

segunda instancia, no fuere de fondo, porque acoge una excepción perentoria temporal, rige lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo 364 del C. J. en su parte final es decir, que no se estima interrumpido, por la demanda inicial de la instancia que ha caducado, el término de la prescripción de la acción.

El quinto inciso no tiene aplicación, porque si se declara ejecutoriado el fallo condenatorio del demandado no es presumible que el demandante vuelva a instaurar la misma acción, y en caso de que la promueva y se presente el abandono en la segunda instancia, y por la caducidad se profiera un fallo contrario de absolución del demandado, se podría decir que esta segunda sentencia es absolutamente nula, con arreglo al artículo 473 del C. J.

Y en el supuesto de ser absolutorio el fallo de primera instancia que se declara ejecutoriado y el demandante volviere a intentar la misma acción, el demandado le puede oponer la excepción de cosa juzgada; pero en caso de que no la alegue y ocurriere que la sentencia que se declara ejecutoriada en la segunda instancia es condenatoria del demandado, sería esta también absolutamente nula con arreglo al precepto procedimental que hemos citado.

Rige en cuanto a la caducidad de segunda instancia lo que se establece en el inciso sexto del art. 364 del C. J.

Dicha sanción no se puede imponer en los juicios en que se presente como actor el Estado, un Departamento, un Municipio, o un establecimiento público de educación o de beneficencia, y de igual manera, en el segundo grado del juicio no se puede decretar la caducidad de segunda instancia en los juicios de sucesión, de división de bienes comunes, y en general en todos los asuntos que se siguen con jurisdicción voluntaria.

El inciso octavo no rige respecto de la caducidad de la segunda instancia, porque si se ha apelado en juicio ejecutivo de la sentencia de remate y el actor ha abandonado la instancia, se declarará ejecutoriado el fallo apelado, como ocurriría también cuando la alzada se establece contra la sentencia de graduación de créditos proferida en el juicio de concurso de acreedores y el recurrente incurriere en el mismo abandono.

De manera que en tal evento no se puede decretar el desembargo de los bienes y el levantamiento del secuestro, lo cual si podría suceder en caso de que se apelara de la sentencia que declara probadas las excepciones y manda cesar la ejecución, y ésta se declarase ejecutoriada por abandono del actor, o sea el ejecutante, como consecuencia de los mismos pronunciamientos del fallo.

LA LEY 86 DE 1946

SOBRE PROPIEDAD IN-
TELECTUAL Y LA RE-
FORMA DE LA LEGIS-
LACION COLOMBIANA
ACERCA DEL DERECHO
DE AUTOR

POR EL DR.
WENZEL GOLDBAUM

Dr. WENZEL GOLDBAUM

Quito — Ecuador
Calle Roberto Cruz

4 de julio de 1947

Señor don
Ramón García Benjumea
Director de la Biblioteca
De la Facultad de Derecho
Apartado Nacional 155
Medellín

Distinguido señor Director:

Refiriéndome a su atenta carta número 15 de 28 de mayo de 1947, me permito mandarle para la "Revista Estudios de Derecho" mi trabajo "La ley 86 de 1946 sobre propiedad intelectual y la reforma de la legislación colombiana acerca del derecho de autor", manuscrito de 36 páginas.

Me permito dirigir su atención a mi estudio en la misma materia del derecho de autor en la Revista Nacional de Cultura, publicada por el Ministerio de Educación Nacional de Venezuela, entrega 61 de marzo-abril de 1947.

Con mis más altas consideraciones para el señor Decano y para Ud. me suscribo;

Muy atto. ss.

Wenzel Goldbaum
doctor juris utriusque

LA LEY 86 DE 1946

SOBRE PROPIEDAD INTELECTUAL Y LA REFORMA DE LA LEGISLACION COLOMBIANA ACERCA DEL DERECHO DE AUTOR

La primera ley colombiana sobre la protección de los creadores de obras literarias, científicas y artísticas fue recopilada en el año de 1834, siendo al mismo tiempo una de las primeras leyes latinoamericanas en la materia. Fue derogada y reemplazada por la ley 32 de 1886, la cual debe considerarse como uno de los mejores arreglos legales respectivos en su época, y, eso no sólo en cuanto a las legislaciones latinoamericanas sino mundiales. Concebida en una perfecta técnica legislativa establece muy temprano unos principios avanzados, por ejemplo sobre el derecho moral y el amparo del título de la obra, artículos 16 y 53. Los enormes cambios de orden económico al fin del siglo XIX y en el curso del siglo XX y las nuevas invenciones técnicas de reproducción y difusión de obras intelectuales (procedimientos de impresión, disco, gramófono, cinematógrafo, radio, altoparlante y últimamente la televisión) hicieron indispensable una reforma de la ley de 1886, la cual había servido de muestra para otras leyes respectivas, como la ley del Ecuador de 1887. Para contribuir a dicha reforma, el que escribe publicó en 1939 un estudio "La protección de los trabajadores intelectuales en Colombia" en la Revista "Universidad de Antioquia", número 30, pág. 251 a 258.—La ley 32 de 1886 fue derogada por la ley 86 de 1946 sobre propiedad intelectual de 26 de diciembre de 1946, publicada en el Diario Oficial número 26317 de 30 de diciembre de 1946 (reproducida además en el Diario Oficial de 24 de febrero de 1947— con graves errores de imprenta en los artículos 8 y 24— y distribuido en la forma independiente del folleto por el Ministro de Gobierno den-

tro y fuera de Colombia). El estudio presente versa sobre dicha ley.

Resulta de los trabajos preparativos del Congreso de 1946 el hecho, un poco extraño, de que el legislador colombiano no hubiera encontrado la causa de dicha reforma en el cambio fundamental de la situación económica y técnica a que hemos ya aludido, sino más bien en otra circunstancia. Las disposiciones penales de la 32 de 1886 fueron derogadas por el Código Penal de 1890 y éste por el Código Penal 1936, de manera que las violaciones del derecho de autor quedaron sin castigo. (Véase "Droit d, Auteur" órgano de la Unión de Berna para la protección de obras literarias y artísticas, 1944 pág. 10). Con el propósito de acabar con tal situación intolerable, el honorable Representante de la Cámara Silvio Villegas, presentó un "Proyecto de Ley por la cual se adiciona y reforma la ley 32 de 1886". En los diez artículos se restablecen la penalidad del "fraude o falsificación en materia de propiedad intelectual", —refiriéndose al artículo 412 del Código penal,— la competencia de los Tribunales ordinarios al respecto y se hacen algunos arreglos más. Aprovechando de la discusión parlamentaria sobre la reforma de la ley 32 de 1886, el honorable Representante Guillermo Chaves Chaves trabajó un proyecto de una reforma total, y no solamente parcial, de la anticuada ley 32 de 1886, al proponer el 30 de septiembre de 1946 lo que sigue: "Dése primer debate al proyecto de ley del señor Representante Silvio Villegas, por la cual se adiciona y reforma la Ley 32 de 1886, con las modificaciones propuestas por el ponente". Vale la pena de citar algunos pasos del Informe presentado por la Comisión Primera Constitucional; dice el ponente Alfredo Lamus Girón lo que sigue: "Como lo manifesté en la ponencia que rendí a la Comisión Primera, el proyecto a que me refiero es una reglamentación completa, científica y moderna de la materia, como antes de ahora no se había hecho, y constituirá el verdadero código de la propiedad intelectual, que tanta falta estaba haciendo entre nosotros, pues las normas de la Ley 32 de 1886 que hoy rigen, se resienten de inactualidad unas veces y por ser incompletas la mayoría de ellas. "La obra meritoria del doctor Chaves Chaves al poner al día la legislación sobre propiedad intelectual, consultando los convenios internacionales y adaptando las más modernas legislaciones a nuestro régimen constitucional, responde a una necesidad imperiosa". Y el mismo doctor Chaves Chaves dice: "Más que

un trabajo original es una adaptación de las legislaciones citadas". Y cita las leyes que siguen: "La Ley española de 10 de enero de 1879 sobre propiedad intelectual; la Ley austriaca de 26 de diciembre de 1895 sobre la misma materia; la Ley número 1793 de 19 de julio de 1924 de la República Francesa; la Ley número 3071 de 10 de enero de 1926 y el Decreto Reglamentario 5492 de 16 de julio de 1928 de la República del Brasil; la Ley chilena número 5563 de 10 de enero de 1935 y el Decreto-ley número 335 de 17 de marzo de 1925 y la Ley número 11723 de 28 de septiembre de 1933 y Decreto reglamentario número 11723 de 3 de mayo de 1934 de la República Argentina, (véase folleto Ley 86 etc. pág. 43) Basta un examen rápido para convencerse de que estas legislaciones ni pueden considerarse como las "más modernas" ni como aptas para servir de muestra para una ley colombiana sobre el derecho de autor del año de 1946.

Las leyes las más modernas en la materia son: la ley italiana de 22 de abril de 1941, la ley uruguaya de 17 de diciembre de 1937, la ley de Letonia de 10 de mayo de 1937 y la ley austriaca de 9 de abril de 1936 (siendo derogada la ley austriaca de 1895). Ninguna de las leyes citadas puede servir de muestra para una ley colombiana moderna, por las más simples razones. Una ley francesa de 1924 no existe; la ley austriaca de 1895 que ya no sirve para Austria, no puede servir, y mucho menos, para Colombia; la ley española de 1879, según su propia fecha, está mucho más inactual que la ley colombiana de 1886 derogada por inactual —en España fue promulgada como ley nacional la Convención de Berna-Berlín-Roma, de modo que las disposiciones modernas de dicha Convención sirven para la protección de la producción intelectual en cierto modo;— la legislación brasilera se presenta mucho más amplia, de manera que la enumeración de la ley de 1926 y del Reglamento de 1928 está proporcionando una impresión incompleta; el derecho de autor brasilero se compone de los siguientes actos legales: ley 496 de 10 de agosto de 1898, ley 2577 de 17 de enero de 1912, Código Civil, ley 4790 de 2 de enero de 1924, ley 5492 de 16 de 1928, Decreto 18527 de 19 de diciembre del mismo año, Decreto 23270 de 24 de octubre de 1933, Decreto 24531 de 2 de julio de 1934 y Decreto-Ley 1949 de 30 de diciembre de 1939

En cuanto a la legislación chilena está preparándose una reforma desde hace años pues el amparo otorgado por la ley chi-

lena no sirve para satisfacer las más humildes exigencias; y, al fin y al cabo la legislación argentina. Al respecto de esta muestra dice el señor Guillermo Chaves Chaves: "Con todos los materiales anteriores y en especial con los suministrados por la legislación de la Argentina, la más completa de todas y al mismo tiempo la más actual, el suscrito ha elaborado el nuevo proyecto.....". (Folleto Ley 86 etc. página 43). Pero ninguna de las leyes citadas ha provocado tantas protestas como la ley argentina 11723.

En cuanto a la reforma de la ley 11723 basta referirse al proyecto del diputado señor Manuel E. Cáceres para "salvar las deficiencias de la ley 11723 que han hecho ineficaces las sanciones penales previstas en la misma" —Boletín de Derecho Intelectual de septiembre de 1943 pág. 21,— a la colaboración respectiva del Instituto Argentino de Derecho intelectual —véase el periódico "La ley" de 1942 pág. 5— y a las actividades de la Comisión Nacional de Cultura acerca de dicha reforma —véase la Revista "Derechos de Autor" número 2 pág. 77:— ¿Y, cómo puede servir esta ley como muestra para una ley de Colombia? Resulta un poco difícil la contestación, pero con todo eso no queremos manifestar otra cosa sino que el examen de la ley 86 de 1946 está iniciándose con cierta reserva mas no con prejuicio. Dicha reserva, sin embargo, está reforzándose con la investigación de la terminología de la ley 86 de 1946 sobre **propiedad intelectual**, anticuada y abandonada por la ciencia moderna en la materia y por el legislador de la Convención Interamericana sobre el Derecho de Autor en Obras Literarias, Científicas y Artísticas de 22 de junio de 1946, es decir por las veintiuna Repúblicas Americanas, reunidas en la Conferencia de Washington.

Ya no se habla de propiedad intelectual sino de derecho de autor —en alemán: "Urheberrecht", en italiano "diritto di autore", en francés "droit d' auteur", en portugués "direito de autor", en inglés "right of the author"— término que significa la materia a significar, es decir la protección legal otorgada a los trabajadores de pensamiento, los escritores, compositores de música, artistas, científicos, creadores de obras literarias, científicas y artísticas; al mismo tiempo este término indica que se trata de un derecho especial; su empleo no da lugar a dudas. Lo mismo no puede decirse de los términos empleados por la ley 86 de 1946 o sea "propiedad intelectual", "derecho de propiedad intelectual", "derechos de propiedad", "propiedad", los mismos que conducen a confundir el

derecho de autor con la propiedad en bienes corporales, causando falsos conceptos y graves errores y dudas. Por ejemplo, en una estatua hay dos derechos: de la propiedad en la cosa material y de autor, derechos separados. La propiedad de la estatua puede pertenecer a una persona, el derecho de autor a otra. Ahora bien, el artículo 8 dice que "los propietarios, por sucesión u otro título, de una obra póstuma, podrán publicarla separadamente" etc. ¿Quiénes son los propietarios? Los de la estatua como cosa corporal o los de la estatua como **obra artística** que según artículo 2 "puede reproducirse o definirse por cualquier forma..." (Véase el estudio "Los derechos intelectuales y el Código Civil" por Radelli y Moucet" en la revista "Universidad de Antioquia" 1936).

Sin exagerar la importancia de la terminología, no se comprende bien por que la ley 86 de 1946 se sirve de una terminología anticuada, abandonada por la ciencia y la legislación moderna en la materia.

I I

La protección de los trabajadores de pensamiento en cuanto a sus producciones literarias, científicas, musicales y artísticas, como materia legislativa, comprende cinco diferentes elementos: el derecho de autor absoluto, el derecho de autor contractual, el derecho procesal especial respectivo, el derecho de las organizaciones de los autores encargados del control y de la cobranza y el derecho de los autores extranjeros. No todas las leyes sobre derecho de autor versan sobre todos estos elementos, la ley 86 de 1946 sí lo hace. Fuera del Decreto reglamentario de la ley uruguaya 9739 sobre derechos de autor, la ley 86 de 1946 es la única que está ocupándose de las "sociedades encargadas de representar o administrar" y eso en su artículo 83.

Primero vamos a examinar la parte más trascendental de la ley que comprende el derecho de autor absoluto.

a).—En el segundo artículo, básico, encontramos una definición acertada de la obra a proteger: "toda producción del dominio científico, literario o artístico que pueda reproducirse o definirse por cualquier forma de impresión o de reproducción, por fonografía, radiotelefonía o cualquier otro medio conocido o por conocer". Difiere esta definición más en su texto que en su sentido y alcance práctico de las respectivas definiciones de la Con-

vención de Washington de 1946: "toda producción literaria, científica o artística para ser publicada y reproducida" y de la de la Convención de Buenos Aires de 1910 (ratificada por Colombia): "toda producción que pueda publicarse por cualquier medio de impresión o reproducción". Al prescindir del concepto de **publicación**, la ley 86 de 1946 se acerca a la definición de la ley argentina, la cual se refiere solamente al elemento de la **reproducción** sin llegar a la clásica definición de la Convención de Berna-Roma: "Les termes oeuvres littéraires, et artistiques comprennent toutes les productions du domaine littéraires, scientifique et artistique, quel qu'en soit le mode ou la forme d' **expression**".

La enumeración ejemplar sirve para aclarar la definición contradiciéndola en un caso de importancia. "En la expresión **obras científicas, literarias y artísticas**" —dice la ley— "se comprenden... las producciones por medio de instrumentos mecánicos destinados a la audición de los sonidos"... Pero tal producción —el disco sobre todo— no es una producción científica, literaria o artística, sino más bien una producción técnica, resultado de un procedimiento de impresión de una obra literaria o musical en una materia —laca etc.— realizado por métodos técnicos. No es una "producción del dominio científico, literario o artístico", cuyos creadores son los escritores, compositores, científicos etc. Encontramos tal error grave en la ley argentina, la cual enumera entre las obras científicas, literarias y artísticas los discos fonográficos. La consecuencia, no intentada, de esta disposición es que se puede monopolizar mediante la impresión acústica las obras de Palestrina y del Arcipreste de Hita Juan Ruiz, en Colombia. Si al disco se considera **obra** protegida, entonces el titular de la "propiedad intelectual" tiene la facultad exclusiva, definida en el artículo 6, es decir el fabricante. (Pero véase VI al fin).

Hay otra disposición, y de carácter general, que pone en tela de duda el artículo segundo; es el artículo primero: "Las producciones del talento o del ingenio constituyen una propiedad que se rige por la presente ley...". Al servirse del término **producción**, la definición del artículo segundo está excluyendo del amparo de la ley 86 de 1946 todas aquellas obras que no tienen un elemento creador y sea mínimo pero existente. Hay un mundo de libros, folletos, escritos etc. que carecen de este elemento indispensable, por ejemplo catálogos comerciales ordinarios, guías telefónicas, adaptaciones y compilaciones de cierta clase etc. etc. Pero en con-

tradición con la doctrina del derecho de autor y con la práctica legal en todos los países de gran producción intelectual, la ley 86 de 1946, como ya el Código Civil de 1873, prescribe que "las producciones del talento o del ingenio constituyen una propiedad que se rige por la presente ley...". De manera que esta disposición constituye una limitación de la definición del artículo segundo, obligando a la autoridad sea juez sea Registrador Nacional de Propiedad a averiguar si hay o no en la producción talento o ingenio. Para un criterio culto el elemento creador no pone dificultades: habrá que hallar algo de **nuevo** en la obra en comparación con otras de su clase; es todo.

Tal examen se hace también con los inventos y descubrimientos, cuya patente se solicita, de modo, que no lleva nada de extraordinario. De otra manera se presentará el examen sobre si una obra de pintura, literatura, música, escultura, arquitectura etc. lleve el carácter de una producción de talento o de ingenio. Nadie puede negar, por ejemplo, que el pintor español Ruiz Pablo Picasso presenta en sus lienzos algo de nuevo; pero hay gente que le niega el talento manifestando que "eso no es arte pictórica". El derecho de autor de una obra no debe depender del gusto del juez o del Registrador Nacional de Propiedad Intelectual. El artículo primero está ocasionando así una gran incertidumbre, y el problema escabroso no puede resolverse con el registro de la obra. Y, aunque el registro de la obra crea el derecho de autor, según la ley 86 de 1946, lo hace, sin embargo, solamente si la obra registrada corresponde a las disposiciones de los dos primeros artículos. El registro de una obra de arte aplicada a la industria, clase no protegida por los dos primeros artículos, no otorgará a dicha obra el amparo garantizado por el derecho de autor. (A pesar del artículo 68, que no corresponde en este punto a los artículos primeros).

La ley ampara no solamente las obras originales —entre ellas las obras cinematográficas y las fotografías— sino también las obras llamadas de segunda mano: adaptaciones, transportes, modificaciones, refundiciones, extractos, compendios, parodias y colecciones de coplas y cantos populares —artículos 3 y 4,— siempre que correspondan a las disposiciones generales de los artículos primeros. Sorprende que aquí no se menciona la más conocida obra de segunda mano, la traducción, de modo que, por ejemplo, la traducción al francés de los Nocturnos de Asunción Silva o de la Canción de la vida profunda de Porfirio Barba Jacob o de

comunicaciones familiares y comerciales, pero no obras literarias. Y si una carta, por ejemplo de un Simón Bolívar, lleva el carácter literario, entonces gozará según el artículo segundo del amparo, de modo que un arreglo especial no se necesita, por lo menos no dentro de la materia nuestra.

Acertado el arreglo en cuanto a las noticias y misceláneas que tienen el carácter de mera prensa informativa, de gran importancia en esta época de publicidad. Dice la ley, que no gozan de su protección. Sin embargo parece más acertado el texto de la Convención de Washington: "La protección de la presente Convención no se aplicará al contenido informativo de las noticias del día publicadas en la prensa".

I V

La ley 86 de 1946 ampara las obras no publicadas, publicadas y póstumas.

La Convención de Berna—Berlín—Roma, en su artículo 4, define el concepto de **publicación**: "Por obras publicadas se debe en el sentido del presente convenio, entender las obras editadas. La representación de una obra dramática o dramático-musical, la ejecución de una obra musical, la exposición de una obra de arte y la construcción de una obra de arquitectura, no constituyen una publicación". La Convención de Washington prescinde de una definición del concepto, de modo de que queda a la jurisprudencia la tarea de decir que debe entenderse como publicación en el sentido convencional. —La ley 86 de 1946 está proporcionando una definición indirecta y parcial al estipular en el artículo 11 inciso segundo lo que sigue: "Esta prohibición (de publicar etc. obras sin permiso del autor) comprende las obras no publicadas ni registradas que se hayan estenografiado, anotado o copiado durante su lectura, ejecución o exposición públicas o privadas". Según esta disposición, una obra leída, ejecutada o expuesta en público, entonces publicada en el sentido común del término, no es una obra publicada sino más bien una obra no publicada: contradictorio in adjecto. El artículo 35 dispone que "se entiende por representación o ejecución pública... toda aquella que se efectúe fuera de un domicilio privado, y aun dentro de éste si la representación o ejecución es proyectada o propalada al exterior.— La representación o ejecución de una obra teatral o musical por pro-

cedimientos mecánicos de reproducción, tales como la transmisión radiotelefónica y televisión se consideran públicas". Pero si tales representaciones y ejecuciones significan la **publicación** de la obra, eso no determina la ley. Tampoco se halla en el texto de la ley una estipulación de que solamente la publicación autorizada puede considerarse como publicación de la obra con todas sus consecuencias. (Véase al respecto por ejemplo artículo 87).

V

La protección de la ley se extiende al título de la obra, según el artículo 22, copia del artículo 53 de la ley 32 de 1886. Disposición acertada; pero si dice "cuando el título de una obra no fuere genérico sino individual y característico, como sucede especialmente con los nombres de las revistas y periódicos", no podemos aprobarlo, sino tenemos que hacer contestar lo contrario. "La Prensa", "El Comercio", "El Tiempo", "El Liberal", "Revista Estudios de Derecho", por ejemplo, no son títulos individuales como tales, sino más bien individualizados por el renombre de la publicación respectiva. Dicha frase del artículo 22, superflua, podrá, en la práctica conducir a conceptos erróneos.

V I

Para enterarse de como la ley define el concepto fundamental del autor, habrá que tomar en cuenta las disposiciones de los capítulos I, II y III N. 5. Como concepto general, el artículo 3 establece al "**títular del derecho de propiedad intelectual**", enumerando a los titulares que siguen: a). al autor de la obra, b). sus causa-habientes singulares o universales, c). aquellos que con permiso del autor o de sus causabientes adaptan, transportan, modifican, refunden, extratan, compendian o parodian una obra del dominio privado. Deben agregarse los titulares que siguen: d). aquellos que adaptan etc. (como en c).) una obra intelectual del dominio público son dueños exclusivos de su propio trabajo", sin poder oponerse a la adaptación etc. de la misma obra por terceros; e). el colector de coplas y cantos populares (con ciertas condiciones); f). en virtud de una ficción, el director de una obra anónima o seudónima, es "propietario" de la misma hasta que el autor verdadero recabe sus derechos para sí probando su identi-

dad de tal; g). los productores de "producciones por medio de instrumentos mecánicos destinados a la audición de los sonidos" (artículo segundo inciso segundo) h). el "director" de una compilación; i). el productor de una película cinematográfica (coautor); k). el autor de una carta misiva; l). los "autores" de "reproducciones indirectas no autorizadas de una obra científica, literaria o artística" que "representan el carácter de una obra original". (artículo 14).

No se considera "titular del derecho de propiedad intelectual": a). El que **sin permiso del autor** de la obra original adapta etc. una obra "de dominio privado"; b). el que **con permiso** aun adapta etc. tal obra por haber sido excluido su derecho de coautor mediante un "convenio en contrario" en el sentido del artículo 3o.; c). los agentes de un colector de coplas y cantos populares de los que él se sirve para "investigaciones directas", según el artículo 4o.; d). el traductor; e). la persona jurídica, sea de derecho público sea de derecho privado (salvo su calidad de causahabiente).

Hay dos clases de titulares del derecho de autor: titulares del derecho de autor **originario** y titulares del derecho de autor **derivativo**. Salta a la vista que la segunda clase no lleva nada de especial de la materia: como tantos derechos, el derecho de autor se transmite entre vivos y por causa de muerte: es todo. El problema o más bien los múltiples problemas a resolver radican en el derecho de autor originario en relación con el creador de la obra: el autor.

En este sentido la ley 86 de 1946, a pesar de su tendencia modernista, no contribuye nada para aclarar la situación; al contrario, establece unas disposiciones sumamente obscuras. Por ejemplo: ¿Qué será una **reproducción indirecta** que presenta el carácter de **obra**, y, aún de **obra original**? Una reproducción mediante fotografía, impresión, máquina a escribir y cualquier otra forma es un proceso mecánico o químico, siempre técnico, pero no es una obra científica, literaria y artística, producción intelectual "de talento o ingenio" ¿Y cómo puede el **permiso** otorgar la calidad de creador (autor) y, al contrario, la no-autorización quitar a un creador (es de una adaptación, parodia etc), tal calidad merecida gracias al carácter de su obra?. Es otra cosa si uno sin permiso del autor original hubiera adaptado la novela al teatro dramático o la película cinematográfica: entonces no debe utilizar su obra, represen-

tar o presentarla públicamente hasta cuando dure el derecho de autor original. La ciencia habla en tal caso de la dependencia del derecho de autor de la obra adaptada del derecho de la obra original. Y una disposición única es la del artículo 19 de que las partes son propietarios de los escritos presentados a su nombre en cualquier negocio civil, penal o administrativo, **siempre** que hayan **pagado su importe**. (Arriba ya hemos comentado esta disposición en general). El declarar "dueño de su trabajo" a quien hubiera modificado una obra no protegida y negar tal carácter al traductor de la "María", parece injusticia absoluta.—Pero todo eso no lleva tanta gravedad como el hecho de no hallarse ni una palabra acerca del derecho de autor originario de la persona jurídica, problema de suma trascendencia práctica, tratado en tantas leyes y en un sinnúmero de estudios científicos. (Véase la obra del que escribe "Derecho de autor y Derecho de autor contractual" 1922, primera edición pág. 17 a 22; segunda edición 1927 pág. 44 a 48;—además la obra "Derecho de la película sonora" 1929 pág. 40.—A. Fagg. "La situación creadora y el derecho de autor del film", 1929.—Denise Raiguel "Le cinématographe et le droit d' auteur, Montreux, 1946. Valerio de Sanctis "Il nuovo diritto d' autore cinematografico", Roma, 1941.—Pierre Poirier "Musique cinématographique", Bruxelles 1941.—Marcel Aubry "El autor de la obra cinematográfica en la Jurisprudencia francesa", La Habana 1943.—Sentencia del Tribunal Civil del Sena de 19 de marzo de 1935. Causa Sociedad Tobis Sascha c. Studio Etoile, Gazette du Palais, 9 de junio de 1935.). Ni el Estado ni las Academias y Universidades, en cuanto a las obras editadas por ellos pueden considerarse ya sea en virtud de una ficción autores originarios; mucho menos las personas jurídicas de derecho privado como las sociedades anónimas, las mismas que casi solas reúnen los enormes capitales que se necesitan para producir las obras cinematográficas. La ley 86 de 1946 dispone que "salvo convenio especial, en una obra cinematográfica tienen derechos iguales el autor del argumento y el productor de la película"; es en cierto sentido un paso adelante (reconociendo al productor un derecho de autor), pero dado al vacío, pues el productor en la realidad no es un individuo sino una sociedad, persona jurídica; y el productor de la ley 86 de 1946 es siempre un individuo y jamás una persona jurídica, según los artículos 32, 74, 79. Mutatis mutandis se debe decir lo mismo en cuanto a los productores de discos.

VII

En el capítulo III No. 5, la ley, bajo el subtítulo "Obras en colaboración", trata del caso de una obra compuesta por varios individuos en sus diferentes formas. En la ciencia del derecho de autor moderna se difieren precisamente dos clases de obras de varios autores: las obras colectivas y las obras creadas en colaboración. Obras colectivas son aquellas dirigidas por un editor,—director el mismo que mediante contratos especiales obliga a un número de escritores, fotógrafos, dibujantes etc., de proporcionarle las contribuciones convenidas; una relación jurídica no existe entre dichos individuos. Ejemplos: enciclopedias, diccionarios, periódicos, revistas, calendarios etc.

La segunda clase comprende el caso de que dos escritores se reúnen y convienen en crear una obra, o un escritor y un compositor, o un escritor y un artista, dibujante o pintor, etc. Ejemplos: los hermanos Goncourt, colaboradores de novelas y otras obras; Bizet y Meilhac y Halévy que crearon en colaboración la ópera "Carmen"; los dramaturgos de Flers y Caillavet, creadores de tantas comedias y tantos más. Salta a la vista de tratar de manera diferente estos casos diferentes. Pero la ley habla en ambos casos de colaboradores y copropiedad en el caso de la **compilación**, tipo de la clase de obras colectivas.

¿Qué derecho en la obra entera tienen o pueden imaginarse aún los mil o más escritores, dibujantes, fotógrafos de la enciclopedia de Espasa-Calpe? Ninguno. Cada uno es autor de su trabajo y ha vendido su derecho a la casa editora; es todo. Pero Bizet disfrutó del derecho de autor en toda la ópera "Carmen", no solamente en su música, y, viceverso los autores del texto en cuanto a la obra entera en virtud de su colaboración. Precisamente el caso de la ópera Carmen, en cuanto a la divisibilidad, ha provocado una discusión muy viva en Alemania: fue censurada la sentencia de la Corte Suprema de Leipzig de que "Carmen" no estuviera una obra sino más bien la composición de dos obras separadas. De otro modo, justo, la jurisprudencia francesa ha establecido —en los grandes procesos acerca de las óperas del inmortal compositor Donizetti— el principio: "Qu'il est de principe que le fait de la collaboration d'un compositeur et des auteurs d'un livret crée entre eux une copropriété absolument indivisible sur l'oeuvre commune..." Separar de la ópera "Carmen" el texto es una barbaridad cultural (ocurrida en los Estados Unidos) y significa una des-

trucción de la ópera y el "alterar la naturaleza de la obra"; de modo que la disposición del artículo 29 constituye una equivocación en el sentido técnico, práctico y jurídico, en todo sentido, al considerar las composiciones musicales con palabras como dos obras distintas, por principio.

Tampoco hay colaboración en la producción de una película. No se cumplen las tres condiciones: a). la objetiva, es decir la contribución efectiva a la obra, b). la subjetiva de la voluntad de ser colaborador, c). el consentimiento respectivo de los demás. Entre el argumentista y el autor de las decoraciones escenográficas no existe ninguna relación o ligación jurídica; tampoco entre el compositor de la música y el fotógrafo etc. Todos, contratados por la empresa cinematográfica, están ligados jurídicamente solamente con ella. Son autores de sus contribuciones, pero no colaboradores. Parece una disposición voluntariosa, la de conceder derechos iguales al autor del argumento y al productor. Es un arreglo que nada tiene que ver con la realidad. En la realidad, en todos los centros de la producción cinematográfica, entre ellos Colombia, es el productor, fabricante, empresario, dueño exclusivo de la película o mejor dicho la sociedad productora: ella dispone de la película, tirando copias, vendiendo licencias de presentación etc. Cada uno de los autores tiene derecho de autor en su contribución, y, por el contrato respectivo tal derecho pasa a la fábrica: pero jamás tendrá el escritor del argumento o el compositor o el arquitecto un derecho en la obra cinematográfica entera: de una situación jurídica falsa, si aun bien intencionada, los trabajadores de pensamiento no sacan ningún provecho, sino, al contrario, peligran sufrir daños en lanzarse a aventuras jurídicas en desproporción con sus posibilidades efectivas. —En abuso de su poder económico, las empresas cinematográficas suprimen a menudo los nombres de los autores; por eso, el artículo 32, en su idea e intención, parece bien establecido, desgraciadamente no en su texto. Dice: "El productor de la película cinematográfica, al exhibirla en público, debe mencionar su propio nombre, el del autor del argumento, o del autor de la obra original de la cual se haya tomado el argumento de la obra cinematográfica, el del compositor, el del director artístico o adaptador, y el de los intérpretes principales". Pero no es el productor quien presente en público la película: es una persona muy diferente, el propietario del teatro cinematográfico que a base de una licencia adquirida en la mayor parte de los casos —no de la empresa cinematográfica sino de una empresa

intermediaria,— la cual regionalmente distribuya las licencias, a veces por regalías a veces por sumas fijas. Entonces, el artículo 32 queda ineficaz por dirigirse a una dirección equivocada. Al margen: la disposición prescribe mencionar los nombres de los intérpretes principales —que no son autores— y hace caso omiso de autores legítimos como el fotógrafo y el arquitecto. ¿Y qué significará eso de llamar al director artístico “adaptador”? ¡La adaptación” ya está hecha en el momento en que el director artístico jentre en el taller! Al fin y al cabo: no hay razón de quitar al productor “coautor” el derecho a la anonimidad.—

VIII

La ley define el derecho de autor o, como dice ella, la propiedad intelectual como la **facultad exclusiva** de disponer de ella y de aprovecharla con o sin fines de lucro, por medio de la imprenta, litografía, grabado, copia, molde, vaciado, fotografía, película cinematográfica, disco de gramófono, rollo para instrumento mecánico, ejecución, conferencia, recitación, representación, traducción, adaptación, exhibición, transmisión radiofónica o cualquier otro medio de reproducción, multiplicación o difusión”.

En contradicción a varias leyes americanas, la ley 86 de 1946 está reservando al autor la facultad exclusiva de aprovechar la obra con o sin fines de lucro, mientras dichas leyes, como la de los Estados Unidos de América y la de Chile, la primera en ciertos sentidos, la segunda en general, solamente reservan el aprovechamiento, con fines de lucro al autor perjudicando así a los trabajadores de pensamiento pues los consumidores, especialmente de la música ligera, llevan opiniones muy extrañas acerca del concepto “sin lucro”. —Por lo demás, el artículo 6 b). es una copia fiel del artículo 10. de la ley chilena de 1925, con sus deficiencias: sobre todo, falta el concepto de **publicación** en doble sentido, sea como medio de aprovechamiento sea como limitación de los conceptos ejecución, conferencia, recitación, representación; pues según el texto, una recitación dentro del recinto doméstico de una obra ajena queda reservada al autor de la obra. No menciona la disposición el medio de la presentación cinematográfica; la encontramos en un artículo especial, 12, y solamente como presentación **pública**. Lo mismo sucede con la ejecución por medio de instrumentos mecánicos. Según el artículo 13, los autores de obras literarias o musicales tienen el derecho exclusivo de autorizar.... b).

la ejecución **pública** por medio de dichos instrumentos, mientras según el artículo 6 (b) queda reservada al autor la facultad exclusiva de ejecución por medio de discos y rollos.—

En el artículo 96 del capítulo de las sanciones, se castiga la publicación por cualquier medio de reproducción, multiplicación o difusión de una obra inédita ajena sin autorización del autor, y el artículo 108 proporciona la posibilidad de interdecir la representación, ejecución o exhibición (sic!) de una obra teatral, musical, cinematográfica u otras semejantes, que se va a representar, ejecutar o exhibir (sic) **en público** sin autorización. Véase además artículo 33 b). sobre representación y ejecución.

Hay que suponer que cada uno de los medios de aprovechamiento del artículo 6 b). representa una facultad exclusiva y separada de los demás. En el comercio de obras científicas, literarias y artísticas no se negocia la “propiedad intelectual” entera, sino según los diferentes ramos industriales en forma de cesión o licencia, cada facultad exclusiva especial, hasta que aun la licencia o autorización de adaptar una obra literaria o musical a una película cinematográfica no comprende ipso jure o ipso facto también la autorización de presentar en público la adaptada obra cinematográfica. (Existe una vasta jurisprudencia al respecto. Véase las sentencias de la Corte Suprema de Leipzig, causa Gema c). Ufa, reproducida en la revista “Inter-Auteurs”, París, 1933, números 33, 34, 35; de la Corte de Casación de Holanda de 1935; del Tribunal de Skolpje (Yugoeslavia) de 1935; de la Corte de Apelación de Aix (Francia); del Tribunal Civil de Tournai (Bélgica) y de la Corte de Apelación de Lieja de 1940, de la Corte de Casación de Bélgica de 1941 y 1943; de la Corte de Casación de Rumania de 1940 y otras, reproducidas en “Droit d’ Auteur”, órgano de la Unión de Berna y “Interauteurs”, órgano de la Confédération International des sociétés d’ Auteurs et compositeurs, París).

“La propiedad intelectual corresponde a los autores durante su vida y después de su fallecimiento disfrutarán de ella los que legítimamente la hayan adquirido, por el término de ochenta años” prescribe el artículo 90 —De tal facultad exclusiva existen algunas excepciones en cuanto al contenido y la duración. Es permitido citar hasta mil palabras o cuatro compases, artículo 15, y reproducir fragmentos literarios y artísticos en las publicaciones destinadas a enseñar o en recopilaciones, según el artículo 16. Los

artículos de actualidad publicados en revistas o periódicos pueden ser reproducidos, si ello no ha sido expresamente prohibido, de biendo en todo caso citarse la fuente de donde aquél se ha tomado.— Según el artículo 10 los causahabientes del autor no podrán oponerse a que un tercero reedite las obras del causante cuando dejen transcurrir más de diez años sin disponer su publicación: disposición no acertada. **Re** editar es editar otra vez, es decir el concepto está suponiendo una edición realizada; pero, **publicación** es la primera comunicación de una obra científica, literaria y artística al público, especialmente la primera edición: de modo que hay en el artículo 10 una contradicción. Según el inciso segundo del artículo 10, los causahabientes no podrán oponerse a que un tercero traduzca las obras del causante después de diez años de su fallecimiento. Esta disposición no toma en cuenta el caso que el autor mismo durante su vida hubiese transferido la facultad exclusiva de traducción a un tercero y, por eso, no dice nada sobre si el primer tercero puede oponerse al otro tercero, refiriéndose al término de duración del derecho de autor de ochenta años post mortem auctoris.—

Otras limitaciones de la facultad exclusiva del "dueño exclusivo de su propio trabajo" es hallan en los artículos 25 a 27, 37, 42.

El artículo 25 reconoce el derecho llamado "derecho en su propio retrato", reconocido por ejemplo también en la legislación alemana. (Véase artículo 22 de la ley de 9 de enero de 1907—1910). Según este artículo, toda persona tiene derecho a impedir que su busto o retrato se exhiba o ponga en el comercio, sin consentimiento de la misma persona, con ciertas limitaciones. Esta facultad no corresponde más a nuestra época de abundante publicidad: asunto de poca importancia. Al contrario, **gran** importancia práctica llevan las disposiciones de los artículos 37 y 42. El primer artículo dice: "Publicada o expuesta a la venta una obra teatral o musical, se entiende que el autor autoriza su representación o ejecución bajo las condiciones que se fijan en los artículos siguientes", es decir en los artículos 38 a 40.—Es, en el fondo, no otra cosa sino la **licencia obligatoria**, excepción de la exclusividad del derecho de autor, sumamente peligrosa para los intereses de los trabajadores intelectuales y la defensa de su derecho, cuya arma mayor es la exclusividad de sus facultades; la forma de la licencia obligatoria, muy rara en las legislaciones americanas, presentada por dichos artículos, da lugar a muchas dudas, de modo

que su aplicación práctica pasará por senderos escabrosos. Se recomienda echar un vistazo sobre el desarrollo histórico del problema de tanta importancia actual, dada la inmensidad de ejecuciones públicas, especialmente de obras musicales en esta época.

La Convención de Berna de 1886 tenía en su artículo 9 inciso tres la estipulación que sigue: "Las estipulaciones del artículo 2 se aplican igualmente a la ejecución pública de las musicales no publicadas o de las publicadas cuyo autor hubiera declarado expresamente que prohíbe su ejecución pública". (Artículo 2 establece la protección convencional) Desde ese tiempo hallábase en las obras musicales editadas las reservas en una u otra forma: "interdicción de ejecución pública" o "ejecución pública reservada o prohibida" etc. (Acerca de las dificultades ocasionadas por el artículo 9 véase "La Convención de obras literarias y artísticas" etc. por el profesor Ernst Röhrlisberger —en 1882 catedrático en la Universidad de Bogotá.— Berna, 1906 pág. 221 sig.). Esta disposición, por injusta y perjudicial a la cultura y al progreso, fue reemplazada por la precisamente contrapuesta del artículo 11 de la Convención de Berna revisada en Berlín en 1908 y en Roma en 1928: "Las estipulaciones del presente convenio se aplican a la representación pública de las obras dramáticas o dramático-musicales, y a la ejecución pública de las obras musicales, que sean publicadas o no. Para gozar de la protección del artículo presente, no están obligados los autores, al publicar sus obras, de prohibir la representación o ejecución pública". El Código Civil de 1917 del Brasil, prescribe en su artículo 657: "Publicada y expuesta a la venta una obra teatral o musical, entiéndase que el autor consiente en que se represente o ejecute, siempre que dicha representación o ejecución no fuere retribuida". De un lado, en comparación con la derogada disposición convencional de Berna, esta estipulación brasilera se extiende a la representación de obras teatrales, de otro lado se restringe a representaciones y ejecuciones gratuitas, constituyendo siempre un regreso en la protección de los trabajadores intelectuales. Con fecha 15 de enero de 1945 fue promulgada en Bolivia, como inciso segundo del artículo 19 de la ley de 13 de noviembre de 1909, la disposición que sigue: "Se entiende por autorización implícita del autor, para ejecutar una pieza, la venta impresa de la composición musical". Motivo para los compositores de no imprimir sus obras y oportunidad para los piratas de aprovechar de trabajos ajenos sin que no cueste nada: un regreso grande y grave en la protección de los trabajadores de pen-

samiento. La disposición colombiana —desconocida en la ley 32 de 1886— comprende las representaciones teatrales y las ejecuciones musicales con fin de lucro, de las mencionadas obras publicadas, de un lado, pero de otro quiere garantizar al autor la remuneración correspondiente.

En la sección IV de este estudio ya hemos notado que la ley 86 de 1946 no define el concepto de publicación en general, limitándose a definir los conceptos de representación o ejecución públicas, de manera, que no se sabe qué alcance tendrá este concepto en el texto del artículo 37. Se desprende del artículo 8 que la publicidad de una obra puede hacerse hasta **oralmente**; entonces, ¿una ejecución o representación públicas de una obra musical o teatral hace de ella una obra **publicada** con todas las consecuencias? (Véase al respecto IV). La ley alemana sobre el derecho de autor de 1901—1910, prescribe que en cuanto el amparo depende de la edición o publicación, solamente se tomará en cuenta una publicación por el titular del derecho de autor. La ley 86 de 1946 no tiene tal disposición, de modo, que cualquiera publicación causará los efectos del artículo 37, especialmente ediciones clandestinas, colombianas o introducidas del exterior.

Se pone en tela de duda si el autor puede recuperar la plena facultad exclusiva por una reserva de su derecho en la forma arriba mencionada. Depende eso del carácter de la disposición. "Se entiende", dice el texto ¿Es una *presumptio juris et de jure* o más bien una *presumptio facti*? La primera es irreparable. Los efectos de la segunda puede paralizarse por una reserva: "prohibida la representación o ejecución públicas". Otra pregunta: ¿el artículo 37 será *jus cogens* o derecho dispositivo? —La disposición del artículo 39 con toda certeza es *jus cogens* siendo su carácter de derecho público: es el Gobierno el que fijará la forma de pagar la remuneración al autor por la representación o ejecución de su obra; y pues el inciso segundo ordena que los aranceles de los "derechos de autor" deberán ser puestos por los autores a **todo** propietario o empresario de teatros, salas de concierto etc. etc.—y, parece, iguales a **todos** en toda la República,— entonces, al no cumplir el autor con esta condición bastante difícil y hasta inejecutable, las condiciones, de que habla el artículo 37, peligrarán a evaporizarse quedándose la licencia obligatoria como tal: es decir la facultad del consumidor de representar y ejecutar obras teatrales y musicales sin contrato celebrado con el titular del de-

recho. Resultado seguramente no deseado por el legislador, el mismo que, sin embargo, encaminándose en esta vía de la licencia obligatoria, sin necesidad, contentóse de copiar algunas pocas líneas de la legislación chilena respectiva, mucho más amplia, detallada y deliberada. (Véase la ley chilena 5563 de 10 de enero de 1935, reglamento de 7 de octubre del mismo año sobre el "pequeño derecho". (Revista "Inter-Auteurs" números 51 y 59).

Una excepción extraordinaria de la facultad exclusiva del "dueño exclusivo de su propio trabajo" está establecida por el artículo 42: "Toda obra representada o ejecutada en público puede ser retransmitida, por medio de la radiotelefonía o de la televisión, si lo consiente el empresario organizador del espectáculo", es decir **sin autorización** por parte del dramaturgo o compositor, creadores de sus obras, a pesar de la facultad exclusiva, establecida en el artículo 6, que comprende también la radiotelefonía y la televisión.

(Continuará)