

Guía del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (Acta de París, 1971)

Publicada por la OMPI, Ginebra, 1978

Artículo 2

Obras protegidas

Párrafo 1)

Definición

- 1) Los términos “obras literarias y artísticas” comprenden todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión, tales como los libros, folletos y otros escritos; las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza; las obras dramáticas o dramático-musicales; las obras coreográficas y las pantomimas; las composiciones musicales con o sin letra; las obras cinematográficas, a las cuales se asimilan las obras expresadas por procedimiento análogo a la cinematografía; las obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado, litografía; las obras fotográficas a las cuales se asimilan las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía; las obras de artes aplicadas; las ilustraciones, mapas, planos, croquis y obras plásticas relativos a la geografía, a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias.
- 2.1. La finalidad del primer párrafo del Artículo 2 es definir la expresión “obras literarias y artísticas”. Lo hace con arreglo a dos criterios: la terminología empleada comprende el conjunto de las producciones pertenecientes a las esferas literaria, científica y artística, y descarta cualquier limitación relativa al modo o a la forma de expresión de las obras.
- 2.2. Por lo que respecta al primer criterio, conviene señalar que éste abarca las obras científicas, aun cuando tales obras no se hallen expresamente mencionadas en el Convenio. En efecto: una obra científica no se encuentra protegida por el derecho de autor en razón del carácter científico e su contenido: un manual de medicina, un tratado de física, un documental sobre el espacio interplanetario, disfrutarán de esa protección por su carácter de libros o de películas, pero no por versar sobre las ciencias

médicas o físicas, la topografía de la luna, o la cosmografía. El contenido de la obra no condiciona la protección en modo alguno. Al aludir no sólo a las esferas literaria y artística, sino también a la científica, el Convenio abarca, pues, las obras científicas, las cuales serán protegidas en razón de la forma que revisten.

- 2.3. Uno de los postulados esenciales es que la idea, en cuanto tal, no puede ser protegida por el derecho de autor, su protección debe buscarse recurriendo a la legislación sobre patentes y no a la relativa al derecho de autor. A reserva, pues, de la protección mediante una patente, una persona que haya hecho pública su idea no tiene medios para impedir que los demás se apoderen de ella. Pero, a partir del momento en que esa idea ha sido elaborada y expresada, el derecho de autor protege los vocablos, las notas, los dibujos, etc., que, por así decirlo, visten la idea. En otras palabras: es la expresión y no la idea, la que puede ser protegida.
- 2.4. Por tanto, el Convenio deja sentado el principio de la generalidad de la protección en beneficio de todas las producciones de las esferas literaria, científica o artística y, como un segundo criterio, estipula que, para la determinación de la obra protegida, no debe tenerse en cuenta ni su modo ni su forma de expresión. En efecto, la obra puede ser comunicada al público de un modo cualquiera, oral o escrito. También es indiferente la forma de expresión, sea cual sea el procedimiento empleado para realizar la obra. Se admite por lo general que el valor o el mérito de una obra (noción eminentemente subjetiva e individual), tampoco debe tomarse en consideración. Por ejemplo, en caso de litigio, no corresponde al juez apreciar el valor artístico o cultural de una obra. Otro tanto ocurre con el destino de esta última, que puede haber sido producida con fines exclusivamente educativos, o bien con fines puramente utilitarios o comerciales, sin que ello constituya condición determinante de la protección.
- 2.5. El párrafo 1) del Artículo 2, al referirse a las obras literarias y artísticas, no debe interpretarse en el sentido de que establece dos categorías claramente distintas que se excluyen mutuamente. Es verdad que la génesis de la obra artística, entendiéndola por tal la que pertenece a la esfera de las artes figurativas (dibujo, pintura, escultura, etc.), difiere un tanto de la génesis de la obra puramente literaria. Esta última se expresa mediante palabras; el escritor concibe el plan de su obra, y la redacta después; y es la expresión lo que da lugar a la existencia de un derecho de autor. Cuando se trata de una obra artística, el plan (maqueta, esbozo, etc.) es, por sí mismo, susceptible de

recibir protección, pues, ya en esa fase, la idea se encuentra concretada y su expresión se realizará mediante líneas o colores, con una aportación de ejecución personal más directa que en la obra literaria: el pintor ejecuta por sí mismo su lienzo, como el escultor su estatua, mientras que carece de importancia que el novelista haya escrito su obra de su propia mano, o haya dictado el texto a un tercero. En lo que se refiere a las obras musicales, son a la vez artísticas –con la diferencia de que los sonidos reemplazan a las líneas o a los colores- y literarias en la medida en que las palabras (la letra) acompañan a la melodía.

- 2.6. Pero debe entenderse que la terminología del Convenio forma un todo: puede interpretarse que la expresión “obras literarias y artísticas” designa las obras susceptibles de recibir protección y, para ilustrar esa terminología, el párrafo 1) del Artículo 2 procede a la enumeración de dichas obras. El empleo de las palabras “tales como” nos hace ver que la lista es meramente enunciativa y no exhaustiva: se trata de suministrar a los legisladores nacionales una serie de ejemplos. En realidad, todas las grandes categorías de obras se encuentran mencionadas en esa lista, la cual requiere las siguientes observaciones o precisiones:

2.6.a) libros, folletos y otros escritos: siendo indiferente el contenido de la obra a efectos de protección, esta categoría es, sin duda, la más vasta, no en cuanto al número, pero sí en cuanto a las modalidades que comprende: novelas, narraciones breves, poemas, relatos, cuentos, obras de imaginación o no, folletines, tratados o manuales de filosofía, de historia o de cualquier otra ciencia exacta o natural, almanaques, anuarios, programas, guías, etc., con independencia de su contenido, extensión, finalidad (pasatiempo, educación, información, debate, publicidad, propaganda y otros) y forma (manuscrita, mecanografiada, impresa, encuadernada o no, etc.)

2.6.b) conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza: esta categoría se conoce generalmente bajo la denominación de “obras orales”, o sea, las que no están consignadas por escrito. En todo caso, la protección de esta clase de obras sufre de varias excepciones motivadas por las necesidades de la información, cuando se trata –por ejemplo- de discursos políticos o de la publicidad de los debates forenses, o por la necesidad de reproducir o de citar (*véase infra*).

2.6.c) obras dramáticas o dramático. musicales: se trata aquí de las obras teatrales y, si van acompañadas de una partitura musical, de las óperas, óperas cómicas, operetas, comedias musicales y otras.

2.6.d) *obras coreográficas y pantomimas*: en su versión anterior a la de Estocolmo (1967), el Convenio disponía que para que estas obras pudiesen gozar de protección su escenificación debía estar fijada por escrito o de alguna otra manera. Esta condición no constituía una excepción a la regla según la cual la protección no requiere formalidades, sino que se explicaba en virtud de consideraciones relativas a la prueba: estimábase que solamente el librero de un *ballet* permite saber exactamente en qué consiste la obra coreográfica realizada. La aparición de la televisión y el desarrollo adquirido por este procedimiento de difusión han modificado considerablemente los datos del problema: de lo que se trata es de proteger una obra de ese género que haya sido difundida por la televisión contra la grabación de la representación mediante una película, por ejemplo. Además, el exigir que la escenificación se fije por escrito puede ser fuente de dificultades, ya que el gesto no siempre puede indicarse con precisión por medio de la palabra. Y si se trata de una cuestión de prueba, ésta puede hallarse reglamentada de modo diferente, según los países. Siendo así que el Convenio atribuye a las legislaciones nacionales la facultad de requerir, como condición general de la protección, la fijación de la obra en un soporte material (véase *infra*, el párrafo 2) del Artículo 2), esta exigencia de que se fije por escrito la escenificación de las obras coreográficas y de las pantomimas fue suprimida en la revisión de 1967.

2.6.e) *composiciones musicales con o sin letra*: se trata aquí de lo que en el lenguaje corriente se llama música, tanto ligera (canciones o tonadillas) como seria (cánticos, coros, sinfonías), lo mismo si ha sido compuesta para ser ejecutada por un instrumento (solos), por algunos instrumentos (sonatas, música de cámara, etc.) o por muchos instrumentos (orquestas), cualesquiera que sean su éxito de público y su finalidad (desde las sintonías de radio o de televisión con fines publicitarios hasta las obras sinfónicas). Lo mismo que las obras a que se refiere el apartado d) *supra*, las composiciones musicales no necesitan estar fijadas en un soporte material para ser protegidas, a menos que la legislación nacional aplicable decida otra cosa. A este respecto, la “Ley tipo de Túnez sobre el derecho de autor para los países en desarrollo” (denominada en adelante la “Ley tipo de Túnez”) permite la opción al decir “las obras musicales, tanto si se expresan o no en forma escrita”, indicando con ello que esas obras no necesitan estar escritas –por ejemplo, en una partitura musical- para disfrutar de protección. Sin embargo, los redactores de dicha Ley opinaron que, en la práctica, no era posible proteger las improvisaciones. En cambio, pueden acogerse a la protección las variaciones o los arreglos hechos a partir de una obra

preexistente, sin perjuicio –por supuesto- de los derechos del autor de ésta, si es que tales derechos existen (véase el párrafo 3) del Artículo 2). Por último, las palabras “con o sin letra” inscritas en el Convenio significan que la protección dispensada a la música se extiende igualmente a la letra que, en ocasiones, la acompaña.

2.6.f) obras cinematográficas, a las cuales se asimilan las obras expresadas por procedimiento análogo a la cinematografía: se trata, en primer lugar, de lo que comúnmente se conoce con el nombre de “películas”, mudas o sonoras, sea cual sea su género (documentales, actualidades, reportajes, películas dramáticas realizadas con arreglo a un guión, etc.), su duración (largometrajes o cortometrajes), su modo de realización (“en directo”, “en estudio”, dibujos animados, etc.), el procedimiento técnico empleado (película impresionada en celuloide, videocinta electrónica, magnetoscopio, etc.), su destino (proyección en salas cinematográficas, transmisión por televisión, etc.) y su realizador (firmas de producción comercial, organismo de televisión o simples aficionados).

Pero, junto a esta variedad de situaciones, la aparición de nuevos medios técnicos de comunicación al público de las obras ha permitido que surjan ciertas categorías de obras que, emparentadas de algún modo con las cinematográficas, constituyen el reino de la televisión y de lo audiovisual.

En la conferencia de Estocolmo, lo mismo que a lo largo de los trabajos preparatorios que la precedieron, se entablaron largos debates acerca de la manera de definir esa asimilación, tanto más que, también aquí, se planteaba el problema de la fijación previa en un soporte material, aun cuando pueda parecer extraño a primera vista que una obra cinematográfica exista sin estar fijada. Pero las emisiones televisivas –por ejemplo, de acontecimientos de actualidad- ofrecen al televidente el mismo efecto si se realizan mediante una película previamente rodada sobre el terreno, que si se realizan directamente, mediante cámaras de televisión instaladas en el lugar de los hechos. Por tanto, la imagen visible en la pantalla debería protegerse igualmente en ambos casos. Sin embargo, y desde el momento en que todo lo relativo a la fijación quedaba encomendado a la legislación nacional (párrafo 2) del Artículo 2), el Convenio podía limitarse a regular las condiciones de la asimilación estipulando que deberá tratarse de “obras expresadas por procedimiento análogo a la cinematografía”.

Puede observarse que la analogía de estas nuevas categorías de obras con las obras cinematográficas tradicionales, se da más en los efectos (sonoros y

visuales) del procedimiento empleado, que en el procedimiento en sí. En definitiva, los redactores del texto revisado manifestaron su preferencia por una fórmula de carácter general, al utilizar el adjetivo “expresadas” (en lugar de “obtenidas”, como rezaba hasta entonces el texto del Convenio), subrayando así que de lo que se trata es de la expresión de la obra, y no del modo de su realización.

Esta asimilación a las obras cinematográficas de las obras televisivas y audiovisuales (en cuanto se expresan por un procedimiento análogo a la cinematografía), reviste gran importancia en la medida en que determina el alcance del régimen jurídico aplicable, según el Convenio, a dichas obras cinematográficas. Conviene señalar, por otro lado, que en la enumeración que figura en el primer párrafo del Artículo 2, el Convenio no habla de las “obras radiofónicas” en cuanto tales, pues se considera que la radiodifusión es un modo de explotación de las obras: en efecto, las obras radiodifundidas pueden ser obras dramáticas, dramático-musicales, coreográficas, musicales, cinematográficas, etc. A este respecto, cabe destacar que el vocablo “radiodifusión” también se aplica a la televisión, o sea, que comprende tanto la radiodifusión meramente sonora (en lenguaje corriente, “la radio”) como la radiodifusión a la vez sonora y visual (en lenguaje corriente, “la televisión”). Si en la Ley tipo de Túnez se mencionan expresamente “las obras radiofónicas y audiovisuales” junto a las cinematográficas, ello se debe a que sus redactores prefirieron evitar toda ambigüedad al citarlas en la lista de ejemplos de obras protegidas, en vez de recurrir a la fórmula general de la asimilación inscrita en el Convenio.

2.6.g) obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado, litografía: esta categoría comprende, esencialmente, las obras llamadas artísticas, tanto bidimensionales (dibujos, cuadros, grabados, litografía, etc.) como tridimensionales (esculturas, estatuas, obras arquitectónicas, monumentos, edificios, etc.), independientemente de su género (figurativo o abstracto) y de su finalidad (arte “puro”, fines publicitarios, etc.). Conviene señalar que en la Ley tipo de Túnez se hace mención expresa de los tapices en la lista de las obras protegidas (que está calcada de la que figura en el Convenio), por razón de la particular importancia que reviste en determinados países en desarrollo este tipo de creaciones artísticas.

2.6.h) obras fotográficas, a las cuales se asimilan las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía: se trata aquí de las fotografías, independientemente del sujeto fotografiado (retratos, paisajes, acontecimientos de actualidad, etc.) y de la finalidad perseguida con ellas (fotografías de aficionados o de

profesionales, artísticas, publicitarias, u otras). El Convenio establece un asimilación, en términos idénticos a los empleados al referirse a las obras cinematográficas, de manera que sea posible la protección en los casos en que se utilicen procedimientos químicos o técnicos, ya conocidos o por descubrir, distintos de los que tradicionalmente caracterizan la fotografía. Conviene señalar que el Convenio deja abierta la posibilidad de limitar el beneficio de la protección a ciertas categorías de obras fotográficas. En efecto, puede parecer excesivo reconocer la existencia de un derecho de autor sobre todas las fotografías sin distinción, por ejemplo, las fotografías de identidad realizadas automáticamente mediante aparatos especiales. Corresponde a los legisladores nacionales resolver este tipo de dificultades. Así, algunas legislaciones exigen que, para poder ser protegidas, las obras fotográficas posean carácter artístico documental.

2.6.i) obras de artes aplicadas: el Convenio utiliza esta fórmula genérica para referirse a las contribuciones de orden artístico que efectúan los autores de diseños o modelos en bisutería, joyería, orfebrería, fabricación de muebles, de papeles pintados, de ornamentos, de prendas de vestir, etc. En todo caso, la amplitud de esta categoría permite a las legislaciones nacionales determinar las condiciones de la protección (véase el párrafo 7) del Artículo 2). A este respecto, las divergencias son numerosas.

Conviene señalar que la Ley tipo de Túnez añade a la expresión “obra de artes aplicadas” una precisión relativa a sus dos fuentes posibles: “lo mismo si se trata de obras de artesanía que de obras realizadas por procedimientos industriales”, teniendo así en cuenta la importancia que la primera de ambas fuentes reviste en los países en desarrollo.

2.6.j) ilustraciones, mapas, planos, croquis y obras plásticas relativos a la geografía, a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias: el enunciado de estas obras, muy diferentes unas de otras, se explica por sí solo y completa la serie de ejemplos que da el Convenio para definir la expresión “obras literarias y artísticas”, quedando entendido que, como se ha dicho anteriormente, la enumeración del párrafo 1) del Artículo 2 no es limitativa en absoluto.

- 2.7. El carácter de simples ejemplos que tienen los enunciados de este párrafo, permite a los legisladores nacionales ir más lejos y extender la protección a obras producciones literarias, científicas o artísticas. Así, en ciertos países en los que prevalecen las concepciones jurídicas de origen anglosajón, la ley dispensa protección a las grabaciones sonoras (entre ellas, los discos) en cuanto tales, es decir, independientemente de la protección que pueda

dispensarse a la obra grabada. Y es que las grabaciones pueden contener no solamente obras protegidas por el derecho de autor, sino también obras que han pasado al dominio público, además de otras muchas cosas como, por ejemplo, cantos de pájaros. Lo mismo puede suceder con las emisiones de radiodifusión. Naturalmente, el hecho de que un país dispense a una grabación sonora la consideración de obra protegida por el derecho de autor, no quiere decir que los demás países de la Unión estén obligados a hacer otro tanto. A nivel internacional, existen otros convenios que reglamentan la protección recíproca de las grabaciones sonoras. Uno de ellos es la Convención de Roma, relativa a los derechos llamados “conexos”, la cual protege también las interpretaciones o ejecuciones y las emisiones de radiodifusión.

- 2.8. Para concluir las presentes observaciones o precisiones a propósito del párrafo 1) del Artículo 2, conviene señalar que el Convenio, en su definición de las obras protegidas, no indica ningún criterio para determinar la protección. No obstante, de la economía general del Convenio cabe deducir que la protección sólo se dispensa a las creaciones intelectuales (expresión que figura en el párrafo 5) del Artículo 2). De conformidad con este espíritu, numerosas legislaciones nacionales, así como la Ley tipo de Túnez, estipulan que, para ser protegidas, las obras deben ser originales, en el sentido de que constituyen una creación, por otra parte, el Convenio emplea la expresión “obras originales” para distinguirlas de las obras derivadas. Ahora bien, no hay que confundir originalidad y novedad: dos pintores que plantan sus caballetes en un mismo lugar y pintan sendos cuadros que representen el mismo paisaje, realizan separadamente sus obras creadoras respectivas; el segundo lienzo no constituye novedad, pues el mismo asunto ya ha sido tratado por el otro pintor, pero es original porque refleja la personalidad del artista. De igual modo, dos artesanos que esculpen en madera sendas figurillas representativas de un elefante crean, cada uno, una obra original, pese a que sus dos figurillas son parecidas y a que no se trata de una novedad. Por supuesto, que el cumplimiento de esta condición de originalidad, cuando es precepto legal, se encomienda con frecuencia a la apreciación de los tribunales.

Artículo 2, párrafo 2)

Posibilidades de exigir la fijación

- 2) Sin embargo, queda reservada a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de establecer que las obras literarias y artísticas o algunos de sus

géneros no estarán protegidos mientras no hayan sido fijados en un soporte material.

- 2.9. Esta facultad que se atribuye a las legislaciones nacionales ha sido mencionada anteriormente a propósito de las obras coreográficas y de las cinematográficas. En efecto, ciertos legisladores estiman que para identificar la obra, para determinar su carácter y para evitar cualquier confusión con las aportaciones de personas distintas del autor, es necesaria cierta forma material (no siendo indispensable que la realice el propio creador de la obra), la fijación no es una formalidad en el sentido que este término tiene en el párrafo 2) del Artículo 5 del Convenio, el cual se refiere únicamente a las formalidades administrativas constitutivas del derecho de autor, sino que es una especie de prueba de la existencia de la obra.
- 2.10. Según otras escuelas doctrinales, la fijación de la obra en un soporte material no debe ser condición indispensable de la protección, incluso en materia cinematográfica, puede haber películas “no fijadas” que merezcan protección: por ejemplo, una serie de imágenes reproducidas en la pantalla de un aparato receptor de televisión debe poder protegerse contra las grabaciones que un tercero efectúe sirviéndose de un aparato tomavistas. Según ciertas legislaciones, el momento de la primera fijación es aquel en el que la obra queda realizada, es decir, el de su nacimiento. Incluso, cuando se exige la fijación como medio de prueba, hay una escuela que opina que, si una conferencia revista la forma de una improvisación, o si se improvisa al piano un tema musical, y alguien procede a su grabación, la persona que graba, al hacerlo, aporta el elemento determinante para el establecimiento de un derecho de autor cuyo titular es el conferenciante o el pianista.
- 2.11. A la vista de estas divergencias doctrinales, y dando por sentado que los legisladores son muy libres de proteger únicamente los que, a su juicio, sean elementos de la creación intelectual, el Convenio no toma partido ni impone una interpretación determinada y atribuye a la ley nacional la facultad de subordinar la protección a la fijación de la obra en un soporte material. Esta norma, que se insertó en el Convenio en la revisión de Estocolmo (1967), posee toda la flexibilidad necesaria: los países están en libertad de estipular que esa fijación es condición general de la protección, o bien de exigirla únicamente para una o varias clases de obras.
- 2.12. Conviene hacer notar que la Ley tipo de Túnez deja esta cuestión sin dilucidar, excluyendo sin embargo la exigencia de la fijación en lo que atañe a las obras folclóricas. Estimaron sus redactores que estas obras, parte

integrante de la herencia cultural de los pueblos, se caracterizan por el hecho de ser transmitidas de una generación a otra,, oralmente o en forma de danzas cuyos pasos no han sido nunca anotados, y que exigir su fijación sería correr el riesgo de anular toda protección o de atribuir el derecho de autor a quienes tomasen la iniciativa de fijarlas.