

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO



**LA COPIA PERSONAL DE OBRAS PROTEGIDAS Y LA GESTIÓN
COLECTIVA DE LOS DERECHOS DE AUTOR Y DERECHOS
CONEXOS: UNA LECTURA CRÍTICA DE LA LEY DE DERECHOS DE
AUTOR Y DERECHOS CONEXOS.**

TESIS DE GRADO PARA OPTAR A LA LICENCIATURA EN DERECHO

MIGUEL ANTONIO ELIZONDO SOTO

2002

**UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO
AREA DE INVESTIGACIÓN**

San José, 06 de mayo del 2002.-

Dr.
Rafael Gonzalez Ballar
Decano, FACULTAD DE DERECHO

Hago de su conocimiento que el Trabajo Final de Graduación de los estudiantes
MIGUEL ANTONIO ELIZONDO SOTO

Titulado: "LA COPIA PERSONAL DE OBRA PROTEGIDAS Y LA GESTION COLECTIVA DE LOS DERECHOS DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS : UNA LECTURA CRITICA DE LA LEY DE DERECHOS DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS" fue aprobado por el Comité Asesor, a efecto de que el mismo sea sometido a discusión final. Por su parte, el suscrito ha revisado los requisitos de forma y orientación exigidos por esta Área y lo apruebo en el mismo sentido.

Asimismo le hago saber que el Tribunal Examinador queda integrado por los siguientes profesores:

Presidente: DR. CARLOS GOMEZ RODAS
Secretario: LICDA. ISABEL MONTERO MORA
Informante: LIC. HERNY CAMPOS VARGAS
Miembro: LIC. GONZALO MONGE NUÑEZ
Miembro: LIC. JOSE LUIS VALENCIANO CHAVES

La fecha y hora para la PRESENTACION PUBLICA de este trabajo se fijó para el día viernes 17 de mayo a las 3:00 p.m. horas.

Atentamente,


DR. DANIEL GADEA NIETO
DIRECTOR
AREA DE INVESTIGACIÓN
FACULTAD DE DERECHO



San José, 25 de abril del 2002.

Dr. Daniel Gadea Nieto
Director
Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Presente

Estimado colega:

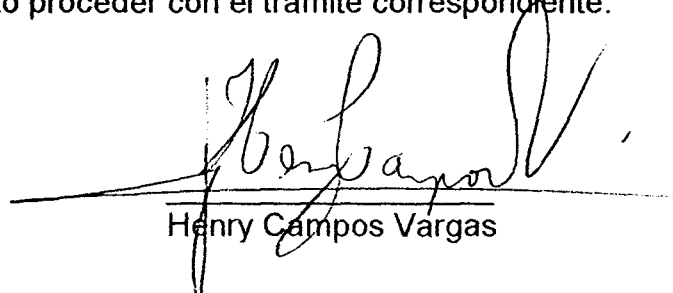
Reciba un cordial saludo de mi parte.

Me sirvo del presente medio para comunicarle que en mi condición de director he revisado en su totalidad la Tesis preparada por el Bachiller Miguel Antonio Elizondo Soto, intitulada *La copia personal de obras protegidas y la gestión colectiva de los derechos de autor y derechos conexos: una lectura crítica de la Ley de derechos de autor y derechos conexos*.

El tema ha sido abordado de manera técnica y muy profesional: no dudo que constituye un aporte sumamente valioso para el ámbito jurídico nacional.

En virtud de lo anterior, solicito proceder con el trámite correspondiente.

Se despide, su servidor



Henry Campos Vargas

San Ramón, 19 de abril del 2002.

Dr. Daniel Gadea Nieto
Director
Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Estimado Director:

Por medio de la presente me permito saludarlo y comunicarle que he tenido en mis manos la tesis titulada "*La Copia Personal de Obras Protegidas y la Gestión Colectiva de los Derechos de Autor y Derechos Conexos: Una Lectura Crítica de la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos*", presentada por el postulante al grado de Licenciado en Derecho Miguel Antonio Elizondo Soto, y he efectuado una lectura a profundidad del mismo.

Debo manifestar mi satisfacción por el excelente trabajo realizado. Este cumple con los requisitos formales y materiales exigidos para su correspondiente defensa y obtención del grado académico solicitado.

El trabajo se enmarca dentro de una temática de gran desarrollo y vigencia en nuestro país. El estudio efectuado en torno a la copia personal de obras protegidas y la gestión colectiva evidencia una realidad social que presenta una alta carga de relevancia jurídica que debe ser regulada de forma oportuna y eficaz, para proteger adecuadamente los intereses de los titulares de los derechos de autor y los derechos conexos. Esta necesidad se inserta dentro de un complejo marco de obligaciones internacionales que nuestro país debe cumplir so pena de convertirnos en acreedores de reclamos y sanciones comerciales internacionales, como acertadamente concluye el postulante.

La labor realizada por el postulante se proyecta hacia la necesidad de discutir la necesidad de una nueva ley que regule la materia de los derechos de autor y los derechos conexos. El punto presenta actualidad en atención a los estudios y críticas que se han desarrollado hacia nuestro país, y que afectan negativamente nuestra economía. Su aporte nos permite visualizar una parte de las graves deficiencias que presenta, actualmente, la ley vigente.

Con placer, manifiesto mi aprobación para este trabajo final de graduación.

Sin otro particular, suscribe,



Dr. Carlos Gómez Rodas

Profesor

Cátedra de Derecho Comercial
Universidad de Costa Rica

San Ramón, 22 de abril del 2002.

Dr. Daniel Gadea Nieto
Director
Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Estimado Director:

Por medio de la presente me permito comunicarle el cumplimiento satisfactorio de los requisitos de forma y fondo de la tesis titulada "*La Copia Personal de Obras Protegidas y la Gestión Colectiva de los Derechos de Autor y Derechos Conexos: Una Lectura Crítica de la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos*" presentada por el postulante al grado de Licenciado en Derecho Miguel Antonio Elizondo Soto.

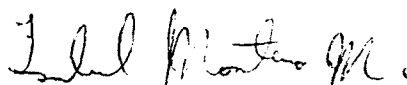
El trabajo ofrece el análisis de dos figuras que se regulan en la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos, vigente hoy día en nuestro ordenamiento jurídico: por un lado la copia personal regulada en el artículo 74 de la ley de rito, y la gestión colectiva de los derechos, regulada en el artículo 132 ibídem.

A partir de estas dos normas el postulante efectúa una labor de análisis para determinar la eficacia del ámbito de protección que ambas otorgan a los titulares de los derechos de autor y los derechos conexos. El objetivo es iniciar un proceso de discusión en torno a la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos, que rige la materia en nuestro país, con el fin de contribuir con argumentos que permitan establecer la necesidad de efectuar una reforma, parcial o total, de este cuerpo normativo.

Los objetivos que se propone el postulante son alcanzados satisfactoriamente y lo hace a partir de un enfoque crítico del sistema normativo vigente y señalando, a su vez, las recomendaciones idóneas para solucionar la problemática que se plantea.

En atención a lo anterior, apruebo el trabajo final de graduación presentado.

Sin otro particular, suscribe,



Licda. Isabel Montero Mora
Profesora
Cátedra de Derecho Internacional
Universidad de Costa Rica

ELIZONDO SOTO (Miguel Antonio). "La Copia Personal de Obras Protegidas y la Gestión Colectiva de los Derechos de Autor y Derechos Conexos: Una Lectura Crítica de la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos". Tesis para optar por el grado de Licenciatura de Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica, 2002.

DIRECTOR:

Lic. Henry Campos Vargas.

LISTA DE PALABRAS CLAVES:

PROPIEDAD INTELECTUAL; DERECHOS DE AUTOR; DERECHOS CONEXOS; COPIA PERSONAL; COPIA PRIVADA; SISTEMA DE REMUNERACIÓN COMPENSATORIA; DERECHOS PATRIMONIALES; LIMITACIONES A DERECHOS PATRIMONIALES; PRUEBA DE LAS TRES FASES; ADMINISTRACIÓN COLECTIVA DE LOS DERECHOS DE AUTOR; GESTIÓN COLECTIVA DE LOS DERECHOS DE AUTOR; SOCIEDADES DE GESTIÓN COLECTIVA.

RESUMEN DEL TRABAJO:

Los derechos de autor y los derechos conexos encuentran un respaldo jurídico muy extenso y complejo. Su reconocimiento expreso como un derecho humano fundamental y su ubicación en la Constitución Política de nuestro país obliga a efectuar su desarrollo oportuno en el resto del ordenamiento jurídico, bajo un estricto acatamiento del principio de regularidad jurídica.

La obligación general se reduce al otorgamiento de un marco jurídico de protección adecuado para lograr la vigencia efectiva de los derechos de autor y los derechos conexos, y no reducirlos a una simple enunciación formal sin efectividad material.

El objetivo principal del trabajo es determinar el grado de efectividad formal y material de las disposiciones de la actual Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos, a partir del análisis de dos figuras ahí reguladas: por un lado la copia personal de obras protegidas, regulada en el artículo 74, y la gestión colectiva de los derechos de autor y los derechos conexos, regulada en el artículo 132, por otro lado.

El estudio efectuado evidencia una realidad social con una alta carga de relevancia jurídica que debe ser regulada de forma oportuna y eficaz, para proteger adecuadamente los intereses de los titulares de los derechos de autor y los derechos conexos. Esta necesidad se inserta dentro de un complejo marco de obligaciones internacionales que nuestro país debe cumplir so pena de convertirnos en acreedores de reclamos y sanciones comerciales internacionales, como acertadamente concluye el postulante.

La copia personal constituye una limitación al ejercicio de los derechos patrimoniales de autor y conexos. A partir de ello, se inicia con una exposición sobre los derechos patrimoniales; se continúa con el régimen de limitaciones y luego se analiza la figura de la copia personal, de forma particular. Sobre esto último, se expone un análisis sobre la regulación legal de la figura en nuestro ordenamiento jurídico y la problemática que plantea, actualmente, en la sociedad costarricense. Por último, se describe, de forma general, el sistema de remuneración compensatoria por copia personal que se ha establecido en otras legislaciones para solucionar los problemas generados por la copia personal.

El segundo capítulo toma como objeto de estudio el sistema de administración colectiva de los derechos de autor y los derechos conexos. El tema se desarrolla, inicialmente, a partir de varios aspectos generales como los antecedentes históricos y la justificación de su existencia. Posteriormente, se describen de forma concreta los conceptos de "administración colectiva" y de las "organizaciones de gestión colectiva". En la última sección se expone la relación

jurídica tripartita titular-organización-usuario que se presenta en el ámbito de la gestión de los derechos de autor y los derechos conexos y, con especial énfasis, en la relación entre los titulares de derechos y las organizaciones de gestión.

A partir del análisis de este último tema se fundamenta la necesidad de efectuar una regulación mínima del sistema de administración colectiva para garantizar la efectiva protección de los derechos de autor y los derechos conexos en nuestro país. Asimismo, este punto es presupuesto necesario para el funcionamiento adecuado del sistema de remuneración compensatoria por copia personal. El estudio del sistema de administración colectiva y su marco regulatorio son los elementos que nos permiten determinar la eficacia de la protección que nuestro ordenamiento jurídico otorga a los titulares de derechos de autor y derechos conexos.

La conclusión obtenida al final del trabajo nos obliga, por un lado, a profundizar en los razonamientos críticos que se exponen y, por otro lado, a proponer las soluciones jurídicas más oportunas para lograr una congruencia entre la realidad formal y la realidad material.

TÍTULO ÚNICO:

LA COPIA PERSONAL DE OBRAS PROTEGIDAS Y LA GESTIÓN COLECTIVA DE LOS DERECHOS DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS: UNA LECTURA CRÍTICA DE LA LEY DE DERECHOS DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS.

Dedicatoria.....	I
Agradecimientos.....	II
Introducción General.....	1
Capítulo I. La Copia Personal de Obras Protegidas y el Sistema de Remuneración Compensatoria.....	6
Sección I. Los Derechos Patrimoniales de los Derechos de Autor y los Derechos Conexos.....	6
A. Aspectos Generales de los Derechos Patrimoniales de Autor y Conexos.....	8
1. Concepto.....	10
2. Características.....	11
3. Tipología de los derechos patrimonial,,es.....	13
a. Los derechos patrimoniales de los derechos de autor.....	14
b. Los derechos patrimoniales de los derechos conexos.....	19
4. Limitaciones al Derecho Patrimonial.....	23
B. La dimensión constitucional y supralegal de los derechos patrimoniales de los derechos de autor y los derechos conexos.....	25
1. Los derechos de autor y los derechos conexos en el ámbito constitucional.....	25
2. Los derechos de autor y los derechos conexos en el ámbito infraconstitucional y supralegal.....	32
a. Los derechos de autor y los derechos conexos como derechos humanos.....	33
b. Las Convenciones Internacionales sobre los Derechos de Autor y los Derechos Conexos.....	35

Sección II. El Régimen de las Limitaciones al Ejercicio de los Derechos de Autor y los Derechos Conexos.....	41
A. El Régimen de las Limitaciones al Derecho de Autor y los Derechos Conexos en General.....	42
1. Obras No Protegidas.....	42
2. Obras Protegidas.....	43
3. Tipología de las limitaciones.....	44
a. En virtud de la extensión.....	45
b. Por la causa que la origina.....	49
c. Por el ámbito de su uso.....	63
B. Principios Rectores del Régimen de Limitaciones a los Derechos de Autor y Conexos.....	64
1. El Convenio de Berna y " <i>la prueba de las tres fases</i> ".....	64
2. La Prueba de las Tres Fases.....	69
a. Una situación especial.....	69
b. No afectar la explotación normal.....	70
de la obra.....	65
c. No causar un perjuicio injustificado.....	71
3. Vinculatoriedad de la Prueba de las Tres Fases.....	73
4. El artículo 45 de la Constitución Política.....	75
Sección III. La Copia Personal como Limitación al Derecho Patrimonial de Reproducción.....	81
A. Aspectos Generales de la denominada "Copia Personal".....	82
1. El Surgimiento de la figura.....	83
2. Definición Terminológica.....	85
3. La Copia Personal en el Derecho Comparado Latinoamericano.....	87
4. La Copia Personal en el Ordenamiento Juridico Costarricense.....	91
a. Estructura de la Copia Personal en el Artículo 74 de la Ley.....	94
b. Elementos.....	96
5. Planteamiento del problema de la copia personal.....	110
a. El desarrollo tecnológico.....	110

b. Insuficiencia de la copia personal para adaptarse al desarrollo tecnológico.....	113
c. La problemática que plantea la copia personal de obras protegidas.....	117
d. La insuficiencia normativa de la copia personal y del derecho de reproducción en el ordenamiento jurídico costarricense.....	120
B. El Sistema de Remuneración Compensatoria por Copia Personal.....	128
1. Nacimiento Histórico.....	129
2. El sistema de remuneración compensatoria por copia personal como licencia no voluntaria.....	135
3. Sistemas de Remuneración.....	137
4. La selección de los equipos y los soportes materiales.....	139
5. Relación jurídica obligacional: El hecho generador de la obligación.....	141
6. Acreedores y Deudores de la remuneración compensatoria por copia personal.....	144
7. Determinación del canón por remuneración.....	148
8. Ejemplos del sistema de remuneración compensatoria por copia personal: el caso alemán y español.....	148
a. La Ley Alemana.....	149
b. La Ley Española.....	151
Capítulo II. La Administración Colectiva de los Derechos de Autor y los Derechos Conexos.....	157
Sección I. Aspectos Generales del Sistema de Administración o Gestión Colectiva.....	159
A. Antecedentes Históricos.....	159
B. La Insuficiencia de la Gestión Individual: Fundamento de la Administración Colectiva.....	165
C. Concepto de Administración Colectiva y Organización de Administración Colectiva.....	169
D. Definiciones Terminológicas.....	170

Sección II. La Administración Colectiva y	
la Organización de Administración Colectiva.....	176
A. La Administración Colectiva.....	177
1. El Objeto de la Administración Colectiva.....	177
2. Funciones que comprende la Administración Colectiva.....	179
a. La Remuneración.....	180
b. Otorgar licencias de uso de las obras	
administradas.....	184
c. Fiscalizar la utilización de las obras.....	186
d. Recaudar las regalías.....	187
e. Distribuir las regalías.....	190
f. Protección social.....	191
g. Promoción cultural.....	193
3. Modalidades de la administración colectiva.....	193
4. Sistema obligatorio de administración colectiva.....	196
B. La Organización de Administración Colectiva.....	197
1. El Objeto.....	198
2. Naturaleza Jurídica.....	199
a. El Carácter Público o Privado de la Organización.....	200
b. La Figura Jurídica de Carácter Privado:	
Sociedad Civil, Sociedad Mercantil o Asociación Civil.....	202
3. La Representatividad.....	205
a. Fuentes de la relación de representación.....	206
b. La Representación Extendida por medio de	
licencias generales.....	207
4. El conflicto entre la pluralidad o unicidad de	
organizaciones de administración colectiva.....	210
a. Respecto a distintas categorías de	
derechos y titulares.....	210
b. Respecto a idéntica categoría de derechos.....	212
Sección III. Regulación Mínima de la Administración de	
Derechos de Autor y Conexos.....	213
A. Relación Tripartita en la Administración de los	
Derechos de Autor y Derechos Conexos.....	214

1. La Relación Jurídica: Titular- Usuario.....	216
2. Relación Tripartita:	
Organización de Administración Colectiva-Usuario.....	220
a. Otorgamiento de las autorizaciones.....	224
b. La fiscalización.....	225
c. La remuneración.....	225
d. La recaudación.....	226
3. Relación Tripartita:	
Titular-Organización de Administración Colectiva.....	227
a. La constitución de la organización.....	228
b. La afiliación.....	229
c. La recaudación.....	230
d. La distribución.....	231
e. La disolución y liquidación de la organización.....	234
B. El Papel del Estado ante la Administración Colectiva.....	235
1. Obligaciones del Estado en materia de protección de los derechos de autor y los derechos conexos	236
derivadas de las convenciones internacionales.....	243
2. La necesidad de que el Estado establezca una política reguladora de la administración colectiva.....	240
a. Justificación de una posición activa del estado ante la gestión colectiva.....	243
b. ¿Intervención o Regulación?.....	249
3. El Marco Regulatorio de la Administración y las Organizaciones de Gestión Colectiva en el Ordenamiento Jurídico Costarricense.....	250
a. Ley de Derechos de Autor y los Derechos Conexos... ..	251
b. Reglamento de la Ley de Derechos de Autor y los Derechos Conexos.....	255
c. La Acción de Inconstitucionalidad N° 3598-M- 98 y el Voto N° 1829- 99.....	267
4. Cuestiones sin sentido del régimen regulatorio costarricense.....	272

5. La Gestión Colectiva del Derecho de Remuneración	
Compensatoria por la Copia de Uso Personal.....	277
a. Organizaciones de Derecho de Reproducción.....	278
b. International Federation of Reproduction Rights Organisations.....	279
c. Centro Español de Derechos Reprográficos.....	282
d. La importancia de la administración colectiva para la implementación del sistema de remuneración compensatoria por copia personal.....	283
Conclusión General.....	295
Bibliografía.....	304

Dedicatoria

A mis padres,

Yolanda Soto Cambronero y Roberto Elizondo Mesén.

La sabiduría de sus consejos son, y serán,
derroteros que marcarán mi destino.

Gracias, y los amo.

Agradecimientos

A Dios.

Por permitirme vivir y alcanzar mis sueños,
acompañado de las personas que más quiero.

A Luz Hannia Madrigal Alfaro.

Quien me ha entregado amor y pasión por la vida.
El mundo gira a tu alrededor.

A mis Profesores.

De quienes aprendí el deseo por la superación y
la excelencia profesional.

INTRODUCCIÓN

El reconocimiento, en nuestro país, de la propiedad intelectual como un derecho de rango constitucional, nos obliga a realizar una labor analítica y reflexiva en torno a la regulación jurídico legal de los derechos de autor y derechos conexos; a fin de examinar su eficacia para proteger los intereses jurídicos de los titulares de dichos derechos.

El marco normativo que regula la materia es complejo y diverso, lo cual permite efectuar el análisis a partir de varias disposiciones legales. Hemos decidido efectuar un análisis de la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos N° 6683 de 14 de octubre de 1982, y sus reformas, siendo que, en principio, constituye el cuerpo normativo especial y general que regula la materia en su parte sustantiva. Así, es inevitable cuestionarse si esta ley cumple eficazmente con su finalidad o, si por el contrario, constituye un instrumento jurídico ineficiente para proteger los derechos de los autores, artistas intérpretes y ejecutantes, productores de fonogramas, organismos de radiodifusión, y otros.

Lo que justifica nuestra específica labor en la investigación titulada "La copia personal de obras protegidas y la gestión colectiva de los derechos de autor y derechos conexos: una lectura crítica de la ley de derechos de autor y derechos conexos" es la inquietud de iniciar un proceso abierto y analítico sobre la necesidad de una nueva Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos en el ordenamiento jurídico costarricense a partir del estudio y análisis comprensivo de dos únicas figuras: la copia personal y la gestión colectiva de los derechos de

autor y conexos, como ejemplos manifiestos y evidentes de la necesidad de un cambio normativo, parcial o total –según sea el caso.

En atención a lo señalado, la hipótesis que se plantea para el desarrollo de esta investigación es determinar que la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos N° 6683, vigente en nuestro país, no protege eficazmente a los titulares de los derechos de autor y los derechos conexos, por la insuficiencia de una regulación legal sobre la copia personal y la gestión colectiva de derechos.

El objetivo general del trabajo es analizar la eficacia de la protección jurídica que ofrece la Ley de Derechos de Autor y derechos conexos, a partir del régimen de las limitaciones al derecho de autor y los derechos conexos, específicamente la copia personal, y la gestión colectiva de los derechos de autor y los derechos conexos.

Los objetivos específicos son: a. Determinar la regulación jurídica específica sobre la copia personal de obras protegidas, vigente en nuestro ordenamiento jurídico; b. Establecer la vigencia y efectiva protección legal de los derechos de autor y derechos conexos frente a la copia personal en nuestro ordenamiento jurídico; c. Identificar la relevancia económica y jurídica del fenómeno de la copia personal de obras protegidas; d. Estudiar el sistema de remuneración compensatoria como "solución" jurídica al fenómeno de la copia personal de obras protegidas, en nuestro país; e. Conocer los rasgos generales de la administración colectiva de derechos de autor y derechos conexos ejercida

mediante las organizaciones de gestión colectiva; f. Explicar la relevancia jurídica inmersa en la relación jurídica tripartita usuario-titular del derecho-organización de gestión colectiva; g. Delimitar la regulación jurídica que contempla nuestro ordenamiento jurídico, específicamente la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos, sobre la relación jurídica tripartita usuario-titular del derecho-organización de gestión colectiva; h. Señalar deficiencias, o fortalezas, legales existentes en la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos y sus reformas, vigente, en torno a la copia personal y la gestión colectiva de derechos; i. Establecer recomendaciones jurídicas para los problemas analizados, de conformidad con la realidad formal y material costarricense.

El método utilizado para el desarrollo de esta investigación es, predominantemente, el hipotético deductivo y comparativo.

El tema de la copia personal constituye una figura jurídica que no ha sido estudiada en nuestro medio, cuando en otras latitudes resulta profundamente analizado. Esta realidad obliga a efectuar una búsqueda exhaustiva de material bibliográfico que aborde esta temática, sin embargo, son muy pocos los documentos que se pueden encontrar. Al final, el material recolectado resulta ser muy escaso, donde pocos analizan con detalle la copia personal, y la mayoría lo describe de forma general y superficial sin ofrecer mayores razonamientos. Por esta razón, hemos tenido que efectuar una labor deductiva a partir del poco material existente en nuestro medio.

La investigación utiliza un método comparativo de las diversas regulaciones legales de que es objeto la figura en otros ordenamientos jurídicos con el fin de comprender, de forma más integral, la figura de la copia personal y las soluciones que han sido adoptadas para proteger eficazmente los derechos de autor y los derechos conexos.

De igual forma se ha procedido con respecto a la temática de la gestión colectiva de los derechos de autor y los derechos conexos, respecto a la cual hemos partido de una información general sobre el tema para obtener conclusiones específicas tendientes a determinar la veracidad de nuestra hipótesis.

El trabajo se compone de un título único con dos capítulos. Cada uno de los capítulos corresponde a un tema particular: el primero a la copia personal y el segundo a la gestión colectiva.

La copia personal constituye una limitación al ejercicio de los derechos patrimoniales de autor y conexos. A partir de ello, iniciamos con una exposición sobre los derechos patrimoniales; continuamos con el régimen de limitaciones y luego analizamos la figura de la copia personal, de forma particular. Sobre este último, exponemos un análisis de la regulación legal de la figura en nuestro ordenamiento jurídico y la problemática que plantea, actualmente, en la sociedad costarricense. Por último, describimos, de forma general, el sistema de

remuneración compensatoria por copia personal que se ha establecido en otras legislaciones para solucionar los problemas generados por la copia personal.

El segundo capítulo toma como objeto de estudio el sistema de administración colectiva de los derechos de autor y los derechos conexos. El tema se desarrolla, inicialmente, a partir de varios aspectos generales como los antecedentes históricos y la justificación de su existencia. Posteriormente, se describen de forma concreta los conceptos de la administración colectiva, por un lado, y las organizaciones de gestión colectiva. En la última sección se expone la relación jurídica tripartita titular-organización-usuario que se presenta en el ámbito de la gestión de los derechos de autor y los derechos conexos, y con especial énfasis en la relación entre los titulares de derechos y las organizaciones de gestión.

A partir del análisis de este último tema se fundamenta la necesidad de efectuar una regulación mínima del sistema de administración colectiva para garantizar la efectiva protección de los derechos de autor y los derechos conexos en nuestro país. Asimismo, este punto es presupuesto necesario para el funcionamiento adecuado del sistema de remuneración compensatoria por copia personal. El estudio del sistema de administración colectiva y su marco regulatorio son los elementos que nos permiten determinar la eficacia de la protección que nuestro ordenamiento jurídico otorga a los titulares de derechos de autor y derechos conexos.

TÍTULO ÚNICO:

LA COPIA PERSONAL DE OBRAS PROTEGIDAS Y LA GESTIÓN COLECTIVA DE LOS DERECHOS DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS: UNA LECTURA CRÍTICA DE LA LEY DE DERECHOS DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS.

El eje temático del presente trabajo se encuentra separado en dos ámbitos principales. El primero se encuentra constituido por la copia personal de obras protegidas y el segundo es la administración colectiva de los derechos de autor y los derechos conexos. Ambas figuras se encuentran reguladas en la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos, vigente en nuestro ordenamiento jurídico, y a partir de ellas se analizará la validez de la hipótesis que se ha planteado al inicio.

Capítulo I. La Copia Personal de Obras Protegidas y el Sistema de Remuneración Compensatoria.

La figura de la copia personal de obras protegidas constituye el principal tema de análisis en el presente capítulo. Inicialmente, el desarrollo de este tema requiere la comprensión de dos temas más generales que nos permiten comprender, en forma especial, a la copia personal de obras protegidas. El primero corresponde a los derechos patrimoniales de los derechos de autor y los derechos conexos; y, el segundo, al régimen de limitaciones al ejercicio de los derechos patrimoniales, dentro de las cuales se ubica, particularmente, la copia personal.

Posterior a ello, se efectuará un análisis particular de la copia personal. En este apartado, se expondrán los aspectos más importantes sobre la figura en estudio. Se analizará, particularmente, la copia personal a partir de la Ley de Derechos de Autor y los Derechos Conexos de Costa Rica, con el objetivo de determinar las consecuencias teóricas y prácticas de su regulación normativa; se expondrá la divergencia que existe entre la realidad formal y material que convierte a las disposiciones normativas en un mero enunciado que no se traduce en una protección efectiva de los derechos de autor y los derechos conexos. La realidad se torna más amplia que el supuesto de hecho regulado por la norma.

Por último, se expondrá una solución jurídica que se ha introducido en otros ordenamientos jurídicos con el fin de reducir los graves perjuicios económicos producidos por el fenómeno de "la copia" de obras protegidas. Esta solución consiste en un Sistema de Remuneración Compensatoria por Copia Personal, y ha tenido un gran desarrollo doctrinario, legislativo y jurisprudencial en el derecho comparado, y se presenta como una respuesta efectiva que puede ser implementada en nuestro sistema de protección de los derechos de autor y los derechos conexos.

Sección I. Los Derechos Patrimoniales de los Derechos de Autor y los Derechos Conexos.

Los derechos patrimoniales junto con los derechos morales constituyen el contenido de los derechos de autor y los derechos conexos. A efectos de cumplir con los objetivos propuestos para el desarrollo de este trabajo, una exposición

sobre los derechos morales resultaría innecesaria, porque nuestro objeto de estudio, la copia personal, se relaciona estrechamente con el derecho patrimonial de reproducción, como una limitación a su ejercicio.

Por estas razones exponemos los aspectos más importantes sobre los derechos patrimoniales y el régimen de limitaciones al ejercicio de esos derechos.

A. Aspectos Generales de los Derechos Patrimoniales de Autor y Conexos.

La presente exposición no pretende efectuar una extensiva y profunda descripción sobre el conjunto de derechos de carácter patrimonial que surgen con la creación de una obra original, sea literaria o artística. El objetivo principal es facilitar al lector la lectura y comprensión de esta investigación, sin obligarlo a buscar material complementario, separado al que está en sus manos.

Pero, la presentación previa de este tema requiere hacer una aclaración que parte de un análisis de la estructura de los derechos de autor y derechos conexos, y su naturaleza jurídica.

Cuando una persona crea una obra artística, literaria o científica, que reviste los elementos de novedad y originalidad se produce un efecto jurídico de carácter constitutivo: nace un conjunto de derechos, a favor del autor, respecto a la creación intelectual. Este conjunto de derechos, que constituyen el contenido

del derecho de autor, se divide, según su naturaleza,¹ en dos grupos que corresponden, por un lado, a los derechos morales, y por otro, a los derechos patrimoniales.

Respecto a los derechos morales, debemos decir que los más importantes, y que siempre se encuentran en todas las legislaciones de orientación latina son: el derecho moral de paternidad y el derecho moral de integridad. El *derecho de paternidad* corresponde al derecho que tiene el autor de una obra a su reconocimiento como creador de la misma. Por su parte, el *derecho de integridad* es el derecho que tiene el autor de impedir que su obra se deforme, se mutile o se altere, de cualquier forma que pueda perjudicar su honor o reputación, debido a que la obra es una proyección objetiva de su personalidad.

¹ Se discute sobre la naturaleza jurídica de los derechos de autor y conexos bajo tres posturas:

1. Teoría Personalista (monista). En primer lugar se encuentran las teorías personalistas que consideran a la persona como punto medular de la protección que se debe brindar a través al derecho de autor. Bajo esta postura la obra es una proyección de la personalidad del autor que debe ser tutelada.

2. Teoría Patrimonialista (monista). Equiparan al derecho de autor como un derecho susceptible de explotación económica, ubicándolo como un derecho real. No existe una parte moral y solo se tutela un interés económico. Algunos lo ven como una extensión de la propiedad, por lo que se le asignan, las mismas características que a ésta en cuanto a objeto poseedor de cualidades económicas.

3. Teoría Mixta (dualista). Una parte de la doctrina no apoya las teorías personalista ni patrimonialista, afirmando que el derecho de autor es un derecho "sui generis" y tiene una naturaleza mixta, con elementos patrimoniales y morales al mismo tiempo.

Esta última corresponde a la postura costarricense, y la mayoría de los países de tradición latina, que reconoce una dualidad en los derechos de autor y conexos. La Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos, afirma esta postura en su artículo 1:

"(...) Los autores son los titulares de los derechos patrimoniales y morales sobre sus obras literarias o artísticas"

Al respecto puede consultarse a QUESADA GATJENS (Ivo) y otro, La propiedad intelectual, San José, Tesis para optar al título de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1982, pp. 36-80; MONTERO SEQUEIRA (Aaron), La implementación del Registro de Derechos de Autor y Derechos Conexos, San José, Tesis para optar al título de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1998, pp. 42-51; y, ARROYO ALVAREZ (Wilbert), Derechos de Autor y Derechos Conexos en la Sucesión Mortis Causa, Revista Judicial, San José, N° 68, junio de 1988, p. 53.

Lo dicho hasta aquí es aplicable *mutatis mutandis* a los derechos conexos; y es todo lo que diremos respecto a los derechos morales de autor y los derechos conexos. Este tema no constituye la orientación inicial de esta investigación porque, más bien, es dentro de los derechos patrimoniales donde se encuentra ubicado nuestro tema de estudio. Por esta razón le dedicamos las siguientes líneas introductorias.

1. Concepto

Los derechos patrimoniales corresponden al derecho de carácter exclusivo que tiene el autor de autorizar o prohibir cualquier forma, conocida o por conocerse, de explotación económica de su obra. Por esta razón hablamos de *derechos patrimoniales*, tantos como formas de explotación existan, sin establecer una lista taxativa sino, más bien, ejemplificativa.

Un principio esencial en la materia dispone que a toda forma de utilización de una obra el autor tiene un derecho de recibir una remuneración económica. Este derecho de remuneración constituye una compensación económica por su trabajo intelectual.² Al respecto es importante mencionar que nuestro

² "Como señala Dietz, el autor debe participar, en principio, de toda explotación de su obra. Todas las expresiones con que también se denomina a los derechos patrimoniales –derechos pecuniarios, derechos de explotación, monopolio de explotación- hacen referencia a una finalidad básica del derecho de autor, que, históricamente, fue la primera a que estuvo destinado: permitir que el autor obtenga un beneficio económico por la utilización de su obra. Este propósito sustancial del derecho de autor determina que deba entenderse que toda utilización de una obra es onerosa y origina el derecho a percibir una remuneración (excepción hecha de los casos aislados en los que la ley permite la utilización libre y gratuita [...])" LIPSZYC (Delia). Derecho de Autor y Derechos Conexos, Buenos Aires, Ediciones UNESCO/CERLALC/ZAVALIA, 1993, pp. 177-178.

ordenamiento jurídico le concede al autor el derecho a fijar unilateralmente el monto de la retribución económica que debe recibir por la utilización de su obra.³

2. Características

Todos los derechos patrimoniales de autor y conexos poseen características particulares y comunes que los distinguen de los derechos morales, y en atención a ello exponemos los más importantes.

a. Exclusivo

Todos los derechos patrimoniales son ejercidos por el titular de forma *exclusiva*,⁴ respecto a cualquier tercero –siendo oponible *erga omnes*–, durante todo el plazo de protección otorgado por el ordenamiento jurídico.

³ La Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos señala:

"Artículo 17.-Corresponde exclusivamente al titular de los derechos patrimoniales sobre la obra, determinar la retribución económica que deban pagar sus usuarios. "

⁴ La Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos aunque no estipula de forma directa la característica de exclusividad de los derechos patrimoniales es posible identificarla a partir de diversas normas:

"Artículo 16.- Al autor de la obra literaria o artística le corresponde el derecho exclusivo de utilizarla. [...]"

"Artículo 78.- Sin perjuicio de los derechos conferidos a los titulares de derechos de autor, los artistas, intérpretes o ejecutantes, [...] tienen el derecho de autorizar o prohibir la fijación, la reproducción, la comunicación al público, la transmisión y retransmisión, por radio o televisión o cualquier otra forma de uso, de sus interpretaciones o ejecuciones."

"Artículo 82.- Sin perjuicio de los derechos conferidos a los titulares de derechos de autor, los productores de fonogramas o videogramas tienen el derecho exclusivo de autorizar o prohibir. [...]"

b. Enajenable/Transferible

Éstos derechos son disponibles, al ser derechos de contenido económico o patrimonial, y pueden ser transmitidos por el titular de manera total o parcial, gratuita u onerosa.⁵

c. Renunciable

Siendo un derecho de contenido patrimonial de libre disposición por parte de su titular, este puede renunciar al ejercicio del mismo, en favor de la sociedad, para su libre uso.

d. Temporal

La vigencia de los derechos patrimoniales, para su ejercicio exclusivo, se encuentra limitada a un plazo rígido y previamente definido por la ley.⁶ Durante este periodo los derechos patrimoniales forman parte del dominio privado de su titular.

Una vez vencido el término de protección legal, los derechos patrimoniales se extinguen y las obras pasan a ser de **dominio público**, donde cualquier persona puede utilizar la obra de forma gratuita y sin previa autorización de su

⁵ Al respecto, la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos señala:

"Art. 88.- El titular de derechos de autor o conexos puede enajenar, total o parcialmente, sus derechos patrimoniales"

⁶ La Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos señala, sobre la temporalidad del derecho patrimonial, lo siguiente:

"Artículo 58. Los derechos de autor son permanentes durante toda su vida. Después de su fallecimiento, disfrutarán de ellos, por el término de setenta años, quienes los hayan adquirido legítimamente.[...]"

titular. Sin embargo, toda utilización siempre deberá respetar los derechos morales de paternidad e integridad de su autor.⁷

e. Independientes

Cada uno de los derechos patrimoniales es, en cuanto a su ejercicio, independiente respecto a los otros. Por ello, la autorización para utilizar una obra, en una forma particular, no se extiende a otras.⁸

3. Tipología de los derechos patrimoniales

A efectos de exponer de forma general este tema primero debemos recordar que cualquier enunciación de los derechos patrimoniales es ejemplificativa y pueden quedar excluidos algunos derechos, sin que por ello se esté negando su existencia. Bajo este entendido, vamos a enunciar los más importantes; pero, para referirnos a los tipos más importantes de los derechos patrimoniales, que encontramos en la actualidad, debemos hacer una separación entre los derechos patrimoniales que se le atribuyen a los autores, por un lado, y

⁷ La Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos señala:

"Artículo 7.-Toda persona puede utilizar, libremente, en cualquier forma y por cualquier proceso, las obras intelectuales pertenecientes al dominio público; pero si fueren de autor conocido, no podrá suprimirse su nombre en las publicaciones o reproducciones, ni hacer en ellas interpolaciones, sin una conveniente distinción entre el texto original y las modificaciones o adiciones editoriales."

⁸ La Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos señala:

"Artículo 16. - [...] Los contratos sobre derechos de autor se interpretarán siempre restrictivamente y al adquirente no se le reconocerán derechos más amplios que los expresamente citados, salvo cuando resulten necesariamente de la naturaleza de sus términos.[...]"

"Artículo 19.-Las diversas formas de utilización son independientes entre ellas, por lo que la autorización para fijar la obra o producción no induce la autorización para ejecutarlas o radiodifundirlas y viceversa."

por el otro; a los artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión. Es decir, se debe separar la exposición entre los derechos patrimoniales de autor y los correspondientes a los derechos conexos.

a. Los derechos patrimoniales de los Derechos de Autor

Los autores de obras protegidas, y sus respectivos titulares, poseen una serie de derechos que permiten a su titular ejercer un control sobre la utilización de sus creaciones intelectuales, protegiendo, así, sus intereses patrimoniales. Los derechos que se mencionan son los más importantes y no excluye la existencia de otros, o la creación de nuevos derechos.

a.1. El Derecho de Reproducción

Este derecho otorga al titular la facultad de autorizar o prohibir la realización de copias o ejemplares de su obra por cualquier medio de reproducción, conocido o por conocerse.

A palabras de Delia Lypszyc, refiriéndose al Proyecto de Disposiciones Tipo para leyes en materia de derecho de autor de la OMPI, documento OMPI, CE/MPC//2-II del 11 de agosto de 1989, art. 1, xvi.), afirma:

“Se entiende por reproducción la realización de uno o más ejemplares de una obra o de partes de ella en cualquier forma material, con inclusión de la grabación sonora o visual. También constituye “reproducción” la realización de uno o más ejemplares en tres dimensiones de una obra bidimensional y la realización de uno o más ejemplares de dos dimensiones de una obra tridimensional, así como la inclusión de una obra o de parte de

*ella en un sistema de ordenador (ya sea en su unidad de almacenamiento interno o en su unidad de almacenamiento externo)."*⁹

Quizás, este es el derecho patrimonial más importante y más oneroso. Tal es su importancia que el derecho anglosajón denomina a esta rama jurídica, en que nos ubicamos, con la palabra "*Copyright*", que bajo una traducción literal y libre significa "derecho de copia".

Con el fin de introducir y ubicar aún más nuestro tema de estudio, debemos afirmar que la figura de la copia personal se encuentra directamente vinculada al derecho de reproducción. Más adelante se analizará la relación de oposición entre estas dos figuras, y de ello deriva la importancia de comprender la verdadera dimensión del derecho de reproducción.

El derecho de reproducción tiene un contenido muy amplio y para comprender su extensión y versatilidad Delia Lipszyc separa su explicación en dos: en cuanto al objeto reproducido (obras manuscritas -de obras literarias, científicas, teatrales, musicales-, programas de ordenador, dibujos, ilustraciones, etc., y en general todo puede ser objeto de reproducción), y en cuanto el modo de reproducción (cualquier procedimiento de las artes gráficas y plásticas, de la grabación mecánica, cinematográfica y magnética que permita comunicar la obra

⁹ LIPSZYC (Delia). Derecho de Autor y Derechos Conexos, Buenos Aires, Ediciones UNESCO/CERLALC/ZAVALIA, 1993, p. 179.

de manera indirecta -a través de una copia de la obra en la que se corporiza la reproducción).¹⁰

a.2. El Derecho de Comunicación Pública

Este corresponde al derecho exclusivo de autorizar la difusión de la obra al público por medios no materiales (distribución de ejemplares) sino a través de la representación, la ejecución pública, la exhibición cinematográfica, etc., o por medios alámbricos o inalámbricos como la radiodifusión (comprendida la puesta a disposición del público de sus obras de tal forma que los miembros del público puedan acceder a estas obras desde el lugar y en el momento en que cada uno de ellos elija: vgr. Internet).

a.3. El Derecho de Transformación

Este es el derecho exclusivo del titular a autorizar a terceros la modificación de su obra mediante la creación de adaptaciones, traducciones, compilaciones, actualizaciones, etc., produciendo una obra diferente de la obra original o primigenia, pero basada en ella. Aquí, debe anotarse que el tercero que transforma la obra adquiere, sobre la parte original que él crea, una serie de derechos morales y patrimoniales, pero sin perjuicio de los derechos que legítimamente le corresponden al autor de la obra original que sirvió de base para la creación de la nueva obra.

¹⁰ LIPSYC (Delia). Derecho de Autor y Derechos Conexos, Buenos Aires, Ediciones UNESCO/CERLALC/ZAVALIA, 1993, p. 180.

a.4. El Derecho de Participación ("Droit de Suite").

Este es el derecho exclusivo de los autores de obras artísticas a percibir un porcentaje del precio en cada una de las ventas sucesivas de sus obras originales (pinturas, esculturas, etc.), a través del tiempo.¹¹

a.5. El Derecho de Alquiler

Es el derecho exclusivo de los titulares a autorizar el alquiler comercial al público de su obra.

¹¹ Sobre el "Droit de Suite" la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos señala:

"Artículo 151.- En toda operación de reventa de una obra de arte original o de manuscritos originales de escritores y compositores, el autor goza del derecho inalienable e irrevocable de percibir del vendedor un cinco por ciento del precio de reventa. A la muerte del autor, este derecho de persecución se transmite, por el plazo de cincuenta años al cónyuge y posteriormente a sus herederos consanguíneos."

Actualmente, el "Droit de Suite" constituye una manifestación de la insuficiencia del ordenamiento jurídico para proteger adecuadamente a los titulares de este derecho y asegurar una efectiva vigencia de sus derechos. La Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos solamente reconoce el "Droit de Suite" sobre una *obra de arte original o de manuscritos originales de escritores y compositores*, pero no establece los recursos jurídicos necesarios y suficientes para que el titular defienda su derecho y haga efectiva la remuneración respectiva. Las condiciones actuales operan de forma desfavorable para el titular del derecho quien debe ejercer una acción civil para obtener la remuneración debida, lleva la carga de la prueba sobre el acto de reventa y el precio del mismo, etc., con todas las inconveniencias que ello produce sobre ellos. Debemos recordar que el acto de reventa puede hacerse constar en instrumento privado ante dos testigos, simplemente (LDADC, art. 89) y la transmisión de la obra puede adoptar otras formas distintas a la venta, con lo cual el titular se encuentra en una posición desventajosa respecto al deudor de la remuneración para quien es muy fácil evadir el cumplimiento de su obligación. Para corregir estos problemas, en España, la Ley de Propiedad Intelectual, por ejemplo, se han dictado disposiciones, dirigidas a la protección de los intereses de los titulares del "Droit de Suite", que obligan a los sujetos que hayan intervenido en la reventa de dichas obras a retener la remuneración correspondiente; notificar a la organización de gestión colectiva correspondiente o, en su caso, a los autores o sus derechohabientes en el plazo de dos meses; y facilitar toda la documentación necesaria para la determinación de la liquidación respectiva.

a.6. El Ejercicio de los Derechos Patrimoniales de los derechos de autor.

Durante toda la vida del autor, el titular del derecho puede ejercerlo de forma exclusiva, a condición de que no lo haya cedido, porque la cesión hace que otra persona sea el nuevo titular. Al fallecimiento del autor el plazo de protección se extiende, por regla, hasta setenta años contados a partir del último día del año de su muerte.

Por último, existen algunos casos especiales, expresados en la ley, respecto al plazo de protección y al hecho que le da inicio, según el tipo de obra y autor, pero para no complicar la exposición y porque no son necesarios para el desarrollo de nuestro tema, no se tratarán.

Cuando una persona tiene un interés legítimo en publicar una obra, traducirla, reproducirla, representarla, comunicarla, etc., debe solicitar una autorización al titular del derecho respectivo. Esta autorización reviste, normalmente, la forma de licencias, que tienen por objeto permitir a la persona ejercer personalmente el derecho correspondiente, durante un plazo específico y con un fin específico.

Al respecto se define a las licencias como:

"[...] la autorización (permiso) concedida por el autor u otro titular del Derecho de Autor (licenciante) al usuario de la obra (licenciatario) para utilizar ésta en una forma determinada y de conformidad con unas condiciones convenidas entre ambos en el contrato pertinente (acuerdo

*de licencia). A diferencia de la cesión, la licencia no transfiere la titularidad; constituye únicamente un derecho o derechos a utilizar la obra con sujeción al derecho de autor sobre ella, derecho que sigue siendo de la pertenencia del licenciante si bien queda restringido en función del alcance de la licencia concedida. La licencia puede ser exclusiva y no exclusiva; en este último caso, el titular del derecho de autor puede también conceder legalmente licencias semejantes a otros licenciarios.[...] En las convenciones de derecho de autor y en las legislaciones nacionales de derecho de autor pueden preverse licencias obligatorias y licencias legales para casos especiales."*¹²

A partir de la definición transcrita considero que, en sentido estricto, las licencias no otorgan un **derecho a utilizar la obra** según la forma convenida, sino un **derecho a ejercer un derecho exclusivo ajeno** que se tiene sobre una obra determinada. El tema de las licencias legales y obligatorias que se mencionan constituyen un tema que será explicado más adelante.

b. Los derechos patrimoniales de los Derechos Conexos.

b.1 Aspectos generales de los Derechos Conexos.

Los derechos conexos o a fines al derecho de autor son derechos concedidos a los artistas, intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión, principalmente, en virtud de la especial contribución que realizan para hacer llegar al público las obras creadas por los autores. Estos sujetos, a diferencia de los autores, *no crean* una obra literaria, artística o

¹² DE FREITAS (Eduardo), La Gestión Colectiva del Derecho de Autor y los Derechos Conexos, Seminario Nacional de la OMPI sobre Derecho de Autor, Derechos Conexos y el Acuerdo ADPIC para Jueces de Costa Rica, San José, de 09 al 11 de julio de 1997, p. 9.

científica, original, sino que más bien toman la obra del autor y la hacen llegar al público.

El reconocimiento de derechos a estos sujetos es muy posterior a la época de los derechos de autor. El mismo tiene su origen en las presiones realizadas por estos grupos para lograr un reconocimiento de su actividad y obtener una protección especial de sus contribuciones a la difusión de las obras. Frente a estos movimientos, los autores, por su parte, reclamaron una protección para sus intereses fundamentados en que el reconocimiento de los derechos conexos constituía un mecanismo para anular sus legítimos intereses.

Esta contradicción determinó, al final, que se reconocieran los derechos conexos pero afirmando que estos dejaban intacto y no afectaban de ninguna forma, la protección a los autores. Además, ninguna disposición podía ser interpretada en perjuicio de la protección de los derechos de autor.

La protección brindada a los artistas, intérpretes o ejecutantes se concede porque su intervención creativa es necesaria para dar vida a las obras creadas por los autores. Piénsese en una partitura musical sin músicos que la ejecuten, el guión de una obra de teatro sin actores que interpreten los personajes, etc. Aunque se acepta que no se produce la creación de una obra original, y por ello no se tutela bajo los derechos de autor, estas actividades poseen un mínimo de labor intelectual que merece un reconocimiento y protección jurídica.

La protección a los productores de fonogramas se otorga porque sus recursos creativos, financieros y de organización son necesarios para poner a disposición del público las grabaciones de sonidos en forma de fonogramas comerciales. Además, el fenómeno de la “piratería” les produce un perjuicio económico muy fuerte que repercute en los beneficios recibidos por toda la cadena de titulares de derechos.

La protección brindada a los organismos de radiodifusión se concede por la importancia que desempeñan al poner a disposición del público las obras; así mismo, para controlar la transmisión y retransmisión de sus emisiones.

De forma particular, algunas legislaciones incluyen bajo la protección de los derechos conexos a ciertos grupos o actividades como los artistas de variedades y los deportistas. Sin embargo, no es una situación contemplada de forma unánime en todas las legislaciones.¹³

¹³ Nuestra Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos contempla la protección especial de estos sujetos en los siguientes artículos:

"Artículo 152.-También gozarán de la protección, prevista en los artículos 78 y 79, los artistas de variedades, tales como acróbatas, magos, payasos, trapevistas, domadores, y otros, que no interpreten o ejecuten obras, pero participen profesionalmente en espectáculos públicos."

"Artículo 153.-También gozarán de la protección en el artículo 78, los atletas, aficionados y profesionales, que actúen en público. El ejercicio del derecho corresponderá al club o entidad deportiva a que pertenezcan."

b.2 Tipología de los derechos patrimoniales según el sujeto.

i. Artistas Intérpretes o Ejecutantes: Se le reconoce un derecho a impedir la fijación (grabación en un soporte material), la radiodifusión y la transmisión al público de sus interpretaciones o ejecuciones en directo sin su consentimiento, así como el derecho a impedir la reproducción de las fijaciones, de sus interpretaciones o ejecuciones. A veces los derechos relativos a la radiodifusión y a la transmisión al público de fijaciones en fonogramas comerciales pueden revestir la forma de una remuneración equitativa en vez de un derecho a impedir algo.

ii. Productores de Fonogramas: Se les reconoce un derecho de autorizar o prohibir la reproducción, directa e indirecta, la importación y distribución de sus fonogramas y de copias de los mismos, así como el derecho a una remuneración equitativa en concepto de radiodifusión y transmisión al público de sus fonogramas.

iii. Organismos de Radiodifusión: Se les concede el derecho de autorizar o prohibir la reemisión, la fijación y la reproducción de sus emisiones de radiodifusión o a través de cable (comunicación pública con hilo o sin hilo).

b.3. El Ejercicio de los Derechos Patrimoniales de los derechos de autor.

La regla es que el titular puede ejercer sus derechos por todo el plazo de protección que se extiende hasta por setenta años, contados a partir del último día

del año en que se realizó la fijación, tuvo lugar la interpretación o ejecución, o la radiodifusión.

4. Limitaciones al Derecho Patrimonial

La regulación legal pretende proteger y promover dos derechos mutuamente conflictivos. Por un lado se encuentra el autor, que posee un interés individual de carácter moral y patrimonial merecedor de una protección jurídica especial y por otro lado, se ubica la sociedad, compuesta por los usuarios de las obras, que tiene un interés en promover la difusión y el acceso al conocimiento y la información.

El derecho de autor y los derechos conexos se encuentran socialmente condicionados, porque el autor no crea su obra aislado del entorno social y cultural que lo rodea y, más bien, su actividad se desarrolla sobre la base de la "creación cultural de generaciones pasadas".¹⁴ Esta idea nos justifica porque los derechos exclusivos de carácter patrimonial tienen un carácter temporal y no perpetuo

Es, precisamente, de esta realidad donde surge la relación antagónica de intereses entre los titulares, de los derechos de autor y los derechos conexos, y la sociedad. Para resolver la cuestión, el legislador debe adoptar una determinada postura. La decisión legislativa más adecuada pretende establecer un punto de

¹⁴ Propiedad Intelectual en la República Federal de Alemania, Materiales sobre política y sociedad en la República Federal de Alemania, Inter Naciones, República Federal de Alemania, 1990, p. 10.

equilibrio entre estos dos centros de intereses, antes que inclinar la balanza de protección hacia una parte en particular.

Dentro de esta perspectiva, con el fin de satisfacer diversos intereses de carácter general, el legislador establece en la legislación nacional limitaciones al derecho de autor y conexos. Sin embargo, ello no significa hacer ilusorio el reconocimiento del derecho o su ejercicio.

Estas limitaciones a los derechos de autor y los derechos conexos encuentran distintas y variadas justificaciones, según el contexto cultural, económico y político del lugar donde se invoquen. Así, podemos encontrar limitaciones justificadas en virtud de razones de orden público, de seguridad nacional, para fines didácticos o de investigación, etc.

Las limitaciones más conocidas y que permiten una libre utilización de las obras, sin efectuar una remuneración económica, son las siguientes:

- a. El Derecho de Cita.
- b. Utilización de Obras para la Enseñanza y la Investigación
- c. Reproducción de los Artículos Informativos de Actualidad
- d. Reproducción de Obras Artísticas Ubicadas en Lugares Públicos
- e. Reproducción para Uso Personal (Copia Personal)
- f. Otros

En la siguiente sección efectuaremos una exposición más detallada sobre el régimen de limitaciones al ejercicio de los derechos patrimoniales de los derechos de autor y los derechos conexos. Esta explicación será de carácter general siguiendo los objetivos propuestos en esta investigación y que en lo particular se mencionarán más adelante.

B. La dimensión constitucional y supralegal de los derechos patrimoniales de los derechos de autor y los derechos conexos.

En este punto vamos a efectuar un análisis sobre la dimensión constitucional y supralegal de los derechos patrimoniales de los derechos de autor y los derechos conexos en el ordenamiento jurídico costarricense. El objetivo perseguido es ubicar correctamente a los derechos de autor y los derechos conexos en todo el sistema jurídico y el poder vinculante de sus disposiciones para el resto del ordenamiento jurídico.

1. Los derechos de autor y los derechos conexos en el ámbito constitucional.

La regulación legal de los derechos de autor y los derechos conexos pretende proteger y promover dos derechos mutuamente conflictivos: por un lado el derecho de los creadores y por otro el derecho de la sociedad.

Respecto a los titulares de derechos, su protección jurídica se fundamenta en la necesidad de fomentar la búsqueda del conocimiento recompensando a

quienes lo producen; y en cuanto a la sociedad - compuesto por los usuarios (efectivos y potenciales) de las obras - su protección está fundamentada en la necesidad de promover la difusión del saber - conocimiento y/o información-, es decir: el acceso al saber.^{15 16}

Estos son los dos centros de intereses recíprocamente contradictorios que el Estado, mediante una política legislativa bien perfilada, debe tratar de conciliar al momento de concebir y estructurar el modelo de protección de los derechos de autor y los derechos conexos. Este hecho, inherente y a la vez contradictorio, se va manifestar en la formulación de conceptos con bases débiles e inestables que hacen al derecho de autor y los derechos conexos vulnerables frente a los reclamos de un sector u otro.

¹⁵ UNESCO. El ABC del derecho de autor, Francia, Imprimiere de la Manutention, 1982, p. 18.

¹⁶ Este conflicto es posible encontrarlo en la Constitución Política, artículos 47, 89 y 121.18) que dicen:

"Art. 47.- Todo autor, inventor, productor o comerciante gozará temporalmente de la propiedad exclusiva de su obra, invención, marca, nombre comercial, con arreglo a la ley"

"Art. 89.- Entre los fines culturales de la República están: proteger las bellezas naturales, conservar y desarrollar el patrimonio histórico y artístico de la Nación, y apoyar la iniciativa privada para el progreso científico y artístico."

"Art. 121.18).- Además de las otras atribuciones que le confiere esta Constitución, corresponde exclusivamente a la Asamblea Legislativa: [...] 18) Promover el progreso de las ciencias y de las artes y asegurar por tiempo limitado, a los autores e inventores, la propiedad de sus respectivas obras e invenciones [...]"

En el mismo sentido diversos convenios internacionales expresan esta contradicción: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo XIII y el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 14.

El legislador se encuentra bajo una situación conflictiva al tratar de determinar la intensidad de la protección que otorgará en todo el sistema jurídico, y es posible hablar de dos tesis: una social y otra individual.

La tesis social señala que los derechos de autor y conexos tienen como principal objetivo, no recompensar a los autores por sus obras sino, más bien, promover el progreso de la ciencia y la cultura alentando a otros para acceder a estas obras y construir nuevas sobre las ideas y la información facilitada, pero asegurándole al autor la integridad de su expresión, y su paternidad. Por otro lado, la tesis individualista establece como principal objetivo de los derechos de autor y conexos recompensar económicamente a los autores por sus obras.¹⁷

La primera otorga una mayor importancia a los intereses de la sociedad compuesta por todos los usuarios de las obras creadas- frente al interés de los autores. La segunda revierte el núcleo de intereses protegidos hacia los titulares, en detrimento de la sociedad. En ambos casos, se adopta una postura radical frente al problema, inconveniente tanto para unos como para los otros. A partir de ello, se erige una postura ecléctica que se manifiesta mediante la búsqueda de un punto de equilibrio entre ambos centros de intereses. Esto significa que se aplica el principio de equilibrio para regular los intereses en conflicto.¹⁸

¹⁷ ORTIZ HERRERA (Silvia). La obra digital y el derecho de reproducción especial referencia a la copia privada [en línea], Conferencia dictada en la VI Jornadas Españolas de Documentación FESABID 1998, disponible en http://www.florida-uni.es/~fesabid98/Comunicaciones/s_ortiz.htm, [Consulta: 10 de mayo de 2001].

¹⁸ La necesidad de buscar un punto de equilibrio es compartida por ORTIZ HERRERA, *op. Cit.*; LIPSYC (Delia). Copia privada de obras fijadas en fonogramas y videogramas. Acerca de un nuevo proyecto de ley, Derechos Intelectuales, Buenos Aires, Astrea, volumen 4, 1989, p. 186; y

Esta situación debe ser tomada en cuenta al momento de analizar el marco jurídico que regula a los derechos de autor y los derechos conexos, con el fin de interpretar correctamente las normas jurídicas respectivas, porque la situación señalada se le presenta tanto al legislador constitucional como al legislador común y ninguno escapa a su debate.

La búsqueda de este punto de equilibrio por parte del legislador resulta ser una tarea difícil y delicada de realizar. El legislador constitucional, en primer lugar, decidió reconocer la vigencia de los derechos de autor y los derechos conexos a través del artículo 45 y 47:

Artículo 45.- "La propiedad es inviolable; a nadie puede privarse de la suya si no es por interés público legalmente comprobado, previa indemnización conforme a la ley. En caso de guerra o conmoción interior, no es indispensable que la indemnización sea previa. Sin embargo, el pago correspondiente se hará a más tardar dos años después de concluido el estado de emergencia.

Por motivos de necesidad pública podrá la Asamblea Legislativa, mediante el voto de los dos tercios de la totalidad de sus miembros, imponer a la propiedad limitaciones de interés social".

Artículo 47.- "Todo autor, inventor, productor o comerciante gozará temporalmente de la propiedad exclusiva de su obra, invención, marca nombre comercial, con arreglo a la ley."

Son dos las premisas fundamentales que podemos deducir de los numerales señalados. La primera es concebir a los derechos de autor y conexos

TORRES (Mónica). Las excepciones y limitaciones a los derechos de autor y conexos, [documento de texto electrónico], archivo recibido adjunto a mensaje electrónico, 20001.

como bienes comprendidos en el derecho de propiedad privada.¹⁹ El segundo es calificar a los derechos de autor y conexos como libertades públicas. Estos supuestos básicos y fundamentales nos determinan con claridad el ámbito jurídico en el cual debe girar nuestro estudio.

El concepto de propiedad constitucional es mucho más amplio que el utilizado por el Derecho Civil. Al respecto Campos afirma que la propiedad constitucional comprende todos los:

*"[...] intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, de su vida y de su libertad, con lo que todos los bienes susceptibles de valor económico o apreciables en dinero alcanzan nivel de derechos patrimoniales rotulados unitariamente como derecho constitucional de propiedad [...]".*²⁰

El mismo criterio ha mantenido la Sala Constitucional cuando ha expresado que la propiedad constitucional comprende

*"[...] todo lo que puede tener valor económico - que se integra por derechos reales, industriales, comerciales, sociales, judiciales, legales, entre nosotros [...]".*²¹

El numeral 45 de la Constitución Política señala el principio de inviolabilidad de la propiedad privada, y ello garantiza un derecho de propiedad privada en términos genéricos, sin especificar un tipo de propiedad en particular.

¹⁹ QUIROGA LAVIE, citado por NAVARRO FALLAS (Román). Derecho constitucional de propiedad privada. *Iustitia*, San José, N°171-172, marzo-abril de 2001, p. 20.

²⁰ CAMPOS citado por NAVARRO FALLAS (Román). *Op. Cit.* 20.

²¹ *Sala Constitucional*, N° 1062 de las 14 H. 56 del 7 de junio de 1991. Recurso de Amparo de C.C.F. contra Unidad Preventiva del Delito.

Por esta razón es posible hablar en doctrina de la existencia de "propiedades" y no de "propiedad". Precisamente, los derechos de autor y los derechos conexos constituyen una propiedad especial (propiedad intelectual) que se beneficia de la garantía general que otorga el artículo 45. Congruente con esta amplitud de la propiedad constitucional, el Código Civil señala en el artículo 275:

"Las producciones del talento son una propiedad de su autor, y se regirán por leyes especiales."

Lo que nos permite constatar que se le reconoce a los derechos de autor y los derechos conexos la calidad de propiedad "especial", distinta al concepto civil y, por lo tanto, reconocida en el artículo 45 de la Constitución Política.

El segundo punto que se debe señalar es que tanto la propiedad privada como los derechos de autor y los derechos conexos son libertades públicas, específicamente garantías individuales. A partir de la vinculación entre uno y otro es inminente la atribución de esta calidad a los derechos de autor y los derechos conexos.

Las libertades públicas tienen por objeto preservar ciertas áreas irreductibles de libertad, de espacios de acción, a favor de los ciudadanos frente al poder público y los terceros, donde surgen para el administrado poderes jurídicos susceptibles de hacer cumplir obligatoriamente en contra del mismo Estado y de los particulares que pretendan interferir en dichos espacios.²²

²² Al respecto puede consultarse a HERNÁNDEZ VALLE (Rubén). Las Libertades Públicas en Costa Rica, segunda edición, San José, Editorial Juricentro, 1990, pp. 15-17.

El numeral 47 de la Constitución reconoce de forma específica el derecho constitucional a la propiedad sobre las obras de creación intelectual, y que dice:

“Todo autor, inventor, productor o comerciante gozará temporalmente de la propiedad exclusiva de su obra, invención, marca, nombre comercial, con arreglo a la ley”

A partir de las normas transcritas es posible concluir que el reconocimiento expreso de los derechos de autor y los derechos conexos son derechos de rango constitucional, que adoptan la forma de garantía individual, y que, por lo tanto, deben ser desarrollados en todo el ordenamiento jurídico.

El numeral 47, *in fine*, tiene una redacción particular que ofrece algunas dudas sobre su extensión. La redacción en cuestión señala que *con arreglo a la ley* todo autor gozará temporalmente de la propiedad exclusiva de su obra. Las dudas surgen en torno al significado de la afirmación "con arreglo a la ley" porque podríamos interpretar que la protección que garantiza la ley será desarrollada por el legislador común mediante el proceso normal de aprobación de la Ley, por delegación expresa que hace el legislador constitucional. Consideramos que el legislador común no puede regular todos los aspectos sobre la protección que se le otorgará a los derechos de autor y los derechos conexos, porque existe, al menos, un contenido esencial que es intangible para el legislador común, en atención a la garantía constitucional que la Constitución Política otorga a la propiedad privada en general.

Pero, cuando el artículo señala que la protección se otorga con arreglo a la Ley, entonces se debe hacer una remisión, no a la ley común, sino al derecho supralegal que, de conformidad con el artículo 7 de la Constitución Política, está compuesto por todos los convenios internacionales que nuestro país haya ratificado. Este marco, también definirá el ámbito de acción del legislador común porque no puede modificarlo arbitrariamente.

En atención a estas consideraciones, procedemos a efectuar una exposición de los convenios internacionales, que constituyen el derecho supralegal de nuestro ordenamiento jurídico, y que regulan la materia en estudio.

2. Los derechos de autor y los derechos conexos en el ámbito infraconstitucional y supralegal.

La comprensión adecuada de los derechos de autor y los derechos conexos requiere determinar su ubicación y extensión en el complejo sistema jurídico que existe en nuestro país. Previamente se expuso la temática en el ámbito constitucional. De conformidad con la jerarquía de las fuentes procede, a continuación, ubicarnos en el ámbito posterior: el ámbito supralegal, constituido por las convenciones internacionales debidamente ratificadas por nuestro país. Al respecto, se expondrán las más importantes.

a. Los derechos de autor y los derechos conexos como derechos humanos.

Como primer perfil los derechos de autor y los derechos conexos son derechos humanos, y así se encuentra reconocido en varios convenios e instrumentos internacionales.

a.1. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre señala en el Artículo XIII dos intereses jurídicos que deben ser protegidos:

"Toda persona tiene el derecho de participar en la vida cultural de la comunidad, gozar de las artes y disfrutar de los beneficios que resulten de los progresos intelectuales y especialmente de los descubrimientos científicos. Tiene asimismo derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de los inventos, obras literarias, científicas y artísticas de que sea autor."

Este numeral reconoce la calidad de derechos humanos a los derechos de autor y los derechos conexos. Esta característica produce una serie de efectos jurídicos tendientes a lograr un efectivo reconocimiento y protección a los derechos autorales y conexos en los ordenamientos jurídicos nacionales.

Este instrumento, a su vez, reconoce dos intereses mutuamente conflictivos que deben ser protegidos: por un lado el derecho de la sociedad a acceder a la producción cultural y el derecho de los autores a obtener protección

moral y patrimonial de sus intereses legítimos sobre las obras y producciones intelectuales. A partir de este conflicto deriva el tratamiento de las limitaciones al ejercicio de los derechos patrimoniales, y que será expuesto adelante con más detalle.

a.2. Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece en el artículo 14 inciso 1.c) lo siguiente:

"1. Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen el derecho de toda persona a:

[...]

c. 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."

Esta corresponde a otra manifestación de los derechos de autor y los derechos conexos como derechos humanos de la segunda generación reconocidos en las convenciones internacionales que sobre la materia ha ratificado nuestro país. Así, podemos concluir, el Estado costarricense reconoce a los derechos de autor y los derechos conexos como derechos humanos de segunda generación, y se encuentra obligado a adoptar todas las disposiciones y medidas necesarias y suficientes para garantizar su efectiva protección.

b. Las Convenciones Internacionales sobre los Derechos de Autor y los Derechos Conexos.

En segundo lugar, los derechos de autor y los derechos conexos han sido objeto de regulación específica de tratados internacionales que establecen obligaciones a los Estados contratantes.

b.1. Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas.

El Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas constituye el instrumento de mayor amplitud y tradición internacional sobre los derechos de autor. Este Convenio fue suscrito, originalmente, el 06 de setiembre de 1886 y, posteriormente, fue objeto de varias revisiones, siendo la última revisión efectuada el 24 de junio de 1971 en París. Por medio de él los países contratantes constituyen la Unión de Berna que tiene por objeto la protección de los derechos de autor mediante la delimitación de un marco jurídico internacional mínimo que deben reconocer y respetar los Estados miembros.

Este fue ratificado por Costa Rica mediante Ley N° 6083 de 29 de agosto de 1977, y publicada en La Gaceta N° 63 del 18 de marzo de 1978. De esta forma, Costa Rica pasó a ser miembro de la Unión de Berna, con las consecuencias jurídicas respectivas.

El Convenio de Berna reconoce los derechos básicos y esenciales de los derechos morales y patrimoniales de autor. La mención de estos resulta por de

más innecesario porque al inicio del trabajo se efectuó una exposición detallada al respecto. El Estado parte de la Unión está obligado al cumplimiento de las disposiciones para la protección efectiva de los derechos de autor que señala el Convenio, *estando obligado a adoptar las medidas necesarias para asegurar su efectiva aplicación*, presumiéndose, desde su incorporación, que tiene las condiciones jurídicas necesarias y suficientes para aplicar dichas disposiciones.

b.2. Convención Universal sobre Derecho de Autor.

La Convención Universal sobre Derecho de Autor fue suscrita en Ginebra el 06 de septiembre de 1952. Esta fue promovida por la UNESCO, y la misma no fue creada para sustituir el Convenio de Berna, u otros convenios multilaterales o bilaterales, sino, tratar de reunir a los Estados que no eran parte de la Unión de Berna, y no pretendían adherirse porque no estaban en condiciones para ello. Básicamente tenía el fin de permitir la adhesión, en un primer momento, a una convención menos exigente, y posteriormente suscribieran el Convenio de Berna.

Al igual que el Convenio de Berna, ésta pretendió armonizar las legislaciones de los diferentes países no parte de la Unión, lo cual constituye una de sus características.

La Convención Universal sobre Derecho de Autor fue ratificada por Costa Rica mediante la Ley N° 5682 de 05 de mayo de 1975, pocos años previos a la ratificación del Convenio de Berna.

En relación con el tema que se expone en esta parte del trabajo, la Convención Universal sobre Derecho de Autor tiene como fin asegurar el respeto de los derechos de la personalidad humana y a favorecer el desarrollo de las letras, las ciencias y las artes mediante la protección al autor de sus derechos sobre su obra.

b.3. Convención Internacional sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión.

La Convención Internacional sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión, fue suscrita en Roma el 26 de octubre de 1961, y fue ratificada por nuestro país mediante la Ley N° 4727, de 05 de marzo de 1971.

La condición de los artistas intérpretes o ejecutantes cambió en virtud del desarrollo de la tecnología, porque su trabajo era fijado en soportes que posteriormente eran difundidos de tal forma que sustitúan sus oportunidades de trabajo.²³ Pronto iniciaron movimientos tendientes al reconocimiento de derechos intelectuales a favor de estos artistas. En el mismo sentido, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión iniciaron una lucha por el reconocimiento de derechos intelectuales que protegieran el trabajo realizado para

²³ MARIZCURRENA (Martín). La gestión colectiva en el derecho de autor y los derechos conexos. Gestión de los derechos conexos. III Congreso Internacional sobre la protección de los derechos intelectuales (del autor, el artista y el productor). Asunción, Paraguay, del 25 al 27 de marzo de 1993. OMPI/CISAC/IIDA, 1993. p. 378.

divulgar y dar a conocer las obras de los autores, y las interpretaciones o ejecuciones de los artistas. Estos derechos se van a denominar como derechos conexos o a fines a los derechos de autor, por cuanto están subordinados a estos últimos sin perjudicarlos en ningún aspecto.

Para satisfacer las necesidades planteadas por los sujetos mencionados, se suscribió la Convención de Roma, caracterizándose por la flexibilidad que ofrecía a los Estados para implementar su aplicación efectiva en sus legislaciones nacionales. Los derechos conexos no eran reconocidos por las legislaciones nacionales y, más bien, es a partir del Convenio que se desarrolla el reconocimiento y regulación por parte de los Estados, siendo lo normal el fenómeno contrario.

La Convención de Roma regula los aspectos generales y más importantes de los derechos morales y patrimoniales de los titulares de dichas producciones intelectuales: interpretaciones o ejecuciones, fonogramas, emisiones.

b.4. Acuerdo sobre los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (Acuerdo de los ADPIC).

El Acuerdo sobre los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio constituye el Anexo 1C del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (OMC). El Acuerdo de los ADPIC es obligatorio para todos los Miembros de la OMC.

Costa Rica forma parte de la Organización Mundial del Comercio al ratificar el Acuerdo de Marrakech mediante Ley N° 7475, publicado en el Alcance N° 40 a La Gaceta del 26 de diciembre de 1994. En virtud de ello, Costa Rica debe hacer efectivo el cumplimiento de las disposiciones establecidas por el Acuerdo de los ADPIC.

En atención a la relevancia económica de la propiedad intelectual en el orden económico mundial, y su participación en el comercio, en el Acuerdo de Marrakech se incluyó un Anexo relativo a los aspectos de los derechos de propiedad intelectual que tuvieran relación estrecha con el libre intercambio de mercancías en el comercio internacional. El mismo tenía como fin establecer un sistema mínimo de protección de la propiedad intelectual, de carácter uniforme, entre todos los Estados que formaran parte del comercio internacional. En virtud de ello el incumplimiento de las disposiciones del Acuerdo de los ADPIC conlleva la posibilidad de imponer sanciones de carácter comercial al Estado, en su calidad de miembro de la OMC.

En materia de derechos de autor y derechos conexos, el Acuerdo de los ADPIC efectúa, en su mayor parte, una remisión al contenido de los convenios sobre propiedad intelectual ya existentes, pero solamente en aquellos aspectos relacionados con el comercio, y cuya regulación afecte el libre intercambio de mercancías en el comercio internacional. Así, el Acuerdo de los ADPIC remite a las disposiciones del Convenio de Berna y el Convenio de Roma sobre la materia.

conexos, dentro de los cuales se encuentra la copia personal. Al efecto, realizamos una exposición sobre los aspectos más importantes de ambos temas y que nos acerca al estudio del tema central del capítulo.

Sección II. El Régimen de las Limitaciones al Ejercicio de los Derechos de Autor y los Derechos Conexos.

Como se afirmó en líneas precedentes, el objetivo de referirnos brevemente al marco general en torno a los derechos patrimoniales de autor y conexos era trazar el ámbito donde se ubica la temática de la copia personal, que nos interesa desarrollar en este capítulo.

Siguiendo esta dirección, pretendemos acercarnos más a ese ámbito específico de estudio. Por esta razón, en este apartado nos proponemos efectuar una descripción del régimen de limitaciones a los derechos de autor y los derechos conexos.

A partir del conflicto de intereses entre titulares de derechos y usuarios, debemos afirmar que se recurre, generalmente, al establecimiento de limitaciones al ejercicio de los derechos de autor y los derechos conexos. El desarrollo de este punto es especial y por ello le indicamos al lector que establezca una relación entre los derechos patrimoniales y el régimen de limitaciones que exponemos a continuación.

A. El Régimen de las Limitaciones al Derecho de Autor y los Derechos Conexos en General.

Primero, subrayemos con ahínco un aspecto: En la materia en estudio podemos separar el objeto de los derechos de autor y derechos conexos (es decir, la obra artística, literaria o científica; la interpretación; la ejecución; el fonograma o la transmisión radiodifundida) según esté protegido o no por el ordenamiento jurídico, normalmente porque el plazo de protección ya caducó y los derechos patrimoniales se han extinguido. Entonces, refiriéndonos a los derechos patrimoniales podemos hablar de obras protegidas y obras no protegidas; no haciendo lo mismo respecto a los derechos morales porque su protección, en principio, no está limitada por el tiempo.

1. Obras No Protegidas.

El análisis respecto a este tipo de obras, lo menciono para reafirmar una idea central. Las limitaciones tienen su ámbito de aplicación sobre los derechos patrimoniales que existen sobre una obra. Ello significa que las limitaciones tienen por objeto "limitar" el ejercicio de los derechos patrimoniales; y, por lo tanto, su existencia y eficacia está en función de la vigencia de dichos derechos patrimoniales.

Debemos recordar que los derechos patrimoniales, a diferencia de los derechos morales, son temporales y cumplido el plazo de protección señalado en la ley estos se extinguen, y la obra, que antes estaba en el dominio privado, pasa a ser de dominio público, y puede ser utilizada en cualquier forma sin necesidad

de mediar una autorización, expresa y previa, del titular del derecho respectivo.²⁴

Por lo tanto, si se extinguen los derechos patrimoniales el régimen de limitaciones queda sin objeto que determine su existencia. En consecuencia, respecto a las obras no protegidas por el ordenamiento jurídico resulta innecesario abordar la temática del régimen de las limitaciones.

2. Obras Protegidas

A partir de los razonamientos anteriormente desglosados se concluye, indefectiblemente, que el régimen de limitaciones a los derechos de autor y a los derechos conexos tiene su ámbito de aplicación sobre las obras que aún gozan de protección jurídica de los derechos patrimoniales -facultades exclusivas de explotación- porque este es su objeto.

Anteriormente, expusimos el punto de inicio de las limitaciones al ejercicio de los derechos patrimoniales señalando, esencialmente, que surgen a partir de la búsqueda de un equilibrio entre el interés de la sociedad a acceder a los bienes intelectuales y el interés de los autores a recibir los beneficios económicos derivados de la utilización de sus obras y producciones intelectuales.

La utilización de esta medida de establecer limitaciones al ejercicio de los derechos de autor y los derechos conexos debe estar plenamente justificada y cumplir con una serie de requisitos mínimos que se expondrán.

²⁴ Sin embargo, dicho uso siempre debe respetar los derechos morales porque poseen carácter perpetuo, según lo determina la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos, art. 13.

Hoy día existe un conjunto variado de limitaciones, pero siempre reducidas a un numerus clausus. Aquí iniciamos el desarrollo de las limitaciones a los derechos de autor y derechos conexos, de forma particular.

3. Tipología de las limitaciones

El estudio del regimen de las limitaciones a los derechos de autor y los derechos conexos debe ser expuesto a partir de una clasificación que posea algún factor que permita su separación y agrupación según cierta afinidad o nexo común.

Para abordar este tema en particular, hemos decidido utilizar como clasificación base aquella que expone la autora argentina Delia Lipszyc. Ella nos afirma en su obra que las limitaciones se distinguen en tres categorías:

- a. según la extensión en la libertad de uso;
- b. según la causa que motiva el uso; y
- c. según el ámbito de uso, de la obra.²⁵

En virtud de la extensión podemos hablar de:

- a. Utilización libre y gratuita; y
- b. Licencias no voluntarias.

Por la causa que la origina se menciona el:

- a. Interés público; e
- b. Interés privado.²⁶

²⁵ LIPSYC (Delia). Derecho de Autor y Derechos Conexos, Buenos Aires, Ediciones UNESCO/CERLALC/ZAVALIA, 1993, pp.220-225.

²⁶ Aquí, debo aclarar que la autora Delia Lipszyc no distingue entre interés público y privado.

Y por el ámbito de su uso se encuentran el:

- a. Uso personal;
- b. Uso Público;
- c. Uso privado; y
- d. Uso interno.

Siguiendo esta estructura vamos a desarrollar el tema, y en el transcurso efectuaremos los enlaces necesarios hacia la normativa nacional más relevante, con el fin de ubicar la temática en nuestro ordenamiento jurídico.

a. En virtud de la extensión

a.1. Utilización libre y gratuita.

Si bien, el titular de los derechos patrimoniales sobre una obra tiene el derecho exclusivo de autorizar o prohibir un uso determinado que se le de a su obra, existen ciertos "usos" que pueden ejecutar los usuarios sin requerir una autorización expresa del titular, y sin estar obligados a dar una remuneración económica por ello. Así, estos usos de una obra se caracterizan porque: 1. No se requiere la autorización expresa del titular y; 2. No se genera la obligación de remunerar económicamente al titular respectivo.

Un ejemplo de este tipo de limitación libre y gratuita es la copia personal que regula nuestra Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos en el artículo 74. Esta figura constituye una autorización a realizar, de forma libre y gratuita, una reproducción de una obra protegida, de forma manuscrita o mecanografiada, en un único ejemplar, sin ningún ánimo de lucro, y para uso exclusivo de la persona que realiza la copia.

a.2. Licencias No voluntarias (sujetas a remuneración).

Cuando hablamos de las licencias no voluntarias hacemos referencia, en primer lugar, a una autorización para ejercer un derecho exclusivo determinado, a partir del concepto genérico de licencia.

El propio nombre describe la forma en que opera. Es una licencia que se obtiene de manera forzosa, no voluntaria. O sea, no media la voluntad del titular para conceder la autorización. Sin embargo, ello no implica la extinción de su derecho de remuneración porque el usuario beneficiado con la licencia está en la obligación de remunerar al titular del derecho exclusivo por el uso que hace de la obra. El uso es libre pero no gratuito.

Cuando nos referimos a las licencias no voluntarias el derecho exclusivo de explotación de la obra que tiene el titular queda reducido, únicamente, a un derecho de remuneración. Esto conlleva a eliminar la facultad del titular de autorizar o prohibir el uso de su obra; pero, su derecho a recibir una remuneración económica por el uso de su obra se mantiene incólume.

Delia Lipszyc señala que el sistema de licencias no voluntarias es excepcional y aceptado, únicamente, para preservar el acceso de las obras y su difusión adecuada, respecto a determinadas utilidades y en los casos de usos masivos e incontrolables como, por ejemplo, la copia "privada"; pero, siempre deberán cumplirse, de conformidad con el Convenio de Berna, los siguientes requisitos:

- a. Únicamente pueden conferir un derecho no exclusivo;
- b. Son incesibles;
- c. No deben lesionar, en ningún caso, el derecho moral del autor;
- d. Deben asegurar una remuneración equitativa mediante la fijación de las tarifas, o el establecimiento de una instancia judicial o arbitral que las fije; y
- e. Los efectos se limitan al país que las ha establecido.²⁷

Existen dos tipos de licencias no voluntarias: las legales y las obligatorias, que a su vez pueden ser directas o indirectas.

a.2.1. Licencias Legales.

En las licencias no voluntarias de carácter legal, el ejercicio del derecho exclusivo sobre una obra es posible por disposición expresa de la ley, sin necesidad de una autorización expresa del titular, siempre y cuando se cumplan determinadas condiciones que la misma ley especifica; pero, se produce la obligación de remunerar económicamente a su titular mediante un monto que es fijado por la misma ley o la autoridad competente.²⁸

a.2.2. Licencias Obligatorias.

²⁷ LIPSZYC (Delia). Derecho de Autor y Derechos Conexos, Buenos Aires, Ediciones UNESCO/CERLALC/ZAVALIA, 1993, pp. 240-241.

²⁸ LIPSZYC (Delia). Op. Cit., pp. 240-241; y DE FREITAS (Eduardo), op. Cit., p. 10.

Por otro lado, en las licencias no voluntarias de carácter obligatorias el titular de la obra, la organización de gestión colectiva, o la autoridad competente, están obligados a conceder, si así se lo solicitan, la licencia respectiva; pero, el autor conserva el derecho de negociar con el usuario interesado las condiciones económicas. Si no se logra llegar a un acuerdo entre las partes, el monto correspondiente lo fijará la autoridad competente.²⁹

A diferencia de las licencias legales, que en virtud de la Ley autorizan directamente sin previa solicitud ni notificación, las licencias obligatorias están sujetas a una previa solicitud de concesión formal de la licencia, o al menos una notificación previa al titular del derecho de autor.³⁰

Mónica Torres explica que las licencias obligatorias fueron establecidas con el fin de otorgar, a los países en vías de desarrollo, un instrumento idóneo para acceder a las obras de autores de países desarrollados, que no eran accesibles en el país y, por lo tanto, se buscaba asegurar la circulación de las ideas cuando por algún obstáculo, de cualquier naturaleza, no era posible obtener una autorización del autor, de forma directa.³¹ Estas -agrega Torres- otorgan una autorización intransferible para reproducir o traducir obras de autores extranjeros con fines académicos, universitarios o investigativos.³²

²⁹ LIPSZYC (Delia). Derecho de Autor y Derechos Conexos, Buenos Aires, Ediciones UNESCO/CERLALC/ZAVALIA, 1993, pp. 240-241.

³⁰ Ibid.

³¹ TORRES (Mónica). Límites y excepciones al derecho de autor, Curso Centroamericano de derechos de autor y derechos conexos, CERLALC/SIECA, San José, del 17 al 21 de agosto de 1998, p. 11.

³² Ibid.

Reafirmando lo anterior, Delia Lipszyc afirma que estas licencias siempre se otorgan previa solicitud de la concesión formal o al menos de una notificación al titular del derecho de autor o a la sociedad de gestión colectiva que lo representa.³³ Sin embargo, este sistema de licencias no ha sido muy utilizado.

Es necesario destacar que el establecimiento de una utilización libre y gratuita, o una licencia obligatoria conlleva la existencia de una determinada causa de interés público que lo fundamenta. Este interés público se analiza enseguida, según el orden sistemático que se planteó en líneas anteriores.

b. Por la causa que la origina

En atención a la causa que origina el establecimiento de la limitación, se atiende al interés público o privado que fundamenta su vigencia dentro del ordenamiento jurídico. Por ello, al referirnos al tema de las limitaciones podemos, de previo, escindirlo en dos: limitaciones de interés público y limitaciones de interés privado. Esta separación es de obligada consideración porque, en virtud de las razones que se expondrán, el objeto de estudio de este trabajo se ubica dentro de las limitaciones de interés público.

Las limitaciones de interés privado se encuentran constituidas por las restricciones que el titular, libremente, impone sobre su derecho. Son

³³ LIPSZYC (Delia). Derecho de Autor y Derechos Conexos, Buenos Aires, Ediciones UNESCO/CERLALC/ZAVALIA, 1993, p. 240.

limitaciones internas al derecho, y no externas a él. Ejemplifica, claramente lo dicho, la figura de los derechos reales limitados de garantía como la hipoteca y la prenda, o los derechos reales limitados de goce como el usufructo, entendiéndolas como limitaciones que el propio titular le establece a su derecho.

Bajo este acápite, resulta interesante referirse al tema del otorgamiento de un derecho intelectual como garantía de una obligación. En los derechos de autor y conexos resulta claro que únicamente son disponibles los derechos patrimoniales, no así los morales; por lo tanto, solo respecto a ellos cabe la posibilidad de ser dados en garantía por su titular. No hay nada que lo proscriba. Sin embargo, entramos en el debate de determinar cuál figura es la idónea para aplicar a esta situación. Debemos recordar que en la doctrina se discute sobre la naturaleza jurídica los derechos intelectuales y si pueden considerarse derechos reales, en virtud del conjunto de características particulares que poseen; pero, además, ¿qué tipo de bien es? : ¿mueble? o ¿inmueble?, según la corriente de la "suma indiviso" tradicional, ello con el fin de determinar si es posible aplicar la hipoteca o la prenda.³⁴ La discusión, que para muchos pareciera sin sentido,

³⁴ En algunos aspectos, la Ley de derechos de autor y derechos conexos le otorga expresamente el carácter de bienes muebles para ciertos efectos. Así, por ejemplo, La Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos, en el Título III, titulado "Enajenación y Sucesión", Capítulo II, titulado "Sucesión", el artículo 94, se dispone:

"Para los efectos legales, las obras literarias o artísticas y las producciones conexas serán consideradas bienes muebles, aplicándose las reglas vigentes del Código Civil sobre derecho sucesorio, salvadas las disposiciones específicas de esta ley."

Este numeral deja una incertidumbre sobre el carácter mueble de los derechos de autor y conexos porque no es un artículo que pueda considerarse de carácter general, sino más bien específico de la sucesión "mortis causa". Por lo tanto, la Ley costarricense no adopta una postura dominante al respecto. La Ley de derechos de autor y derechos conexos no resuelve el asunto y deja abierta la discusión, porque si fueran bienes muebles entonces hubiera sido innecesaria la inclusión de dicho

tiene gran relevancia pero, este no es el lugar ni el momento para efectuarla. A pesar de todo, dejamos expuesta en pocas palabras la motivación para su análisis crítico.

Por otro lado, están las limitaciones de interés público. Las limitaciones a los derechos de autor y derechos conexos por causa de interés público son las más variadas porque muchas son las posibles razones que pueden surgir en el entorno social y que requieren restringir el ámbito de ejercicio de los derechos exclusivos de explotación económica de una obra para satisfacer necesidades específicas de grupos de interés, con carácter público. Hemos de señalar que la mayoría de estas situaciones conllevan, casi siempre, una utilización libre y gratuita de la obra pero, en ocasiones, este interés público puede, más bien, fundamentar una licencia no voluntaria de carácter legal u obligatoria.

Dentro de las diversas situaciones que podemos considerar y, además, tienen un uso generalizado en virtud de su amplia aceptación, vamos a citar las más importantes.

artículo. Respecto al tema, España adopta una posición en la Ley de Propiedad Intelectual, (Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de Abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia (publicado en el BOE N° 97, 22-04-1996), donde dispone:

"Artículo 53. Hipoteca y embargo de los derechos de autor.

1. Los derechos de explotación de las obras protegidas en esta Ley podrán ser objeto de hipoteca con arreglo a la legislación vigente.

2. Los derechos de explotación correspondientes al autor no son embargables, pero sí lo son sus frutos o productos, que se considerarán como salarios, tanto en lo relativo al orden de prelación para el embargo, como a retenciones o parte inembargable."

b.1. El derecho de cita.³⁵

El derecho de cita lo define Delia Lypszyc como:

*"[...] la mención de un fragmento relativamente breve de otra obra escrita, sonora o audiovisual, así como la de obras artísticas aisladas, para apoyar o hacer más inteligibles las opiniones de quien escribe o para referirse a las opiniones de otro autor de manera fidedigna."*³⁶

El derecho de cita es reconocido de forma generalizada por la mayoría de las legislaciones. Constituye un acto que se hace de forma natural cuando, por ejemplo, se utilizan, en una obra determinada, elementos ajenos al autor con el fin de fundamentar las ideas propias y, reconociendo que se hace un "uso" de una obra ajena entonces, se indica mediante cita la paternidad de aquella, con el fin de distinguir claramente entre lo propio y lo ajeno.

En el fondo, el uso que se hace de la obra ajena constituye una "reproducción". La reproducción como tal es un derecho patrimonial que se posee sobre una obra y para efectuar una reproducción total o "*parcial*" de ella se necesita la autorización expresa del titular. Pero, cuando hablamos de una "cita"

³⁵ Respecto al derecho de cita el Convenio de Berna señala las siguientes reglas:

"Artículo 10 : [Libre utilización de obras en algunos casos : 1. Citas; 2. Ilustración de la enseñanza; 3. Mención de la fuente y del autor].

1) Son lícitas las citas tomadas de una obra que se haya hecho lícitamente accesible al público, a condición de que se hagan conforme a los usos honrados y en la medida justificada por el fin que se persiga, comprendiéndose las citas de artículos periodísticos y colecciones periódicas bajo la forma de revistas de prensa.

[...]

3) Las citas y utilidades a que se refieren los párrafos precedentes deberán mencionar la fuente y el nombre del autor, si este nombre figura en la fuente. "

Y, consecuentemente, la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos regula el derecho de cita de la siguiente forma:

"Artículo 70.- Es permitido citar a un autor, transcribiendo los pasajes pertinentes, siempre que éstos no sean tantos y seguidos, que puedan considerarse como una reproducción simulada y sustancial, que redunde en perjuicio del autor de la obra original."

³⁶ LIPSYC (Delia). Derecho de Autor y Derechos Conexos, Buenos Aires, Ediciones UNESCO/CERLALC/ZAVALIA, 1993, p. 231.

nos encontramos frente a un acto necesario para la creación de otras obras donde su uso es con el fin de ilustrar, acompañar, respaldar, etc., una obra original y propia, pero de forma mínima y nunca para reproducir en su totalidad dicha obra.

Existen casos excepcionales en donde la obra que se crea es una "crítica" a otra y en esa medida, a veces, la reproducción llega a cubrir gran parte de la obra. Sin duda alguna, en estos casos, como en todos los demás, el principio de razonabilidad, proporcionalidad y de buena fe, sirven como principios rectores para la adecuada interpretación de la realidad y la justa resolución de los problemas planteados.

También, en este tema de la cita, pueden encontrarse distintos tipos de citas sea textual, de pensamiento retomado, etc.; sin embargo, a todas estas se les aplica los mismos principios que deben regir su uso: la proporcionalidad y razonabilidad del fin para el cual se utilizan, y el principio de la buena fe, que obliga a identificar debidamente el fragmento original del ajeno para evitar cualquier confusión en los lectores.³⁷

Así, el derecho a la cita constituye una limitación al derecho patrimonial de reproducción, que se establece a favor de los usuarios de las obras en perjuicio de

³⁷ Estos principios nos ayudan a resolver adecuadamente las diferentes situaciones que se pueden presentar en torno al tema porque nuestra Ley Derechos de Autor y Derechos Conexos tiene una redacción flexible al señalar que:

"Artículo 70: Es permitido citar a un autor, transcribiendo los pasajes pertinentes, siempre que éstos no sean tantos y seguidos, que puedan considerarse como una reproducción simulada y sustancial, que redunde en perjuicio del autor de la obra original."

Esta redacción nos evita acudir a fórmulas rígidas que especifican un máximo de palabras, páginas o porcentajes del total de la obra, tal y como lo regulan otros países latinoamericanos.

los intereses de los titulares respectivos. Pero, no podemos dejar de subrayar que esta limitación no es un derecho ilimitado otorgado a los usuarios, sino que existen ciertos parámetros idóneos para determinar si este derecho se utiliza en forma racional, proporcional y de buena fe, respecto a la situación que se invoca para su uso.

b.2. El uso para fines educativos.

El derecho a la educación constituye un factor que se enfrenta a los intereses de los titulares de los derechos exclusivos de explotación de una obra protegida. La educación de una Nación y el deseo por aumentar el nivel cultural de sus individuos, a menudo enfrenta a los usuarios con los titulares de esas obras. El interés público inmerso en el derecho a la educación es innegable y por ello se ha reconocido toda una variedad de limitaciones entorno a ella.

Así, tenemos la ilustración para fines educativos³⁸ que define Delia Lipszyc como:

"[...] utilización de obras en una medida mayor que las citas, o en la totalidad si se trata de obras más reducidas, a título de ilustración de la enseñanza por medio de

³⁸ Respecto a la ilustración para fines educativos el Convenio de Berna señala las siguientes reglas:

"Artículo 10 : [Libre utilización de obras en algunos casos : 1. Citas; 2. Ilustración de la enseñanza; 3. Mención de la fuente y del autor].

[...]

2) Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión y de los Arreglos particulares existentes o que se establezcan entre ellos lo que concierne a la facultad de utilizar lícitamente, en la medida justificada por el fin perseguido, las obras literarias o artísticas a título de ilustración de la enseñanza por medio de publicaciones, emisiones de radio o grabaciones sonoras o visuales, con tal de que esa utilización sea conforme a los usos honrados.

3) Las citas y utilizaciones a que se refieren los párrafos precedentes deberán mencionar la fuente y el nombre del autor, si este nombre figura en la fuente. "

*publicaciones, emisiones de radiodifusión o grabaciones sonoras o visuales, siempre que esta comunicación persiga una finalidad docente."*³⁹

Por otro lado -dice Delia Lipszyc- se autoriza a los establecimientos de enseñanza a reproducir parcialmente obras protegidas con el fin de satisfacer las necesidades de sus estudiantes incluidas en antologías o compilaciones dedicados exclusivamente para usos escolares o de enseñanza.⁴⁰ Delia Lipszyc expresa que deben cumplirse una serie de condiciones para que, por su amplitud, esta práctica no llegue a constituir un uso perjudicial a los titulares. Es por ello que, concluye la autora, este es poco aceptado.

Otro caso, presente en varias legislaciones, es la autorización que tienen las bibliotecas y los servicios de archivos para realizar reproducciones de las obras que integran sus colecciones, siempre que estén destinadas a su uso propio, el de otros entes de la misma naturaleza, o el de sus usuarios, sin fines de lucro y exclusivamente para investigación.⁴¹ El fin es preservar el ejemplar y

³⁹ LIPSYC (Delia). Derecho de Autor y Derechos Conexos, Buenos Aires, Ediciones UNESCO/CERLALC/ZAVALIA, 1993, pp. 228-229.

⁴⁰ Ibid., p. 229.

⁴¹ Ibid., p. 230. En relación con este punto la Ley de Propiedad Intelectual de España establece:
"Artículo 37. Libre reproducción y préstamo en determinadas instituciones.
1. Los titulares de los derechos de autor no podrán oponerse a las reproducciones de las obras, cuando aquéllas se realicen sin finalidad lucrativa por los museos, bibliotecas, fonotecas, filmotecas, hemerotecas o archivos, de titularidad pública o integradas en instituciones de carácter cultural o científico, y la reproducción se realice exclusivamente para fines de investigación.
2. Asimismo, los museos, archivos, bibliotecas, hemerotecas, fonotecas o filmotecas de titularidad pública o que pertenezcan a entidades de interés general de carácter cultural, científico o educativo sin ánimo de lucro, o a instituciones docentes integradas en el sistema educativo español, no precisarán autorización de los titulares de los derechos ni les satisfarán remuneración por los préstamos que realicen."

sustituirlo por alguna necesidad en particular (extravío, destrucción, inutilización, etc.).

Otro caso más, que limita los derechos exclusivos de explotación de las obras protegidas, es la posibilidad de efectuar determinadas representaciones y ejecuciones de obras en establecimientos de enseñanza.⁴² Delia Lipszyc afirma que, en ciertos casos, se autoriza la libre y gratuita representación o ejecución en los centros de enseñanza siempre que sea para fines educativos, planes y programas de estudio; pero, requiriendo que dichas representaciones o ejecuciones nunca sean difundidas fuera del lugar donde se realice y, además, la actividad sea gratuita y sin ánimo de lucro para los que interpretan o ejecutan, y para el público presente.⁴³

b.3. El uso para fines informativos.⁴⁴

⁴² La Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos, de forma armónica con el Convenio, en el Título I, Capítulo IX denominado "Excepciones a la protección", señala:

"Artículo 73.-Es libre la representación teatral y la ejecución musical, cuando se realicen en el hogar para beneficio exclusivo del círculo familiar. También lo serán cuando se realicen para fines exclusivamente didácticos, siempre que no haya ánimo de lucro ni ningún tipo de compensación económica."

⁴³ LIPSYC (Delia). Derecho de Autor y Derechos Conexos, Buenos Aires, Ediciones UNESCO/CERLALC/ZAVALIA, 1993, p. 231.

⁴⁴ El Convenio de Berna en su parte inicial, cuando determina el ámbito de aplicación del Convenio y delimita su objeto, advierte, en el artículo 2, inciso 8, lo siguiente:

"Artículo 2 : [Obras protegidas : 1. « Obras literarias y artísticas »; 2. Posibilidad de exigir la fijación; 3. Obras derivadas; 4. Textos oficiales; 5. Colecciones; 6. Obligación de proteger, beneficiarios de la protección; 7. Obras de artes aplicadas y dibujos y modelos industriales; 8. Noticias]

[...]

8) La protección del presente Convenio no se aplicará a las noticias del día ni de los sucesos que tengan el carácter de simples informaciones de prensa."

Respecto al mismo punto, la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos, de forma armónica con el Convenio, señala:

Los usos que puede tener una obra para informar a la sociedad son muchos, y muy variados; pero, constituyen un uso admitido en distintas legislaciones de Latinoamérica.

Dentro de estas posibilidades de uso pueden mencionarse las reseñas de prensa que limitan los derechos de autor respecto a los artículos publicados sobre temas de actualidad y que son difundidos por los distintos medios informativos. Respecto a estos últimos se permite su reproducción, distribución y comunicación pública, siempre y cuando se identifique: la fuente de donde se tomó y su autor, exigiendo que la utilización del artículo no haya sido objeto de reserva especial por parte de sus titulares, y que se haya hecho constar así en el origen.⁴⁵

"Artículo 67.- Las noticias con carácter de prensa informativa no gozan de la protección de esta ley; sin embargo, el medio que las reproduzca o retransmita estará obligado a consignar la fuente original de donde se tomó la información."

⁴⁵ Al respecto, el Convenio de Berna señala:

"Artículo 10bis : [Otras posibilidades de libre utilización de obras : 1. De algunos artículos y obras radiodifundidas; 2. De obras vistas u oídas en el curso de acontecimientos de actualidad]

*1) Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción por la prensa o la radiodifusión o la transmisión por hilo al público de los artículos de actualidad de discusión económica, política o religiosa publicados en periódicos o colecciones periódicas, u obras radiodifundidas que tengan el mismo carácter, en los casos en que la reproducción, la radiodifusión o la expresada transmisión no se hayan reservado expresamente. Sin embargo habrá que indicar siempre claramente la fuente; la sanción al incumplimiento de esta obligación será determinada por la legislación del país en el que se reclame la protección.
[...]"*

La Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos, de forma armónica con el Convenio, señala:

"Artículo 68.-Los artículos de actualidad, publicados en revistas o periódicos, pueden ser reproducidos, si ello no ha sido expresamente prohibido, debiendo -en todo caso- citarse la fuente de origen."

Otro ejemplo son los discursos pronunciados en público,⁴⁶ respecto de los cuales se permite su reproducción con el fin de informar sobre ellos. En algunos casos, la posibilidad se restringe únicamente a los pronunciados en ciertos lugares públicos. Pero, el autor siempre mantiene su derecho para publicar sus discursos en una compilación.

Otra situación se produce respecto a las obras implicadas en acontecimientos públicos que pueden ser utilizadas libremente para la comunicación al público cuando una determinada obra está implicada de forma casual, o de una manera accesoria, en el desarrollo de un acontecimiento del cual se informa al público, e inevitablemente debe salir en la información.⁴⁷

⁴⁶ Al respecto, el Convenio de Berna señala:

"Artículo 2bis : [Posibilidad de limitar la protección de algunas obras : 1. Determinados discursos; 2. Algunas utilidades de conferencias y alocuciones; 3. Derecho de reunir en colección estas obras]

1) Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de excluir, total o parcialmente, de la protección prevista en el artículo anterior a los discursos políticos y los pronunciados en debates judiciales.

2) Se reserva también a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de establecer las condiciones en las que las conferencias, alocuciones y otras obras de la misma naturaleza, pronunciadas en público, podrán ser reproducidas por la prensa, radiodifundidas, transmitidas por hilo al público y ser objeto de las comunicaciones públicas a las que se refiere el Artículo 11bis, 1) del presente Convenio, cuando tal utilización esté justificada por el fin informativo que se persigue.

3) Sin embargo, el autor gozará del derecho exclusivo de reunir en colección las obras mencionadas en los párrafos precedentes. "

Por otro lado, la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos señala:

"Artículo 69.-Pueden publicarse en la prensa, radio y televisión periódica, sin necesidad de autorización alguna, los discursos pronunciados en las asambleas deliberadas o en reuniones públicas, así como los alegatos ante los tribunales de justicia; sin embargo, no podrán publicarse en impreso separado o en colección, sin el permiso del autor."

⁴⁷ Al respecto, el Convenio de Berna señala:

El último caso que podemos encontrar es la posibilidad de difundir libremente el retrato de una persona cuando se relaciona con fines científicos, didácticos o con hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieren desarrollado en público.⁴⁸

b.4. El uso para efectos legales.

En ciertos países se autoriza la libre utilización de obras protegidas cuando estas reproducciones tienen como fin ser utilizadas en algún proceso legal, sea en el ámbito jurisdiccional o administrativo.⁴⁹ Este uso se encuentra fundamentado en el fin mismo al cual está destinada la reproducción, como medio para ayudar y facilitar la administración de la justicia.

"Artículo 10bis : [Otras posibilidades de libre utilización de obras : 1. De algunos artículos y obras radiodifundidas; 2. De obras vistas u oídas en el curso de acontecimientos de actualidad]

[...]

2) Queda igualmente reservada a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de establecer las condiciones en que, con ocasión de las informaciones relativas a acontecimientos de actualidad por medio de la fotografía o de la cinematografía, o por radiodifusión o transmisión por hilo al público, puedan ser reproducidas y hechas accesibles al público, en la medida justificada por el fin de la información, las obras literarias o artísticas que hayan de ser vistas u oídas en el curso del acontecimiento. "

⁴⁸ La Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos, de forma armónica con el Convenio, señala:

Artículo 76.-La publicación del retrato es libre, cuando se relaciona con fines científicos, didácticos o culturales en general, o con hechos o acontecimientos de interés público, o que se hubieran desarrollado en público.

⁴⁹ La Ley de Propiedad Intelectual de España dispone sobre el punto:

"Artículo 31. Reproducción sin autorización.- Las obras ya divulgadas podrán reproducirse sin autorización del autor y sin perjuicio en lo pertinente, de lo dispuesto en el artículo 34 de esta Ley, en los siguientes casos:

1. Como consecuencia o para constancia en un procedimiento judicial a administrativo.

[...]"

b.5. Las fijaciones efímeras.

Según Delia Lipszyc, son libres las reproducciones de obras que son realizadas por los organismos de radiodifusión mediante sus propios medios, para facilitar la programación de sus propias emisiones. Son efímeras porque su finalidad es usarlas en un periodo temporalmente breve y después deben ser destruidas.

b.6. El uso para razones de índole humanitaria.

Esta posibilidad entraña el uso de obras protegidas para su reproducción o transformación a un lenguaje que permita su conocimiento y percepción por personas invidentes, o con alguna limitación física, siempre que sea sin fines de lucro y se trate de una obra publicada con autorización del autor.⁵⁰

b.7. El uso de obras artísticas situadas en lugares públicos.

Las obras artísticas situadas en lugares públicos, y que sean propiedad del Estado, hace posible su reproducción de forma libre y gratuita.⁵¹

⁵⁰ Un ejemplo de ello lo presenta la Ley de Propiedad Intelectual de España, que expresa:

*"Artículo 31. Reproducción sin autorización.
Las obras ya divulgadas podrán reproducirse sin autorización del autor y sin perjuicio en lo pertinente, de lo dispuesto en el artículo 34 de esta Ley, en los siguientes casos:
[...] 3. Para uso privado de invidentes, siempre que la reproducción se efectúe mediante el sistema Braille u otro procedimiento específico y que las copias no sean objeto de utilización lucrativa."*

⁵¹ La Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos, de forma armónica con el Convenio, señala:

"Artículo 71.-Es lícita la reproducción fotográfica, o por otros procesos pictóricos, de las estatuas, monumentos y otras obras de arte, adquiridos por el poder público, expuestos en las calles, jardines y museos."

b.8. Ejecución de música grabada y recepción de transmisiones de radiodifusión en los establecimientos comerciales del ramo con fines demostrativos.⁵²

Este caso comprende a los establecimientos comerciales cuya principal actividad comercial es la venta de aparatos electrodomésticos receptores de señales de radiodifusión, como televisores o radios, y/o fonogramas, porque para efectos de su comercialización requieren efectuar demostraciones de la mercancía y, por ello, la recepción de las señales y la ejecución de los fonogramas son accesorios a la actividad principal.

b.9. El uso de obras para imitaciones y parodias .

La posibilidad de usar libremente una obra para crear, a partir de ella, una imitación o una parodia es una limitación existente en algunas legislaciones; sin embargo, esta no puede constituir una reproducción de la obra originaria ni llegar a confundirse con ella.⁵³

⁵² La Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos, de forma armónica con el Convenio, señala:

"Artículo 72.-Es libre la ejecución de fonogramas y la recepción de transmisiones de radio o televisión, en los establecimientos comerciales que venden aparatos receptores electrodomésticos o fonogramas, para demostración a su clientela."

⁵³ Nuestro ordenamiento no regula a la parodia; sin embargo, y a modo de ejemplo, la Ley de Propiedad Intelectual de España comprende este uso, de la siguiente forma:

"Artículo 39. Parodia.- No será considerada transformación que exija consentimiento del autor la parodia de la obra divulgada, mientras no implique riesgo de confusión con la misma ni se infiera un daño a la obra original o a su autor."

b.10. Representaciones y ejecuciones, privadas y gratuitas.⁵⁴

La última de las limitaciones que mencionamos es la posibilidad de hacer un uso libre y gratuito de una obra protegida mediante la representación y ejecución en forma privada y gratuita, dentro de los círculos familiares.

Al final de este apartado queremos señalar un rasgo importante que se encuentra en la mayoría de las limitaciones descritas. La mayoría de los supuestos limitan el ejercicio del derecho exclusivo de reproducción. Si bien, en algunos casos, se limita el derecho de comunicación pública, de transformación, o algún otro, la mayoría versa sobre el derecho a reproducir la obra de forma libre y gratuita.

Efectuada esta exposición sobre las limitaciones más importantes y conocidas se puede concluir que muchas son las situaciones que pueden llegar a revestir el carácter de interés público, y su valoración se encuentra determinada, en definitiva, por el conjunto de factores sociales, económicos, políticos, culturales, religiosos, etc., predominantes, según el espacio y tiempo en que nos ubiquemos.

⁵⁴ La Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos, de forma armónica con el Convenio, señala:

"Artículo 73.-Es libre la representación teatral y la ejecución musical, cuando se realicen en el hogar para beneficio exclusivo del círculo familiar. También lo serán cuando se realicen para fines exclusivamente didácticos, siempre que no haya ánimo de lucro ni ningún tipo de compensación económica."

c. Por el ámbito de su uso

En atención al ámbito en que las obras pueden ser usadas se distingue entre cuatro tipos: 1. Uso personal; 2. Uso Público; 3. Uso privado y; 4. Uso interno. Sin embargo, debemos admitir que los límites entre uno y otro son muy difíciles de determinar y su calificación atiende más a casos concretos.

El *uso personal* implica el uso individual y exclusivo que hace la persona de la obra, sin salir de su esfera estrictamente personal. El *uso privado*, si bien incluye el uso individual de una obra, además comprende el uso para fines comunes de un determinado círculo de personas. El *uso público* enfatiza la posibilidad de estar disponible para ser utilizada por cualquier persona. El *uso interno* se considera como fronterizo entre el uso público del uso privado por lo que se denomina uso "semipúblico o uso semiprivado", pero atiende al uso efectuado en las empresas u organizaciones para la distribución de los ejemplares entre las personas que laboran en ella, sin exceder los límites organizativos internos; es decir, no existe el fin de distribuirlos a personas ajenas a la empresa.

La copia personal se caracteriza por el uso personal a que está dedicada la copia, libre y gratuita, de una obra protegida, de forma manuscrita o mecanografiada, en un único ejemplar, sin ningún ánimo de lucro, y para uso exclusivo de la persona que realiza la copia. Sin embargo, el estudio particular de esta figura se realizará en la siguiente sección.

B. Principios Rectores del Régimen de Limitaciones a los Derechos de Autor y Conexos.

En la materia que tratamos, la regla principal es la protección de los intereses morales y patrimoniales de los derechos de autor y conexos. Sin embargo, hay ciertos intereses de carácter colectivo que merecen protección y, por ello, surge el establecimiento de las limitaciones al ejercicio de los derechos patrimoniales. Este apartado tiene como fin señalar los principales parámetros que regulan el establecimiento e interpretación de las limitaciones a los derechos de autor y los derechos conexos.

La posibilidad de establecer estas limitaciones constituye una excepción a la regla y, por ello, debe mediar un interés público que justifique su existencia. Existen reglas que regulan esta situación y deben ser consultadas para que la "excepción" no produzca efectos nugatorios del derecho.

1. El Convenio de Berna y "*la prueba de las tres fases*".

El Convenio de Berna establece una serie de excepciones o limitaciones, unas de carácter obligatorias y otras optativas, en los campos docentes e informativos, por ejemplo. Pero en el artículo noveno, inciso segundo, señala lo que en doctrina se denomina "*la prueba de las tres fases*" o "*usos razonables*".⁵⁵

⁵⁵ La denominación de "usos honrados" es utilizada por ejemplo por ANTEQUERA PARILLI (Ricardo), Derecho de Autor, Tomo I, Caracas: Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual/Dirección Nacional del Derecho de Autor, segunda edición, 1998p. 460. Así mismo, el Reglamento de Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos, cuya redacción estuvo a cargo del mismo Dr. Antequera, dispone en el artículo 3 de definiciones que los "usos honrados" son los que no interfieren con la explotación normal de la obra ni causan un perjuicio irrazonable a los intereses legítimos del autor. Consideramos que esta denominación no es la más idónea porque

"Artículo 9 : [Derecho de reproducción : 1. En general; 2. Posibles excepciones; 3. Grabaciones sonoras y visuales].

1) Los autores de obras literarias y artísticas protegidas por el presente Convenio gozarán del derecho exclusivo de autorizar la reproducción de sus obras por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma.

2) Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras en determinados casos especiales, con tal que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

3) Toda grabación sonora o visual será considerada como una reproducción en el sentido del presente Convenio."(lo resaltado es nuestro).

El artículo 9.1 del Convenio de Berna establece claramente que todos los Estados miembros de la Unión de Berna deben otorgar a los autores de una obra el derecho patrimonial de reproducción sobre ella "por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma"; y al efecto nos basta con remitir a lo dicho, anteriormente, cuando tratamos el tema de los derechos patrimoniales de los derechos de autor y los derechos conexos.

El reconocimiento de este derecho de reproducción constituye una regla que debe ser respetada; sin embargo, el artículo 9.2 establece una excepción a dicha regla. Este último faculta a los Estados miembros a permitir la reproducción

es incompleta: contiene dos elementos de los tres que se encuentran regulados en el Art. 9 del Convenio de Berna; podríamos admitir su uso "correcto" si se toma dicha insuficiencia. Por otro lado, Silvia Ortiz Herrera utiliza la denominación "prueba de las tres fases", la cual parece ser más completa para referirse a lo dispuesto por el art. 9 del Convenio de Berna, en La obra digital y el derecho de reproducción: especial referencia a la copia privada, en IV Jornadas Españolas de Documentación FESABID 98, en línea, accesible en http://www.florida-uni.es/~fesabid98/Comunicaciones/s_ortiz.htm, accesado el 10 de mayo de 2001. Hemos optado por emplear este último término porque consideramos que es el más adecuado.

de las obras protegidas, pero siempre y cuando se cumplan tres requisitos, a saber:

1. *Que exista una situación especial;*
2. *Que la reproducción no afecte la explotación normal de la obra;*
3. *Que no cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.*

Si bien, la norma no lo menciona, dicha reproducción se permite sin requerir autorización previa del titular respectivo, y sin efectuar una remuneración económica por ello. Ello, es congruente, primero, con la estructura de la norma que al inicio establece una regla y enseguida sienta una limitación a la eficacia de la primera; y, segundo, con la finalidad de los anteriores tres requisitos, cuya redacción nos permite interpretar que pretende prescindir de la autorización del titular para reproducir una obra.

Rogel Vide menciona una interpretación auténtica del artículo 9.2 del Convenio de Berna, que se encuentra en la explicación del Informe de la Conferencia Diplomática para la revisión del Convenio de Berna celebrada en Estocolmo, y que dice lo siguiente:

"Si se considera que la reproducción entra en conflicto con la explotación normal de la obra, la reproducción no se permite en absoluto. Si se considera que la reproducción no entra en conflicto con la explotación normal de la obra, el siguiente paso sería considerar si no causa un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor. Sólo si tal no fuese el caso, sería

posible, en ciertos casos especiales, introducir una licencia obligatoria o prever la utilización gratuita." ⁵⁶

La disposición del Convenio de Berna, artículo 9.2 constituye una facultad otorgada a los Estados, y no constituye una obligación, porque tiene carácter optativo. En consecuencia, se confirma que la regla es: el respeto al libre y exclusivo ejercicio del derecho de reproducción que tiene el titular sobre una obra protegida por los derechos de autor y conexos; y, solo mediante disposición expresa del Estado, podrá establecerse una limitación para su ejercicio, ya sea a través de una licencia no voluntaria o la utilización gratuita, pero siempre y cuando se cumpla con los tres requisitos señalados.

Lo expuesto evidencia la necesidad de que el legislador efectúe una labor intelectual suficiente para fundamentar el establecimiento de una limitación que afecte el derecho de reproducción de los titulares de derechos de autor y conexos.

En otros convenios internacionales, ratificados debidamente por Costa Rica, se siguen las reglas sentadas por el Convenio de Berna. Esto ratifica y consolida la validez de la "prueba de las tres fases".

El Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor contempla la prueba de las tres fases como un requisito necesario que debe cumplirse para ponderar la licitud

⁵⁶ Memorándum O.M.P.I., p. 64, parágrafo 79, citado por ROGEL VIDE. La copia privada de obras literarias y su régimen jurídico, Revista de Derecho Privado, Madrid, Febrero de 1997, p. 88.

o no del establecimiento de una limitación al derecho de reproducción. Esto confirma su validez.

El Acuerdo de los ADPIC, sí incluye de forma expresa la prueba de las tres reglas, respecto a los derechos de autor; y, en cuanto a los derechos conexos se establece que los Estados miembros pueden crear las limitaciones correspondientes en la medida permitida por el Convenio de Roma.

En el Convenio de Roma no se mencionan expresamente la prueba de las tres fases, y únicamente se limita a enumerar, en una lista taxativa, las limitaciones autorizadas. Sin embargo, ello no impide la aplicación de la prueba de las tres fases a los derechos conexos porque el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, mucho más reciente, sí la incluye en su articulado.

Respecto al Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas hay un aspecto muy importante de resaltar, y es que, su aprobación, fue acompañada de una declaración de la Conferencia Diplomática señalando que dichos instrumentos eran aplicables a todo el entorno digital. Por esta razón se les denomina como los "Tratados Internet de la OMPI", y mantiene la vigencia de la prueba de las tres fases.

2. La Prueba de las Tres Fases.

En virtud de la importancia de la prueba de las tres fases, y su obligatoriedad por parte de los Estados miembros de la Unión de Berna y de la Organización Mundial del Comercio, esta merece una particular explicación sobre los elementos que la componen a efecto de exponer aspectos muy importantes respecto al régimen de las limitaciones de los derechos de autor y conexos.

a. Una situación especial.

Este requisito confirma el carácter de excepcional que poseen las limitaciones a los derechos patrimoniales de autor y conexos al exigir que solamente ante una "situación especial" sea posible introducir una limitación al derecho exclusivo de reproducción. Por lo tanto, no toda situación fáctica puede servir de sustento para su implementación sino que, más bien, esta debe ser "especial".

La expresión "situación especial" constituye un concepto jurídico indeterminado porque su contenido no se determina en la norma misma, ni en el resto del cuerpo que la contiene, y este deberá ser determinado en cada caso concreto. Pero, esta determinación resulta ser complicada porque son muchas las variables que podemos introducir en una situación dada para obtener ese carácter de "especial", lo que dificulta la labor del legislador para prever *a priori* dicha situación especial y fijarla en la norma. Este problema introduce el riesgo, innecesario, de crear una norma tan amplia o tan estrecha que provoque muchas injusticias y rompa el principio de equilibrio entre los intereses que se pretenden

conciliar. El uso de este concepto jurídico indeterminado constituye, junto con los restantes parámetros, una herramienta jurídica útil que permite la adaptabilidad de la norma a la realidad social, a través del tiempo.

b. No afectar la explotación normal de la obra.

El presente señala que la reproducción que se efectúa al amparo de aquella situación especial, no puede afectar, negativamente, la "explotación normal" que el titular del derecho de reproducción hace de la obra. Este requisito es una manifestación de la protección al ámbito patrimonial del titular afectado; y es lógico, por cuanto el objeto afectado con dicha limitación es un bien patrimonial: el derecho exclusivo de reproducción.

Aquí, nos encontramos nuevamente con un concepto jurídico de carácter indeterminado: "explotación normal". Determinar el significado preciso y concreto de la expresión "explotación normal" obliga a preguntarse si se refiere a la forma en que "normalmente" esa persona "explota" la obra, en un momento determinado; o es la explotación que normalmente se produciría respecto a la obra, si el titular la explotara, aunque no lo esté haciendo. En cuanto a este punto, Claude Masouye explica el punto de la siguiente manera:

"[...] Es un hecho que las novelas, los libros escolares, etc., son explotados normalmente mediante su impresión y su venta al público. Esta disposición [...] no permite que los países de la Unión admitan que pueda procederse a tales operaciones (por ejemplo, al amparo de licencias obligatorias), ni siquiera remunerando al titular del derecho de autor."⁵⁷

⁵⁷ CLAUDE MASOUYE citado por ROGEL VIDE, *op. Cit.*, p. 87.

En consecuencia, dentro de las dos situaciones planteadas anteriormente, este autor se inclina por la segunda, atendiendo a la forma en que normalmente la obra se explota en el mercado, sin que interese si en el momento se explota de esa manera. Esta posición es correcta si se piensa que siendo esa la forma de explotación normal de la obra, previsiblemente el titular estará explotándola de esa manera o estará realizando las negociaciones idóneas tendientes a ello; entonces, no sería lógico sancionarlo limitando su derecho. Recordemos que los requisitos se establecen para proteger los intereses patrimoniales del titular respectivo y, en ese sentido, debe interpretarse la norma.

Evidentemente, la determinación de su significado concreto resulta difícil, y al final, casuística.

c. No causar un perjuicio injustificado

Dentro de este postulado encontramos varios elementos importantes. El primero es la producción de un perjuicio no justificado, y el segundo es la afectación a los intereses legítimos del autor.

Esta última regla nos obliga a investigar cuales son los intereses legítimos que tiene el autor, o el respectivo titular, respecto a su obra. Pero, sin duda alguna, dentro del término "intereses legítimos" debemos incluir todos los intereses de carácter moral y patrimonial del autor. En definitiva, será una labor casuística.

Al analizar el "perjuicio injustificado" se introduce una necesaria vinculación con otros principios generales del derecho que encuentran una directa aplicación a la temática en estudio. Estos corresponden al principio de proporcionalidad, de razonabilidad, y el principio de buena fe.

No causarle al titular del derecho de reproducción un "perjuicio" conlleva a actuar de buena fe, porque el principio de buena fe implica actuar de forma tal que no se le cause ningún perjuicio a la otra persona. Por otro lado, calificar el sustantivo "perjuicio" con el adjetivo "injustificado" nos lleva a introducir los principios de proporcionalidad y razonabilidad. Estos últimos principios forman parte indispensable del Estado de Derecho, que forman parte del principio de la prohibición de exceso:

*"[...], el principio de prohibición del exceso señala que las intervenciones legislativas en el ámbito de la esfera privada sólo son admisibles en la medida en que siendo indispensables para la tutela de los intereses públicos sean además a) idóneas, b) necesarias y c) proporcionadas."*⁵⁸

Respecto a la idoneidad, el Dr. Rivero nos dice que significa que los medios utilizados por el legislador deben ser "razonablemente adecuados" para alcanzar el fin perseguido con la ley. El carácter de necesario -continúa diciendo el Dr. Rivero- implica que "[...] el fin legislativo no puede ser realizado de una manera menos gravosa para la persona."⁵⁹ Y por último,

⁵⁸ RIVERO SÁNCHEZ (Juan Marcos). Curso de Derecho Privado I: Responsabilidad Civil. Primera edición, San José, Ediciones Jurídicas Areté, 1999, p. 281.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 281.

*"[...] se requiere que el peso de los deberes que se hacen recaer sobre los ciudadanos como consecuencia de la intervención legislativa esté en relación de razonable proporcionalidad con las ventajas que se derivan para ellos merced a la intervención del legislador. Si la medida resulta "inexigible", "desproporcionada" o "excesiva" es, de conformidad con este criterio, contraria a la constitución."*⁶⁰

Así, el Dr. Rivero afirma:

*"[...] puede decirse que el referido principio obliga a la observancia de una razonable relación medio-fin, sobre todo en aquellos aspectos que tienen que ver con la limitación de los derechos fundamentales."*⁶¹

En consecuencia, los principios de buena fe, razonabilidad y proporcionalidad son principios generales del derecho que pueden ser aplicados al momento de crear e interpretar, correctamente, las distintas limitaciones a los derechos de autor y conexos. Estos, junto con la "prueba de las tres fases" regulada en los convenios internacionales, son principios rectores del régimen de limitaciones, que resultan vinculantes para el Estado costarricense en la materia que tratamos.

3. Vinculatoriedad de la Prueba de las Tres Fases.

El Convenio de Berna constituye el instrumento jurídico de mayor tradición sobre la materia de derechos de autor y derechos conexos. Mediante este, se constituye la Unión de Berna para la protección efectiva de los intereses morales y patrimoniales de los respectivos titulares de derechos de autor y conexos.

⁶⁰ Ver RIVERO SÁNCHEZ, *op. cit.*, pp. 281-282.

⁶¹ *Ibid.*, p. 281.

Nuestro país ratificó el Convenio de Berna mediante ley número 6083 del 29 de agosto de 1977.

Otro convenio internacional de gran relevancia es el Acuerdo 1C conocido como el Acuerdo sobre los Aspectos de los derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio, que forma parte integrante del Acuerdo de Marrakech por medio del cual se constituye la Organización Mundial del Comercio, y que fue ratificado por nuestro país mediante Ley N° 7475, publicado en el Alcance N° 40 a La Gaceta del 26 de diciembre de 1994. Este convenio remite a las principales disposiciones del Convenio de Berna como parte integrante del Acuerdo constitutivo de la O.M.C. y vincula a todos sus Estados miembros para su efectivo cumplimiento que, de lo contrario, conlleva el establecimiento de fuertes sanciones comerciales de carácter internacional.

De conformidad con nuestra Constitución Política, artículo 7, los convenios internacionales debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa tendrán, desde su promulgación, o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes. Esto constituye un derecho supralegal, pero infraconstitucional, que, de conformidad con el principio de regularidad jurídica y del respeto a la jerarquía de las normas, debe ser respetado por todo el ordenamiento jurídico.

Así, todo desarrollo legislativo, administrativo y judicial debe ser congruente con las disposiciones básicas y fundamentales establecidas por el derecho de la constitución, y por el derecho supralegal existente.

De conformidad con las premisas señaladas, si la Constitución Política otorga rango supralegal a las convenciones internacionales debidamente ratificadas por la Asamblea Legislativa, y si el Convenio de Berna y el Acuerdo sobre los ADPIC son convenios internacionales debidamente ratificados por la Asamblea Legislativa, entonces estos instrumentos tienen rango superior a las leyes.

En consecuencia, la "*prueba de las tres fases*", inserta en el artículo 9.2 del Convenio de Berna, tiene un rango supralegal vinculante para el Estado costarricense, que debe ser respetada al momento de establecer e interpretar las posibles limitaciones a los derechos de autor y los derechos conexos que se pretendan incorporar al ordenamiento jurídico, so pena de ser declaradas inconstitucionales y hacer incurrir al Estado en responsabilidad internacional.

4. El artículo 45 de la Constitución Política.

En atención a la potestad del legislador para establecer limitaciones a los derechos de autor y los derechos conexos, como ya vimos, se erigen límites que tienen el objetivo de evitar el abuso de dicha potestad, en perjuicio de los legítimos intereses de los titulares y los usuarios.

La prueba de las tres fases, el principio de razonabilidad, proporcionalidad y de buena fe, constituyen unos de los límites que mencionamos. Pero uno más puede ser incluido a la lista. Este límite se desprende del párrafo segundo del artículo 45 de la Constitución Política, y que dice así:

Artículo 45.- "La propiedad es inviolable; a nadie puede privarse de la suya si no es por interés público legalmente comprobado, previa indemnización conforme a la ley. En caso de guerra o conmoción interior, no es indispensable que la indemnización sea previa. Sin embargo, el pago correspondiente se hará a más tardar dos años después de concluido el estado de emergencia.

Por motivos de necesidad pública podrá la Asamblea Legislativa, mediante el voto de los dos tercios de la totalidad de sus miembros, imponer a la propiedad limitaciones de interés social." (lo resaltado es nuestro)

El numeral 45 de la Carta Magna tiene una estructura que se compone de dos partes. La primera constituye la regla del principio de la inviolabilidad de la propiedad privada; y la segunda, es la excepción a la regla y está integrada por las privaciones y limitaciones.

El principio de inviolabilidad de la propiedad privada es la regla y constituye materia de reserva constitucional; en consecuencia, solo por esa vía es posible efectuar modificaciones. Por otro parte, las excepciones a este principio son materia de reserva legal cuando señala que a nadie puede privarse de su propiedad si no es por interés público legalmente comprobado, y que por motivos de necesidad pública la Asamblea Legislativa puede, mediante el voto de los dos tercios de la totalidad de sus miembros, imponer a la propiedad limitaciones de interés social.

Esta disposición, que engloba a los derechos de autor y los derechos conexos como propiedad especial, obliga al legislador a aprobar mediante el voto de los dos tercios de la totalidad de sus miembros (mayoría calificada) toda ley

que limite el ejercicio de los derechos morales y patrimoniales de los derechos de autor y los derechos conexos. Esta constituye una garantía que limita formalmente la potestad del legislador en favor de los titulares de derechos.

Interesa afirmar que a partir de la regla del artículo 45 constitucional puede derivarse que el derecho constitucional de propiedad privada conlleva el reconocimiento de un contenido esencial del derecho. El contenido esencial de un derecho subjetivo es definido por la jurisprudencia constitucional española como:

"[...] aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose [...]" -y agrega que- es "[...] aquella parte del contenido de derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificulten más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección."⁶²

A su vez, el contenido esencial se encuentra compuesto por un elemento material y otro formal. El elemento material se compone de un interés jurídicamente protegido que constituye la libertad respecto a un bien patrimonial - recordamos el carácter de libertad pública del derecho de propiedad privada; y de un conjunto de facultades para la satisfacción del interés jurídicamente protegido. Por último, el elemento formal está constituido por el espacio jurídico de protección

⁶² Sentencia del Tribunal Constitucional Español del 8 de abril de 1981, citado por citado por NAVARRO FALLAS (Román), *op cit.*, p. 21.

dentro del cual el titular del derecho puede ejercer y desarrollar las facultades que son inherentes al contenido esencial.

El contenido esencial es intangible al legislador, no puede disponer de este porque su restricción implica negar la protección jurídica constitucional mínima del derecho, significa dejar sin contenido al derecho y hacerlo impracticable. Por esta razón, este aspecto constituye materia de reserva constitucional, negada al legislador. El legislador puede desarrollar el derecho y su contenido esencial, pero siempre en beneficio, y puede limitarlo en el tanto y en el cuanto no afecte el contenido esencial.

La materia reservada a la ley es precisamente la posibilidad de imponer limitaciones al derecho. Esta facultad debe ser ejercida por el legislador bajo el sometimiento a la misma Constitución Política, y los límites que esta le impone. Así, debe respetar los principios de razonabilidad, proporcionalidad, igualdad, "pro homine" y "pro libertatis".

Se desprende que existe un contenido esencial y otro accidental al derecho, que precisa ser distinguido al momento de determinar si una determinada limitación establecida por el legislador afecta o no el derecho como tal, más allá de lo permitido por la Constitución Política.

Toda esta exposición puede extenderse al momento de estudiar los derechos de autor y los derechos conexos, y debe efectuarse cuando nos

ubicamos, específicamente, en el tema de las limitaciones a estos derechos. Así, el punto que nos debe preocupar ahora es determinar cuál es el contenido esencial de los derechos de autor y los derechos conexos.⁶³ Los derechos de autor y los derechos conexos tienen un contenido esencial compuesto en atención a su doble naturaleza: moral y patrimonial. Por lo tanto, debemos determinar un contenido esencial de carácter moral y otro de carácter patrimonial.

Respecto a los derechos morales, debemos decir que las legislaciones nacionales presentan diferencias respecto a su reconocimiento porque el catálogo, en muchos casos, no es uniforme. Algunas reconocen más derechos morales que otros y regulan su vigencia y ejercicio en formas distintas. Sin embargo, existen dos derechos que, de forma mayoritaria, son reconocidos en los convenios internacionales, las legislaciones nacionales y la doctrina: son los derechos de paternidad e integridad.

El contenido esencial de carácter moral se encuentra constituido por el derecho de paternidad y el derecho de integridad. Consideramos que ambos

⁶³ En esta discusión creemos irrelevante referirnos a la determinación de si la constitución establece o no el contenido esencial de los derechos que nos ocupan, o más bien su determinación se la dejó al legislador común. Hacemos eco de lo dicho por el maestro ORTIZ cuando dijo: "*La Constitución, al garantizar su inviolabilidad, está necesariamente garantizando un contenido mínimo de poderes y facultades inherentes a esa propiedad, con vistas de ese fin, reproductivo y multiplicador de la riqueza.*" Expropiación, limitación de interés social y sacrificio indemnizable de la propiedad privada, *La propiedad*, San José, 1983, p.405. Además, al garantizar su inviolabilidad, como un efecto de su carácter como libertad pública, está restringiendo el ámbito de influencia del Poder Legislativo y ello solamente es posible mediante una formulación supralegal, lo cual significa que el contenido esencial de los derechos de autor y los derechos conexos tiene rango constitucional; entonces, debemos determinar cuál es ese contenido mínimo. Admitir lo contrario nos lleva a aceptar que el legislador al definir el contenido esencial puede variarlo de forma arbitraria y nunca incurriría en la prohibición constitucional que hemos señalado.

derechos son básicos y esenciales, y constituyen los derechos morales mínimos que pueden gozar los titulares de derechos autorales y conexos, no siendo admisible la imposición de limitaciones que los restrinjan.

Respecto a los derechos patrimoniales la determinación del contenido esencial parece ser más complicada. A diferencia de los derechos morales cuyo reconocimiento está sometido a una lista taxativa, los derechos patrimoniales no están sometidos a un *numerus clausus*, y toda enumeración es ejemplificativa.

Los derechos patrimoniales corresponden al derecho de carácter exclusivo que tiene el autor de autorizar o prohibir cualquier forma, conocida o por conocerse, de explotación económica de su obra. En el fondo, el reconocimiento de los derechos patrimoniales protege la esfera económica del derecho, y ello conlleva a señalar que el contenido esencial de los derechos patrimoniales se reduce a un derecho de remuneración económica. Es posible aceptar la limitación de la potestad, del titular del derecho, a autorizar o prohibir cualquier forma, conocida o por conocerse, de explotación económica de su obra, pero no es posible admitir la limitación de su legítimo derecho a obtener una remuneración económica por la explotación de la obra.

En conclusión, consideramos que el contenido esencial de los derechos de autor y los derechos conexos tiene una composición compuesta en atención a su naturaleza moral y patrimonial. El contenido esencial de carácter moral se encuentra constituido por el derecho de paternidad y el derecho de integridad; y el

contenido esencial de los derechos patrimoniales se reduce a un derecho de remuneración económica.

Este contenido esencial complejo de los derechos de autor y los derechos conexos constituye un límite a la potestad del legislador de establecer limitaciones al ejercicio de los derechos patrimoniales.

Sección III. La Copia Personal como Limitación al Derecho Patrimonial de Reproducción.

En esta sección efectuaremos un análisis de la copia personal como limitación al derecho patrimonial de reproducción. Nuestro objetivo es determinar la insuficiencia de la regulación normativa nacional para proteger satisfactoriamente los derechos de autor y los derechos conexos; y para ello tomamos el único artículo de la Ley de Derechos de Autor y los Derechos Conexos que regula la copia personal de obras protegidas.

Se expondrán aspectos generales de la copia personal con el fin de introducir al lector a la comprensión del tema; y posteriormente se analizará, con detalle, el artículo 74 de la Ley. Después hablaremos sobre la insuficiencia de la norma para asegurar una protección adecuada al derecho de reproducción, y frente a la cual otros sistemas han optado por adaptar la figura a los nuevos retos tecnológicos.

Por último, se describirán las características más importantes del sistema de remuneración compensatoria por copia personal como un instrumento eficaz para regular la actividad reproductiva de los usuarios y obtener beneficios económicos para los titulares afectados. El desarrollo del sistema de remuneración compensatoria por copia personal es el reflejo de la imposibilidad de prohibir la reproducción de obras protegidas, sin la autorización y el pago respectivo, y del deber del Estado de asegurar una protección adecuada a los intereses de los titulares del derecho de reproducción y de los usuarios.

A. Aspectos Generales de la denominada "Copia Personal".

En este primer aparte, efectuaremos una exposición de los aspectos generales de la copia personal de obras protegidas. El estudio de esta figura no ha sido desarrollada en la doctrina nacional. Por esta razón, el material disponible es muy limitado, y solamente contamos con escasos documentos donde en algunos casos, su tratamiento se ha limitado a pocas líneas de carácter general.

Aunque ella está regulada en el artículo 74 de la Ley de Derechos de Autor y los Derechos Conexos de nuestro país, así como en la mayoría de legislaciones latinoamericanas, su aplicación práctica ha sido muy escasa, lo cual explica el poco interés por su estudio. Lo mismo no ocurre en otros ordenamientos jurídicos donde la figura de la copia personal ha tomado dimensiones que la hacen acreedora de una gran relevancia económica, jurídica y social.

1. El Surgimiento de la figura.

La copia personal como limitación al ejercicio del derecho exclusivo de autorizar la reproducción de una obra protegida tiene como fundamento normativo, en el ámbito internacional, el artículo 9.2 del Convenio de Berna. A partir de este numeral surgen una serie de limitaciones al ejercicio de los derechos patrimoniales de autor y conexos, y junto a estos se encuentra la copia personal, que ya existía muchos años atrás.

Delia Lipszyc nos dice que tradicionalmente se admitió la copia, manuscrita y mecanografiada, hecha en forma personal, de obras aisladas o fragmentos de estas siempre para uso exclusivo del copista.⁶⁴ Esta autorización a copiar se admitió como una limitación al derecho patrimonial de reproducción, denominándose de forma genérica como "copia privada".

En igual sentido, Ricardo Antequera afirma que la restricción del Convenio de Berna tuvo originalmente en cuenta la copia manual realizada por el propio lector, es decir por manuscrito o con máquina de escribir.⁶⁵

Pero Delia Lipszyc nos recuerda que esta autorización era restringida en virtud de las posibilidades técnicas vigentes al momento. En un comienzo, afirma Lipszyc, la posibilidad de efectuar las copias se reducían a la forma manuscrita o

⁶⁴ LIPSZYC (Delia). Derecho de Autor y Derechos Conexos, Buenos Aires, Ediciones UNESCO/CERLALC/ZAVALIA, 1993, p. 223.

⁶⁵ Ver ANTEQUERA PARILLI (Ricardo). Op. cit., p. 430.

mecanografiada, pero ambas necesitaban de mucho tiempo y esfuerzo; en consecuencia, eran instrumentos poco atractivos para su ejecución, y la pérdida patrimonial para el titular afectado con ello era baja.⁶⁶ Además, agrega Lipszyc, era muy difícil controlar la realización de esas copias y una prohibición siempre sería transgredida.⁶⁷

En esa época, las técnicas de reproducción que existían eran lentas, costosas y poco perfectas. Pero el desarrollo tecnológico de los últimos cien años se encargó de efectuar un cambio radical y perturbador sobre el asunto. Este cambio, aún hoy, sometió a los derechos de autor y derechos conexos a un estado de inestabilidad en sus bases conceptuales.

La aparición de la máquina fotocopidora y de la reproducción reprográfica produjo el surgimiento de nuevos problemas que obligaron a replantearse el tema de la "copia privada" tal y como se le venía considerando. Es así como surge la necesidad de distinguir entre el "uso privado" y "uso personal" que se realizaba de las obras, con el fin de restringir el ámbito de aplicación de la copia personal.

⁶⁶ Ver ANTEQUERA PARILLI (Ricardo). *Op. cit.*, p. 430.

⁶⁷ *Ibid.*; Delia Lipszyc afirma que una de las principales razones para permitir el fenómeno de la copia "privada", se encuentra en la máxima "*minimis lex non regit*", según la cual el derecho no se ocupa de las cosas pequeñas. Pero, Rogel Vide se opone a dicha afirmación y señala que "[...] el instituto que mejor explicaba el límite al derecho de autor representado por las copias antedichas - que no serían ilícitas ni justificables en base a una costumbre contra legem-, es el *ius innocui*. El *ius innocui* -concreción del principio que pudiera contenerse en el aforismo *quod tibi non nocet et alii prodest, non prohibetur*- [...]" *op. cit.*, p. 86.

2. Definición Terminológica.

Cuando se aborda el tema de la copia personal surge un conflicto terminológico fundamental con la palabra "copia privada", de uso muy extendido, y que se explica de la siguiente manera. Una obra protegida puede utilizarse de distintas formas. En atención a este "uso" podemos encontrar el uso personal, el uso privado, el uso público y el uso interno. Esto ya fue expuesto anteriormente cuando nos referimos a las limitaciones de los derechos patrimoniales de autor y conexos.

En atención al tema que desarrollamos, nos interesa diferenciar entre uso personal y uso privado. Delia Lipszyc aclara que, haciendo referencia al Glosario de la OMPI,

*"El uso privado es más amplio que el uso personal, porque este último comprende sólo el material reproducido exclusivamente con destino al uso individual de una persona, mientras que el uso privado también incluye el material producido para fines comunes de un determinado círculo de personas [...]"*⁶⁸

En el mismo sentido, Lipszyc amplía el tema señalando que en un inicio la distinción entre el uso personal y el uso privado no era relevante pero, en virtud de la irrupción de nuevas formas de utilización y reproducción de obras, producto del desarrollo tecnológico, se introdujo la necesidad de distinguir entre uno y otro.⁶⁹

Con relación a lo dicho por Lipszyc, Mónica Torres afirma que:

⁶⁸ LIPSYC (Delia). Derecho de Autor y Derechos Conexos, Buenos Aires, Ediciones UNESCO/CERLALC/ZAVALIA, 1993, pp. 224-225.

⁶⁹ Ibid., p. 224.

*"Debe tenerse en cuenta que la comúnmente mal denominada copia privada, daría a entender que permitiese un uso privado de las obras, es decir, para fines comunes de un grupo de personas, y no un uso personal, o uso individual (exclusivo de una sola persona), que es la libre utilización permitida por las diferentes legislaciones, como se describió anteriormente."*⁷⁰

Esto nos permite efectuar el siguiente razonamiento. Si por un lado tenemos un "uso personal" y un "uso privado", entonces, podríamos hablar, por otro lado, de una "copia para uso personal" y una "copia para uso privado", para mantener la correspondencia terminológica respectiva y las características propias de cada una de ellas.

A pesar de estas distinciones, el uso de la expresión "copia privada" es generalizado en las distintas legislaciones y doctrina para describir el fenómeno donde se reproduce una obra, en un solo ejemplar, de forma doméstica, sin ánimo de lucro, y para el uso exclusivo del copista. Por esta razón, cuando se encuentra la expresión "copia privada" no debe asociarse con el término de "uso privado", sino que debe relacionarse correctamente con el término "uso personal".

Así, en correcto sentido, nuestro objeto de estudio es la copia para uso personal y no la copia privada. Por las razones expuestas la denominación que utilizamos es la de "copia personal".

⁷⁰ TORRES (Mónica). Las excepciones y limitaciones a los derechos de autor y conexos, [documento de texto electrónico], archivo recibido adjunto a mensaje electrónico, 2001.

3. La Copia Personal en el Derecho Comparado Latinoamericano.

La copia personal de obras protegidas constituye una limitación con una amplia aceptación por los diversos ordenamientos jurídicos, siendo una utilización libre y gratuita.

En Latinoamérica esta limitación al derecho de reproducción ha sido regulada con algunos rasgos particulares pero, en el fondo, siempre se conserva su estructura básica. Así, con el objetivo de otorgar un panorama más amplio y clarificador de la figura hemos decidido acudir, primero, a la regulación que de la figura hace el derecho comparado latinoamericano.

La Ley de Propiedad Intelectual de Ecuador, define la figura en el artículo 108, de la siguiente manera:

*"Art. 108. Se entenderá por copia privada la copia doméstica de fonogramas o videogramas, o la reproducción reprográfica en un solo ejemplar realizada por el adquirente original de un fonograma o videograma u obra literaria de circulación lícita, destinada exclusivamente para el uso no lucrativo de la persona natural que la realiza. Dicha copia no podrá ser empleada en modo alguno contrario a los usos honrados."*⁷¹

⁷¹ Ley de la Propiedad Intelectual de Ecuador [en línea]: Sistema de Información sobre Comercio Exterior de la Organización de los Estados Americanos, http://www.sice.oas.org/int_prop/nat_leg/Ecuador/L320d.asp#11t1c2p6, [Consulta: 15 de enero de 2002].

La Ley de Derecho Autoral de Brasil incluye la figura en el artículo 46 letra

II donde señala que:

*Artículo 46.- No constituye ofensa a los derechos de autor:
[...] II: la reproducción, en un solo ejemplar de pequeños fragmentos, para uso privado del copista, desde que haya sido realizada por éste, sin fines de lucro.”⁷²*

La Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Intelectual de El Salvador

en su artículo 45 expresa:

“Art. 45.- Respecto de las obras ya divulgadas lícitamente, es permitida sin autorización del autor ni remuneración:

a) La reproducción de una copia de la obra para el uso personal y exclusivo del usuario, realizada por el propio interesado con sus propios medios, siempre que no se atente contra la explotación normal de la obra, ni se cause perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor;

b) Las reproducciones fotomecánicas para el exclusivo uso personal, como la fotocopia y el microfilm, siempre que se limiten a pequeñas partes de una obra protegida o a obras agotadas. Se equipara a la reproducción ilícita toda utilización de las piezas reproducidas por cualquier medio o procedimiento, para un uso distinto del personal que se haga en concurrencia con el derecho exclusivo del autor de explotar su obra; [...]”⁷³

La Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos de Honduras contiene

tres disposiciones que permiten la copia personal sin remuneración, lo que hace en la práctica que la copia personal se realice en un marco bastante amplio:

⁷² Ley de Derecho Autoral de Brasil [en línea]: Sistema de Información sobre Comercio Exterior de la Organización de los Estados Americanos, http://www.sice.oas.org/int_prop/nat_leg/Brazil/POR/L9610pB.asp#capIVb, [Consulta: 15 de enero de 2002].

⁷³ Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Intelectual de El Salvador [en línea]: Sistema de Información sobre Comercio Exterior de la Organización de los Estados Americanos, http://www.sice.oas.org/int_prop/nat_leg/El_Salvador/D604bs.asp#cont, [Consulta: 15 de enero de 2002].

"ARTÍCULO 47.- Respecto de las obras ya divulgadas lícitamente, es permitida sin autorización del autor ni remuneración, la reproducción de una copia de la obra para el uso personal y exclusivo del usuario, realizada por el propio interesado, con sus propios medios."

"ARTÍCULO 48.- También son lícitas las reproducciones fotomecánicas para el exclusivo uso personal, como la fotocopia y el microfilme siempre que se limiten a pequeñas partes de una obra protegida o a obras agotadas."

*"ARTÍCULO 51.- Es libre la reproducción en un solo ejemplar manuscrito o mecanografiado efectuada personal o exclusivamente por el interesado, de una obra didáctica o científica, para su propio uso y sin ánimo de lucro, directo o indirecto."*⁷⁴

La Ley Federal del Derecho de Autor de los Estados Unidos Mexicanos

regula la copia personal en el artículo 148, IV:

*"Artículo 148.- Las obras literarias y artísticas ya divulgadas podrán utilizarse, siempre que no se afecte la explotación normal de la obra, sin autorización del titular del derecho patrimonial y sin remuneración, citando invariablemente la fuente y sin alterar la obra, sólo en los siguientes casos: [...] IV. Reproducción por una sola vez, y en un sólo ejemplar, de una obra literaria o artística, para uso personal y privado de quien la hace y sin fines de lucro. Las personas morales no podrán valerse de lo dispuesto en esta fracción salvo que se trate de una institución educativa, de investigación, o que no esté dedicada a actividades mercantiles; [...]"*⁷⁵

La Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos de Panamá, incluye en

su artículo 48, numeral 1, que:

"Artículo 48. Respecto de las obras ya divulgadas lícitamente, se permite sin autorización del autor ni remuneración:

⁷⁴ Ley del Derecho de Autor y de los Derechos Conexos de Honduras [en línea]: Sistema de Información sobre Comercio Exterior de la Organización de los Estados Americanos, http://www.sice.oas.org/int_prop/nat_leg/Honduras/lautor.asp, [Consulta: 15 de enero de 2002].

⁷⁵ Ley Federal del Derecho de Autor de los Estados Unidos Mexicanos, [en línea]: Consejo Nacional para la Enseñanza y la Investigación de las Ciencias de la Comunicación, <http://www.coneicc.org.mx/leyfedautor.html>, [Consulta: 03 de setiembre de 2001].

1. *La reproducción de una copia de la obra para el uso personal y exclusivo del usuario, realizada por el interesado con sus propios medios. [...]*⁷⁶

La Ley sobre el Derecho de Autor de Perú establece la figura de la copia personal en los siguientes artículos:

"Artículo 43° - Respecto de las obras ya divulgadas lícitamente, es permitida sin autorización del autor:

[...]

b) La reproducción por reprografía de breves fragmentos o de obras agotadas, publicadas en forma gráfica, para uso exclusivamente personal.

[...]"

"Artículo 48° - Es lícita la copia, para uso exclusivamente personal de obras, interpretaciones o producciones publicadas en grabaciones sonoras o audiovisuales. Sin embargo, las reproducciones permitidas en este artículo no se extienden:

a) A la de una obra de arquitectura en forma de edificio o de cualquier otra construcción.

b) A la reproducción integral de un libro, de una obra musical en forma gráfica, o del original o de una copia de una obra plástica, hecha y firmada por el autor.

*c) A una base o compilación de datos."*⁷⁷

Finalmente, la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos de Costa Rica, en su artículo 74, establece:

"Artículo 74.-También es libre la reproducción de una obra didáctica o científica, efectuada personal y exclusivamente por el interesado para su propio uso y sin ánimo de lucro

⁷⁶ Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos de Panamá [en línea]: Sistema de Información sobre Comercio Exterior de la Organización de los Estados Americanos, http://www.sice.oas.org/int_prop/nat_leg/Panama/L15b.asp#tVlcaplit, [Consulta: 15 de enero de 2002].

⁷⁷ Ley sobre el Derecho de Autor de Perú [en línea]: Sistema de Información sobre Comercio Exterior de la Organización de los Estados Americanos, http://www.sice.oas.org/int_prop/nat_leg/Peru/D822i.asp, [Consulta: 15 de enero de 2002].

directo o indirecto. Esa reproducción deberá realizarse en un solo ejemplar, mecanografiado o manuscrito. Esta disposición no se aplicará a los programas de computación."

A partir de una comparación entre los textos señalados, es posible identificar la presencia de elementos esenciales de la copia personal como limitación al derecho de autor y los derechos conexos. Sin embargo, en unos casos concurren algunos elementos que en otros no, y su extensión también es variable. En todo caso, la lectura de estos artículos permite comprender más fácilmente el funcionamiento de la copia personal de obras protegidas, aunque lo que nos interesa realmente es conocer la regulación y el funcionamiento de la copia personal en nuestro ordenamiento jurídico.

4. La Copia Personal en el Ordenamiento Jurídico Costarricense.

En este apartado nos vamos a enfocar, de manera más detallada, en el objeto de estudio elegido para esta investigación: la copia personal en la legislación costarricense. Como advertimos al inicio, este trabajo empezó con una descripción general de los aspectos más importantes que rodean el tema, para facilitar al lector la comprensión del tema que se expone a continuación.

Inicialmente efectuamos una mención de la figura en estudio a través de las diferentes leyes de derecho de autor y derechos conexos en el ámbito latinoamericano, pero descubrimos ciertas diferencias que existían entre ellas, incluida la nuestra. Por esta razón, merece una atención especial estudiar la copia personal a partir de nuestra legislación para determinar sus virtudes y defectos.

La copia personal constituye un hecho que limita el ejercicio de los derechos patrimoniales de los autores y de los titulares de derechos conexos. Nuestro ordenamiento jurídico contempla esta limitación en la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos, específicamente en el Título I, Capítulo IX, que se denomina "Excepciones a la protección". La norma, en particular señala lo siguiente:

"Artículo 74.-También es libre la reproducción de una obra didáctica o científica, efectuada personal y exclusivamente por el interesado para su propio uso y sin ánimo de lucro directo o indirecto. Esa reproducción deberá realizarse en un solo ejemplar, mecanografiado o manuscrito. Esta disposición no se aplicará a los programas de computación."

Nuestra labor, aquí y ahora, es tomar esta norma y efectuar un análisis que nos permita entender a cabalidad su extensión teórica y práctica en nuestra realidad jurídica y social, para determinar el grado de eficacia de la protección que se brinda a los derechos de autor y los derechos conexos. Pero, previo a iniciar esta labor debemos efectuar una importante crítica. El reglamento de la Ley señala en el artículo 3, inciso 37, refiriéndose a la definición de "uso personal", lo siguiente:

"Uso Personal: *Es la reproducción, u otra forma de utilización expresamente permitida por la ley, de la obra o producción intelectual de otra persona, en un sólo ejemplar, exclusivamente para el propio uso individual, y sin que haya ningún ánimo de lucro, directo o indirecto, en casos como la investigación y el esparcimiento".*

Nuestra crítica tiende a señalar que, de forma evidente, se confunde el concepto de "uso personal" con el de "copia de uso personal". Esta confusión es fácil de evidenciar porque el "uso personal" no es una forma de reproducción con

características particulares sino una modalidad de disponer la forma en que la obra será utilizada para el disfrute y el consumo individual -no colectivo- de una persona física, con exclusión de cualquier otra, para satisfacer sus propias necesidades. Por otro lado, la ausencia del "ánimo de lucro", directo o indirecto, no es parte de la definición de uso personal; en correcto sentido, el ánimo de lucro en nada determina lo que debemos entender por uso personal. Por lo tanto, la definición que se comenta no corresponde a la definición de "uso personal".

Sobre el punto podríamos decir que la definición corresponde más a la figura de la "copia personal" que a la de "uso personal", lo cual resulta cierto pero con la siguiente aclaración: la definición describe la figura de la copia personal, tal y como se entiende en doctrina en términos generales; pero, no es congruente con la figura de la copia personal que se regula en la Ley de derechos de Autor y Derechos Conexos costarricense. Ello resulta de considerar que la definición en comentario aduce que es la reproducción, u otra forma de utilización expresamente permitida por la ley, sin restringir la modalidad de la reproducción a la forma manuscrita o mecanografiada tal y como sí lo hace la Ley; asimismo, no se especifica la categoría de obras que pueden ser objeto de reproducción cuando la Ley sí señala, solamente, a las obras didácticas y científicas.

Por lo tanto, el reglamento sobre este punto, y muchos otros, tiene serias incongruencias respecto a la Ley, produciendo vicios de inconstitucionalidad, que obliga a efectuar una interpretación más cuidadosa de ella. Así, nuestro estudio

se reduce al análisis de la Ley dejando el reglamento al margen, en lo estrictamente necesario.

a. Estructura de la Copia Personal en el Artículo 74 de la Ley.

Para desarrollar los objetivos propuestos en esta investigación empezaremos por una labor de interpretación normativa del artículo 74 de la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos con el fin de determinar cual es su estructura y los elementos que la integran. Posteriormente, efectuaremos un análisis de cada uno de los elementos integrantes de la "copia personal" tal y como se concibe y se encuentra regulada en la Ley.

El artículo 74 de la Ley se encuentra integrado por siete diferentes enunciados que pueden identificarse de la siguiente forma:

1. *"También es libre [...]".* El inicio de la norma nos habla de libertad; esta libertad se manifiesta en un uso que no requiere la autorización previa del titular del derecho respectivo, porque se limita su ejercicio en favor de los usuarios. Por lo tanto, se entiende que, las situaciones fácticas reguladas con anterioridad, y la regulada en ese numeral, *también* constituye un "uso libre" de una obra.

2. *"[...] la reproducción [...]"*. El derecho patrimonial que, en particular, se limita es el **derecho de reproducción**. La explicación de este enunciado resulta innecesaria porque, como ya sabemos, la copia personal es una limitación al ejercicio del derecho exclusivo de reproducción.

· 3. "[...] de una obra didáctica o científica [...]". Debemos determinar ¿Qué se puede reproducir libremente?. A esta pregunta la norma señala que es libre la reproducción de una **obra didáctica o científica**. Este enunciado nos especifica el elemento objetivo de la copia personal, y que debe estar muy bien determinado.

4. "[...] efectuada personal y exclusivamente por el interesado [...]". Este segmento de la norma empieza a establecer una serie de características que debe reunir el acto de reproducción. Señala que la reproducción debe hacerla el **usuario interesado**, o sea el que tiene interés en ello, de forma **personal y exclusiva**. Es decir, la reproducción no puede ser efectuada por otra persona, ni siquiera a ruego de quien tiene interés, porque de lo contrario perdería la licitud. Esto nos lleva a efectuar un análisis sobre el elemento subjetivo de la copia personal.

5. "[...] para su propio uso y sin ánimo de lucro directo o indirecto [...]". Este otro empieza a referirse a la finalidad, porque nos afirma que la reproducción de la obra que hace el copista, de forma personal y exclusiva, la ejecuta para su "**propio uso**". Esta característica determina un especial elemento subjetivo que debe tener el "copista" al momento de reproducir la obra, así como la modalidad de uso final a que se destine la copia: el uso personal.

6. "[...] Esa reproducción deberá realizarse en un solo ejemplar, mecanografiado o manuscrito[...]". La norma continúa detallando el modo en que debe ejecutarse el acto de reproducción para que sea lícito y autorizado por la

norma. La reproducción se ejecuta para obtener un único ejemplar; y, además, debe hacerse de forma mecanografiada o manuscrita. Este enunciado tiene como efecto la determinación de la modalidad de ejecución necesaria para configurar la figura de la copia personal.

7. "[...] Esta disposición no se aplicará a los programas de computación[...]" . Por último, los programas de computación se encuentran excluidos de la autorización que da la ley, por lo cual no puede ser reproducido libremente. Esto incide sobre el elemento objetivo de la copia personal.

El análisis detallado del artículo 74 se efectuará en las próximas líneas, a partir de la distinción de sus elementos integradores.

b. Elementos

Con el fin de efectuar un análisis más profundo de la norma que nos permita exponer sus alcances y limitaciones, teóricas y prácticas, vamos a estructurar su estudio a partir de la identificación de las siguientes partes: un elemento subjetivo, un elemento objetivo, un especial elemento subjetivo, una modalidad de reproducción, una modalidad de ejecución y una modalidad de uso final, para la copia de uso personal.

b.1. El Elemento Subjetivo.

Preguntarnos por el elemento subjetivo de la copia personal implica efectuar un análisis sobre la determinación del sujeto que puede efectuar la copia

personal. La copia personal constituye una autorización que se le otorga a un sujeto para reproducir libremente una obra protegida; pero, ¿Quién es ese sujeto?.

Al respecto, la norma en cuestión no es clara en señalar quien puede efectuar la acción permitida. La pregunta principal que nos hacemos es si ¿Tanto personas físicas como jurídicas están contempladas en el supuesto normativo?.

Rogel Vide nos explica que, al respecto, existen dos posiciones: una amplia o laxa, y otra restringida o estricta.⁷⁸ La primera acepta que tanto la persona física como jurídica estén comprendidas por la norma, donde, en cuanto a las personas jurídicas, solamente pueden considerarse copias para uso personal las efectuadas por decisión de los órganos de la entidad (sean unipersonales o colegiados), siempre que sean utilizados por los mismos, y no se distribuyan a lo externo de la misma. Por otro lado, la posición estricta considera que la persona del copista no puede ser otra más que la persona física.

La norma carece de la precisión necesaria para resolver este punto, porque no se refiere al respecto. Por lo tanto, si no se especifica el sujeto entonces, la primera conclusión que podemos inferir a partir del aforismo de no distinguir donde la ley no distingue, es que tanto las personas físicas como las personas jurídicas están autorizadas para efectuar la copia personal. Sin

⁷⁸ Ver ROGEL VIDE (Carlos), op. Cit., p. 95.

embargo, esta es una postura equivocada y, más bien, debemos interpretar que el sujeto del copista debe identificarse con una persona física, y nunca una persona jurídica.

La copia personal constituye, normalmente, una limitación al derecho patrimonial de reproducción que se permite solamente a la persona física, y es a partir de ello que se diferencia entre "uso personal" y "uso privado", como ya mencionamos, siendo la primera la que se identifica con la copia personal. Estas consideraciones son congruentes con el origen y el desarrollo histórico de la figura, y con lo señalado por la doctrina y el derecho comparado.

El fin de esta restricción es limitar las situaciones posibles que pueden afectar negativamente los intereses de los titulares de derechos de autor o conexos involucrados y, por ello, debe evitarse que se comprenda a las personas jurídicas. Sin lugar a dudas, este punto es un aspecto que suscita una serie de dudas que pueden repercutir en la inseguridad jurídica de los titulares de derechos de autor y conexos que, se encuentran ante una disposición normativa que limita el ejercicio de sus derechos y que, en vez de ser precisa y restrictiva, contiene elementos que perjudican sus intereses más que protegerlos.

b.2. El Elemento Objetivo.

Un aspecto que merece especial atención es la determinación concreta del elemento objetivo de la norma; es decir, la definición de cuáles obras pueden ser reproducidas libremente, bajo el amparo de la copia personal.

A partir de las leyes latinoamericanas mencionadas anteriormente puede observarse que existen diferencias respecto a la categoría de obras que pueden ser objeto de la copia personal (por ejemplo, solo obras textuales o fonogramas y videogramas); por lo tanto, no existe una posición única que nos defina el punto.

Un primer aspecto sobre el tema es que la obra objeto de reproducción debe haber sido divulgada previamente por el autor. Esto implica un respeto al derecho moral del autor a decidir cuándo y cómo hace pública su obra, poniéndola a circular en la sociedad, no admitiéndose la reproducción de obras que circulen al público sin la previa autorización del autor. Lo contrario sería amparar y hacer lícita una acción contraria al derecho.

Respecto a qué obra puede ser objeto de copia personal, la norma tampoco es muy clara. El numeral citado habla de "obra didáctica y científica", y por lo tanto nos vemos en la tarea de definir el significado de "obra didáctica" y "obra científica". Si analizamos los diversos cuerpos normativos, nacionales e internacionales, sobre la materia encontramos los términos de "obra literaria, artística y científica" para referirse al elemento objetivo de los derechos de autor y los derechos conexos. Sin embargo, en muchos lugares encontramos que se suprime el término "obra científica" para hablar solamente de "obra literaria y artística" como el objeto de los derechos de autor, dando por sobreentendido que el término más amplio de "obra literaria" comprende el de "obra científica".

Por otro lado, tenemos el término de "obra didáctica" que sin duda alguna tiene un significado distinto al de "obra literaria" y "obra artística". Por lo tanto, su utilización por parte del legislador, en lugar de recurrir a los dos últimos más genéricos, obedece a una finalidad particular que no puede ser desconocida por el intérprete. Así, dediquemos una mayor reflexión al término utilizado por la norma: "obra didáctica".

El término "obra didáctica" debe entenderse como aquella obra que posee un contenido didáctico, es decir, la obra es apta para enseñar o instruir. Esta característica hace que todo el amplio espectro que contiene el término "obras literarias y artísticas" estén comprendidas en ella, siempre y cuando tenga una vocación a enseñar o instruir. Sólo así la obra será idónea para ser reproducida bajo la figura de la copia personal. Esto nos obliga a pensar que el copista tiene como fin reproducir la obra para satisfacer una necesidad de carácter didáctica; en consecuencia, se excluye aquella copia efectuada para cumplir fines de esparcimiento o recreativas, no didácticas.

Las mismas consideraciones pueden hacerse respecto al término "obra científica" que corresponde a la obra con un contenido de carácter estrictamente científico, y que obligadamente conlleva a señalar que este tipo de obras solamente se consultan ante una necesidad de aprendizaje, de carácter didáctica.

Pero, contrario a estas consideraciones el Reglamento de la Ley señala en el artículo 3, inciso 37, sobre la definición de "uso personal" -la cual resulta incorrecta- que:

"Es la reproducción, u otra forma de utilización expresamente permitida por la ley, de la obra o producción intelectual de otra persona, en un sólo ejemplar, exclusivamente para el propio uso individual, y sin que haya ningún ánimo de lucro, directo o indirecto, en casos como la investigación y el esparcimiento".

Esta definición resulta criticable desde varios aspectos. En primer lugar, como ya se afirmó, se confunde el concepto de "uso personal" con el de "copia de uso personal"; y, en segundo lugar, se menciona al esparcimiento como una razón que puede fundamentar la realización de una copia personal de una obra. Consideramos que esto último no es posible deducirlo de la norma de la Ley y, por lo tanto, reglamentariamente se excede los límites de la ley ampliándose su ámbito de aplicación, y se confunde su verdadero significado. Esto constituye un vicio de constitucionalidad.

Un aspecto, que sí señala expresamente la norma de comentario es la exclusión de los programas de computación como posible objeto de ser sometido a una libre y gratuita reproducción. El fundamento de la exclusión es simple y se vincula estrechamente con la prueba de las tres fases regulada en el Convenio de Berna. La forma normal de explotación de un programa de computación es a través del arrendamiento que se hace mediante una licencia de uso, y la autorización libre para reproducirlos representa un perjuicio injustificado que

excede los límites señalados por el Convenio de Berna e impide su introducción por licencia no voluntaria u otorgando un derecho de remuneración.

Dentro de las deficiencias, la norma de comentario no regula un detalle de gran importancia: la extensión de la reproducción. Es decir, la ley no determina si el usuario puede efectuar una reproducción total o parcial de la obra, y siendo este último caso, tampoco fija un parámetro de referencia. Esta omisión tiene efectos prácticos muy graves porque ante la duda, faculta al usuario a obtener una reproducción total de la obra protegida, aunque ello resulta excesivo y contrario a los principios de buena fe, proporcionalidad y proporcionalidad. En cuanto a esto, Delia Lipszyc acota:

"Se considera que la copia privada solo puede hacerse respecto de fragmentos de obras, excluyendo publicaciones periódicas completas, diarios y libros enteros y también determinadas obras porque atenta a la explotación normal de las mismas, como ocurre, por ejemplo, con los programas de ordenador, las partituras (orquestaciones, obras líricas, etc.), cuyo modo normal de comercialización es a través del alquiler, las publicaciones que no son reutilizables como los manuales para ejercicios escolares, y los planos de obras de arquitectura."⁷⁹

Aquí, incursiona una vez más la prueba de las tres fases como criterio de interpretación vinculante para la materia que tratamos. Pero, sin duda alguna, este tipo de deficiencias de la Ley perjudica a los titulares de las obras protegidas.

⁷⁹ LIPSYC (Delia). Derecho de Autor y Derechos Conexos, Buenos Aires, Ediciones UNESCO/CERLALC/ZAVALIA, 1993, p. 228.

En el derecho comparado y la doctrina, principalmente en la Unión Europea, se excluyen a las bases de datos de la copia personal. Esta disposición tiene como fin proteger las recopilaciones de información que efectúan muchas empresas alrededor del mundo para ser vendidas. Nuestra Ley no dispone nada al respecto.

Por todo lo anterior, en estricto sentido e interpretación de la norma, es incorrecto afirmar, por ejemplo, que una persona propietaria de varios soportes de discos compactos como música puede realizar una reproducción, libre y gratuita, de las mejores canciones que contienen, para almacenar en un nuevo soporte material sus canciones predilectas y usarlo de forma personal en su reproductor de discos compactos, sin tener ningún ánimo de lucro, y para su esparcimiento. Esta conclusión es así porque, los fonogramas no están incluidos en la norma y menos para fines de esparcimiento y no didáctico. Es fácil tener una posición contraria a ello plenamente justificada pero, nuestro objetivo es señalar las insuficiencias normativas que producen una desprotección a los titulares de derechos de autor y conexos y a los usuarios de las obras protegidas, con fin de motivar el cambio y la adopción de normas más claras y congruentes con la realidad social.

b.3. Especial Elemento Subjetivo: Sin Ánimo de Lucro (Directo o Indirecto).

El otro requisito esencial, para que se produzcan los efectos jurídicos que establece la ley, obliga al usuario de la obra a efectuar la reproducción sin ánimo

de lucro presente ni futuro. La norma, ciertamente, no distingue entre el ánimo de lucro directo o ánimo de lucro indirecto, y precisamente por ello debemos entender que ambas modalidades se encuentran comprendidas.

Sin embargo, se puede objetar que siempre va a existir un ánimo de lucro. La decisión de realizar la copia de una obra, del carácter que sea, siempre conlleva la resolución previa de no adquirir el ejemplar original para sustituirlo por la reproducción. Así, el copista se propone no efectuar el gasto económico correspondiente a la adquisición lícita del ejemplar original, lo cual conlleva un ahorro que se convierte en una ganancia; o, lo que es lo mismo, un lucro indirecto.

En otras palabras, de igual forma se produce una ganancia económica por el hecho de aumentar el patrimonio personal o, por el hecho de no efectuarse un gasto que debía ocurrir. Por lo tanto, siempre existe un lucro de parte del copista, al efectuar la reproducción del ejemplar para su uso personal.

La expresión, más bien, debe ser entendida como la prohibición de efectuar la copia con el fin de convertirla, posteriormente, en un objeto de comercio para obtener un lucro por ello. Pero, si el uso personal al que debe destinarse el ejemplar producido excluye la posibilidad de sacarlo de su esfera personal, y distribuirlo a título oneroso o gratuito; entonces, pareciera ser innecesaria la fórmula de prohibir el ánimo de lucro, porque igual se logra el resultado pretendido, y no se alude a la abstracta fórmula del ánimo de lucro.

b.4. Modalidad de la Reproducción: Mecnografiado, Manuscrito, Único Ejemplar.

De conformidad con los orígenes históricos de la copia personal, que ya mencionamos, anteriormente, es fácil ubicar la situación primigenia que inspira la redacción de la norma que comentamos. Recordemos que esta autorización era muy restringida en virtud de las posibilidades técnicas vigentes en un momento histórico determinado donde, en un comienzo, la posibilidad de efectuar las copias se reducían a la forma manuscrita o mecnografiada, que necesitaban de mucho tiempo y esfuerzo; en consecuencia, eran instrumentos poco atractivos para su ejecución y la pérdida patrimonial para el titular era baja. Además, el control sobre la realización de esas copias era muy difícil y una prohibición siempre sería transgredida.

Nuestra Ley conserva, a pesar de los cambios y el desarrollo de la tecnología, la restricción de la copia personal a una reproducción efectuada por medios manuscritos y mecnográficos (medios tipográficos). La norma señala que la reproducción de la obra que se autoriza realizar, para uso personal del copista, deber ser ejecutada de forma manuscrita o mecnografiada. En cuanto al término "manuscrito", este se compone de dos vocablos latinos "*manus*" (mano) y "*scribere*" (escribir) que unidos significa "escribir a mano" o "escrito a mano". La palabra "mecnografiada" deriva de "*mecanus*" (máquina) y "*grafos*" (dibujar) que significan dibujar a máquina. Así, efectuar una reproducción manuscrita o mecnografiada significa efectuarla "a mano" o "mediante máquina de escribir", y esto reduce, grandemente, las posibilidades del copista.

Respecto a que el término "máquina de escribir" pueda comprender, eventualmente, a las computadoras debemos efectuar la siguiente aclaración. Con los ordenadores y el denominado entorno digital, surgen grandes retos para el derecho de autor y los derechos conexos. Uno de estos retos surge con la posibilidad de digitalizar, mediante "scanner" u otro medio similar de captación de imagen, la obra con el fin de que el ordenador mediante un programa especial transforme la imagen a texto, tal y como si la persona lo hubiera digitado normalmente. Sobre este requisito particular de la copia personal debemos decir que la persona está obligada a reproducir la obra, personalmente y por sus propios medios, digitando letra por letra (aunque reconocemos que la cuestión de la prueba para desvirtuar el método empleado resulta ser muy difícil y complicado). No se puede aceptar otra forma porque solamente así es posible invocar el *ius usus innocui*, o principio de insignificancia, señalado por Rogel Vide.

Podría objetarse que al final, digitando o digitalizando, se llega al mismo resultado; sin embargo, no debemos olvidar que la idea que subyace en la norma es solamente autorizar formas de reproducción que en casos especiales no atenten contra la normal explotación de la obra y no cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular respectivo. Además, puede advertirse que la norma recurre a modos de reproducción que son difíciles y lentos, ello con el fin de evitar el interés masivo de los usuarios de ampararse a esta autorización legal para reproducir gran cantidad de obras, en perjuicio de los titulares.

La norma de comentario señala que la reproducción permitida es para producir un único ejemplar. Esta disposición es congruente con el uso personal que debe tener el ejemplar reproducido. Es decir, si la reproducción se efectúa de forma personal y exclusiva por el copista y para su uso personal entonces, él solamente requerirá, para satisfacer sus necesidades, un único ejemplar de la obra. La producción de más de un ejemplar conlleva la idea de un uso privado o colectivo de la obra, pero no personal; por lo tanto, el copista no puede ampararse bajo la copia personal como situación justificante de ese acto de reproducción.

Estos indicios nos permiten deducir el reducido grado de permisión que la norma trata de dar al copista con el fin de evitar un perjuicio injustificado a los titulares de los derechos de autor y conexos, y seguir admitiendo la copia personal como una limitación al derecho de reproducción del titular, de forma gratuita.

Por lo tanto, la reproducción reprográfica que se realiza a través de las máquinas fotocopadoras, la reproducción de fonogramas o videogramas a través de una radiograbadora, un VHS, o la reproducción digital de obras contenidas en discos con formato de disco compacto o DVD a través de un reproductor ("quemador") de este tipo de soportes, realizadas de forma libre y gratuita, resultan contrarias a la Ley porque no están comprendidos dentro del supuesto de la copia personal. Sólo se admite la reproducción manuscrita o mecanográfica de estas obras, y si se pretende una modalidad de reproducción distinta, en un caso no amparado por una limitación legal a los derechos de autor y los derechos conexos, entonces requiere la autorización del titular (mediante una licencia), y el

pago de la remuneración económica que este determine. De incumplirse estos requisitos, entonces, la reproducción es ilícita y se está sujeto a la responsabilidad civil y penal respectiva.

Las consecuencias de esta afirmación son graves. En primer lugar, el funcionamiento de los centros de fotocopiado, públicos o privados, deben contar con licencias de reproducción para efectuar copias de las obras protegidas que el usuario les encomienda. Estos establecimientos no pueden fundamentar su actividad afirmando que solamente realizan copias personales y por lo tanto no es necesario contar con una autorización ni remunerar económicamente a los titulares del derecho respectivo. Esta defensa resulta improcedente porque la copia personal requiere que la reproducción sea efectuada personalmente por el copista, por sus propios medios -es decir, no pueden ser ajenos-, y no se puede encargar a una tercera persona para su elaboración.

En segundo lugar, el Estado está obligado, ante esta realidad, a adoptar las disposiciones y medidas necesarias y suficientes para proteger los derechos de autor y los derechos conexos. Esto conlleva a afirmar que el Estado al otorgar los permisos de funcionamiento de estos establecimientos, debería asegurarse de que cuentan con las licencias respectivas porque, de lo contrario, estaría autorizando la ejecución de una actividad totalmente ilegal, incurriendo en responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones que haya contraído en virtud de convenios internacionales.

Para solucionar este problema, en el territorio nacional debería existir una organización de gestión colectiva que administre el derecho de reproducción de obras protegidas, con un amplio repertorio, que le permita otorgar a estos establecimientos, o a personas en particular, las licencias de reproducción necesarias. Este tema de las organizaciones de los derechos de reproducción será abordado en el segundo capítulo de este trabajo.

b.5. Modalidad de Ejecución de la Reproducción : Personal y Exclusivo.

Estos dos requisitos tienen como finalidad reducir, aún más, el abanico de posibilidades para que una persona se ampare bajo los efectos jurídicos de la figura de la copia personal. Si se analiza adecuadamente la norma, se le obliga al copista -si desea beneficiarse de los efectos de la norma- a efectuar la reproducción de la obra, de forma personal y exclusiva. Así, el copista debe ejecutar la reproducción manuscrita o mecanografiada, en un solo ejemplar, y sin ánimo de lucro, y **por sí mismo**. Por lo tanto, no se admite la posibilidad de efectuar la reproducción, para uso personal, mediante encargo a otra persona; es decir, no puede encargar a otra persona la realización de la reproducción, sea a título gratuito u oneroso.

En consecuencia, el copista interesado deberá hacer, por sí mismo, su propia copia de la obra, para poder ampararse en la causa de justificación de la copia personal.

Este requisito, junto con el anterior, ofrece consecuencias jurídicas prácticas muy importantes, las cuales ya fueron explicadas y que convierten en ilícitas las actividades donde se ejecutan copias de obras por encargo del usuario.

b.6. Modalidad de uso final de la obra reproducida: Uso Personal

Este aspecto ya ha sido explicado con anterioridad cuando nos referimos al elemento subjetivo y a la determinación terminológica de la "copia privada" y "copia personal". Por lo que su significado ha quedado lo suficientemente clarificado.

En nuestro criterio el uso personal implica que el ejemplar producido por el copista lo usará él exclusivamente, y no saldrá de su ámbito personal. Es decir, no lo transmitirá onerosa o gratuitamente.

5. Planteamiento del problema de la copia personal.

En los términos normativos que utiliza la Ley de Derechos de Autor y de Derechos Conexos la copia personal es una figura que presenta problemas prácticos muy graves que deben ser comprendidos en su verdadera dimensión. A continuación, exponemos la problemática principal que, hemos considerado, debe ser resuelta en nuestro país.

a. El Desarrollo Tecnológico.

Previamente mencionamos que la copia personal, como limitación al ejercicio del derecho exclusivo de autorizar la reproducción de una obra protegida

tiene como fundamento normativo, en el ámbito internacional, el artículo 9.2 del Convenio de Berna. Así mismo, afirmamos que la copia fue admitida como una limitación al derecho patrimonial de reproducción, siempre y cuando fuese hecha en forma personal por el copista, respecto a una parte de una obra protegida y, siempre, para uso exclusivo del copista.

Sin embargo, esta autorización era muy restringida en virtud de las posibilidades técnicas vigentes, donde la posibilidad de efectuar las copias se limitaban a la forma manuscrita o mecanografiada, y que necesitaban de mucho tiempo y esfuerzo. Esto hacía que la categoría de obras susceptibles de copia personal fueran las obras de carácter textual. En este momento histórico la figura de la copia personal se puede denominar como una "copia personal de modelo clásico" que solamente admitía la manuscrita y la mecanografía, como "**medio tipográfico**" para efectuar la reproducción de la obra de carácter textual.

Hoy día la situación es distinta. El desarrollo de nuevas tecnologías permitió la introducción de sistemas de reproducción, **no tipográficos**, más rápidos, baratos y con un alto grado de perfección. Si bien, al inicio, toda tecnología es costosa y de difícil acceso para las masas, el tiempo y un alto grado de competitividad se encargaron de reducir los precios y la brecha entre los consumidores y los sistemas de reproducción privados. La incursión de las máquinas fotocopadoras al mercado mundial, a principios de los años cincuenta, cambia la forma de percibir el fenómeno de la copia personal. Posteriormente, arribaron las radiograbadoras que facilitaron la reproducción de obras sonoras;

luego, ocurrió lo mismo respecto a las obras audiovisuales; y recientemente la tecnología digital se ha encargado de facilitar la conversión al formato digital de obras sonoras, audiovisuales, gráficas y de texto. El ejemplo por excelencia de esto último es la red mundial de información Internet, que ha obligado a replantearse el tema de los derechos de autor y derechos conexos en la era digital.

Así, las máquinas fotocopadoras, radiograbadoras, videograbadoras, y los últimos recursos introducidos con la tecnología digital, que conjuga tanto video, como audio y texto, se convirtieron en instrumentos de uso diario y común por parte de los usuarios de las obras del intelecto.

En resumen, el desarrollo tecnológico promueve la incursión de "**medios no tipográficos**" idóneos para obtener una reproducción de cualquier tipo de obras protegidas por el derecho de autor y los derechos conexos.

Este resultado tiene efectos muy graves sobre la forma de concebir el fenómeno de la reproducción de obras protegidas, la extensión y la vigencia del derecho patrimonial de reproducción.

En la actualidad las elevadas cifras correspondientes al perjuicio económico producido por la reproducción ejecutada mediante **medios no tipográficos** se han convertido en una realidad que no puede pasar inadvertida.

b. Insuficiencia de la copia personal para adaptarse al desarrollo tecnológico.

En atención a estos cambios, los distintos ordenamientos jurídicos que trataban el derecho de autor y los derechos conexos efectuaron una labor dirigida a adaptar la figura de la copia personal a los nuevos medios de reproducción creados por el desarrollo tecnológico.

Este proceso de adaptabilidad se efectuó sobre varios elementos integrantes de la copia personal y que, esencialmente, requerían ser modificados: el elemento objetivo, la modalidad de la reproducción y la modalidad de su ejecución. Para el desarrollo de este punto, debemos afirmar que las modificaciones introducidas a las categorías de obras susceptibles de ser reproducidas van a modificar de forma paralela la modalidad de reproducción y la modalidad de ejecución de esa reproducción; por lo tanto, las variaciones serán expuestas de forma conjunta.

Respecto al elemento objetivo se comprendió la necesidad de ampliar la categoría de obras susceptibles de reproducir bajo el supuesto de la copia personal. En un inicio, las obras que se podían reproducir mediante la figura de la copia personal eran las obras textuales, y ello explicaba que solamente se admitiera a la reproducción manuscrita y mecanografiada como modalidades propias de la copia personal de una obra.

Sin embargo, la realidad demostró que era necesario ampliar el elemento objetivo del supuesto de hecho de la copia personal a otro tipo de obras como las sonoras y audiovisuales pero, sometiéndolas a estrictas restricciones para evitar los abusos.

Para desarrollar este punto podemos efectuar una división en dos aspectos. Por un lado las obras textuales y por otro las obras sonoras y audiovisuales.

Respecto a las obras impresas de carácter textual, se llega a admitir la posibilidad de efectuar su reproducción a través de la técnica de la reprografía; es decir, por medio de los equipos de fotocopiado. Sobre el concepto de la reproducción reprográfica, Carlos Rogel nos dice:

*"La reproducción reprográfica de una obra consiste en hacer una copia facsímil del original o una copia de la obra que no sea para almacenarla en forma electrónica (digital-óptica)."*⁸⁰

En el mismo sentido, y aclarando, por copia facsímil se entiende:

*"Ejemplar que reproduce una copia tangible visualmente perceptible y bidimensional (incluido el original) de una obra (distinta de una obra audiovisual y, generalmente, una obra literaria o gráfica) sin otros cambios que el de eventualmente reducir o ampliar el tamaño de la copia o la modificación de la calidad de la copia (incluida la reproducción en blanco y negro de copias en color) que puede resultar de la técnica de la copia."*⁸¹

⁸⁰ Memorandum O.M.P.I., Parte II, en derecho de autor, año IV, número 4/1992, p. 65, citado por ROGEL VIDE, *op. Cit.*, p. 84.

⁸¹ *Ibid.*, p. 84.

En atención a este fenómeno, se admitió la posibilidad de que el usuario efectuara una reproducción reprográfica de la obra mediante el encargo, a otra persona, y que, posteriormente, dispondría para su uso personal. Esto reflejaba la existencia, en el mercado, de centros de fotocopiado que ofrecían sus servicios a los usuarios, principalmente porque la adquisición de estos equipos resultaba muy difícil para ellos.

Además, se restringió la extensión de la reproducción; es decir, el porcentaje de la obra que podía ser reproducido al amparo de la figura de la copia personal. Si mediante las técnicas manuscritas y mecanografiadas no resultaba importante limitar la amplitud de reproducción que se autorizaba, la utilización de los métodos no tipográficos obligaba a adoptar una postura contraria. Así, muchas legislaciones prohibieron la reproducción total de la obra y la limitaron a algún parámetro (páginas, párrafos, palabras, estrofas, porcentajes, etc.).

La aceptación de la reproducción reprográfica derivó de la importancia del fenómeno causado por este tipo de máquinas que, al inicio, era poco difundido y, por lo tanto, no permitía prever los efectos negativos que produciría en el futuro. Por ello, en el inicio del desarrollo de esta actividad, la reproducción reprográfica se consideró como irrelevante para los intereses de los titulares del derecho de reproducción que al tenor del art. 9.2 del Convenio de Berna resultaba admisible. Sin embargo, el vertiginoso y extendido desarrollo de estos equipos hicieron repensar el futuro de esta autorización.

El objeto de la copia personal se amplió para cubrir a las obras sonoras y audiovisuales. Se permitió la reproducción, en un solo ejemplar, para uso personal, sin ánimo de lucro, de obras sonoras y audiovisuales pero a través de los propios medios domésticos del copista sin poder encargar a otra persona su realización.

La realidad permitió comprender que las personas efectuaban a lo interno de sus hogares copias de obras protegidas con el fin de utilizarlas para su uso personal y de esparcimiento. Estas obras eran recibidas a través de una señal radiodifundida como la radio o la televisión y decidían reproducirla a través de la radiograbadora o de la videograbadora, para su disfrute personal. También, ocurría que el titular de una colección de música pretendiera efectuar una compilación de sus obras predilectas, y las reprodujera en un único soporte para escucharlo dentro de su ámbito estrictamente personal. Estas reproducciones eran realizadas a través de medios artesanales y no tenían un fin comercial.

Este entorno social hizo necesario comprender la necesidad de autorizar a los usuarios para realizar una copia personal de las obras sonoras y audiovisuales siempre y cuando fueran realizadas en el ámbito doméstico del copista, por sus propios medios, de forma personal sin poder encargar su ejecución a una tercera persona. Estos requisitos pretendían mantener el fenómeno dentro del supuesto social que le dio origen, sin extenderlo de forma desproporcionada. Dentro de la doctrina es posible encontrar la utilización del término "*grabación en el hogar*" para referirse a esta reproducción.

Debemos mencionar, en este punto, que la admisión de esa reproducción doméstica de obras sonoras y audiovisuales tenía como supuesto la poca extensión y difusión de los equipos para su realización tal y como sucedía con las máquinas fotocopadoras; y que la realidad de los tiempos modernos hizo cambiar este supuesto, obligando a su replanteamiento.

El desarrollo de la tecnología permitió la introducción de medios no tipográficos para la reproducción de obras protegidas por los derechos de autor y los derechos conexos, que motivó, a su vez, la ampliación del elemento objetivo de la copia personal abarcando no solo a las obras impresas a través de la reproducción reprográfica, sino a las obras sonoras y audiovisuales.

c. La problemática que plantea la copia personal de obras protegidas.

La problemática que plantea la copia personal de obras protegidas viene siendo planteada por muchos autores, y dentro de esta línea de pensamiento se encuentran respaldados los comentarios de Rogel Vide que, mencionando a Patrick Masouye, explica, al respecto lo siguiente,

"Dentro de la tendencia que vengo exponiendo, Patrick Masouye [...] pone en tela de juicio el que la copia privada realizada mediante aparatos destinados al efecto pueda comprenderse dentro de los supuestos de libre reproducción contemplados en el artículo 9.2 del Convenio de Berna, argumentando que, cuando el perfeccionamiento de los aparatos permite realizar reproducciones a domicilio en gran cantidad, el criterio del uso estrictamente privado no puede considerarse, sin más, determinante, al aparecer el aspecto cuantitativo como un elemento "perturbador" de la explotación normal de la obra, apostillando que, en su

*opinión, la copia privada no debe de incluirse dentro de las excepciones al derecho de reproducción. Se trata -dice- de un nuevo modo de explotación de las obras y, en cuanto tal, los usuarios deben de pagar por este tipo de utilización."*⁸²

En ese mismo sentido, Delia Lipszyc afirma, que

*"El efecto acumulativo de todas las actividades individuales de reproducción se incrementó de tal manera que se convirtieron en una forma normal de explotar la obra."*⁸³

El problema de la copia personal de obras protegidas se resume en la relevancia jurídica y económica que esta adopta. La relevancia económica está justificada en virtud del perjuicio económico que produce el fenómeno de la copia personal sobre los ingresos económicos de los titulares del derecho de reproducción.

¿Cuánto se sabe de la copia de obras protegidas en nuestro país? Prácticamente nada. Por esta razón, para conocer la cantidad de fotocopias, el contenido del material fotocopiado, los sectores en los que se fotocopia, etc., se debe acudir a otras regiones del mundo, donde sí se han efectuado estudios estadísticos sobre el fenómeno de la copia, especialmente sobre la reprografía.⁸⁴

⁸² PATRICK MASOUYE, citado por ROGEL VIDE, *op. Cit.*, p. 90.

⁸³ LIPSZYC (Delia). *Derecho de Autor y Derechos Conexos*, Buenos Aires, Ediciones UNESCO/CERLALC/ZAVALIA, 1993, p. 226.

⁸⁴ Un ejemplo de estos estudios se encuentra en STOKKMO (Olav). La gestión de los derechos de reproducción reprográfica en el mundo. *Seminario regional para América Latina organizado por OMPI y IFFRO*, Buenos Aires-Argentina, del 08 al 10 de febrero de 1999; o en la página en Internet de la organización noruega administradora de los derechos de reproducción <http://www.kopinor.no>.

Un informe de la Unión Europea de marzo de 1991 indica que aproximadamente 260 millones de fotocopias de material protegido se obtienen anualmente en el mundo entero. Según la fuente, para dar una idea de los términos económicos de este fenómeno se puede decir que estas copias equivalen a 1.5 billones de libros de 200 páginas cada uno; es decir, unas 500000 mil páginas por minuto; y para 1999 se hablaba de 300 billones de páginas.⁸⁵

Las consecuencias económicas de la reproducción reprográfica son muy difíciles de cuantificar en cifras exactas; al igual que sucede con la reproducción de obras sonoras o audiovisuales. Todos los estudios resultan ser aproximaciones al fenómeno que nos permiten tener una idea sobre su magnitud.

La reproducción de obras protegidas, efectuada sin autorización y sin remuneración, se realiza en grandes magnitudes, y que en términos económicos esta actividad representa un perjuicio grave a todos los titulares de derechos de obras de autor y derechos conexos: autores, artistas, intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y de videogramas, y editores.

En segundo lugar, el fenómeno de la copia personal representa una relevancia jurídica plena que merece ser valorada en su correcta dimensión. Por un lado, la reproducción reprográfica de obras protegidas ha adoptado una dimensión cuantitativamente exorbitante que la ha hecho convertirse en una

⁸⁵ Ver STOKKMO (Olav), *op. Cit.*, p. 1.

forma más de explotación de las obras, y con ello en un derecho patrimonial exclusivo de su titular. Bien lo señaló, anteriormente, Rogel Vide cuando reiteró la afirmación de Patrick Masouye donde afirmó que se trata de un nuevo modo de explotación de las obras y, en cuanto tal, los usuarios deben de pagar por este tipo de utilización.

El aspecto que pretendemos señalar con detalle es el reconocimiento del derecho de reproducción reprográfica de obras impresas y el derecho de grabación doméstica de obras sonoras y audiovisuales, como formas especiales de reproducción y, por lo tanto, deben considerarse como derechos patrimoniales exclusivos del titular del derecho de reproducción. Así mismo, que la amplitud del fenómeno no permite considerar a la copia personal como una limitación, a los derechos de autor y los derechos conexos, para reproducir una obra de forma libre y gratuita.

d. La insuficiencia normativa de la copia personal y del derecho de reproducción en el ordenamiento jurídico costarricense.

Existe todo un conjunto de disposiciones legales integrantes del derecho supralegal y constitucional de nuestro país, ya mencionadas con antelación en este trabajo, y que aseguran una protección y vigencia plena de los derechos de autor y los derechos conexos.

La Ley derechos de autor y derechos conexos señala en el artículo 7, que *"Toda persona puede utilizar, libremente, en cualquier forma y por cualquier*

proceso, las obras intelectuales pertenecientes al dominio público, [...]”, interpretado a contrariu sensu, “nadie puede utilizar, libremente, en cualquier forma y por cualquier proceso las obras intelectuales pertenecientes al dominio privado”. Y, agrega -la Ley- en el artículo 16, “1. Al autor de la obra literaria o artística le corresponde el derecho exclusivo de utilizarla. [...]. Por consiguiente, compete al autor autorizar: a) [...]. b) La reproducción. [...]”; y en el artículo 17, “Corresponde exclusivamente al titular de los derechos patrimoniales sobre la obra, determinar la retribución económica que deban pagar sus usuarios.”

Dentro de los derechos de autor y conexos rige el principio de que el titular posee, respecto a su obra, todos los derechos patrimoniales exclusivos de explotación, los cuales son oponibles *erga omnes* a todo tercero, que compone la colectividad de usuarios.

Para alcanzar un punto de equilibrio entre los intereses mutuamente conflictivos, por un lado, de los titulares de las obras del intelecto (correspondiente al derecho de recibir una remuneración económica por el uso de sus obras) y, por el otro lado, el derecho de los usuarios (acceder a la educación, a la cultura e información), se permite el establecimiento de limitaciones al ejercicio de esos derechos patrimoniales. Estas limitaciones deben cumplir con la prueba de las tres fases contemplada por el Convenio de Berna, entre otros límites impuestos por la Constitución Política.

Estas limitaciones son la excepción a la regla y por ello estamos obligados a interpretar restrictivamente toda limitación a los derechos legítimos de su titular. Así, a partir de una lectura del ordenamiento jurídico costarricense podemos decir que la reproducción reprográfica no se encuentra contemplada en la disposición que regula la copia personal; y lo mismo cabe señalar respecto a una diversidad de modalidades de reproducción que se realizan de forma ilegal día a día en la sociedad costarricense, de obras sonoras, audiovisuales y hasta digitales.

Por lo tanto, la actividad reprográfica no puede efectuarse sin autorización previa del titular, y sin previo pago de la remuneración económica correspondiente, porque no está contemplada en el supuesto de la copia personal. Y lo mismo aplica a otras modalidades de reproducción.

Es posible que el estimable lector juzgue muy extremista esta afirmación y, además, perjudicial para los intereses de la sociedad al producir grandes conflictos; y quizás hasta egoísta. Esta posición es razonable por cuanto, actualmente, existe una aceptación social generalizada sobre el hecho de utilizar libremente las obras del intelecto sin requerir una autorización y sin efectuar un pago por ese acto; más bien, la sociedad reprocha la conducta del titular que ejercita sus derechos legítimos y los defiende, por valorarla como una conducta egoísta de su parte.

Sin embargo, tenemos un problema y ello es incuestionable. La Constitución Política, el Derecho supra legal y legal de nuestro país le otorgan

derechos legítimos a los titulares de derechos sobre las obras del intelecto. Entonces, ¿Qué se debe hacer?.

Por un lado, podríamos optar por buscar una congruencia entre la realidad formal, fijada en las normas, y la realidad material mediante la supresión del derecho de reproducción a los titulares de los derechos de autor y conexos, siguiendo una postura social extrema. Esta opción, simplemente, no es viable adoptarla en un Estado de Derecho.

Por otro lado, tenemos la posibilidad de prohibir cualquier acto de reproducción, no autorizada por el titular del derecho, estableciendo sanciones civiles y penales para su infracción. Actualmente, así lo tenemos regulado en nuestro país, pero los resultados de estas disposiciones no tienen ninguna eficacia, porque la actividad de reproducción continúa desarrollándose de forma plena, sin mostrar un descenso.

Si se pretende solucionar el problema, la búsqueda debe efectuarse sobre la base del principio de equilibrio de los intereses en conflicto.

Un detalle importante debe acotarse sobre la actividad reprográfica, y otras modalidades de copia. El Estado de Costa Rica es un sujeto de derecho internacional que ha adquirido obligaciones de carácter internacional y que tiene como fin respetar los derechos de autor y conexos dentro del territorio, a partir de un marco jurídico de protección mínima.

Así, el funcionamiento de un establecimiento comercial dedicado a efectuar, por encargo, la reproducción de una obra que el mismo usuario le presenta, solamente se puede conceder condicionado a que la obra que se pretende reproducir no se encuentre protegida, en cuanto el aspecto patrimonial, por los derechos de autor y los derechos conexos (ya sea porque venció el plazo de protección, o el titular respectivo renunció su derecho), o cuando, estando protegida la obra, el usuario cuente con la autorización respectiva. Por lo tanto, la reproducción reprográfica de obras protegidas, sin la autorización del titular respectivo, efectuada en estos establecimientos sería una conducta constitutiva de un delito, donde los dirigentes del establecimiento son autores directos del ilícito penal.

Esta situación se asemeja mucho al famoso caso NAPSTER. Esta es una empresa que colocó a disposición de los usuarios de la red Internet un sitio para el intercambio de música, en un formato de compresión determinado (MP3). Esta actividad de intercambio, que en el fondo era una reproducción masiva de obras protegidas, se efectuaba sin autorización de los titulares del derecho de reproducción de la música y, obviamente, sin remunerarlos económicamente por ello. Los tribunales de justicia estadounidenses determinaron que la actividad realizada por los usuarios del sitio era ilegal y la empresa dueña era responsable, del perjuicio cometido contra los intereses legítimos de los respectivos titulares, por permitir que esa actividad se ejecutara a su vista y paciencia, sin hacer nada por impedirlo. La justicia estadounidense obligó a la empresa NAPSTER a sacar de la red el sitio especificado, e indemnizar a las personas perjudicadas.

El razonamiento en el caso NAPSTER se puede asimilar a los establecimientos comerciales dedicados a efectuar, por encargo, la reproducción de obras protegidas sin autorización del titular y sin remunerar por ello. Estos establecimientos, si bien pueden funcionar para efectuar copias que cumplan con determinados requisitos, cuando destinan los recursos materiales, de que disponen, para reproducir de forma ilícita no pueden evadir su responsabilidad. No pueden alegar que el usuario les encarga la copia y son ellos quienes tienen el deber de contar con la autorización respectiva. Igual razonamiento ocurriría en los casos de autorservicio donde el propietario de un local determinado coloca a disposición de los usuarios las máquinas reproductoras para que sea él mismo quien efectúe la reproducción.

Pero, la realidad ha hecho más complejo el problema porque, actualmente, no solo existen en el mercado, legal o informal, los servicios de fotocopiadoras sino que están disponibles los servicios de reproducción, por encargo y de auto servicio, de discos compactos o DVD, en los denominados "café Internet", por ejemplo.

Así, el caso del establecimiento comercial dedicado a efectuar, por encargo, la reproducción de obras protegidas sin autorización del titular constituye una actividad delictiva que el Estado de Costa Rica está obligado a reprimir, para no incurrir en responsabilidad por el incumplimiento de obligaciones internacionales y sus correspondientes sanciones. Sin embargo, este no es el caso en nuestro país, y por ello no extraña que aparezcamos, por esta y otras

razones, dentro de la lista de países que más permiten la violación de los derechos de autor y conexos al no efectuar una eficiente protección jurídica.

La realidad nos demuestra algo totalmente distinto a lo promulgado por las normas jurídicas. La copia personal tal y como se encuentra regulada en el ordenamiento jurídico costarricense no tiene eficacia plena. No posee una vigencia en la sociedad, ni las normas que, se supone, constituyen recursos jurídicos idóneos para proteger los derechos de autor y los derechos conexos.

Pero, la copia personal no es el problema, porque el supuesto de hecho, tal y como se encuentra descrito en la norma, constituye una limitación que satisface, salvo ciertos detalles mínimos, la prueba de las tres fases regulada en el Convenio de Berna. De hecho, la norma es tan restrictiva que el porcentaje de usuarios que realizan una copia personal de una obra es muy baja, debido a que los usuarios optan por efectuar la copia, para su uso personal, a través de la reprografía u otros medios no tipográficos que no están permitidos, pero son más fáciles y económicos.

La realidad es la siguiente: la mayoría de las copias efectuadas hoy día son mediante máquinas fotocopadoras, reproductores de video, discos compactos, o "DVD"; y así mismo, mediante la descarga de información digital desde la Internet. Esta realidad dista mucho de la reproducción manuscrita o mecanografiada que autoriza la norma para amparar la copia personal.

Existe toda una actividad lucrativa que gira en torno a la comercialización de máquinas destinadas a la reproducción de obras intelectuales, y de material "virgen" o "en blanco", que van a constituir los soportes materiales que almacenarán la obra reproducida (cassettes de audio y video, discos compactos, DVD, etc.). El hecho es innegable, existe un sector en la sociedad que facilita a los usuarios de obras los medios adecuados para su reproducción a un bajo costo, de forma rápida y de alta calidad, en claro y evidente perjuicio de los titulares de derechos de autor y derechos conexos.

La Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos presenta una norma que regula de forma insuficiente la figura de la copia personal, produciendo un perjuicio significativo a los titulares de los derechos de reproducción sobre las obras que son objeto de reproducción ilegal. La realidad social obliga al legislador y al Estado a efectuar un análisis de relevancia jurídica para establecer las soluciones idóneas que deben adoptarse para solucionar la problemática planteada y garantizar una efectiva vigencia de los derechos de autor y los derechos conexos en nuestro país.

Con el fin de presentar una solución realista al problema que hemos expuesto vamos a ofrecer, en la siguiente sección, una aproximación al Sistema de Remuneración Compensatoria por Copia Personal que se introdujo varios decenios atrás en países europeos con el fin de reducir los perjuicios económicos que representaba el fenómeno de la copia personal, y que tiene, hoy día, un gran éxito y desarrollo.

B. El Sistema de Remuneración Compensatoria por Copia Personal.

La copia personal como limitación al derecho exclusivo de reproducción adquirió, con el devenir del tiempo y las transformaciones sociales ocurridas, una relevancia económica que obligó a replantearse su vigencia y eficacia dentro de los ordenamientos jurídicos.

Varios autores concluyen que la incursión de los medios de reproducción no tipográficos más rápidos, baratos y de alta calidad, producto del desarrollo tecnológico hicieron imposible seguir aceptando la existencia de la copia personal como limitación al derecho de reproducción, autorizando un uso libre y gratuito.⁸⁶ Para solucionar el problema muchos países empezaron a establecer los remedios jurídicos necesarios. Aquí es donde surge la figura de la remuneración compensatoria por copia privada, denominada por Rogel Vide como la solución menos mala, dentro de las factibles.⁸⁷

En esta sección, vamos a exponer los aspectos más importantes del Sistema de Remuneración Compensatoria por Copia Personal como una figura jurídica que puede solucionar el estado de desprotección de los titulares de los derechos de autor y los derechos conexos en Costa Rica, en el ámbito de la reproducción por copia personal.

⁸⁶ En ese sentido se pronuncian LIPSZYC, p. 226-228; y Botana y Ficsor, citado por ROGEL VIDE, p. 89-90.

⁸⁷ Ver ROGEL VIDE, op. Cit., p.101.

1. Nacimiento Histórico

La remuneración compensatoria por copia personal surge -según explicación de Delia Lipszyc- en la República Federal de Alemania mediante sentencia dictada por el Tribunal Federal de Justicia el 29 de mayo de 1954.⁸⁸ Esta resolución judicial admitió la procedencia de una demanda de remuneración por las reproducciones de obras protegidas; que posteriormente, dio origen a su introducción en la Ley sobre derecho de autor sancionada en 1965, estableciéndose el derecho del autor a exigir el pago de una remuneración económica al fabricante de los aparatos que permitían la reproducción de sus obras.

Delia Lipszyc continúa diciendo que posteriormente varios Estados empezaron a incluir dicha figura dentro de sus legislaciones nacionales y para finales de 1988 once países ya la contemplaban.⁸⁹ A palabras de Delia Lipszyc, la remuneración compensatoria por copia personal surge cuando se advierte que:

*"[...] cuando se utilizan aparatos técnicos no tipográficos para realizar la reproducción gráfica, sonora o audiovisual, se debía devengar una remuneración por esas actividades para paliar las ingentes pérdidas que para los autores, intérpretes, editores y productores representaba la explotación paralela que el público realiza de las obras, interpretaciones y productos culturales, y que la recaudación y distribución de la remuneración compensatoria por copia privada sólo podía realizarse a través de organizaciones de administración colectiva."*⁹⁰

⁸⁸ LIPSYC (Delia). Derecho de Autor y Derechos Conexos, Buenos Aires, Ediciones UNESCO/CERLALC/ZAVALIA, 1993, pp. 242-243.

⁸⁹ LIPSYC señala que dentro de los países que decidieron incluir en sus legislaciones la remuneración compensatoria por copia personal, los siguientes: Austria, Congo, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Hungría, Islandia, Noruega, Portugal y Suecia. *Ibid.*, p. 242.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 227; La idea final que expresa Lipszyc, donde señala que la recaudación y distribución de la remuneración compensatoria solo podía realizarse a través de las organizaciones de gestión colectiva, constituye el eje central del segundo título de este trabajo y, por ello, solamente lo mencionamos.

En este apartado del trabajo, nos vamos a dedicar al análisis del sistema de remuneración compensatoria por copia personal como solución al problema que ya hemos planteado.

Sobre los aspectos generales, Lipszyc señala que la figura tuvo el objetivo de mantener vigente la libre reproducción para uso personal del copista, pero eliminando la gratuidad porque obliga

*"[...] al pago de una remuneración equitativa por la copia privada por reproducción reprográfica de obras impresas y por la reproducción doméstica ("casera" o "en el hogar") para uso personal de obras musicales y audiovisuales."*⁹¹

Esta solución surgió a partir de la fotocopia de un material protegido: Una empresa industrial reproducía artículos de periódicos científicos para el uso de sus expertos. El Tribunal Federal Alemán declaró que la actividad servía a los objetivos comerciales de la empresa, no constituyendo un caso de libre utilización conforme a la noción de uso privado y, por lo tanto, era contrario al derecho de autor.⁹²

Posteriormente, la Ley de Derecho de Autor de 1965 autorizó la realización de copias individuales de obras protegidas, para uso personal, sin la obligación de pagar remuneración alguna. Además, se permitió reproducir, un

⁹¹ LIPSZYC (Delia). Derecho de Autor y Derechos Conexos, Buenos Aires, Ediciones UNESCO/CERLALC/ZAVALIA, 1993, p. 227.

⁹² OMPI. Introducción a la Gestión Colectiva del Derecho de Autor y los Derechos Conexos, Seminario de Introducción al Derecho de Autor y a los Derechos Conexos, Ginebra, del 09 al 11 de octubre de 1996, p. 25.

único ejemplar de una obra protegida, para el uso científico propio, para su inclusión en archivos internos y también para usos internos respecto a pequeñas porciones de obras publicadas, artículos publicados en periódicos o publicaciones periódicas, obras agotadas y en los casos de obras en que el titular del derecho de autor no pudiera ser localizado. Por último, se estableció que si la reproducción se ejecutaba con fines comerciales se debía pagar una remuneración equitativa; y la actividad de recaudación y distribución, del canon, se encomendó a las organizaciones de gestión colectiva correspondientes.

A partir de este marco jurídico, las organizaciones concertaron licencias para la reproducción de obras protegidas en los casos contemplados por la ley. Como ejemplo, la Sociedad General de Derechos Literarios concertó un acuerdo con los Ministerios de Cultura de los Estados Federados para la reproducción reprográfica de obras protegidas en las escuelas a cambio de una suma anual global. La remuneración recaudada se distribuyó por partes iguales entre editores y autores, donde la parte correspondiente a los autores se entregó a las asociaciones de autores y se utilizó con fines de bienestar social del gremio. Sin embargo, en el año de 1985, se efectuaron modificaciones al sistema contemplado en la ley:

"Conforme a la nueva ley está permitido efectuar o hacer efectuar copias de pequeñas partes de una obra impresa o de una contribución publicada en periódicos para fines de uso personal y para la enseñanza en instituciones docentes no comerciales, en la cantidad requerida para una clase escolar o para exámenes oficiales en escuelas, universidades e instituciones docentes no comerciales. En tres casos se impuso la prohibición absoluta de la reproducción reprográfica sin el consentimiento del autor:

respecto de libros enteros o periódicos enteros, registros gráficos de obras musicales (partituras), y programas de ordenador.

La modificación más importante, sin embargo, consiste en la introducción de una licencia legal para todos los casos en que no se necesita el consentimiento de los autores para efectuar la reproducción. Los legisladores consideraron que los progresos tecnológicos realizados desde 1965 habían llevado a que las copias privadas se efectuasen en una escala que perjudicaba indebidamente los intereses legítimos de los autores, y que ese perjuicio podría eliminarse, o por lo menos atenuarse, mediante disposiciones sobre una remuneración equitativa por tal utilización. En consecuencia, el régimen de licencia legal también comprende las copias privadas"⁹³

En virtud de las variantes introducidas en la legislación alemana, se establece un "sistema híbrido de gravámenes".⁹⁴ El sistema se denomina híbrido porque, por un lado, se establece un gravamen que debe pagarse sobre cada uno de los equipos reproductores (máquinas fotocopadoras), y sobre los soportes materiales utilizados en la reproducción, independientemente de que se utilice en los hogares o fuera de ellos, mediante un pago global y único, que debe ser abonado por los fabricantes o importadores; y por otro lado, se establece un gravamen a los usuarios de esos equipos, y que se paga independientemente del anterior, según el formato de las copias que se produzcan, fundamentado en que fuera de los hogares se reproducen obras protegidas: escuelas, universidades, bibliotecas públicas, locales de fotocopiado, etc.⁹⁵

⁹³ OMPI. Introducción a la Gestión Colectiva del Derecho de Autor y los Derechos Conexos, Seminario de Introducción al Derecho de Autor y a los Derechos Conexos, Ginebra, del 09 al 11 de octubre de 1996, p. 26.

⁹⁴ Ibid.

⁹⁵ Ibid.

De esta forma se distingue entre la reproducción efectuada en los hogares y los restantes casos en los cuales la reproducción es mayor y donde el canon aplicado a los usuarios se determina sobre la base de un método de muestreo, y el derecho a recaudar esos gravámenes por fotocopias puede ejercerse, únicamente, por medio de organizaciones de gestión colectiva.⁹⁶ A partir de estos planteamientos, se inspiraron otros países europeos para desarrollar este sistema, hasta crear en la actualidad toda una institución dentro de los derechos de autor y conexos.

Delia -explica- que el sistema de la remuneración compensatoria por copia personal obliga a terceras personas responsables al pago de una remuneración económica dirigido a quienes se ven perjudicados por la reproducción (autores, artistas intérpretes o ejecutantes, editores y productores de fonogramas), distintas a los usuarios que son los destinatarios de la copia personal.⁹⁷ Por último, Lipszyc señala la exigencia de que la copia personal sea realizada de forma parcial respecto a una obra ya publicada con autorización del autor y que, cuando verse sobre grabaciones sonoras y audiovisuales, la copia sea realizada de forma doméstica, no por encargo, aunque sea de forma artesanal, y aunque el copista aporte el ejemplar a reproducir.⁹⁸

⁹⁶ OMPI. Introducción a la Gestión Colectiva del Derecho de Autor y los Derechos Conexos, Seminario de Introducción al Derecho de Autor y a los Derechos Conexos, Ginebra, del 09 al 11 de octubre de 1996, p. 26.

⁹⁷ LIPSZYC (Delia). Derecho de Autor y Derechos Conexos, Buenos Aires, Ediciones UNESCO/CERLALC/ZAVALIA, 1993, p. 227.

⁹⁸ Ibid., pp. 227-228.

El sistema planteado se puede describir de la siguiente forma: La ley obliga a pagar una remuneración económica fija y única a los fabricantes e/o importadores, en el territorio nacional, de: primero, equipo no tipográfico, destinado a la reproducción, local, de obras protegidas; y, segundo, respecto a los materiales en blanco o "vírgenes" que serán los soportes materiales utilizados para la reproducción. Este pago se efectúa a cambio de la autorización para efectuar copias personales, y con el fin de compensar el perjuicio patrimonial que sufre el titular del derecho exclusivo de reproducción. Esta remuneración será recolectada y distribuida correctamente por una organización de gestión colectiva que administre el derecho de reproducción.

La copia personal, efectuada de forma *manuscrita o mecanografiada* no genera remuneración económica alguna, y no debería generarla porque el criterio de insignificancia de esta actividad se mantiene vigente (siempre que se conserven los restantes requisitos que componen la figura de la copia personal en su sentido "clásico"). Sin embargo, la copia personal efectuada por medio de aparatos técnicos no tipográficos, aunque cumpla con los requisitos de la copia personal, sí representa una actividad que perjudica gravemente los derechos legítimos de reproducción y, por lo tanto, sí debe generar una remuneración económica en favor del titular del derecho perjudicado, en virtud de lo fácil que es la reproducción total de la obra y en varios ejemplares.

A partir del análisis de estos dos tipos de reproducción, copia personal manuscrita y mecanografiada y la copia personal mediante medios no

reprográficos, podemos identificar una serie de elementos que se mantienen invariables, y donde la principal modificación esencial es respecto al medio empleado en la ejecución de la reproducción. La diferencia en el medio determina el surgimiento de la obligación de remunerar económicamente al titular perjudicado. Contrario a la copia personal, "la copia privada" sí requiere la autorización del titular respectivo y el pago de la remuneración respectiva.

2. El sistema de remuneración compensatoria por copia personal como licencia no voluntaria.

Respecto al sistema de remuneración compensatoria por copia personal debemos señalar a Delgado, quien:

*"La tesis más extendida sobre el canon por copia privada es la de la licencia legal indirecta."*⁹⁹

Esta afirmación sigue las recomendaciones de la UNESCO y la OMPI que recomiendan la inclusión de esta figura mediante el sistema de licencias no voluntarias indirectas y que Ficsor fundamenta de la siguiente manera:

*"Es absolutamente imposible el controlar la copia a escala individual y, en este sentido, el ejercicio tradicional de los derechos exclusivos de autor mediante una autorización separada para cada utilización no permite una aproximación realista al tema. Consiguientemente, han sido propuestas, como soluciones posibles, por los órganos competentes de la UNESCO y de la OMPI, las licencias obligatorias indirectas..., o -como último resorte- las licencias legales indirectas."*¹⁰⁰

⁹⁹ DELGADO (Antonio) citado por ROGEL VIDE, op. Cit., p. 91.

¹⁰⁰ FICSOR (Mihály) citado por ROGEL VIDE, op. Cit., p. 91.

En este apartado, interesa resaltar el carácter de licencia no voluntaria que tiene este sistema.¹⁰¹

Anteriormente explicamos que el sistema de licencias no voluntarias es de carácter excepcional, y dentro de las situaciones que permitían su aplicación se encontraban los casos de usos masivos e incontrolables, como lo es la copia personal. Este sistema se distingue por permitir el uso libre de la obra, no requiriendo autorización del titular, pero condicionado al pago de una remuneración económica. Existen dos tipos de licencias no voluntarias: legales y obligatorias; siendo, a su vez, directas o indirectas; y, respecto a la licencia indirecta, Ficsor nos señala que:

*"El aspecto esencial de esas licencias indirectas estriba en que no es necesaria ninguna autorización para copiar..., más, a cambio, se percibe un canon o regalía particular sobre el material..., regalía que es incorporada al precio de estos productos y pagada, a fin de cuentas, por los copistas."*¹⁰²

El sistema de remuneración compensatoria por copia personal se introduce en el ordenamiento jurídico a través del sistema de licencia no voluntaria, de carácter legal. Esto es así, porque la ley sustituye al titular del derecho exclusivo para otorgar la autorización respectiva, condicionándola al efectivo pago de una remuneración, que pagan terceras personas distintas a los

¹⁰¹ En el mismo sentido Delia Lipszyc dice: *"Con mucha frecuencia, la remuneración por copia privada es considerada la resultante de una licencia no voluntaria, de esta manera está planteada en el proyecto de Disposiciones tipo de la OMPI (art. 22)."* Derecho de Autor y Derechos Conexos, Buenos Aires, Ediciones UNESCO/CERLALC/ZAVALIA, 1993, p. 241.

¹⁰² FICSOR (Mihály) citado por ROGEL VIDE (Carlos), op. Cit., p. 91.

copistas beneficiarios con la copia personal: fabricantes y/o importadores de equipo de reproducción y soportes materiales aptos para reproducir.¹⁰³

El canón por remuneración compensatoria constituye la contrapartida que se abona para beneficiarse de la autorización de la licencia no voluntaria, legal, generada por la fabricación, importación o explotación de equipos y soportes materiales aptos para obtener copias personales, y **no por el hecho concreto de efectuar la copia**. En atención a ello, el sistema se caracteriza porque la obligación se genera ante **la posibilidad** de utilizar el equipo y los soportes materiales para la reproducción de obras protegidas (no por el hecho concreto de reproducción sino por su eventualidad).

Desde esta perspectiva, se argumenta de la siguiente manera: la Ley, respecto de las copias para uso personal del copista, sustituye al titular del derecho exclusivo en la concesión de la necesaria autorización, pero subordinando la efectividad de esa autorización al pago de una remuneración equitativa; esta remuneración es el canon comentado.

3. Sistemas de Remuneración.

El sistema de remuneración puede fijarse a partir de diferentes supuestos de hecho. En este sentido, tradicionalmente, pueden encontrarse tres tipos de sistemas.

¹⁰³ Ver ROGEL VIDE, op. Cit., p.101.

El primero opta por establecer como supuesto de hecho, generador de la obligación de remuneración, la fabricación e/o importación a los equipos utilizados para efectuar la reproducción. El segundo opta por fijar el supuesto en la fabricación e/o importación de los soportes materiales que permiten la reproducción; y el tercero es un sistema mixto que comprende tanto a los equipos de reproducción como a los soportes materiales utilizados.

Delia Lipszyc y Rogel Vide ofrecen una certera crítica al primer sistema que se centra, únicamente, en el equipo reproductor. Ellos señalan que es posible prever, en algún momento, la saturación de estos equipos en el mercado; por lo tanto, también es previsible que su venta decrezca -pensemos incluso a cero-, mientras que, por otro lado, la actividad reproductora probablemente se mantenga constante o aumente. En consecuencia, aunque las reproducciones se hagan en una gran cantidad, durante mucho tiempo no se cobrará remuneración compensatoria alguna y, por lo tanto, la recaudación, fijada sobre la base del equipo, no reflejará realmente el fenómeno copista ni sus implicaciones perjudiciales para los titulares del derecho exclusivo.¹⁰⁴

En ese mismo sentido Gaubiac agrega que, si bien "este tipo de regalía" sobre los equipos se justifica porque son indispensables para efectuar la reproducción, lo cierto es que, el precio de estos tiende a disminuir por factores

¹⁰⁴ LIPSYC (Delia). Derecho de Autor y Derechos Conexos, Buenos Aires, Ediciones UNESCO/CERLALC/ZAVALIA, 1993, p. 243; y ROGEL VIDE, op. Cit., p. 108.

propios del mercado, y el porcentaje a pagar, señalado por el legislador, hace incompleta la remuneración.¹⁰⁵

El segundo sistema posible, aunque los autores no lo mencionen, sería aquél centrado solamente en los soportes materiales (elementos utilizables como soporte físico de la reproducción, según Delgado¹⁰⁶). Sin embargo, aquí podemos retomar nuevamente el argumento de Gaubiac donde afirma que los equipos son indispensables para ejecutar la reproducción, donde los soportes, por sí solos no servirían de nada, y por lo tanto, ello justifica, también, la existencia de ese tipo de regalía sobre los equipos.

Al final, los tres autores citados terminan apoyando un sistema mixto donde la remuneración se fije tomando en consideración ambos factores, para obtener el sistema más justo: el equipo utilizado para reproducir las obras y los soportes materiales (porque serán los futuros ejemplares de las obras reproducidas).

4. La selección de los equipos y los soportes materiales.

La selección de los equipos y los soportes materiales, a partir de los cuales se derivará el canon por remuneración compensatoria, debe ser objeto de una cuidadosa labor con el fin de incluir solamente aquellos que, por sus características o su naturaleza, no son idóneos, o no se utilizan, normalmente,

¹⁰⁵ GAUBIAC (Yves), citado por ROGEL VIDE (Carlos), op. Cit., p. 108.

¹⁰⁶ Delgado (Antonio), citado por ROGEL VIDE (Carlos), op. Cit., p. 108.

para la actividad reproductiva. La inclusión de unos y otros debe estar respaldada por una fundamentación sólida.

Dentro de este proceso de selección, de los soportes materiales, se pueden identificar claramente a las cintas para almacenar audio y video, los discos compactos, para almacenar, esencialmente, datos, y los discos con formato DVD, para video esencialmente; sin embargo, los dos últimos, al ser propios del entorno digital, son aptos para almacenar todo tipo de información. En correspondencia con estos soportes se encuentran los respectivos equipos que ejecutan la reproducción de las obras en estos formatos.

El principal debate radica en la calificación del "papel" como soporte material. Evidentemente, el papel es el soporte material por excelencia para la actividad reprográfica, sin embargo, existen diferentes tipos de papel, y este como tal, puede tener múltiples aplicaciones. Para aceptar la calificación de soporte material, se debería identificar un papel "especial" para fotocopiadora, y que este sea el único utilizado para esta actividad. Sin embargo, todo tipo de papel es idóneo para fotocopiadora, y es imposible obligar a los establecimientos a utilizar un solo tipo de papel. Además, el mismo papel utilizado para fotocopiadoras es el papel que, normalmente, se comercializa en el mercado para ser usado en tareas distintas a la actividad reprográfica.

El legislador alemán reconociendo la dificultad apuntada eligió una forma particular de solución - afirma Dietz-, sustituyendo el canon al soporte por un

canon de explotación, entendiéndolo esta como una contraprestación para obtener una licencia que permita la utilización colectiva o lucrativa de una obra.¹⁰⁷ Este canon por explotación se encuentra contenido en el artículo 54, párr. 2, inciso 2, de la Ley de Derechos de Autor y Derechos Afines de Obras Protegidas de la República Federal de Alemania:

"Si se explotan aparatos de este tipo en escuelas, escuelas superiores y universidades, así como en establecimientos de formación o ampliación ulterior (centros de enseñanza), instituciones de investigación, bibliotecas públicas o en establecimientos que mantienen dispuestos tales aparatos para hacer fotocopias retribuidas, entonces el autor tiene derecho al pago de remuneración adecuada frente al explotador del aparato."

5. Relación jurídica obligacional: El hecho generador de la obligación.

Desde sus orígenes jurisprudenciales en la República Federal de Alemania, la remuneración compensatoria por copia personal fue una obligación que surgió ante la posibilidad de que los equipos y los soportes materiales fuesen utilizados para efectuar reproducciones de obras, y no por su uso concreto.¹⁰⁸ La figura se presenta mediante varios supuestos de hecho que hacen generar la obligación respectiva:

- a. **Fabricar** equipos o soportes materiales idóneos para la reproducción de obras (siempre que se destinen al territorio donde se producen y no sean exportados, porque de lo contrario no estarían obligados);

¹⁰⁷ DIETZ (Adolf) citado por ROGEL VIDE (Carlos), *op. Cit.*, p. 109.

¹⁰⁸ LIPSZYC (Delia). Derecho de Autor y Derechos Conexos, Buenos Aires, Ediciones UNESCO/CERLALC/ZAVALIA, 1993, pp. 241-242.

- b. **Importar** equipos o soportes materiales idóneos para la reproducción de obras;

La realización del supuesto de hecho condicionante produce un efecto jurídico constitutivo: la obligación de remunerar a los titulares de derechos exclusivos de reproducción que resultan perjudicados.

Bajo estas premisas, cabe la siguiente crítica. No es absolutamente seguro que el equipo o soportes materiales fabricados o importados sean utilizados para la reproducción de obras protegidas. Estos pueden usarse para la reproducción de obras no protegidas, u obras propias (piénsese en los informes contables o reportes dentro de una empresa, o la empresa productora de videogramas o fonogramas); sin embargo, repetimos, aunque sea incongruente dentro de la lógica, la solución propuesta se califica como la menos mala dentro de las factibles. Es preferible ello a una total desprotección de los derechos de autor y conexos, o una prohibición absoluta de efectuar copias personales sino se cuenta con la autorización respectiva (que nunca se cumplirá).

Tomando en cuenta estas situaciones, en las legislaciones de España y Alemania se establecen ciertos casos de exclusión de personas en virtud de la actividad que realizan y la particular disposición que harán de los equipos y soportes materiales adquiridos. Estos casos comprenden a las personas exportadoras de equipos y soportes materiales, por contraposición a los importadores, porque estos no serán utilizados en el territorio nacional donde tiene

vigencia la Ley que fija la obligación de remuneración compensatoria por copia personal. Por otro lado, se encuentran aquellas personas, dedicadas a la producción comercial de fonogramas o videogramas, y que adquieren los equipos y soportes materiales para dedicarlos al desarrollo de su actividad comercial. Asimismo, se incluyen a las empresas dedicadas a la comunicación colectiva que requieren aquellos con el fin de producir el material que será comunicado al público en sus transmisiones; y, por último, Delia Lipszyc nos comenta que la legislación francesa incluye una excepción especial, inspirada en razones de índole humanitaria, respecto a la persona que se dedique a producir las copias para asistir a personas discapacitadas visual o auditivamente.¹⁰⁹

La remuneración compensatoria por copia personal legitima hacer copias personales, nada más, a cambio de una licencia no voluntaria, legal e indirecta. Por lo tanto, las copias colectivas o destinadas a un círculo mayor de personas (privadas), distinto al concepto de uso personal, no está amparado por esta figura, y su ejecución requiere la autorización previa del titular mediante el otorgamiento de una licencia voluntaria, no exclusiva, de uso. Así, distinguimos entre copia personal, la primera, y copia no personal, la segunda.

Por otro lado, la explotación de equipo reprográfico, esencialmente fotocopiadoras, igualmente, debe contar con una licencia general que le permita efectuar copias personales por encargo. Y bajo este criterio, igualmente podría

¹⁰⁹ LIPSYC (Delia). Derecho de Autor y Derechos Conexos, Buenos Aires, Ediciones UNESCO/CERLALC/ZAVALIA, 1993, p. 244.

explotarse equipo no reprográfico como los reproductores de cintas de audio y video, de discos compactos o de discos con formato DVD. De lo contrario estos equipos no pueden ser explotados para efectuar reproducciones por encargo, lo contrario haría ilegal dicha actividad. Sin embargo, aclaramos que ello no impide efectuar las copias para uso personal, de obras audiovisuales (videogramas) o sonoras (fonogramas), porque pueden realizarse, pero deben serlo de forma doméstica. Es decir, la persona interesada debe adquirir el equipo y el soporte material para efectuar la copia de la obra que le interesa; y de forma personal debe efectuar la reproducción, para su posterior uso personal. Piénsese en el caso de grabar una canción ubicada en el disco de un cantante famoso; entonces, la persona tendrá una radiograbadora o un reproductor de discos compactos que le permitirá hacer la copia personal previa adquisición del soporte material consistente en una cinta o un disco compacto, en blanco.

6. Acreedores y Deudores de la remuneración compensatoria por copia personal.

En el sistema de remuneración compensatoria por copia personal encontramos una relación obligatoria que presenta dos sujetos: el deudor y el acreedor, conformados, el primero, por la persona que fabrica o introduce al territorio nacional los equipos y/o los materiales utilizados para la reproducción; y, el segundo, por los titulares del derecho exclusivo de reproducción perjudicados con la actividad copista.

La parte deudora, del canon por remuneración compensatoria por copia personal, está representada, en primer lugar, por las personas, físicas o jurídicas, que fabrican los equipos y materiales que permiten la reproducción, y los colocan en el mercado nacional; en segundo lugar, son deudores quienes los importan para introducirlos en el mercado nacional. A partir de este hecho es que surge otra crítica que se le formula a este sistema. Nevado afirma, respecto a la legislación Española, que:

"No se advierte que relación de causalidad subyace en la norma para designar deudor a las personas propuestas, que parecen serlo por el mero ejercicio de una actividad no conectada lógicamente con la causa de la remuneración."

Esta crítica es totalmente válida, de hecho, ni los fabricantes ni los importadores efectúan copia alguna, sino que facilitan los equipos y soportes a los usuarios para que ejecuten la reproducción, personalmente o por encargo. No debemos olvidar que no se ha planteado una solución total y absolutamente válida, sino que esta es calificada como la solución menos mala dentro de las posibles.

La relación jurídica obligacional surge por la mera posibilidad que ofrecen, los equipos y los soportes materiales, para la reproducción, independientemente de su uso efectivo. No son sujetos obligados los usuarios efectivos de las obras que las reproducen para uso personal en virtud de la dificultad de controlar individualmente el uso individual de las obras, para efectos de determinar el canon por remuneración compensatoria por copia personal.

Cuando se analiza la figura del deudor, podemos darnos cuenta de la razón por la cual la remuneración compensatoria por copia personal adopta la forma de una licencia no voluntaria "indirecta". Delgado afirma que la remuneración la satisface el fabricante o importador del equipo y/o soportes materiales, y por ello obtiene una autorización cuyos efectos se trasladan *ope legis* al copista, que en el fondo es el beneficiario de la autorización, porque él "[...] *efectuará legítimamente la copia en ejercicio de la autorización obtenida por el primero.*"¹¹⁰

Sin embargo, es lógico que en el precio final, ofrecido al copista al momento de efectuar la reproducción para uso personal, estará incluido el importe referido a la remuneración compensatoria correspondiente.

El hecho de trasladar el canon por remuneración compensatoria por copia personal al precio final que paga el copista representa un hecho que debe ser tomado en cuenta al momento de incluir esta figura dentro del ordenamiento jurídico, en virtud de las consecuencias negativas que puede producir a los usuarios y a la economía local. Se recomienda, que al inicio de su operación se realice de forma gradual y progresiva para facilitar su correcto funcionamiento y aceptación social.

¹¹⁰ Delgado (Antonio), citado por ROGEL VIDE (Carlos), *op. Cit.*, p. 101.

Introducir este canon probablemente produciría un aumento en los precios de los equipos y soportes materiales, que al final serán trasladados al usuario, y un aumento alto producirá más problemas de los que se tratan de regular mediante esta figura, como el surgimiento de un mercado negro para el tráfico de equipos y materiales. Recalcamos, la implementación de la figura debería plantearse desde un inicio en forma gradual, a mediano plazo.

El sujeto acreedor del canon respectivo es identificado por Lipszyc como el conjunto de:

"[...] las distintas categorías de titulares de derechos a quienes perjudica la explotación de la obra a través de la copia privada mediante reproducción reprográfica de obras impresas -autores y editores- y la casera de grabaciones sonoras y obras audiovisuales -autores, artistas intérpretes y ejecutantes y productores-." ¹¹¹

Así, podemos enumerar a los sujetos acreedores en la siguiente lista:

- a. autores,
- b. editores,
- c. artistas intérpretes y ejecutantes, y
- d. los productores de fonogramas.

La introducción de los editores y los productores de fonogramas se encuentra justificada en virtud del fundamento mismo de la protección jurídica que el ordenamiento jurídico reconoce en los derechos conexos: la dedicación de

¹¹¹ LIPSYC (Delia). Derecho de Autor y Derechos Conexos, Buenos Aires, Ediciones UNESCO/CERLALC/ZAVALIA, 1993, pp. 242.

recursos económicos y personales para la comercialización, y puesta al público, de las obras jurídicamente protegidas; que en virtud de la reproducción, se produce un perjuicio patrimonial directo.

Los titulares, pertenecientes a las diferentes categorías señaladas, tienen un derecho de remuneración, donde las legislaciones que la han regulado establecen que la recaudación y la distribución respectiva son exigibles y ejecutables a través de las organizaciones de gestión colectiva; este es el caso de la República Federal de Alemania y España. Esta realidad produce una serie de consecuencias prácticas que merecen un tratamiento aparte, por su importancia, y así será en el siguiente capítulo de este trabajo.

7. Determinación del canon por remuneración.

El monto correspondiente por remuneración compensatoria se determina, en la legislación española y alemana, a partir de la capacidad de reproducción que tiene el equipo, por un lado, y la capacidad de almacenaje de los soportes, por otro, fijándole determinados montos. Este es el parámetro más justo y equilibrado, dentro del sistema, que parte de la posibilidad para reproducir obras personales; aunque la fijación hecha por el legislador siempre será arbitraria.

8. Ejemplos del sistema de remuneración compensatoria por copia personal: el caso alemán y español.

A efectos de complementar la presente exposición vamos a transcribir los artículos que regulan el sistema de remuneración compensatoria por copia

personal que adoptaron los países de Alemania y España. Esto tiene como objetivo facilitar la comprensión de la figura y comparar la manera de regularla en dos ordenamientos jurídicos distintos.

a. La Ley Alemana.

La Ley de Derecho de Autor y Derechos Afines Protegidos (Urheberrechtsgesetz, UrhG) del 09 de septiembre de 1965, modificada el 07 de marzo del 1990, regula el sistema en los en los artículos 53 y 54.

El artículo 53 regula la reproducción para uso privado de la siguiente forma:

"Artículo 53.- Reproducción para uso privado y otros.

- (1) Es lícito confeccionar reproducciones singulares de una obra para uso privado. El facultado para la reproducción puede encargar a otro la confección de ejemplares; pero esto sólo es aplicable a la transcripción de obras en soporte de imagen o de sonido y a la reproducción de obras plásticas si se hace gratuitamente.*
- (2) Es asimismo lícito confeccionar ejemplares multicopiados singulares de una obra o encargarlos para*
 - 1. el propio uso científico, si y en tanto la reproducción sea adecuada para este fin,*
 - 2. la incorporación al propio archivo, si y en tanto la reproducción sea adecuada para este fin, y se utilice un ejemplar propio de trabajo como muestra para la reproducción,*
 - 3. la propia información sobre asuntos del día, cuando la obra haya sido transmitida por radio,*
 - 4. cualquier otro uso propio tratándose*
 - a. de partes pequeñas de una obra ya aparecida o de aportes singulares publicados en periódicos o revistas,*
 - b. de una obra ya agotada desde hace por lo menos dos años.*
- (3) Es lícito confeccionar o encargar ejemplares reproducidos para uso propio de partes pequeñas de una obra impresa, o de aportes singulares aparecidos en periódicos y revistas, en número suficiente o necesario para una clase escolar, si y en tanto la reproducción sea adecuada para fines de*
 - 1. enseñanza escolar, formación y ampliación ulterior en establecimientos no lucrativos, así como en centros de formación profesional, o*

2. exámenes oficiales y exámenes en escuelas, escuelas superiores y universidades, establecimientos no lucrativos de formación y ampliación ulterior, así como de formación profesional.

(4) La reproducción de

- a. partituras musicales,
- b. libro o revista, cuando sea esencialmente completa,

en tanto no se haga mediante copia manual, sólo es lícita con consentimiento del derechohabiente, o bajo los requisitos previos del párrafo 2, núm. 2, o para el propio uso tratándose de una obra agotada desde hace por lo menos dos años. Asimismo la reproducción de un programa de procesamiento de datos (art. 2, párr. 1, núm. 1) o de partes esenciales del mismo sólo es lícita con consentimiento del derechohabiente.

(5) Los ejemplares reproducidos no deben ser difundidos ni utilizados en retransmisión pública. Sin embargo, es lícito prestar ejemplares legalmente reproducidos de periódicos y obras agotadas, así como aquellos ejemplares de trabajo, en los cuales pequeñas partes deterioradas o extraviadas han sido sustituidas por reproducciones.

(6) Son lícitas, siempre con consentimiento del derechohabiente, la transcripción de recitaciones, representaciones, o presentaciones públicas de una obra en soporte de imagen o de sonido, la ejecución de planos y proyectos de obras de artes plásticas y la construcción ulterior de una obra arquitectónica."¹¹²

El artículo 54, por su parte, regula la obligación jurídica de compensación económica derivada de la reproducción de obras protegidas para uso privado:

"Artículo 54.- Obligación de remunerar.

(1) Si por el género de una obra cabe esperar su reproducción mediante transcripción de emisiones radiofónicas en soporte de imagen o de sonido o mediante transcripción de un soporte de imagen o sonido a otro según el art. 53, párrs. 1 ó 2, en tal caso el autor de una obra tiene derecho al pago de remuneración adecuada contra el fabricante de

1. aparatos y
2. soportes de imagen o sonido,

en los cuales es de apreciar que están destinados a reproducciones; tal remuneración se justifica por el hecho de que mediante la venta de esos aparatos y soportes de imagen o sonido se crea la posibilidad de hacer semejantes reproducciones; aparte del fabricante, responde también como deudor solidario quien haya introducido o introduzca de nuevo tales aparatos o soportes de imagen o sonido en el ámbito de vigencia de esta Ley.

(2) Si por el género de una obra es de esperar que ésta se reproduzca según el art. 53, párrs. 1 al 3, mediante fotocopia de un ejemplar de obra o cualquier otro procedimiento análogo, entonces el autor de la obra tiene derecho al pago de una

¹¹² Propiedad Intelectual en la República Federal de Alemania, Materiales sobre política y sociedad en la República Federal de Alemania, Inter Naciones, República Federal de Alemania, 1990, pp. 32-34.

remuneración adecuada frente al fabricante de aparatos destinados a hacer semejantes reproducciones, cuya posibilidad ha sido creada por él en virtud de la venta o puesta en circulación de tales aparatos; aparte del fabricante responde también como deudor solidario quien ha introducido o introduce de nuevo tales aparatos en el ámbito de vigencia de esta Ley. Si se explotan aparatos de este tipo en escuelas, escuelas superiores y universidades, así como en establecimientos de formación o ampliación ulterior (centros de enseñanza), instituciones de investigación, bibliotecas públicas o en establecimientos que mantienen dispuestos tales aparatos para hacer fotocopias retribuidas, entonces el autor tiene derecho al pago de remuneración adecuada frente al explotador del aparato. El monto de la remuneración que en total adeuda el explotador del aparato se calcula según el tipo y amplitud del uso del aparato, que sean más probables en vista de las circunstancias del caso, especialmente teniendo en cuenta el emplazamiento y utilización habitual.

(3) Este derecho, según los párrs. 1 y 2, inciso 1, cesa si en vista de las circunstancias cabe esperar con verosimilitud que los aparatos o soportes de imagen o de sonido no sean utilizados para hacer reproducciones en el ámbito de vigencia de esta Ley.

(4) A no ser que se haya convenido otra cosa, se consideran remuneración adecuada según los párrs. 1 y 2 los tipos fijados en el Anexo. En facturas por venta o cualquier otro tipo de traspaso de aparatos según el párr. 2, inciso 1, se ha de hacer constar la remuneración al autor, correspondiente al aparato.

(5) El autor puede exigir del obligado a remuneración según los párrs. 1 y 2, informe sobre el tipo y número de aparatos y soportes de imagen y sonido vendidos o puestos en circulación en el ámbito de esta Ley. El autor puede exigir del explotador de un aparato en establecimiento según el párrafo 2, inciso 2, el informe necesario para el cálculo de la remuneración. Si el obligado a informar no cumple su deber de informar, o lo hace deficientemente o de cualquier otro modo faltando a la verdad, entonces puede exigirse doble remuneración.

(6) Los derechos según los párrs. 1, 2 y 5 sólo pueden hacerse valer mediante entidad de gestión. A cada derechohabiente le corresponde participación adecuada en las remuneraciones pagadas según los párrs. 1 y 2." ¹¹³

b. La Ley Española.

El Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de Abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia (BOE Nº 97, 22 de abril de 1996) regula el sistema en un único artículo:

¹¹³ Propiedad Intelectual en la República Federal de Alemania, Materiales sobre política y sociedad en la República Federal de Alemania, Inter Naciones, República Federal de Alemania, 1990, pp. 32-34.

"Artículo 25. Derecho de remuneración por copia privada.

1. La reproducción realizada exclusivamente para uso privado, conforme a lo autorizado en el apartado 2 del artículo 31 de esta Ley, mediante aparatos o instrumentos técnicos no tipográficos, de obras divulgadas en forma de libros o publicaciones que a estos efectos se asimilen reglamentariamente, así como de fonogramas, videogramas o de otros soportes sonoros, visuales o audiovisuales, originará una remuneración equitativa y única por cada una de las tres modalidades de reproducción mencionadas, en favor de las personas que se expresan en el párrafo b) del apartado 4 del presente artículo, dirigida a compensar los derechos de propiedad intelectual que se dejaren de percibir por razón de la expresada reproducción. Este derecho será irrenunciable para los autores y los artistas, intérpretes o ejecutantes.

2. Esa remuneración se determinará para cada modalidad en función de los equipos, aparatos y materiales idóneos para realizar dicha reproducción, fabricados en territorio español o adquiridos fuera del mismo para su distribución comercial o utilización dentro de dicho territorio.

3. Lo dispuesto en los apartados anteriores no será de aplicación a los programas de ordenador.

4. En relación con la obligación legal a que se refiere el apartado 1 del presente artículo serán:

a) Deudores: los fabricantes en España, así como los adquirentes fuera del territorio español, para su distribución comercial o utilización dentro de éste, de equipos, aparatos y materiales que permitan alguna de las modalidades de reproducción previstas en el apartado 1 de este artículo.

Los distribuidores, mayoristas y minoristas, sucesivos adquirentes de los mencionados equipos, aparatos y materiales, responderán del pago de la remuneración solidariamente con los deudores que se los hubieren suministrado, salvo que acrediten haber satisfecho efectivamente a éstos la remuneración y sin perjuicio de lo que se dispone en los apartados 13, 14 y 19 del presente artículo.

b) Acreedores: los autores de las obras explotadas públicamente en alguna de las formas mencionadas en el apartado 1 de este artículo, juntamente en sus respectivos casos y modalidades de reproducción, con los editores, los productores de fonogramas y videogramas y los artistas intérpretes o ejecutantes cuyas actuaciones hayan sido fijadas en dichos fonogramas y videogramas.

5. El importe de la remuneración que deberá satisfacer cada deudor será el resultante de la aplicación de las siguientes cantidades:

a) Equipos o aparatos de reproducción de libros:

1.º 7.500 pesetas por equipo o aparato con capacidad de copia de hasta nueve copias por minuto.

2.º 22.500 pesetas por equipo o aparato con capacidad de copia desde 10 hasta 29 copias por minuto.

3.º 30.000 pesetas por equipo o aparato con capacidad de copia desde 30 hasta 49 copias por minuto.

4.º 37.000 pesetas por equipo o aparato con capacidad de copia desde 50 copias por minuto en adelante.

b) Equipos o aparatos de reproducción de fonogramas: 100 pesetas por unidad de grabación.

c) Equipos o aparatos de reproducción de videogramas: 1.100 pesetas por unidad de grabación.

d) Materiales de reproducción sonora: 30 pesetas por hora de grabación o 0,50 pesetas por minuto de grabación.

e) Materiales de reproducción visual o audiovisual: 50 pesetas por hora de grabación o 0,833 pesetas por minuto de grabación.

6. Quedan exceptuados del pago de la remuneración:

a) Los productores de fonogramas o de videogramas y las entidades de radiodifusión, por los equipos, aparatos o materiales destinados al uso de su actividad siempre que cuenten con la preceptiva autorización para llevar a efecto la correspondiente reproducción de obras, prestaciones artísticas, fonogramas o videogramas, según proceda, en el ejercicio de tal actividad, lo que deberán acreditar a los deudores y, en su caso, a sus responsables solidarios, mediante certificación de la entidad o entidades de gestión correspondientes, en el supuesto de adquirir los equipos, aparatos o materiales dentro del territorio español.

b) Las personas naturales que adquieran fuera del territorio español los referidos equipos, aparatos y materiales en régimen de viajeros y en una cantidad tal que permita presumir razonablemente que los destinarán al uso privado en dicho territorio.

7. El derecho de remuneración a que se refiere el apartado 1 del presente artículo se hará efectivo a través de las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual.

8. Cuando concurren varias entidades de gestión en la administración de una misma modalidad de remuneración, éstas podrán actuar frente a los deudores en todo lo relativo a la percepción del derecho en juicio y fuera de él, conjuntamente y bajo una sola representación, siendo de aplicación a las relaciones entre dichas entidades las normas que rigen la comunidad de bienes. Asimismo, en este caso, las entidades de gestión podrán asociarse y constituir, conforme a la legalidad vigente, una persona jurídica a los fines expresados.

9. Las entidades de gestión de los acreedores comunicarán al Ministerio de Cultura el nombre o denominación y el domicilio de la representación única o de la asociación que, en su caso, hubieren constituido. En este último caso, presentarán además la documentación acreditativa de la constitución de dicha asociación, con una relación individualizada de sus entidades miembros, en la que se indique el nombre y domicilio de las mismas.

Lo dispuesto en el párrafo anterior será de aplicación a cualquier cambio en la persona de la representación única o de la asociación constituida, en sus domicilios y en el número y calidad de las entidades de gestión, representadas o asociadas, así como en el supuesto de modificación de los Estatutos de la asociación.

10. El Ministerio de Cultura ejercerá el control de la entidad o entidades de gestión o, en su caso, de la representación o asociación gestora de la percepción del derecho, en los términos previstos en el artículo 159 de la Ley, y publicará, en su caso, en el «Boletín Oficial del Estado» una relación de las entidades representantes o asociaciones gestoras con indicación de sus domicilios, de la respectiva modalidad de la remuneración en la que operen y de las entidades de gestión representadas o asociadas. Esta publicación se efectuará siempre que se produzca una modificación en los datos reseñados.

A los efectos previstos en el artículo 154 de la Ley, la entidad o entidades de gestión o, en su caso, la representación o asociación gestora que hubieren constituido estarán obligadas a presentar al Ministerio de Cultura, los días 30 de junio y 31 de diciembre de cada año, relación pormenorizada de las declaraciones-liquidaciones así como de los pagos efectuados a que se refiere el apartado 12 de este artículo, correspondientes al semestre natural anterior.

11. La obligación de pago de la remuneración nacerá en los siguientes supuestos:

a) Para los fabricantes y para los adquirentes de equipos, aparatos y materiales fuera del territorio español con destino a su distribución comercial en el mismo, en el momento en que se produzca por parte del deudor la transmisión de la propiedad o, en su caso, la cesión del uso o disfrute de cualquiera de aquellos.

b) Para los adquirentes de equipos, aparatos y materiales fuera del territorio español con destino a su utilización dentro de dicho territorio, desde el momento de su adquisición.

12. Los deudores mencionados en el párrafo a) del apartado 11 de este artículo presentarán a la entidad o entidades de gestión correspondientes o, en su caso, a la representación o asociación mencionadas en los apartados 7 a 10, ambos inclusive, del mismo, dentro de los treinta días siguientes a la finalización de cada trimestre natural, una declaración-liquidación en la que se indicarán las unidades y características técnicas, según se especifica en el apartado 5 de este artículo, de los equipos, aparatos y materiales respecto de los cuales haya nacido la obligación de pago de la remuneración durante dicho trimestre. Con el mismo detalle, deducirán las cantidades correspondientes a los equipos, aparatos y materiales destinados fuera del territorio español y las correspondientes a los exceptuados en virtud de lo establecido en el apartado 6 de este artículo.

Los deudores aludidos en el párrafo b) del apartado 11 del presente artículo harán la presentación de la declaración-liquidación expresada en el párrafo anterior dentro de los cinco días siguientes al nacimiento de la obligación.

13. Los distribuidores, mayoristas y minoristas a que se refiere el segundo párrafo del apartado 4.a) de este artículo deberán cumplir la obligación prevista en el párrafo primero del apartado 12 del presente artículo respecto de los equipos, aparatos y materiales adquiridos por ellos en territorio español, de deudores que no les hayan repercutido y hecho constar en factura la correspondiente remuneración.

14. El pago de la remuneración se llevará a cabo, salvo pacto en contrario:

a) Por los deudores mencionados en el párrafo a) del apartado 11, dentro del mes siguiente a la fecha de finalización del plazo de presentación de la declaración-liquidación a que se refiere el párrafo primero del apartado 12.

b) Por los demás deudores y por los distribuidores, mayoristas y minoristas, en relación con los equipos, aparatos y materiales a que se refiere el apartado 13 de este artículo, en el momento de la presentación de la declaración-liquidación, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 19 del mismo.

15. Los deudores y, en su caso, los responsables solidarios se considerarán depositarios de la remuneración devengada hasta el efectivo pago de la misma conforme establece el apartado 14 anterior.

16. A efectos de control de pago de la remuneración, los deudores mencionados en el párrafo a) del apartado 11 de este artículo deberán figurar separadamente en sus facturas el importe de aquélla, del que harán repercusión a sus clientes y retendrán, para su entrega conforme a lo establecido en el apartado 14.

17. Las obligaciones relativas a las facturas y a la repercusión de la remuneración a los clientes, establecidas en el apartado anterior, alcanzarán a los distribuidores, mayoristas y minoristas, responsables solidarios de los deudores. También deberán cumplir las obligaciones de retener y entregar previstas en dicho apartado, en el supuesto contemplado en el apartado 13.

18. En ningún caso, los distribuidores, mayoristas y minoristas, responsables solidarios de los deudores, aceptarán de sus respectivos proveedores el suministro de equipos, aparatos y materiales sometidos a la remuneración si no vienen facturados conforme a lo dispuesto en los apartados 16 y 17 del presente artículo.

19. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, cuando el importe de la remuneración no conste en factura, se presumirá, salvo prueba en contrario, que la remuneración devengada por los equipos, aparatos y materiales que comprenda, no ha sido satisfecha.

20. En el supuesto indicado en el apartado que antecede y en cualquier otro de impago de la remuneración, la entidad o entidades de gestión, o, en su caso, la representación o asociación gestora, sin perjuicio de las acciones civiles y penales que les asistan, podrá solicitar del Juez, por el procedimiento establecido en el artículo 142 de esta Ley, el embargo de los correspondientes equipos, aparatos y materiales. Los bienes así embargados quedarán afectos al pago de la remuneración reclamada y de la oportuna indemnización de daños y perjuicios.

21. Los deudores y sus responsables solidarios permitirán a la entidad o entidades de gestión, o, en su caso, a la representación o asociación gestora, el control de las operaciones sometidas a la remuneración y de las afectadas por las obligaciones establecidas en los apartados 12 a 20, ambos inclusive, del presente artículo. En consecuencia, facilitarán los datos y documentación necesarios para comprobar el efectivo cumplimiento de dichas obligaciones y, en especial, la exactitud de las declaraciones-liquidaciones presentadas.

22. La entidad o entidades de gestión o, en su caso, la representación o asociación gestora, y las propias entidades representadas o asociadas, deberán respetar los principios de confidencialidad o intimidad mercantil en relación con cualquier información que conozcan en el ejercicio de las facultades previstas en el apartado 21.

23. El Gobierno establecerá reglamentariamente los tipos de reproducciones que no deben considerarse para uso privado a los efectos de lo dispuesto en este artículo; los equipos, aparatos y materiales exceptuados del pago de la remuneración, atendiendo a la peculiaridad del uso o explotación a que se destinen, así como a las exigencias que puedan derivarse de la evolución tecnológica y del correspondiente sector del mercado; la distribución de la remuneración en cada una de dichas modalidades entre las categorías de acreedores, a fin de que los distribuyan, a su vez, entre éstos, ajustándose a lo dispuesto en el artículo 154 de la presente Ley."

Capítulo II. La Administración Colectiva de los Derechos de Autor y los Derechos Conexos.

Al inicio de este trabajo se identificó como uno de los objetivos rectores de nuestra investigación el señalar algunas de las deficiencias normativas que producen, actualmente, una indefensión a los titulares de derechos de autor y conexos. Este tiene como fin promover y justificar una discusión dirigida a la necesidad de crear una nueva normativa que adopte las disposiciones necesarias y suficientes para asegurar la vigencia efectiva de los derechos de autor y los derechos conexos en nuestro país.

En atención al derrotero planteado, en este segundo capítulo pretendemos continuar desarrollando un análisis crítico de la legislación nacional que regula la materia de los derechos de autor y los derechos conexos. El objeto de análisis se encuentra constituido por el sistema de administración o gestión colectiva de los derechos de autor y los derechos conexos, y las organizaciones de gestión colectiva.

El establecimiento de mecanismos para la protección efectiva de los derechos de autor y conexos se vincula directamente con la existencia y el buen funcionamiento de un sistema de administración colectiva que sea ejecutado por organizaciones responsables.

El fenómeno de la copia personal y el sistema de remuneración compensatoria constituyen situaciones respecto a las cuales la existencia de una

organización de esta naturaleza es un factor esencial para cumplir con las finalidades de una tutela y vigencia efectiva de los derechos de autor y los derechos conexos.

Las organizaciones de gestión colectiva efectúan una función contralora de la actividad copista y del respeto de los derechos, así como una función administradora de la recolección de las regalías generadas por la utilización de las obras protegidas, y su distribución entre sus respectivos titulares. Es conveniente revisar el tema de las organizaciones de gestión colectiva en un marco general de su actividad, y su importancia; pero además, en relación con la actividad copista y la factibilidad del sistema de remuneración compensatoria en nuestro país. El establecimiento de una solución de este tipo conlleva la adopción de otras medidas que equilibren y aseguren la efectividad de la protección de los intereses sustanciales e inmediatos.

Así, para cumplir nuestro objetivo, efectuaremos una exposición general sobre el sistema de administración colectiva y sus dos componentes: la administración colectiva como actividad y las organizaciones de gestión colectiva, como los sujetos que ejecutan dicha actividad. Posteriormente a ello, efectuaremos un análisis sobre las situaciones de conflicto que pueden presentarse en la administración colectiva de los derechos de autor y los derechos conexos. Para ello, estudiaremos los tres tipos de relaciones jurídicas que pueden establecer los titulares de derechos, las organizaciones de gestión colectiva y los usuarios entre sí. Por último, exponemos la necesidad de que el Estado

costarricense regule, al menos de forma mínima, el sistema de administración colectiva que funciona en nuestro país, con el fin de proteger efectivamente los intereses de los titulares de derechos.

Sección I. Aspectos Generales del Sistema de Administración o Gestión Colectiva.

Esta sección expone de forma introductoria el tema de la gestión colectiva y de las organizaciones de gestión colectiva. En atención a ello, se presentará la información más importante sobre su origen histórico; la realidad fáctica que justifica su funcionamiento, vigencia e importancia; los conceptos; y la definición terminológica de los dos temas de estudio.

A. Antecedentes Históricos.

Los orígenes históricos de estas organizaciones se remontan hasta el siglo dieciocho en Francia, donde los primeros intentos fueron realizados por los autores dramáticos de ese país. Específicamente, se menciona el nombre de *Beaumarchais*, quien efectuó varias luchas judiciales para obtener el reconocimiento y el respeto, por parte de los teatros, de los derechos morales y patrimoniales de los autores.¹¹⁴ Por su iniciativa se fundó la *Bureau de legislation dramatique* en 1777, y que después se transformó en la *Societe des auteurs et*

¹¹⁴ OMPI. Introducción a la Gestión Colectiva del Derecho de Autor y los Derechos Conexos, Seminario de Introducción al Derecho de Autor y a los Derechos Conexos, Ginebra, del 09 al 11 de octubre de 1996, p. 5.

compositeurs dramatiques, reconocida como la primera organización que se ocupó de la administración colectiva de los derechos de los autores.

Años después, en 1850, se fundó la *Société des auteurs, compositeurs et editeurs de musique* como efecto de los litigios realizados por dos compositores Paul Henrion y Victor Parizot, y un escritor, Ernest Bourget, en contra del propietario del Café concert *Ambassadeurs*, ubicado en la avenida *Champs Elysées* de París, quien ejecutaba sus obras musicales, sin su autorización y sin remunerarlos por ello, con un evidente provecho económico para su actividad comercial.¹¹⁵ Las resoluciones judiciales producidas en dichos litigios reconocieron los derechos legítimos de los titulares mediante el reconocimiento expreso de que nadie podía usar las obras intelectuales sin la autorización previa de sus creadores, condenando al demandado al pago de daños y perjuicios, correspondientes a las regalías dejadas de cancelar.

El reconocimiento de estos derechos evidenció, en la práctica, que los titulares no podían controlarlos ni administrarlos individualmente y, por lo tanto, surge la *Société des auteurs, compositeurs et editeurs de musique*, como una agrupación de titulares de derechos que iba a facilitar su gestión de una forma eficiente y eficaz. Esto permitió lograr un efectivo reconocimiento, protección y vigencia de sus derechos.

¹¹⁵ HUERTA (María). Sociedades de Autores. Regulación Legal. Segunda Parte: Su evolución en la jurisprudencia. V Congreso Internacional sobre la protección de los derechos intelectuales (del autor, el artista y el productor), realizada en Buenos Aires-Argentina, del 04 al 07 de abril de 1990, ZAVAGLIA/OMPI/CISAC/IIDA, 1990, p. 73.

A partir de estos antecedentes, se constituyeron, progresivamente, organizaciones similares en el continente europeo, y en el resto del mundo. En América Latina, en 1910, los inicios se dieron con la *Sociedad Argentina de Autores Dramáticos y Líricos*, que luego se dividió en la *Sociedad General de Autores de la Argentina* y la *Sociedad Argentina de Autores y Compositores de Música*.¹¹⁶

El desarrollo de la administración colectiva tuvo sus orígenes en el interés particular que tuvieron los titulares de los derechos de autor, principalmente. En ese momento de la historia, los derechos conexos de los artistas, intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas, y organismos de radiodifusión - principalmente-, aún no habían surgido en las legislaciones del mundo, ni en la doctrina. Este hecho permite comprender la existencia de organizaciones que solamente agrupaban a autores de obras intelectuales y no incluían a otro tipo de personas. Pero, el futuro iba a cambiar esta situación.

Junto al desarrollo de la administración colectiva de los derechos se produjo un proceso de cooperación e interrelación entre las organizaciones que realizaban dicha gestión, con el fin de compartir conocimientos que les permitieran realizar eficaz y eficientemente su labor.

¹¹⁶ ANTEQUERA PARILLI (Ricardo), Derecho de Autor, Tomo II, Caracas: Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual/Dirección Nacional del Derecho de Autor, segunda edición, 1998, p. 682-683.

A partir de las múltiples relaciones que se establecieron entre estas organizaciones se originó la necesidad de constituir un órgano internacional que coordinara las actividades entre ellas y contribuyera a la protección eficaz de los derechos de autor, esencialmente.¹¹⁷ Es así como en 1936 se funda la *Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores*. Posteriormente, esta organización, ya constituida, se reúne en un Congreso, en Hamburgo, y aprueba, el 26 de setiembre de 1956, la *Carta Internacional del Derecho de Autor*, como documento básico que señala los lineamientos generales que deben regular la administración colectiva, respecto a las organizaciones agrupadas en ella.

Debemos recordar que, inicialmente, las organizaciones de administración colectiva surgieron para gestionar los derechos autorales, exclusivamente, y las organizaciones que existían eran agrupadas por la Confederación. Otra característica de los orígenes de la administración colectiva de los derechos de autor es que las organizaciones gestionaban los derechos más importantes y complicados, respecto a los cuales los autores no podían efectuar una eficiente gestión individual. Sin embargo, el desarrollo tecnológico produjo con posterioridad la ampliación de los espacios en donde más derechos eran difíciles de gestionar individualmente y requerían una administración colectiva.

¹¹⁷ OMPI. Introducción a la Gestión Colectiva del Derecho de Autor y los Derechos Conexos, Seminario de Introducción al Derecho de Autor y a los Derechos Conexos, Ginebra, del 09 al 11 de octubre de 1996, p. 6.

A partir de la aparición de nuevas categorías de creaciones intelectuales, formas de utilización y el desarrollo de los *Derechos Conexos*, se constituyeron nuevos tipos de organizaciones entorno a la administración de derechos concretos, no solamente de autores, sino de artistas, interpretes o ejecutantes, productores de fonogramas, y organismos de radiodifusión, por ejemplo.¹¹⁸ Dentro de este fenómeno innovador, se produce la "especialización" de la administración y de las organizaciones en relación con derechos específicos, sobre categorías de obras diferentes, y según la modalidad de explotación de la obra.

Hoy día, la realidad nos demuestra que el ámbito de acción de la gestión colectiva se extiende cada vez más, y por ello es posible encontrar un gran número de organizaciones de gestión colectiva que agrupa diversas categorías de titulares y/o categorías de derechos específicos, no pudiéndose reducir a una lista taxativa. Como ejemplo de lo afirmado, un estudio patrocinado por la *Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores* recomendó, con idéntico criterio al Proyecto de Disposiciones Tipo de la OMPI, la ampliación de la administración colectiva tradicional hacia otros derechos y modalidades de explotación, como:

¹¹⁸ O.M.P.I., Introducción a al Gestión Colectiva del Derecho de Autor y los Derechos Conexos, Seminario de Introducción al Derecho de Autor y a los Derechos Conexos, Ginebra, del 09 al 11 de octubre de 1996,p. 6.

1. El *droit de suit*;
2. El derecho de reproducción gráfica, sobre la importación o venta de los aparatos empleados para la reprografía y/o sobre las copias reprográficas realizadas;
3. La remuneración compensatoria por la copia privada de obras en soportes sonoros o audiovisuales, y por los equipos utilizados para esa reproducción;
4. Los derechos por el alquiler de copias de fonogramas y videogramas.¹¹⁹

Actualmente existe una red mundial bien consolidada de organizaciones de gestión colectiva, de cuya representación se encargan con mucha eficacia organizaciones no gubernamentales como la Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores (CISAC), la Federación Internacional de Organizaciones de Derechos de Reproducción (IFRRO), y en el plano europeo, la Asociación de Organizaciones Europeas de Artistas Intérpretes (AEPO); así mismo, vienen a añadirse otras como la Federación Internacional de Actores (FIA), la Federación Internacional de Músicos (FIM), la Federación Internacional de Productores de Fonogramas y Videogramas (IFPI), etc.¹²⁰

¹¹⁹ ANTEQUERA PARILLI (Ricardo), Derecho de Autor, Tomo II, Caracas: Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual/Dirección Nacional del Derecho de Autor, segunda edición, 1998, p. 685-686.

¹²⁰ OMPI, Gestión Colectiva [en línea]: Organización Mundial de Propiedad Intelectual, http://www.wipo.int/about-ip/es/index.html?wipo_content_frame=/about-ip/es/copyright.html, [Consulta: 08 de agosto de 2001].

B. La Insuficiencia de la Gestión Individual: Fundamento de la Administración Colectiva.

El titular del derecho autoral o conexo tiene la facultad de ejercerlo en forma individual.¹²¹ El carácter exclusivo del derecho de explotación implica que el titular del derecho tiene la potestad de decidir libremente si autoriza o no la utilización de su obra. Esto le permite ejercer un control, moral y patrimonial, sobre la forma en que se utilizan sus obras, porque a través de la autorización el titular puede establecer las condiciones de uso de la obra y la remuneración que se deba pagar por dicha utilización; y puede participar de los beneficios obtenidos por ello.

Dentro de esta lógica el titular del derecho tiene contacto con la persona interesada en hacer uso de su obra, para establecer un proceso de negociación encaminado a determinar el modo de utilización, las condiciones de uso, y el monto de la regalía por la licencia que concede.

Bajo esta circunstancia, el titular del derecho administra de forma personal e individual sus derechos morales y patrimoniales. Así mismo, el propio titular realiza una labor de fiscalización sobre el usuario para verificar el efectivo cumplimiento de las condiciones convenidas. Esto es lo ideal, sin embargo, la gestión individual resulta, algunas veces, objetivamente impracticable.

¹²¹ Esta característica de los derechos patrimoniales se encuentra expresada en la misma Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos, art. 16, y que fue señalada en páginas anteriores cuando se describieron las características de estos derechos.

La realidad introduce factores que dificultan la administración individual de ciertos derechos. El primer factor está constituido por la vocación universal que poseen las obras del intelecto humano; y reconocer esto no nos lleva a aceptar su carácter extraterritorial. El segundo factor es la inmaterialidad del derecho de propiedad intelectual que el titular tiene sobre la obra. La concurrencia de estos dos factores debilita el control individual que los titulares de un derecho tienen sobre su obra y dificultan su ejercicio hasta hacerlo poco práctico.

Desde el momento en que el autor decide divulgar su obra al público disminuye, significativamente, el control patrimonial sobre su obra y el respeto de sus derechos morales.¹²² Esta realidad se produce porque los usuarios potenciales de una obra son cuantitativamente muy voluminosos, lo que dificulta el contacto, directo y personal, entre el titular del derecho y el usuario para negociar la licencia de uso y la regalía respectiva; además, las nuevas modalidades de explotación de obras, resultantes del desarrollo tecnológico,¹²³ dificultan el control directo sobre su uso, entre otras razones.

¹²² Esta dificultad de administración individual se produce, principalmente, cuando el uso de la obra, de parte de los usuarios, es altamente frecuente. Sin embargo, si el uso de la obra es poco frecuente y en pocos lugares, en virtud de su naturaleza, sí es posible la administración individual (por ejemplo la representación de obras dramático-musicales); por esta razón, las diferentes organizaciones de administración colectiva gestionan ciertos derechos que resultan de difícil gestión individual, y no todos los derechos.

¹²³ El catálogo de estas nuevas modalidades de explotación son resultado de la invención de nuevos sistemas tecnológicos, dentro de los que cabe mencionar, la imprenta, las máquinas fotocopadoras, el fonógrafo, aparatos de grabación sonora y visual (radiograbadoras, videograbadoras, reproductores de discos compactos y de discos en formato DVD), la radio, la televisión, las comunicaciones satelitales, los sistemas de multimedia, los "scanners" (digitalizadores de imagen).

Imaginemos al autor de una novela que al publicarla, en primera edición, adquirió una gran aceptación. Algunos ejemplares pueden salir del territorio donde fue vendida originalmente, y más allá de las fronteras -e incluso dentro de las mismas-, pero el titular de los derechos morales y patrimoniales no puede, material y objetivamente, dar seguimiento y controlar el uso posterior de cada uno de los ejemplares vendidos. Igual sucede con cualquier otro tipo de obra protegida por el derecho de autor y los derechos conexos.

A su vez, los usuarios de obras protegidas experimentan, directamente, las consecuencias de la imposibilidad que tienen los titulares para ejercer una administración individual. Para los usuarios de obras protegidas resulta altamente difícil y costoso utilizar una obra determinada, para un fin particular, en algún lugar específico del mundo, bajo un sistema de administración individual, porque se encuentra obligado a contactar al titular, o a los titulares respectivos, para negociar las condiciones de la utilización y la remuneración respectiva, cada vez que lo necesita, complicándose más cuando el usuario hace uso de una gran cantidad de obras, de titulares distintos, en forma habitual (piénsese en el caso de los organismos de radiodifusión).

Probablemente, si existieran esos medios jurídicos entonces los usuarios optarían por acudir a ellos, antes que someterse a una eventual responsabilidad civil y penal de parte de los titulares de las obras. Pero, la insuficiencia de mecanismos jurídicos efectivos para disponer lícitamente de las obras protegidas

obliga, a los usuarios, a efectuar un uso contrario al ordenamiento jurídico y en perjuicio de los titulares respectivos.

Esta serie de hechos produce un estado de inseguridad entre los titulares de derechos autorales y conexos, y entre los usuarios de obras protegidas. El reconocimiento de los derechos de autor y conexos, en los diversos ordenamientos jurídicos queda reducido a una mera enunciación formal cuando los titulares, poseyendo el derecho, no lo pueden ejercer efectivamente en la realidad.

Pero, la situación de inseguridad también se extiende hasta los Estados mismos. El Estado tiene un especial interés en la protección efectiva de los derechos de autor y conexos, porque se encuentra vinculado a una serie de convenios internacionales que lo obligan a asegurar, mediante instrumentos jurídicos idóneos, la vigencia efectiva, en el territorio nacional, de los derechos autorales y conexos respecto a los titulares nacionales y extranjeros. El incumplimiento de estas obligaciones hace incurrir al Estado en situaciones de reclamos de la comunidad internacional, y en posibles sanciones comerciales.

Frente a este panorama de inseguridad, la administración colectiva se presenta como la alternativa más efectiva para resolver la crisis de la "ingobernabilidad" de las obras protegidas.¹²⁴ El funcionamiento de un sistema de

¹²⁴ Se afirma que las nuevas tecnologías, si bien plantean nuevos retos a los postulados elementales de los derechos de autor y los derechos conexos, también pueden aportar

administración colectiva es muy favorable para el titular del derecho exclusivo y para el usuario porque, a través de la intermediación realizada por las organizaciones, la utilización lícita y pacífica de la obra es más práctica, económica y segura.

En consecuencia, existen ciertos derechos que pueden ser administrados de forma individual, porque el titular conserva un buen control sobre el uso de su obra, sin una mayor complejidad, y la relación beneficio-costos es aceptable para el titular y para el usuario; pero, respecto a otros derechos, la realidad hace poco práctica la gestión individual, y la administración colectiva se erige como el sistema más efectivo para asegurar la vigencia de los derechos de autor y los derechos conexos.

C. Concepto de Administración Colectiva y Organización de Administración Colectiva.

En uno de los documentos confeccionados por la OMPI se define a la administración colectiva de la siguiente manera:

"En un sistema de administración colectiva, los titulares de derechos autorizan a las organizaciones de administración colectiva para que administren sus derechos, es decir, supervisen la utilización de las obras respectivas, negocien con los usuarios eventuales, les otorguen licencias a cambio de regalías adecuadas y en condiciones convenientes, recauden esas

mecanismos que faciliten la administración individual de derechos; sin embargo, hoy día, aún nos encontramos en un proceso de construcción de estas nuevas soluciones, donde la administración colectiva se continúa presentando como necesaria para su desarrollo y funcionamiento.

*regalías y las distribuyan entre los titulares de derechos. Esto puede considerarse la definición de la administración colectiva.*¹²⁵

La definición tiene la virtud de separar dos elementos muy relacionados. Por un lado el *sistema de administración colectiva* y, por otro, la *organización de administración colectiva*, que lleva a cabo la primera. Señalamos que es una virtud porque muchos de los trabajos que se han escrito sobre la materia giran en torno a la *organización de administración colectiva*, principalmente, mezclándolo con el tema de la *administración colectiva*, no estableciendo una clara separación al respecto.

Con el fin de facilitar la comprensión del tema que desarrollamos a continuación, hemos separado la exposición en dos partes: por un lado, la *administración colectiva* y, por otro, la *organización de administración colectiva*.

D. Definiciones Terminológicas.

De forma introductoria a los dos temas planteados hemos considerado necesario efectuar ciertas aclaraciones terminológicas que permitan identificar los fines propuestos y el ámbito en el cual nos ubicamos. Para ello acudimos primeramente a una determinación de los términos utilizados para denominar a las organizaciones de gestión colectiva.

¹²⁵ OMPI. Introducción a la Gestión Colectiva del Derecho de Autor y los Derechos Conexos, Seminario de Introducción al Derecho de Autor y a los Derechos Conexos, Ginebra, del 09 al 11 de octubre de 1996, p. 5.

Cuando se aborda el estudio de los sujetos que realizan la administración colectiva es normal encontrar denominaciones diferentes para referirse a ellas. Así, es posible identificar el término "sociedades" , "asociaciones" o "entidades".

Antequera Parilli nos indica que las organizaciones destinadas a la recaudación y distribución de las remuneraciones, de los artistas intérpretes o ejecutantes y productores de fonogramas, por el uso de sus obras o prestaciones, se denominaron, tradicionalmente, con el término genérico de "sociedades de autores" o "asociaciones de artistas o de productores", según el caso.¹²⁶ El uso de esta nomenclatura deriva del origen histórico de las organizaciones en relación con los derechos que administraban inicialmente.

Criticando estas denominaciones tradicionales, el Dr. Antequera Parilli expone la presencia de nuevas tendencias que obligan a modificar dicha terminología. Entre estas se encuentran las siguientes:

- a. Existen organizaciones gremiales de autores o de artistas que tienen una finalidad cultural, profesional o sindical;
- b. Las sociedades de autores administradoras de derechos también agrupan en su seno a personas que no son creadoras, sino derechohabientes o causahabientes de los autores (editores musicales y herederos del autor, por ejemplo);

¹²⁶ ANTEQUERA PARILLI (Ricardo), *Derecho de Autor*, Tomo II, Caracas: Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual/Dirección Nacional del Derecho de Autor, segunda edición, 1998, p. 681.

- c. Existen organizaciones de gestión de derechos conexos, que no reúnen a autores, sino a artistas, intérpretes o ejecutantes, o productores de fonogramas;
- d. Una misma entidad puede asociar o administrar los derechos autorales, artísticos y fonográficos, a la vez.¹²⁷

Por ello, concluye el Dr. Antequera, el cambio se da hacia la denominación de "gestión colectiva", y por ello, resulta más adecuado hablar de "sociedades", "asociaciones" o "entidades", "de gestión colectiva" o de "administración colectiva", para referirse a estas organizaciones.¹²⁸

Actualmente debemos aceptar la necesidad de efectuar un cambio en la terminología que tradicionalmente se ha utilizado, porque ella induce a confusiones. Sin embargo, a pesar del razonamiento desglosado por el Dr. Antequera, diferimos de su planteamiento final, por las siguientes consideraciones prácticas.

En lo particular, es preferible efectuar una separación entre la actividad de gestión y el sujeto que realiza dicha actividad. Para referirnos a lo primero utilizamos el término de "administración colectiva" o "gestión colectiva"; y para el

¹²⁷ ANTEQUERA PARILLI (Ricardo), *Derecho de Autor*, Tomo II, Caracas: Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual/Dirección Nacional del Derecho de Autor, segunda edición, 1998, p. 681.

¹²⁸ *Ibid.*

sujeto recurrimos al término, *genérico y neutro*, de "organización de administración colectiva o gestión colectiva".

Por un lado, el término "administración o gestión colectiva" hace referencia a la actividad consistente, principalmente, en fiscalizar la utilización de obras protegidas, negociar las condiciones de uso, fijar las remuneraciones que deben pagar los usuarios, otorgar las autorizaciones de uso, recaudar las remuneraciones y distribuir las entre los titulares de derechos.

Por otro lado, el término "organización de administración o gestión colectiva" identifica a la agrupación de titulares de derechos sobre obras protegidas que se encuentran constituidas en un sujeto con personalidad jurídica propia para efectuar la "administración o gestión colectiva", de sus derechos.

He preferido utilizar el término neutro de "organización", sin inducir, anticipadamente, su posible forma jurídica: "**organización de administración colectiva**" u "**organización de gestión colectiva**". Ello es así porque, en el fondo, los titulares de derechos lo que hacen es organizar factores materiales y personales que les permitan administrar sus derechos de forma más eficiente y eficaz. Esta organización puede adoptar diferentes formas jurídicas, según la voluntad del legislador o de los titulares: sociedad civil o mercantil, asociación, entidad pública, etc.¹²⁹

¹²⁹ En nuestro ordenamiento jurídico las organizaciones de gestión colectiva pueden adoptar la forma jurídica de sociedades mercantiles o asociaciones, por así disponerlo la Ley 7868 de 06 de

La administración colectiva está a cargo de las organizaciones de gestión colectiva, las cuales pueden adoptar distintas maneras de operar. Al respecto la OMPI expresa que podemos encontrarlos con:

a. **Organizaciones de gestión colectiva "tradicionales"**, que actúan en representación de sus miembros, negocian las tarifas y las condiciones de utilización con los usuarios, otorgan licencias y autorizaciones de uso, y recaudan y distribuyen las regalías. En esta modalidad el titular del derecho no participa directamente en ninguna de esas tareas.

b. **Centros de gestión de derechos ("clearance centers")** que otorgan a los usuarios licencias en función de las condiciones de utilización de las obras y las cláusulas de remuneración fijadas por cada miembro individual del Centro que sea titular de derechos (por ejemplo, en el campo de la reprografía, los autores de obras escritas como libros, revistas y publicaciones periódicas). En ese sentido, el Centro viene a ser un agente del titular de derechos a quién incumbe directamente la estipulación de las condiciones para el uso de sus obras; y

c. Los **"sistemas centralizados o de ventanilla única"**, que son una especie de coalición de distintas organizaciones de gestión colectiva que ofrecen servicios centralizados y facilitan la rápida obtención de autorizaciones. Esas

agosto de 1997 que fue una "Interpretación Auténtica de la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos". Por lo tanto, no podemos hablar sólo de "sociedad de gestión colectiva" o "asociación de gestión colectiva". Entonces, lo más conveniente es utilizar el término de "organización de gestión colectiva".

organizaciones están ganando terreno a medida que aumenta el número de producciones de "multimedios" (producciones que implican varios tipos de obras, incluido el uso de programas de ordenador) para las que se necesitan muchas autorizaciones.¹³⁰

El tema que será objeto de análisis en páginas siguientes son las organizaciones de gestión colectiva "tradicionales". Las restantes modalidades ofrecen ventajas y beneficios que bien merecen un estudio particular para determinar la conveniencia de su introducción en nuestro sistema de administración colectiva. Pero, el punto que nos interesa en este trabajo es analizar los defectos que presenta nuestro sistema de administración colectiva, tal y como se encuentra establecido en el ordenamiento jurídico, para demostrar la necesidad de que el Estado lo regule de forma mínima, con el fin de proteger de forma efectiva a los titulares de derechos de autor y derechos conexos.

La siguiente observación nos lleva a señalar la importancia de un sistema de administración colectiva que funcione adecuadamente para valorar la posibilidad de implementar el sistema de remuneración compensatoria por copia personal de obras protegidas en el ordenamiento jurídico costarricense. En consecuencia, entre un sistema y otro existe una relación de dependencia que

¹³⁰ OMPI, Gestión Colectiva [en línea]: Organización Mundial de Propiedad Intelectual, http://www.wipo.int/about-ip/es/index.html?wipo_content_frame=/about-ip/es/copyright.html, [Consulta: 08 de agosto de 2001].

obliga a tratarlos de forma adecuada para asegurarse la confianza, seguridad y eficacia que se espera de él.

Interesan a efecto de la presente investigación, particularmente, la Administración colectiva de los derechos de reproducción reprográfica y la Administración colectiva de los derechos afectados por la "grabación en el hogar", en consideración a la temática planteada en el primer capítulo.

Sección II. La Administración Colectiva y la Organización de Administración Colectiva.

La administración colectiva es la actividad que realiza la organización de administración colectiva, y en atención a la actividad la organización define su estructura y forma jurídica.

Existen organizaciones de gestión colectiva que poseen una mayor complejidad de funciones y su actividad se particulariza en atención al derecho administrado. Así, podemos encontrar organizaciones de diverso tipo; pero, si las analizamos, siempre vamos a encontrar que todas ejecutan un conjunto de funciones básicas y elementales independientemente de la categoría de derechos que administren, o la categoría de titulares que agrupen.

Por esta razón, nos parece recomendable efectuar una separación temática entre una y otra, aparte de que el tema de las organizaciones representa un apartado que merece comentarios propios e independientes.

A. La Administración Colectiva

El término "administración colectiva" conlleva a pensar en la idea de administrar colectivamente, es decir, la administración es efectuada por una agrupación de individuos. Este es el elemento potencializador de la figura, porque implica la reunión de dos o más personas, que son titulares de derechos autorales y/o conexos, y que no pueden administrarlos individualmente. Esta agrupación constituye lo que se denomina "organización de administración colectiva", y que estudiaremos, con detenimiento, más adelante.

En este punto nos interesa analizar el objeto de estas organizaciones: la administración colectiva de derechos.

1. El Objeto de la Administración Colectiva.

La administración colectiva tiene como objeto principal **la defensa de los intereses morales y la administración de los derechos patrimoniales** de los titulares sobre las obras o prestaciones intelectuales; y en este sentido se manifiesta Delia Lipszyc.¹³¹

La temática de la administración colectiva no se refiere únicamente a la administración de los derechos de carácter patrimonial de los titulares de derechos de autor o conexos; y no es posible afirmar que el ejercicio de los derechos

¹³¹ LIPSYC (Delia). Derecho de Autor y Derechos Conexos, Buenos Aires, Ediciones UNESCO/CERLALC/ZAVALIA, 1993, p. 423.

morales, se puede dejar al ejercicio individual.¹³² Una manifestación con una concepción contraria, la señala el Dr. Antequera Parilli respecto al legislador venezolano que para referirse a las organizaciones de gestión colectiva decidió denominarlas como "sociedades de gestión colectiva de derechos patrimoniales".¹³³ Esta denominación, considero, no es adecuada porque limita la actividad de las organizaciones a la administración de los derechos patrimoniales, no siendo favorable para los intereses de los titulares de derechos de autor y derechos conexos, porque excluye los derechos morales.

La administración colectiva debe incluir la defensa de los derechos morales de paternidad e integridad. El fundamento para admitir la administración colectiva para los derechos patrimoniales, es el mismo que permite admitirla respecto a los derechos morales: si es difícil gestionar, eficiente y eficazmente, de forma individual los derechos exclusivos de explotación, igualmente es difícil hacerlo respecto a los morales, y su carácter personal no debe ser menospreciado frente al patrimonial.

¹³² Algunos documentos refieren una concepción distinta al limitar el objeto a la administración de los intereses patrimoniales de los autores y demás titulares, como por ejemplo DE FREITAS (Eduardo), *op. Cit.*, p. 6.

¹³³ Este autor manifiesta que el legislador venezolano inspirado en la ley española de 1987 para sustituir la denominación que se venía empleando para adoptar la de "sociedades de gestión colectiva de los derechos patrimoniales" y que, de conformidad con la Decisión Andina 351, artículo 45.b y, del artículo 27.2 del reglamento, su objeto es la administración de los derechos económicos de los titulares de derecho de autor o derechos conexos. ANTEQUERA PARILLI (Ricardo), *Derecho de Autor*, Tomo II, Caracas: Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual/Dirección Nacional del Derecho de Autor, segunda edición, 1998, p. 682, 700-701.

2. Funciones que comprende la Administración Colectiva.

Por un lado, en sentido estricto, la administración colectiva se reduce a las siguientes actividades:

- a. fiscalizar la utilización de los derechos de los titulares que conforman la agrupación;
- b. negociar con los usuarios la utilización de dichos derechos sobre las obras protegidas;
- c. otorgar licencias de uso;
- d. recaudar las regalías derivadas de la utilización autorizada;
- e. distribuir las regalías recaudadas entre los titulares de derechos.

Sin embargo, en sentido amplio, encontramos otras funciones que se encuentran vinculadas a la administración colectiva:

- a. Protección social de los titulares agrupados;
- b. Promoción Cultural:

Enseguida, efectuaremos una exposición sobre cada una de estas funciones, y a su vez se tratará de señalar ciertos aspectos que constituyen circunstancias productoras de desprotección de los intereses de los titulares de derechos de autor y los derechos conexos.

a. La Remuneración.

La remuneración corresponde al monto que el usuario debe cancelar al titular del derecho protegido, para obtener la autorización de explotar la obra de una forma determinada.

ANELLI señala que la importancia de un correcto sistema de fijación de la remuneración radica en el carácter compensatorio y dignificante que tiene para el autor, promoviendo la creación intelectual.¹³⁴ Existen varias modalidades básicas de remuneración entre las cuales mencionamos las más básicas:

- a. proporcional a los ingresos producidos por la explotación de las obras;
- b. a tanto alzado;
- c. mixto; y
- d. el pago de una única suma global (se aplica sin consideración a los ingresos percibidos por el usuario, y en utilizaciones que no son su actividad principal, sino secundaria).¹³⁵

¹³⁴ ANELLI (Jorge). Sociedades de Autores: Fijación de Aranceles. Recaudación y Distribución del derecho de representación, V Congreso Internacional sobre la protección de los derechos intelectuales (del autor, el artista y el productor), Buenos Aires, Argentina, del 04 al 07 de abril de 1990, OMPI/CISAC/IIDA, p. 88.

¹³⁵ En ese sentido se expresan LIPSZYC (Delia). Derecho de Autor y Derechos Conexos, Buenos Aires, Ediciones UNESCO/CERLALC/ZAVALIA, 1993, p.450-452; SHUSTER VERGARA (Santiago), Sociedades de Autores. Fijación de Aranceles. Recaudación y Distribución del Derecho de Ejecución o Comunicación Pública, III Congreso Internacional sobre la protección de los derechos intelectuales (del autor, el artista y el productor), Buenos Aires - Argentina, del 04 al 07 de abril de 1990, OMPI/CISAC/IIDA, p. 96; y OMPI. Introducción a la Gestión Colectiva del Derecho de Autor y los Derechos Conexos, Seminario de Introducción al Derecho de Autor y a los Derechos Conexos, Ginebra, del 09 al 11 de octubre de 1996, p. 56.

El sistema de remuneración porcentual, frente a los demás, es el método más aceptado, en la mayoría de los casos.

La fijación de las tarifas para las modalidades expresadas depende de varios factores como son:

- a. la naturaleza de las obras y derechos administrados;
- b. el régimen de libertad para su fijación por parte de la organización;
- c. las características del usuario; y
- d. la clase de utilización de que se trate.¹³⁶

Tratándose de una administración individual de los derechos, la regla es que el titular del derecho patrimonial sobre la obra determina la retribución económica (remuneración o regalía) que deban pagar sus usuarios para utilizarla.¹³⁷ En consecuencia, la fijación de la regalía o tarifa que el usuario deba pagar por el uso de la obra constituye una facultad unilateral del titular del derecho respectivo, frente a la cual el usuario, la acepta o la rechaza, simplemente.

En los casos donde los sistemas de administración colectiva disponen una relación jurídica de representación entre los titulares de los derechos

¹³⁶ LIPSZYC (Delia). Derecho de Autor y Derechos Conexos, Buenos Aires, Ediciones UNESCO/CERLALC/ZAVALIA, 1993, p.447-448; y SANTIAGO (Vanisa). La gestión colectiva de derechos de autor, III Congreso Internacional sobre la protección de los derechos intelectuales, Paraguay, 25 al 27 marzo del 1993, OMPI/CISAC/IIDA, 1993, p. 370; y ANELLI (Jorge). Op. Cit., p. 88.

¹³⁷ Así lo dispone la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos, art. 17.

administrados y la organización entonces, el principio anterior resultaría aplicable a la administración colectiva de derechos, y las organizaciones podrían fijar unilateralmente el monto de las remuneraciones que los usuarios deben pagar por el uso de las obras administradas.¹³⁸ A pesar de esta disposición otorgada a los titulares y a sus organizaciones, no dudamos en la necesidad de que la organización establezca procesos de negociación con los usuarios respecto a la fijación de las tarifas correspondientes, y las condiciones, generales y específicas, que deben cumplirse para obtener la autorización respectiva. Esto se hace especialmente necesario respecto a los casos de usuarios que utilizan masivamente las obras protegidas, como los organismos de radiodifusión.

Estos procesos de negociación deben tener un procedimiento previamente estructurado que facilite la obtención de acuerdos entre la organización de titulares y los usuarios, en condiciones favorables; y según el tipo de derecho administrado, la organización puede consultar, previamente, al titular sobre el monto de la remuneración, como en el campo de la comunicación pública de obras dramáticas.

En este mismo sentido, Delia Lipszyc afirma que, aunque la organización tenga la facultad de fijar la remuneración *per se*, es preferible que el mismo sea resultado de acuerdos, en razón de los beneficios que reporta para cada parte,

¹³⁸ En este caso se encuentra la Ley costarricense porque señala que las organizaciones serán consideradas mandatarias de sus miembros, quienes estarán representados por ellas. Por ello, las organizaciones como mandatarias de los titulares pueden fijar unilateralmente el monto de las regalías respectivas.

desarrollados de forma pacífica y concertada, sin recurrir a la decisión de organismos gubernamentales o de los tribunales de justicia.¹³⁹

El sistema para fijar la remuneración debe asegurar el establecimiento de un monto razonable, según las circunstancias particulares del caso concreto, mediante parámetros claros y fácilmente comprensibles por las partes involucradas. Y aunque no es fácil definir cuál es la tarifa razonable a establecer, se han desarrollado ciertos principios y prácticas en función del tipo de derecho administrado y la utilización de que se trate; pero, también puede acudir a un método comparativo para determinar si el monto se ajusta a los niveles aceptados internacionalmente, para calificar su razonabilidad.¹⁴⁰

Aclaremos que existen muchos sistemas de remuneración, según la complejidad en la administración de los derechos, y que difícilmente podrían ser expuestos aquí; además, ello no es el objetivo del trabajo.

La determinación de las remuneraciones requiere, necesariamente, el establecimiento de un inventario detallado de las obras administradas por la organización que facilite la labor de establecimiento de tarifas, la recaudación y la distribución de las regalías recolectadas en cada periodo.¹⁴¹

¹³⁹ LIPSZYC (Delia). Derecho de Autor y Derechos Conexos, Buenos Aires, Ediciones UNESCO/CERLALC/ZAVALIA, 1993, p.447-448.

¹⁴⁰ OMPI. Introducción a la Gestión Colectiva del Derecho de Autor y los Derechos Conexos, Seminario de Introducción al Derecho de Autor y a los Derechos Conexos, Ginebra, del 09 al 11 de octubre de 1996, p. 57.

¹⁴¹ Ver SANTIAGO, op. Cit., p. 370.

A pesar de todo lo dicho, existen casos donde la facultad para fijar la remuneración se encuentra limitada a los casos donde existen licencias no voluntarias, lo cual reduce la actividad de la organización a la recaudación y distribución de las remuneraciones generadas en virtud de la licencia. En este caso, estas se denominan "organizaciones de percepción", dentro de las cuales se encuentran las "organizaciones de recaudación de derechos reprográficos y de copia privada".¹⁴²

b. Otorgar licencias de uso de las obras administradas.

La administración colectiva se encuentra íntimamente ligada al otorgamiento de las autorizaciones que permiten al usuario la utilización de la obra para los fines propuestos, que se denominan, normalmente, como licencias de uso. Esta actividad radica en la exclusividad del derecho que ejerce el titular de autorizar o no la utilización de su obra, la cual es ejercida por la organización.

La OMPI define a las licencias de uso, de la siguiente manera:

"[...] se entiende generalmente por licencia la autorización (permiso) concedida por el autor u otro titular del Derecho de Autor (licenciante) al usuario de la obra (licenciatario) para utilizar ésta en una forma determinada y de conformidad con unas condiciones convenidas entre ambos en el contrato pertinente (acuerdo de licencia). A diferencia de la cesión, la licencia no transfiere la titularidad; constituye únicamente un derecho o derechos a utilizar la obra con sujeción al derecho de autor sobre ella, derecho que sigue siendo de la

¹⁴² Ejemplo de ello es la legislación española que, legislativa y reglamentariamente, fija ciertos cánones que deben ser pagados por los deudores, y en otros casos crea instancias de negociación periódica entre titulares y usuarios, para fijar los montos correspondientes.

*pertenencia del licenciante si bien queda restringido en función del alcance de la licencia concedida. La licencia puede ser exclusiva y no exclusiva: en este último caso, el titular del derecho de autor puede también conceder legalmente licencias semejantes a otros licenciarios. Frecuentemente el licenciario obtiene asimismo el derecho a explotar la licencia permitiendo a otras personas utilizarla a su vez (sub-licencias). En las convenciones de derecho de autor y en las legislaciones nacionales de derecho de autor pueden preverse licencias obligatorias y licencias legales para casos especiales."*¹⁴³

Así, la licencia de uso constituye el contrato por medio del cual la organización autoriza el uso de la obra y, a su vez, establece las condiciones generales y específicas que deben ser cumplidas por el usuario. Este es el medio idóneo que tiene la organización para efectuar un control eficaz sobre las obras que administra y cuyo cumplimiento logra fiscalizar a través de sus inspectores. Por esta razón, las licencias de uso se encuentran acompañadas por cláusulas detalladas que restringen la interpretación de la autorización conferida.

La organización está obligada a otorgar la autorización en igualdad de condiciones y sin discriminación, injustificada entre usuarios de una misma categoría. Sin embargo, se admiten diferencias de trato, y hasta negar la licencia, respecto a los usuarios que han demostrado incumplimiento reiterado de las condiciones convenidas, o no han cancelado las remuneraciones respectivas.

Respecto a la administración de derechos de ejecución pública, las organizaciones acuerdan las autorizaciones de uso sin previa consulta, y se

¹⁴³ Ver DE FREITAS, *op. Cit.*, p. 9.

denomina administración colectiva plenamente desarrollada; por otro lado, respecto a la administración de los derechos de representación de obras dramáticas y dramático musicales, se otorgan autorizaciones individuales, obra por obra, previa consulta con los titulares, denominándose administración colectiva parcial.¹⁴⁴

Según el derecho administrado, siempre que no requiera la consulta previa al titular, la organización puede otorgar licencias generales de uso respecto al repertorio completo que administra, de ahí la importancia de gestionar un amplio catálogo de obras.

c. Fiscalizar la utilización de las obras.

Como se dijo anteriormente, la justificación de la administración colectiva de derechos autorales y conexos reside en la pérdida de control, por diversas razones, que el titular del derecho experimentaba sobre la obra a partir del momento en que el autor la divulgaba al público.

Ante esta realidad, los titulares de derechos se agrupan con el fin de recobrar, colectivamente, el control sobre las obras que les pertenecen. La agrupación adquiere frente a la comunidad de usuarios, y en general, un poder diferente al que tendrían si el ejercicio fuera individual.

¹⁴⁴ LIPSZYC (Delia). Derecho de Autor y Derechos Conexos, Buenos Aires, Ediciones UNESCO/CERLALC/ZAVALIA, 1993, p.445-447.

Las posibilidades de realizar una gestión eficiente y eficaz de los derechos se encuentra estrechamente relacionada con una fiscalización y control de los usuarios, y la comunidad en general, respecto a la utilización de las obras protegidas y que conforman el catálogo administrado.

Esta labor de fiscalización se efectúa para asegurar la adecuada utilización de la obra por parte de quien ha sido autorizado para ello, ya sea por disposición legal o por licencia de uso otorgada al efecto, con el fin de evitar extralimitaciones que perjudiquen los intereses, morales y patrimoniales de los titulares.

Así, la tarea de vigilancia es efectuada a través de inspectores que realizan una labor de fiscalización *in situ*, o a través de la confrontación de información producida en virtud del uso de la obra, que se encuentra en poder de otras organizaciones administradoras o en instituciones públicas.

d. Recaudar las regalías.

Esta actividad de recaudación es crucial en la administración colectiva, constituyendo una de las actividades más problemáticas para la organización. Esta dificultad se debe a la complejidad en el proceso de verificación de las utilidades reales que se hace de la obra, y la apatía social para cancelar las

remuneraciones respectivas.¹⁴⁵ Según De Freitas, para que la actividad de recaudación sea eficiente debe contarse fundamentalmente con:

- a. un marco legal adecuado (consistente en disposiciones legales y ratificación de convenios internacionales que aseguren una debida protección);
- b. el conocimiento y el reconocimiento de su gestión (fundamentalmente una tarea de divulgación y promoción de su rol en el país y la transparencia de su actividad a través de los procedimientos de percepción y liquidación);
- c. la representación del repertorio nacional y extranjero;
- d. los aranceles justos;
- e. el apoyo de las autoridades administrativas (direcciones de derecho de autor, organismos fiscalizadores, etc.); y
- f. la obtención de fallos jurisprudenciales favorables.¹⁴⁶

El sistema de recaudación adquiere características particulares según sea el sistema utilizado para fijar la remuneración para el uso de las obras administradas. Así, por ejemplo, si el sistema de remuneración está basado en el pago de una suma global, entonces la cantidad ya se encuentra previamente determinada, siendo conocida, por lo que únicamente debe constatarse el pago

¹⁴⁵ LIPSZYC (Delia). Derecho de Autor y Derechos Conexos, Buenos Aires, Ediciones UNESCO/CERLALC/ZAVALIA, 1993, p. 453.

¹⁴⁶ Ver DE FREITAS, op. Cit., p. 9.

efectivo de la remuneración por parte del usuario en las condiciones pactadas. Sin embargo, en el sistema porcentual, a tanto alzado o mixto, la cantidad debida no se conoce, y primero debe efectuarse una labor de determinación del monto exacto que debe pagar el usuario. Esto obliga a la implementación de métodos idóneos para determinar el uso real y efectivo de las obras administradas, por parte del usuario, para fijar el monto real que corresponde recaudar. Estos métodos deben tener parámetros objetivos y cumplir con el principio de trato nacional, respecto a las obras nacionales y extranjeras que son administradas.

En todo caso, el objetivo de los sistemas de recaudación siempre será la determinación exacta de las utilizaciones reales de las obras protegidas, porque en función de ello se genera el derecho de los titulares a recibir la remuneración correspondiente.

La importancia de fijar sistemas de recaudación eficaces y eficientes obliga a efectuar, conjuntamente, una excelente labor de fiscalización de parte de los inspectores de las organizaciones, para asegurar la veracidad de la información recolectada, que fundamentará la determinación de las obligaciones de los usuarios, y que serán recaudadas posteriormente. Así, la actividad de recaudación de los derechos de los titulares es una actividad que, junto a la fiscalización, es realizada por los inspectores de la organización.¹⁴⁷

¹⁴⁷ Ver SHUSTER VERGARA, *op. Cit.*, p. 97.

e. Distribuir las regalías.

La actividad de distribución requiere del establecimiento de procesos con reglas precisas y objetivas que mantengan una relación directa y proporcional con la recaudación hecha, en virtud de la utilización efectiva de las obras. Aquí, podemos establecer la íntima relación entre los sistemas de fiscalización, recaudación y distribución, que requieren de un correcto funcionamiento y coordinación para generar resultados favorables.

Los procedimientos establecidos por la organización poseen características particulares según la categoría de obras administradas y la especial distribución de las regalías entre los diferentes titulares con derechos, sobre una misma obra. Para determinar la utilización efectiva, con absoluta y total precisión, resulta de gran importancia los métodos empleados en la fase de la recaudación. Sin embargo, en muchos casos, esa determinación no es posible y las sumas recaudadas responden a sistemas de muestreo que responden a estudios estadísticos razonablemente eficaces. Por lo tanto, la distribución se efectuará con base a esos mismos estudios de muestreo. En estas situaciones, estos sistemas son mejores que una total desprotección de los titulares.

Previo a la distribución de las remuneraciones recolectadas se efectúa el descuento de los gastos administrativos necesarios y efectivos para realizar la administración colectiva de los derechos de autos y conexos, lo cual debe tener límites razonables.

En materia de descuentos de gastos, se debe aplicar el principio de justicia material de filosofía aristocrática, donde se descuenta a todos los titulares, por igual, aquellos gastos por administración general, y cuando estos gastos correspondan a la administración de obras específicas, estas deberán soportarlos exclusivamente, sin cargarlos a los demás.

Una actividad vinculada a la distribución, es la liquidación de los montos a los respectivos titulares. Esta liquidación se efectúa directamente con el titular, o se encausa a él a través de las organizaciones con las cuales se tienen relaciones de representación recíproca.

Sin duda alguna, el respeto al principio de trato nacional debe estar presente en el procedimiento de distribución establecido por la organización.

f. Protección social.

La autora Delia Lipszyc nos explica que la administración colectiva de los derechos autorales y conexos no es la única función de las organizaciones.¹⁴⁸ Lipszyc manifiesta que frente a los autores o titulares que siendo dependientes (asalariados) sí gozan de beneficios de protección social, se encuentran, por otro lado, los autores y titulares de prestaciones conexas que, siendo independientes, no poseen esa protección social. Así, la administración colectiva suple ese vacío porque, a través de ella, las organizaciones realizan actividades mutuales

¹⁴⁸ LIPSZYC (Delia). Derecho de Autor y Derechos Conexos, Buenos Aires, Ediciones UNESCO/CERLALC/ZAVALIA, 1993, p.464.

mediante programas de protección social de sus miembros, que son financiadas con una parte de las sumas que se recaudan y se descuentan a los autores.¹⁴⁹

Estos programas consisten, por ejemplo, en:

- a. el otorgamiento de pensiones ordinarias y extraordinarias en favor de los autores y titulares de prestaciones conexas, o algunos de sus herederos;
- b. ayuda en caso de enfermedad, maternidad y circunstancias especiales de necesidad;
- c. contratación de servicios de asistencia médica para los miembros y su núcleo familiar primario;
- d. subsidios para sepelios;
- e. seguro colectivo, etc.

Otra figura que atiende a esa protección social de los miembros es el *derecho autoral mínimo* que consiste en una suma de dinero que

*"[...] se abona en consideración a la persona del autor y no a la difusión actual de la obra, con la finalidad de asegurar al creador cuyas obras registraron en el pasado una difusión notoria que, a partir de cierta edad, cobrará mensualmente una suma que, por lo general, está en relación con las liquidaciones que cobró cuando se encontraba en plena actividad."*¹⁵⁰

¹⁴⁹ LIPSZYC (Delia). Derecho de Autor y Derechos Conexos, Buenos Aires, Ediciones UNESCO/CERLALC/ZAVALIA, 1993, p.464.

¹⁵⁰ Ibid., p.449.

g. Promoción cultural.

Otra función, aparte de la administración de los derechos autorales y conexos, es la promoción cultural que realiza en favor de sus miembros y la sociedad en general.

La organización realiza esta función a través de la capacitación técnica y estética de sus miembros en diversos campos para su producción autoral; preservación del patrimonio cultural que administran (recopilación, publicación, promoción y difusión de obras); velar por la defensa de la tradición intelectual y artística nacional; promover iniciativas legislativas y doctrinarias sobre la materia; establecer colecciones de las obras que administran; etc.¹⁵¹

3. Modalidades de la administración colectiva.

El desarrollo de las organizaciones de administración colectiva se verifica por la iniciativa de los titulares de los derechos que se agrupan y luchan por el reconocimiento del grupo ante la sociedad en la cual se desarrolla. Este crecimiento y desarrollo se encuentra determinado por circunstancias particulares del entorno social en que se ubica. La realidad social determina las formas jurídicas que puede adoptar la organización, el reconocimiento de su representatividad ante los usuarios de obras, los órganos administrativos o judiciales, la forma de administrar un derecho en particular, la capacidad de fijar

¹⁵¹ LIPSZYC (Delia). Derecho de Autor y Derechos Conexos, Buenos Aires, Ediciones UNESCO/CERLALC/ZAVALLIA, 1993, p.465.

las remuneraciones por el uso de las obras administradas, así como para recaudarlas, y, en general, toda actividad tendiente a la realización de su objeto.

En un estudio presentado por la OMPI, de la gran diversidad de los sistemas de administración colectiva se pueden mencionar diferentes tipos particulares, sin ser los únicos, a partir de ciertos puntos básicos:¹⁵²

1. Desde el punto de vista del nivel de la colectivización:
 - a. Representación colectiva, autorización individualizada, distribución directa (principalmente en la esfera de los derechos de representación de obras dramáticas, pero en ciertos casos también en el campo de la reprografía);
 - b. Administración colectiva completa, otorgamiento de licencias generales, distribución entre los titulares de derechos con ciertas "correcciones" (derechos de ejecución musical);
 - c. Aplicación coercitiva de los derechos en forma colectiva, otorgamiento de licencias generales, no distribución individual entre los titulares de derechos (siguen este camino ciertas organizaciones administradoras de derechos de reproducción reprográfica y de derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes).

¹⁵² OMPI. Introducción a la Gestión Colectiva del Derecho de Autor y los Derechos Conexos, Seminario de Introducción al Derecho de Autor y a los Derechos Conexos, Ginebra, del 09 al 11 de octubre de 1996, p. 44.

2. Desde el punto de vista de la libertad de elección de los titulares de derechos entre las formas individuales y colectivas de administración:

- a. Los titulares de los derechos pueden escoger libremente (al menos no existe obligación legal de optar por la administración colectiva, aunque en la práctica puedan no tener alternativa);
- b. La ley sujeta el ejercicio de los derechos a la condición de la administración colectiva (por ejemplo, en el caso de las "grabaciones en el hogar o domésticas"):
- c. La ley determina también cuál es la única organización por cuyo intermedio pueden administrarse colectivamente los derechos.

3. Desde el punto de vista del alcance de los derechos y de los titulares comprendidos en la administración colectiva:

- a. La organización de administración colectiva puede administrar únicamente los derechos de sus afiliados;
- b. En la esfera determinada por la ley, la organización administra también los derechos de no afiliados (administración colectiva ampliada), pero éstos pueden renunciar a esa administración en ciertas condiciones;
- c. Administración colectiva ampliada sin posibilidad de renunciar a ella.

4. Desde el punto de vista de la libertad de la organización de administración colectiva para fijar tarifas y demás condiciones de las licencias para los usuarios:

- a. Libre negociación: en caso de controversia, decisión a cargo de un tribunal;
- b. Se negocia entre la organización y los usuarios, pero los acuerdos alcanzados sólo pueden aplicarse con la aprobación de un órgano administrativo de supervisión;
- c. Las tarifas y demás condiciones están fijadas por disposiciones legales.

Una forma adecuada de administración es la relación entre los puntos 1.a., 2.a, 3.a, 4.a.; y una administración de tipo 1.c, 2.c, 3.c, 4.c, es la menos deseada porque se acerca mucho al régimen de las licencias obligatorias.

4. Sistema obligatorio de administración colectiva.

En ocasiones, la ley ha condicionado el ejercicio de determinados derechos a la administración colectiva, no pudiendo realizarse de forma individual. Esta disposición constituye un tipo de limitación al derecho exclusivo de disponer la forma en que el titular ejerce su derecho y, por lo tanto, su aplicación debe limitarse a casos excepcionales.

La *administración colectiva obligatoria* solamente puede establecerse en los mismos casos en que las licencias obligatorias son admitidas; o en aquellos casos donde el Convenio de Berna señala que los Estados pueden determinar las

condiciones en que pueden ejercerse los derechos exclusivos reconocidos; también, en los casos en que se establece solamente un derecho de remuneración (*droit de suite*); y, asimismo, cuando la limitación a un derecho exclusivo, se reduce a un mero derecho de remuneración (como el *derecho de reproducción: reprografía y copias domésticas*).¹⁵³ Esto resulta importante para considerar la posibilidad de implementar el sistema de remuneración compensatoria por copia personal.

Hasta aquí llega la exposición sobre la administración colectiva, y corresponde, ahora, referirnos a la organización de gestión colectiva, con lo cual nos acercamos más a nuestro punto de crítica y donde determinaremos si se protege efectivamente los derechos de autor y los derechos conexos.

B. La Organización de Administración Colectiva.

En este aparte efectuaremos una exposición general sobre los aspectos más importantes de la figura de las organizaciones de gestión colectiva. Su importancia dentro del sistema de administración colectiva ya fue explicada y solo nos queda comentar ciertos temas que describen más detalladamente su funcionamiento y que resultan de gran relevancia para efectuar una valoración del sistema y determinar si los intereses morales y patrimoniales de los titulares de obras protegidas se protegen adecuadamente.

¹⁵³ OMPI. Introducción a la Gestión Colectiva del Derecho de Autor y los Derechos Conexos, Seminario de Introducción al Derecho de Autor y a los Derechos Conexos, Ginebra, del 09 al 11 de octubre de 1996, p. 51-52.

1: El Objeto.

El **objeto principal** de la organización de administración colectiva es la **defensa de los intereses morales y la administración de los derechos patrimoniales** de los titulares sobre sus obras o prestaciones intelectuales. En este sentido se manifiesta Delia Lipszyc¹⁵⁴ cuando se refiere a las "sociedades de autores", exclusivamente; pero, esta característica puede extenderse a toda organización de gestión colectiva.

En cuanto a la "administración colectiva" de los derechos patrimoniales, ya se expuso cuales son las actividades que se encuentran cubiertas por el término, siendo innecesario reiterar su enunciación. Sin embargo, si es necesario señalar que estas organizaciones tienen por objeto otras actividades, no principales, en beneficio de sus miembros de carácter social y cultural, por ejemplo.

Como una característica fundamental, el objeto de la organización se encuentra desprovisto de todo interés de lucro, directo o indirecto. Es decir, la defensa de los derechos morales y la administración de los derechos patrimoniales se ejecuta **sin fines de lucro**, y únicamente se permite retener, de las sumas recaudadas, lo indispensable para satisfacer los costos derivados de la defensa y administración de los derechos.¹⁵⁵

¹⁵⁴ LIPSZYC (Delia). Derecho de Autor y Derechos Conexos, Buenos Aires, Ediciones UNESCO/CERLALC/ZAVALIA, 1993, p. 423.

¹⁵⁵ Al respecto es mayoritaria la doctrina que manifiesta la ausencia de todo fin de lucro; así por ejemplo DE FREITAS, op. Cit., p. 6.

2. Naturaleza Jurídica.

La determinación de la naturaleza jurídica de las organizaciones de administración colectiva constituye una temática que aún no encuentra un punto de consenso general.¹⁵⁶ Así lo expresan, por ejemplo, el Dr. Antequera cuando señala que en el derecho comparado no hay soluciones uniformes y, muchas veces, las legislaciones eluden tomar partido al respecto, limitándose a contemplar el funcionamiento de las organizaciones y a definir sus principales atribuciones.¹⁵⁷ El Dr. Antequera continúa diciendo que lo mismo ocurre en los convenios internacionales y los entes internacionales no gubernamentales que agrupan a esas organizaciones.¹⁵⁸

La esencia del conflicto radica en determinar si las organizaciones de administración colectiva son de carácter público o privado; y, si tienen carácter privado, determinar cuál es la forma jurídica que adoptan: asociaciones civiles o

¹⁵⁶ En la legislación española BENÍTEZ DE LUGO desde el año de 1988 planteaba el controversial tema. En esa oportunidad debatió el carácter público o privado de estas organizaciones, a partir de la confusa redacción de la norma; y entraba a debatir la posibilidad de ubicarlas como sociedad mercantil, sociedad civil, asociación, y cooperativas. Este autor concluyó que *"La vida jurídica activa ha obligado al legislador, muchas veces, a separarse de aquel tipo estándar, pero sin prescindir del sustrato formal de la institución. Aquí, ahora, tenemos un caso más, y por ello nos permitimos opinar que la L.P.I. permite que esas Entidades de Gestión puedan adoptar válidamente cualquiera de las formas jurídicas preexistentes (Sociedad Mercantil, Sociedad Civil, Asociación o Cooperativa), siempre que se combine la normativa estándar de estas figuras jurídicas con las especialidades que establece la L.P.I. La normativa, pues, de la L.P.I. es una normativa específica y concreta que se debe incrustar en la normativa general de la figura que se elija, modificando a la misma."* BENÍTEZ DE LUGO (Félix). Entidades de Gestión de la Propiedad Intelectual, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, Setiembre de 1988, pp. 779-788.

¹⁵⁷ ANTEQUERA PARILLI (Ricardo), *Derecho de Autor*, Tomo II, Caracas: Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual/Dirección Nacional del Derecho de Autor, segunda edición, 1998, p. 688.

¹⁵⁸ *Ibid.*

sociedades mercantiles.¹⁵⁹ Sin embargo, también se presenta como una opción la sociedad civil.

a. El Carácter Público o Privado de la Organización.

Para el correcto tratamiento del tema, es necesario señalar una característica que marca el establecimiento de las organizaciones de administración colectiva, y que determinan la existencia y el desarrollo de estas organizaciones con elementos particulares y distintos.

El establecimiento de estas organizaciones tiene lugar en el ámbito de la iniciativa privada. Así, lo señalamos en la referencia histórica de este trabajo. El desarrollo, se verifica, igualmente, por la iniciativa de los titulares de derechos que se agrupan y luchan por el reconocimiento del grupo ante la sociedad en la cual se desarrolla. Este crecimiento y desarrollo se encuentra determinado por circunstancias particulares del entorno social en que se ubica.

La realidad social determina las formas jurídicas que puede adoptar la organización, el reconocimiento de su representatividad ante los usuarios de obras, los órganos administrativos o judiciales, la forma de administrar un derecho en particular, la capacidad de fijar las remuneraciones por el uso de las obras administradas, así como para recaudarlas, y en general toda actividad tendiente a la realización de su objeto. Este condicionamiento social explica la discusión

¹⁵⁹ ANTEQUERA PARILLI (Ricardo), Derecho de Autor, Tomo II, Caracas: Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual/Dirección Nacional del Derecho de Autor, segunda edición, 1998, p. 689.

sobre la naturaleza jurídica de estas organizaciones entre el carácter público o privado; y, en este último, entre asociaciones o sociedades.

En el derecho comparado se encuentran unas legislaciones que adoptan la posición pública y otras la posición privada sobre el carácter de las organizaciones de gestión colectiva y, a partir de ello hay doctrina que admite una y otra. La elección entre uno y otro reside en las mayores oportunidades de éxito que puede alcanzar el desarrollo del sistema de administración colectiva, a partir de las condiciones particulares que existe en los distintos Estados. Así, por ejemplo, en los países africanos existe una mayor preferencia por organizaciones de derecho público, porque el mayor usuario de obras son entes públicos, y otra entidad pública tiene mayor probabilidad de efectuar un cobro efectivo de las regalías.¹⁶⁰ Por esta razón, en el ámbito internacional la OMPI y la UNESCO elaboraron estatutos modelos para estas organizaciones, uno de carácter público y otro de carácter privado, dejando a los Estados la potestad de escoger entre uno y otro, sin excluir por ello, las formas de sociedades cooperativas, mixtas u otras fórmulas.¹⁶¹

¹⁶⁰ Respecto a esta circunstancia se expresa que las razones principales, por la preferencia del sistema público, estriban en que bajo este sistema los autores no tienen que afrontar los gastos iniciales de constitución de la organización y, además, los organismos públicos están investidos de una autoridad que, junto al carácter de servicio público, les otorga más eficiencia en sus negociaciones con los usuarios. LIPSZYC (Delia), Derecho de Autor y Derechos Conexos, Buenos Aires, Ediciones UNESCO/CERLALC/ZAVALIA, 1993, p. 420-421; y ANTEQUERA PARILLI (Ricardo), Derecho de Autor, Tomo II, Caracas: Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual/Dirección Nacional del Derecho de Autor, segunda edición, 1998, p. 689.

¹⁶¹ ANTEQUERA PARILLI (Ricardo), Derecho de Autor, Tomo II, Caracas: Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual/Dirección Nacional del Derecho de Autor, segunda edición, 1998, p. 689.

Esto nos indica que la naturaleza jurídica de las organizaciones de administración colectiva puede ser pública o privada, y ello depende del ordenamiento jurídico en que nos ubiquemos, y a la realidad social donde funcionará dicha organización.

Sin embargo, debemos decir que, en atención a los orígenes históricos de las organizaciones de administración colectiva, el carácter privado es el más idóneo y el que mejor responde a los intereses particulares de los titulares de los derechos de autor y los derechos conexos. La insuficiencia de la administración individual lleva a los titulares a agruparse para efectuar una administración colectiva, en atención a los intereses de grupo, lo que les permite disponer libremente todos los aspectos relativos a la organización y su funcionamiento. En virtud de ello son varios los autores que manifiestan su posición a favor de la organización de carácter privado.¹⁶²

b. La Figura Jurídica de Carácter Privado: Sociedad Civil, Sociedad Mercantil o Asociación Civil.

Este es el otro punto medular sobre la cuestión planteada, y al respecto, debemos efectuar la misma conclusión planteada sobre el carácter público o privado de las organizaciones de administración colectiva.

¹⁶² En ese sentido, se manifiestan ANTEQUERA PARILLI (Ricardo), Derecho de Autor, Tomo II, Caracas: Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual/Dirección Nacional del Derecho de Autor, segunda edición, 1998, p. 691; y LIPSZYC (Delia). Derecho de Autor y Derechos Conexos, Buenos Aires, Ediciones UNESCO/CERLALC/ZAVALIA, 1993, p. 417.

En atención a las particulares condiciones que presenta la realidad social en un espacio y tiempo determinado, debemos decir que la organización puede adoptar una u otra forma jurídica. Esta conclusión atiende a que no todas las legislaciones reconocen y regulan de manera homogénea la figura de la sociedad civil, y no todas son organizaciones de derecho privado.¹⁶³

A pesar de ello, Delia Lipszyc respalda la forma de la sociedad civil para las organizaciones de administración colectiva, porque es la más adecuada en atención a sus particulares características; además, es la que adoptaron las primeras organizaciones francesas y siguen países de América Latina; y es la recomendada por la CISAC.¹⁶⁴ Por otro lado, Ricardo Antequera excluye la posibilidad de considerarla como una sociedad, sea civil o mercantil, afirmando que se debe adoptar la forma de asociación civil; aunque menciona como otro criterio de la doctrina, que no comparte, la consideración de "asociaciones *sui generis*", que merecen una regulación detallada.¹⁶⁵ En el mismo sentido, De

¹⁶³ LIPSZYC (Delia). Derecho de Autor y Derechos Conexos, Buenos Aires, Ediciones UNESCO/CERLALC/ZAVALIA, 1993, p. 418.

¹⁶⁴ Ibid., p. 417-418.

¹⁶⁵ A decir de Antequera Parrili, estas organizaciones no son sociedades, en particular por las siguientes razones: 1. No hay aportes de capital por los miembros, porque se limitan a otorgar la administración de sus derechos económicos, los cuales siguen perteneciendo al miembro y no a la organización; 2. No se constituyen *intuitu personae*; 3. Además de la capacidad negocial general se requiere la titularidad de un derecho autoral o conexos; 4. La ley prohíbe la expulsión de los miembros u obligan a aceptar la administración de los derechos que le sean encomendados; 5. La organización administra los derechos de titulares extranjeros, no afiliados; 6. No existe un fin lucrativo, porque no hay ganancias ni reparto de utilidades, donde se retiene solamente los gastos de administración; 7. La distribución de las remuneraciones está en función de las utilidades efectivas. Así, concluye "*Por su parte, las asociaciones propiamente dichas no tienen fines de lucro, aunque para el cumplimiento de sus fines desarrollen actividades económicas; no reparten utilidades (porque no las hay), ni siquiera a los miembros que hayan entregado bienes a la entidad; no exigen aportes a capital; son generalmente organizaciones abiertas, a las que pueden ingresar todas las personas que reúnan los requisitos estatutarios; y, en general, tienen un fin distinto al de distribuir ganancias. [...] Si analizamos las características de las entidades de gestión colectiva, podemos concluir que se trata de asociaciones [...]*" ANTEQUERA PARRILLI (Ricardo), Derecho de

Freitas afirma que estas organizaciones no responden al esquema de una sociedad civil o comercial, al no existir puesta en común de bienes ni industria ni reparto de ganancias comunes.¹⁶⁶

Por otro lado, la CISAC recomienda que las organizaciones deben tener y conservar la fisonomía y la estructura jurídica de la sociedad civil o de la asociación de la misma naturaleza, dotada o no de personería jurídica, pero nunca la correspondiente a las sociedades comerciales.¹⁶⁷

Todas estas consideraciones reafirman nuestra postura sobre el carácter equívoco que tienen los términos "sociedad" o "asociación", utilizados para denominar a las organizaciones de administración colectiva, y que predisponen la naturaleza jurídica, aunque no exista una concurrencia entre la terminología y la forma jurídica real.

Considero que la administración colectiva es una solución planteada por los propios titulares, que nace de la iniciativa privada y, en consecuencia, son ellos quienes pueden determinar libremente la forma jurídica que sea más conveniente para sus intereses. El Estado debe saber leer la realidad y permitir el ejercicio libre de ese derecho para organizarse en formas ya reguladas por el derecho, sea

Autor, Tomo II, Caracas: Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual/Dirección Nacional del Derecho de Autor, segunda edición, 1998, p. 692-694.

¹⁶⁶ Ver DE FREITAS, op. Cit., p. 6.

¹⁶⁷ Estatuto Tipo para las sociedades confederadas de la CISAC, citado por LIPSZYC (Delia). Derecho de Autor y Derechos Conexos, Buenos Aires, Ediciones UNESCO/CERLALC/ZAVALIA, 1993, p. 418.

asociación o sociedad (civil o mercantil), estableciendo ciertos requisitos especiales según el objeto y sujetos involucrados, que aseguren una protección efectiva de los derechos de autor y los derechos conexos.

Al Estado interesa la creación de una organización que ejecute la administración colectiva, independientemente de la forma jurídica que adopte, siempre y cuando sea idónea para el eficaz y eficiente cumplimiento de sus fines. En consecuencia, el Estado debe proveerla de los mecanismos jurídicos adecuados para permitir la constitución, desarrollo y funcionamiento de estas organizaciones, con libertad de elección de la forma, dotándola de personalidad jurídica.

3. La Representatividad.

Inicialmente, los titulares de derechos se constituyen en una organización para que los representen ante los usuarios de sus obras, y la comunidad en general, en la administración de sus derechos.

La organización, en principio, se constituye en un intermediario entre los titulares, de derechos autorales y conexos, y los usuarios de obras protegidas, representando los intereses de los primeros para establecer el monto de las remuneraciones, negociar las condiciones bajo las que otorgará las autorizaciones de uso, recaudar y distribuir las regalías correspondientes.

a. Fuentes de la relación de representación.

Esta calidad de "representante" tiene diferentes fuentes, que interesan destacar, porque fundamentan la actividad administrativa de estas organizaciones.

La representación de los titulares puede surgir por:

- a. mandato representativo en favor de la organización;
- b. cesión a dicha organización por parte del titular de ciertos derechos de autor;¹⁶⁸
- c. el aporte de estos derechos a la organización (en sentido amplio, donde no forman parte de capital social);
- d. disposición legal (representación *ex lege*), etc.^{169 170}

Delia Lipszyc indica que frecuentemente el acto de afiliación a la organización implica, por disposición estatutaria, un contrato de mandato representativo.¹⁷¹ Por esta razón, a menudo las legislaciones señalan que la

¹⁶⁸ Considero que en este caso se diluye la relación de mandato representativo porque la organización pasa a ser titular del derecho, y lo ejerce en nombre y por cuenta propia.

¹⁶⁹ En este sentido LIPSYC (Delia). Derecho de Autor y Derechos Conexos, Buenos Aires, Ediciones UNESCO/CERLALC/ZAVALIA, 1993, p. 424-425; y DE FREITAS, op. Cit., p. 16.

¹⁷⁰ La Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos, en el artículo 132, reconoce un mandato legal de tipo representativo a las organizaciones de gestión colectiva por el simple hecho de la afiliación:

"Las sociedades nacionales o extranjeras, legalmente constituidas para la defensa de titulares de derechos de autor y conexos, serán consideradas como mandatarias de sus asociados y representados, para todos los fines de derecho, por el simple acto de afiliación a ellas, salvo disposición expresa en contrario, pudiendo actuar, administrativa o judicialmente, en defensa de los intereses morales y patrimoniales de sus afiliados."

¹⁷¹ LIPSYC (Delia). Derecho de Autor y Derechos Conexos, Buenos Aires, Ediciones UNESCO/CERLALC/ZAVALIA, 1993, p. 425.

organización de gestión colectiva se encuentra legitimada para representar los intereses de sus miembros en los términos de sus propios estatutos.

Una forma de adquirir la representación de los titulares de derechos autorales o conexos, es a través de la suscripción de un acuerdo de representación recíproca con otras organizaciones homólogas, extranjeras, por medio del cual quedan autorizadas para otorgar autorizaciones de las obras administradas por las organizaciones parte en el acuerdo, y en general, defender y administrar esos derechos en el territorio donde funciona. Al momento de distribuir las remuneraciones recaudadas, cada una remitirá a la otra la parte correspondiente al uso efectivo de las obras que representa, de conformidad con el acuerdo. Estos acuerdos son bilaterales y en ellos se fijan los derechos y obligaciones de las partes.

b. La Representación Extendida por medio de licencias generales.

A pesar de la suscripción de acuerdos de representación recíproca, es muy difícil que una organización esté autorizada a administrar en su repertorio a todas las obras protegidas del mundo entero, que se utilizan en el territorio nacional.

Esta circunstancia conlleva una insuficiencia del sistema para cubrir a los titulares de derechos no representados en la organización y consecuentemente un problema para los usuarios que vuelven a experimentar una inseguridad jurídica respecto al uso de obras protegidas. La confianza en el sistema de la

administración colectiva radica en la posibilidad que tiene el usuario de obtener de la organización una autorización para utilizar cualquier obra protegida, eximiéndose de toda responsabilidad civil y penal. Si la organización no ofrece dicha seguridad entonces pierde confianza entre los usuarios.

Para solucionar este problema, existe la administración colectiva ampliada, que funciona a través de las licencias en blanco o licencias generales¹⁷² que cubren a los titulares no representados por ella; y para asegurar su funcionamiento se utilizan ciertas técnicas jurídicas:

1. contratos con cláusulas de indemnización;
2. licencias colectivas ampliadas o extendidas;
3. presunciones legales.¹⁷³

b.1. Contratos con cláusulas de indemnización.

Cuando la organización contrata con el usuario, esta asume la responsabilidad de pagar la remuneración respectiva al titular no representado por ella. Así, el usuario se desprende de la responsabilidad civil y penal frente a una eventual acción judicial del titular no representado.¹⁷⁴

¹⁷² OMPI. Introducción a la Gestión Colectiva del Derecho de Autor y los Derechos Conexos, Seminario de Introducción al Derecho de Autor y a los Derechos Conexos, Ginebra, del 09 al 11 de octubre de 1996, p. 52.

¹⁷³ IFRRO. General Papers: Collective Administration [en línea]: The International Federation of Reproduction Rights Organisations, http://www.ifrro.org/papers/collect_adm.html, [Consulta: 07 de enero de 2002].

¹⁷⁴ En este aspecto resulta interesante determinar la validez de la cláusula en atención al principio de relatividad de los contratos que impide extender sus efectos jurídicos a terceras personas que

b.2. Licencias colectivas ampliadas o extendidas.

Este método consiste en que si hay una organización que es representativa de un gran número de autores de determinada categoría de obras o derechos, y que autoriza su utilización, entonces los usuarios pueden utilizar todas las demás obras pertenecientes a la misma categoría, aunque no estén representadas por la organización que otorga la autorización, pero a cambio del pago de las mismas regalías y en las mismas condiciones aplicables a las obras incluidas en la autorización.¹⁷⁵

b.3. Presunciones Legales.

Por este sistema, la ley prevé que la organización está facultada para administrar el derecho relativo a cualquier obra incluida en la licencia general, para otorgar una autorización general y representarlos en procedimientos judiciales.¹⁷⁶

El sistema de licencias generales implica una licencia obligatoria que debe cumplir con los requisitos señalados en los convenios internacionales, porque restringe la autonomía del titular. En todo caso, debe reconocerse legalmente la posibilidad de otorgar autorizaciones de uso de obras no pertenecientes al repertorio de la organización para otorgar una mayor seguridad jurídica.

no participen en su formación y perfeccionamiento. La eficacia de estas cláusulas para excluir la responsabilidad civil y penal debe tener respaldo legal expreso.

¹⁷⁵ OMPI. Introducción a la Gestión Colectiva del Derecho de Autor y los Derechos Conexos, Seminario de Introducción al Derecho de Autor y a los Derechos Conexos, Ginebra, del 09 al 11 de octubre de 1996, p. 53.

¹⁷⁶ Ibid., p. 53.

4. El conflicto entre la pluralidad o unicidad de organizaciones de administración colectiva.

El tema de la pluralidad de organizaciones frente a la existencia de una única organización que defienda y administre los derechos de los titulares de derechos autorales y conexos se encuentra con diversas posiciones, todas ellas relativas según la realidad social vigente en un momento en particular.

En todo caso, debemos indicar que toda postura debe ponderar, previamente, las necesidades específicas de los derechos administrados al momento de llevar a la práctica la respectiva administración, en términos de eficiencia y eficacia. Por esta razón, debemos separar los derechos en categorías que sean comunes, para poder determinar la idoneidad de la pluralidad o unicidad, respecto a su administración, por parte de las organizaciones de administración.

a. Respecto a distintas categorías de derechos y titulares.

Resulta difícil determinar la mejor opción entre: la existencia de organizaciones distintas para administrar derechos distintos, que a su vez pertenecen a distintos titulares, o una única organización que administre los distintos derechos en beneficio de diferentes titulares. La solución es casuística, según sea el caso que se plantea para su consideración.

Cuando la realidad no permite la constitución de varias organizaciones entonces lo adecuado sería contar con una organización única.¹⁷⁷ Sin embargo, en atención al respeto de la libertad de asociación y la autonomía privada, lo idóneo es la constitución de varias organizaciones, si ello es posible.

Cuando se piensa en la unificación de distintos titulares, en una única organización, puede ocurrir un conflicto entre derechos exclusivos que son diferentes y subordinados, unos a otros.¹⁷⁸ Esto se evita si existe una multiplicidad de organizaciones. La integración en una sola organización, por otro lado, ofrece buenas posibilidades de negociación entre los titulares miembros; pero, debe reconocerse que existen categorías de titulares, cuyos derechos exclusivos son excluyentes entre sí y no permiten su acumulación en una organización de administración colectiva.

Por otro lado, la unificación en una sola organización otorga un mayor reconocimiento ante los usuarios, los órganos administrativos, jurisdiccionales y, además, logran realizar una mejor actividad promotora de iniciativas legislativas.

Es posible defender la multiplicidad de organizaciones y, a su vez, plantear una "coalición" entre ellas, en la medida en que esa unión tenga como fin

¹⁷⁷ A favor de la unificación se manifiesta ARÍSTEGUI (Abel Javier), *Sociedades de Autores. Regulación Legal. Primera parte: Sociedades y Regulación Legal. V Congreso Internacional sobre la protección de los derechos intelectuales (del autor, el artista y el productor)*, Buenos Aires-Argentina, del 04 al 07 de abril de 1990, ZAVAGLIA/OMPI/CISAC/IIDA, 1990, pp. 73-82.

¹⁷⁸ OMPI. *Introducción a la Gestión Colectiva del Derecho de Autor y los Derechos Conexos, Seminario de Introducción al Derecho de Autor y a los Derechos Conexos*, Ginebra, del 09 al 11 de octubre de 1996, p. 49.

el desempeño de funciones que representan grandes ventajas económicas para facilitar la administración de los derechos, sin ser excluyentes, como son la fiscalización y la recaudación de regalías. Sin embargo, la distribución efectiva de las regalías solo debería ser realizada por cada una de las organizaciones afiliadas.¹⁷⁹

b. Respecto a idéntica categoría de derechos.

Respecto a categorías particulares de derechos es conveniente la administración colectiva mediante una única organización, para alcanzar las ventajas que plantea este sistema de gestión, siendo conveniente evitar la pluralidad de organizaciones. Sin embargo, ello puede crear una situación de "monopolio de hecho" en favor de las organizaciones existentes, lo que genera un problema que debe resolverse.¹⁸⁰

Otra crítica que puede efectuarse al criterio pluralista respecto a una misma categoría de derechos, y que refuerza la postura unitaria o integral, es la posible lucha en los montos por remuneración que se fijen para el uso de las obras administradas, lo que perjudica los eventuales ingresos económicos de los titulares. Además, podemos sumar la eventual evasión del pago de las regalías por parte de los usuarios, alegando el pago hecho a la otra organización

¹⁷⁹ OMPI. Introducción a la Gestión Colectiva del Derecho de Autor y los Derechos Conexos, Seminario de Introducción al Derecho de Autor y a los Derechos Conexos, Ginebra, del 09 al 11 de octubre de 1996, p. 48.

¹⁸⁰ Ibid., p. 49.

administradora de derechos de igual categoría, con el fin de dificultar su comprobación.

En todo caso, la elección de uno u otro resulta ser una decisión reservada a cada caso en concreto, según las mayores conveniencias que se obtengan.

Lo expuesto hasta el momento es el conjunto de aspectos más generales sobre las organizaciones de gestión colectiva y la administración colectiva de derechos de autor y conexos. El fin es presentar un marco de referencia general que permita comprender la siguiente sección dedicada a plantear la necesidad de que el Estado regule de forma mínima el sistema de administración colectiva para garantizar una protección eficaz de los derechos de autor y los derechos conexos.

Sección III. Regulación Mínima de la Administración de Derechos de Autor y Conexos.

A partir del marco general que hemos presentado, vamos a desarrollar el aspecto crucial que nos permite analizar si nuestro ordenamiento jurídico protege adecuadamente los derechos de autor y los derechos conexos en la materia de la gestión colectiva.

El aspecto principal gira en torno a la administración colectiva de los derechos de autor y los derechos conexos. Para ubicar nuestro campo de estudio, debemos efectuar un análisis de las relaciones jurídicas que se constituyen en atención a la gestión de los derechos de autor y los derechos conexos. De previo,

señalamos que nuestro trabajo se enfocará, principalmente sobre la relación jurídica titular-organización para determinar la posición del titular y la protección que el ordenamiento jurídico le otorga frente a los eventuales abusos que pueda cometer la organización, en el ejercicio de su actividad.

Posteriormente, señalaremos la necesidad de que el Estado de Costa Rica adopte una posición más activa en la regulación de la administración colectiva ejecutada por las organizaciones respectivas, para cumplir satisfactoriamente las obligaciones internacionales que el país tiene en materia de protección de los derechos de autor y los derechos conexos.

Por último, se analizará la necesidad de promulgar un marco regulatorio de la administración colectiva de derechos, que asegure su correcto funcionamiento, como presupuesto mínimo para pensar en la posibilidad de incorporar el sistema de remuneración compensatoria por copia personal, en nuestro ordenamiento jurídico.

A. Relación Tripartita en la Administración de los Derechos de Autor y Derechos Conexos.

La administración de los derechos autorales y conexos puede adoptar dos modalidades básicas: administración individual y administración colectiva. Cada una tiene características propias que determinan las diversas formas que pueden adoptar en la práctica, así como la normativa jurídica particular que las regula. Sin embargo, respecto a ambas modalidades es posible identificar una relación

jurídica básica que vincula tres sujetos distintos, pero estrechamente ligados entre sí.

En primer lugar se encuentra el titular de derechos autorales o conexos, que incluye tanto al titular originario (autor, artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión) como al titular derivado (persona que adquiere del titular originario algún derecho autoral o conexo, de carácter patrimonial). Él puede autogestionar sus derechos o puede autorizar a una determinada organización para que los administre por él.

En segundo lugar está la organización de administración o gestión colectiva. Esta consiste en una agrupación de titulares de derechos autorales y conexos, que normalmente surge de la iniciativa privada y conserva ese carácter mediante una determinada forma jurídica, dispuesta normalmente por el legislador, que administra los derechos de sus miembros, previa autorización, y sin fines de lucro.

Por último, podemos identificar al usuario de la obra o prestación intelectual protegida. El usuario corresponde a una persona física o jurídica que tiene un interés legítimo para utilizar una obra o prestación intelectual protegida por los derechos de autor y conexos. Este sujeto posee una composición indeterminada y muy difícil de definir porque toda persona es, o al menos eventualmente puede llegar a ser, un usuario.

El usuario, irremediablemente, para explotar una obra, siempre y cuando los derechos patrimoniales se encuentren vigentes y no esté en el supuesto de hecho de una limitación válida, se encuentra en la obligación de establecer una relación jurídica con el titular del derecho o la organización de administración colectiva, para obtener la autorización respectiva.

En consecuencia, cuando hablamos de la administración de los derechos, siempre vamos a encontrar una relación jurídica entre:

- a. Titular-Usuario;
- b. Organización-Usuario;
- c. Titular-Organización.

Estas tres relaciones jurídicas serán el objeto que, en particular, estudiaremos en este aparte con el fin de exponer los principales riesgos y problemas que se suscitan en la constitución, modificación y extinción de estas relaciones jurídicas. Además, nos avocaremos a fundamentar la necesidad de establecer un marco jurídico adecuado que regule los intereses de las tres partes involucradas tanto en la administración individual como en la colectiva.

1. La Relación Jurídica: Titular- Usuario.

La primera relación jurídica que podemos encontrar se desarrolla bajo la modalidad de la administración individual de los derechos de autor y conexos.

La administración individual consiste en la autogestión que hace el titular de su derecho, de tal forma que, individualmente, se encarga de la negociación para otorgar las licencias de uso de sus obras, fija el monto de las remuneraciones respectivas, las recauda y; además, fiscaliza el cumplimiento de las condiciones convenidas en la licencia y de cualquier otro uso que se haga de sus obras para que se respeten sus legítimos derechos.

En la administración individual se identifican claramente dos sujetos: el titular y el usuario. En atención a los intereses de ambos surge una relación jurídica donde se establecen una serie de derechos y obligaciones recíprocas.

Existen determinados derechos cuya administración individual es posible, en términos de eficiencia y a un bajo costo. En estos casos el titular puede ejercer un mayor control sobre la forma en que se utiliza su obra, y puede realizar una efectiva labor de recaudación. Sin embargo, ello no siempre resulta tan fácil.

Piénsese en la negociación que realiza el titular de un derecho exclusivo, inexperto, dirigida hacia la determinación de las condiciones para otorgar la autorización de uso, con un usuario de gran capacidad económica y con amplia experiencia en el campo. Evidentemente, se produce un desequilibrio entre las partes contratantes que solo beneficia al usuario, porque se aprovecha de su posición para adoptar acuerdos que le sean favorables, en perjuicio del titular.

Es muy común encontrar esta situación en la vida real. La mayoría de autores, artistas, intérpretes o ejecutantes, y en menor medida los productores de fonogramas, son personas inexpertas que no se encuentran en capacidad para negociar bajo condiciones favorables la explotación de sus derechos.

Consecuentemente, surge una situación social cuya relevancia obliga a adoptar las disposiciones jurídicas necesarias para proteger los intereses jurídicos reconocidos en el ordenamiento jurídico. Una solución para la problemática planteada ha sido la regulación de las condiciones de contratación, en atención a una determinada política legislativa, proteccionista de los titulares.

La gestión individual, si bien resulta idónea para ciertos derechos, a veces no es fácil, y más aún, ni eficaz ni eficiente. El problema principal radica en que los usuarios potenciales de una obra pueden ser miles, las modalidades de uso y explotación son muy variados, y pueden tener lugar en cualquier lugar del mundo. En estas condiciones, el titular no puede ejecutar una gestión adecuada de sus intereses. Esta situación llega a producir un estado de negación del derecho legítimo de los titulares, favoreciéndose a los usuarios, quienes optan por utilizar las obras protegidas de forma libre y gratuita, perjudicando los intereses morales y patrimoniales de sus titulares.

En atención a estas consideraciones surge la administración colectiva de derechos como una solución posible para los problemas planteados. Anteriormente expusimos las razones que justifican la unión de los titulares en

agrupaciones para ejercer una administración eficaz y eficiente de sus derechos, y a esas razones atendemos en este apartado, sin volver a reproducirlas en su totalidad.

La administración colectiva si bien es una buena solución, no está huérfana de críticas en virtud de los problemas surgidos en su funcionamiento, y que en relación con los titulares serán expuestas más adelante. En la gestión colectiva también encontramos situaciones de conflicto entre los titulares y los usuarios, que merecen un trato adecuado en virtud de los perjuicios latentes.

Es posible que los usuarios pretendan controlar el funcionamiento y organización de las organizaciones de administración con el fin de facilitar la explotación de las obras administradas. Este caso ocurre, por ejemplo, cuando una organización administra, conjuntamente, los derechos de los autores y de artistas, intérpretes o ejecutantes, y no se establece una prioridad de los primeros sobre los segundos, donde los artistas son usuarios de las obras producidas por los autores.¹⁸¹ Así, cierto grupo de titulares de derechos conexos puede llegar a determinar el funcionamiento de la organización para facilitar el uso de las obras en las condiciones que les sean más favorables (fijación de tarifas, recaudación, distribución, fiscalización, etc.).

¹⁸¹ OMPI. Introducción a la Gestión Colectiva del Derecho de Autor y los Derechos Conexos, Seminario de Introducción al Derecho de Autor y a los Derechos Conexos, Ginebra, del 09 al 11 de octubre de 1996, pp. 46-47.

Por esta razón, una organización que integre a ambas categorías de titulares, debe tener como actividad principal la administración de los derechos autorales; y como secundaria, los derechos de los artistas, intérpretes o ejecutantes.

La misma problemática deviene en las organizaciones que agrupan a los autores de obras literarias y a los editores, debiéndose resolver de la misma forma.

En consecuencia, los autores deben estar protegidos contra la posibilidad de que los usuarios, económicamente más poderosos abusen de su situación, en la negociación individual y directa con los titulares, o controlando las organizaciones de gestión colectiva para su beneficio.

2. Relación Tripartita: Organización de Administración Colectiva-Usuario.

La segunda relación jurídica que analizamos está integrada por la organización de administración colectiva y el usuario de las obras administradas. En este grado, pasando de una gestión individual a una gestión colectiva, se pueden identificar una mayor cantidad de conflictos entre estos dos sujetos, donde son los usuarios los más afectados.

La organización actúa, por autorización del titular, para la administración de los derechos de autor y conexos y se convierte, generalmente, en su representante, constituyéndose en un intermediario entre el usuario y el titular del

derecho. El usuario se relaciona con la organización para obtener la autorización de uso respectiva. Aquí podemos distinguir dos situaciones. La primera corresponde a la concurrencia de varias organizaciones por categoría de derechos; y la segunda, la existencia de una única organización por categoría de derecho.

La existencia de varias organizaciones administrando una misma categoría de derechos lleva a la creación de un ambiente de competencia entre ellas, que se resuelve con la progresiva disminución de tarifas para captar la mayor cantidad de usuarios (guerra de tarifas).¹⁸² Esta práctica solo beneficia a los usuarios y pone en lucha a los titulares. A consecuencia de esto, en muchos casos, los titulares optarían por formar parte de ambas organizaciones con el fin de percibir una suma mayor. Por otro lado, los usuarios probablemente evadirían el pago de las regalías correspondientes alegando el pago hecho, previamente, a otra organización, o exigirían que se demuestre cuales fueron las obras utilizadas, y sería muy difícil verificar algunos argumentos, debiendo a veces acudir a los tribunales, en contra de la otra organización.

La relación adquiere mayores matices conflictivos entre organización y usuarios cuando aquella administra los derechos de una determinada categoría de obras, de forma exclusiva, en un territorio determinado. Esta solución se califica a

¹⁸² LIPSZYC (Delia). Derecho de Autor y Derechos Conexos, Buenos Aires, Ediciones UNESCO/CERLALC/ZAVALIA, 1993, pp. 432-433.

menudo como un "monopolio de hecho"¹⁸³, en contraposición a "monopolio de derecho", que ejerce la organización; sin embargo, el término no debiera aplicarse porque "monopolio" se aplica a la posición predominante ostentada por un comerciante en un mercado determinado, que impide la libre competencia de otros agentes económicos, lo cual aprovecha para determinar, unilateralmente e independientemente de las reglas de la oferta y la demanda, la fijación del precio de la mercancía que comercializa (bienes o servicios).

El simple hecho de que las organizaciones de gestión colectiva puedan fijar unilateralmente las condiciones de la negociación no implica necesariamente la existencia de un monopolio, porque, en un mercado totalmente libre, cualquier agente económico, también, puede establecer unilateralmente al consumidor condiciones obligatorias para disfrutar del producto, a través de un contrato de adhesión, por ejemplo, sin admitir negociación alguna, y ello no se considera monopolio. Además, las remuneraciones por el uso de las obras protegidas no constituyen "precios" sino sumas otorgadas para tener el derecho de explotar las obras. La actividad ejercida por la organización de administración colectiva no consiste en la venta de obras literarias o artísticas, sino la concesión de una autorización para el uso de la obra, donde tampoco podemos decir que las vende;

¹⁸³ Respecto a la situación de monopolio y algunas de las situaciones de conflicto que pueden desarrollarse a partir de ella es muy ilustrativo el documento de la OMPI, Introducción a la Gestión Colectiva del Derecho de Autor y los Derechos Conexos, Seminario de Introducción al Derecho de Autor y a los Derechos Conexos, Ginebra, del 09 al 11 de octubre de 1996, p. 56-57. A partir de las consideraciones que se exponen se logra fundamentar muy bien la necesidad de la fiscalización estatal sobre la actividad desplegada por las organizaciones de gestión colectiva.

además, la utilización del término "usuario" nos describe algo distinto a "consumidor".¹⁸⁴

La posición predominante de una organización puede reproducir las nocivas prácticas de un monopolio, pero ello no es suficiente para hablar de un "monopolio". Sin embargo, el término bien puede describir, con las aclaraciones hechas, el fenómeno que se produce cuando una organización administra los derechos de una determinada categoría de forma exclusiva o preponderante en un territorio determinado, a veces respaldada por la ley, o simplemente de hecho.

Anteriormente mencionamos la conveniencia de establecer una única organización por categoría de derecho administrado; pero, esta recomendación conlleva, implícitamente, la creación de una serie de situaciones conflictivas entre el usuario de obras protegidas y la organización que administra los derechos correspondientes.

En primer lugar, la existencia de una única organización significa la acumulación de un gran poder que aunque deseable para los titulares, es valorada

¹⁸⁴ ARÍSTEGUI afirma que el fenómeno producido por la integridad de organizaciones para producir una sola no es equivalente a un monopolio "[...] pues responde a una necesidad jurídica que da satisfacción a los autores y a los usuarios [...] Además, en el orden de las creaciones del espíritu no rige propiamente el principio de competencia que tiene aplicación respecto a las "mercancías", pues aquéllas rechazan en gran medida la fabricación estándar. Por eso el derecho de autor exige para otorgar su protección que la obra del autor reúna originalidad, condición de única. Es por eso un error de ciertos sectores de usuarios oponerse a la Sociedad Única, pretendiendo encuadrarla en las normas monopólicas del Comercio." Ver ARÍSTEGUI, *op. Cit.*, p. 67.

como perjudicial para los usuarios. Este poder¹⁸⁵ se manifiesta a través de todas las actuaciones de la organización:

a. Otorgamiento de las autorizaciones.

Uno de los eventuales actos de arbitrariedad en que puede incurrir una organización, que goza de una posición de "monopolio", radica en el sistema de otorgamiento de las licencias de uso que debe conceder.

Es posible que la organización decida, arbitrariamente, a quien concede o no la autorización para usar las obras que componen el repertorio que administra, a partir de la posición de ventaja que ostenta. Así, la organización puede llegar a denegar injustificadamente el otorgamiento de las licencias, con el eventual perjuicio económico sobre los titulares respectivos.

En consecuencia, la organización puede llegar a efectuar una discriminación entre usuarios de una misma categoría favoreciendo a unos y perjudicando a otros.

¹⁸⁵ En atención a este poder ejercido por una organización en situación de monopolio de hecho la OMPI señala tres situaciones básicas de abuso: el primero es la negativa infundada de otorgar licencias de uso; el segundo corresponde a la discriminación injustificada entre usuarios pertenecientes a una misma categoría; y el tercero, se configura por la fijación abusiva y arbitraria de las tarifas u otras condiciones para las licencias. En los dos primeros, el abuso resulta evidente, mientras que el último resulta de difícil determinación. OMPI. Introducción a la Gestión Colectiva del Derecho de Autor y los Derechos Conexos, Seminario de Introducción al Derecho de Autor y a los Derechos Conexos, Ginebra, del 09 al 11 de octubre de 1996, p. 56.

b. La fiscalización.

La actividad de fiscalización se refuerza cuando los titulares se encuentran reunidos en una sola organización, y por ello utilizan el poder derivado de su representatividad, para imponer sus disposiciones y utilizar los instrumentos jurídicos existentes, para lograr sus objetivos. Ello puede conducir a la utilización de su poder para ejercer métodos arbitrarios de control, en aquellos casos donde se utilicen obras protegidas, y con eventual auxilio de las autoridades administrativas y/o judiciales.

Es probable que la organización recurra a una fiscalización muy fuerte en contra de los pequeños usuarios de obras respecto a los cuales puede ejercer una fuerte presión para someterlos a sus condiciones, previendo, quizás, que poco o nada puedan hacer para oponerse.

En sentido contrario, la organización puede ser afectada por los usuarios cuando estos no confeccionan reportes fidedignos respecto al uso de las obras, para el cálculo de las tarifas que deben satisfacer; o impiden a sus inspectores efectuar una labor de fiscalización adecuada respecto a la información obtenida, así como la restricción para entrar a los establecimientos comerciales donde se utilizan las obras, etc.

c. La remuneración.

La posición predominante de la organización, aunada a la potestad de fijar unilateralmente el monto de las remuneraciones por el uso de las obras

administradas, constituye un ambiente adecuado para la fijación arbitraria de dichas regalías, y el irremediable sometimiento de los usuarios a dichas tarifas, si pretenden usar las obras administradas.

Esta actitud afecta negativamente a los titulares y usuarios de obras protegidas, porque, probablemente, los usuarios opten por usar las obras sin pagar por ello, u opten por usar obras cuyas licencias tengan un costo menor; y para los primeros, los ingresos económicos disminuirían significativamente.

d. La recaudación.

Asimismo, en cuanto a la recaudación se puede incurrir en abusos, cuando la organización establece la obligación, a los usuarios, de implementar un determinado sistema de reportes, para la determinación del monto a cancelar por concepto de regalías, representando un alto costo para su funcionamiento.

Además, las organizaciones poseen un poder representativo que les permite la promoción de leyes protectoras de los derechos de autor y conexos y de su situación de hegemonía que, aunque sea favorable para los titulares, resulta perjudicial para los usuarios individualmente considerados, porque no pueden luchar por la obtención de condiciones más beneficiosas para ambas partes. En atención al problema se ha recomendado la creación de organizaciones de usuarios de obras que negocien, en igualdad de condiciones, los diversos aspectos que regulan el uso de las obras.

3. Relación Tripartita: Titular-Organización de Administración Colectiva.

La importancia, y hay quien ha afirmado la necesidad, de la gestión colectiva de derechos convierte a estas organizaciones en elementos imprescindibles para el ejercicio pleno de los derechos de autor y conexos. Así, el poder de actuación de estas agrupaciones se convierte en un aspecto de gran relevancia jurídica que debe abordar el derecho de autor. Ello es así en virtud del reconocimiento contemporáneo de las “organizaciones” como sujetos dinamizadores de la sociedad moderna. La persona física, individualmente considerada, ha perdido ese papel protagónico de cambio. La sociedad como un todo se enfrenta a organizaciones de mucho poder, y la persona física, frente a ellas, se encuentra en una posición más desventajosa.

La relación jurídica que existe entre el titular del derecho y la organización de administración colectiva se caracteriza por la complejidad. Según la tipología de los derechos administrados así será la modalidad de la organización, lo cual repercute notablemente en la definición de la relación jurídica que vincula al titular con la organización. Pero, sin duda, los titulares se encuentran sometidos al poder ejercido por la organización de gestión colectiva, en múltiples circunstancias propias de su actividad, algunas veces en beneficio y otras en perjuicio.

Actualmente, se puede afirmar que las organizaciones, en su mayoría, se encuentran muy distanciadas de los titulares a quienes representa. Al analizar las estructuras y el funcionamiento de las organizaciones de gestión colectiva es posible identificar a una gran cantidad de titulares que componen el repertorio que

se administra, y ello hace imposible un contacto real y directo entre titulares y la organización. El panorama se complica cuando se suman las relaciones de representación recíproca entre las organizaciones, y que les permite administrar repertorios ajenos.

Esta realidad produce un ambiente que facilita la comisión, de parte de los órganos de administración, de arbitrariedades en perjuicio de los titulares que representa, a veces sin que estos lo sepan. Y ello se acrecienta cuando la organización se encuentra en una posición de *monopolio*, en virtud de la administración exclusiva de una categoría de derechos, en un territorio concreto. Algunos de los ámbitos donde pueden desarrollarse diversos vicios en la administración colectiva, son los siguientes:

a. La Constitución de la Organización.

La constitución de las organizaciones de gestión colectiva debería surgir de la iniciativa privada de los titulares interesados. Sin embargo, puede suceder que el nacimiento provenga de grupos de usuarios motivados con el fin de obtener un provecho indirecto de la administración de dichas obras.

El nacimiento de la organización puede plantear cuestionamientos sobre las posibilidades reales que tiene la organización para administrar los derechos de autor y conexos. Es decir, no basta la intención de constituir la organización, sino que además se requiere la disponibilidad económica, material y humana necesaria para realizar de forma efectiva la administración de los derechos respectivos.

También podríamos estudiar la representatividad de los miembros que constituye la organización, respecto a la categoría de derechos que administra, para determinar si son suficientes dos titulares o si debe contar con el respaldo de un número suficiente, para representar a toda una categoría en la gestión de sus derechos.

La existencia de una única organización por categoría de derecho presenta una confrontación directa con el derecho de libre asociación reconocido constitucionalmente. Este derecho se manifiesta en sentido positivo, en el derecho de elegir libremente su vinculación a la agrupación, y en sentido negativo, en el derecho de decidir por su separación. Cuando existe una organización en las condiciones señaladas en un territorio determinado, el titular del derecho, en la práctica, se encuentra en la obligación de afiliarse a la organización y bajo las condiciones que ella establezca. Esta posición resulta desventajosa para los titulares que, ante una situación de desprotección total, deben optar por la única solución existente, que aunque no sea la mejor, es la menos mala para sus intereses. Asimismo, deben someterse, de buena fe, a la administración que ellas efectúen de sus derechos.

b. La Afiliación.

Bajo esta tesitura es posible encontrar una organización que fije condiciones de afiliación desventajosas para los titulares.

Debemos recordar que las particularidades de una organización de administración colectiva son producto de la casuística y responden a la categoría del derecho administrado, a la categoría de los miembros, y la realidad social donde se ubica. Por ello, la situación del titular respecto a la organización no puede obedecer a decisiones unilaterales y subjetivas de los fundadores de la organización, en perjuicio de los futuros miembros. Estas condiciones desventajosas son establecidas, normalmente, a través de los estatutos y los reglamentos de la organización; por esta razón, se debe ejercer una fiscalización sobre ellos.

c. La recaudación.

A través de los procedimientos de recaudación de las remuneraciones que fija la organización, también, se pueden cometer abusos y arbitrariedades en perjuicio de los titulares.

Esto ocurre cuando, en virtud de acciones arbitrarias o por insuficiencia de recursos económicos, técnicos y de personal, la organización fija parámetros de recaudación inadecuados que perjudican los intereses legítimos de sus miembros. Podemos pensar en la utilización de métodos de obtención de información sobre el uso de las obras administradas que no respondan con los usos efectivamente realizados por los usuarios, lo cual repercute en una disminución considerable de los eventuales ingresos de los titulares: porque se limita a los reportes ofrecidos por los usuarios sin ejercer un control de veracidad de la información, o porque no

se encuentra en la capacidad de ejercer eficaz y eficientemente su función en todo el territorio nacional, por ejemplo.

La incapacidad técnica de la organización afecta notablemente a los titulares que estén afiliados, sea por conveniencia u obligación. Una organización que pretenda gestionar los derechos de una categoría determinada debe poseer los recursos necesarios para ello, estableciendo una base de datos detallada de todo el repertorio administrado, con información sobre los titulares, organizaciones administradoras de sus derechos, porcentajes de distribución entre varios titulares de una misma obra o derecho, etc. Una base de datos deficiente afecta la recaudación y la posterior distribución de lo recaudado por la organización.

d. La distribución.

Las situaciones desventajosas en que se encuentra el titular respecto a la organización, pueden ser de variado tipo. La más cuestionable deriva del procedimiento de distribución de los montos recaudados por concepto de las remuneraciones pagadas para el uso de las obras administradas.

En estos procedimientos se establecen los parámetros para la distribución. Si la organización tiene métodos inexactos para determinar, con certeza, la efectiva utilización de las obras entonces la organización puede optar por no distribuir las sumas recaudadas y utilizarlas para fines diversos.

Es normal encontrar, dentro de las funciones realizadas por las organizaciones, la ejecución de programas de carácter social o cultural, en favor de sus miembros; pero, estas actividades conllevan costos económicos que deben ser cubiertos por la misma organización pero, no de los montos recaudados, y debería ser un monto muy bajo (en ningún caso superior al 10%), porque lo contrario presenta dudas sobre su transparencia.¹⁸⁶

La utilización de los recursos económicos resultantes de la recaudación constituye un tema conflictivo. La desviación de estos recursos para solventar programas sociales o culturales debe estar justificada por la autorización expresa del titular. La OMPI manifiesta que cada titular puede disponer libremente de la remuneración que le pertenece, en la forma que le interese, pero siempre debe ser autorizado expresamente por los titulares de derechos.¹⁸⁷ Al respecto, "expresamente" significa que los titulares deben, personalmente, o mediante representante con poder suficiente al efecto, autorizar la utilización de sus recursos en fines sociales y/o culturales previa información sobre los programas y las sumas que se utilizarán.¹⁸⁸

Previo a la distribución, la organización debe descontar los rubros correspondientes a los costos administrativos por la gestión de los derechos

¹⁸⁶ OMPI. Introducción a la Gestión Colectiva del Derecho de Autor y los Derechos Conexos, Seminario de Introducción al Derecho de Autor y a los Derechos Conexos, Ginebra, del 09 al 11 de octubre de 1996, p. 61.

¹⁸⁷ Ibid., p. 60.

¹⁸⁸ Ibid.

administrados. En este aparte, la organización debe mantener gastos razonables que permitan mantener justas las remuneraciones de los titulares. Una organización que mantiene gastos elevados, aunque realice una labor eficaz, limita, ampliamente, los ingresos económicos de los titulares.¹⁸⁹

Los gastos derivados de la realización de otras funciones que no estén directamente relacionadas con la administración colectiva de derechos no pueden ser cubiertos con las regalías recaudadas, considerándose parte de las actividades propias de la administración colectiva, por que no lo son. Debe efectuarse una clara distinción entre las actividades que son propias de la gestión colectiva, de las que no lo son, para evitar que la organización realice actividades en beneficio de los intereses de ciertos grupos (por ejemplo, la promoción de ciertas obras), y cuyo costo económico es trasladado a todos los miembros, cuando en realidad deben ser cubiertos, exclusivamente por lo beneficiarios.

En todo caso, la liquidación final entregada al titular debe estar acompañada de un informe detallado, pero fácil de comprender, sobre las utilidades de sus obras (en la medida de lo posible), el monto recaudado, el descuento por los gastos administrativos y otros (como aquellos destinados para fines sociales y/o culturales que haya aprobado expresa y previamente), y el

¹⁸⁹ Al respecto SANTIAGO afirma que deben cubrirse los gastos administrativos necesarios para la consecución de los fines, y que en general alcanzan un máximo de un 20% de la recaudación para los derechos de reproducción y de un 30% para los derechos de ejecución pública; aunque en la fase de implantación los porcentajes serán mayores; sin embargo, siempre debe buscarse su minimización. SANTIAGO (Vanisa). *Op. Cit.*, p. 373.

monto final liquidable. Una gestión clara y transparente es la base sólida necesaria para crear un ambiente confiable y seguro de la administración colectiva.

e. La Disolución y Liquidación de la Organización.

Otro aspecto que se debe discutir en una relación titular-organización es el destino del patrimonio de la organización ante el evento de su disolución. El órgano competente para tomar la decisión debe ser, sin duda, el más representativo de la organización donde existan los espacios democráticos suficientes para permitir la participación de todos los titulares eventualmente afectados.

Si la decisión de la disolución, *per se*, afecta a todos los titulares de obras administradas por la organización, sean nacionales o extranjeros, entonces surgen varias interrogantes sobre la forma de liquidar todas las relaciones jurídico-patrimoniales y el destino final del patrimonio resultante de la organización. Las dudas surgen porque cabe la posibilidad de constituir una sociedad únicamente con el fin de efectuar una labor de corto plazo, destinada a la recaudación de una cantidad importante de recursos y luego disolverla y liquidarla, incluyendo las sumas recaudadas como regalías, en beneficio de pocas personas; o decide contraer pasivos ficticios, calificándolos como gastos necesarios para la administración, y al momento de liquidar a la organización favorecer a ciertas personas.

De estos cuestionamientos deriva la importancia de valorar previamente a su constitución el respaldo que posee la organización entre los titulares cuyos derechos serán administrados, y la capacidad para realizar sus funciones de manera efectiva.

B. El Papel del Estado ante la Administración Colectiva.

Hemos planteado algunas situaciones de conflicto que pueden acontecer en las relaciones jurídicas entre titular-usuario-organización de gestión colectiva. Respecto a las dos modalidades de administración de los derechos de autor y conexos debemos aclarar que, para el desarrollo del presente, nos hemos interesado específicamente sobre la gestión colectiva, ejecutada a través de las organizaciones respectivas. El especial interés que motiva la escogencia de la administración colectiva nace a partir de la superioridad que algunas organizaciones de gestión colectiva pueden obtener respecto a los usuarios y los titulares de los derechos administrados.

La superioridad que presenta la organización puede desembocar en la comisión de actuaciones arbitrarias en perjuicio de los usuarios de las obras que se administran y de los mismos titulares de derechos sobre esas obras. En este punto es donde cabe nuestra reflexión sobre el papel que debe cumplir el Estado.

En primer lugar vamos a efectuar un análisis de las obligaciones que el Estado debe cumplir en virtud de los tratados internacionales, debidamente suscritos y ratificados, que regulan la materia. En segundo lugar, expondremos la

justificación de una política reguladora en las actividades de administración colectiva que ejercen las organizaciones; y en tercer lugar, definiremos cuáles son los principios y los parámetros que deben ser respetados por esa política reguladora de la gestión colectiva.

1. Obligaciones del Estado en materia de protección de los derechos de autor y los derechos conexos derivadas de las Convenciones Internacionales.

En atención a los intereses comprometidos en las tres relaciones jurídicas expuestas, consideramos conveniente establecer cual es la posición que ocupa el Estado para proteger debidamente los derechos legítimos involucrados.

Para efectuar un estudio sobre el tema nos interesa efectuar un análisis de las obligaciones que en el ámbito internacional ha adquirido el Estado en materia de protección de los derechos de autor y conexos. En consecuencia, debemos efectuar un repaso de las diferentes convenciones que hasta el día de hoy el país ha ratificado en la materia.

a. Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas.

Respecto al tema que nos ocupa, el Convenio de Berna señala lo siguiente:

"Artículo 36 : [Aplicación del Convenio : 1. Obligación de adoptar las medidas necesarias; 2. Momento a partir del cual existe esta obligación].

1) *Todo país que forme parte del presente Convenio se compromete a adoptar, de conformidad con su Constitución, las medidas necesarias para asegurar la aplicación del presente Convenio.*

2) *Se entiende que, en el momento en que un país se obliga por este Convenio, se encuentra en condiciones, conforme a su legislación interna, de aplicar las disposiciones del mismo."*

El Estado parte de la Unión está obligado al cumplimiento de las disposiciones para la protección efectiva de los derechos de autor que señala el Convenio, ***estando obligado a adoptar las medidas necesarias para asegurar su efectiva aplicación***, presumiéndose, desde su incorporación, que tiene las condiciones jurídicas necesarias y suficientes para aplicar dichas disposiciones.

b. Convención Universal sobre Derecho de Autor.

En relación con el tema, la Convención Universal sobre Derecho de Autor dispone en sus inicios:

"Artículo I.

"Cada uno de los Estados contratantes se comprometen a tomar todas las disposiciones necesarias a fin de asegurar una protección suficiente y efectiva de los derechos de los autores, o de cualesquiera otros titulares de estos derechos, sobre las obras literarias, científicas y artísticas, tales como los escritos, las obras musicales, dramáticas y cinematográficas y las de pintura, grabado y escultura." (lo resaltado no es del original).

Así mismo, el Convenio Universal, en artículos superiores, estipula que:

"Artículo X.

Todo Estado contratante se compromete a tomar, de conformidad con su Constitución, las medidas necesarias para asegurar la aplicación de la presente Convención."

En atención a los fines que motivaron la constitución de este convenio, podemos identificar una similitud con el Convenio de Berna, que señalamos precedentemente.

Los artículos señalados obligan a los Estados parte del Convenio a establecer todas las disposiciones y medidas necesarias que aseguren una protección efectiva y suficiente de los derechos de autor, y la aplicación del Convenio. Sin embargo, ni el numeral ni el Convenio, efectúa una definición específica de lo que debemos entender por las *disposiciones o medidas necesarias*.

En lo particular, no debemos hacer ningún tipo de distinción que las reduzca solamente a las de carácter jurídico, sino que debemos incluir todas aquellas que tengan como objetivo la protección efectiva de los derechos de autor.

c. Convención Internacional sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión.

Este convenio se caracteriza por la flexibilidad que ofrece a los Estados para implementar su aplicación efectiva en sus legislaciones nacionales.

Con respecto a la línea de trabajo que exponemos en esta sección, la Convención de Roma dispone expresamente:

"Artículo 26

Todo Estado contratante se compromete a tomar de conformidad con sus disposiciones constitucionales, las medidas necesarias para garantizar la aplicación de la presente Convención."

A partir de la lectura de este artículo es posible identificar la similitud que tiene con los numerales de las Convenciones que fueron comentadas anteriormente; en consecuencia, resulta innecesario efectuar un comentario al respecto.

d. Acuerdo sobre los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (Acuerdo de los ADPIC).

El Acuerdo sobre los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio constituye el Anexo 1C del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio. El Acuerdo de los ADPIC es obligatorio para todos los Miembros de la OMC.

En materia de derechos de autor y derechos conexos, el Acuerdo de los ADPIC efectúa, en su mayor parte, una remisión al contenido de los convenios sobre propiedad intelectual ya existentes, pero solamente en aquellos aspectos relacionados con el comercio, y cuya regulación afecte el libre intercambio de mercancías en el comercio internacional. Así, el Acuerdo de los ADPIC remite a las disposiciones del Convenio de Berna y el Convenio de Roma.

Con el fin de asegurar la efectividad para el cumplimiento del Acuerdo de los ADPIC, y una eficaz protección de los derechos de autor y conexos, este contiene una disposición tendiente al establecimiento de medidas de observancia de los derechos de propiedad intelectual en todos los Estados miembros de la OMC. El numeral comentado señala lo siguiente:

"Artículo 41.

1. Los Miembros se asegurarán de que en su legislación nacional se establezcan procedimientos de observancia de los derechos de propiedad intelectual conforme a lo previsto en la presente Parte que permitan la adopción de medidas eficaces contra cualquier acción infractora de los derechos de propiedad intelectual a que se refiere el presente Acuerdo, con inclusión de recursos ágiles para prevenir las infracciones y de recursos que constituyan un medio eficaz de disuasión de nuevas infracciones. Estos procedimientos se aplicarán de forma que se evite la creación de obstáculos al comercio legítimo, y deberán prever salvaguardias contra su abuso. [...]" (lo resaltado no pertenece al original).

El artículo transcrito obliga a los Estados a identificar todo tipo de acciones infractoras de los derechos de autor y conexos para la adopción de medidas eficaces en su contra, por medio de efectivos procedimientos de observancia. En nuestro país, esta disposición motivó, junto con otras, la promulgación de la Ley de Procedimientos de Observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual N° 8039 de 12 de octubre del 2000 en La Gaceta N° 206 de 27 de octubre del 2000.

e. Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución de Fonogramas.

En relación con el tema que desarrollamos, los tratados presentan dos artículos con una redacción idéntica, excepto por una palabra que en nada cambia el fondo. Por esta razón, transcribimos los artículos señalados, por una sola vez,

individualizando el número del artículo que corresponde dentro de la numeración propia de cada tratado:

TODA: Artículo 14; TOIEF: Artículo 23.

"Disposiciones sobre la observancia de los derechos

1) *Las Partes Contratantes se comprometen a adoptar, de conformidad con sus sistemas jurídicos, las medidas necesarias para asegurar la aplicación del presente Tratado.*

2) *Las Partes Contratantes se asegurarán de que en su legislación nacional se establezcan procedimientos de observancia de los derechos, que permitan la adopción de medidas eficaces contra cualquier acción infractora de los derechos a que se refiere el presente Tratado, con inclusión de recursos ágiles para prevenir las infracciones y de recursos que constituyan un medio eficaz de disuasión de nuevas infracciones."*

TODA: Artículo 18; TOIEF: Artículo 27

Derechos y obligaciones en virtud del Tratado

"Con sujeción a cualquier disposición que especifique lo contrario en el presente Tratado, cada Parte Contratante gozará de todos los derechos y asumirá todas las obligaciones dimanantes del presente Tratado."

Si analizamos bien lo señalado podemos establecer una relación muy estrecha con la disposición, comentada líneas atrás, del Acuerdo de los ADPIC.

f. Conclusión sobre las obligaciones del Estado derivadas de las convenciones internacionales.

A partir del marco jurídico que hemos planteado, el Estado de Costa Rica se ha obligado a reconocer los derechos de autor y los derechos conexos como derechos fundamentales de todo ser humano.

Además, se ha comprometido a ejercer una protección efectiva de esos derechos mediante la adopción de las disposiciones y medidas necesarias y

suficientes, que garanticen su aplicación efectiva. Asimismo; se ha obligado a crear los mecanismos y los recursos jurídicos ágiles y necesarios para que los titulares defiendan efectivamente sus derechos ante las autoridades competentes, y en contra de actos infractores que los perjudiquen. Estas disposiciones obligan internacionalmente al Estado de Costa Rica, y su incumplimiento lo someten a eventuales reclamos internacionales y sanciones comerciales.

El reconocimiento y protección de los derechos de autor y los derechos conexos constituye una obligación constitucional del Estado de Costa Rica porque esos derechos se encuentran expresamente señalados en la misma Constitución Política. En este orden de ideas, las diferentes convenciones internacionales forman parte del derecho supra legal que informa el resto del ordenamiento jurídico costarricense, excepto la misma Constitución Política, y obligan a su acatamiento obligatorio a todas las personas que se encuentran bajo su imperio, incluyendo al mismo Estado.

Las diversas convenciones señaladas no mencionan el contenido de las disposiciones y las medidas que debe adoptar el Estado para asegurar el reconocimiento y la protección efectiva de los derechos de autor y conexos. De igual forma, tampoco se definen parámetros para medir el grado de "necesario" y "suficiente" que deben tener dichas disposiciones y medidas. El concepto es indeterminado y su contenido concreto deberá ser especificado caso por caso en atención a las situaciones particulares que presente la dinámica social. En todo caso, el Estado está obligado a efectuar constantemente una revisión del sistema

para determinar los ajustes que deben adoptarse con el fin de cumplir las obligaciones internacionales.

2. La necesidad de que el Estado establezca una política reguladora de la administración colectiva.

Frente al panorama que plantea la normativa internacional y nacional cabe plantearse por el papel que el Estado debe asumir ante estos derechos y obligaciones. Nos abocamos a plantear la necesidad de una actitud activa del Estado frente a la administración colectiva de los derechos de autor y los derechos conexos, incluyendo a las organizaciones, en atención al marco conflictual que expusimos anteriormente y al interés público comprometido en la protección de los derechos de autor y los derechos conexos.

El análisis de este tema obliga a reconocer por un lado, el deber del Estado a permitir al titular del derecho a optar por una gestión individual o colectiva, y protegerlo de las eventuales agresiones ilegítimas de sus intereses, mediante una regulación mínima y adecuada del funcionamiento del sistema de gestión colectiva.

a. Justificación de una posición activa del Estado ante la gestión colectiva.

La administración colectiva constituye una forma normal y característica de ejercer los derechos de autor y los derechos conexos, junto a la administración individual. El ordenamiento jurídico reconoce derechos sobre las obras del

intelecto a personas determinadas y les otorga, a su vez, la libertad de determinar la forma de su ejercicio. Así, en atención a sus intereses, los titulares de estos derechos eligen libremente si ejercen individual o colectivamente sus derechos (siendo excepcionales las situaciones legales que obligan al titular a optar por la gestión colectiva).

El derecho exclusivo se disfruta más plenamente cuando el titular puede ejercerlo por sí mismo en forma individual. Si bien un sistema de administración colectiva constituye una forma indirecta de ejercer el derecho, un sistema que funciona adecuadamente, le permite a los titulares ejercer un control bastante efectivo sobre sus derechos, situación que no sería posible bajo una administración individual.

El titular tiene el derecho de elegir entre una gestión individual o colectiva pero, frente a una gestión individual que, respecto a determinados derechos, significa una total negación de sus derechos, la gestión colectiva se constituye en la única forma posible y necesaria para poder ejercer sus derechos.

El reconocimiento de derechos morales y patrimoniales sobre obras intelectuales conlleva la obligación, ineludible, de permitir y otorgar a los titulares los instrumentos jurídicos que les permitan ejercerlos de forma efectiva. El reconocimiento formal no es suficiente si en la práctica se desconocen totalmente. Dentro de esta tesis se incluye a la administración individual y la administración

colectiva, como formas características de ejercicio de los derechos de autor y los derechos conexos.

El Estado debe asegurar ese derecho de elección, dentro del marco de obligaciones internacionales que lo vinculan, y sería erróneo efectuar un tratamiento discriminatorio entre ambas modalidades de gestión, otorgándole una mayor preferencia a una respecto a la otra, por ejemplo, a través del establecimiento de medidas o requisitos que hagan imposible o poco práctica una modalidad. Así, se encuentra obligado a adoptar todas las disposiciones y medidas necesarias y suficientes para asegurar a los titulares el ejercicio libre y efectivo de sus derechos sea a través de sistema de administración individual o colectiva. En igual sentido está obligado a otorgar recursos ágiles para prevenir, erradicar y sancionar toda acción que los viole o los ponga en evidente peligro, permitiéndoles su defensa efectiva.

Además, el Estado debe efectuar una adecuada regulación de la administración individual y la administración colectiva para asegurar una efectiva protección de los derechos de autor y los derechos conexos. Es deseable que un sistema de administración colectiva funcione adecuadamente, pero es posible que sea totalmente lo contrario, y se presenten situaciones de conflicto y abuso, que produzcan el funcionamiento de un sistema defectuoso, que cometa actos infractores a los derechos de autor y conexos. Esto desacredita frente a usuarios y titulares de derechos su existencia y vigencia, lo cual representa serios perjuicios para la sociedad en general.

Todas las ventajas y beneficios de un sistema de administración colectiva se obtienen cuando existen las condiciones jurídicas, culturales y materiales idóneas para su funcionamiento. Si esas condiciones no existen, o son deficientes, entonces el sistema operará de forma defectuosa, y más que virtudes se producirán vicios en perjuicio de los usuarios y los titulares de derechos administrados.

Un acto infractor de los derechos de autor y los derechos conexos puede ser cometido por los usuarios de obras protegidas, por otros titulares de derechos y hasta por las mismas organizaciones de gestión colectiva.

En atención a las infracciones cometidas por las mismas organizaciones de gestión colectiva en perjuicio de sus miembros u otros titulares -que nos interesa particularmente en este trabajo- el Estado debe adoptar las disposiciones y medidas necesarias y suficientes para asegurar una protección y vigencia efectiva de los derechos de autor y conexos.

Así, el problema no es solamente asegurar al titular el derecho de elección entre la gestión individual o la gestión colectiva sino, garantizar un adecuado funcionamiento del sistema de gestión colectiva.

Por lo tanto, el Estado debe establecer un marco jurídico adecuado para regular la administración colectiva y el funcionamiento de las organizaciones respectivas, dotando a los titulares de derechos de los recursos jurídicos ágiles y

adecuados en contra de las violaciones cometidas, en su perjuicio, por los usuarios y/o por las organizaciones de gestión colectiva.¹⁹⁰

Esta regulación deberá realizarse en función del interés público que se encuentra comprometido en dichas relaciones jurídicas, porque el funcionamiento de una organización de administración colectiva que lesiona los derechos de autor y los derechos conexos produce una serie de efectos perjudiciales para el titular del derecho administrado, para los usuarios y para el Estado. Al respecto, Antequera Parilli afirma que si bien las entidades de gestión colectiva son, normalmente, instituciones de derecho privado, son de interés público.¹⁹¹

Respecto al titular de derechos debemos decir que, en muchos casos, opta por la gestión colectiva como única forma posible de ejercer sus derechos legítimos. Él debe ser protegido de las posibles situaciones de desventaja y abuso donde pueda ser objeto de parte de la misma organización, y de los usuarios. Esta posición se hace más evidente cuando la organización tiene una posición de monopolio, en un territorio determinado que facilita la comisión de infracciones,

¹⁹⁰ "Si una organización no funciona adecuadamente, esa situación puede dar lugar a que se desatiendan, se desconozcan en la práctica o se restrinjan los derechos de ciertos titulares. Por consiguiente, en estas condiciones, cuando la organización de administración colectiva se ocupa de cada vez más derechos, parece justificado que se introduzcan y se apliquen disposiciones legales adecuadas para garantizar el correcto funcionamiento de los sistemas de administración colectiva. En realidad, esto parece una obligación de los países partes en el Convenio de Berna o la Convención de Roma (del mismo modo en que están obligados a tomar medidas adecuadas contra otras eventuales violaciones de derechos que esos tratados obligan a proteger)." OMPI. Introducción a la Gestión Colectiva del Derecho de Autor y los Derechos Conexos, Seminario de Introducción al Derecho de Autor y a los Derechos Conexos, Ginebra, del 09 al 11 de octubre de 1996, p. 54.

¹⁹¹ ANTEQUERA PARILLI (Ricardo), Derecho de Autor, Tomo II, Caracas: Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual/Dirección Nacional del Derecho de Autor, segunda edición, 1998, p. 719.

con su correspondiente indefensión por parte de los titulares, y con mayor medida si son extranjeros.

En segundo lugar se encuentran los usuarios de obras que merecen una tutela adecuada para el acceso a la utilización de las obras protegidas, en condiciones razonables que permitan realizar su derecho de acceso a la cultura. Ello beneficia tanto a la sociedad en general como a los titulares que ven aumentados sus ingresos económicos como resultado de la mayor difusión y uso de sus obras.

Por último, el Estado se encuentra obligado a asegurar que en su legislación nacional se establezcan procedimientos de observancia de los derechos, que permitan la adopción de medidas eficaces contra *cualquier acción infractora de los derechos*, y dentro de estas últimas se ubican, precisamente, las infracciones cometidas por las organizaciones, que ya hemos analizado.

Por lo tanto, tolerar dichos actos sin adoptar las soluciones pertinentes constituye un incumplimiento de las obligaciones internacionales que hace susceptible a Costa Rica de recibir reclamos de la comunidad internacional y, eventuales, sanciones comerciales; donde los reclamos y las sanciones comerciales son imponibles al Estado de Costa Rica y no a las organizaciones

que, con ocasión de su actividad, cometen acciones lesivas a los derechos de autor y los derechos conexos.¹⁹² He ahí el interés público comprometido.

b. ¿Intervención o Regulación?

No es "intervencionismo" lo que proponemos sino "regulación" de la actividad y del funcionamiento de las organizaciones, con el fin de garantizar una eficiente y segura actividad, creando los mecanismos de control adecuados que faciliten la vigencia de los derechos protegidos.

La intervención estatal conlleva la incursión en sectores de actividad eminentemente privada, lo que resulta inconveniente para promover la iniciativa privada en la producción nacional. Pero, el objetivo de este trabajo no es plantear la intervención sino la regulación.

En atención a la importancia que tiene la actividad financiera, de pensiones, de seguros, por ejemplo, se justifica la regulación y fiscalización del Estado sobre las organizaciones que realizan dichas actividades. Igualmente se puede defender una idéntica actitud del Estado respecto a la gestión colectiva de los derechos de autor y los derechos conexos.

¹⁹² Al respecto podemos reproducir las palabras del Dr Antequera sobre la importancia de proteger adecuadamente a los titulares de derechos, y sus repercusiones de interés público: "[...] Se colocan en situación infractora el usuario y el país por violación al tratado de la OMC y la sanciones comerciales se impondrán al país y no al usuario infractor. De ahí el interés público vinculado a garantizar una adecuada gestión colectiva." Sociedades de Gestión Colectiva reguladas por la Ley de Derechos de Autor y Convenios Internacionales." Conferencia dictada por el Dr. Ricardo Antequera Parrilli, Auditorio Plaza de la Justicia de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, 05 de julio del 2001.

Regulación significa establecer procedimientos adecuados a los cuales deben someterse las organizaciones de administración colectiva en ejercicio de su actividad, con el fin de garantizar la seguridad y confianza en el sistema. Para esto, el Estado debe señalar principios, reglas, que le permitan, por un lado, a los titulares y a los usuarios conocer previamente el régimen de derechos y obligaciones mínimas que regulan las relaciones jurídicas entre ellos y, por otro lado, le permitan al Estado ejercer una fiscalización adecuada y sin abusos.

La regulación implica determinar parámetros dirigidos a controlar la legalidad y no la oportunidad de las actuaciones de las organizaciones de administración colectiva. Lo contrario significaría realizar intromisiones excesivas, y hasta abusivas, que no competen al Estado y podrían afectar negativamente la eficiencia y eficacia de la actividad realizada.

3. El Marco Regulatorio de la Administración y las Organizaciones de Gestión Colectiva en el Ordenamiento Jurídico Costarricense.

El marco normativo que el Estado ha promulgado, para regular la administración colectiva y el funcionamiento de las organizaciones respectivas, se encuentra constituido por la Ley de Derechos de Autor y los Derechos Conexos y el Reglamento de la Ley de Derechos de Autor y los Derechos Conexos.

Nuestro objetivo es analizar estos cuerpos normativos para determinar el grado de protección que el Estado asegura a los titulares de derechos en el sistema de gestión colectiva costarricense.

a. Ley de Derechos de Autor y los Derechos Conexos.

La Ley de Derechos de Autor y los Derechos Conexos solamente contiene una única disposición que se refiere expresamente a las organizaciones de gestión colectiva, y corresponde al artículo 132 que literalmente expresa:

"Las sociedades nacionales o extranjeras, legalmente constituidas para la defensa de titulares de derechos de autor y conexos, serán consideradas como mandatarias de sus asociados y representados, para todos los fines de derecho, por el simple acto de afiliación a ellas, salvo disposición expresa en contrario, pudiendo, pudiendo actuar, administrativa o judicialmente, en defensa de los intereses morales y patrimoniales de sus afiliados."

A partir de esta norma podemos identificar ciertos aspectos que son regulados por el Estado de tal forma que constituyen los requisitos mínimos para el funcionamiento de la organización y que determinan la relación jurídica entre organización y titular del derecho administrado.

La primera observación que merece el numeral en comentario es la utilización del término "sociedades". Por interpretación auténtica de la Ley de Derechos de Autor y los Derechos Conexos el término "sociedad" incluye tanto a las sociedades mercantiles como a las asociaciones, lo cual es una clara manifestación de la naturaleza jurídica de las organizaciones en nuestro régimen legal: son organizaciones de derecho privado que pueden adoptar la forma jurídica de sociedades mercantiles (sociedad en nombre colectivo, sociedad en comandita simple, sociedad de responsabilidad limitada y sociedad anónima) o asociaciones.

La disposición continúa señalando que las sociedades deben estar constituidas legalmente para la defensa de los titulares de derechos de autor y conexos. Esto nos permite afirmar varios aspectos:

- a. Las organizaciones deben constituirse conforme a la ley. Esto nos obliga a determinar a la Ley que regula los requisitos y formalidades para su constitución. A partir de la interpretación auténtica del artículo en cuestión podemos concluir que las primeras formalidades están constituidas por aquellas exigidas para la constitución de las sociedades mercantiles y las asociaciones; pero, no encontramos otros requisitos en el ámbito legal que deban cumplirse para ello (excepto algunas disposiciones ubicadas en el reglamento de la Ley y que exceden lo dispuesto por la misma Ley, cuestionándose su legalidad).
- b. El objeto social principal de la organización será siempre la defensa de los titulares de derechos de autor y conexos.

Respecto a la relación jurídica que vincula a la organización con los titulares de derechos de autor y derechos conexos la norma establece un mandato legal entre la organización y sus asociados y representados, por el simple acto de afiliación a ella, para todos los fines de derecho, salvo pacto en contrario. Así, los titulares de derechos son mandantes y la organización es mandataria, donde no se requiere ningún contrato formal para ello, sino que basta el acto de afiliación para perfeccionarse la relación de mandato con carácter representativo. Esto

significa negar cualquier requisito de inscripción, así como cualquier otra formalidad, para que sea eficaz el mandato.

La norma señala que las organizaciones se consideran mandatarias "*para todos los fines de derecho*", salvo pacto en contrario, pero esta enunciación no es clara y deja la duda de su verdadero significado y extensión. Normalmente, las organizaciones se encuentran facultadas para representar a sus miembros en todos aquellos actos vinculados con la administración colectiva de sus derechos mediante la fiscalización, negociación de regalías y condiciones de uso, fijación de las remuneraciones, recaudación de las regalías y distribución de los montos recaudados. Estas funciones son básicas y elementales para una organización de gestión colectiva porque constituyen su objeto, y en consecuencia están incluidas en la frase "*para todos los fines de derecho*"; sin embargo, la frase continúa siendo ambigua: ¿Podría comprender todo acto que beneficie los intereses de los titulares del derecho, incluso la enajenación del mismo?. Aunque la norma es ambigua no creemos que pueda comprender este tipo de disposición.

La lectura de este artículo puede complementarse con las disposiciones del reglamento, para interpretarlo correctamente, sin embargo, ello ofrece problemas. En el reglamento, encontramos en el artículo 43 que:

"El titular de derechos de autor o conexos, o la entidad de gestión colectiva que lo represente, podrá sustituir la enajenación total o parcial del derecho patrimonial por una simple concesión a terceros de una licencia o autorización de uso [...] no exclusiva e intransferible, la cual constará por escrito, y que se registrará por las estipulaciones del contrato

respectivo y por las atinentes à las enajenaciones o cesiones de derechos, en cuanto sea pertinente."

La norma reglamentaria dispone, mediante una interpretación a *contrariu sensu*, que la organización de gestión colectiva que represente al titular puede enajenar total o parcialmente el derecho patrimonial que administra, salvo pacto en contrario o porque, en vez de ello, decida sustituirla por una licencia de uso. Por lo tanto, puede enajenar u otorgar licencias de uso. Esta amplitud de las facultades de representación es excesiva para una organización de gestión colectiva y es contraria al origen y sentido mismo de estas organizaciones. Esta disposición constituye la manifestación de una regulación jurídica ineficiente sobre el tema, que afecta negativamente a los titulares de derechos nacionales o extranjeros que solicitan ser representados por una organización.

Por último, la norma señala que las organizaciones de gestión colectiva pueden actuar administrativa o judicialmente en defensa de los intereses morales y patrimoniales de sus afiliados. Esta facultad deriva de la relación de representación que existe entre organización y titular originada en un mandato y que tiene como objetivo asegurar una efectiva protección de los derechos de los titulares otorgando a sus organizaciones, no solo la facultad de representarlos a efectos de administrar sus derechos sino, la capacidad procesal necesaria y suficiente para representar sus intereses en toda acción administrativa o judicial. Asimismo, el objeto de la organización no es solo de carácter patrimonial sino de carácter moral porque también está obligada a defender los derechos morales de sus miembros.

Este es el marco jurídico que podemos encontrar en la Ley de Derechos de Autor y los Derechos Conexos respecto a la regulación de la administración y las organizaciones de gestión colectiva. Concluimos que la regulación legal es insuficiente para regular adecuadamente el fenómeno dejando muchos vacíos y ambigüedades que pueden suscitarse sobre el tema. Anteriormente expusimos un gran número de situaciones que pueden presentarse en la relación titular-organización-usuario y que, eventualmente, pueden configurar un perjuicio a los titulares de derechos de autor y derechos conexos.

A continuación procedemos a analizar el Reglamento de la Ley de Derechos de Autor y los Derechos Conexos, para examinar el marco regulatorio que presenta.

b. Reglamento de la Ley de Derechos de Autor y los Derechos Conexos.

El Reglamento de la Ley de Derechos de Autor y los Derechos Conexos presenta aspectos muy interesantes para ser discutidos en este trabajo porque en un momento determinado trató directamente la cuestión de la regulación jurídica de las organizaciones de gestión colectiva.

b.1 Decreto Ejecutivo N° 24611 del 04 de setiembre de 1995.

Mediante el Decreto Ejecutivo N° 24611 del 04 de setiembre de 1995 se reglamenta la Ley de Derechos de Autor y los Derechos Conexos, que había sido promulgada desde 1983. Su redacción estuvo a cargo del venezolano Dr. Ricardo

Antequera Parilli. Para regular la administración colectiva se introdujo el Título IX denominado "La Gestión Colectiva", con un contenido de siete artículos numerados del 47 al 53. A diferencia de la ley se introducen disposiciones que regulan el funcionamiento de las organizaciones de administración colectiva, estableciendo derechos y obligaciones para la organización, los titulares y los usuarios.

El artículo 47 señalaba que las organizaciones constituidas para defender los derechos patrimoniales, autorales y conexos, reconocidos en favor de sus asociados o representados, o de los afiliados a entidades extranjeras de la misma naturaleza, eran organizaciones sin fines de lucro, que entre sus objetivos principales estaban la recaudación y distribución de las remuneraciones económicas derivadas de la utilización de las obras y producciones.

Este numeral señala que las organizaciones de gestión colectiva se constituyen para *defender los derechos patrimoniales* de autor y conexos, solamente, lo cual resulta incorrecto porque el objeto de estas organizaciones es la defensa y administración de los *derechos morales y patrimoniales* de autor y conexos (esto evidencia la influencia de la normativa venezolana).

Bien se hace en señalar que estas organizaciones se constituyen y funcionan sin ningún fin de lucro, lo cual no hace la ley. Esta disposición obliga a su armonización con el modelo de las sociedades mercantiles que se constituyen con un evidente fin lucrativo. También se señalan cuales son algunos de los

principales objetivos que tienen: la recaudación y la distribución de las remuneraciones por concepto de la utilización de las obras administradas.

El artículo 48 legitima a las organizaciones, en los términos de sus estatutos y de los contratos de representación recíproca suscritos con otras organizaciones, para ejercer los derechos confiados a su administración y para defenderlos en toda clase de procedimientos administrativos y judiciales.

El artículo 49 obliga a las organizaciones a suministrar, a sus miembros y a las organizaciones con las que haya concertado acuerdos de representación recíproca, información periódica, completa y detallada sobre todas las actividades efectuadas, y que puedan interesarles. Esta es la primera obligación que se establece a las organizaciones con el fin de otorgarles, a los titulares de los derechos administrados, un derecho de información adecuado que les asegure una adecuada protección frente a eventuales acciones abusivas de la organización, y hasta de una posible administración fraudulenta de sus recursos económicos.

El artículo 50 faculta a las organizaciones a recaudar y distribuir las remuneraciones económicas generadas por el ejercicio que hacen los usuarios de los derechos administrados; pero, al efecto les impone dos obligaciones:

- a. contratar, en condiciones razonables y bajo remuneración, licencias de uso no exclusivas con toda persona que se los solicite, salvo motivo justificado; y
- b. establecer los montos de las remuneraciones que deban pagar los usuarios por el uso del repertorio de derechos administrados.

Este artículo constituye el reconocimiento, por un lado, de la importancia de regular adecuadamente los derechos y obligaciones de las partes involucradas en la *relación jurídica organización-usuario* para mantener un sano equilibrio que beneficie el derecho de los titulares a recibir las remuneraciones económicas derivadas del uso de sus derechos y el derecho de la sociedad a acceder a las producciones culturales. Por otro lado, se reconoce la potestad de las organizaciones a fijar el monto de las remuneraciones de forma unilateral, con relación al artículo 17 de la Ley.

El artículo 51, por su parte, con el fin de proteger a los titulares en la *relación jurídica titular-organización*, obliga a las organizaciones de gestión colectiva a incorporar una serie de cláusulas dentro de sus estatutos sociales, dentro de los cuales están:

- a. Identificación de la denominación social, objeto social y los derechos administrados;

- b. Determinación de la(s) categoría(s) de titulares de derechos comprendidos en la gestión y su participación en la conducción de la organización;
- c. Determinación de las condiciones para adquirir la calidad de miembro, y sus respectivos derechos y obligaciones;
- d. Determinación del régimen disciplinario;
- e. Identificación de los órganos de gobierno, sus competencias y procedimiento de elección;
- f. Determinación del régimen de control y fiscalización de la gestión económica y financiera de la organización, así como la oportunidad de presentar los balances, memoria anual de actividades y el procedimiento de verificación de documentos;
- g. Determinación de las reglas para la aprobación del procedimiento de recaudación y distribución;
- h. Determinación del destino del patrimonio en caso de disolución de la entidad.

A partir de estas disposiciones es posible identificar el claro objetivo de crear las condiciones necesarias para otorgarle al titular un estado de seguridad frente a las organizaciones que administran sus derechos, todo en atención al interés público que el Estado trata de proteger.

El penúltimo artículo establece que el sistema de distribución de las remuneraciones recaudadas debe cumplir con los principios de equidad y

proporcionalidad entre los titulares de conformidad con procedimientos previamente aprobados, según los estatutos, y que excluyan la arbitrariedad. Esta disposición es una manifestación más de una política de protección al titular de derechos en la relación jurídica con la organización administradora de derechos.

El artículo 53 es el último del título, y señala la obligación de las organizaciones de depositar ante el Registro Nacional de Derechos de Autor y Conexos su pacto constitutivo, sus estatutos, reglamentos internos, procedimientos de recaudación y distribución y los contratos de representación recíproca celebrados con otras organizaciones; asimismo, deberán notificar las tarifas generales, sus modificaciones y los acuerdos concertados con organizaciones de usuarios.

Estas obligaciones parecen constituir una medida tendiente a permitir una fiscalización de parte del Estado, a través de un órgano administrativo como el Registro Nacional de Derechos de Autor y Conexos, para corroborar el cumplimiento de todas las obligaciones establecidas en el título comentado.

Pero, a pesar de todas estas obligaciones, nos preguntamos ¿qué sucede si las organizaciones incumplen parcial o totalmente las obligaciones que señala el título? ¿existen sanciones para la organización? ¿puede el estado obligar la corrección de los problemas u disolver a la organización?. Para estas preguntas no hay respuestas satisfactorias porque no se tipificaron las sanciones administrativas que el Registro Nacional de Derechos de Autor y Conexos podía

imponer a la organización. Por lo tanto, la única posibilidad de "sanción" proviene de los miembros de la organización que, internamente, promuevan medidas de presión para adecuar correctamente el funcionamiento de su organización, como su separación, por ejemplo. Pero en realidad, el titular de derechos no cuenta con instrumentos jurídicos eficaces que le permitan defenderse frente a los actos arbitrarios de la organización.

b.2. Decreto Ejecutivo N° 24611 del 04 de setiembre de 1995.

Mediante Decreto Ejecutivo N° 24611 del 04 de setiembre de 1995 el Poder Ejecutivo reformó el Decreto Ejecutivo N° 24611 del 04 de setiembre de 1995 que reglamentó la Ley de Derechos de Autor y los Derechos Conexos, justificando el cambio en:

- a. la necesidad de aclarar algunos conceptos para permitir una mejor aplicación de la Ley en atención a los problemas prácticos producidos;
- b. la necesidad de evitar interpretaciones equivocadas; y
- c. para cumplir adecuadamente los convenios internacionales que obligaban al Estado costarricense a adoptar todas aquellas normas que permitieran una efectiva protección de los derechos de los titulares de derechos de autor y conexos.

En atención al tema que nos interesa, este decreto introdujo en el artículo 3 del reglamento una definición de la "Sociedad de Gestión Colectiva", tal y como se transcribe a continuación:

"Es la persona jurídica constituida como sociedad civil bajo las normas del Código Civil registrada en el Registro de Personas del Registro Público, y autorizada para su operación por el Registro Nacional de Derechos de Autor y de Derechos Conexos, que no tiene por único y exclusivo objeto el lucro o la ganancia, sino proteger los derechos patrimoniales de los titulares de derechos de autor y de derechos conexos, tanto nacionales como extranjeros, reconocidos por la Ley y los convenios internacionales; así, como para recaudar en nombre de ellos, y entregarles las remuneraciones económicas derivadas de la utilización de sus obras y producciones intelectuales, confiadas a su administración por sus socios o representados, por los afiliados a entidades extranjeras de la misma naturaleza."

Con el fin de cumplir estas disposiciones, el transitorio primero del reglamento concedió, a las organizaciones constituidas bajo formas jurídicas distintas a la "sociedad civil", un plazo de tres meses para adecuarse a lo dispuesto por el reglamento.

En igual sentido se reformó el artículo 48, y se compuso de dos párrafos, donde el primero reproduce la definición de sociedades de gestión colectiva transcrita anteriormente, agregando que son personas jurídicas privadas; y, en el segundo párrafo señala:

"De las tarifas que cobren las Sociedades de Gestión Colectiva, sólo podrán reservarse un porcentaje para cubrir sus gastos administrativos necesarios para la protección de los derechos representados. No podrá distribuirse entre los socios suma alguna de ese porcentaje."

En este último, se puede notar la existencia de un interés por tratar de fijar límites a la posibilidad de las organizaciones de descontar, de las sumas recaudadas, los gastos administrativos de funcionamiento, reduciéndolos

únicamente a *aquellos necesarios para la protección de los derechos representados*. A pesar de que esta expresión no tiene un significado claro, constituye una manifestación de la actividad reguladora del Estado, que se presentó como necesaria e indispensable.

Mediante este decreto se reformaron, además, los artículos 49, 50, 51, 52 y 53, donde el artículo 49 pasó a legitimar a las organizaciones, en los términos de sus estatutos y de los contratos de representación recíproca suscritos con otras organizaciones, para ejercer los derechos confiados a su administración y para defenderlos en toda clase de procedimientos administrativos y judiciales, quedando obligados a:

- a. otorgar las licencias de uso respectivas; y
- b. establecer los montos de las remuneraciones que deban pagar los usuarios por el ejercicio de los derechos administrados.

En el artículo 50 se introdujeron más obligaciones para las organizaciones de gestión colectiva con el fin de proteger a los titulares de derechos administrados, y de los usuarios de dichos derechos. Dentro de las obligaciones señalamos:

- a. contratar licencias de uso no exclusivas con toda persona que lo solicite, sin discriminación alguna y en condiciones razonables y bajo remuneración (en este caso se elimina la posibilidad de una negativa con justificación previa);

- b. demostrar la documentación que las legitima como representantes de los titulares de derechos de autor y los derechos conexos, ante las autoridades nacionales y los usuarios (esta obligación puede dificultar la labor de las organizaciones al no señalar expresamente cuál es la documentación que debe demostrar, pudiéndose interpretar que debe aportar todas y cada una de las afiliaciones de nacionales y extranjeros; o si basta, por ejemplo, con mostrar los contratos de representación recíproca);
- c. suministrar a sus miembros información completa y detallada sobre la actividad de gestión, al menos una vez cada seis meses;
- d. presentar un informe anual a los miembros y a las organizaciones extranjeras con las que mantenga contratos de representación recíproca, sobre las cantidades que cada uno haya recibido, copia de las liquidaciones, cantidades remitidas al extranjero y aquellas pendientes de entregar, justificando la razón; y
- e. contratar una vez al año un auditor externo para revisar la documentación contable, debiendo notificar el resultado al Registro Nacional de Derechos de Autor y Derechos Conexos.

El artículo 51 fue reformado y otorgó a los usuarios, a las organizaciones de usuarios y a los organismos de radiodifusión, la posibilidad de recurrir al arbitraje del Tribunal Arbitral del Registro Nacional de Derechos de Autor y Derechos Conexos cuando consideraran que la tarifa fijada por la organización para otorgar la licencia de comunicación pública fuera abusiva. Esta modificación

constituye una protección otorgada a los usuarios de derechos de comunicación pública para oponerse a la imposición de tarifas arbitrarias y no razonables, frente a las organizaciones.

En el artículo 53 se reitera la obligación de las organizaciones de gestión colectiva de constituirse como sociedades civiles, junto a otros requisitos que debían incluir en sus estatutos, pero que no son relevantes para nuestro tema.

Dentro de las reformas más relevantes en el artículo 54 se obliga a las organizaciones de gestión colectiva a solicitar, por escrito, al Registro Nacional de Derechos de Autor y Derechos Conexos una autorización para su funcionamiento. Este aspecto no estaba regulado y tenía como fin la valoración previa de las condiciones que la organización presentaba para cumplir eficientemente su objeto, y asegurar, a los titulares y usuarios, el funcionamiento de organizaciones que objetivamente satisficieran los requisitos mínimos para ejecutar esta labor.

El artículo 55 enumera las funciones del Registro Nacional de Derechos de Autor y Derechos Conexos entre las cuales dispone: autorizar y revocar la autorización del funcionamiento de las organizaciones de gestión colectiva; actuar como arbitro cuando se lo solicite; y aplicar las sanciones que corresponda.

Después, el decreto que se comenta agrega varios artículos, corriendo la numeración respectiva, dentro de los cuales el más interesante es el 57 que otorga al Registro Nacional de Derechos de Autor y Derechos Conexos el ejercicio

de un régimen disciplinario sobre las organizaciones de gestión colectiva, por incumplimiento de sus obligaciones, siendo competente para:

- a. Amonestar de forma privada y por escrito;
- b. Amonestar de forma pública, difundiéndola por un medio de comunicación de circulación nacional, a costa del infractor;
- c. Suspender su funcionamiento por un año (al efecto Antequera Parilli, comentando la legislación venezolana y de la Comunidad Andina, afirma que la suspensión debe aplicarse a casos graves, no subsanables, donde no es una suspensión en sentido estricto, porque ello implicaría dejarla inactiva con el grave perjuicio para los titulares de derechos administrados, sino que implica una intervención, equivalente a la aplicable a las entidades bancarias, donde opera una sustitución de los integrantes de los órganos de administración por una Junta Administradora nombrada por el Estado.¹⁹³ Sin embargo, ninguna de estas consideraciones se establecen en el reglamento costarricense y por lo tanto podríamos considerar que los efectos son de una suspensión *stricto sensu*); y
- d. Cancelar la autorización para funcionar, en casos graves y según lo señale la Ley y el reglamento.

¹⁹³ ANTEQUERA PARILLI (Ricardo), Derecho de Autor, Tomo II, Caracas: Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual/Dirección Nacional del Derecho de Autor, segunda edición, 1998, p. 721.

c. La Acción de Inconstitucionalidad N° 3598-M- 98 y el Voto N° 1829-

99.

La Asociación de Compositores y Autores Musicales de Costa Rica (A.C.A.M.) presentó una Acción de Inconstitucionalidad en contra de los artículos 47, 48, 49, 50, 51, 52 y 53 del Decreto Ejecutivo Número 24611-J y los artículos 2, 4, 5, 6, 7 y transitorio I del Decreto Ejecutivo Número 26882-J. Es decir, cuestiona la constitucionalidad parcial de los decretos que hemos venido comentado.

La A.C.A.M. alega que ella representa una colectividad compuesta por una gran cantidad de autores y compositores nacionales y extranjeros, siendo la única entidad costarricense donde autores y compositores musicales se organizan, no solamente para efectos de recaudación por la explotación de sus obras, sino, también, para la defensa de todos los derechos morales y patrimoniales referentes a su actividad.

Sobre el fondo de la acción de inconstitucionalidad la A.C.A.M. consideró que el Poder Ejecutivo se dedicó a la tarea de legislar por Decreto con motivo de la emisión del Decreto Ejecutivo N° 24611-J y el Decreto Ejecutivo N° 26882-J.

Los principales puntos alegados son los siguientes:

- a. La A.C.A.M. afirma que *"[...] en su carácter de entidad corporativa, cuenta con legitimación activa para defender los intereses de sus agremiados[...]"*, por medio de la Acción de Inconstitucionalidad,

fundamentándose en el artículo 75 de la Ley de Jurisdicción Constitucional.

- b. El Decreto obliga a las organizaciones de gestión colectiva a adecuar su forma jurídica de una sociedad civil, regulada por el Código Civil, en contra de lo dispuesto por la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos y su Interpretación Auténtica, siendo una materia de reserva legal según el artículo 28 de la Constitución Política.
- c. El Decreto otorga a un órgano administrativo, Registro Nacional de Derechos de Autor y Derechos Conexos, una competencia disciplinaria, no prevista en la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos, para imponer sanciones a las organizaciones de gestión colectiva, siendo una materia de reserva legal según el artículo 28 de la Constitución Política.

En el Voto N° 1829-99 la Sala Constitucional resumió el objeto de la impugnación así:

"[...] La Asociación de Compositores y Autores Musicales del Costa Rica impugna la constitucionalidad de los artículos 47, 48, 49, 50, 51, 52 y 53 del Decreto Ejecutivo 24611-J, de cuatro de setiembre de mil novecientos noventa y cinco, así como los numerales 2, 4, 5, 6 y 7 y transitorio I del Decreto Ejecutivo número 26882-J, de veinte de abril de mil novecientos noventa y ocho[...]".

La Acción de Inconstitucionalidad se resolvió de la siguiente manera:

- a. Respecto a la legitimación de ACAM para promover la Acción de Inconstitucionalidad, la Sala la reconoce y procede a entrar a conocer el fondo. Para fundamentar la decisión la Sala Constitucional afirma que la especie planteada por A.C.A.M. se subsume en el supuesto del párrafo segundo del artículo 75, porque los intereses que fundamentan la acción son los mismos intereses de la asociación y de cada uno de sus miembros, sin que sea posible individualizar dicha afectación, la cual de por sí es indirecta, pues podría llegar a lesionar los intereses de la agrupación en forma inmediata, pero no así los de los agremiados, quienes se verían afectados apenas en forma indirecta. Por otra parte, los actos impugnados encuadraban dentro de los supuestos establecidos en el artículo 73 inciso a) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.
- b. Sobre la regulación de la forma jurídica de las organizaciones de gestión colectiva, la Sala desarrolla, primero, una exposición del principio de reserva legal, acudiendo a transcripciones parciales de resoluciones dictadas por ella misma y la antigua Sala de Casación que actuaba como Tribunal Constitucional; y después emite su conclusión sobre la constitucionalidad de las normas reglamentarias que imponen una determinada forma asociativa a los titulares de derechos:
 - I. Respecto al primer punto, la Sala dice que si bien existe una potestad o competencia del Estado para regular las acciones privadas que sí dañen la moral o el orden público, o perjudiquen los derechos iguales o superiores de terceros; no es cualquier

tipo de disposición estatal la que puede limitar esas acciones privadas dentro de las excepciones previstas por el artículo 28, sino únicamente las normativas con rango de ley, excluyéndose así, expresamente, los "decretos" o "decretos reglamentarios" dictados por el Poder Ejecutivo, y los "reglamentos autónomos", dictados por el mismo Poder Ejecutivo o por las entidades descentralizadas para la autorregulación de sus funciones, o servicios, lo mismo que por cualquier otra norma de igual o menor jerarquía.

- II. Sobre el segundo aspecto, la Sala manifestó que, en atención a la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos, junto a la interpretación auténtica de esa Ley, el legislador confirió el derecho de ejercer la representación de los autores y compositores nacionales a una gama sumamente amplia de agentes, sin mayores limitaciones que la necesidad de que la agrupación de referencia hubiera sido creada bajo la forma de una sociedad mercantil o asociación. Por su parte, la reforma obligó a las organizaciones a adoptar la forma de sociedades civiles, lo cual hizo que las entidades creadas bajo la forma de asociaciones y sociedades mercantiles, como la accionante, perdieran su carácter de entes representativos de los autores y compositores musicales.

III. La Sala concluye que presentan un vicio de inconstitucionalidad aquellos artículos que restringen la representación de los autores a las organizaciones formadas como sociedades civiles, porque son una directa limitación de sus derechos fundamentales como es la libertad de asociación (artículo 25 constitucional) y el disfrute de sus obras intelectuales (artículo 47), lo cual, a la luz del numeral 28 de la Ley Fundamental, solamente podría haber sido realizado por la Asamblea Legislativa, mediante el procedimiento para la elaboración de la Ley Formal. Así, declara inconstitucionales, únicamente, los artículos que imponen la obligación de adoptar una cierta forma asociativa y que restringen los derechos de representación a todos los otros tipos de agrupaciones de autores.

c. El otro punto de debate fue la potestad disciplinaria otorgada, vía reglamento, al Registro Nacional de Derechos de Autor y Derechos Conexos para sancionar a las organizaciones de gestión colectiva por incumplimiento de sus obligaciones. En pocas líneas, la Sala concluye que el punto debe ser analizado también a la luz del principio de reserva legal, según el cual la instauración de sanciones disciplinarias en contra de las organizaciones de gestión colectiva, por parte del Registro Nacional, constituye una materia reservada al Parlamento, razón por la cual es inconstitucional el texto, reformado, del artículo 57 del Decreto 24611-J.

Los efectos del Voto N° 1829-99 de la Sala Constitucional fueron declarativos y retroactivos a la fecha de vigencia de las normas anuladas y respecto a los dos temas planteados las organizaciones de gestión colectiva pueden adoptar la forma jurídica de sociedades mercantiles o asociaciones, cumpliendo con las disposiciones particulares para ello, y no se encuentran sometidas a la potestad disciplinaria del Estado.

4. Cuestiones sin sentido del régimen regulatorio costarricense.

Los intentos realizados a través del Decreto Ejecutivo N° 24611, del 04 de setiembre de 1995, para introducir un sistema de regulación de la actividad de la administración colectiva de derechos, constituyen antecedentes muy importantes que merecen un análisis.

Los considerandos que expuso el Poder Ejecutivo, en este caso el Presidente de la República y el Ministro de Justicia y Gracia, revelan una realidad jurídica y social propia de la época, y que podemos trasladar hasta nuestros días.

A partir de estos considerandos puede identificarse una manifiesta actitud del Poder Ejecutivo a reconocer varios aspectos importantes, que al efecto nos interesan:

- a. Por un lado se indica que es necesario modificar las normas supletorias vigentes con el fin de *aclarar algunos conceptos y permitir una mejor aplicación de las normas legales.*

- b. En atención a lo anterior, se reconoce que, se habían presentado problemas de aplicación de la Ley que se tradujeron en interpretaciones erróneas, lo cual creó la necesidad de armonizar los preceptos básicos contenidos en la Ley (pensamos que se refiere a la interpretación auténtica de la ley), con la jurisprudencia, la legislación y la doctrina comparada.
- c. Por último, se reconoce la obligación, derivada de convenios internacionales, que tiene el Estado costarricense de adoptar todas aquellas disposiciones y medidas necesarias y suficientes para asegurar una efectiva protección de los derechos de autor y los derechos conexos.

La vigencia de estas premisas puede trasladarse hasta el día de hoy donde es posible encontrar los supuestos de hecho necesarios y suficientes para ello. Aún hoy, al analizar la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos se puede encontrar deficiencias que producen, en la realidad, una desprotección de los titulares de derechos, y que colocan al Estado costarricense como infractor de las obligaciones que ha contraído en el ámbito internacional, exponiéndola a reclamos y sanciones comerciales.

El punto que más nos ha preocupado sobre la regulación de la administración colectiva de los derechos de autor y conexos es el deber que tiene el Estado de regular adecuadamente la gestión que efectúan las organizaciones de gestión colectiva. Esta obligación deriva del marco internacional que obliga al

Estado a adoptar todas las medidas suficientes y necesarias para proteger a los titulares de derechos frente a los actos abusivos que puedan cometer las organizaciones en el ejercicio de su actividad. Como ya expusimos, existe un interés público que merece la tutela efectiva del Estado y, por lo tanto, cabe preguntarnos por la efectividad de las normas que actualmente regulan esta materia.

A partir de la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos, y de su reglamento, podemos concluir que existe la *enunciación formal* de algunas medidas regulatorias de la gestión que realizan las organizaciones administradoras de dichos derechos, que someten su actividad al cumplimiento de ciertos requisitos (y que aún se mantienen vigentes porque no estaban comprendidas en el objeto de conflicto de la acción de inconstitucionalidad ya comentada). Pero, solamente es eso: una enunciación formal.

El reglamento es particularmente más detallado al regular las relaciones jurídicas entre titular-organización y organización-usuario con el fin de proteger a la parte que, en atención a su posición más desventajosa es susceptible de ser objeto de actos abusivos ejecutados por la organización, en perjuicio de sus intereses; comprometiendo, a su vez, los intereses nacionales con ocasión de las consecuencias negativas por el incumplimiento de las obligaciones internacionales.

En atención a este fin público se establecieron diversas obligaciones a las organizaciones para asegurar su correcto funcionamiento. Dentro de ellas se encuentra el deber de establecer procedimientos de recaudación y distribución equitativos, proporcionales y justos; dar información detallada a los titulares sobre la gestión de sus derechos indicando los montos percibidos por la utilización de sus derechos, los montos deducidos por gastos administrativos, y los montos liquidados; los estatutos deben cumplir una serie de requisitos específicos; etc. Asimismo, las organizaciones deben remitir al Registro Nacional de Derechos de Autor y Derechos Conexos cierta información específica sobre su gestión.

Pero, ¿Cuál es la relación entre organización y el Registro Nacional de Derechos de Autor y Derechos Conexos? Si la primera debe presentar a la segunda información sobre su gestión ¿Cuál es el fin buscado? ¿Qué debe o puede hacer el Registro con esa información?; y por otro lado, ¿Qué sucede si una organización incumple total o parcialmente las obligaciones señaladas en el reglamento?.

Las respuestas a estas preguntas son relativamente fáciles porque las disposiciones del reglamento, que tienen como fin regular la administración colectiva y el funcionamiento de estas organizaciones, no son vinculantes para estas últimas. Además, no existen sanciones imponibles por el incumplimiento de las obligaciones, ni el Registro Nacional de Derechos de Autor y Derechos Conexos posee una potestad disciplinaria para imponer dichas sanciones.

El decreto que introducía importantes reformas al reglamento tuvo justificaciones válidas, que respondían a criterios objetivos, y que fundamentaban la necesidad de regular adecuadamente la temática de la administración colectiva y las organizaciones de gestión colectiva; sin embargo, el objeto del reglamento excedió en mucho al objeto de la ley. Este problema, si se observa bien, afecta a muchas de las normas del reglamento que, aunque no fueron objeto de análisis por la Sala Constitucional, atentan contra el principio de regularidad del ordenamiento jurídico, y por ello, aunque no han sido declaradas inconstitucionales, en la práctica no se aplican.

El Estado ha adoptado algunas disposiciones y medidas para prevenir, erradicar y sancionar la comisión de actos que perjudiquen los derechos de autor y los derechos conexos; sin embargo, estas disposiciones y medidas no son suficientes para protegerlos de forma adecuada frente a los actos abusivos de las organizaciones de gestión colectiva.

Tampoco se protegen adecuadamente los derechos de los usuarios a acceder, de forma razonable, a las creaciones culturales de la sociedad y, además, se coloca en grave riesgo la estabilidad económica, política y social del país frente a los reiterados reclamos internacionales por el incumplimiento de las obligaciones internacionales.

En consecuencia, en Costa Rica no existe un marco jurídico adecuado que regule de forma mínima la administración colectiva y a las organizaciones que

realizan la gestión de derechos, para garantizar la efectiva protección de los derechos de autor y los derechos conexos en nuestro país. Así, ratificamos un argumento más que nos permite fundamentar la necesidad de efectuar las medidas necesarias para reformar las disposiciones legales existentes y adoptar un marco jurídico que proteja eficazmente los derechos de autor y los derechos conexos.

5. La Gestión Colectiva del Derecho de Remuneración Compensatoria por la Copia de Uso Personal.

Después de haber efectuado un análisis sobre la ausencia de un marco jurídico que regule adecuadamente la administración colectiva de los derechos de autor y los derechos conexos queda, únicamente, efectuar una vinculación con el tema de la copia personal y el sistema de remuneración compensatoria ya explicado.

El mal funcionamiento de un sistema de administración colectiva afecta muchos intereses y la posibilidad de implementar un sistema efectivo de protección de los derechos de autor. Una figura que se afecta gravemente es la copia personal y el sistema de remuneración compensatoria, que protegen a los titulares de la reproducción ilícita. Esta realidad no permite plantearse la posibilidad de introducir en nuestro ordenamiento jurídico este sistema.

a. Organizaciones de Derecho de Reproducción.

Como consecuencia de la amplitud de los espacios donde la administración colectiva se hace necesaria para lograr una efectiva protección y vigencia de los derechos de autor y conexos, surgen organizaciones de gestión colectiva dedicadas a la gestión de derechos específicos.

Una manifestación de lo anterior es la constitución de organizaciones administradoras de los derechos de reproducción. El surgimiento de estas, originalmente, se produce cuando los titulares del derecho de reproducción no pueden gestionarlo de forma individual, es decir, les resulta impráctico otorgar las autorizaciones y recaudar las regalías respectivas de forma personal y directa y, por ello, las organizaciones asumen su administración, de tipo colectiva, en nombre de sus titulares.

La importancia de este tipo de organizaciones es evidente, a partir de la relevancia económica de este derecho patrimonial en particular, y la diversidad de formas de reproducción que existen actualmente, o pueden llegar a existir. No por otra razón, en el sistema anglosajón encontramos la denominación "*Copyright*" para llamar a la rama que conocemos como derechos de autor.

Las organizaciones de derechos de reproducción son aquellas que tienen por objeto principal la defensa y administración del derecho de reproducción, sin fines de lucro.

El desarrollo explosivo de las Organizaciones de Derechos de Reproducción en el ámbito mundial es una manifestación más del poder que ofrece la gestión colectiva de los derechos de autor y los derechos conexos. Básicamente, las Organizaciones de Derechos de Reproducción surgieron para satisfacer la necesidad de otorgar a los usuarios autorizaciones para que accedieran a los trabajos impresos, científicos y culturales, a través de la fotocopia con la obtención de una remuneración económica justa por ello.

b. International Federation of Reproduction Rights Organisations.¹⁹⁴

Dentro de este proceso de desarrollo, en 1988 surgió la *International Federation of Reproduction Rights Organisations* (IFRRO) como un ente que reúne a diferentes organizaciones de derechos de reproducción del mundo, especialmente respecto a la reproducción reprográfica de obras gráficas.

La *International Federation of Reproduction Rights Organisations* (IFRRO)¹⁹⁵, inicialmente se constituyó en 1980 como un grupo de trabajo del *Copyright Committee of the International Publishers Association and the International Group of Scientific, Technical & Medical Publishers* (STM). En mayo de 1984, en una reunión en Oslo, este grupo llegó a ser un consorcio informal denominado *International Forum for Reproduction Rights Organisations*. Este cambio produjo una participación más directa de autores y otros titulares de

¹⁹⁴ La información general se obtuvo de la página oficial de The International Federation of Reproduction Rights Organisations, <http://www.ifrro.org>, [Consulta: 05 de diciembre de 2001].

¹⁹⁵ Bajo una traducción libre se denomina "*Federación Internacional de Organizaciones de Derechos de Reproducción*".

derechos dentro del grupo; y en abril de 1988, en Copenhague, IFRRO se convirtió en una federación formal elegible para hablar en nombre de sus miembros.

En setiembre de 1982, en Helsinki, IFRRO adoptó nuevos estatutos y pautas para establecer una Tabla de Directores y una Secretaría Profesional, que actualmente está ubicado en Bruselas. En 1996, en Toronto, se enmendaron los estatutos y pautas. En mayo de 1996, en Londres, IFRRO adoptó un nuevo plan que involucraba su reestructuración y la expansión de sus actividades en muchas áreas. En particular, se decidió crear un Fondo de Desarrollo IFRRO para financiar proyectos especiales y asistir a nuevas Organizaciones de Derechos de Reproducción. En enero de 1998, la Secretaría de IFRRO estableció su oficina principal en Bruselas, Bélgica.

IFRRO tiene tres propósitos primarios:

- a. fomentar la creación de Organizaciones de Derechos de Reproducción alrededor del mundial;
- b. facilitar las relaciones y los acuerdos, formales e informales, entre sus miembros y en su nombre;
- c. incrementar el conocimiento público e institucional sobre la importancia de los derechos de autor y el papel de las organizaciones como intermediadores entre los titulares y los usuarios.

Respecto al sistema de remuneración compensatoria por copia personal, las organizaciones que gestionan el derecho de reproducción han efectuado grandes esfuerzos para mantener un equilibrio entre la posibilidad de los usuarios de fotocopiar y la obtención de una remuneración justa para los titulares afectados. La mayoría de organizaciones recauda los montos generados por el sistema de remuneración compensatoria por copia personal.

Los programas informativos y educativos de IFRRO han incrementado el conocimiento y el respeto de los derechos de autor por gobiernos, usuarios y titulares a lo largo del mundo. No obstante, la reproducción ilegal se continúa practicando ampliamente en muchos países. Las nuevas tecnologías intensifican la importancia de la creación de respuestas organizadas y oportunas para satisfacer las necesidades de usuarios y titulares. Por esta razón, la misión de IFRRO es el crecimiento y la solidaridad de sus miembros.

En atención a los desafíos y oportunidades presentadas por la tecnología digital se han evaluado los problemas y soluciones a través del nuevo Comité de Tecnologías de IFRRO. En setiembre de 1992, IFRRO firmó con STM una declaración sobre el almacenamiento electrónico de material de STM, el cual ha sido muy bien recibido como un adelanto que determina el papel de estas organizaciones en el campo electrónico. La declaración perfila varias áreas para su futura consideración. Además, las discusiones entre IFRRO y una unión internacional de grupos de escritores que involucran a los usos digitales están en proceso. Una declaración fue suscrita en enero de 1994, y en octubre de 1996, en

Toronto, IFRRO adoptó una postura sobre la administración colectiva de los derechos digitales. Se negoció, el 24 de enero de 1998, una declaración con la STM, sobre la digitalización de materiales impresos.

c. Centro Español de Derechos Reprográficos.¹⁹⁶

Como parte de la IFFRO se encuentran una gran cantidad de organizaciones encargadas de la administración del derecho de remuneración derivado del sistema de remuneración compensatoria por copia de uso personal, entre las cuales se encuentra el Centro Español de Derechos Reprográficos (CEDRO).

CEDRO es una asociación sin ánimo de lucro que representa y gestiona colectivamente los derechos de autor en el ámbito de la reproducción. Esta organización surge en 1988 al amparo de la Ley de Propiedad Intelectual como una entidad de gestión colectiva de los derechos reprográficos de las obras impresas, a favor de autores y editores, autorizada por el Ministerio de Cultura. Actualmente agrupa a la mayoría de autores y editores de España.

CEDRO otorga licencias para autorizar la reproducción reprográfica de material protegido por la ley, en condiciones razonables y bajo remuneración; recauda los derechos derivados del uso y la explotación de las obras de autores y

¹⁹⁶ La información general se obtuvo de la página oficial de CEDRO. Qué es CEDRO [en línea]: Centro Español de Derechos Reprográficos, http://www.cedro.org/castellano/que_es_cedro.htm, [Consulta: 05 de diciembre de 2001].

editores; **gestiona el cobro de la remuneración por "copia privada" en el sector de la obra impresa**; reparte entre autores y editores los derechos recaudados; ejerce todas las acciones necesarias en procedimientos judiciales o administrativos en defensa de los derechos de reproducción reprográfica de sus miembros; y, además, promueve actividades destinadas a la formación, promoción y asistencia en favor de sus miembros, para fomentar y proteger la creación.

Los ingresos de esta organización provienen de las copias personales y las copias licenciadas. Respecto a las primeras, que son de nuestro interés, corresponde a las cantidades que deben abonar las empresas que comercializan máquinas reproductoras, por cada uno de los equipos vendidos en España, cantidades que autorizan al usuario final para realizar, para su uso personal, nunca comercial, copias de textos protegidos. En el año 2000, según datos de CEDRO, se comercializaron en España 99.252 máquinas fotocopiadoras, recaudando 1.633,76 millones de pesetas por concepto del canon que establece la Ley como remuneración compensatoria por la copia de uso personal.

d. La importancia de la administración colectiva para la implementación del sistema de remuneración compensatoria por copia personal.

En este apartado es nuestro objetivo establecer la relación de interdependencia entre el sistema de administración colectiva y sistema de remuneración compensatoria por copia personal con el fin de prever los cambios necesarios que deben efectuarse para asegurar su correcto funcionamiento,

obtención de los fines propuestos con la figura sólo es realizable a través de las organizaciones de gestión colectiva.

Estas organizaciones constituyen una manifestación de la especialización, que previamente habíamos comentado, en virtud de la cual las organizaciones especifican su objeto a un derecho específico y no efectúan una administración general de todos los derechos de los miembros. Este hecho surge a partir de la complejidad material de administrar los derechos de autor y conexos y la ampliación de los espacios donde la gestión colectiva debe intervenir.

Las organizaciones así constituidas se ubican, tradicionalmente, dentro de la categoría de las *organizaciones de recaudación*, en atención al fin primario que realizan: recaudar el canón generado por la remuneración compensatoria por copia personal.

El funcionamiento irreprochable de las organizaciones de gestión colectiva permite la implementación de regulaciones pioneras en materia de derechos de propiedad intelectual, tal como sucedió en la República Federal de Alemania con el derecho de remuneración compensatoria por la copia de uso personal, que posteriormente se extendió a otros ordenamientos jurídicos; y, a su vez, permiten el sostenimiento y vigencia de estas.

En consecuencia, la viabilidad del sistema de remuneración compensatoria por copia personal tiene como presupuesto, necesario para su

implementación y adecuado funcionamiento, un sistema de administración colectiva de derechos. Pero, el requerimiento de un sistema de administración colectiva de derechos requiere, además, que su funcionamiento sea adecuado y eficaz, y para ello el Estado debe regular adecuadamente la figura.

d.2. Obligatoriedad del Sistema de Administración Colectiva.

En los diferentes países donde se ha incorporado el sistema de remuneración compensatoria dentro de la legislación nacional siempre ha sido una constante la inclusión de una disposición normativa que obligue a los titulares del derecho de reproducción, beneficiarios del sistema, a efectuar la recaudación de las remuneraciones a través de organizaciones de gestión colectiva, impidiéndoles su ejercicio individual.¹⁹⁷

En atención a ello se establece una relación directa y funcional entre el sistema de remuneración compensatoria y el sistema de administración colectiva. El adecuado funcionamiento del sistema de administración colectiva determina de forma directamente proporcional el adecuado funcionamiento del sistema de remuneración compensatoria.

¹⁹⁷ Así por ejemplo la Ley de Propiedad Intelectual de España, artículo 25, inciso 7; y la Ley de Derecho de Autor y Derechos Afines Protegidos de la República Federal de Alemania artículo 54, inciso 6.

La obligatoriedad de la gestión colectiva constituye un elemento que debe regularse de forma detallada en atención a los intereses que se afectan con ella. Por ello es importante abordar varios aspectos relevantes para el caso.

En primer lugar, esta disposición constituye una ~~limitación de los derechos~~ limitación de los derechos de los titulares de derechos de autor y conexos. La adopción de esta disposición debe cumplir con los requisitos señalados por los tratados internacionales, pero principalmente el Convenio de Berna, donde los Estados pueden establecer las condiciones para el ejercicio de los derechos ahí reconocidos. En el fondo, la administración individual y colectiva de los derechos corresponde a una facultad de elección de su titular y, en el caso de los derechos exclusivos se ejercerán más plenamente de forma individual. Por lo tanto, la limitación al ejercicio normal de los derechos mediante la gestión colectiva debe cumplir con los requisitos suficientes para su validez.

En segundo lugar, si se limita el ejercicio de los derechos, entonces debe garantizárseles un marco jurídico mínimo de protección en su relación jurídica con las organizaciones que ejercen la administración de ese derecho. Las eventuales situaciones de poder en virtud de las cuales las organizaciones de gestión pueden cometer abusos, en perjuicio de los titulares de derechos administrados, sean nacionales o extranjeros, justifican la necesidad de regular su funcionamiento. Los sistemas de recaudación y distribución deben ser objeto de una regulación eficiente y eficaz que permita una adecuada fiscalización de la actividad realizada por la organización.

En tercer lugar, debe asegurarse un marco legal que permita generar seguridad y confianza en el sistema de parte de la comunidad de los titulares y los usuarios, lo cual repercute en la posibilidad de generar un ambiente positivo donde los deudores respeten las disposiciones y satisfagan sus obligaciones, reduciéndose el interés por la evasión.

La regulación que el Estado efectúe del sistema de remuneración compensatoria debe respetar el principio de equilibrio entre los intereses de los usuarios a acceder a las obras protegidas mediante su reproducción para uso personal y el interés de los titulares del derecho de reproducción que ven perjudicados sus ingresos económicos.

En consecuencia, el Estado debe establecer las condiciones necesarias para que la incorporación del sistema de remuneración compensatoria por copia de uso personal funcione adecuadamente y alcance los objetivos propuestos, produciendo, así, un estado de seguridad y confianza entre los titulares de derechos de reproducción y los usuarios de obras protegidas.

A efecto de complementar lo que hemos expuesto, hemos decidido ejemplificar ciertos aspectos sobre el tema con relación a la legislación española donde se ha implementado el sistema de remuneración compensatoria por copia de uso personal.

d.3. Un ejemplo representativo de la regulación mínima: La Ley de Propiedad Intelectual de España.

El artículo 25 de la Ley de Propiedad Intelectual de España regula en 23 incisos el derecho de remuneración compensatoria por copia "privada" (de uso personal) en los cuales regula extensamente la obligación de remuneración (monto, momento del pago, etc.), el hecho generador de la obligación, los sujetos de la obligación (acreedor y deudor) y las obligaciones recíprocas tendientes a lograr un eficaz cumplimiento de los objetivos del sistema.

Debemos anotar que la denominación española sobre el tema puede diferir un poco a la nuestra, pero es en atención a las particularidades que ya mencionamos previamente. A pesar de ello la temática planteada puede ser entendida fácilmente.

El inciso 7 de la Ley señala que el derecho de remuneración solamente podrá hacerse efectivo a través de las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual. Aquí, se introduce la obligatoriedad del sistema de administración colectiva como mecanismo idóneo para efectuar la recolección y distribución de los montos generados por el cumplimiento de la obligación.

Con el fin de garantizar un correcto funcionamiento de estas organizaciones, el artículo 25 señala un conjunto de requisitos y obligaciones que deben cumplir en el desempeño de sus funciones, con fin de proteger a titulares y usuarios. Al respecto se señala que:

- a. Las entidades de gestión de los acreedores deberán comunicar al Ministerio de Cultura el nombre o denominación y el domicilio de la representación única o de la asociación que, en su caso, hubieren constituido (en el caso de que varias decidan nombrar un único representante para que actúe en su nombre o se unan en una nueva organización para efectos de recaudación y, después, ellas lo distribuyan); en el último caso, deberán presentar documentación que acredite la constitución de la asociación y una relación individualizada de sus miembros con indicación del nombre y el domicilio (inciso 9). El objetivo es otorgar seguridad a los usuarios y titulares sobre la existencia y capacidad real de la representatividad que tiene una organización para recaudar los montos generados en dicho concepto.
- b. Se otorga al Ministerio de Cultura el deber de ejercer el control de la entidad o entidades de gestión, o de la representación o asociación gestora de la percepción del derecho, para lo cual pueden: otorgar y revocar la autorización de funcionamiento; verificar el cumplimiento de las obligaciones y requisitos de la Ley, pudiendo exigir cualquier tipo de información, ordenar inspecciones y auditorías, y hasta designar un representante, con voz pero sin voto, que asista a las reuniones de los órganos de administración de la organización; las reformas a los estatutos deben ser aprobadas administrativamente por el Ministerio; y, las organizaciones deben remitir información sobre los nombramientos y los ceses de los administradores y apoderados, las tarifas generales y sus modificaciones, los contratos generales celebrados con usuarios u

otras organizaciones extranjeras. Estos requisitos existen junto a las restantes potestades generales de fiscalización (inciso 10).

- c. El Ministerio deberá publicar en el Boletín Oficial del Estado la identificación de las organizaciones, su domicilio, la modalidad de remuneración en la que operen, y de toda modificación a esos datos (inciso 10).
- d. Se obliga a las organizaciones a presentar al Ministerio, en una fecha determinada, una relación pormenorizada de las declaraciones-liquidaciones de los recursos recaudados (inciso 10).

Estas disposiciones, dentro de muchas otras, son un reflejo de la importancia de establecer un correcto funcionamiento del sistema de gestión colectiva para asegurar la efectividad del sistema de remuneración compensatoria por copia personal. Así mismo, se reconoce el papel del Estado de fiscalizar la actividad de las organizaciones recaudadoras en función de las obligaciones internacionales del Estado Español.

Los anteriores ejemplos actúan en la relación jurídica organización-titular, organización-usuario de obras protegidas; pero, para el cumplimiento eficaz de las obligaciones que tienen las organizaciones, el Estado les ha otorgado varios instrumentos jurídicos idóneos para ello:

- a. Los deudores del canon por remuneración compensatoria deben presentar en un plazo inflexible, fijado por ley, un informe detallado

sobre los equipos y soportes comercializados en el territorio , a partir de los cuales se genera la obligación (inciso 12).

- b. Los deudores serán considerados como *depositarios* de la remuneración devengada hasta su efectivo pago (inciso 15).
- c. Los deudores deberán indicar, de forma separada, en las facturas de venta, o cesión, el monto del precio y de la remuneración, que deberán retener para su posterior pago (inciso 15), y en ningún caso se pueden aceptar, del proveedor, facturas que no cumplan con dicho requisito, presumiéndose; si se incumple esta disposición, se presume que el monto no ha sido satisfecho (inciso 16).
- d. Los obligados deben facilitar toda la información solicitada por las organizaciones para comprobar el efectivo y exacto cumplimiento de las obligaciones (inciso 21), debiendo respetar los principios de confidencialidad o intimidad mercantil respecto a cualquier información que conozca.

Aparte de estas disposiciones particulares sobre la gestión colectiva del derecho de remuneración por copia personal, se encuentran las regulaciones generales que sobre las organizaciones dispone la Ley de Propiedad Intelectual, lo cual representa un marco de regulación adecuado de las relaciones jurídicas titular-organización y organización-usuario.

Actualmente, la reproducción ilícita de obras protegidas es una constante. Consideramos que la insuficiencia de esfuerzos para adecuar la realidad y lograr

un respeto a los derechos de autor y los derechos conexos se debe a la ausencia de un movimiento liderado por los titulares afectados tendiente a promover los cambios que el país necesita en esta materia.

En el mismo sentido se puede encausar las críticas a las organizaciones encargadas de la defensa y administración de los derechos de los autores y compositores, artistas interpretes o ejecutantes, y de los productores de fonogramas, para plantear soluciones al problema, tales como el sistema de remuneración compensatoria por copia personal.

La existencia de la IFFRO y organizaciones como CEDRO, ente muchas otras alrededor del mundo, demuestran la eficacia del sistema y la necesidad de constituir este tipo particular de organizaciones para la gestión integral de los derechos de reproducción en nuestro país. Ellos poseen la experiencia y los conocimientos técnicos necesarios para ello, y su colaboración ayudaría en la constitución de una organización similar.

No falta poco para que aparezca una organización de gestión colectiva que ejerza una labor fuerte y obligue, por ejemplo, a los centros de fotocopiado a adquirir licencias de reproducción para poder continuar ejerciendo su actividad, bajo las tarifas y condiciones que unilateralmente determine. Cuando llegue el momento, pueden presentarse una multitud de situaciones conflictivas que pueden perjudicar los intereses de los titulares y los usuarios de obras protegidas.

Aunque el Estado está obligado a adoptar disposiciones y medidas suficientes y necesarias para proteger los derechos de autor y los derechos conexos la implementación de este tipo de medidas debe surgir de la iniciativa privada. Son los titulares de los derechos de reproducción quienes deben promover el cambio a partir de una labor informativa sobre la importancia de la protección de los derechos de autor y los derechos conexos.

El Estado de Costa Rica debe plantearse el tema de la copia y particularmente el de la copia personal. Para ello debe valorar la viabilidad del sistema de remuneración compensatoria por copia personal y la necesidad de asegurar un funcionamiento adecuado del sistema de administración colectiva y, en particular, la administración del derecho de remuneración compensatoria.

CONCLUSIÓN GENERAL

Los Derechos de Autor y los Derechos Conexos tienen, a partir del artículo 45 y 47, rango constitucional. En consecuencia, el reconocimiento y la protección de los derechos de autor y los derechos conexos constituye una obligación constitucional que debe asumir el Estado de Costa Rica.

El Estado de Costa Rica se ha obligado a reconocer los derechos de autor y conexos como derechos fundamentales de todo ser humano; y consecuentemente se ha comprometido a ejercer una protección efectiva de esos derechos mediante la adopción de las disposiciones y medidas necesarias y suficientes que garanticen su aplicación efectiva.

Las convenciones internacionales que Costa Rica ha ratificado sobre la materia obligan al Estado, y su incumplimiento lo someten a eventuales reclamos internacionales y sanciones comerciales.

Las convenciones internacionales no señalan el significado de las disposiciones y las medidas necesarias y suficientes que debe adoptar el Estado para asegurar el reconocimiento y la protección efectiva de los derechos de autor y conexos; y tampoco los convenios definen parámetros para medir el grado de "necesario" y "suficiente" que deben tener dichas disposiciones y medidas. El concepto es indeterminado y su contenido concreto deberá ser determinado, caso por caso, obligando al Estado a efectuar, constantemente, una revisión del

sistema para determinar los ajustes que deben adoptarse para satisfacer las obligaciones internacionales.

Los derechos patrimoniales corresponden al derecho de carácter exclusivo que tiene el titular de una obra, o producción intelectual, protegida (autor, artista intérprete o ejecutante, productor de fonogramas, editor, organismos de radiodifusión) de autorizar o prohibir cualquier forma, conocida o por conocerse, de explotación económica de su obra, debiendo recibir una remuneración económica por ello. Por esta razón hablamos de “derechos patrimoniales”, tanto como formas de explotación existan, sin establecer una lista taxativa sino, más bien, ejemplificativa.

Este derecho de remuneración constituye la compensación económica que se recibe por el trabajo intelectual y es el contenido esencial de los derechos patrimoniales que, de conformidad con el artículo 45 de la Constitución Política, es intangible para el legislador común.

El derecho de reproducción otorga al titular la facultad de autorizar o prohibir la realización de copias o ejemplares de su obra por cualquier medio de reproducción, conocido o por conocerse.

La política legislativa de un país para regular los derechos de autor y los derechos conexos debe proteger dos derechos mutuamente conflictivos: por un lado el derecho de los creadores de obras y producciones intelectuales a percibir

los beneficios económicos generados por la utilización de sus creaciones; y, por otro lado, el derecho de la sociedad a satisfacer sus necesidades de acceso al conocimiento, promoviendo su difusión. La búsqueda de un punto de equilibrio debe ser la dirección de esa política para no incurrir en una regulación ni muy social ni muy individual.

El establecimiento de limitaciones al ejercicio de los derechos patrimoniales de los derechos de autor y los derechos conexos son una manifestación del conflicto de intereses entre los titulares de derechos y los usuarios, en búsqueda de un equilibrio.

Las limitaciones al ejercicio de los derechos de autor y los derechos conexos constituyen la excepción a la regla y, debido al rango constitucional de los derechos cuyo ejercicio se limita, su aprobación debe estar sometida al cumplimiento de una serie de requisitos mínimos.

Toda limitación al ejercicio del derecho de reproducción, para ser jurídicamente válida, debe cumplir con los requisitos establecidos por la prueba de las tres fases regulada en el artículo 9.2 del Convenio de Berna (Que exista una situación especial; Que la reproducción no afecte la explotación normal de la obra; y Que no cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor) y el artículo 45 de la Constitución Política (contenido esencial de los derechos patrimoniales y la aprobación por una mayoría calificada de la Asamblea Legislativa por ser una materia de reserva legal).

La copia personal es una limitación al ejercicio del derecho patrimonial de reproducción y por lo tanto su vigencia debe respaldarse con el cumplimiento de los requisitos mínimos que hemos señalados precedentemente.

La copia personal, regulada en la Ley de Derechos de Autor y los Derechos Conexos, autoriza la reproducción libre y gratuita, por medios manuscritos o mecanografiados, de obras "didácticas y científicas", en un único ejemplar, sin ningún ánimo de lucro y, para el uso individual y personal del copista. Sin embargo, esta figura no tiene una vigencia material efectiva porque la realidad desborda el supuesto de hecho regulado en la norma.

Atendiendo a esta realidad material otros ordenamientos han modificado la regulación normativa de la copia personal para adecuarla a las nuevas formas de utilización de las obras, libre y gratuita, mediante una extensión, primero, del elemento objetivo (obras sonoras y audiovisuales); segundo, a través de una extensión de los medios de reproducción (medios no tipográficos: reproducción reprográfica mediante equipo de fotocopiado, reproductores de video -VHS, por ejemplo-, y sonido-grabadoras, discos compactos y en formato DVD); tercero, mediante una especificación y restricción de las modalidades de reproducción (personal o por encargo, en el caso de la reproducción reprográfica; y, solamente, de forma personal cuando se trata de una grabación en el hogar de obras sonoras y audiovisuales); y, cuarto, a través de una restricción del elemento subjetivo (solo la persona física puede reproducir para su uso personal).

El extenso fenómeno de la copia personal de obras protegidas y la sumatoria de todas las acciones individuales de reproducción efectuadas en la sociedad han justificado el reconocimiento de nuevas formas de reproducción (como parte del derecho patrimonial de reproducción); y, por lo tanto, no puede seguir considerándose como una limitación libre y gratuita.

El sistema de remuneración compensatoria por copia personal surge como un mecanismo adecuado para compensar los perjuicios económicos producidos por la copia personal -en su formulación moderna- de obras protegidas, en favor de los titulares de los derechos de reproducción

La Ley de Derechos de Autor y los Derechos Conexos de Costa Rica tiene una regulación insuficiente e ineficiente de la figura de la copia personal que no se adapta a la realidad social para, primero, regular la conducta "copista" de los usuarios de obras protegidas y, segundo, asegurar una protección adecuada de los intereses patrimoniales de los titulares de los derechos de reproducción, nacionales y extranjeros.

Esta Ley no ha adoptado las disposiciones y medidas necesarias y suficientes para garantizar la protección y vigencia efectiva de los derechos de reproducción de obras protegidas. Esto justifica considerar que el Estado de Costa Rica ha incumplido las obligaciones internacionales contraídas en diversos convenios internacionales, así como de sus deberes constitucionales.

Existen dos modalidades de administrar los derechos de autor y los derechos conexos: la administración individual y la administración colectiva. La administración colectiva junto a la individual constituye una forma normal y característica de ejercer los derechos de autor y los derechos conexos.

El establecimiento de mecanismos para la protección efectiva de los derechos de autor y conexos se vincula directamente con la existencia y el buen funcionamiento de un sistema de administración colectiva que sea ejecutado por organizaciones responsables.

La "administración o gestión colectiva" hace referencia a la actividad consistente, principalmente, en fiscalizar la utilización de obras protegidas, negociar las condiciones de uso, fijar las remuneraciones que deben pagar los usuarios, otorgar las autorizaciones de uso, recaudar las remuneraciones y distribuir las entre los titulares de derechos. El término "organización de administración o gestión colectiva" identifica a la agrupación de titulares de derechos sobre obras protegidas que se encuentran constituidas en un sujeto con personalidad jurídica propia para efectuar la "administración o gestión colectiva", de sus derechos.

A partir de la gestión, individual y colectiva, de los derechos de autor y los derechos conexos podemos identificar a tres sujetos y tres relaciones jurídicas: una relación jurídica titular-usuario, la relación jurídica titular-organización y la relación jurídica organización-usuario. En las dos últimas se nos presenta a una

organización que en el ejercicio de su actividad puede adquirir amplios poderes y ejecutar actos abusivos en perjuicio de los usuarios y de los titulares de derechos de autor y derechos conexos, principalmente.

En principio, el sistema de administración colectiva debe funcionar de forma adecuada pero, es posible que sea totalmente lo contrario y se presenten situaciones de conflicto y abuso, que produzcan el funcionamiento de un sistema que cometa actos infractores a los derechos de autor y conexos.

El Estado está obligado a adoptar todas las disposiciones y medidas necesarias y suficientes para asegurar a los titulares el ejercicio libre y efectivo de sus derechos, sea a través del sistema de administración individual o colectiva. Igualmente, está obligado a otorgar recursos ágiles para prevenir, erradicar y sancionar toda acción que los viole o los ponga en evidente peligro, permitiéndoles ejercer una defensa efectiva.

Un acto infractor de los derechos de autor y los derechos conexos puede ser cometido por los usuarios de obras protegidas, por otros titulares de derechos y hasta por las mismas *organizaciones de gestión colectiva*. Por lo tanto, el Estado debe establecer un marco jurídico adecuado para regular la administración colectiva y el funcionamiento de las organizaciones respectivas, dotando a los titulares de derechos de los recursos jurídicos ágiles y adecuados en contra de las eventuales violaciones cometidas, en su perjuicio, por los usuarios y/o por las organizaciones de gestión colectiva.

El Estado de Costa Rica debe adoptar una posición más activa en la regulación de la administración colectiva ejecutada por las organizaciones respectivas, para cumplir satisfactoriamente las obligaciones internacionales que el país tiene en materia de protección de los derechos de autor y los derechos conexos.

La necesidad de promulgar un marco regulatorio de la administración colectiva de derechos, para asegurar su correcto funcionamiento, es presupuesto mínimo para pensar en la posibilidad de incorporar el sistema de remuneración compensatoria por copia personal, en nuestro ordenamiento jurídico porque, entre un sistema y otro, existe una relación de dependencia que obliga a tratarlos de forma adecuada para asegurarse la confianza, seguridad y eficacia que se espera de él.

La sociedad costarricense requiere de organizaciones de gestión colectiva encargadas de los derechos de reproducción sobre obras protegidas que efectúen una función contralora de la actividad copista y del respeto de los derechos mediante el otorgamiento de licencias; así como una función administradora de la recolección de las regalías generadas por la utilización de las obras protegidas, y su distribución entre sus respectivos titulares.

La Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos N° 6683, vigente en nuestro país, tiene dos artículos que regulan los dos temas planteados: el artículo 74 para la copia personal y el artículo 132 para regular a las organizaciones de

gestión colectiva. Si bien no se puede negar la existencia de normativa al respecto, esta resulta ser insuficiente para proteger adecuadamente los derechos de autor y los derechos conexos.

A partir de las conclusiones obtenidas en el desarrollo de la presente investigación podemos aceptar la hipótesis planteada al inicio: La Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos N° 6683, vigente en nuestro país, no protege eficazmente a los titulares de los derechos de autor y los derechos conexos, por la insuficiencia de una regulación legal sobre la copia personal y la gestión colectiva de derechos.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

ANTEQUERA PARILLI (Ricardo), Derecho de Autor, Tomo I, Caracas: Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual/Dirección Nacional del Derecho de Autor, segunda edición, 1998, 523 p.

ANTEQUERA PARILLI (Ricardo), Derecho de Autor, Tomo II, Caracas: Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual/Dirección Nacional del Derecho de Autor, segunda edición, 1998, 437 p.

HERNÁNDEZ VALLE (Rubén). Las Libertades Públicas en Costa Rica, segunda edición, San José, Editorial Juricentro, 1990, 336p.

LIPSZYC (Delia). Derecho de Autor y Derechos Conexos, Buenos Aires, Ediciones UNESCO/CERLALC/ZAVALLIA, 1993, 933 p.

Propiedad Intelectual en la República Federal de Alemania, Materiales sobre política y sociedad en la República Federal de Alemania, Inter Naciones, República Federal de Alemania, 1990, 72 p.

RIVERO SÁNCHEZ (Juan Marcos). Curso de Derecho Privado I: Responsabilidad Civil. Primera edición, San José, Ediciones Jurídicas Areté, 1999, 390 P.

UNESCO. El ABC del derecho de autor, Francia, Imprimiere de la Manutention, 1982, 82 p.

REVISTAS

ARROYO ALVAREZ (Wilbert), Derechos de Autor y Derechos Conexos en la Sucesión Mortis Causa, Revista Judicial, San José, N° 68, junio de 1988, pp. 51-60.

BENÍTEZ DE LUGO (Félix). Entidades de Gestión de la Propiedad Intelectual, Revista de Derecho Privado, Madrid, Setiembre de 1988, pp. 779-788.

ROGEL VIDE (Carlos). La copia privada de obras literarias y su régimen jurídico, Revista de Derecho Privado, Madrid, Febrero de 1997, pp. 83-120.

NAVARRO FALLAS (Román). Derecho constitucional de propiedad privada. Ivstitia, San José, N°171-172, marzo-abril de 2001, pp. 19-30.

OBRAS COLECTIVAS

LIPSYC (Delia). Copia privada de obras fijadas en fonogramas y videogramas. Acerca de un nuevo proyecto de ley, Derechos Intelectuales, Buenos Aires, Astrea, volumen 4, 1989. pp. 177-187.

ORTIZ ORTIZ (Eduardo). Expropiación, limitación de interés social y sacrificio indemnizable de la propiedad privada, La propiedad, San José, 1983. pp. 377-420.

TESIS

MONTERO SEQUEIRA (Aaron), La implementación del Registro de Derechos de Autor y Derechos Conexos, San José, Tesis para optar al título de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1998, 171 p.

QUESADA GATJENS (Ivo) y otro, La propiedad intelectual, San José, Tesis para optar al título de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1982, 218 p.

SEMINARIOS

ANELLI (Jorge). Sociedades de Autores: Fijación de Aranceles. Recaudación y Distribución del derecho de representación, V Congreso Internacional sobre la protección de los derechos intelectuales (del autor, el artista y el productor), Buenos Aires, Argentina, del 04 al 07 de abril de 1990, OMPI/CISAC/IIDA, p. 83-90.

ARÍSTEGUI (Abel Javier), Sociedades de Autores. Regulación Legal. Primera parte: Sociedades y Regulación Legal. V Congreso Internacional sobre la protección de los derechos intelectuales (del autor, el artista y el productor), realizada en Buenos Aires-Argentina, del 04 al 07 de abril de 1990, ZAVAGLIA/OMPI/CISAC/IIDA, 1990,

DE FREITAS (Eduardo), La Gestión Colectiva del Derecho de Autor y los Derechos Conexos, Seminario Nacional de la OMPI sobre Derecho de Autor, Derechos Conexos y el Acuerdo ADPIC para Jueces de Costa Rica, San José, de 09 al 11 de julio de 1997, 27 p.

HUERTA (María). Sociedades de Autores. Regulación Legal. Segunda Parte: Su evolución en la jurisprudencia. V Congreso Internacional sobre la protección de los derechos intelectuales (del autor, el artista y el productor), realizada en Buenos Aires-Argentina, del 04 al 07 de abril de 1990, ZAVAGLIA/OMPI/CISAC/IIDA, 1990, pp. 73-82.

MARIZCURRENA (Martín). La gestión colectiva en el derecho de autor y los derechos conexos. Gestión de los derechos conexos. III Congreso Internacional sobre la protección de los derechos intelectuales (del autor, el artista y el productor). Asunción, Paraguay, del 25 al 27 de marzo de 1993. OMPI/CISAC/IIDA, 1993, pp. 377-383.

OMPI. Introducción a la Gestión Colectiva del Derecho de Autor y los Derechos Conexos, Seminario de Introducción al Derecho de Autor y a los Derechos Conexos, Ginebra, del 09 al 11 de octubre de 1996, 71 p.

SANTIAGO (Vanisa). La gestión colectiva de derechos de autor, III Congreso Internacional sobre la protección de los derechos intelectuales, Paraguay, 25 al 27 marzo del 1993, OMPI/CISAC/IIDA, 1993, pp. 365-376.

SHUSTER VERGARA (Santiago), Sociedades de Autores. Fijación de Aranceles. Recaudación y Distribución del Derecho de Ejecución o Comunicación Pública, III Congreso Internacional sobre la protección de los derechos intelectuales (del autor, el artista y el productor), Buenos Aires - Argentina, del 04 al 07 de abril de 1990, OMPI/CISAC/IIDA, p.

STOKKMO (Olav). La gestión de los derechos de reproducción reprográfica en el mundo. Seminario regional para América Latina organizado por OMPI y IFFRO, Buenos Aires-Argentina, del 08 al 10 de febrero de 1999. 11p.

TORRES (Mónica). Límites y excepciones al derecho de autor, Curso Centroamericano de derechos de autor y derechos conexos, CERLALC/SIECA, San José, del 17 al 21 de agosto de 1998.

CONFERENCIA

Sociedades de Gestión Colectiva reguladas por la Ley de Derechos de Autor y Convenios Internacionales." Conferencia dictada por el Dr. Ricardo Antequera Parrilli, Auditorio Plaza de la Justicia de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, 05 de julio del 2001.

CONVENIOS INTERNACIONALES

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, 1948.

Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ratificado por Ley N° 7907 de 03 de setiembre de 1999.

Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, de 06 de setiembre de 1886. Revisado en París el 24 de junio de 1971 y ratificado mediante Ley N° 6083 de 29 de agosto de 1977. Publicada en La Gaceta N° 63 del 18 de marzo de 1971.

Convenio de Roma sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, Productores de Fonogramas y Organismos de Radiodifusión, promulgada en Roma el 26 de octubre de 1961. Ratificado mediante Ley N° 4727 de 05 de marzo de 1971.

Convención Universal sobre Derecho de Autor, ratificada por Ley N° 5682 de 05 de mayo de 1975.

Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, ratificado mediante Ley N° 7475 publicado en el Alcance N° 40 a La Gaceta del 26 de diciembre de 1994.

Tratado de la OMPI sobre interpretación o ejecución y fonogramas, suscrito el 02 de diciembre de 1997, mediante Ley N° 7967 de 22 de diciembre de 1999, publicada en La Gaceta N° 21 de 31 de enero del 2000.

Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, suscrito el 02 de diciembre de 1997, mediante Ley N° 7968 de 22 de diciembre de 1999, publicada en La Gaceta N° 23 de 02 de febrero del 2000.

LEYES

Ley de Derecho Autoral de Brasil [en línea]: Sistema de Información sobre Comercio Exterior de la Organización de los Estados Americanos, http://www.sice.oas.org/int_prop/nat_leg/Brazil/POR/L9610pB.asp#capIVb, [Consulta: 15 de enero de 2002].

Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos de Costa Rica, N° 6683 de 14 de octubre de 1982, publicada en La Gaceta N° 226 del 25 de noviembre de 1982, reformado por leyes ley N° 6935 de 14 de diciembre de 1983; y la ley N° 7397 de 03 de mayo de 1994; ley N° 7979 de 06 enero de 2000, publicada en La Gaceta N° 21 de 31 de enero del 2000; y la ley N° 8039 de 12 de octubre del 2000, publicada en La Gaceta N° 206 de 27 de octubre del 2000.

Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos de Panamá [en línea]: Sistema de Información sobre Comercio Exterior de la Organización de los Estados Americanos, http://www.sice.oas.org/int_prop/nat_leg/Panama/L15b.asp#tVIcapII, [Consulta: 15 de enero de 2002].

Ley del Derecho de Autor y de los Derechos Conexos de Honduras [en línea]: Sistema de Información sobre Comercio Exterior de la Organización de los

Estados

Americanos,

http://www.sice.oas.org/int_prop/nat_leg/Honduras/lautor.asp, [Consulta: 15 de enero de 2002].

Ley Federal del Derecho de Autor de los Estados Unidos Mexicanos [en línea]: Consejo Nacional para la Enseñanza y la Investigación de las Ciencias de la Comunicación, <http://www.coneicc.org.mx/leyfedautor.html>, [Consulta: 03 de setiembre de 2001].

Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Intelectual de El Salvador [en línea]: Sistema de Información sobre Comercio Exterior de la Organización de los Estados Americanos, http://www.sice.oas.org/int_prop/nat_leg/El_Salvador/D604bs.asp#cont, [Consulta: 15 de enero de 2002].

Ley de la Propiedad Intelectual de Ecuador [en línea]: Sistema de Información sobre Comercio Exterior de la Organización de los Estados Americanos, http://www.sice.oas.org/int_prop/nat_leg/Ecuador/L320d.asp#1t1c2p6, [Consulta: 15 de enero de 2002].

Ley de la Propiedad Intelectual de España, Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de Abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia, publicado en el BOE N° 97 de 22 de abril de 1996: en

línea]: Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, http://www.mcu.es/Propiedad_Intelectual, [Consulta: 23 de marzo de 2001].

Ley sobre el Derecho de Autor de Perú [en línea]: Sistema de Información sobre Comercio Exterior de la Organización de los Estados Americanos, http://www.sice.oas.org/int_prop/nat_leg/Peru/D822i.asp, [Consulta: 15 de enero de 2002].

Interpretación Auténtica de la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos, Ley N° 7868 de 06 de agosto de 1997.

REGLAMENTOS

Reglamento a la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos N° 6683 y sus reformas. Decreto N° 24611-J de 04 de setiembre de 1995, publicado en La Gaceta N° 201 de 24 de octubre 1995. Reformado por Decreto N° 26882-J de 20 de abril de 1998, publicado en La Gaceta N° 84 de 4 de mayo de 1998.

RESOLUCIONES JUDICIALES

Sala Constitucional, N° 1829-99 de las dieciséis horas nueve minutos del diez de marzo de 1999. Acción de Inconstitucionalidad de Asociación Cámara de Compositores y Autores Musicales contra artículos 47, 48, 49, 50, 51, 52 y 53 del Decreto Ejecutivo 24611-J y artículos 2, 4,5, 6 y 7 de Transitorio I del Decreto Ejecutivo 26882-J.

Sala Constitucional, N° 1062 de las 14 H. 56 del 7 de junio de 1991. Recurso de Amparo de C. C. F. contra Unidad Preventiva del Delito.

DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS

CEDRO. Qué es CEDRO [en línea]: Centro Español de Derechos Reprográficos, http://www.cedro.org/castellano/que_es_cedro.htm, [Consulta: 05 de diciembre de 2001].

IFRRO. General Papers: Collective Administration [en línea]: The International Federation of Reproduction Rights Organisations, http://www.ifrro.org/papers/collect_adm.html, [Consulta: 07 de enero de 2002].

OMPI, Gestión Colectiva [en línea]: Organización Mundial de Propiedad Intelectual, http://www.wipo.int/about-ip/es/index.html?wipo_content_frame=/about-ip/es/copyright.html, [Consulta: 08 de agosto de 2001].

ORTIZ HERRERA (Silvia). La obra digital y el derecho de reproducción especial referencia a la copia privada [en línea], Conferencia dictada en la VI Jornadas Españolas de Documentación FESABID 1998, disponible en http://www.florida-uni.es/~fesabid98/Comunicaciones/s_ortiz.htm, [Consulta: 10 de mayo de 2001].

TORRES (Mónica). Las excepciones y limitaciones a los derechos de autor y conexos, [documento de texto electrónico], archivo recibido adjunto a mensaje electrónico, 2001.

The International Federation of Reproduction Rights Organisations,
<http://www.ifro.org>, [Consulta: 05 de diciembre de 2001].