciación de otros elementos para apreciar el espíritu de la obra, no es menor la cuestión de que a veces incluso cuando hay duda sobre la originalidad de la obra, la jurisprudencia comparada entra a analizar otros criterios, diferentes a la originalidad en orden –justamente- a configurarla y poder en consecuencia establecer que es una creación intelectual susceptible de protección. Criterios como el destino, el valor artístico de la obra o su valor científico o estético se involucran en esa configuración. Para más sobre éste respecto ver texto de VAN GOMPEL S. y LAVIK, E, op. cit (n.24). Negritas cursivas nuestras

²⁴⁸ VAN GOMPEL S. y LAVIK, E, *Ibíd.*, p. 110.

ella no reside en proteger la integridad misma de la obra, ello pues es posible que la obra se someta modificaciones perfectamente conforme al derecho, que son deseables, que mejoran inclusive el espíritu de la obra o el mensaje que desea transmitir (incluso sin una previa autorización del autor).

La justificación del derecho moral de autor - y concretamente en la integridad de la obra- se encuentra en el autor como persona natural, existe para proteger la relación entre el creador y su obra²⁴⁹. Incluso se señala que parte de la doctrina francesa afirma -en concordancia con el sentido anterior- que “(...) no le corresponde al autor probar que se ha atentado contra su honor o contra su reputación: basta con que el autor se siente afectado en relación a una obra determinada (...)”²⁵⁰. La infracción de este derecho en la tradición francesa es por entero subjetiva: (...) La violación de un derecho moral se juzga sobre la base de la afirmación del autor de que ha habido un atentado contra su obra. El autor es, por decirlo así, el testigo único y suficiente de los actos que desvalorizan su obra (...)”²⁵¹. En el derecho continental la justificación de los derechos morales tiene que ver con el fuerte vínculo entre el autor y su obra, mucho más fuerte que el vínculo que pueda existir entre una cosa y su propietario; a tal punto que puede conferir el derecho a la destrucción en orden a preservar esa relación y el espíritu de la obra²⁵². Es por ello que “(...) Quien determina el espíritu de la obra es el autor, bien sea a través de la forma en sí misma, o mediante la voluntad que él haya expresado o las explicaciones que haya dado. De modo que ésta noción no depende de la apreciación del público, de la crítica o del juez sino de la subjetividad del autor.

²⁴⁹ TEILMANN-LOCK, Stina, op.cit (n.17), p. 24.

²⁵⁰ *Ibid.*,

²⁵¹ *Ibid.*, p. 26.

²⁵² De acuerdo con el caso de Harald Slott-Moller contra Partikulier Hedin citado en el texto TEILMANN-LOCK, Stina, op.cit (n.17), p. 20.

Esto no les impide en absoluto, a los críticos, a los exegetas y al público descubrir significados ocultos o inesperados, ni aportar un juicio crítico o comprender la obra a su manera (...)”²⁵³. Puede apreciarse que ésta afirmación tiene como base una noción por completo subjetiva de el presupuesto de protección de originalidad de la obra (por oposición a las noción objetiva).

Finalmente debemos tener presente que el concepto de originalidad ayudará en la determinación de la infracción (que lesiona y causa efectivamente un daño a al derecho moral de integridad de la obra), en efecto; las nociones objetiva y subjetiva de originalidad formarán parte de los criterios de cada sistema protector (copyright y derecho de autor).

En el caso de las legislaciones propias del derecho de autor el criterio de infracción, teniendo presente la noción subjetiva bajo la que generalmente se adscriben éstas legislaciones, se vincula estrechamente con la originalidad subjetiva en donde luego la verificación de daño se da en el evento en que la conducta lesiva impacta en la personalidad del creador de la obra.

2.2-Criterios de Infracción en el Copyright

En efecto, la noción objetiva de originalidad se manifiesta en los regímenes de tradición anglosajona, donde por lo general se estima que el estándar de protección a la integridad de la obra parece ser mucho más bajo. Es así como en un caso del Reino Unido un juez estimó que no existía un atentado en contra de la integridad de la obra, pese a que no se había consultado ni informado al autor de ésta; y pese a la demanda que éste interpuso por entender que se había un hecho un tratamiento en dibujos en blanco y negro; reduciéndolos a un séptimo del tamaño original y con un color de fondo modificado a amarillo y rosado. ¿Qué estimó a este respecto el juez inglés? declaró en la instancia que

²⁵³ POLLAUD-DULIAN, Frédéric, op.cit (n.89), p. 104.

para que un tratamiento de la obra fuese una vulneración al derecho de integridad, ***era necesaria la deformación de la obra por medio de dicho tratamiento; y que –copulativamente– tales deformaciones debían ser perjudiciales a la reputación del demandante.*** Y para el caso inglés se intenta objetivizar el juicio de qué es exactamente una deformación que perjudique el honor del autor ¿cómo? por medio de interrogación a testigos, ello pues el mero hecho de que el artista reclame y afirme el perjuicio en su honor o reputación es para el estándar inglés absolutamente insuficiente, por estar demasiado implicado en la cuestión del juicio como para que su testimonio tenga valor probatorio.²⁵⁴

Respecto del umbral de la infracción en el caso del Reino Unido es importante mencionar que los jueces son reacios a establecer su infracción, su estándar es muy elevado: “(...) ninguna jurisdicción inglesa ha privilegiado el derecho moral sobre el derecho de propiedad o sobre el derecho contractual. Mientras los jueces no tengan en cuenta más que el testimonio del público subsistirá un problema evidente por el hecho de que el autor corre el riesgo de ser la única persona descontenta. Ahora bien, es muy poco probable que el público se interese-así sea en el plano moral o en el plano económico- por defender el derecho al respeto de la integridad de otro. Imaginar que ciertos ciudadanos preocupados vayan a agruparse para acudir ante la justicia en nombre del respeto a la integridad en cuanto a la relación que existe entre el diseñador y su diseño, es una utopía (...)”²⁵⁵.

²⁵⁴ Según el caso Clark contra Associated Newspapers Ltd (1998) en TEILMANN-LOCK, Stina, op.cit (n.17).

²⁵⁵ Según el caso Tidy contra Trustees of the Natural History Museum (1995) en TEILMANN-LOCK, Stina, op.cit (n.17), p. 34.

Como vemos, el criterio de infracción en las legislaciones que adscriben al copyright se vinculan estrechamente con una concepción objetiva de originalidad (el que abordamos en partes anteriores de ésta investigación), en el sentido de que la obra que se ha creado es protegible en la medida en que es una novedad respecto de las otras obras que existen y no es plagio. Bajo ésta noción es que deben apreciarse los comentarios y los criterios de infracción que se dieron como ejemplos en el caso específico del Reino Unido. Veremos más adelante que no necesariamente se trata de criterios disímiles, cuando se aborde la solución jurídica a la hora de ya haberse verificado la infracción a la integridad de la obra.

3. Análisis a la de Infracción al Derecho de Respeto a la Integridad de la Obra en el caso Spot Publicitario

3.1.- La Actividad Publicitaria

Nos parece que la actividad publicitaria enmarca variadas modalidades de contratación en lo que refiere a la creación de obras y sus explotaciones. Puede dar origen a obras intelectuales que surgen por encargo, bajo el contexto de un contrato de trabajo, a las que se aplican las presunciones legales o de derecho etc. Es decir, que es un tipo de actividad propia del mundo moderno actual y que parte importante de sus activos se vinculan con activos intelectuales (y obras protegibles por el derecho de autor como tal). Además de justificar estas aseveraciones a continuación, creemos que es relevante delimitar el estudio y el análisis de casos, en orden a tener una referencia concreta ante las infinitas posibilidades de infracción que pueden darse.

Por eso ¿Qué es la publicidad? De acuerdo con el jurista Francisco Hung Vaillant es "...la comunicación de un mensaje destinado a informar al público

sobre la existencia de productos o servicios y a influenciar la conducta de los compradores de tales productos o servicios, divulgado por un medio pagado y emitido **con fines comerciales...**²⁵⁶. Hemos nosotros subrayado “con fines comerciales” pues más adelante explicaremos porqué la creamos central para resolver nuestra problemática jurídica.

La publicidad tiene diversas aristas, y a modo general podemos decir que se trata de una actividad con un fuerte carácter competitivo; en la medida en que su objeto es promover la adquisición de ciertos bienes o servicios, que se transan en el mercado. Su objeto se realiza mediante la comunicación de la información relevante del producto o servicio, la que pretende darse a conocer a la mayor cantidad de público posible; en orden a poder influir en la conducta de esos eventuales consumidores.²⁵⁷

Siguiendo con la delimitación anterior, es relevante mencionar que en la difusión de esa información son utilizados medios de comunicación pública masivos; medios que - a su vez - obtienen una remuneración a cambio del servicio prestado; y los que en ciertos casos puede implicar la principal fuente de ingresos económicos para la mismísima subsistencia de ese medio de comunicación (esto es lo que diferencia la información que otorga la publicidad vs la información periodística). Concretamente **la emisión de éste mensaje sobre el producto o servicio se hace con un fin comercial; es decir, para**

²⁵⁶ HUNG VAILLANT, Francisco. “La regulación de la actividad publicitaria”. 2° Edición. Caracas, Venezuela, Editorial Jurídica Venezolana, p.11.

²⁵⁷ Elementos sobre la actividad publicitaria tomados de la tesis de Pregrado de ALVARADO, Francisco J. y VEGA SÁNCHEZ, A., “Publicidad y Derecho de Autor: La protección jurídica de la Obra Publicitaria y la utilización de obras preexistentes en publicidad”. Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago de Chile, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2000,p. 17.

promover directamente o indirectamente la contratación o adquisición de bienes o servicios.²⁵⁸

La elaboración del mensaje publicitario es la esencia de su actividad; éste se puede encargar por una persona física o jurídica, pública o privada que desee dar a conocer y promover la adquisición de sus productos o servicios ejecutados en razón de su actividad comercial, industrial, artesanal o profesional.²⁵⁹

Hoy es inusual que el mensaje publicitario se elabore “(...) por el propio anunciante (quien realiza la actividad que quiere promocionar) sino que ***ésta labor se encarga a determinadas personas, naturales o jurídicas, que se dedican en forma profesional a la elaboración de mensajes publicitarios.*** Si se trata de personas naturales, estaremos ante la presencia de un profesional calificado denominado publicista, y cuando se trate de empresas estas se denominarán agencias de publicidad (...).²⁶⁰

Una prestigiosa revista del rubro - “Advertising Age” - entrevistó a 5 grandes referentes de la actividad publicitaria del siglo XX, que asentaron las bases de la publicidad moderna ²⁶¹ - es importante mencionar ésta referencia pues de conformidad a nuestras fuentes, los antecedentes de la publicidad como tal datan desde el siglo XIX en adelante (aunque existieron formas de comunicación para inducir ventas de productos y servicios, que ciertamente la antecedieron y sirvieron a su desarrollo) ²⁶² , así en opinión de William Bernbach el quehacer de la actividad publicitaria tiene que ver con conocer íntima y totalmente el producto antes de comenzar la elaboración del mensaje que involucra; tanto así que la “...inteligencia, motivación, imaginación e

²⁵⁸ *Ibíd.*,

²⁵⁹ *Ibíd.*,

²⁶⁰ *Ibíd.*, Negritas cursivas nuestras.

²⁶¹ HIGGINS, Denis. “El arte de escribir publicidad”. México, Edit. Mc Graw Hill, 1991, 139 p.

²⁶² Para revisar más sobre el proceso histórico ver *Idíd.*, p.18

inventiva deben provenir del conocimiento del producto (...) Todo lo que se escribe, todo lo que se plasma en una página, cada palabra, cada símbolo gráfico, cada sombra, debe apoyar el mensaje que trata de resaltar y comunicar. Uno mide el éxito de cualquier trabajo artístico por el hecho de qué tan bien ha logrado su propósito (...) Cualquier persona que trabaje en publicidad y niegue que su propósito es vender algún tipo de mercancía, miente. Uno debe ser tan sencillo, ágil y profundo como sea posible, pero debe basarse siempre en el conocimiento. Es necesario relacionar dicho conocimiento con las necesidades del consumidor (...)" ²⁶³

En el texto "Efectos económicos de la publicidad" se reflexiona sobre el rol que cumple la publicidad, el cual es por decir lo menos, bastante controvertido y poco pacífico. Ello pues en general se asocia a valores y creencias acerca de cómo debe funcionar la sociedad misma. Cuando nos preguntamos por el quehacer mismo publicitario se pueden tener dos perspectivas globales para abordar la pregunta, por un lado están los efectos sociales de ésta (manipulación a los consumidores, sobre los valores creencias y estilos de vida de la población); por otro, en razón tenemos el análisis de los efectos de la publicidad sobre el funcionamiento del mercado.²⁶⁴

En general, no hay demasiada intriga al respecto del quehacer publicitario puesto que parece ser una actividad tan clara en sus motivaciones que no deja lugar a la duda que amerite una investigación; así "...para las Ciencias Sociales en general y para las disciplinas vinculadas a las comunicación en particular, la publicidad ha sido un objeto de interés menor, una especie de epifenómeno del

²⁶³ *Ibíd.*, p. 18.

²⁶⁴ MENDOZA, M. y MUÑOZ, J., "Los efectos económicos de la Publicidad". Revista Estudios de Administración, Volumen 1 (nº 2), septiembre, 1994, p. 44. Al respecto de su influencia en el mercado, en el texto "Efectos Económicos de la publicidad" se plantea que la hipótesis genera efectos positivos sobre las decisiones económicas tanto de las empresas como en el caso de los consumidores.

capitalismo, cuya función resulta tan obvia y tan transparente que apenas si ha suscitado controversia por sí misma”²⁶⁵. Esta naturalización en torno a las implicancias típicas de la actividad publicitaria se ha debido a los enfoques a partir de los cuales se le ha intentado conceptualizar; a saber:

- a) Perspectiva informativa: la publicidad informa a los consumidores sobre los productos que mejor se adecuan a sus necesidades específicas.
- b) Perspectiva psicológica: la relación ya no entre el consumo y la necesidad; sino entre consumo y deseo.
- c) Perspectiva sociológica y antropológica: entiende el consumo como una forma simbólica de conservación y reproducción de la sociedad. Entiende que el consumo no solo satisface necesidades sino que tiene una función cultural por legitimar y consolidar formas concretas de entender la vida cotidiana en la sociedad. La publicidad en esta medida sobre-significa objetos cristalizándolos en la categoría de distinguidos versus la de los vulgares²⁶⁶

Definitivamente, en la tarea de delimitar el quehacer publicitario y entenderle, debemos adscribir al postulado del texto recientemente citado y entender que deben incorporarse dialécticamente éstas 3 perspectivas. Responde de una manera integral y realista a la llamada sociedad de consumo actual, no dejando lugar a dudas que el mensaje publicitario tiene el triple objeto y función de impulsar a consumir el bien o servicio de que se trate; determinando por esa vía diferentes patrones de comportamiento y configurando al sujeto de la actual sociedad; el consumidor²⁶⁷.

²⁶⁵ CORRALES, Osvaldo, “Publicidad, consumo y gobierno de la subjetividad”, Revista Cultura Audiovisual [en línea], <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5242713.pdf>>, p. 4 y 3.

²⁶⁶ *Ibíd.*,

²⁶⁷ Para ahondar más en éste punto, ver texto completo “Publicidad, Consumo y gobierno de la Subjetividad”, *Ibíd.*,

3.1.1.- Su vínculo con la Propiedad Intelectual.

Nos parece que el punto donde publicidad y propiedad intelectual convergen reside en la **creación del mensaje**, que transmite la información del producto o servicio. De acuerdo con un artículo publicado en la OMPI la publicidad "...Se ha convertido en una carrera por crear un modo exclusivo, vanguardista y atractivo de transmitir información para los clientes, de modo que facilite su decisión de compra e influya positivamente en ella"²⁶⁸.

Lien Verbauwhede, consultora de la OMPI en su artículo "Cuestiones relativas a las propiedad intelectual en la publicidad" señala qué tipos de derechos de propiedad intelectual pueden estar en juego en el proceso de creación del producto, y que contenga el mensaje publicitario. Los relevantes a nuestra investigación son los siguientes:

a.- Contenidos Creativos: entendidos como el material escrito, fotografías, ilustraciones, gráficos, composición de un anuncio, música y videos; todos los cuales pueden estar protegidos por derechos de propiedad intelectual.

b.- Lemas y sonidos: dependiendo del régimen a que adscriba la legislación nacional, podrán estar adscritos a derecho de autor o derecho de propiedad industrial (marcas).

²⁶⁸ VERBAUWHEDE, Lien, "Cuestiones relativas a la propiedad intelectual en la Publicidad" [en línea], OMPI, <http://www.wipo.int/sme/es/documents/ip_advertising.htm>.

c.- Símbolos gráficos, visualizaciones de pantalla, interfaces gráficos de usuarios e incluso las páginas web: los que en una mayoría importante de los países se acogen a protección vía diseño industrial; pero en algunas ocasiones pueden tener a veces protección a su vez por el derecho de autor o propiedad intelectual (sobre todo en el caso de las páginas web en cuanto a su diseño)

d.- Programas informáticos: usados para crear los anuncios digitales, como las imágenes generadas por el ordenador, las que pueden recibir protección por propiedad industrial o intelectual, también dependiendo de la legislación nacional de que se trate.

e.- Las bases de datos: que pueden protegerse vía derecho de autor o alguna legislación sui generis en la materia; también dependiendo del caso particular de la legislación nacional de que se trate.

La relación reside, por tanto, en la obra publicitaria - como producto del proceso creativo de la publicidad- y en cómo (a través de la propiedad intelectual) se protegen tales creaciones; como así mismo cuándo debe requerirse la autorización de los titulares de obras preexistentes para su uso en creaciones publicitarias (lo que implica la adaptación o transformación de éstas o bien un cambio de destino). El mensaje publicitario se vale de diferentes medios para lograr el consumo de un bien y servicio, a partir de la conjunción de todos esos medios es que tenemos como resultado la denominada “Obra Publicitaria”²⁶⁹.

Ejemplos de Obras publicitarias son las frases publicitarias o slogans, la

²⁶⁹ Consideramos a la obra publicitaria como un objeto protegible como una protegible por el derecho de autor. Para un concepto nos remitimos al artículo 1° de la Ley Chilena de Propiedad Intelectual, y el análisis que se hace en la Tesis de Pregrado de ALVARADO, Francisco J. y VEGA SÁNCHEZ, A., op.cit (n.257)

fotografía publicitaria, los afiches publicitarios (entendidos como texto e imagen fijado en papel), la música publicitaria, los spots publicitarios (obras audiovisuales)²⁷⁰.

Es decir, en el caso de la obra originaria publicitaria se trata de una creación que no usa para su constitución la adaptación o transformación de obras preexistentes, es originaria. Las obras preexistentes, en cambio ya están protegidas en sí mismas por el derecho de autor y pueden ser o no obras publicitarias; éstas obras preexistentes al ser usadas en una obra publicitaria dan origen a una obra publicitaria derivada.

Para finalizar debemos decir que tener en cuenta estos elementos es fundamental, pues dentro del quehacer publicitario se debe velar por el cumplimiento y respeto a los derechos que protegen las obras preexistentes que pueden inspirar o ser parte de una obra publicitaria; así también como el respeto a los derechos que rigen en materia intelectual a las creaciones mismas de las agencias y publicistas.

Concretamente, el derecho moral de integridad en éste quehacer se encuentra en constante riesgo debido al recurso permanente de su uso, sea o no por medio de adaptaciones, como también de otros derechos patrimoniales que sitúan a las obras en un cierto contexto. Con el debido respeto a la integridad de la obra se incentiva la creación de nuevas obras, garantizando el respeto a su espíritu. Por ello la necesidad de haber delimitado las hipótesis de

²⁷⁰ *Ibíd.*, p. 43

infracción al derecho moral. Como gran cuestión a este respecto podría surgir la pregunta sobre si acaso es posible que se configure una vulneración a la integridad de la obra en el caso concreto de las obras publicitarias originarias como también de las derivadas (en sí misma como obras nuevas). Ello pues no pareciera compatible la identidad comercial de la obra publicitaria versus el contenido del derecho moral.

3.2.- Infracción a la Integridad de la Obra en el Spot Publicitario

El spot es un tipo de obra publicitaria. Nuestro análisis se centrará en éste tipo de obras en la medida en que envuelve gran parte del quehacer publicitario: “(...) De todos los soportes usados en publicidad para emitir mensajes comerciales, el spot de televisión es, sin duda el más apreciado, el más poderoso y el más difícil de realizar (...)”²⁷¹. Puede constatarse como un hecho notorio que éste tipo de obras no solamente se emiten por televisión, sino que también se encuentran en páginas de internet como youtube o similares²⁷². Además verificaremos que el Spot Publicitario involucra una serie de activos intelectuales protegidos por el derecho de autor, por la amplitud que tiene en cuanto a los tipos de obras que involucra en sí. Además, el Spot tiene modalidades de contratación bastante variadas en las que pueden operar cesiones de derecho a los productores u editores, bajo modalidades de creación de una obra colectiva, bajo un contrato de trabajo, por encargo, o le es aplicable el régimen de las obras cinematográficas en algunas legislaciones. Debido a lo anterior (la amplitud) es que nos parece pertinente centrar nuestro

²⁷¹ GARCIA-CLAIRAC, Santiago, “Realización de Spots Publicitarios”, España, Editorial Almuzara, 2005, p. 14.

²⁷² Aunque de la lectura de MARTIN, SANTANA, J. y REINARES, LARA, E. “Análisis Comparativo de la Eficacia Publicitaria en Televisión: Telepromoción versus Spot” [en línea], Revista Española de Investigación de Marketing, <http://www.esic.edu/documentos/revistas/reim/121019_110743_E.pdf>, p. 76. Se concluye que el spot televisivo es mucho más efectivo que cualquier otro medio publicitario.

análisis a la infracción al derecho al respeto a la integridad de la obra al caso del Spot Publicitario.

En efecto, el Spot Publicitario representa una obra publicitaria “compuesta”, en la medida en que cuenta con texto, imágenes, dibujo, música, guion y trama. Esto nos permitirá extender parte de las conclusiones de análisis a las obras en general (nos atrevemos a afirmar, no solo las publicitarias), por tener el Spot las principales obras publicitarias posibles contenidas en él.

Se refuerzan éstas ideas con los planteamiento de Delgado en torno a las obras audiovisuales en general al señalar “(...) La especificidad de la autoría de ésta obra resulta de su naturaleza ‘plural’, es decir, de constituir una obra integrada por contribuciones de diferentes géneros (literario, musical, de imagen) que, por lo general, ha sido creada por diferentes autores (argumentistas, guionistas, dialoguistas, compositores, directores-realizadores). En efecto, esta obra, en la inmensa mayoría de los casos, se debe al esfuerzo de varios autores, que, para su realización, se han asociado (directamente entre ellos o a través de un coordinador –el productor-) a un proyecto común y que han participado en la definición de su conjunto, razón por la cual tal obra se manifiesta como el resultado de la puesta en común de las contribuciones de esos autores (...)”²⁷³

3.2.1.- Definición y Elementos Spot Publicitario

De acuerdo con Santiago Garcia- Clairac, el Spot requiere para su realización de la aplicación de dos disciplinas, el cine y la publicidad. Esto no implica que al realizar un spot se esté haciendo cine, pese a que se utilizan las mismas herramientas, técnicas, máquinas. Más bien se trata que el estilo del cine debe

²⁷³ DELGADO, Antonio D, op.cit (n.133), p.58

adaptarse a las reglas de la actividad publicitaria, ello pues en el Spot no se cuenta una historia sino que se comunica un mensaje. La publicidad no despierta emoción en el espectador sino para venderle o seducirlo hacia un producto, servicio o empresa.²⁷⁴

Un Spot puede ser definido como sigue: “(...) es una pieza audiovisual realizada por encargo, que tiene una duración concreta; que se emite en espacios contratados con el objetivo de comunicar un mensaje comercial a un determinado grupo de personas llamado publico objetivo, con el fin de despertar su interés hacia el producto, la empresa o el servicio que se anuncia (...)”²⁷⁵. Todo el esfuerzo creativo reside en valerse de todos los recursos que despierten el interés del espectador, a favor del anunciante. Particularmente en el spot publicitario, tales recursos son audiovisuales para cumplir los objetivos publicitarios.

El spot es una obra audiovisual que se rueda con una intención. Su base es la elaboración meticulosa del llamado storyboard, éste representa materialmente la planificación de los planos a realizar para despertar el interés en el espectador sobre el bien o servicio. No se trata propiamente tal de una obra “inspirada”, sino que su carácter de obra es eminentemente comercial; no necesita de la inspiración propia de los artistas. Es “(...) una obra que tan solo busca la comprensión y la aceptación del espectador (...) No es una obra de arte, pero tampoco es una simpleza; se trata de una obra que persigue unos fines, que no engaña nadie y que busca la comprensión y aceptación del

²⁷⁴ GARCIA-CLAIRAC, Santiago, op.cit (n.271), p. 18.

²⁷⁵ *Ibíd.*, p.19.

espectador (...)"²⁷⁶. Vale recordar que el presupuesto de protección de las obras intelectuales es la originalidad de ésta que no tiene que ver con elementos referidos al valor artístico o estético.

3.2.2.- Consideraciones Normativas en Chile del Spot Publicitario²⁷⁷

i.- Partes que intervienen: Lo usual en éste tipo obras es que en su realización intervengan 3 partes, las que son coordinadas por la agencia de publicidad. Son el **Anunciante**, la **Agencia de publicidad** y la **Productora**.

- a) **Anunciante**: Es el que contrata a la empresa de publicidad, le encarga la realización de un trabajo y aporta los medios económicos para la ejecución del spot.
- b) **Agencia publicitaria**: Presenta las ideas y guiones al anunciante en la forma de storyboard. Una vez que el storyboard es aprobado por el anunciante, encarga la realización del spot a la agencia. Con ésta aprobación, la agencia encarga a una productora de su confianza.
- c) **Productora**: Realiza el spot sobre las bases del storyboard.

Esto como marco general, lo acostumbrado en la práctica publicitaria, obviamente se pueden dar otras combinaciones. El proceso de realización y ejecución es controlado por la agencia publicitaria, para informar a su vez del detalle al anunciante de la evolución del comercial. Terminado el spot, la agencia lo presenta al anunciante y con la aprobación de éste, pide copias de emisión a la productora y las envía a las cadenas que lo emitirán.

ii.- Normativa Chilena: Al respecto existen consideraciones jurídicas dentro de nuestro derecho chileno que debemos mencionar, pues si bien en la práctica no

²⁷⁶ *Ibíd.*, p.34.

²⁷⁷ *Ibíd.*, p. 21.

se dan distinciones con frecuencia, si tiene que ver con la protección del Spot como obra intelectual en sí misma sea ésta originaria o derivada. La protección del Spot, se otorga conforme al artículo 5° letra p de la Ley 17.336 que al respecto de la obra audiovisual señala que son “fijaciones audiovisuales incorporadas en cassettes, discos u otros soportes materiales”. Lo anterior es importante pues de acuerdo a la tesis de pregrado citada, la protección por derecho de autor dependerá del soporte en que está fijada. Así “...si la creación se encuentra en soporte de obra cinematográfica, la norma que le brinda la protección es el n° 8 del artículo 3; en cambio, si se encontrase en soporte videograma la norma protectora en el n° 15 del citado artículo”²⁷⁸

En cualquier caso, de conformidad a la relación descrita sobre cómo se gesta en la práctica publicitaria el Spot, existe una cesión de derecho por parte del los autores de la obra publicitaria. En la ley chilena el artículo 25 señala que el derecho de autor de una obra cinematográfica corresponde a su productor; sin embargo en el caso del Spot -en general- no operará ésta presunción legal en la medida en que el dueño de los derechos de autor sobre la obra será la agencia publicitaria que encarga la realización del Spot a la productora, por lo que quedará a las técnicas jurídicas contractuales de las relaciones laborales o civiles encargarse de la cesión. A su vez, el contrato por encargo que suscribe el anunciante con la agencia publicitaria involucra la cesión de los derechos de explotación patrimonial sobre el spot.

Apuntamos que es “en general” toda vez que puede suceder que una agencia publicitaria no deba encargar a una productora la realización del Spot y tenga dentro de sus funciones y propio giro la posibilidad de hacerlo por sí misma, en cuyo caso la agencia publicitaria -de acuerdo con el artículo 25 de nuestra ley- ostentará los derechos sobre el spot tan pronto como sea creada la obra.

²⁷⁸ Según el análisis de la normativa hechos por ALVARADO, Francisco J. y VEGA SÁNCHEZ, A., op. cit (n. 257), p.58

Luego, en caso de no considerarse obra cinematográfica, debido al soporte en que se encuentre fijada, no operaría por tanto la presunción de la ley chilena a favor del productor. Sin embargo, y dada la descripción de la práctica publicitaria es común que en los contratos de trabajo se establezca expresa y claramente la cesión de los derechos de la obra al empleador, cada uno de los derechos patrimoniales que existan sobre ella, operando así entonces un cambio en la titularidad que es plenamente vigente y conforme a la ley.

iii.-Spot Publicitario como Obra derivada: Se trata del caso en que el Spot Publicitario se utilizan obras preexistentes que pueden ser de dos caracteres; obras preexistentes publicitarias y obras preexistentes “comunes”.

En el caso de obras preexistentes publicitarias se trata del caso en que para la realización de un nuevo Spot publicitario se utilicen obras publicitarias de campañas anteriores, sean también spots o bien se trate de música, imágenes, texto, etc. Es evidente, por tanto, que ha mediado una cesión de derechos sobre la obra (uno en particular o todos, debidamente especificados) o bien se ha otorgado una licencia de uso.

En el texto “Uso de Imágenes de Archivo en Publicidad Audiovisual: Estudio de Casos” se ilustra claramente con casos reales el uso de obras publicitarias preexistentes en la elaboración de nuevos Spots. Tenemos así, por ejemplo, el caso de Coca-Cola que se vale de un antiguo afiche publicitario para su campaña de 125 años de historia ²⁷⁹.

²⁷⁹ DE LA CUADRA, DE COLMENRARES, E. y LOPEZ DE SOLÍS, I., y NUÑO MORAL M., “Uso de imágenes de Archivo en Publicidad Audiovisual: Estudio de Casos”. El profesional de la Información” [en línea], Resarch Gate, <https://www.researchgate.net/profile/Iris_Lopez4/publication/275989280_Uso_de_imagenes_d

En el caso de obras preexistentes “comunes” en un spot, un claro ejemplo chileno es el caso de los Jaivas y el uso de la canción “Todos Juntos”, el que será -a medida que avance nuestra investigación- objeto de extenso análisis.

iv.- Spot Publicitario como Obra Originaria: Se trata del caso en que todos los elementos presentes en el Spot son originales, y han surgido de su proceso de creación particular; no mediando ningún uso de obra preexistente para ser incorporada. A modo de ejemplo es difícil mencionar un caso respecto del cual tengamos certeza absoluta en que no hay obras preexistentes incorporadas, pues de alguna u otra manera podría incluso decirse que no existe tal posibilidad.

Sin embargo nos parece un buen ejemplo el Spot “Find Your Greatness” - The Jogger de la marca Nike; que por lo demás .representa un tipo de publicidad que se basa en la experiencia humana, para responder a un mundo de medios saturados; a través de la estrategia de entender la experiencia humana para incorporarla en el mensaje publicitario y persuadir al futuro consumidor²⁸⁰.

3.2.3.- Vulneración al Derecho al Respeto de la Integridad de la Obra en el Spot Publicitario:

El problema jurídico se presenta entre el conflicto entre la cesión de los derechos patrimoniales sobre la obra o bien las licencias de uso otorgadas, las

e_archivo_en_publicidad_audiovisual_estudio_de_casos/links/562808a908ae04c2aead82e7.pdf?origin=publication_detail>

²⁸⁰ RAYPORT, Jeffrey, “Advertising’s New Medium: Human Experience”, [en línea], Revista Harvard Business Review, <<https://hbr.org/2013/03/advertisings-new-medium-human-experience>> , p. 78.

que pese haber sido hechas conforme a derecho, pueden implicar una vulneración al derecho de la integridad; cuando se usan en materia publicitaria. Ya sea que se trate de una obra publicitaria originaria o derivada, o bien de una obra “común” preexistente usada en publicidad; nos preguntamos por el umbral más allá del cual existiría vulneración a la obra en cuanto a su integridad. Para ello deberemos tener presente los criterios de infracción identificados de modo general en una parte anterior de ésta investigación.

La importancia de identificar para luego resolver ésta problemática reside en que la utilización de las obras intelectuales y de su industria es cada día más creciente; y la integridad parece ser uno de los cimientos de la protección al derecho de autor, el autor de las obras intelectuales tiene derecho a que se respete el espíritu de las obras así como a recibir una remuneración por la cesión o licencias de uso que otorgue. Tiene que ver con el incentivo mismo a la creación intelectual. Pero de esto ya hicimos un análisis más extenso en la parte referida a la trascendencia de ésta facultad moral.

En ese proceso de elaboración del Spot, puede ocurrir la vulneración del derecho moral de integridad de esas obras preexistentes, sean estas obras comunes u obras publicitarias. Como cuestión aparte se plantea el caso del Spot como obra publicitaria originaria, para determinar si en ese caso también se plantea esa problemática jurídica, sobre todo pues es difícil encontrar obras publicitarias originarias en materia de Spot lo que hace más complicada la resolución de cuestión.

En los derechos morales, y en el derecho a la integridad de la obra, verificamos que un supuesto clave es que existe en la obra un reflejo de la personalidad del autor. Debido al proceso de elaboración que involucra el Spot pueden quedar

serias dudas en torno a su posible vulneración de la integridad, tanto en el caso de las obras publicitarias preexistentes como originarias. Sin embargo Santiago Garcia-Clairac afirma que "...muchos spots publicitarios alcanzan gran calidad artística en su ejecución y en su concepción creativa. Muchos guiones de spots han logrado una aceptación increíble por parte de ciertos sectores cultivados que aprecian su valía. La historia de encargará de determinar cuánto hay de arte en ellos. El público parece que ya lo sabe"²⁸¹.

Sin embargo la tarea se complica en las obras publicitarias originarias; puesto que ellas responden enteramente a la identidad de ligar la oferta con el consumidor final, concretar la compra. Su fin es por completo comercial ¿Cómo pudiera tenerse dentro de ese marco un reflejo de la personalidad del autor? No cuestionamos la protección del derecho, sino sabiendo que el derecho la protege, pareciera que la vulneración en el caso de las obras completamente publicitarias queda en la mera hipótesis normativa.

El autor es parte fundamental de la cultura pues "...las obras, a diferencia de los bienes comunes que carecen de ese carácter único y original, son una extensión de la personalidad del ser humano, de una persona física que traspasa al papel escrito, a la partitura, al lienzo, a la película su forma de experimentar y de exteriorizar su propio pensamiento, que se transforma en cuerpo concreto en el que la obra intelectual se materializa"²⁸²

La sociedad de consumo y globalizada en donde la actividad publicitaria y el Spot publicitario se desarrollan no parecen congeniar del todo con los orígenes

²⁸¹ GARCIA-CLAIRAC, Santiago, op. cit (n.271), p. 34.

²⁸² SCHUSTER, Santiago, op.cit (221), p. 13

del Derecho de Autor; lo que es lamentable puesto que "...lo que llamamos "derecho de autor" es un derecho fundamental ligado tanto a la personalidad moral de los autores como al trabajo que ellos realizan. Un autor, cualquier persona en verdad, tiene derecho a producir y a difundir libremente los objetos culturales que produce, y, a la vez, tiene derecho a beneficiarse tanto moral como materialmente de los objetos que produce (...) hoy no parece ser el Estado la amenaza más importante a la libertad de creadores y artistas, sino el mercado. El mercado con su incitación compulsiva a que artistas y creadores produzcan más de lo que pueden, o más de lo que quieren (...) En la demanda incesante de productos artísticos no por el público, sino por quienes intermedian entre el público y los autores, hay, según creo, una amenaza para los autores, una amenaza- en todo caso- dulcificada por la promesa del reconocimiento, la popularidad y el dinero (...) es oportuno llamar la atención acerca de esa más indirecta y subrepticia amenaza que el mercado representa para los creadores, en cuanto los pone a trabajar frenéticamente al ritmo de una demanda en buena parte inducida por intermediarios que se benefician materialmente de la producción de los artistas(...)"²⁸³

Las preguntas entonces son ¿Cuándo puede estimarse (bajo qué criterios) que se ha infringido la integridad de la obra preexistente común o publicitaria cuando se adapta para realizar un Spot publicitario? ¿Es posible vulnerar e infringir el derecho a la integridad de la obra en el caso de Spot publicitario originario?

Resolver éstas preguntas es resolver la cuestión misma de la tesis; ante la necesidad frente a la sociedad de consumo y la globalización siendo capaces

²⁸³ SQUELLA, Agustín "Las tres puertas de Saramago". Anuario de Filosofía Jurídica y Social, (n° 18), 2000, p.264, 265.

de "...aumentar la densidad o espesor de nuestra propia cultura, aunque no para oponerla a una eventual cultura global, sino para ser auténticos interlocutores culturales en una mundo que se globaliza y no meros receptores pasivos de una cultura que tenga alguna pretensión de hegemonía sobre las restantes"²⁸⁴. En ese marco la búsqueda de solución de la cuestión por criterios jurídicos nacionales comunes es clave en orden a armonizar soluciones jurídicas como tarea general²⁸⁵, pero concretizado en éste caso específico, haciendo frente a una crisis donde la tendencia es a que "el autor se convierta en prestatario de contenido, y que su obra reciba el trato de una mercancía"²⁸⁶

La resolución de las preguntas no será tarea fácil; solo a modo ejemplar, a todo este respecto existe un interesante un artículo titulado "La Publicidad como Arte" de la revista Publimark sobre la muestra itinerante del festival de publicidad más antiguo del mundo que se presentó en la sala del Museo Nacional de Bellas Artes²⁸⁷. Con relación a esto citamos los comentarios de uno de los representantes de la iniciativa el que hace énfasis en la alianza con el Museo Nacional de Bellas Artes "... Es primera vez que una muestra publicitaria se instala en un museo. La publicidad tiene un dejo de arte, en especial la galardonada en festivales, que es la más artística de todas y donde muchas veces el eje comercial es un poco soslayado, pero encaja con lo que Bellas Artes quiere, que es acercar el arte a la gente (...)", además "...destaca el nivel de la instalación que se hizo en la sala del MNBA en Plaza Vespucio, con las mismas especificaciones de la versión original en Nueva York (muros altos blancos, sin marcos (...)) El Museo acepto la apuesta, creyó en el proyecto y se

²⁸⁴ *Ibid.*, pp. 270 – 271.

²⁸⁵ Sobre la necesidad de tal armonización ver texto: MAHÚ, Jorge, *op.cit* (n. 63)

²⁸⁶ SCHUSTER, Santiago, *op.cit* (n.221), p. 26.

²⁸⁷ S. Caro "La Publicidad como arte". *Publimark* (n° 242), p. 36-37, julio, 2010.

hizo un trabajo estético en función de las piezas, una puesta en escena de nivel superior (...).²⁸⁸

Conjuntamente con lo anterior la tecnología y su avance ha permitido equiparar la elaboración de los spots publicitarios a las mejores obras cinematográficas, elevando la calidad; la postproducción del spot ha logrado dotarlos de una belleza que antes no se hubiera podido imaginar (...).²⁸⁹

3.2.3.1.- Spot Publicitario: Presentación y Análisis de Casos

A continuación analizaremos casos reales que no se judicializaron, pero que nos ayudan a ilustrar las hipótesis de infracción que identificadas y que se expresan en el Spot. Haremos referencia a las normas protectoras de éste derecho, considerando criterios comunes, de las legislaciones comparadas que ya analizamos previamente, y en las posibles soluciones jurisprudenciales.

i.- Spot Almacenes París (París) y Jingle “Todos Juntos” de Los Jaivas.

En éste Spot Publicitario de la multitienda “Paris”, en el cual se utilizó la canción “Todos Juntos” del grupo Los Jaivas²⁹⁰, se genera una gran polémica en los medios por el uso no autorizado de la canción. La agencia publicitaria

²⁸⁸ *Ibíd.*, p. 37.

²⁸⁹ GARCÍAS-CLAIRAC, Santiago, *op.cit* (n.271), p. 14.

²⁹⁰ Para verlo: Spot Paris bicentenario Todos Juntos [en línea] <<https://www.youtube.com/watch?v=Bjw4BrEvS3k>>

adquirió los derechos de la canción conforme a la ley; claramente la vulneración reside en el cambio de destino de la obra, para un fin comercial.²⁹¹

Al analizar la situación, en donde la obra “Todos Juntos” se convierte en un Jingle Publicitario, lo seguimos considerando como parte del Spot en la medida en que la idea principal del storyboard reside en las palabras “Todos Juntos”, aunque bien podría considerarse de manera aislada y más cercano a la obra musical. Nos parece que de conjunto, sigue más cercano a la idea de obra cinematográfica u audiovisual. Lo cierto es que en definitiva, si bien lo consideraremos como un todo, centraremos el análisis en el uso de la canción como jingle publicitario, por ser éste aquél en que ocurre la infracción y vulneración al derecho al respeto a la integridad de la obra.

- España: La norma española aplicable a este respecto señala que este derecho sirve para proteger a la obra en contra de cualquier atentado que cause perjuicio a los intereses legítimos del autor y su reputación. Ciertamente existía un legítimo interés de Los Jaivas en que su obra no fuese puesta en un destino para el cual no fue concebida, el comercial; independiente de su adaptación. Con matices por cierto, dado que encontramos sentencias españolas que establecían en el caso de obras arquitectónicas que el tratamiento podía darse siempre que fuese por completo necesario, revelando por tanto un interés por el operador

²⁹¹ Como se consigna en los medios periodísticos que informaron la noticia. Recursos digitales. MALDONADO, María Francisca, “SCD: Los Jaivas no han autorizado “Todos Juntos” para su uso publicitario”, [en línea], Radio Cooperativa <<http://www.cooperativa.cl/noticias/entretencion/musica/los-jaivas/scd-los-jaivas-no-han-autorizado-a-todos-juntos-para-uso-publicitario/2010-04-13/190525.html>> y “Los Jaivas emprenderá acciones legales contra París por el uso de “Todos Juntos””, [en línea], Radio Cooperativa, <<http://www.cooperativa.cl/noticias/entretencion/musica/los-jaivas/los-jaivas-emprendera-acciones-legales-contra-paris-por-el-uso-de-a-todos-juntos/2010-04-14/132620.html>>.

jurídico español por compatibilizar el interés del autor con quien explota la obra. ¿Era necesario en éste caso?.

- Holanda: Luego, en derechos como el holandés, la jurisprudencia da matices; y podría arreglarse una solución con el autor en orden a evitar el daño posible a su reputación por medio soluciones que así lo prevengan. Intentando congeniar los intereses tanto de quien obtuvo los derechos de explotación sobre la obra como del autor mismo. El derecho ruso, habla de que cualquier “perversión” a la obra se considerará vulneración y da el derecho al autor a accionar; aunque parece existir la posibilidad también de acordar o permitir el tratamiento; ciertamente en orden a evitar la perversión de la obra.
- Colombia: La ley colombiana establece el derecho accionar en caso de menoscabo a la reputación del autor para obtener una reparación, y no parece tener el ánimo de concordar ambos intereses (intentar lograr un acuerdo en orden a evitar el daño a la integridad) simplemente lo castiga. Heredera quizás de la ley francesa en donde en el caso de Los Jaivas ciertamente, de haberse judicializado hubiese probablemente fallado en protección a la integridad por el cambio de destino sufrido.
- Estados Unidos y Reino Unido: En ambas legislaciones del copyright el derecho moral de Los Jaivas no está protegido, debido a que su consagración es para solo cierto tipo de obras. De igual manera es un estándar bastante alto para apreciar la vulneración a este derecho, estableciéndose una serie de requisitos. En la hipótesis (muy imaginaria) de haberse tratado de una obra que protegiera los derechos morales, tanto en Estado Unidos como en Reino Unido, Los Jaivas hubiesen

podido renunciar a su derecho o al menos lograr un acuerdo con quien explota la obra. Finalmente, cabría solo la opción de que Los Jaivas recurrieran a las normas del derecho común o common law, en orden a que se le resguardara su derecho personalísimo de respeto a la integridad de su obra.

- Chile: Analizado este caso ahora bajo el tenor de la ley chilena, se señala que cualquier tratamiento sin expreso o previo consentimiento implicaría una vulneración a la integridad. Ciertamente a Los Jaivas no se les solicitó el consentimiento para cambiar la obra de destino (para deformarla); alterando, en éste caso concreto, su valor artístico. Nos da la impresión que al igual que en otros ordenamiento existe una posibilidad de concordar los intereses de quien explota la obra con su creador; como obviamente en Los Jaivas aquello no se dio, existió en nuestro criterio vulneración al espíritu de la obra.

En este caso además se involucra el derecho de adaptación, pero este derecho en sí mismo no presupone que cualquier tratamiento que reciba la obra sea una vulneración a su integridad. En definitiva cuando se ceden derechos patrimoniales, o más bien en éste caso cuando se concede una licencia de uso de adaptación, ésta debe ser -para ambas partes contratantes- de buena fe. Tal licencia o cesión; nos ayuda a reflexionar de esta manera la sentencia de la Corte Suprema Francesa al señalar que "(...) 'la Corte de Apelación había dictado correctamente en derecho que, el hecho de concluir un contrato de adaptación no implicaba ninguna renuncia al derecho al respeto de la obra pero que la

adaptación al cine de una obra literaria llevaba consigo que se le reconociera al adaptador una cierta libertad (...)²⁹²

ii.- Spot Publicitario Absolut Vodka y botella con diseño de Andhy Warhol

El segundo caso es del Spot publicitario de Absolut Vodka que se vale de uso de imágenes sobre una obra de Andhy Warhol inspirada en la botella del destilado²⁹³, quizás es el caso más difuso al respecto de dónde exactamente se encuentra la infracción a la integridad de su obra debido a que en todas las legislaciones la vulneración a la integridad tiene que ver con la afectación al honor o reputación del autor, con la perversión del espíritu de la obra. En común todas las legislaciones, incluida la chilena tienen éste elemento en común, independiente de los matices y su flexibilización; por lo que nos atenemos a lo señalado ya en cada legislación, no haremos un análisis particularizado por legislación en éste caso.

Ello en la medida en que consideramos que en este caso el asunto es más difuso por cuanto que la concepción de Warhol - y en una serie de otras sus obras- pareciera hacerse una oda al capital, a lo comercial, a la sociedad de consumo. Parece propio, por tanto, que se haga un uso de esa obra en un spot publicitario para promocionar la venta de Absolut Vodka. Y si el derecho a la integridad de la obra tiene que ver con la impronta personal del autor, entonces se dificulta la identificación de la infracción o vulneración en este caso por no adecuarse plenamente a ninguna de las hipótesis (ni por cambio de destino, ni por un contexto desnaturalizante, ni por la adaptación).

²⁹² POLLAUD-DULIAN, Frédéric , op.cit (n.89), p. 132.

²⁹³ Ver Spot “Absolut Warhol- Make Your Holidays pop” en <https://www.youtube.com/watch?v=ZQoIIWxjPwA> >

Vale mencionar además que el arte contemporáneo al cual Warhol se adscribe a la influencia del arte conceptual. La protección siquiera por el derecho de autor se vuelve difícil de argumentar en este tipo de obras, aunque no es el caso de Warhol por su reconocimiento en el medio. A este respecto existe un estudio por Nadia Walravens-Mardarescu que señala que “(...) la intelectualización de la creación no excluye su concretización bajo una forma original. La Corte Suprema precisa que la originalidad de la obra se debe entender en su acepción subjetiva, es decir, como la huella de la personalidad de su autor, lo cual equivale a decir que el arte contemporáneo no es incompatible con la visión personalista del derecho de autor (...)”²⁹⁴. ***Al tener la obra la personalidad del autor, tiene por tanto la posibilidad de que esa personalidad se vea pervertida, que su mensaje se vea deformado por cualquiera de las hipótesis planteadas;*** aunque no pareciera ser este el caso por ser el mensaje justamente un oda al mercado, no incompatible por cierto con el mensaje publicitario.

Es interesante la situación de Warhol, como la es de otros artistas, que tuvieron su comienzo en la industria publicitaria. Warhol hace una oda al mercado, pero en el caso de otros artistas simplemente comenzaron en la industria para darse un sustento. Así “(...) Desde un principio se pueden detectar elementos diferenciados de la composición pictórica tradicional, tanto en el aspecto formal como en el concepto mismo, que permiten hablar de un ‘arte comercial’ independiente de los parámetros del arte académico o ‘gran arte’. Sin embargo, es más común que las imágenes publicitarias se inicien y desarrollen tomando como referencia la tradición pictórica de la época, aunque orientadas a una función específica, cuyo pragmatismo no siempre estará reñido con la calidad estética (...) En esta primera etapa participan jóvenes artistas que, con el

²⁹⁴ WALRAVENS-MARDARESCU, Nadia, “Del arte conceptual como creación y de su protección por el derecho de autor”, Reveu Internationale Du Droti D’ Autheur, v 0, (Nº 220), 2009, p.4

tiempo, llegaran a desarrollar una obra relevante en el campo de las artes plásticas. Como es fácil suponer, la ausencia de límites entre ambos oficios así como la falta de dibujantes especializados, motivó que se llamara a los artistas académicos a colaborar en el campo de la publicidad (...) ²⁹⁵.

Se trata entonces de que en una misma obra publicitaria, podría existir y reclamarse la vulneración a su integridad, por el mismo autor y en cualquiera de las hipótesis de vulneración que puedan ocurrir; no solo respecto del uso de una obra preexistente en una publicitaria, sino que ella en sí misma, por tener esta suerte de doble calidad, como obra de arte que expresa la huella de la personalidad de un humano (su elección estética, su mensaje o pensamiento) y como obra publicitaria y el mensaje comercial.

iii.- Spot Publicitario Nike, “Find Your Greatness” ²⁹⁶

El storyboard se funda en la experiencia de personas comunes con el atletismo y el deporte, cabe agregar que luego de ver el Spot creemos que en la mayoría de las legislaciones podría ser considerado en su conjunto como una obra publicitaria originaria de carácter audiovisual o cinematográfico. Esta fuera de toda duda que esta obra se encuentra protegida, la pregunta es si acaso puede vulnerarse el derecho moral a la integridad, no si goza de su protección. La pregunta es si la hipótesis normativa será eternamente una hipótesis o no para el caso del derecho moral de integridad, dado que es claro que para los derechos patrimoniales no nos cabe duda.

²⁹⁵ ORTIZ GAITÁN, Julieta “Arte, Publicidad y Consumo en la prensa del Porfiriismo a la Posrevolución”. Historia Mexicana, Vol. XLVIII (Num. 2), octubre-diciembre, 1998,p.425 y 426

²⁹⁶ Para revisar el Spot <<https://www.youtube.com/watch?v=WYP9AGtLvRg> >

Como primera cuestión tenemos que en el caso de las obras publicitarias “puras” (originarias) los derechos patrimoniales, la titularidad de estos, son del empleador o de quien encargo la obra ¿podrían éstos, en uno u otro caso, ejercer el derecho a la integridad de la obra? Y mucho antes que eso ¿se puede configurar una vulneración a la integridad de esa obra, a su espíritu?

.-España: En el caso del derecho español la norma señala que existe una vulneración no solo cuando se menoscabe por medio de la deformación la reputación del autor, sino también en el caso que “afecte sus legítimos intereses”, lo que podría dar lugar a que sí sea posible un caso donde se vulnere la integridad de la obra publicitaria originaria; al ser una obra cuyo espíritu es eminentemente comercial, en el caso de que se vulneren los legítimos intereses comerciales. Creemos, sin embargo, que entenderlo así sería forzar bastante la hipótesis normativa dado que existen derechos patrimoniales específicos que velen por el interés legítimo de la obra en su aspecto comercial.

Creemos que el tema es bastante difuso, pero que con el tiempo las percepciones y las apreciaciones pueden cambiar; y la huella de la personalidad de un humano, en el sentido a como lo expusimos latamente en las regulaciones internacionales y en específico la francesa, de la que somos herederos; se puede encontrar. La protección del arte conceptual es una muestra de cómo los estándares van cambiando y perfectamente puede consolidarse por lo entendidos en materia artística una suerte de “(...) simbiosis del área artística con el área publicitaria (...)”²⁹⁷.

²⁹⁷ ERRAZURIZ, Luis Hernán, “Arte y Publicidad: una historia compartida” FinisTerraes Segunda Época Volumen VII (nº 7), 1999, p. 51.

No pareciera correspondernos negar la posibilidad de que una obra publicitaria originaria pueda ser vulnerada en cuanto su espíritu, sobre todo considerando que “(...) la relación entre arte y la publicidad se vuelve tan íntima que no es fácil – y en muchos casos imposible- deslindar los mutuos influjos que ambos se proporcionan. No se puede precisar aquello que pertenece al arte propiamente tal o aquello que es del terreno exclusivo de la publicidad. Surge de este modo el artista abocado a trabajos publicitarios y a su vez publicistas que recurren al arte para comunicar. Ello conlleva a formular nuevos planteamientos en el ámbito de las actividades estéticas (...)”²⁹⁸.

- Colombia: Sumado a lo anterior tenemos la norma de la legislación colombiana, realmente única en las legislaciones estudiadas; la que permite el ejercicio del derecho moral de integridad por el empleador o el titular de los derechos patrimoniales de la obra. Quizás es un primer reflejo del avance de crisis que vive nuestra la materia de estudio en el mundo, o bien como antecedente de la posibilidad de que efectivamente el derecho moral a la integridad puede ser vulnerado en las obras publicitarias originarias, en la realidad y más allá de una mera hipótesis normativa.

3.3.- Infracción a la Integridad de la Obra en otro tipo de Obras

Nos parece pertinente referirnos de manera breve en que otro tipo de obras (no únicamente publicitarias) se manifiestan las hipótesis en las que puede infringirse el derecho al respeto a la integridad de la obra. Ello en la medida en que el Spot Publicitario involucra obras musicales, de texto, fotografías (éstas a su vez pueden reproducir obras de arquitectura, pintura y escultura), es con

²⁹⁸ *Ibíd.*,

referencia a éste marco que comentaremos brevemente la infracción del derecho de integridad en las obras a continuación.

i.- Música: Las obras musicales en el Spot se vinculan los llamados jingles publicitarios. Como actividad la música “(...) es el arte de combinar los sonidos de la voz humana o de los instrumentos, o de unos y otros a la vez, conmoviendo la sensibilidad (...) Las obras musicales comprenden todo tipo de combinaciones originales de sonidos, con o sin palabras. Los elementos constitutivos de las obras musicales son la melodía, la armonía y el ritmo (...)”

299 .

- Melodía: “(...) es la noción, muy general, que se refiere, de manera amplia, a todas las relaciones sonoras posibles *en orden sucesivo*. Es una sucesión coherente. Es una sucesión de coherente de notas. A partir de ella se desarrolla una obra musical, simple o compuesta, con independencia de su acompañamiento (...)”³⁰⁰
- Armonía: “(...) es la combinación de sonidos simultáneos, diferentes pero acordes (...)”³⁰¹.
- Ritmo: (...) es la proporción guardada entre el tiempo de un movimiento y el de otro diferente (...)”³⁰²

Es importante señalar que la protección que brinda el derecho de autor es solo respecto de la melodía, la que es también equivalente a la composición o al desarrollo de la idea en las obras literarias, ésta es una creación formal. Sobre la armonía y el ritmo no pueden otorgarse derechos de autor, en el caso de armonía por que la forman acordes (y su número es limitado), y en el caso de ritmo porque corresponde a los géneros o tipos musicales³⁰³. Esta aclaración es

²⁹⁹ LIPSZYC, Delia, op. cit. (n.2), p. 73-74

³⁰⁰ *Ibíd.*,

³⁰¹ *Ibíd.*,

³⁰² *Ibíd.*,

³⁰³ *Ibíd.*,

relevante por cuanto es al respecto de la melodía en que el derecho de respeto a la integridad de la obra podría ser infringido.

Luego, el funcionamiento de la industria musical y cómo en definitiva se transan los derechos intelectuales de las obras musicales al igual que la actividad publicitaria es un buen reflejo de la situación actual de las obras intelectuales. Todo se enmarca dentro del contrato base de edición musical, en el que operan presunciones de cesión a favor del editor.

En efecto, de acuerdo con Delgado, se precisa que “(...) El autor, mediante ese contrato, pone en manos del editor la suerte de su obra. Llevado por la necesidad existencial de comunicar a los demás el fruto de su trabajo creador, entrega al editor la satisfacción de esta incontenible exigencia (...) la posición del autor, al tiempo de su celebración, se califica de ‘débil’, sin perjuicio de que esta flaqueza pueda además venir incrementada por su inexperiencia en el mundo de la difusión y por su más o menos precaria situación económica, frente a la pericia en el sector que se supone en un profesional y a la holgura patrimonial de la que aparece normalmente investida una empresa editora (...) ***Para reforzar la posición (débil) del autor, las legislaciones establecen, en beneficio de éste, disposiciones de ‘derecho necesario’ (ius cogens) a las que ha de someterse forzosamente el contrato de edición, no pudiéndose derogar por pacto entre las partes*** (...) En previsión de omisiones debidas a su inexperiencia, también se dictan normas (de ‘derecho dispositivo’) que las suplan y que evitarán posibles futuras controversias. Y para salvaguardar la confianza subyacente en el contrato y su carácter de relación entre personas (intuitus personae) se prohíbe con carácter general la cesión de aquél (es decir, la de la posición contractual del editor, cosa distintas de la subedición) (...)”³⁰⁴.

En el caso del Jingle Publicitario ya analizado, en donde se utiliza la obra

³⁰⁴ DELGADO, Antonio D, op. cit (n.241) pp.261-262.

musical de Los Jaivas Todos Juntos, la infracción al derecho de integridad de la obra se manifiesta en la hipótesis de haber cambiado del destino a la obra (el uso en un Spot Publicitario), ello pues las autorizaciones de uso se han hecho conforme a derecho; además de haber procedido dentro de los marcos del contrato de edición en orden a otorgar tales licencias. La normativa que protege en Chile y en otras legislaciones al derecho moral de integridad se enmarca a nuestro parecer dentro de lo que Delgado llama *ius cogens*, no pudiendo renunciarse por cláusula contractual alguna.

Finalmente, es pertinente la anotación de Lipszyc en cuanto a los cambios que puede sufrir una melodía; pues deben tenerse presente a la hora de identificar las otras dos posibles hipótesis de infracción al derecho al respeto de integridad de la obra (sobre todo las adaptaciones deformadoras, más que los contextos desnaturalizantes), ello pues cuando se trate de una infracción directa a la melodía, para que ésta sea determinada de forma efectiva el Juez deberá asesorarse de necesariamente de técnicos en orden a verificarla (y sus consecuencias de lesión y daño resarcible). En efecto, “(...) la misma melodía puede ser objeto de armonizaciones diferentes y de cambios de ritmo. Para poder reconocerla, cuando en una composición musical se han cambiado la armonización, el ritmo, o ambos a la vez, es necesario conocer música; la obra sonará muy diferente aunque la melodía siga siendo la misma. Por eso el juez, salvo que sea músico, para establecer el plagio de la melodía necesitará contar con un asesoramiento de expertos cuando hayan sido cambiados los otros elementos constitutivos de la obra musical (...)”³⁰⁵

ii.- Fotografía: Tuvo problemas la fotografía para ser considerada y protegida como una obra intelectual, ello pues una obra intelectual se la ha descrito como “(...) aquella concreta combinación de elementos sensibles (creación de forma) como las palabras, los sonidos, la imagen, los gestos, los trazos, los

³⁰⁵ LIPSZYC, Delia., op. cit (n.2), p. 74

colores, etc., resultado de un trabajo intelectual, humano (creación personal), que refleja la personalidad del sujeto creador de ella (creación original) (...)”³⁰⁶.

Y a la fotografía se la puede definir como “(...) una imagen fija producida sobre una superficie a la luz o a otra radiación, cualquiera que sea la naturaleza técnica del procedimiento (químico, electrónico, etc.) utilizado para realizar la imagen (...)”³⁰⁷. Esto dificultó la protección como obra intelectual en la medida en que era considerada como el resultado de un simple proceso mecánico, sin embargo es parte de las llamadas “obras artísticas”, en donde la personalidad del autor tiene una marcada importancia por cuanto “(...) El fotógrafo selecciona el material sensible que va a utilizar, observa, elige el motivo, encuadra o compone la imagen, busca el ángulo preciso, mide la luz, prepara la cámara fotográfica y dispara. Emplea técnicas diversas como, por ejemplo, la exposición múltiple de un mismo negativo, lo cual le permite construir una historia en el cuadro, ‘fabricar’ la imagen de quienes están protagonizando el evento que quiere retratar (...)”³⁰⁸.

Para la realización de Spot, el uso de fotografías es bastante frecuente, por lo que si se utilizan obras preexistentes las 3 hipótesis de infracción a la integridad de la obra pueden ocurrir (en cualquier actividad, no solo la publicitaria). Además que es muy típico en las obras fotográficas que se trabaje bajo la modalidad contractual de obra por encargo o través de un contrato de trabajo lo que como ya expusimos genera una serie de contratiempos en orden a que se respete el derecho moral a la integridad y se encuentren remedios para su infracción.

Para finalizar, creemos relevante destacar que Delgado se detiene sobre éste último aspecto de la fotografía (sus modalidades de contratación), en donde

³⁰⁶ DELGADO, Antonio P, op. cit (n.244), p.403

³⁰⁷ LIPSZYC, Delia.,op. cit (n.2), p. 83

³⁰⁸ *Ibíd.*, p.84

existiría una tendencia a no valorizar al autor superponiendo los intereses del comitente o empleador. En efecto, la norma chilena en el artículo 34 inc 2° de la ley de propiedad intelectual, para el caso de las obras fotográficas prescribe “Corresponde al fotógrafo el derecho exclusivo de reproducir, exponer, publicar y vender sus fotografías, **a excepción de las realizadas en virtud de un contrato, caso en el cual dicho derecho corresponde al que ha encargado la obra, y sin perjuicio de lo que establece el N° 1) de la letra c) del artículo 24 (...)** **La cesión del negativo o del medio análogo de reducción de la fotografía, implica la cesión** del derecho exclusivo reconocido en este artículo” .

Lo problemático de la regulación es cómo puede garantizarse el derecho efectivo de los autores a la integridad de su obra, ello pues pareciera que “(...) El ‘derecho de autor’, por la vocación expansiva de comunicación, que mueve la producción intelectual humana, y por las vicisitudes de la contratación en el mundo de la economía de mercado, se transmutará en ‘derecho de los difusores de la obra del autor’ (...) ‘el autor de una obra literaria, científica o artísticas tiene el derecho de explotarla y disponer de ella a su voluntad’...si no firma un contrato con un editor, productor cinematográfico, organismo de radio o televisión, galería de arte, agencia de información, etc. Puesto que, en defecto de esas indicadas disposiciones legales, lo que seguramente seguirá al contrato no será una explotación determinada, fruto de la voluntad concorde del autor y del difusor de la obra, sino la investidura al intermediario del mismo poder discrecional del creador de aquella, pasando la explotación futura de la creación a la absoluta disponibilidad del adquirente del derecho. El autor (el fotógrafo), según vemos, no será ‘rey’ de su obra, sino...‘reina por un día’. Y esto ningún autor quiere serlo, lo que conduce al examen, muy esquemático, de ese

segundo núcleo de cuestiones en el que el fotógrafo participa en estrecha comunidad con los creadores de las demás clases de obras (...)”³⁰⁹.

iii.- Escultura: Al igual que la fotografía, la pintura, el dibujo y la arquitectura, forma parte de las denominadas “obras artísticas”, tiene además en nuestra legislación antecedentes antes de la regulación por una ley especial en la regulación del modo de adquirir el dominio, la accesión (y las modalidades de adjunción y especificación). En lo que concierne al objeto de nuestra investigación, en nuestra legislación el artículo 37 establece claramente que la adquisición del ejemplar no implica transferencia de los derechos de autor; lo que obviamente deja en claro que pueden verificarse las mismas hipótesis de infracción al derecho a la integridad de la obra.

La escultura es aquella obra intelectual que se confecciona con materias que son la base para confeccionarla, utilizando ciertas técnicas como el “(...) tallado, moldeado, fundido, o cualquier tipo de procedimiento (...) se expresa en volúmenes tridimensionales (...) Es indistinto el material que se utilice (piedra, metal, madera, barro, cemento, materiales sintéticos, etc). También son esculturas las estructuras formadas con objetos tridimensionales ya existentes, así como las estatuas, altorelieves y bajorelieves que forman parte de una obra de arquitectura (...)”³¹⁰.

El derecho moral de integridad de la obra tiene una importancia clave en las esculturas (y en general en las denominadas obras artísticas), nos parece que en la escultura esto se manifiesta claramente, en la medida en que “(...) La ejecución personal tiene importancia decisiva, a diferencia de lo que ocurre en materia de obras literarias y musicales, respecto de las cuales no tiene entidad que el autor manusciba o mecanografía o haga la notación musical por sí

³⁰⁹ DELGADO, Antonio P, op. cit (n.244), p.404-405

³¹⁰ LIPSZYC, Delia.,op. cit (n.2), p. 80

mismo (...)”³¹¹.

iv.- Pintura: Lipszyck la ha definido como aquella (...) obra artística expresada con líneas y/o colores por aplicación de sustancias coloreadas sobre una superficie. Puede ser ejecutada con acuarela, óleo, pastel, témpera, acrílico, esmaltes, al fresco o combinado dos o más procedimientos-técnicas mixtas-; puede ser realizada sobre materias textiles, sobre un muro o una pared o sobre cualquier otro material que resulte apto (...)”³¹².

El Spot Publicitario que utilizó la pintura de Andhy Warhol (también puede decirse que es un dibujo llamada “Absolut Vodka”, el storyboard relata (como ya referimos) el interés del artista en la botella en definitiva cómo se inspiró para confeccionar la obra, y esta es reproducida en la botellas que se venden por la marca. Ciertamente las hipótesis de infracción identificadas pueden concurrir en el caso de la pintura y del dibujo, pero ya analizamos por que el caso de la obra Absolut Vodka es diferente (no solo por el vinculo con el arte conceptual y las complicaciones, sino que la obra de Warhol tiene mucho de idolatría a la cultura vigente, el mercado, además de tener estrechos lazos su obra con la publicidad misma), por lo que la infracción a la integridad de la obra por cambio de destino (uso publicitario) no se verifica.

v.-Arquitectura: Este tipo de obras presenta un caso bastante interesante en lo que se refiere a la infracción al derecho moral de integridad, no solo porque hace parte de las obras artísticas en donde la personalidad del autor tiene especial relevancia en materia de la ejecución misma de la obra; sino porque al definir a la obra arquitectónica como “(...) los edificios o construcciones similares, como los proyectos, diseños, croquis, planos y maquetas elaborados para la edificación (...) El derecho de autor los protege en cuanto creaciones formales originales. En cambio, no protege ni los métodos arquitectónicos ni los

³¹¹ Ibid.,

³¹² Ibid.,p.82

procedimientos puramente técnicos. La originalidad puede radicar en la forma de la construcción, en el diseño o en los ornamentos (...)"³¹³.

El carácter inalienable, tan propio de éste derecho (y en general de los derechos personalísimos y humanos) encuentra serias limitaciones en éste tipo de obras, por lo que las hipótesis de infracción también. En efecto, "(...) El derecho moral no es absoluto y cuando entre en conflicto con el interés público debe prevalecer éste último (...)"³¹⁴.

Un ejemplo de la situación que afecta a este tipo de obras de ilustra en el siguiente caso:

"(...) En Bilbao (Vizcaya), en 1994 el Ayuntamiento le confió al arquitecto e ingeniero español Santiago Calatrava Valls la concepción y la realización del puente Zubi Zuri, que en vasco significa puente blanco y que se conoce igualmente bajo el nombre de Campo Volantín, una pasarela peatonal de 75 metro de longitud sobre la ría del Nervión a unos metros del Museo Guggenheim Bilbao. Obra que recibió el Ayuntamiento de Bilbao el 29 de mayo de 1997.

Después de esto, el Consistorio Bilbaíno encomendó al arquitecto japonés Arata Isozaki una segunda pasarela peatonal de 60 metros de longitud y toda ella fue de un color grisáceo la cual fue inaugurada el 28 de febrero de 2007. Esta última pasarela prolonga el puente Zubi Zuri hasta el pie de las torres gemelas del nuevo conjunto arquitectónico Isozaki Atea, que en vasco significa puerta de Isozaki, también concebido por este mismo arquitecto y construido sobre una ribera industrial desafectada. La conexión de la nueva pasarela a la pasarela pre-existente requirió que se retirara un fragmento de la balaustrada del Zubi Zuri. Y, el Ayuntamiento de Bilbao, no consideró pertinente consultar este punto con Santiago Calatrava.

³¹³ Ibid., p.79

³¹⁴ GALLEGO, Albert, op.cit (n.180), p.2.

En ejercicio de su derecho moral de autor, Santiago Calatrava Valls le reprocha al Ayuntamiento de Bilbao y a las dos empresas que llevaron cabo los trabajos de construcción de la pasarela del japonés Arata Isozaki, haber cometido un atentado contra la integridad del Zubi Zuri, hecho que se materializó sin su autorización.

El pronunciamiento jurisdiccional aquí comentado es el primero en España en cuanto a decidir sobre el alcance del derecho moral del autor de una obra arquitectónica y de ingeniería, enfrentado al hecho de haber adaptado su obra a posteriores necesidades ligadas con el interés público. EL juzgado de la Mercantil nº1 de Bilbao confirma la protección por el derecho de autor español de las obras arquitectónicas y de ingeniería y destaca el carácter original del Zubi Zuri (I). Después, este mismo Juzgado hace que prevalezcan las necesidades del interés público sobre el derecho moral, para negarle al autor el derecho al respeto de su obra, haciendo caso omiso de los atentados causados a la integridad del Zubi Zuri.(...)”³¹⁵.

Finalmente queremos destacar que de la lectura de nuestra normativa y como antecedente de la investigación, opinamos que tal limitación al derecho moral de integridad de la obra encuentra asidero en nuestra legislación. El artículo 71 letra G de nuestra ley prescribe que “En las obras de arquitectura, ***el autor no podrá impedir la introducción de modificaciones que el propietario decida realizar***, pero podrá oponerse a la mención de su nombre como autor del proyecto”, luego el artículo 71 letra F nos señala en su inciso primero que “La reproducción de obras de arquitectura por medio de la fotografía, el cine, la televisión y cualquier otro procedimiento análogo, así como la publicación de las correspondientes fotografías en diarios, revistas y libros y textos destinados a la educación, es libre y no está sujeta a remuneración, siempre que no esté en colección separada, completa o parcial, sin autorización del autor ”, lo que

³¹⁵ *Ibíd.*, 4-6

claramente también introduce limitaciones a las hipótesis posibles de infracción. En efecto, el inciso segundo de éste último artículo continua señalando que “Asimismo, la reproducción mediante la fotografía, el dibujo o cualquier otro procedimiento, de monumentos, estatuas y, en general, las obras artísticas que adornan permanentemente plazas, avenidas y lugares públicos, es libre y no está sujeta a remuneración, siendo lícita la publicación y venta de las reproducciones.”

3.4.-Soluciones Jurídicas a la Infracción a la Integridad de la Obra

Infringido, lesionado el derecho de integridad de la obra, provocado el daño a autor ¿Qué soluciones se presentan? La pregunta no es menor, no solo por la importancia de este derecho en el quehacer cultural e intelectual humano en el mundo actual, o la naturaleza jurídica de éste derecho (cuestiones que ya abordamos), sino que porque hay doctrina que afirma que no existe una protección del derecho moral de respeto a la integridad de la obra de carácter universal, uniforme. Lo anterior se liga con la consideración de la naturaleza jurídica de este derecho, junto con la consideración de que existiendo dos regímenes que rigen especialmente la materia en el mundo (copyright y derecho de autor) existen diferencias que parecieran abismantes (desde ni siquiera mencionar el derecho a la integridad, hasta establecer su renuncia para en caso de contemplarlo).

Por lo expuesto, consideramos necesario un análisis más reflexivo, una suerte de recuento sobre estos puntos que se conectan (y que ya fueron abordados), en particular sobre cómo las legislaciones que consultamos regulan al derecho moral de integridad y lo protegen en la hipótesis de infracción (si es que lo hacen) aun adscribiendo al copyright o al derecho de autor, es decir, criterios comunes o elementos armonizadores (si es que los hubieran). La reflexión la

haremos desde la consideración normativa, lo que consecuentemente nos llevara a una reflexión desde lo contractual en la materia.

i.- Resarcimiento del Daño causado al Derecho al Respeto a la Integridad de la obra:

Antes, debemos retomar la idea de infracción, lesión y daño. Ello puesto que la solución jurídica a la infracción es el resarcimiento del daño causado con ella, el asunto a dilucidar luego es si es posible dar lugar a tal resarcimiento, y es en ese marco que se que abordará lo pretendido como reflexión desde lo normativo y lo contractual.

Como ya señalamos el daño debe ser el resultado de la conducta lesiva a intereses jurídicamente protegidos, en este caso el derecho a la integridad de la obra. Podría pensarse que se aplican las normas comunes de derecho civil en torno a resarcir el perjuicio, sin embargo Antonio Delgado hace al respecto algunas precisiones, al señalar que “(...) no es justo que los atentados al ‘derecho moral’ tengan que producir consecuencias dañosas fuera del campo ‘moral’ para ser tomados en consideración por el Derecho. Lo que no quita que, además de esos perjuicios ‘morales’, dichas infracciones puedan significar un daño patrimonial. Ambas lesiones serán concebidas como resultados de una vulneración del ‘derecho moral’ (...)”³¹⁶.

Delgado además establece ciertos criterios en orden a resarcir el daño al derecho moral, en el que se incluye el de integridad de la obra señalando:

- 1) (...) si la infracción tiene por objeto únicamente alguna de las facultades del ‘derecho moral’, como los efectos nocivos de aquélla (cuando no son patrimoniales) afectan al ámbito de la personalidad de la víctima, y ésta (la personalidad) es inconmensurable, no queda otro recurso que

³¹⁶ DELGADO, Antonio D, op.cit (246), p. 350

aceptar como dañosa esa infracción por el solo hecho de su comisión. Esta opinión es la que ha prevalecido en la doctrina y jurisprudencia españolas tanto en materia de infracción de los derechos de la personalidad en general (algunos hablan de presunción de daño 'moral' *iurus et de iure*) como en lo que respecta al 'derecho moral' (...)"³¹⁷.

- 2) (...) aunque el acto ilícito no vulnere directamente ninguna de esas facultades, sino que consista en una explotación, en tanto poder de autorizar o prohibir la utilización económica de la obra, una función que se superpone a la que le corresponde como monopolio. Se trata de una función extensiva a la esfera patrimonial de la discrecionalidad propia del 'derecho moral' (en su ámbito, discrecionalidad reforzada e intransferible) y, al propio tiempo, de una función aseguradora de la efectividad de este derecho, dado que el derecho exclusivo permite una presencia virtual y latente del 'derecho moral' en toda explotación ajena de la obra, al garantizar al titular la posibilidad de decidir esa explotación (lo que equivale a decidir su divulgación o un 'no ejercicio' del derecho de retractación) y la de controlar (a través de las relaciones que haya establecido con el explotador ajeno) una correcta utilización de la obra desde el punto de vista de la defensa de su personalidad.
- 3) Como cuestión final agrega que (...) lo que sí debe admitirse es que esas infracciones son 'presumiblemente' dañosas (con presunción *iuris tantum*) (...) constatada la utilización ilícita de una obra o una prestación, no se plantea al titular del derecho, víctima de la infracción, ni al tribunal ante el que se solicite la protección, ningún problema acerca de la existencia del daño, bien porque éste se da como existente, bien porque esta existencia se presume, correspondiendo al infractor aportar la prueba

³¹⁷ *Ibíd.*,

de la inexistencia de aquél (...)"³¹⁸

Nos parece que de éstos elementos propuestos, necesarios a considerar previamente en orden a remediar el daño causado, protegen los intereses del autor de manera satisfactoria; de entenderse que existe una presunción del daño, por la naturaleza del derecho infringido en el caso de la infracción a la integridad de la obra. En la legislación chilena las presunciones pueden ser legales o judiciales, en el caso la propuesta de Delgado se situaría en las presunciones que puede efectuar el juez conforme al artículo 1712 de nuestro Código Civil y las que tienen la exigencia de ser graves, precisas y concordantes. Como es sabido, en orden a que dicha presunción judicial sea válida debe tener una base, la que también es determinada por el juez, aunque es la ley la que determina esa construcción. En el presente caso, creemos que lo que la ley determina es que debe probarse la conducta lesiva del derecho moral de la integridad (que es diferente del daño mismo que provoca, conducta que probada, da lugar a la posibilidad de presunción judicial de daño, y luego a la obligación de resarcir).

ii.- Fundamento del Resarcimiento: El resarcimiento del daño causado al derecho moral de integridad de la obra se encuentra primeramente en la ley misma que regula y protege a este derecho, Delgado la estima por tanto como una obligación de carácter legal, y lo define como "(...) el objeto de la relación obligatoria que la ley establece entre el autor del acto ilícito dañoso y la víctima del mismo (en nuestro caso, el titular del derecho vulnerado) (...) tiene su cometido primario en restaurar el patrimonio del perjudicado por el evento dañoso (...) Esa restauración patrimonial ha de cumplir con la regla general de que ha de tener por objeto la totalidad del daño originado, pero solo este daño, no más allá (lo que daría lugar a un enriquecimiento injusto del perjudicado). Y

³¹⁸ *Ibíd.*,

como consecuencia de esa regla, el modo de llevar a efecto esa restauración habrá de tener en cuenta la clase de daño inferida (...)³¹⁹.

En cuanto al derecho moral existen ciertas precisiones hechas por el autor, en cuanto a la función de restauración del patrimonio de la víctima. El caso es propio del contexto actual de creación de las obras y las tendencias jurídicas contractuales y legislativas (a través de las presunciones, etc), cuando se trata de una vulneración a la integridad de la obra pero que no tiene efecto lesivo alguno para el patrimonio del autor, en ese caso el objeto del resarcimiento es satisfacer la “pecunio doloris”, o lo que es equivalente, una cantidad de dinero para compensar al autor cuyo derecho moral de integridad se ha infringido causándole aflicción (daño moral) por la lesión ocurrida en la esfera de su personalidad. Luego, Delgado vuelve a retomar la idea de que tal daño debe presumirse por la gran magnitud (inconmensurable) del derecho al respeto a la integridad de la obra, íntimamente ligado con la personalidad del creador intelectual. Por ello además es que entiende al resarcimiento más como una indemnización al daño causado, como una reparación.³²⁰

Finalmente, al respecto de la labor judicial por cuantificar este daño Delgado nos señala que quedará al arbitrio del juez de la causa (buscando los baremos que se ajusten dentro de la jurisprudencia chilena), combinado el criterio de equidad³²¹. Esta acción encuentra especial mención en nuestra ley de propiedad intelectual, específicamente en el artículo 85 letra B, inciso letra b.

iii.-Otras Soluciones: Delgado hace una exposición de otras acciones diferentes a la que busca el resarcimiento, y que además tienen antecedentes en nuestra propia ley de propiedad intelectual, y tiene por lo tanto un carácter especial. En general se contemplan respecto a los derechos de explotación y no

³¹⁹ Ibíd., p. 354

³²⁰ Ibíd., p.355

³²¹ Ibíd.,

tiene por objeto el resguardo de los intereses morales, aunque ciertamente pueden ejercerse en orden a evitar infracciones mayores.

- a) **Acción de Inhibición:** cuyo objeto principal es poner fin a la conducta lesiva e impedir que continúe. En nuestra opinión en nuestra legislación también estarán habilitados para el ejercicio de ésta acción (así como la resarcitoria) los herederos del autor en su calidad de titulares derivados, por ser el derecho moral de integridad de la obra una de las facultades imperecederas ³²². En la regulación chilena esta acción se encuentra en el artículo 85 letra B (inciso letra a) de la ley de propiedad intelectual, denominada “cese” de la conducta infractora.
- b) **Acción de Remoción:** Una vez que cesa la actividad infractora, a veces no es suficiente, por cuanto siguen difundiéndose, reproduciéndose, comunicándose ejemplares que contienen la infracción al derecho moral de integridad de la obra. Por lo que el objeto de esta acción es la desaparición o inutilización de los medios y productos en orden a evitar mayor daño.

Esta acción especial también se encuentra regulada en norma chilena de propiedad intelectual, específicamente en el artículo 85 letra C (por la que se puede conseguir la destrucción o su retiro del comercio).

3.2.1.-Consideraciones en cuanto a lo Normativo

En éste punto no queremos repetir las normas internacionales o de legislaciones comparadas que ya fueron expuestas, sino que queremos comentar la regulación –como ya señalamos- buscando por interpretaciones comunes posibles, criterios armonizadores. Ello pues estimamos, que con diferencias, la solución es efectivamente el resarcimiento del daño y las otras acciones especiales mencionadas por Delgado y que tiene asidero en nuestra

³²² *Ibíd.*, p.345

legislación; siendo necesaria la reflexión sobre si existen elementos armonizadores que puedan acoger tales soluciones.

La consideración de la naturaleza jurídica del derecho moral de integridad de la obra como un derecho humano es central. Porque a partir de ésta consideración es que podría señalarse que está protegido en todos los países a los que nos referimos, a través de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Tal interpretación sin embargo es insuficiente, pues no se hace cargo de las diferencias que se constatan.

En efecto, de acuerdo con Antonio Delgado, las legislaciones que adscriben al copyright sí protegerían al derecho de integridad de la obra, aunque no dentro esa regulación especial, sino en las normas de protección del derecho común de los derechos personalísimos como la honra, la reputación y la privacidad³²³.

Además ha señalado que ambos sistemas de legislación se han “contaminado” mutuamente, de esto se tiene el antecedente del Convenio de Berna que ha sido suscrito por las legislaciones a que nos referimos tanto del copyright como del derecho de autor, estableciendo criterios comunes en cuanto a la noción de obra como creación intelectual personal, y más importante aún, en cuanto a la noción de autor. Por supuesto, esta afirmación no es pacífica y Delgado justifica esta idea señalando que “(...) Teniendo en cuenta la noción de obra subyacente en las disposición del CBR, el sentido del término autor, en el contexto convencional, no puede ser otro que el de persona natural que ha creado una obra. Solo partiendo de esta significación puede explicarse el reconocimiento al autor de un ‘derecho moral’, que subsiste después de la transferencia de sus derechos patrimoniales y de expirar su existencia personal (art.6 bis.1-2), y el hecho de que el plazo de duración del derecho patrimonial se compute, como regla general, desde su muerte (...) Cuando el Convenio ha querido referirse a otra persona distinta del creador de la obra, pero que ostenta su misma o

³²³ DELGADO, Antonio P, op.cit (n.90), p.284

análoga posición en relación con la totalidad o parte de los derechos, ha utilizado la palabra 'derecho habiente' (art.2.6, inciso final; en la versión inglesa se lee 'this protection shall operate for the benefit of the author and his successors in title')³²⁴. Esto importa ciertamente porque el derecho de integridad de la obra concibe su protección y regulación respecto a la personal natural creadora de la obra, la que tiene interés en que se respete dicha integridad.

Existen autores que entienden que el Convenio de Berna no cumple cabalmente con esta tarea, por ejemplo Jorge Mahú, quien hace una distinción pertinente entre un derecho internacional de autor y un derecho internacional privado de autor (quedando el Convenio de Berna situado en el primero) , señalando que a éste último se lo puede entender como "(...) el conjunto de normas y principios que tienen por objeto resolver los conflictos que se presenten con ocasión de la aplicación de las leyes del derecho de autor en el espacio (...)"³²⁵, y por su parte el derecho internacional de autor sería aquél (...) conjunto de normas y principios jurídicos emanados de fuente internacional, destinados a uniformizar e internacionalizar el Derecho de Autor (...)"³²⁶. Finalmente destaca las diferencias entre ambos señalando que el derecho internacional de autor "(...) pertenece al amplio dominio del Derecho internacional público, en cuanto implica la vigencia de un sistema aceptado por la comunidad internacional, en perspectiva de regular las interacciones jurídicas entre los Estados, creando derechos y obligaciones entre ellos; en cambio el Derecho Internacional privado del Derecho de autor tendría por objeto determinar la jurisdicción competente o la ley que debe aplicarse en caso de

³²⁴ DELGADO, Antonio D, op.cit (n.85), p.39

³²⁵ MAHÚ, Jorge, op.cit (n.163), p. 54.

³²⁶ *Ibíd.*,

conurrencia simultánea de dos o más leyes en el espacio, que reclaman su observancia.(...)”³²⁷.

No cumpliría bajo el criterio de Jorge Mahu el Convenio de Berna con la tarea de otorgar para nuestra problemática jurídica una solución, principalmente porque a la hora de hacer aplicación de sus normas lo que primaría es el criterio de territorialidad, por lo que la ley nacional de cada país es la efectivamente se aplica como derecho internacional privado. Pudiendo dejar al derecho moral de integridad sin una protección uniforme, lo que es menor debido que las modalidades de contratación de dan con una serie de partes que pueden perfectamente tener diferentes nacionalidades.

Delgado precisa sobre sus consideraciones de la noción de autor, y se hace cargo de las dificultades planteadas por Mahú, al señalar “(...) No obstante ese concepto de autor como creador de la obra, debe retenerse que las disposiciones convencionales mencionadas dejan un margen muy amplio a la determinación concreta y en cada caso de la personal que debe tenerse por tal creador o (escamoteando las cosas) por su equivalente jurídico puramente formal, es decir, por el ‘primer titular del derecho’ (punto de vinculación indispensable para el nacimiento de la protección-convencional-). Para unos, esa determinación corresponde hacerla a la legislación del país donde se reclame la protección, sin que ello signifique que la cualidad de autor es uno de los elementos comprendidos en la regla de trato nacional (art.5.1). Para otros, son las normas de derecho internacional privado (aplicarse para resolver esta cuestión y son mayoría los que, dentro ***y la excepción, en su caso, del orden público internacional***) las que deben de este sistema, se inclinan a favor de la ley del país de origen y, especialmente, el de primera publicación) (...)”³²⁸. Cabe apuntar que en el orden público internacional, se encontraría la Declaración

³²⁷ Ibíd.,p.55

³²⁸ DELGADO, Antonio D, op.cit (n. 85), p.39. Negritas cursivas nuestras.

Universal de los Derechos Humanos, que Delgado considera como antecedente del derecho moral de integridad de la obra, haciendo de su planteamiento un todo bastante coherente.

Otros elemento armonizador ha surgido respecto a la noción de originalidad, ya revisamos que existe una de carácter objetivo y subjetivo, la de carácter objetivo más ligada a los regímenes de copyright y la subjetiva a los de derecho de autor. Es interesante en la medida en que en los regímenes de derecho de autor, específicamente en Francia se apunta por Delgado una “contaminación”, ello pues en ésta legislación se protege sin lugar a dudas el derecho a la integridad de la obra, y la originalidad es un presupuesto básico fundamental de la protección.

En efecto, “(...) Existe, en la actualidad, una aproximación hacia una visión objetiva (creatividad, individualidad o, por lo menos, no exclusivamente subjetiva) de la originalidad que se corresponden con unas posiciones de la jurisprudencia que, a veces utilizando un ‘doble lenguaje’, a veces incurriendo en francas contradicciones, están claramente orientadas en el mismo sentido (...) en general, la de otras obras en que la personalidad del autor no tiene muchas posibilidades de manifestarse (y las que la doctrina alude genéricamente con las expresiones *pettie monnaie*-‘calderilla’-, *menú fretin* -‘morralla’-y otras por el estilo), viene a demostrar, de una manera indiscutible que, en esos casos, el criterio de la originalidad subjetiva no ha sido utilizado por los tribunales, sino el de la originalidad objetiva y de geometría variable (dejando a un lado las palabras pronunciadas) (...)”³²⁹. En definitiva se trata de obras en que la personalidad del autor se encuentra, pudiendo ser infringido el derecho de integridad en cualquiera de las hipótesis planteadas, aunque se encuentra, parafraseando, sin mucha oportunidad de manifestarse.

³²⁹ DELGADO, Antonio D, op.cit (n.85), p.43

3.4.2.- Consideraciones en cuanto a lo Contractual

Luego, es claro que a partir del contexto actual de las creaciones intelectuales, la forma en que se producen, las tendencias en cuanto a las técnicas legislativas que establecen presunciones en detrimento de la figura del autor, facilitando sin embargo la explotación y la difusión de la obra; la materia de contrarios tiene una importancia trascendental combinada con la reflexión normativa hecha anteriormente.

Pareciera que a través de la una técnica contractual adecuada en los contratos de las obras, podría protegerse de mejor manera el derecho a la integridad de la obra, esto teniendo en consideración las regulaciones vigentes (sin apartarse de ellas). Delgado, al respecto de las problemáticas que pueden surgir respecto a las obras cinematográficas otorga directrices que sirven a nuestro planteamiento, y se ajusta a la realidad en que actualmente se crean las obras intelectuales (y al del Spot publicitario), señalando lo siguiente:

“(…) A los aludidos contratos se les exigirá la forma escrita como requisito esencial, y la mención concreta de los derechos que sean objeto de cesión, si tiene o no carácter exclusivo, su ámbito geográfico, su duración **y el destino de los ejemplares resultantes de la fijación de la obra y su reproducción.** Asimismo, figurará en dichos contratos la compensación económica del autor por los derechos transmitidos, con referencia a las distintas formas de explotación que hayan sido contempladas. La retribución deberá consistir, siempre que ello sea posible, en una participación proporcional en los ingresos que se obtengan de cada específica utilización económica. En la normativa a la que nos referimos se establecería que, salvo estipulación expresa en contrario, los autores de la obra (excluido los de las creaciones preexistentes, que no tiene dicha consideración), con excepción de los de la música, no podrán oponerse a la reproducción, distribución, subtítulo y doblaje de los textos de la misma, realizados para su presentación o proyección pública en salas

destinadas al efecto, ni a dicha proyección. Con ello, siguiendo generosamente la directriz del Artículo 14 bi 2) b) del Convenio de Berna, se daría satisfacción a las exigencias de la explotación cinematográfica tradicional (...)"³³⁰.

Delgado incluso sugiere que por la complejidad de éste tipo de contrataciones cinematográficas, dentro de las cuales puede perfectamente enmarcarse el Spot y que tiene tantas modalidades de explotación y de ejecución compleja; que debieran adoptarse "(...) para ser tan eficaz como equitativa, la fórmula de los contratos normativos o de grupo, concertados entre las organizaciones representativas de los intereses implicados (...)"³³¹, lo que sugiere incluso para el caso de los derechos de productores, en orden a que se tutelen también adecuadamente sus intereses, pues a la vez los del autor pueden resguardarse. El resguardo adecuado, la solución a la infracción al derecho moral de integridad por cláusulas contractuales se fundamenta en la constatación de que "(...) El autor, que desempeña una función espiritual cuyo beneficio se extiende a toda la humanidad, se perpetúa en el tiempo y condiciona esencialmente la evolución de la civilización, no debe sufrir ningún perjuicio en el ejercicio de sus derecho sobre la creación utilizada (...)"³³².

Otro elemento a considerar es la posibilidad de renuncia que se ha establecido en algunas legislaciones del derecho moral de integridad, en especial las legislaciones del copyright. Ante tal escenario, que un autor haya pactado la renuncia de su derecho y luego éste se haya infringido ¿Qué soluciones se podrían contemplar? O en los casos de legislaciones que establecen la facultad de ejercicio del derecho moral de integridad de la obra en personas distintas del autor ¿cómo se entiende tal ejercicio para proteger el interés de la integridad de la obra? Nos parece que es necesaria una interpretación armoniosa, y los

³³⁰ DELGADO, Antonio D. "La Propiedad Intelectual y la explotación videografica de las obras del ingenio". En su: "Derecho de Autor y Derechos Afines al Autor". España. Instituto de Derecho de Autor,2007. Vol.2.pp, 400-401. Negritas cursivas nuestras.

³³¹ *Ibíd.*,

³³² *Ibíd.*,

elementos para ella los otorga Antonio Delgado respecto de un sector de la doctrina (con la que no parecer el mismo concordar): "(...) Por una parte, y con referencia a la cuestión de validez de la renuncia al derecho a la integridad, se dice que el verdadero criterio para saber si una renuncia habría de tenerse por nula parece ser el hecho de que el autor haya suscrito una **cláusula abstracta en relación a las modificaciones futuras de su obra sin posibilidad de ratificar, al menos a posteriori**; ratificaciones éstas que algunos entienden no constituir actos de renuncia sino nuevos actos de creación, en tanto representan una asunción propia de actos ajenos de aportación de modificaciones creativas a la obra del que las ratifica y que podría haberlas efectuado por sí (...)"³³³. Por lo que en definitiva la técnica correcta para contractualizar sería contemplar una cláusula no abstracta de renuncia al derecho, en donde se establecería sin lugar a dudas la intención de consultar con el autor por las hipótesis en que podría resultar infringida la integridad de la obra (las que identificamos son exactamente tres).

No fue posible para nosotros encontrar casos judicializados en esta materia, no en nuestra jurisprudencia al menos. Por ello la técnica adecuada contractual no solo reduciría esa posibilidad mínima, sino que de paso ayudaría a un mejor tráfico jurídico de las obras, reivindicando la posición del autor como creador de estas, con el respeto a la integridad de su obra. Una correcta técnica para contratar (...) permite crear un derecho a controlar cómo se utiliza la obra, este derecho, no debe conducir a desconocer el derecho que tienen los autores y también el público a estar informados de las obras (...)"³³⁴, podríamos agregar que tampoco lleva desconocer el derecho de los explotadores.

La naturaleza jurídica del derecho de la integridad de la obra como un derecho humano prevendría de contractualizarlo (si es considerado como un derecho

³³³ DELGADO, Antonio D, op.cit (n.131), p.65

³³⁴ CERVETTI, Pierre-Dominique, op.cit (n.124), p.142.

humano o personalísimo, indisponible por tanto). De lo que se trataría sería de contemplar las hipótesis de infracción, en orden a prevenirlas; pues (...) Si bien es cierto que prohibir la contractualización de los derechos morales es como el eco inevitable de indisponibilidad de sus prerrogativas, el derecho moral de autor, presentado como un derecho absoluto. Desde luego que la cesión –o el abandono previo o definitivo- de sus diferentes componentes es imposible porque la ley así lo determina. No obstante el carácter de esta prohibición, no es excluir los arreglos o los acondicionamientos a los cuales el autor, perfectamente consciente del alcance de su compromiso, puede suscribir con toda validez. En todo caso, es éste el camino que la jurisprudencia ha diseñado al poner progresivamente en tela de juicio el carácter discrecional de los derechos morales y haber hecho posible que la ejecución forzosa de las obligaciones de carácter personal. En nuestra opinión, la fuerza obligatoria de los contratos debe imponérsele al autor que ha consentido en acondicionar su derecho moral, tal y como se le impone a cualquier contratante. El autor no debe poder recurrir a esas prerrogativas para escapar a los compromisos a los que, por lo demás, ha suscrito con toda validez (...)”³³⁵.

¿Qué se sugiere en lo concreto? A pesar que se requiere un nivel de seguridad jurídica para el ejercicio del derecho a la integridad de la obra tanto para el autor como para los explotadores, es bastante dificultoso. De acuerdo con Pierre-Dominique Cervetti, junto con el reconocimiento de lo anterior, indica que la tarea propuesta solo es posible a través de identificar una tipología de cláusulas, categorizadas a priori como³³⁶:

- Prohibidas, por ejemplo renunciadas anticipadas a la integridad de la obra, general y definitiva (sin ratificación siquiera) para el ejercicio.
- Sospechosas.

³³⁵ *Ibíd.*, p.146

³³⁶ *Ibíd.*, p.146-148

➤ Lícitas.

En definitiva, a la hora de determinar las cláusulas (prohibidas, sospechosas o lícitas) en el contrato será importante tener presente y/o determinar cuál es la función del contrato, cual es la naturaleza de la obra. Así se sabrá cuando el autor ha dado de forma lícita (no sospechosa, ni prohibida), sin infringir su derecho de integridad de la obra, su consentimiento para que se modifique la obra, se la ponga en cierto contexto, se la cambie de destino; y en definitiva dar la posibilidad de el derecho a la integridad de la obra sea respetado conforme a derecho, tampoco dejando a discreción arbitraria del autor la cuestión. La tutela sería a los intereses del autor como a los del explotador.

Tal mirada incluso se proyecta como un antecedente de una regulación mayor, de acuerdo con su Cervetti: "(...) Una vez que ocupan un lugar en el mercado, esas normas privadas van a circular entre los distintos operadores económicos como circula un verdadero producto de consumo. Es la razón por la cual conviene evitar que, a la sujeción de los estatutos establecidos por la unilateralidad de la ley venga a sucederle una nueva forma de feudalismo por parte del operador económico dominante. Se requiere entonces transponer esas necesidades individuales y situarlas a escala del macro derecho incitando a todos los actores del mundo de la creación a participar sistemáticamente de esta nueva norma (...) o bien la norma se elabora a iniciativa de la autoridad pública que delega, directa o indirectamente, una parte de su competencia normativa, o bien se elabora a iniciativa de los sectores profesiones, antes de incluirla en el orden jurídico positivo como se hace con una regla espontánea. En ambos casos, la autoridad pública que hasta entonces era la autoridad legítima para dictar el derecho, se transforma en una simple legitimadora (...) Las Cartas sobre ética, los códigos de conducta y , en cierta medida, los contratos-tipo que sólo disponen de un débil alcance jurídico intrínseco, corroborado por el hecho de carecer de un dispositivo que obligue a

respetarlas, no dejan de ser instrumentos de alcance normativo dotados de una gran utilidad. Permiten sacar a la luz las manifestaciones del derecho espontáneo a través del uso de que ellas hacen los sectores profesionales interesados (...)³³⁷.

Con una correcta contractualización, en el marco de lo que Cervetti sugiere, la cuestión en torno la infracción del derecho a la integridad se reduciría a una cuestión de buena o mala fe, acaso del autor o bien del explotador: "(...) En efecto, hacer que la parte asociada en el contrato comprenda el alcance del compromiso que suscribe, le permite profundizar la información contractual, lo que puede tener por efecto que la parte asociada, perfectamente informada, pueda faltar a sus obligaciones actuando de mala fe. Es pues, cuando se ejecuta el contrato cuando aparece el alcance de las cláusulas contractuales e informativas. Unas, para obligar y las otras, para reforzar esa obligación y hacer que se respete (...)"³³⁸.

Para finalizar, en torno a los problemas que pueden surgir respecto a la ley del foro y la ley aplicable en caso de conflicto, elementos que son destacados por quienes afirman que no hay elementos de armonización en los instrumentos ni en las legislaciones (pues consideran que además acrecientan la dificultad de soluciones armoniosas), también pueden ser resueltos bajo la misma técnica de contractualización propuesta por Cervetti, las partes mediante cláusulas contractuales la determinan. Lo central siempre es la buena fe de las partes, en torno al uso y destino de la obra, el carácter humano del derecho de integridad y las modificaciones, adaptaciones, modificaciones de contexto que se permitan; en definitiva la regulación razonable de las aristas que puedan resultar problemáticas.

³³⁷ *Ibíd.*, p. 148, 160, 162

³³⁸ *Ibíd.*, p.166

CAPÍTULO IV: Conclusiones

1. El contexto de crisis que sufre la propiedad intelectual es mundial, además de la falta de regulación internacional en esta materia se suman las nuevas prácticas en la creación de obras, a través del trabajo colectivo donde la individualidad propia de un autor se pierde con los aportes individuales de otros y donde la titularidad de los derechos patrimoniales pasa a los “organizadores” sean estos las agencias publicitarias como empleadoras, como productoras, etc. Se suman además todas las tendencias legislativas que establecen presunciones a través del organizador o explotador de las obras, como empleador, como productor o por quien encarga la obra. Son regulaciones reflejas, que se van transformando consagrando la realidad del quehacer intelectual, a través y en detrimento de la posición del autor como creador y en esa calidad, de su derecho a que se respete la integridad de la obra.

Nos parece que por el curso de las cosas, no vendrá pronto un tratado internacional que se preocupe por el derecho moral de integridad (por ejemplo de delimitar mejor su contenido en orden a establecer claras hipótesis de infracción, armonizando los derechos comparados, brindando soluciones cuando conductas lo lesionen); pese a ello la problemática jurídico social que hemos planteado esta y parece avanzar vorazmente. Para ser más claros, la problemática es el peligro de que se pierda el respeto a la integridad de la obra por la necesidad de explotarla y sacarle el mejor provecho económico, y que éste derecho se transforme en una declaración. Por ello es que consideramos clave encontrar una solución en los ordenamientos jurídicos comparados que regulen este derecho, como ya dijimos a lo largo de nuestra

investigación, resolver esto tiene que ver con preservar el incentivo mismo a que el hombre siga creando obras del espíritu. Además de que en última instancia la explotación de la obra y los intereses del explotador no deben considerarse como el antónimo de los derechos morales o la integridad de la obra, de hecho en consideración a la teoría monista son parte de un mismo y único derecho; y desde la consideración de la teoría dualista jamás se establece una relación antagónica entre ambos intereses. En última instancia, sin autor, no hay explotación posible.

2. Hemos constatado que la globalización ha generado que está tendencias que minimizan al autor, que algunos han calificado como crisis del concepto mismo de autor, tiene manifestaciones en legislaciones que adscriben tanto al sistema de copyright como al de derecho de autor. Sabemos, por tanto, que un análisis internacionalista en la materia se adecua a la realidad y fue fundamental. Por su parte el Spot Publicitario forma parte de una industria publicitaria que tiene un carácter global, como obra intelectual involucra el intercambio de no un solo tipo de activo intelectual, pudiendo involucrar en sí mismo fotografía, música, films, etc, además de poder darse bajo modalidades jurídicas diversas de toda índole (obra colectiva, contrato de trabajo, obra por encargo, presunción a favor del productor, etc)

En éste último sentido, los resultados de nuestra investigación (que además de constatar la mencionada crisis) nos obligaron a reflexionar sobre una solución que compatibilice los intereses de la industria y explotadores de las obras intelectuales con las del autor; pues ambos intereses son igualmente importantes. La palabra reflexionar en la frase anterior es clave, pues es claro que la solución misma se encuentra en las normas típicas en torno a la responsabilidad civil, en lo que refiere al

cumplimiento de los contratos y la obligación de resarcimiento para el caso de infracción del derecho de integridad de la obra. Como esta es la solución a aplicarse, quisimos reflexionar si era posible aplicarla dentro de los sistemas de regulación del copyright y del derecho de autor, considerando los tratados internacionales vigentes en la materia y además de que no todas las legislaciones del mundo regulan o tiene la misma consideración en torno al respeto de la integridad de la obra.

Como operadores jurídicos no podemos caer en romanticismos, ni comenzar a inventar o sugerir cambios normativos. Quisimos apegarnos al contexto de la regulación, y el del tráfico jurídico de las obras intelectuales.

3. Como resultados principales de ésta investigación concluimos que sí existen criterios comunes en las legislaciones comparadas, al respecto sobre el contenido del derecho moral y también al respecto de aquel umbral jurídico más allá del cual se configura la infracción. Luego, también creemos que puede aplicarse la solución jurídica a partir de las consideraciones (interpretación y reflexión) de legislaciones comparadas, que se adecue a la situación que viven los autores y la industria intelectual a la vez que proteja y reivindique la importancia de la integridad de la obra.

Lo anterior por cuanto en lo referido al contenido del derecho moral de integridad en las legislaciones revisadas, este se construye a partir de si ha existido una vulneración a la reputación u honra de su creador, por medio de un tratamiento que sea- en éste sentido- perjudicial a los legítimos intereses del autor, pervirtiendo el espíritu de su obra por medio de ese tratamiento. Nos parece que esto lo que tienen en común todas

las legislaciones revisadas (que en buenas cuentas le dan contenido al artículo 6 bis del Convenio de Berna). En todas ellas se entiende vulnerado el derecho de integridad cuando la perversión del espíritu de la obra es grosero, marcando las hipótesis de infracción fuera del manto de la “buena fe”, esto último en el sentido de que tal tratamiento no fue necesario o siendo necesario, no se hizo por los medios menos perjudiciales a la honra y reputación de su autor.

Ciertamente el derecho moral de integridad no es un derecho “absoluto” por sobre los otros intereses que se encuentran interviniendo en la actividad publicitaria en el caso de Spot Publicitario, o los otros que puedan estar involucrados en el caso de otro tipo de obras. Nos parece que todas las legislaciones aludidas (la chilena inclusive), sea en su norma positiva o en el desarrollo jurisprudencial de ésta, intentan compatibilizar dichos intereses, estableciendo ciertos requisitos sobre el tratamiento que reciba la obra en orden a entender vulnerada su integridad. Por ejemplo, la ley chilena excluye expresamente aquellos tratamientos destinados a mejorar la obra, su conservación o restauración. Además se establece una posibilidad de que el tratamiento sea hecho con previo consentimiento del autor; lo que a nuestro parecer no implica que pueda renunciarse en el caso chileno (sí en legislaciones del copyright) al derecho de ejercer la protección a la integridad de la obra. Pero sí podría regularse por las partes qué tipo de tratamiento pervertiría la obra; en orden a que el titular de los derechos patrimoniales de ella se abstenga de realizar las conductas infractoras, de no regularlo entonces, quedaría a la necesidad y objeto de la contratación misma

4. Respecto de las conclusiones en torno a si es posible aplicar las normas que correspondan del resarcimiento del daño a la integridad de la obra

que ha sido vulnerada, conforme a cada legislación; opinamos que es perfectamente posible por cuanto hemos adquirido la convicción de que su naturaleza jurídica es la de un derecho humano. Si bien existen diferencias entre los sistemas de copyright y derecho de autor, el contenido mismo de éste derecho debe resguardarse por las normas comunes, en el caso en las que no exista una regulación especial. Forma parte de los denominados derechos personalísimos y se encuentra protegido por la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

En cuanto a los criterios para considerar que se ha efectuado la infracción ya nos referimos más arriba al considerar que todas las legislaciones que regulan este derecho establecen un manto de necesidad de la explotación y la actuación de buena fe para las partes. En este punto consideramos que la armonización es completa, en la medida en que esta buena fe rige también como criterio y exigencia no solo para los explotadores, sino también para el autor. Deberá analizarse dentro del contrato, las necesidades, su objetivo, la intención de las partes al contratar, etc. Por lo pronto, no existen casos judicializados en la materia en la jurisprudencia chilena, ni por tanto un peligro para los intereses de los explotadores. Esto último es importante, por la exigencia por el debido respeto a este derecho no implicaría un detrimento al explotador, al menos fundado en que sucederán muchas demandas y procesos.

5. En cuanto al Spot Publicitario mismo, nos parece pertinente comentar que el derecho de autor no entra a hacer juicios de valor sobre la calidad o belleza estética de una obra, o su valor artístico o las ideas detrás de ésta; la obra se encuentra protegida sin importar estos elementos. Pero

como, ya expusimos, el espíritu de la obra (la integridad) se vincula con éstos elementos; si una obra preexistente se usa en publicidad y no fue concebida en la idea que la inspiró para éste uso, su integridad se pervierte. Luego, una obra de publicidad puede conmover tanto como alguna obra de algún gran artista; pese a haber sido creada con un fin publicitario, puede existir una elección de imágenes, de colores, de disposición de elementos que den una belleza estética que pueda ser reclamada en caso de tratamiento indebido, y que afecte la reputación y honra de quien la generó. Sobre todo considerando que no son pocos los casos de artistas que tuvieron sus inicios en publicidad.

En lo personal obviamente tenemos una apreciación sobre el valor artístico de ciertas obras publicitarias, y sobre si existe realmente una honra o reputación por proteger en algunas, respecto de otras nos preguntamos si algún día será capaz la obra publicitaria (teniendo presente la función de esta) de ser testimonio de la personalidad, de ser la huella de humanos únicos e irrepetibles. Estas apreciaciones y dudas obviamente no sirven al objeto de nuestra investigación, simplemente por el hecho de que no brindan ni nos acercan a una solución jurídica que proteja al Spot Publicitario de su posible vulneración (e incluso otras obras). En efecto, esto sería adscribir a una concepción subjetivista de la noción de la originalidad y en donde el carácter personal del autor tiene una mayor notoriedad en que las obras que dieron origen a la noción objetiva de originalidad (lo que bajo nuestro criterio y siendo justos, no implica que no existe algún reflejo de la persona del autor, sino que simplemente es más difícil que resalte, por lo que la integridad de la obra también podría ser vulnerada)

6. Para ir finalizando, es necesario agregar que la perspectiva de Pierre-Dominique Cervetti en su texto de *“Cómo hacer un buen uso de la contractualización en derecho de la propiedad literaria y artística”* fue importante en nuestra investigación y nuestras reflexiones. En primer lugar porque existen numerosas opiniones en torno a que los tratados que regulan la materia del derecho de integridad no proveían realmente una regulación armonizadora, ello incluso respecto del Convenio de Berna. Adicionalmente a ello porque en caso de conflicto, de judicialización, se aplicarán las normas de Derecho Internacional Privado, y en donde por lo general se elegirá la norma del foro de origen de la obra, y consecuentemente se aplicará el derecho de fondo que resuelva esa cuestión de esa nación.

En nuestra opinión de las legislaciones revisadas no existe una incompatibilidad entre los intereses del autor y el explotador de los derechos patrimoniales de la obra. Damos cuenta que en el contexto de la explotación de la obra, en sus modalidades de cesión de derechos (presunciones) o de licencias de usos, ambas a través de contratos de carácter privado, pueden configurarse las 3 hipótesis de vulneración al espíritu de la obra. Creemos que no existe justificación para el caso de los sistemas de copyright de no resarcir los perjuicios causados por la infracción a este derecho, por cuanto en última instancia la clarificación de su naturaleza jurídica, permite que se apliquen las normas comunes en la materia aunque no exista una regulación especial. Adicionalmente adquirimos la convicción de que sería invocable el derecho de integridad en caso de vulneración en todas las legislaciones vistas, independientemente de la posibilidad de renuncia que se tenga en algunas, fundado en el ánimo de conciliar las posiciones del explotador

de la obra y el autor mismo que existen en las legislaciones analizadas (en especial el criterio de necesidad ya aludido)

Por ello es que en ese marco la contractualización, ayuda a compatibilizar la transacción de la obra con el respeto al derecho moral de integridad, siempre que el fundamento sea la buena fe de los contratantes. Esto no se plantea como un principio abstracto, sino que se sugieren medidas concretas para llevarlo a cabo y poder distinguir cuando las partes no se encuentran de buena fe, a través de cláusulas que definan el destino de la obra, los límites a la utilización, las posibles modificaciones a la que pueda estar sujeta la explotación, los posibles contextos en los que pueda situarse la obra, etc.

En definitiva, tal regulación en el contrato logrará dar directrices, prevendrá la judicialización (reduciendo las escasas reclamaciones de los autores por éste derecho); pero incluso judicializándose, otorgará un criterio muy valioso en orden a distinguir si hubo infracción y luego, si hay obligación de resarcir. El criterio es si aparece claramente la necesidad de la conducta respecto a la cual se reclama la lesión al derecho de integridad, conforme a los elementos del contrato. Por lo pronto, y de acuerdo al criterio de las legislaciones comparadas debe recordarse de que no es cualquier tratamiento el que se considera daña la honra o reputación del autor (si fue necesario, si pudo evitarse, etc)

Luego, queremos también destacar la propuesta de Delgado en torno a la presunción del daño, la que en orden a aplicarla, obviamente debe enmarcarse dentro de presunciones judiciales, las que necesariamente tienen una base legal. En este caso la base legal la constituye la conducta lesiva, la que obviamente es la que debe probarse.

7. Las cláusulas propuestas en la contractualización del derecho de integridad deben incluirse por los operadores jurídicos en los contratos de cesión o licencias de uso de derechos patrimoniales sobre la obra, en orden a comenzar a gestar una cultura jurídica de respeto a este derecho instituyéndolo como un elemento del contrato. Debe instituirse sobre las bases reales en que se gesta la actividad creativa, no deben ignorarse que son dos intereses compatibles, siempre que se regulen qué actos de tratamiento a la obra son considerados por el autor una vulneración al espíritu de ésta en orden a que el nuevo titular se abstenga de realizarlo.

Creemos que estas conclusiones concuerdan además con el aspecto internacional que tienen estas transacciones, pues recoge criterios que se encuentran en las legislaciones de copyright y derecho de autor. Pero no debemos malinterpretarlo, no estamos planteando una renuncia contractual. Ello no es posible en nuestra legislación nacional y en las legislaciones del derecho de autor, la normativa en torno a los derechos morales es de “orden público” y no es disponible para las partes. Lo que planteamos es que se consagre en el contrato que los intereses del explotador y el autor no son antagónicos, de manera que la cláusula que regule esta materia establezca una hoja de ruta para prevenir la vulneración a la integridad, velando con ello por la protección a su espíritu.

BIBLIOGRAFIA

AUTORES:

1. LIPSZYC, Delia., "Derecho de autor y derechos conexos". Buenos Aires. 2° Edición. Victor P. Zavallia S.A. 2005. 933p.
2. ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. "Manual para la enseñanza virtual del Derecho de Autor y los Derechos Conexos". Santo Domingo, República Dominicana. Editora Corripio, C. por A. 2001. Tomo I. 341p.
3. WALKER ECHENIQUE, Elisa., "Manual de Propiedad Intelectual". 1° Edición, Chile, Legal Publishing, 2014, 388 p.
4. POSNER, Richard A; LANDES, William M. "La estructura económica del Derecho de propiedad intelectual e industrial", Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 2006, 575 p.
5. VODANOVIC, Antonio. "Derecho Civil, Partes Preliminar y General", Santiago, Chile; Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1998. Tomo 1°.
6. HIGGINS, Denis. "El arte de escribir publicidad". México, Edit. Mc Graw Hill, 1991, 139 p.
7. DURRUTY CORRALI, Ana V. "Publicity. Comunicación Estratégica Exitosa", Santiago de Chile,. A & V Comunicaciones, 2008, 168 p.
8. HUNG VAILLANT, Francisco. "La regulación de la actividad publicitaria". 2° Edición. Caracas, Venezuela, Editorial Jurídica Venezolana, 2001 Universidad Central de Venezuela. Facultad de Derecho. Caracas, 168 p.
9. GARCIA-CLAIRAC, Santiago, "Realización de Spots Publicitarios", España, Editorial Almuzara, 2005, 168 p.
10. DELGADO, Antonio P. "Cien años tras la protección efectiva del Derecho del Autor: historia de las herramientas legales de la SGAE". En su: "Derecho de

- Autor y Derechos Afines al de Autor”. España. Instituto de Derecho de Autor, 2007. Vol.1.
11. DELGADO, Antonio P. “Propiedad Intelectual, Derecho de Autor y derechos conexos (afines) al de autor: nociones generales”. En su: “Derecho de Autor y Derechos Afines al de Autor”. España. Instituto de Derecho de Autor, 2007. Vol.1.
 12. DELGADO, Antonio P. “Crónica de España (22 de abril de 1996-1 de marzo de 2002)*”. En su: “Derecho de Autor y Derechos Afines al de Autor”. España. Instituto de Derecho de Autor, 2007. Vol.1
 13. DELGADO, Antonio P. “Contraposición entre los sistemas de protección del Derecho de Autor y del Copyright”. En su: “Derecho de Autor y Derechos Afines al de Autor”. España. Instituto de Derecho de Autor, 2007. Vol.1
 14. DELGADO, Antonio P. “La incorporación de la Directiva 2001/29 al Derecho español de Propiedad Intelectual”. En su: “Derecho de Autor y Derechos Afines al de Autor”. España. Instituto de Derecho de Autor, 2007. Vol.1
 15. DELGADO, Antonio P. “La Propiedad Intelectual y la explotación videográfica de las obras del ingenio”. En su: “Derecho de Autor y Derechos Afines al de Autor”. España. Instituto de Derecho de Autor, 2007. Vol.1
 16. DELGADO, Antonio P. “La fotografía en el sistema de la Propiedad Intelectual”. En su: “Derecho de Autor y Derechos Afines al de Autor”. España. Instituto de Derecho de Autor, 2007. Vol.1
 17. DELGADO, Antonio P. “La Directiva de las Comunidades Europeas sobre la protección de los programas de ordenador”. En su: “Derecho de Autor y Derechos Afines al de Autor”. España. Instituto de Derecho de Autor, 2007. Vol.1
 18. DELGADO, Antonio P. “La obra colectiva: ¿un hallazgo o un pretexto?”. En su: “Derecho de Autor y Derechos Afines al de Autor”. España. Instituto de Derecho de Autor, 2007. Vol.1

19. DELGADO, Antonio P. "La tecnología digital y los conceptos de obra y de autor". En su: "Derecho de Autor y Derechos Afines al de Autor". España. Instituto de Derecho de Autor, 2007. Vol.2
20. DELGADO, Antonio P. "Las disposiciones del Convenio de Berna: las "obras literarias y artísticas" y el "autor" ". En su: "Derecho de Autor y Derechos Afines al de Autor". España. Instituto de Derecho de Autor, 2007. Vol.2
21. DELGADO, Antonio P. "Las producciones "multimedia": ¿un nuevo género de obras? ". En su: "Derecho de Autor y Derechos Afines al de Autor". España. Instituto de Derecho de Autor, 2007. Vol.2
22. DELGADO, Antonio P. "El Derecho de Autor y el Derecho "humano" del Autor". En su: "Derecho de Autor y Derechos Afines al de Autor". España. Instituto de Derecho de Autor, 2007. Vol.2
23. DELGADO, Antonio P. "El "Derecho moral" en un tiempo de transición". En su: "Derecho de Autor y Derechos Afines al de Autor". España. Instituto de Derecho de Autor, 2007. Vol.2
24. DELGADO, Antonio P. "Utilización de obras audiovisuales por satélite y cable. La intervención de las sociedades de autores". En su: "Derecho de Autor y Derechos Afines al de Autor". España. Instituto de Derecho de Autor, 2007. Vol.2
25. DELGADO, Antonio P. "Las licencias obligatorias de traducción en Iberoamérica". En su: "Derecho de Autor y Derechos Afines al de Autor". España. Instituto de Derecho de Autor, 2007. Vol.2
26. DELGADO, Antonio P. "Observaciones al Informe del "Grupo Especial" designado por el órgano de solución de Diferencias de la OMC con relación al asunto planteado por la Unión Europea contra Estados Unidos- Art.110 (5)- de su Código civil". En su: "Derecho de Autor y Derechos Afines al de Autor". España. Instituto de Derecho de Autor, 2007. Vol.2
27. DELGADO, Antonio P. "La situación de la edición musical: usuaria, socio de los autores y socio de la industria fonográfica". En su: "Derecho de Autor y

- Derechos Afines al de Autor”. España. Instituto de Derecho de Autor, 2007. Vol.2
28. DELGADO, Antonio P. “Los derechos afines en el Proyecto de Ley de Propiedad Intelectual”. En su: “Derecho de Autor y Derechos Afines al de Autor”. España. Instituto de Derecho de Autor, 2007. Vol.2
29. DELGADO, Antonio P. “Sanciones civiles por infracción del derecho de autor y derechos conexos”. En su: “Derecho de Autor y Derechos Afines al de Autor”. España. Instituto de Derecho de Autor, 2007. Vol.2
30. DELGADO, Antonio P. “La legitimación de las entidades de gestión colectiva en los ámbitos administrativo y judicial”. En su: “Derecho de Autor y Derechos Afines al de Autor”. España. Instituto de Derecho de Autor, 2007. Vol.2
31. DELGADO, Antonio P. “Introducción a la gestión colectiva de los derechos de autor y afines a los derecho de autor”. En su: “Derecho de Autor y Derechos Afines al de Autor”. España. Instituto de Derecho de Autor, 2007. Vol.2

REVISTAS

32. Banda, “La Gran Metamorfosis del Mercado. 20 Años de Publicidad y Marketing” Publmark (n° 222), julio, 2008.
33. Riquelme, “Publicidad sin límites”. Publmark (n° 231), mayo, 2009.
34. S. Caro “La Publicidad como arte”. Publmark (n° 242), p. 36-37, julio, 2010.

REVISTAS ESPECIALIZADAS (ESTUDIOS ESPECIALIZADOS)

35. ÁLVAREZ AMÉZQUITA, Felipe, “La Noción de Autor”. Revista Iberoamericana de Derecho de Autor, (No.5): p.94-109, enero/junio, 2009.
36. NUNES, F. y MERRIHUE, J., “La permanencia de la Publicidad Masiva”. Revista Trend Managment Volumen 9 (n° 5):, junio-julio, 2007.

37. MENDOZA, M. y MUÑOZ, J., “Los efectos económicos de la Publicidad”. Revista Estudios de Administración, Volumen 1 (n° 2): p. 43-56, septiembre, 1994.
38. MALMIERZA, LORENZO, Marta “La elasticidad del objeto de protección de autor. Comentario sobre jurisprudencia internacional”. Revista Iberoamericana de Propiedad Intelectual. V. 5, (n° 10): p. 82-125, 2011.
39. SQUELLA, Agustín “Las tres puertas de Saramago”. Anuario de Filosofía Jurídica y Social, (n° 18):p. 263-272, 2000.
40. SCHUSTER, Santiago, “El autor: ¿un concepto en crisis?”. Revista Iberoamericana de Derecho de Autor. Volumen 3 (No.5):p. 12-27, enero/junio, 2009.
41. MAHÚ, Jorge, “Ley Aplicable y Jurisdicción competente en el entorno digital. Hacia un Derecho internacional privado del derecho de autor en Chile”. Revista Iberoamericana de Derecho de Autor, Volumen 5 (No.9): p, 50-81, enero/junio, 2011.
42. ZOLLINGER, Alexandre, “Derecho de Autor Francés y Copyright Norteamericano: Pluralismo e Influencia de Modelos Culturales”, Reveu Internationale Du Droti D’ Autheur , v 0, (n° 233): p. 3-37, 2012.
43. MIROSEVIC VERGUDO, Camilo, “Origen y Evolucion del Derecho de Autor con Especial Referencia al Derecho Chileno”. Revista de Derecho de la Pontifica Universidad Católica de Valparaíso, v.28 (n): p. 35-82, 2007.
44. SAKATA, Hitoshi “De la formación del concepto de autor en el Copyright británico”. Reveu Internationale Du Droti D’ Autheur, v 0, (N° 236): p. 2-48, 2013.
45. BELLIDO, José “Montevideo vs Berna: Surgimiento y Desarrollo de una Interpretación en Derecho de Autor Internacional (1888-1898)”. Reveu Internationale Du Droti D’ Autheur., v 0,(N° 229): p. 4-155, 2011.

46. NABHAN, Victor "Veinte años de derecho de autor en la escena internancional: Balance y Perspectivas", Reveu Internationale Du Droti D' Auteurs , v 0,(N° 225):p. 200-247, 2010.
47. TEILMANN-LOCK, Stina, "Falsos amigos y derechos morales/ false friends and moral rights: estudio comparado". Reveu Internationale Du Droti D' Auteurs, v 0, (N°225):p. 3-51, 2010.
48. JARAMILLO GAJARDO, Paula, "Acceso a la cultura y regulación de derecho de autor desde la perspectiva del Tratado de Libre Comercio Chile-Estados Unidos y el Acuerdo de Asociación Comercial con la Unión Europea", Revista del Magister y Doctorados en Derecho (n°2):p.59-90, 2008.
49. MASOUYÉ, Patrick, "Cronica Internacional 'El Derecho de Autor agoniza...viva el derecho...de aquellos que lo utilizan'...", Reveu Internationale Du Droti D' Auteurs , v 0,(N° 222):p. 188-283, 2009.
50. BENSAMOUN, Alexandra, "Retrato de un Derecho de Autor en crisis" Reveu Internationale Du Droti D' Auteurs , v 0,(N°224):p. 3-159, 2010.
51. GALLEGO, Albert "España: El derecho moral del arquitecto molestado por el interés publico. Juzgado de lo Mercantil n°1 de Bilbao, 23 de noviembre de 2007, n°543/2007". Reveu Internationale Du Droti D' Auteurs, v 0, (N° 217):p. 3-29, 2008.
52. HUGENHOLTZ, P. Bernt, "Crónica de Holanda: el Derecho de Autor Holandés, 2001-2010", Reveu Internationale Du Droti D' Auteurs , v 0, (N°226):p. 280-349, 2010.
53. DIETZ, Adolf, "Reglamentación del derecho de autor en el marco de la nueva seccion IV del Código Civil Ruso: un texto legislativo importante pero parcialmente problemático", Reveu Internationale Du Droti D' Auteurs, v 0, (N° 216):p. 122-181, 2008.

54. RÍOS PINZÓN, Andrés, “Transferencia del derecho de autor (Reflexiones frente a la reciente reforma legislativa en Colombia)”, Revista Iberoamericana de Derecho de Autor, Volumen 6 (No.11):p.236-279, enero/junio, 2012
55. POLLAUD-DULIAN, Frédéric “El Espíritu de la Obra y el Derecho Moral del Autor”, Reveu Internationale Du Droti D’ Autheur, v 0, (N° 215):p.102-153, 2008.
56. VAN GOMPEL S. y LAVIK, E. “Calidad, Merito, Estética y Destino: examen de la exclusión por el derecho de autor de la UE de criterios distintos de la originalidad”. Reveu Internationale Du Droti D’ Autheur, v 0, (N° 236):p. 100-295, 2013.
57. WALRAVENS-MARDARESCU, Nadia, “Del arte conceptual como creación y de su protección por el derecho de autor”, Reveu Internationale Du Droti D’ Autheur, v 0, (N° 220):p.4-79, 2009.
58. ORTIZ GAITÁN, Julieta “Arte, Publicidad y Consumo en la prensa del Porfirismo a la Posrevolución”. Historia Mexicana, Vol. XLVIII (Num. 2):, octubre-diciembre, 1998.
59. ERRAZURIZ, Luis Hernán, “Arte y Publicidad: una historia compartida” FinisTerae Segunda Época Volumen VII (n° 7):p.42-52, 1999.
60. ROGERSON, Pippa, “Conflicts of Law- Foreign Copyright Jurisdiction”. The Cambridge Law Journal. V. 69, (n. 2):p.245-247, 2010.
61. CASAS VALLÉS, Ramón, “Los límites al derecho de Autor”. Revista Iberoamericana de Derecho de Autor, Volumen 1 (No. 1): p.42-97, enero/junio, 2007.
62. ALVAREZ AMÉZQUITA, David Felipe “Libertad de expresión como resultado y garantía principal del derecho de autor”, Revista Iberoamericana de Derecho de Autor. Volumen 1 (No. 1): p.150-161, enero/junio, 2007.
63. COLIN, Caroline, “Deber de Autor”, Reveu Internationale Du Droti D’ Autheur, v 0, (N° 224):p.161-249, 2010

64. MARÉCHAL, Camille, “La lesion y la imprevisión en derecho de autor”, Reveu Internationale Du Droti D’ Autheur, v 0,(N° 217):p.31-97, 2012.
65. AZZI, Tristan, “La cesión del derecho de autor a título gratuito”, Reveu Internationale Du Droti D’ Autheur, v 0, (N° 237):p.90-134, 2013.
66. ROGEL VIDE, Carlos, “El derecho de acceso del autor a su obra”. Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Tercera Época, Volumen CLVII, (n° 4):p.695-716, octubre-diciembre, 2010.
67. CERVETTI, Pierre-Dominique, “Cómo hacer un buen uso de la contractualización en derecho de la propiedad literaria y artística”, Reveu Internationale Du Droti D’ Autheur , v 0 (N° 238): p. 111-193,2013.

TESIS:

68. ALVARADO, Francisco J. y VEGA SÁNCHEZ, A., “Publicidad y Derecho de Autor: La protección jurídica de la Obra Publicitaria y la utilización de obras preexistentes en publicidad”. Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago de Chile, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2000.

LEY

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. Resolución de la Asamblea General 217 A (iii). 10 de diciembre de 1948

17.336, Ley de Propiedad Intelectual, Chile, 1970.

TEXTOS ELECTRONICOS:

69. SANTIMANO S, PATRAQUIM L, MAYOR F, JONES T, McNALLY R, Khalil A. Correo de la Unesco “Un Capital de Ideas; La Economía Intangible”,[en línea], <<http://www.biblioteca.org.ar/libros/322258.pdf> > [consulta:26 de septiembre de 2016]

70. SINCLAIR, John; "The Advertising Industry in Latine America: A comparative Study", [en línea], International Communication Gazette, 2009, <https://www.researchgate.net/publication/241647974_The_Advertising_Industry_in_Latin_AmericaA_Comparative_Study> [consulta diciembre 2016]
71. NICHOLS, Wes, "Advertising Analytic 2.0" [en línea], Revista Harvard Business Review, <<https://hbr.org/2013/03/advertising-analytics-20>> [consulta diciembre 2016]
72. CORRALES, Osvaldo, "Publicidad, consumo y gobierno de la subjetividad", Revista Cultura Audiovisual [en línea], <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5242713.pdf>>, [consulta diciembre 2016]
73. MARTIN, SANTANA, J. y REINARES, LARA, E. "Análisis Comparativo de la Eficacia Publicitaria en Televisión: Telepromoción versus Spot" [en línea], Revista Española de Investigación de Marketing, <http://www.esic.edu/documentos/revistas/reim/121019_110743_E.pdf>, [consulta diciembre 2016]
74. RAYPORT, Jeffrey, "Avertising's New Medium: Human Experience", [en línea], Revista Harvard Business Review, <<https://hbr.org/2013/03/advertisings-new-medium-human-experience>> [consulta diciembre 2016].
75. VERBAUWHEDE, Lien, "Cuestiones relativas a la propiedad intelectual en la Publicidad" [en línea], OMPI, <http://www.wipo.int/sme/es/documents/ip_advertising.htm> [consulta diciembre 2016].
76. LUARTE CORREA, Jaime, "Comentarios a las modificaciones a la Ley Chilena de Propiedad Intelectual" [en línea], Microjuris MJD425, <[http://www.microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_MJD425&links=\[MJD425\]](http://www.microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_MJD425&links=[MJD425])> [consulta diciembre 2016]

77. DE LA CUADRA, DE COLMENRARES, E. y LOPEZ DE SOLÍS, I., y NUÑO MORAL M., “Uso de imágenes de Archivo en Publicidad Audiovisual: Estudio de Casos”. El profesional de la Información” [en línea], Resarch Gate,
<https://www.researchgate.net/profile/Iris_Lopez4/publication/275989280_Uso_de_imagenes_de_archivo_en_publicidad_audiovisual_estudio_de_casos/inks/562808a908ae04c2aead82e7.pdf?origin=publication_detail> [consulta diciembre 2016]
78. MALDONADO, María Francisca, “SCD: Los Jaivas no han autorizado “Todos Juntos” para su uso publicitario”, [en línea], Radio Cooperativa <<http://www.cooperativa.cl/noticias/entretencion/musica/los-jaivas/scd-los-jaivas-no-han-autorizado-a-todos-juntos-para-uso-publicitario/2010-04-13/190525.html>> [consulta diciembre 2016]
79. “Los Jaivas emprenderá acciones legales contra París por el uso de “Todos Juntos””, [en línea], Radio Cooperativa, <<http://www.cooperativa.cl/noticias/entretencion/musica/los-jaivas/los-jaivas-emprendera-acciones-legales-contra-paris-por-el-uso-de-a-todos-juntos/2010-04-14/132620.html>>, [consulta diciembre 2016]
80. “Entorno de propiedad intelectual en Chile- Un informe del Economist Intelligence Unit, Patrocinado por Microsoft”, [en línea], Economist Intelligence Unit, <http://www.amchamchile.cl/sites/default/files/Microsoft_IP_Chile_SP_1011172.pdf>, [consulta diciembre 2016]
81. Acuerdo Transpacífico-TPP, [en línea], Dirección General de Relaciones Económicas Internacionales, <<https://www.direcon.gob.cl/tpp/capitulos-del-acuerdo/>> , [consulta diciembre 2016]

PAGINAS DE INTERNET

82. Ley española [en línea]
<http://www.wipo.int/wipolex/es/results.jsp?countries=ES&cat_id=11>
[consulta diciembre 2015].
83. Ley inglesa [en línea]
<http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=127294> [diciembre 2015]
84. Ley Holandesa [en línea]
<http://wetten.overheid.nl/BWBR0001886/geldigheidsdatum_12-01-2015>
[consulta diciembre 2015]
85. Ley rusa [en línea] <<http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/ru/ru004en-part4.pdf>> [consulta diciembre 2015].
86. Código de Propiedad Intelectual Francés, [en línea] <www.legifrance.gouv.fr/content/download/1971/13771/.../Code_52.pdf> [consulta diciembre 2015].
87. Ley estadounidense [en línea]
<<http://www.law.cornell.edu/uscode/text/17/106A>> [consulta diciembre 2015].
88. Spot Paris bicentenario Todos Juntos [en línea]
<<https://www.youtube.com/watch?v=Bjw4BrEvS3k>> [consulta diciembre 2015]}
89. Spot Absolut Vodka [en línea]
<<https://www.youtube.com/watch?v=ZQoIIWxjPwA>> [consulta diciembre 2015].
90. Spot Greatness, Nike [en línea],
<<https://www.youtube.com/watch?v=WYP9AGtLvRg>>, [consulta diciembre 2015]