

ASPECTOS GENERALES SOBRE EL DERECHO DE REPRODUCCION

© José Rafael Fariñas Díaz, 2006

I

INTRODUCCION

I.1. Reproducción y Literatura.

Reproducir es reiterar, repetir, insistir, porfiar, machacar, multiplicar, propagar, extender, copiar, imitar calcar, remedar¹.

Ferrater Mora sostiene, refiriéndose a la categoría repetición, que aún si tomamos como base la semejanza, que es una generalidad, vemos que al irse degradando, en copias al infinito, llega un momento en que cambia de naturaleza, en que la misma copia se transforma en simulacro, y en que la semejanza en fin, la imitación espiritual, da lugar a la repetición. La repetición, dice - parafraseando a Gilles Deleuze quien a su vez cita la tesis de Hume en *Treatise*, III, 16- no cambia nada en el objeto que se repite, pero cambia algo en el espíritu que lo contempla².

En palabras de Borges, *mientras dormimos aquí, estamos despiertos en otro lado y así cada hombre es dos hombres*. Luego, en otro contexto, afirma de igual modo que *todos los hombres en el vertiginoso momento del coito terminan siendo uno solo, como aquellos que al repetir una línea de Shakespeare, son William Shakespeare*³.

Esta posibilidad de repetirse y ser otro según las circunstancias, pero en este caso referido a él mismo, lo expresa Borges, así:

“Al otro, a Borges, es a quien le ocurren las cosas [...] Sería exagerado afirmar que nuestra relación es hostil; yo vivo, yo me dejo vivir para que Borges pueda tramar su literatura y esa literatura me justifica. Yo

¹ V.: LÓPEZ GARCIA -MOLINS, Ángel: “Diccionario de Sinónimos y Antónimos de la Lengua Española”, Editorial Alfredo Ortells, S. L. Valencia, España, tomo II, p. 839

² V.: J.FERRATER MORA: “Diccionario de Filosofía”, Nueva edición actualizada por la Cátedra Ferrater Mora, bajo la dirección de JOSEP- MARIA TERRICABRAS, Ariel Filosofía, 2004, p. 3075.

³ V.: BORGES, Jorge Luis: “Ficciones”, Editorial Planeta, Biblioteca El Nacional, 2000, pp. 23 y 25.

estoy destinado a perderme, definitivamente, y sólo algún instante de mí podrá sobrevivir en el otro [...] yo he de quedar en Borges, no en mí [...] Así mi vida es una fuga y todo lo pierdo y todo es del olvido, o del otro”⁴

Y en otra de sus obras, alude a la copia infinita del ser en el espejo:

*¿Por qué persistes, incesante espejo?
¿Por qué duplicas, misterioso hermano,
El menor movimiento de mi mano?
¿Por qué en la sombra el súbito reflejo?
Eres el otro yo de que habla el griego
Y acechas desde siempre. En la tersura
Del agua incierta o del cristal que dura
Me buscas y es inútil estar ciego
El hecho de no verte y de saberte
Te agrega horror, cosa de magia que osas
Multiplicar la cifra de la cosas
Que somos y que abarcan nuestra suerte
Cuando esté muerto, copiarás a otro
Y luego a otro, a otro, a otro, a otro”⁵*

También Ernesto Sabato dibuja, a partir de una observación literaria en la España de Cervantes, la multiplicación de las cosas -sobre todo las pequeñas cosas- a partir de las cuales se reconstruye la vida, pero no cualquier vida sino la nuestra, la más elemental con todas sus fantasías. Dice Sabato:

“Uno mira en silencio las pocas cosas con que vive: morteros, yerberas, mesas rudimentarias, casitas de santos, bateas. Uno las mira en silencio, no hay qué decir. Insignificantes, pero ¡cuánta poesía hay en ellas! De cada una se podría contar una historia”⁶

Particularmente, esas mismas pequeñas cosas de Sabato, suelo llamarlas “corotos”⁷ y profeso por ellas un interés especial. Son testigos silenciosos que de vez en cuando nos devuelven recuerdos y nos invitan a revivir una y otra vez en nuestras soledades aquella vida ausente, ese viaje fugitivo de esperanzas sin retorno que esparce implacable en nuestros cuerpos y almas -como estela difusa de los arco-iris- sus huellas sigilosas. He aquí

⁴ V.: BORGES, Jorge Luis: “*El Hacedor*”, en *Obras Completas*, Emecé Editores, volumen dos, 2005. p. 197

⁵ V.: BORGES, Jorge Luis: “*El Oro de los Tigres*”, en *Obras Completas*, Emecé Editores, volumen dos, 2005. p. 545.

⁶ V.: SABATO, Ernesto: “*España en los Diarios de mi Vejez*”, Editorial Seix Barral, S.A, 2004. p. 112.

⁷ V.: Mayores detalles sobre la palabra Coroto en: <http://www.letralia.com/jgomez/ensayo/aspectos/05.htm>

porque cada ser humano tiene propensión a formar con paciencia de orfebre su propia coroteca.

I. 2. La reproducción como hecho bíblico.

La reproducción es tan antigua como el hombre. También en el libro del Génesis⁸, se lee:

“Hagamos al hombre a nuestra imagen y semejanza” [...] “ Sean fecundos y multiplíquense” [...] “Crezcan, multiplíquense y pueblen la tierra”.

Tomando en consideración que al día hoy viven seis mil cuatrocientos cuarenta y seis millones de seres humanos sobre la tierra, de los cuales más de mil trescientos millones residen en China y mil millones en La India mientras que ciudades como Tokio y Ciudad de México están pobladas por treinta y cuatro millones y veintidós millones, respectivamente⁹, hemos de concluir que nunca un mandato de Dios fue tan fielmente cumplido por el Hombre como aquel de que fuéramos fecundos.

No obstante, estas palabras de Dios tienen para San Agustín, otro significado: el hecho de que algo crezca y se multiplique de una manera tal, que una sola cosa se entienda y se exprese de varias maneras; y que una sola enunciación admita variedad de sentidos es cosa que no se da sino en los signos materiales y en las concepciones intelectuales. Nuestro sentir profundamente carnal hace indispensables todos estos signos materiales para que entendamos que las concepciones de la mente son también como generaciones humanas debidas a la fecundidad de la razón¹⁰.

Esta manifestación relacionada con el hombre en la semana de la creación y el establecimiento del nuevo orden del mundo, no es la única referencia bíblica al hecho de la reproducción o multiplicación. En el Nuevo Testamento, libro de Juan, puede leerse el testimonio más fantástico sobre la reproducción como incremento de las posibilidades, en este caso alimenticias: a propósito de la necesidad de dar de comer a cinco mil hombres que lo seguían a causa de las señales milagrosas que se sucedían a su alrededor y contando apenas con cinco panes de cebada y dos pescados, Jesús hizo el milagro de multiplicar

⁸ V.: Libro del Génesis: 1.26,27 y 28 y 9.1

⁹ V.: Datos disponibles en: <http://www.citypopulation.de/World.html>.

¹⁰ V.: SAN AGUSTIN: “*Confesiones*”, Ediciones Libertador, Hyspa Dist., 2005, p. 337.

panes y peces en cantidad suficiente para saciar a todos. Acto seguido ordenó a sus discípulos Felipe y Andrés que se sentara la gente.

*“Entonces Jesús tomó los panes, dio las gracias y los repartió entre los que estaban sentados. Lo mismo hizo con los pescados, y todos recibieron cuanto quisieron”*¹¹

I.3. La reproducción como derecho de explotación en el ámbito del derecho de autor y los derechos conexos.

En el ámbito jurídico, implica de igual forma multiplicar o hacer copias¹². Suele evocar este concepto una actividad que se lleva a cabo a partir de un original cuya utilización, a través de cualquier medio o procedimiento con capacidad de reproducción, da origen a manifestaciones clónicas.

a) El Glosario de La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual define la reproducción de una obra como la realización de uno o más ejemplares (copias) de una obra o de una parte sustancial de ella en cualquier forma material, con inclusión de la grabación sonora y visual. Destaca que el derecho de reproducción es uno de los componentes más importantes del derecho de autor, alude a la impresión de la edición de la obra como el tipo más común de reproducción e incluye al resultado tangible del acto de reproducir como reproducción¹³.

Este concepto difiere un tanto del contenido en el Glosario de la OMPI sobre derecho de autor y derechos conexos, elaborado por Mihaly Ficsor, para quien el término reproducción es una [nueva] fijación de la obra u objeto de los derechos conexos suficientemente apta para que la obra u objeto de los derechos conexos pueda ser percibida, reproducida y comunicada y concluye estableciendo que el almacenamiento de obras en la

¹¹ V.: Libro de Juan: 6.11

¹² Ha sido así en los orígenes a propósito del descubrimiento de la imprenta. No obstante, con la aparición del fonógrafo y la posibilidad de la multiplicación en soportes sonoros, aparece la necesidad de proteger a los titulares de los derechos de propiedad intelectual frente a la fijación material in consentida, lo que lleva a incluir en el concepto de reproducción el de fijación. Cfr.: DE ROMAN PEREZ, Raquel: *“Obras Musicales, Compositores, Intérpretes y Nuevas Tecnologías”*, Colección de Propiedad Intelectual, REUS/AISGE, Madrid, 2003, p. 273, y en este mismo sentido, de la reproducción como fijación, Vid: RIVERO HERNANDEZ, Francisco: Comentarios al artículo 18 del TRLPI, en: *“Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual”*, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (Coordinador), segunda edición, Editorial Tecnos, S.A, 1997, pp. 315-316.

¹³ V.: OMPI: *“Glosario de Derechos autor y derechos conexos”* (autor BOYTHA, Gyorg), Ginebra, 1980, Voz 223, p. 228.

memoria electrónica de un computador es también reproducción, puesto que equivale del todo a este concepto¹⁴

b) El Convenio de Berna Para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (en lo sucesivo CB), al referirse al derecho de reproducción, indica lo siguiente:

*CB. Art. 9.1: “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” (énfasis añadido)*

c) Por su parte, la Convención Universal Sobre Derecho de Autor (en adelante CU), señala al respecto:

*CU. Art. IV bis: “Los derechos mencionados en el artículo 1 comprenden los fundamentales que aseguran la protección de los intereses patrimoniales del autor, **incluso el derecho exclusivo de autorizar la reproducción por cualquier medio [...]**” (hemos destacado)*

d) La Convención Internacional Sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión (en adelante CR), en el ámbito de los derechos conexos, se refiere a la reproducción en los siguientes términos:

CR. Art. 3. A los efectos de la presente Convención, se entenderá por:

[...]

*(e) “**reproducción**”, la realización de uno o más ejemplares de una fijación (hemos destacado)*

CR. Art. 7. (1) la protección prevista por la presente Convención a favor de los artistas, intérpretes o ejecutantes comprenderá la facultad de impedir:

[...]

*c) **la reproducción**, sin su consentimiento de la fijación de su ejecución (hemos destacado)*

¹⁴ V.: FICSOR, Mihaly: “Guide to the Copyright and Related Rights Treaties Administered by WIPO and Glossary of Copyright and Related Rights Terms”, OMPI, 2003, p. 307.

CR. Art. 10. Los productores de fonogramas gozarán del derecho de autorizar o prohibir **la reproducción** directa o indirecta de sus fonogramas (hemos destacado)

CR. Art. 13. Los organismos de radiodifusión gozarán del derecho de autorizar o prohibir:

[...]

c) **la reproducción** (énfasis añadido)

e) El Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (en lo sucesivo ADPIC), respecto al derecho de autor y específicamente al derecho de reproducción como derecho de orden patrimonial, remite al CB en los siguientes términos:

ADPIC. Art. 9. (1) Los miembros observarán los artículos 1 a 21 del Convenio de Berna¹⁵

ADPIC. Art. 14. (1) En lo que respecta a la fijación de sus interpretaciones o ejecuciones en un fonograma, los artistas intérpretes o ejecutantes tendrán la facultad de impedir los actos siguientes cuando se emprendan sin su autorización: la fijación de sus interpretaciones o ejecuciones no fijadas y **la reproducción** de tal fijación, [...] 2) los productores de fonogramas tendrán el derecho de autorizar o prohibir **la reproducción** directa o indirecta de sus fonogramas, [...] 3) los organismos de radiodifusión tendrán el derecho de prohibir los actos siguientes cuando se emprendan sin su autorización: la fijación, **la reproducción** de las fijaciones [...] (énfasis añadido)

f) Finalmente, la Decisión 351 de la Comunidad Andina (en lo sucesivo D351), en relación con el derecho de reproducción, consagra en el artículo 13 que el autor o, en su caso, sus derechohabientes tienen el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir la reproducción de la obra por *cualquier forma o procedimiento*¹⁶, procediendo de seguidas a

¹⁵ Como ha quedado indicado supra, el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas alude al derecho de reproducción en el artículo 9.1, por lo que estando este artículo comprendido dentro del rango objeto de la remisión de los ADPIC, se considera aplicable también el derecho de reproducción al amparo de las disposiciones de este último.

¹⁶ Schuster Vergara sostiene que la expresión *cualquier procedimiento* implica que se comprenden todos los medios o procesos empleados para la reproducción (edición, grabación sonora o audiovisual, almacenamiento electrónico, etc.) y la de *cualquier forma* incluye todos los soportes a través de los cuales se logre la fijación o la obtención de las copias (gráficos, reprográficos, sonoros, audiovisuales, magnetofónicos, etc.). Cfr. SCHUSTER VERGARA, Santiago: "Derechos de reproducción y transformación de las obras", Documento OMPI/SGAE/DA/COS/00/16. Séptimo Curso Académico Regional de la OMPI sobre derecho de autor y derechos conexos para países de América Latina, San José, Costa Rica, 2000. p.2, citado por ANTEQUERA PARILLI, Ricardo: "Manual para la enseñanza virtual del derecho de autor y los derechos conexos", Escuela Nacional de la Judicatura, República Dominicana, 1º edición, 2001, Tomo 1, p.160.

definir la reproducción como la fijación de la obra en un medio que permita su comunicación o la obtención de copias de toda o parte de ella, por cualquier medio o procedimiento¹⁷

Varias son las consideraciones que podemos hacer respecto a lo que llevamos dicho: i) la reproducción, además de la realización de copias, implica la fijación en un soporte apto para comunicar, ii) se trata de un derecho exclusivo, con lo cual se quiere significar que el autor tiene una serie de facultades económicas con eficacia erga omnes, oponibles a terceros, a propósito de las cuales ejerce pleno señorío sobre las obras de las cuales sea autor, iii) en razón de su naturaleza de derecho exclusivo, cualquier reproducción de las obras por parte de terceros, requiere una autorización previa y expresa del autor, iv) la falta de autorización configura un uso ilícito que suele acarrear responsabilidad civil y penal para el sujeto activo de la infracción, v) la expresión *bajo cualquier procedimiento* es de numerus apertus, por lo que la indicación respecto al procedimiento utilizado para llevar a cabo la reproducción tiene carácter enunciativo. Igual consideración merece la expresión *bajo cualquier forma*, vi) la facultad de autorizar o prohibir la reproducción guarda relación también con las prestaciones artísticas (artistas intérpretes o ejecutantes) o prestaciones técnico-organizativas (productores de fonogramas y organismos de radiodifusión).

II

EL DERECHO DE REPRODUCCION EN LA LEGISLACION COMPARADA

II.1. El derecho de reproducción en las leyes del MERCOSUR y Chile.

La Ley de Brasil (Art. 5) contiene un catálogo de definiciones en el que expresamente se alude a la *reproducción* como copia de uno o varios ejemplares de una obra literaria, artística o científica, incluyendo el almacenamiento permanente o temporal por medios electrónicos o cualquier otro medio de fijación conocido o por conocerse.

La anterior definición difiere, desde el punto de vista del enfoque, de la contenida en el artículo 5 de la Ley de Paraguay, en la que el legislador da preeminencia en la redacción al hecho de la fijación. En efecto, la norma se refiere, en primer término, a la *reproducción* como la actividad de *fijar* la obra en un soporte que permita su comunicación ulterior,

¹⁷ Art. 14

incluyendo después como lo señala la ley brasileña, el almacenamiento electrónico – temporal o permanente- y la posibilidad de obtener copias de todo o parte de ella.

Adicionalmente, la Ley de Paraguay establece que el derecho patrimonial comprende especialmente, el exclusivo de realizar, autorizar o prohibir la *reproducción* de la obra por cualquier forma o procedimiento (Art. 25) y que ésta -la reproducción- comprende cualquier forma de fijación u obtención de una o más copias de la obra, especialmente por imprenta u otro procedimiento de las artes gráficas o plásticas, el registro reprográfico, electrónico, fonográfico, almacenamiento en forma digital ram, audiovisual en cualquier medio y/o formato conocido o por conocerse, destacando que el derecho exclusivo de reproducción abarca tanto la reproducción permanente como la reproducción temporánea que ocurre en el proceso de transmisión digital o cualquier otra transmisión de la obra (Art. 26)

El artículo 2 de la Ley Argentina, consagra que el derecho de propiedad de una obra científica, literaria o artística comprende para su autor la facultad de disponer de ella, de publicarla, de ejecutarla, de representarla y exponerla en público, de enajenarla, de traducirla, de adaptarla o de autorizar su traducción y de *reproducirla en cualquier forma* (énfasis añadido).

En este sentido, Villalba y Lipszyc, comentando el citado artículo, expresan que además de la fijación de la obra en un soporte material y la fabricación de objetos que tengan la aptitud de reproducir la obra, constituyen también *reproducción*, la realización de uno o más ejemplares en tres dimensiones de una obra bidimensional (por ejemplo, muñecos que representen personajes de historieta, de filmes de dibujos animados, etc.), la realización de uno o más ejemplares en dos dimensiones de una obra tridimensional (por ejemplo, la fotografía de una escultura), y la inclusión de una obra o parte de ella, en forma permanente o provisoria en un memoria de computadora (ya sea en su unidad de almacenamiento interno o en su unidad de almacenamiento externo)¹⁸

Por su parte, la Ley de Chile¹⁹ consagra que sólo el titular del derecho de autor o quienes estuvieren expresamente autorizados por él, tendrán el derecho de utilizar la obra en las modalidades que a título enunciativo se señalan, especialmente *reproducirla por cualquier procedimiento*, mientras que en la Ley Uruguaya la facultad de *reproducir* comprende la fijación de la obra o producción protegida por la ley, en cualquier forma o por

¹⁸ V.: VILLALBA, Carlos A – LIPSZYC, Delia: “*El Derecho de Autor en la Argentina*”, Editorial LA LEY, 2001, p.102

¹⁹ V.: Art. 18, letra b)

cualquier procedimiento, incluyendo la obtención de copias, su almacenamiento electrónico – sea permanente o temporario - que posibilite su percepción o comunicación²⁰

II.2. El derecho de reproducción en las leyes de la CAN.

La Ley de Bolivia establece que el autor de una obra protegida o sus causahabientes, tendrán el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir, entre otros actos, *la reproducción total o parcial de su obra* (Art. 15), definiendo el derecho de reproducción como la multiplicación y fijación material de la obra por cualquier procedimiento que permita hacerla conocer al público tales como la imprenta, fotografía, grabado, litografía, cinematografía, fonografía, cinta magnética con sonidos, imágenes o ambos o cualquier otro medio de reproducción (Art. 16).

La Ley Colombiana no hace una definición expresa del derecho de reproducción, pero si consagra que el autor de una obra protegida tendrá el derecho exclusivo de realizar o de autorizar, entre otros, *el acto de reproducir* la obra (Art. 12), lo cual se ratifica luego en el artículo 76 al señalar de igual forma que los autores de obras científicas, literarias o artísticas y sus causahabientes tienen derecho exclusivo de autorizar o prohibir la edición o *cualquier otra forma de reproducción*

Las Leyes de Perú y Ecuador tienen un catálogo de definiciones en el que se incluye el concepto de reproducción²¹ como la fijación de la obra o producción intelectual en un soporte o medio que permita su comunicación, incluyendo su almacenamiento electrónico, y la obtención de copias de toda o parte de ella, para luego reiterar ambas leyes que la reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento es un derecho exclusivo comprendido dentro del derecho patrimonial, susceptible de ser autorizado o prohibido por el autor de la obra²²

Si bien es cierto que la Ley Venezolana no consagra un catálogo de definiciones generales que sirvan de interpretación a las normas que la contienen, no obstante si alude de manera específica al derecho de reproducción como comprendido dentro del derecho de explotación (Art. 39) y lo define expresamente indicando que consiste en la fijación material

²⁰ V.: Art. 2

²¹ V.: Art. 2 (37) de la Ley Sobre Derecho de Autor de Perú y Art. 7 de la Ley de Propiedad Intelectual de Ecuador.

²² V.: Art. 31 de la Ley Sobre Derecho de Autor de Perú y Art. 20 de la Ley de Propiedad Intelectual de Ecuador

de la obra por cualquier forma o procedimiento que permita hacerla conocer al público, u obtener copias de toda o parte de ella (Art. 41)

El legislador venezolano optó por indicar, en forma enunciativa, los procedimientos susceptibles de utilización para llevar a cabo la reproducción: imprenta, dibujo, grabado, fotografía, modelado o cualquier procedimiento de las artes gráficas, plástica, registro mecánico, electrónico, fotográfico o audiovisual, inclusive el cinematográfico.

A diferencia de otras leyes de la Comunidad Andina (en lo sucesivo la CAN) que lo consagran como un derecho independiente²³ del resto de los que conforman el derecho de explotación, en la ley venezolana el derecho de distribución está comprendido dentro del derecho de reproducción, y es definido como la puesta a disposición del público del original o copias de la obra mediante su venta u otra forma de transmisión de la propiedad (Art. 41).

La razón por la que el legislador Venezolano optó por esta fórmula, según Antequera Parilli, se debe a que si el autor tiene la facultad para autorizar o no la fijación y obtención de copias de su obra (derecho de reproducción), puede también condicionar la distribución de los ejemplares²⁴.

Finalmente, hay que tomar en consideración que en los cinco países de la CAN, en materia de derecho de autor y derechos conexos se aplican las disposiciones de la D351 de manera directa y con preferencia sobre la normativa interna. En Venezuela, este criterio fue ratificado por el Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional y ponencia del Magistrado Antonio J. García García, a propósito de un recurso de nulidad por razones de inconstitucionalidad interpuesto por la Cámara de Laboratorios Venezolanos (LAVE) y otros, mediante el cual se solicitó la nulidad de una parte del Artículo Único de la Ley Aprobatoria del Protocolo Modificadorio del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, así como del acto de ratificación de dicho protocolo, publicados ambos en la Gaceta Oficial N° 5187 Extraordinario, del 5 de diciembre de 1997²⁵.

En dicha sentencia, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Venezuela, dejó sentado lo siguiente:

²³ V.: Art. 31 y 34 de la Ley Peruana Sobre Derecho de Autor y Art. 20 y 23 de la Ley Ecuatoriana de Propiedad Intelectual.

²⁴ V.: ANTEQUERA PARILLI, Ricardo: "*Derecho de Autor*", Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual, Caracas, 1998, Tomo 1, p. 405.

²⁵ V.: Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, Sala Constitucional, publicada el 14 de Septiembre del 2004, Exp. 00-0835 y 00-0838.

“[...] advierte la sala que, en vista de que según el artículo 153 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los tratados que creen organizaciones comunitarias pueden prever la transferencia del poder legislativo nacional para ser entregado a órganos supranacionales, y por cuanto esa misma disposición establece que las normas que de ellos emanen tienen aplicación directa y preferente en el ámbito interno, esta Sala Constitucional estima que es perfectamente válido que el cuerpo legislativo nacional dé su aprobación incondicional a los acuerdos internacionales que prevean tal circunstancia. Si bien la ley impugnada fue dictada bajo la vigencia de una Constitución que no disponía tal extremo de la manera precisa en que lo hace la actual, cualquier vicio que pudiera haber existido con anterioridad queda corregido con el nuevo Texto Fundamental. Así se declara.

Al haberse declarado válido que una ley apruebe un tratado internacional creador de una comunidad regional, sin establecer la necesidad de posterior aprobación parlamentaria de la decisiones que emanen de los órganos supranacionales, es forzoso sostener también la validez del Acto del Ejecutivo Nacional que ratificó dicho tratado. Así se declara” (destacado nuestro).

Por lo tanto, en los países de la CAN y a propósito de la D351, hay que tomar en cuenta: i) que el autor, y en su caso los derechohabientes, tienen el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir [...] *la reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento*²⁶, ii) que la reproducción se entiende como la fijación de la obra en un medio que permita su comunicación o la obtención de copias de toda o parte de ella, por cualquier medio o procedimiento²⁷, y iii) que el derecho de distribución es un derecho independiente del derecho de reproducción y consiste en la puesta a disposición del original o copias de la obra mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma²⁸

II.3. El derecho de reproducción en otras legislaciones.

Para la ley Mexicana los titulares de los derechos patrimoniales podrán autorizar o prohibir la reproducción, publicación, edición o fijación material de una obra en copias o ejemplares, efectuada por cualquier medio ya sea impreso, fonográfico, gráfico, plástico, audiovisual, electrónico u otro similar (Art. 27), mientras que la Ley Panameña, además de definir la reproducción como la fijación de la obra en un medio que permita su comunicación

²⁶ V.: Art. 13 de la D351

²⁷ V.: Art. 14 de la D351

²⁸ V.: Art. 3 y 13 de la D351.

para la obtención de copias de toda o parte de ella, señala entre otros procedimientos para llevarla a cabo la imprenta, dibujo, grabado, fotografía, registro mecánico, electrónico, fonográfico o audiovisual, etc. (Art. 2, 39)

El artículo 18 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual de España (en lo sucesivo TRLPI), estipula que se entiende por reproducción la fijación de la obra en un medio que permita su comunicación o la obtención de copias o partes de ella, por lo que a decir de Ribera Blanes, la obtención de copias deja de ser la base de la noción técnico-jurídica de reproducción, puesto que el legislador no exige que realmente se produzcan las copias con vistas a calificar ese hecho de reproducción sino que para que haya reproducción basta que la obra se fije en un medio, tangible o intangible, y que ese medio sea apto para comunicar, esto es, para transmitir el contenido artístico, literario o musical que está inmerso en la obra y para obtener copias de toda o parte de ella²⁹.

Finalmente, Germán Bercovitz sostiene que con la irrupción de las nuevas tecnologías, se debilita hoy la exigencia de corporeidad, es decir la multiplicación de objetos físicos idénticos, pues ya se incluyen dentro del concepto de reproducción las copias digitales de la obra en la memoria de un ordenador, o las copias que se producen en el sistema de transmisión de la misma por Internet³⁰

III

ESPECIAL REFERENCIA A LA SINCRONIZACION AUDIOVISUAL DE OBRAS MUSICALES PREEXISTENTES

Por su utilidad en el campo de las obras audiovisuales, y dada ciertas interrogantes que se plantean acerca de la incorporación de obras preexistentes, especialmente musicales, a un nuevo discurso expresivo, hacemos especial referencia a la sincronización, la cual constituye una modalidad muy particular del derecho de reproducción.

La sincronización de una obra del ingenio es una modalidad de explotación que comporta algunas complejidades a propósito de su licenciamiento en supuestos de

²⁹ V.: RIVERA BLANES, Begoña: *“El Derecho de Reproducción en la Propiedad Intelectual”*, Dykinson, S,L, 2002, p. 173

³⁰ V.: BERCOVITZ, Germán: Comentarios al derecho de reproducción, en: *“Manual de Propiedad Intelectual”*, 2º edición, coordinador: Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, 2003, p. 86.

incorporación material a la banda sonora de una obra audiovisual, por ejemplo: largometrajes, documentales, telenovelas, video clips, anuncios y spots publicitarios, etc.

Desde el punto de vista pragmático, son diversas las dificultades que suelen presentarse a la hora de requerirse la autorización para la sincronización de una obra musical preexistente, sobre todo si tomamos en cuenta que la obra es creada por un autor que suscribe un contrato de edición con un editor musical y al mismo tiempo autor y editor pueden formar parte de una entidad de gestión colectiva a la que han confiado la gestión de sus derechos, o simplemente no tener ningún tipo de vinculación contractual entre ellas, o con terceros.

Las interrogantes más usuales suelen ser: i) quién emite la licencia: el autor, el editor o la entidad que los representa, ii) qué ocurre si el autor pertenece a una entidad de gestión y el editor no iii) en qué supuestos la entidad emite la licencia y con qué cualidad, iv) cuáles son los parámetros para fijar el precio de la licencia, v) el pago es sucesivo o es una cantidad fija?, vi) cómo se afecta el derecho moral de integridad de la obra.

III.1. Concepto de sincronización.

Ante todo debemos tener en cuenta que la sincronización no es una vertiente autónoma del derecho de explotación, es decir, no existe un “derecho de sincronización” individualmente considerado, sino más bien es una modalidad del derecho de reproducción³¹, en tanto y en cuanto la fijación constituye el principal elemento de su noción técnico-jurídica.

Quien pretende sincronizar, p.e, una obra musical preexistente en una telenovela, lo que desea en suma es reunir, en un mismo discurso expresivo, los registros sonoros de la canción con las imágenes en movimiento que se desarrollan a partir de un guión. Por lo tanto, deben hacerse coincidir, mediante su fijación, ambos registros; ambas líneas de tiempo: el sonoro y el visual para que fluyan y cooperen armoniosamente. De Merlo sostiene que la imagen posee un discurso lineal en el tiempo, el soundtrack y el doblaje también ocurren en el tiempo, por lo tanto se ha de elegir a uno de ellos como conductor del otro. Es

³¹ V.: VENTURA VENTURA, José Manuel: “*La Edición de Obras Musicales*”, Centro de Estudios Registrales, 2000, p. 66.

decir, “esclavizar” un recurso a otro a través de periféricos dedicados llamados sincronizadores³².

El Glosario de la OMPI la define como la adición de palabras habladas u otros efectos sonoros a una fijación audiovisual (doblaje) de manera que sean exactamente simultáneos con los correspondientes movimientos bucales y demás ademanes que aparecen³³. Este concepto del Glosario asociado sobre todo al doblaje de obras audiovisuales se corresponde con la definición que trae el *Diccionario de Propiedad Intelectual*, para el cual sincronización es la sustitución de la voz de un actor de una obra audiovisual por la de otro, sincronizando los sonidos emitidos por el último con los movimientos bucales y otros ademanes del actor que aparece en pantalla³⁴.

Sin embargo, en el caso de las obras musicales, la situación es un tanto diferente. Se trata de una modalidad de explotación consistente en incorporar una obra musical preexiste en el discurso expresivo de una obra audiovisual³⁵, de tal manera que ambas conformen un todo armónico capaz de emitir un discurso nuevo y de mayor entidad, distinto del que cada una de ellas pueda llevar a cabo individualmente.

III.2. Características.

i) ***El objeto de la sincronización es una obra preexistente.***

En el supuesto de las obras musicales, p.e, las actividades tendentes a concebir la obra, crearla, producirla, grabarla, comercializarla y difundirla a través de cualquier medio o procedimiento, se llevan a cabo como fines en sí mismo, desprovistas de una finalidad ulterior de incorporarla en una obra nueva. Son creadas sin más y su autor pretende con ellas suplir una necesidad estética y espiritual al tiempo que provee al mercado – en este caso el mercado de la música – con un producto que entra en el juego de la oferta y la demanda.

³²V.: MERLO, Angel Diego: “*La pre y post-producción Multimedia*”, disponible en <http://www.audiomidilab.com/showArticle.jsp?idx=146>.

³³V.: OMPI: “*Glosario de Derecho de Autor y Derechos Conexos*” (autor: Gyorgy Boytha), voz 246, p. 251.

³⁴V.: IGLESIA REBOLLEDO, Cesar y GONZALEZ GORDON, María: “*Diccionario de Propiedad Intelectual*”, AISGE/REUS, Madrid, 2005, p. 187.

³⁵V.: SANCHEZ ARISTI, Rafael: “*La Propiedad Intelectual sobre las obras musicales*”, editorial Comares, Granada, 199, p.329, sostiene que en sentido amplio no habría obstáculo para hacer extensible la noción de sincronización, a todos aquellos casos en los que una pieza musical es directamente incorporada e insertada en otra obra posterior, sea ésta o no audiovisual. Como ejemplos señala un montaje escultórico o pictórico que se combina con la plasmación, gráfica o sonora de una obra musical, o en una composición poética que se recita o inclusive se fija fonográficamente, de manera simultánea a una pieza musical preexistente.

ii) *Se ha de verificar un acto de incorporación.*

Como ha quedado expresado supra, la sincronización demanda juntar en uno de mayor entidad dos discursos expresivos distintos, uno de los cuales es musical. Una canción del repertorio Venezolano, por ejemplo, “*Caballo Viejo*”, compuesta por Simón Díaz, podría ser requerida para ser incluida en un filme, en una serie de televisión o en una telenovela. Tratándose de un tema musical preexistente, que no fue creado con esa finalidad, podría incorporarse como tema de presentación o despedida, o como música incidental preexistente³⁶.

Cabe destacar que el acto de incorporación (o de fijación) es uno sólo y como tal se agota una vez que el discurso sonoro es asociado al discurso visual. Por lo tanto, los elementos preponderantes para su licenciamiento por parte de los titulares del respectivo derecho de explotación son: el prestigio y trayectoria del autor, los antecedentes de la obra, arraigo en el repertorio nacional o internacional, etc. en vez de parámetros relacionados con las potencialidades de su difusión. El pago por la sincronización se lleva a cabo pues una sola vez, mientras que los actos de comunicación pública de la obra así sincronizada, a través de cualquier medio o procedimiento, pueden dar lugar a sucesivas remuneraciones que están asociadas a la difusión y cuya cuantía es proporcional a la duración y frecuencia de tales actividades de comunicación pública.

iii) *La obra preexistente se ha de incorporar materialmente con otras obras.*

La obra preexistente demanda un nuevo discurso expresivo mayor del cual formará parte, pero es indispensable que la actividad intelectual que se despliegue concluya en una obra nueva, con características propias y elementos de originalidad, porque sino, como dice Sánchez Arísti, no hay sincronización, ni por tanto transformación, sino sencillamente reproducción cuando se incorpora una obra musical en una mera grabación audiovisual, o en un fonograma³⁷. No toda unidad lograda al coincidir una obra musical con una grabación audiovisual, es una sincronización. Lo será en la medida en que dicha sincronía comporte un proceso creativo, con carácter de originalidad, que de lugar a una obra nueva, en este caso audiovisual.

³⁶ También suele darse la incorporación de música incidental especialmente creada para la obra audiovisual, cuyos derechos de explotación generalmente suelen corresponder al comitente, en razón del régimen de presunción legal de las obras por encargo.

³⁷ V.: SANCHEZ ARISTI: “ob. cit”. p. 326.

iv) ***El licenciamiento es individual.***

Tratándose de una actividad que demanda el uso de una obra total o parcialmente y no de todo un repertorio, su autorización es individual. Por lo tanto suele ser autorizada por el autor o por el editor musical de la obra a propósito de las facultades reservadas a ese efecto dentro del respectivo contrato de edición. Autores hay quienes afirman que por esta razón la sincronización audiovisual de obras musicales preexistentes queda al margen del régimen general de contratación obligatoria de las entidades de gestión³⁸. Lo anterior no quiere decir que las entidades de gestión colectiva no puedan actuar en supuestos de licenciamiento por sincronización. Significa que no se trata de una licencia de uso de repertorio³⁹, sino de obra individual, por lo tanto las entidades de gestión actuarían a través de un mandato expreso otorgado por los autores en los mismos términos que suele otorgarse a los editores musicales con igual propósito, obligándose en cada caso a requerir de aquellos su conformidad en los términos que ha de llevarse a cabo el licenciamiento.

Finalmente, debe tomarse en consideración que en algunos casos la sincronización de una obra musical preexistente podría dar lugar a modificaciones sustanciales que atenten contra la integridad de la obra, en cuyo caso, tratándose de un derecho moral personalísimo e intransferible del autor, sólo a él corresponde autorizarlas.

IV

LIMITACIONES AL DERECHO DE REPRODUCCIÓN

IV.1. Terminología.

Las limitaciones son disposiciones contenidas en las legislaciones de derecho de autor, que restringen el derecho exclusivo del autor en lo que respecta a la explotación de su obra.

³⁸ *Ibidem.* p.331

³⁹ Se entiende por *repertorio* el total de obras que integran el sistema de la gestión colectiva, del cual forman parte más de doscientas sociedades en todo el mundo. Este sistema está coordinado en el ámbito internacional por la *Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores*, CISAC, que en tal virtud representa, indirectamente, a más de dos millones de creadores que cubren todos los ámbitos del quehacer artístico: música, teatro, literatura, obras audiovisuales y artes gráficas y plásticas.

Las formas principales que adoptan estas limitaciones son los casos de libre utilización, licencias obligatorias y licencias legales⁴⁰.

En cuanto a la denominación, Ficsor destaca que el CB no usa la palabra “excepción” o “limitación”, ni tampoco el verbo correspondiente “exceptuar” o “limitar”, por el contrario, al referirse a usos libres aplica el verbo “permitir” o el adjetivo “permisible” o expresiones más complejas como “determinar la condición bajo las cuales un acto puede llevarse a cabo”, previéndose en este supuesto el pago de una remuneración equitativa o justa. El CR (Art. 15) usa las expresiones “excepciones a la protección” y “limitaciones”, así como el término “licencias obligatorias”; la Convención para la Protección de los productores de Fonogramas contra la Utilización no Autorizada de sus Fonogramas también usa el término general de “limitaciones” y el termino “licencias obligatorias”, mientras que la Convención de Satélite, en armonía con su específica naturaleza, no aplica expresiones como “excepciones” o “limitaciones”, sino simplemente identifica ciertos programas portadores de señales respecto de los cuales no existe obligación bajo las normas de la Convención. Finalmente, los ADPIC en el artículo 13 prevén la posibilidad de “limitaciones y excepciones”, cuyo significado está orientado a usos libres y licencias no voluntarias, así como los Tratados de la OMPI: TODA/WCT y TOIEF/WPPT, en los artículos 10 y 16 respectivamente⁴¹.

La D351, que aplica para los cinco países de la CAN, usa la expresión “limitaciones y excepciones” (Art. 21), la cual se repite separadamente en la Ley Peruana (Art. 50 y 51), mientras que la ley Venezolana opta por la expresión “límites de los derechos de explotación” (Título II, Cap. II).

En síntesis, la expresión “limitaciones y excepciones” cubre toda clase de usos libres, licencias no voluntarias, así como también otras posibles limitaciones, por ejemplo, la sujeción a un sistema de gestión colectiva obligatoria⁴².

IV.2. Categorías.

Las leyes sobre derecho de autor y derechos conexos de habla hispana, consagran, con algunas variantes, el principio universal según el cual el autor tiene el derecho exclusivo de explotar su obra en la forma que le plazca y sacar de ella beneficios. Así está establecido

⁴⁰ Vid. OMPI, Glosario..., voz 144, p.147.

⁴¹ V.: FICSOR, Mihaly: *Guide to the Copyright...*pp. 286-287. Traducción de éste párrafo por José Rafael Fariñas.

⁴² *Ibidem.* p. 287.

en la Ley Venezolana (Art. 23), Ley Mexicana (Art. 24), Ley Española (Art. 17), Ley Peruana (Art. 30), Ley Brasileña (Art. 28), Ley Chilena (Art. 17), Ley Panameña (Art. 36), Ley Ecuatoriana (Art. 19), entre otras⁴³.

No obstante, ese derecho exclusivo de los autores, en lo que se refiere específicamente al patrimonial de reproducción, suele entrar en conflicto con los intereses de las industrias y de los usuarios de llevar a cabo ciertas reproducciones y contar con ejemplares de las mismas⁴⁴. He allí la razón por la que surgen entonces las limitaciones, con las cuales se ha pretendido establecer algunas restricciones a la extensión del derecho de reproducción.

Colombet agrupa las excepciones al derecho de reproducción según que el uso de la obra sea público o privado, clasificándolas en forma general en: a) reproducciones destinadas al uso privado, y b) reproducciones destinadas al uso público. En el primer caso incluye todos los supuestos de copias para el uso personal del copista, y en el segundo todas aquellas tales como: citas, análisis y resúmenes, publicaciones de prensa, difusión de algunos discursos, limitaciones relativas a los establecimientos educativos, reproducciones hechas por bibliotecas o servicios de archivos, libre reproducción de obras para su utilización en procesos legales, reproducciones por sistema braille en el caso de invidentes, grabaciones efímeras, parodias⁴⁵, etc.

Por su parte, Schuster Vergara, señala que existen cuatro categorías de limitaciones al derecho de reproducción: i) limitaciones genéricas, subordinadas a la prueba de los “tres pasos”⁴⁶, ii) limitaciones específicas que se refieren directamente al derecho de reproducción, iii) limitaciones generales por la utilización de obras preexistentes como

⁴³ V.: FARIÑAS DÍAZ, José Rafael: “*La Gestión Colectiva del Derecho de Autor y los Derechos Conexos*”, en Revista de Propiedad Intelectual del Postgrado en Propiedad Intelectual de la Universidad de los Andes, EPI, números 6 y 7, Mérida, Venezuela, 2003/2004, p. 247.

⁴⁴ V.: SCHUSTER VERGARA, Santiago: *El derecho de Reproducción y Transformación...*, pp.3-4.

⁴⁵ V.: COLOMBET, Claude: “*Grandes principios del Derecho de Autor y los Derechos Conexos en el Mundo*”, Ediciones UNESCO/CINDOC, Tercera Edición, 1997. pp. 66-81.

⁴⁶ Es el test básico para determinar si o no una excepción o limitación es permitida bajo las normas internacionales del derecho de autor y los derechos conexos. El test incluye tres elementos (pasos). Una excepción o limitación: (i) puede solamente cubrir ciertos casos especiales, (ii) no debe atentar contra la explotación normal de la obra u objetos de los derechos conexos, y (iii) no debe causar un perjuicio injustificado a los intereses legítimos de los titulares de los derechos. Cfr. FICSOR, Mihaly: *Guie to the Copyright...*, p. 313, y del mismo autor: “*La protección del derecho de autor y los derechos conexos en el entorno digital*. 1) *El Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT) y el Tratado de la OMPI Sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT)*; 2) *Limitaciones o excepciones en el ámbito digital*”, IV Congreso Iberoamericano Sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos”, Panamá, 15 a 17 de octubre de 2002, pp 12-13. Sobre el mismo tema: LIPSZIC, Delia: “*Nuevos Temas de Derecho de Autor y Derechos Conexos*”, Unesco/Cerlalc/Zavalia, 2004. pp. 141-142; GARROTE FERNANDEZ-DIEZ, Ignacio: “*El Derecho de Autor en Internet. La directiva sobre derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información*”. Editorial Comares, Granada, 2001. pp.425-427; RIBERA BLANES, Begoña: *El derecho de reproducción...*, p. 363.

ilustración de la enseñanza, iv) limitaciones que derivan de la exclusión de determinadas obras de la protección concedida por el convenio⁴⁷

IV.2.1. Limitaciones genéricas conforme a la regla de los “tres pasos”.

En principio, la regla de los tres pasos fue consagrada en el Art. 9.2 del CB para las excepciones que el legislador nacional pueda prever en relación con el derecho exclusivo de reproducción⁴⁸. No obstante, tanto el artículo 13 de los ADPIC, 10 del TODA/WCT, 16.2° del TOIEF/WPPT así como el 21 de la D351 abarcan cualquier excepción o limitación a los derechos exclusivos en sentido amplio, pues no se refieren sólo a una modalidad de los derechos de explotación, sino a todas.

Esta regla establece, como ha quedado expresado, que se reserva a las legislaciones nacionales el establecimiento de limitaciones o excepciones a los derechos exclusivos: (i) en determinados casos especiales, (ii) que no atenten contra la explotación normal de la obra, (iii) ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular del derecho.

Ello implica, según Ficsor: (i) que el uso exceptuado debe ser específico –precisamente determinado- y no en forma amplia o general. También que, en consideración a su objetivo, debe ser especial porque así lo justifique consideraciones de políticas públicas, tales como: protección de libertades fundamentales, un especial interés público, como por ejemplo, educación y acceso a la información, protección de los intereses de los consumidores, protección contra las conductas anti-competitivas, etc, (ii) todas las formas de explotar una obra (extraer valor económico de ellas) que tenga o pueda tener importancia económica o práctica debe ser reservada a los titulares de los derechos, de manera que los usos libres o licencias no voluntarias garantizadas como excepciones o limitaciones, respectivamente, no deben competir económicamente con el ejercicio del derecho de reproducción por parte de su titular, en el sentido de que no debe socavar o debilitar, de ninguna manera, el mercado de las obras, (iii) interés legítimo significa “interés legal” en el sentido de que es del interés del titular del derecho disfrutar y ejercer el derecho de reproducción tan completamente como fuere posible. Una excepción y limitación –inevitablemente, por definición- perjudica esos intereses, pero tales perjuicios pueden ser permitidos en ciertos casos especiales que no atenten contra la normal explotación de las obras; debe ser, sin embargo, razonable en el

⁴⁷ Vid. SCHUSTER VERGARA, Santiago: Ob. Cit. p.4.

⁴⁸ Cfr. RIBERA BLANES, *El derecho de reproducción...*, p.363.

sentido de que no debe ir más allá de ciertos niveles de perjuicios que puedan ser justificados en razón de las citadas consideraciones de políticas públicas⁴⁹

IV.2.2. Limitaciones que se refieren particularmente al derecho de reproducción.

Entre ellas se distinguen: a) el derecho de cita (Art. 10,1 CB), que es un mandato convencional en tanto no es una facultad diferida a los legisladores nacionales, sino una limitación *iure conventionis*⁵⁰ que requiere que la obra citada se haya publicado lícitamente con anterioridad y que la cita se haga conforme a los *usos honrados*⁵¹ indicados en el artículo 9,2 del mismo convenio. b) la reproducción por medio de publicaciones de obras literarias y artísticas, a título de ilustración de la enseñanza (Art. 10, 2 CB). Ambas deben hacerse mencionando la fuente y el nombre del autor, c) la publicación de textos oficiales (Art. 2,4), d) el uso de los discursos de interés público (Art. 2bis 1 CB), e) la reproducción por prensa de conferencias, alocuciones y sermones pronunciados en público (Art. 2bis 2 CB), f) la reproducción por prensa de artículos de actualidad de discusión económica, política o religiosa publicados en periódicos o colecciones periódicas (Art. 10bis 1), f) reseñas de acontecimientos de actualidad (Art. 10bis 2 CB), y g) las grabaciones efímeras (Art. 11bis 3 CB), entendiéndose por tal la grabación o fijación de la obra u objeto de los derechos conexos por parte de un organismo de radiodifusión, durante un período limitado, para su posteriormente transmisión por ella misma.

De conformidad con el artículo 11bis 3 del CB, la autorización concedida para la transmisión de una obra, en ausencia de una estipulación en contrario, no implica autorización para grabar la obra. Los países miembros del CB, sin embargo, pueden permitir grabaciones efímeras con tal de que éstas sean hechas para facilidad del organismo de radiodifusión, y además sean usadas únicamente para su propia transmisión. También se permite preservar esas grabaciones en archivos oficiales a propósito de su excepcional

⁴⁹ V.: FICSOR, Mihaly: *"The Law of Copyright and the Internet. The 1996 WIPO Treaties, their Interpretation and Implementation"*, OXFORD University Press, 2002, p. 516. Traducción de los comentarios de este párrafo efectuada por José Rafael Fariñas.

⁵⁰ V.: ANTEQUERA PARILLI, Ricardo: *"Manual para la enseñanza virtual del Derecho de Autor y los Derechos Conexos"*, Escuela Nacional de la Judicatura, República Dominicana, Tomo I, 2001, p. 195.

⁵¹ Con el fin de determinar si el uso es honrado y aludiendo a la Ley de los Estados Unidos, Colombet señala que debe tomarse en cuenta los factores siguientes: 1) el fin y tipo de utilización, inclusive si tal utilización es de naturaleza comercial o si su finalidad es didáctica y no lucrativa, 2) la naturaleza de la obra protegida, 3) el volumen e importancia de la parte utilizada en comparación con el conjunto de la obra protegida, 4) la influencia de la utilización en el mercado potencial de la obra protegida o en su valor. *Vid.* COLOMBET, Claude: *Grandes Principios...*, p. 68.

carácter documental. El artículo 15 (c) de la Convención de Roma (CR) permite grabaciones efímeras de objetos de los derechos conexos en similar condiciones al CB⁵²

IV.2.3. Limitaciones generales por la utilización de obras preexistentes como ilustración de la enseñanza.

El artículo 10, 2 del CB prevé la posibilidad de reservar a las legislaciones de los países de la Unión 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.

Desde el punto de vista del derecho de reproducción es relevante tomar en cuenta: i) el propósito es ilustrar con fines de enseñanza⁵³, ii) mientras que los medios y procedimientos para llevar a cabo la utilización son las publicaciones tales como libros, folletos, mapas, así como también las grabaciones sonoras y visuales⁵⁴.

IV.2.4. Limitaciones que derivan de la exclusión de determinadas obras de la protección concedida por el convenio.

El artículo *2bis* 1 CB, establece que se reserva a las legislaciones de los países de la Unión, la facultad de excluir, total o parcialmente, de la protección prevista a los discursos políticos y los pronunciados en debates judiciales.

Los discursos en debates judiciales aluden distintas intervenciones en estrado, discursos de la acusación y de la defensa.

La anterior disposición del CB, inspirada en el derecho a la libertad de información, se insertó en la revisión de Roma de 1928.

Los autores de los discursos conservan el derecho exclusivo de recopilarlos o de autorizar su recopilación (Art. *2bis* 3)⁵⁵

⁵² V.: FICSOR, Mihaly: *Guide To The Copyright...*, p. 286. Traducción de éste párrafo hecha por José Rafael Fariñas.

⁵³ En la revisión de Estocolmo (1967) se puso de relieve que el término “enseñanza” debe entenderse como comprensivo de la enseñanza en todos sus grados, es decir, en los establecimientos u otros centros escolares y universitarios, en las escuelas públicas (del Municipio o del Estado) lo mismo que las privadas. Cabe deducir que la esfera de la investigación científica pura está excluida del ámbito de aplicación de esta disposición. *Cfr.* OMPI: “*Guía del Convenio de Berna*”, Ginebra, 1978. p. 69.

⁵⁴ V.: SCHUSTER VERGARA, Santiago: *Ob. cit.* p.15

⁵⁵ V.: OMPI: *Guía del Convenio...*, p. 26.

V

EL DERECHO DE REPRODUCCION EN EL ENTORNO DIGITAL

V.1. De la era de los soportes al entorno digital.

En los primeros tiempos, el ser humano hizo del trueque un mecanismo eficaz de adquisición, con el cual logró materializar el intercambio de bienes y servicios, aptos para suplir una necesidad básica individual, especialmente en el ámbito de la alimentación, vestido y vivienda. Los problemas surgidos con el trueque como mecanismo de intercambio, dieron lugar luego a la aparición del dinero y más tarde al llamado dinero plástico como mecanismo de pago, hasta llegar hoy a las transacciones electrónicas donde la tendencia es a la desaparición progresiva, en principio, de todo vestigio de corporeidad en los medios utilizados para proveernos de tales bienes y servicios.

Algo similar ocurre en el campo de la propiedad intelectual. Concretamente en el ámbito del derecho de autor y los derechos conexos, no debemos perder de vista que el derecho de reproducción sobre la obra, inicialmente bajo la forma de un “privilegio”, surgió a propósito de un cambio generado por la aparición de una tecnología: la imprenta de tipos móviles de Gutemberg⁵⁶, en el siglo XV.

Hemos observado pues desde entonces, a lo largo de varios períodos históricos, actividades de reproducción en soportes gráficos como los libros, folletos y manuales, se han utilizado procedimientos como la imprenta y el fotocopiado, grabaciones sonoras como el disco de acetato y el disco compacto, cintas digitales y audiocasetes, grabaciones audiovisuales en películas de celuloideas, discos audiovisuales y videocasetes, así como en soportes magnéticos tales como reproducciones de programas de computación en cintas, diskettes y discos duros⁵⁷.

Sin embargo, en la actualidad asistimos a una nueva era: la era de la globalización, en la que millones de personas se conectan día a día a redes digitales tipo Internet buscando toda clase de información y realizando múltiples transacciones electrónicas que

⁵⁶ V.: ANTEQUERA PARILLI, Ricardo: “*Los derechos intelectuales ante el desafío tecnológico. ¿Adaptación o cambio?*”, en el libro memoria del 3 Congreso Iberoamericano sobre derecho de autor y derechos conexos, Montevideo, 1997, p. 81

⁵⁷ V.: ANTEQUERA PARILLI, Ricardo: *Derecho de Autor...*, pp. 401-402

tienen por objeto bienes y servicios, entre ellos bienes y servicios relacionados con la propiedad intelectual. Se calcula que la población en línea se ha incrementado exponencialmente con un crecimiento anual del 400%, hasta los mil millones estimados en 2005⁵⁸.

Este mercado, que representa un poco más del 10% de la población mundial, suele llevar a cabo actividades que implican hoy, una vez que las copias mecánicas ha ido siendo desplazadas progresivamente, la reproducción digital de obras y prestaciones protegidas, entendiendo la digitalización como el proceso mediante el cual una imagen, un texto, un sonido y en general una obra del ingenio protegido por el derecho de autor o una prestación protegida por los derechos conexos pueden convertirse a un idioma susceptible de ser comprendido por un computador. Las señales exteriores que hacen posible la identificación en su estado natural, se transforman en código binario (0's y 1's) que mediante la utilización de programas se pueden transformar de acuerdo a requerimientos.

V.2. Del Convenio de Berna a los Tratados Internet de la OMPI.

Ya hemos dicho que la fijación es el elemento básico del concepto de reproducción. Por supuesto, en el entorno digital esa fijación alude a una suficiente estabilidad de forma, de manera que lo que es fijado, sobre la base de esa nueva fijación, pueda ser percibido, reproducido o comunicado⁵⁹.

Con el advenimiento de la tecnología digital, las interrogantes han estado orientadas a responder si al amparo del artículo 9.1 del CB quedan comprendidas dentro del derecho exclusivo de reproducción ciertos almacenamientos temporales, formas transitorias e incidentales de reproducción que se llevan a cabo con el propósito de transmitir la información y hacerla perceptible al usuario, entre ellas: i) el almacenamiento en el servidor de origen, ii) las reproducciones efímeras en los routers, iii) el almacenamiento en el servidor de destino, iv) las reproducciones en memoria RAM, v) las copias en memoria caché del receptor, bien que se trate de copias caché locales o copias caché del sistema⁶⁰.

⁵⁸ V.: BORETTO, Monica M. "*Aspectos de la Propiedad Intelectual derivados del entorno Digital en el Derecho Internacional Privado*", edición electrónica a texto completo en <http://www.eumed.net/libros/2005/mmb/mmb.pdf>

⁵⁹ V.: FICSOR, Mihaly: *La Protección del Derecho de Autor...*, p. 5.

⁶⁰ Para más detalles sobre las modalidades de reproducción temporales que transcurren durante la transmisión de una información vía Internet entre dos usuarios, Vid. LIPSZY, Delia: "*Nuevos temas de derecho de autor y derechos conexos*", UNESCO/CERLALC/ZAVALIA, 2004, pp. 123-125; RIBERA BLANES, Begoña, *El Derecho de Reproducción...*, pp. 343-361; GARROTE FERNANDEZ- DÍEZ, Ignacio: *El Derecho de Autor en Internet...*, pp. 276 y ss; DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto: "*Derecho Privado de Internet*", Editorial Civitas, 2004, pp. 237-238.

La cuestión que se plantea es: ¿están los almacenamientos transitorios de obras y prestaciones amparados por el CB en el marco de un derecho exclusivo de reproducción y por ende susceptibles de autorización por parte de los titulares, o por el contrario enmarcadas dentro de un sistema especial de limitaciones a tales derechos?

El Artículo 9.1 del CB alude a la reproducción en los siguientes términos: “*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***” (énfasis añadido), de modo que cualquier tipo de reproducción, independientemente de su naturaleza, queda abarcada dentro de esa norma. No olvidemos que el artículo 9.3 ejusdem se refiere al término *grabación*, el cual constituye un sinónimo de fijación de obra u objeto de los derechos conexos. La duración de la fijación, incluyendo el almacenamiento en una memoria electrónica, es irrelevante, con tal de que, basándose en la fijación, la obra pueda ser percibida, reproducida o comunicada.

No cabe duda que la expresión: *por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma* es bastante amplia. *En cuanto a la forma*, creemos pertinente admitir que en un sentido estético, suele distinguirse entre ésta y el contenido. Mientras Metafísicamente la materia es aquello con lo cual se hace algo que llega a alcanzar tal o cual forma, o que está determinado por tal o cual forma, en estética el contenido es lo que se hace, o lo que se presenta, dentro de una forma⁶¹. Cuán relevante entonces puede ser en el caso que nos ocupa, que la obra sea objeto de actos de reproducción expresados a través de objetos materiales, corporales, físicos, externamente sensibles, o bien por virtud de almacenamientos electrónicos que permitan su comunicación y multiplicación a través de redes infinitas de códigos binarios ceros y unos, si al cabo de todo eso su materia, su más íntima esencia como creación, será siempre una. Y eso es lo que cuenta como objeto de protección.

No obstante que los Tratados Internet de la OMPI constituyen un *plus* al Convenio de Berna y a la Convención de Roma, en tanto actualizan de manera significativa la protección internacional del derecho de autor y derechos conexos y mejoran los medios para combatir la piratería a nivel mundial, en el TODA/WCT se prescindió de una norma expresa referida al derecho de reproducción⁶², optándose en su lugar por una Declaración concertada relativa al

⁶¹ V.: J. FERRATER MORA: *Diccionario...*, p. 1374.

⁶² Tal vez impulsada por el temor de que al consagrar una norma que expresara claramente que las copias provisionales estaban comprendidas dentro del derecho de reproducción, se atentaría de algún modo contra el desarrollo de la red mundial. *Vid.* RIBERA BLANES, Begoña: *El derecho...*p. 341.

artículo 1.4, propuesta por los Estados Unidos, en la que se dejó claro que el derecho de reproducción, tal como se establece en el artículo 9 del CB, y las excepciones permitidas en virtud del mismo, son totalmente aplicables en el entorno digital, destacando también que el almacenamiento en forma digital en un soporte electrónico de una obra protegida constituye una reproducción en los términos del CB.

Acerca de los aportes de esta declaración al contenido del derecho de reproducción la doctrina está dividida. Hay quienes consideran que tiene un valor incierto que no sirve para clarificar qué copias deben quedar comprendidas dentro del derecho exclusivo de reproducción mientras que otros son de la opinión que el concepto de reproducción bajo el artículo 9.1 del CB, que se extiende a la reproducción de cualquier manera o forma, no ha de ser restringido sólo porque una reproducción se encuentre en forma digital, a través del almacenamiento en una memoria electrónica, o sólo porque una reproducción sea de naturaleza temporal.

En el primer caso, Garrote Fernández-Diez resume los argumentos sobre el valor incierto de la Declaración concertada, citando a D. Nimmer así: i) habiéndose eliminado el artículo 7 del proyecto del TODA/WCT [y en su caso 7.1 del TOIEF/WPPT respecto a los artistas intérpretes o ejecutantes y 14 en cuanto a los productores de fonogramas] que consagraba expresamente que el derecho de reproducción previsto en el CB incluiría la reproducción directa e indirecta de sus obras, sea permanente o temporaria, de cualquier manera o forma, no existía un artículo concreto sobre el que concertar ninguna declaración, ii) respecto al fondo, la Declaración no define lo que debe entenderse por *almacenamiento*, y en especial si dicho término comprende los almacenamientos temporales⁶³. El segundo criterio es defendido por Ficsor, para quien al adoptarse la citada Declaración concertada, el reconocimiento del almacenamiento de obras y objeto de derechos conexos es una obligación de las Partes Contratantes de los tratados, extensible a los almacenamientos temporales⁶⁴.

V.3. Reproducciones temporales en la Directiva 2001/29/CE Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001.

⁶³ V.: GARROTE FERNANDEZ-Diez, Ignacio: *Ibidem*. p. 291.

⁶⁴ V.: FICSOR, Mihaly: *La Protección del derecho...*p. 6.

En armonía con las normas desarrolladas previamente por las Directivas sobre la protección jurídica de programas de ordenador y de bases de datos⁶⁵, el Art. 2 de la Directiva relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (en lo sucesivo DDASI) se refiere al derecho exclusivo de reproducción, incluyendo la reproducción directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, total o parcialmente. Lo novedoso no es que se haga referencia al derecho de reproducción, sino que se refiera expresamente a las reproducciones directas o indirectas, provisionales o permanentes.

Tales reproducciones así consagradas guardan relación: i) con los autores, respecto de sus obras, ii) con los artistas intérpretes o ejecutantes, respecto a la fijación de sus actuaciones, iii) con los productores de fonogramas, en relación a sus fonogramas, ii) con los productores de las primera fijaciones de películas, respecto del original y las copias de sus películas, y iv) con los organismos de radiodifusión, respecto a la fijación de sus emisiones, independientemente de que éstas se transmitan por procedimientos alámbricos o inalámbricos, inclusive por cable o satélite⁶⁶.

No obstante, la DDASI, en línea con el propósito general de la Comunidad Europea de crear un marco jurídico general y flexible de ámbito comunitario para fomentar el desarrollo de la sociedad de la información en Europa⁶⁷, consagra la conveniencia de establecer una excepción al derecho exclusivo de reproducción para permitir determinados actos de reproducción provisionales, que sean reproducciones transitorias o accesorias, que formen parte integrante y esencial de un proceso tecnológico desarrollado con la única finalidad de permitir una transmisión eficaz en una red entre terceras partes, a través de un intermediario, o bien la utilización lícita de una obra o prestación⁶⁸.

⁶⁵ Ambas directivas aluden al derecho de reproducción, definen los actos que lo componen y las limitaciones aplicables, con expresa mención ya a las reproducciones temporales. En efecto, la Directiva 91/250/CEE del Consejo, del 14 de mayo de 1991, Sobre la Protección Jurídica de programas de ordenador, establece lo siguiente: Art. 4. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 5 y 6, los derechos exclusivos del titular con arreglo al artículo 2 incluirán el derecho de realizar o de autorizar: a) *la reproducción total o parcial de un programa de ordenador por cualquier medio y bajo cualquier forma, ya fuera permanente o transitoria* (énfasis añadido), mientras que la Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 11 de marzo de 1996, Sobre la Protección Jurídica de Bases de Datos, consagra: Art. 5. El autor de una base de datos tendrá el derecho exclusivo, respecto de la forma de expresión de dicha base susceptible de la protección de la protección de los derechos de autor, de realizar o autorizar: a) *la reproducción temporal o permanente, total o parcial, por cualquier medio y de cualquier forma.*

⁶⁶ V.: Art. 2 DDASI

⁶⁷ V.: Considerando N.º 2 de la DDASI

⁶⁸ V.: Considerando N.º 33 de la DDASI

En ese sentido, el artículo 5.1 de la DDASI, referido a las *limitaciones y excepciones*, prevé que ***estarán exentos del derecho de reproducción*** (énfasis añadido) previsto en el artículo 2, aquellos actos de reproducción provisional que sean transitorios o accesorios y formen parte integrante y esencial de un proceso tecnológico, cuya única finalidad consista en facilitar: a) una transmisión en una red entre terceras partes por un intermediario, b) una utilización lícita de una obra o prestación protegidas, y que no tengan por sí mismos una significación económica independiente.

V.4. Especial referencia a la responsabilidad de los ISP a propósito de algunas modalidades de reproducción temporal.⁶⁹

V. 4.1. Memoria tampón (caching).

Consiste en el almacenamiento automático, provisional y temporal de los datos cuya transmisión ha contratado el destinatario del servicio, con la finalidad de hacer más eficaz la transmisión ulterior de la información a otros destinatarios del servicio. Es un asunto de economía y velocidad en las operaciones. Desde el punto de vista del proveedor del servicio de intermediación existe un interés de acercar la información contenida, p.e, en una página web, lo más cerca posible para que sea más fluido y rápido el tráfico de un ulterior usuario que pretenda visitar esa misma página en el futuro y no tenga que ir –al igual que los anteriores visitantes de la misma página- al servidor donde se aloja la página principal.

Podría plantearse que tales actuaciones del proveedor de servicios de intermediación, en este caso memoria tampón o caching, constituyen por sí mismas modalidades de reproducción de obras o prestaciones. Sin embargo, como ha quedado expresado, la DDASI establece en el artículo 5.1, que los actos de reproducción provisional de obras, prestaciones, producciones y emisiones, cuando sean transitorios y accesorios y formen parte integrante y esencial de un proceso tecnológico cuya única finalidad consista en facilitar una transmisión en red o una utilización lícita de una obra o prestación protegida, y que no tengan por sí mismos una significación económica independiente, estarán exentos del derecho de reproducción:

⁶⁹ Los presentes comentarios han sido desarrollados a partir de un trabajo nuestro previo, de mayor extensión, sobre la responsabilidad de los ISP, a texto completo en: FARIÑAS DIAZ, José Rafael: “*La responsabilidad de los prestadores de servicios en Internet por infracciones al derecho de autor y los derechos conexos*”, 2005, en proceso de publicación por la revista del Postgrado en Propiedad Intelectual de la Universidad de los Andes, Mérida y en formato electrónico por la Revista Anales de la Universidad Metropolitana, Caracas, Venezuela.

Por su parte, la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2000, sobre el comercio electrónico (en lo sucesivo DCE) establece cinco supuestos⁷⁰ en los que el ISP no puede ser considerado responsable del almacenamiento automático, provisional y temporal de la información: i) cuando el prestador de servicios no modifique la información, ii) cuando cumpla las condiciones de acceso a la información, iii) cuando cumpla las normas relativas a la actualización de la información, especificadas de manera ampliamente reconocida y utilizada por el sector, iv) cuando no interfiere en la utilización lícita de tecnología ampliamente reconocida y utilizada por el sector, con el fin de obtener datos sobre la utilización de la información, v) cuando actúe con prontitud para retirar la información que haya almacenado, o hacer que el acceso a ella sea imposible, en cuanto tenga conocimiento efectivo del hecho de que la información ha sido retirada del lugar de la red en la que se encontraba inicialmente, de que se ha imposibilitado el acceso a dicha información o de que un tribunal o una autoridad administrativa ha ordenado retirarla o impedir que se acceda a ella.

Idénticos supuestos de exención de responsabilidad de los ISP en razón de la copia temporal de los datos se establecen el artículo 15 de la Ley Española 34/2002 de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (en adelante LSSICE)

La obligación de acceso a la información pretende que el ISP que realiza una copia temporal, p.e, de una página Web, exija a sus clientes las mismas condiciones de acceso establecidas en el Web site original, generalmente relacionadas con identificación del usuario, datos personales, dirección electrónica, aceptación expresa de las condiciones de utilización del contenido del Web site, etc., mientras que la obligación de actualización y de no interferencia en la utilización lícita de tecnología hacen relación con la necesidad de evitar –por falta de actualización- una marcada diferencia entre la copia caché y el web original y de llevar a cabo estudios estadísticos respecto a la utilización de los datos, respectivamente.

V.4. 2. Servicios de alojamiento de datos (Hosting).

El alojamiento consiste en el almacenamiento de datos suministrados por el destinatario del servicio, y el rango de responsabilidad para el ISP es parecido al del prestador de servicios que realiza una actividad de almacenamiento caché. La

⁷⁰ V.: Art. 13, 1) DCE

responsabilidad del ISP viene dada en este caso en función del *conocimiento efectivo*⁷¹ de que la actividad o la información es ilícita, pues con base en la premisa de que el intermediario asume una mera función de enlace técnico, donde no controla ni decide sobre la información que maneja, se le establece una responsabilidad subjetiva.

En efecto, el artículo 14 de la DCE establece en este caso que el ISP no será considerado responsable de los datos almacenados, a petición del destinatario, en los supuestos de que: i) el prestador no tenga conocimiento efectivo de que la actividad o la información es ilícita, y en lo que se refiere a una acción por daños y perjuicios, no tenga conocimiento de hechos o circunstancia por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito, o de que ii) en cuanto tenga conocimiento de estos puntos, el prestador de servicios actúe con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a ellos sea imposible, todo ello sin perjuicio del deber de abstención o de retirada en los supuestos de requerimiento jurisdiccional o administrativo (Art. 14.3)

En relación a la cuestión del *conocimiento efectivo* por parte del ISP cabría preguntarse si la autoridad pública debe realizar una solicitud específica al prestador de servicios, o basta una declaración general de retirada con la debida publicidad⁷². Por otra parte, no hay que olvidar que la LSSICE prevé además la posibilidad de que se establezcan otros medios de conocimiento efectivo a propósito de los cuales el ISP puede llevar a cabo procedimientos de detección o retirada (Art. 16 y 17).

La responsabilidad del ISP puede surgir en el momento en que se le notifica que está alojando páginas Web con contenidos ilícitos y es proveído, a través del órgano competente (Judicial o administrativo) o por cualquier otro medio, de una notificación adecuada. En este sentido, y tal como lo indica DARIAS DE LAS HERAS⁷³ la legislación americana, a través de la Digital Millenium Copyright Act -DMCA- establece condiciones para que una notificación sobre alojamiento de páginas Web con material ilegal efectuada a un ISP sea válida. La notificación debe ser escrita y en ella debe constar: i) una firma física o electrónica de la persona autorizada a actuar en nombre del titular de los derechos de propiedad intelectual

⁷¹ De conformidad con lo establecido en el artículo 16 de la LSSICE, se entiende que un prestador de servicios tiene *conocimiento efectivo* cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada, o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse.

⁷² V.: PLAZA PENADES, Javier: "*Propiedad Intelectual y Sociedad de la Información (Tratados OMPI, Directiva 2001/29/CE y Responsabilidad Civil en la Red)*", Aranzadi, 2002, pp. 244-245.

⁷³ V.: DARIAS DE LAS HERAS, Victoriano: "*Aspectos Jurídicos de la Música en Internet*", Septem ediciones, 2003, p. 57.

cuya vulneración se alega, ii) identificación de las obras protegidas cuya vulneración se alega, iii) identificación del material que produce la infracción o que es objeto de la infracción y que debe ser retirado o impedido el acceso al mismo, iv) información suficiente que permita al ISP contactar a la parte reclamante, v) una afirmación por parte del reclamante de que la utilización del material protegido no lo ha sido en virtud de una autorización de su parte, de su representante o por autorización de la ley, y finalmente vii) que la información suministrada en la notificación es rigurosamente cierta y que el reclamante actúa en virtud de una autorización del titular de los derechos de propiedad intelectual cuya vulneración se alega.

VI

CONSIDERACIÓN FINAL: REPRODUCCIÓN ILÍCITA Y OBRAS MUSICALES.

Esta presentación sería incompleta si no dedicamos unos comentarios finales al fenómeno de la piratería. Ese flagelo que de tanto mostrar su iniquidad nos hace temer que todo cuanto hagamos por crear obras, terminará siendo una lucha quijotesca contra molinos de viento.

VI.1. El término *piratería* como concepto jurídico.

Aunque ciertas reminiscencias de la búsqueda de tesoros en los mares profundos, nos tientan la imaginación y nos representan en el esfuerzo primero de la memoria una innoble actividad llevada a cabo por seres de cuerpos sudorosos con espadas en mano y parches en el ojo, incapaces de piedad y plenos de avaricia, la piratería es algo más que eso.

La piratería es un concepto jurídico, que alude a la reproducción ilícita de obras y objeto de los derechos conexos. En el Glosario de la OMPI (Gyorgy Boytha, 1980: 186), se establece que en las esferas del derecho de autor y los derechos conexos se entiende generalmente por *piratería* la reproducción de obras publicadas o de fonogramas por cualquier medio adecuado con miras a la transmisión (distribución) al público y también la reemisión de una radiodifusión de otra persona sin la correspondiente autorización.

Como tal, dicho concepto ha ido siendo incorporado expresamente en distintas normas convencionales de reciente promulgación. Los ADPIC, por ejemplo, tienen por lo menos tres

referencias al término piratería: i) en el artículo 51 referido a la suspensión del despacho de aduana por las autoridades aduaneras, se habla de **mercancía pirata**, ii) en el artículo 61 relacionado con los procedimientos penales, se señala expresamente que los miembros establecerán procedimientos y sanciones al menos para los casos de falsificación dolosa de marcas de fábrica o de comercio o de **piratería lesiva** del derecho de autor a escala comercial, iii) y el artículo 69, en lo que tiene que ver con la cooperación internacional entre los miembros, se expresa que en particular, promoverán el intercambio de información y la cooperación entre las autoridades de aduanas en lo que respecta al comercio de mercancías de marca de fábrica o de comercio falsificadas y **mercancías pirata** que lesionan el derecho de autor.

Por su parte, la Directiva 2004/84/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual, se refiere al término piratería así: i) *Considerando 9*: [...] la utilización cada vez mayor de Internet permite una distribución instantánea y mundial de los **productos pirateados**. ii) *Considerando 19*: [...] Conviene aplicar una presunción similar a los propietarios de los derechos afines, puesto que suele ser el titular de un derecho afín, por ejemplo un productor de fonogramas, quien trata de defender los derechos y lucha contra los **actos de piratería**, iii) *Considerando 29*: [...] El control de la fabricación de discos ópticos, principalmente por medio de un código de identificación aplicado a los discos fabricados en la Comunidad, contribuye a limitar las infracciones de los derechos de propiedad intelectual en este sector, que es víctima de **la piratería a gran escala**.

VI.2. La piratería y el futuro de la música.

No basta sin embargo conocer su naturaleza jurídica o la rigurosidad semántica de las normas que la aluden, es necesario también en cuanto a la piratería tener conciencia de sus efectos en el ámbito social y económico. Según el reporte 2005 de la IFPI, uno de cada tres discos que se venden en todo el mundo es una copia ilegal, creándose así un mercado paralelo de música pirata estimado en US\$ 4.6. billones, lo cual atenta contra el empleo, acaba con la inversión y genera crimen organizado. Un total de 1.2. billones de discos de música pirata fueron vendidos en el 2004⁷⁴.

De los diez países con mayor índice de piratería en todo el mundo, tres corresponden a América Latina. Son ellos: Brasil, México y Paraguay.

⁷⁴ Datos disponibles en: <http://www.ifpi.org/site-content/antipiracy/piracy-report-current.html>

Brasil tiene un mercado de piratería valorado en 127 millones de dólares y un nivel de piratería del 52%, México tiene un mercado pirata de 181 millones de dólares y un índice de piratería de 60%, mientras que el mercado de Paraguay es de 32 millones de dólares y un índice de piratería del 99%.

Qué hacer entonces ante esa realidad que nos cubre como la enredadera?. La respuesta no puede ser otra que seguir creando, seguir interpretando y ejecutando, seguir grabando, seguir promoviendo campañas públicas de consumo legítimo de música, educando en colegios y liceos, producir lanzamientos de soportes de música en formato masivo, establecer mayores y más efectivos controles aduanales, incluyendo el control posterior del CD-R virgen, aumentar el monto de las penas de prisión por actividades de piratería, aplicar medidas tecnológicas de protección para evitar el uso no autorizado de las obras y objeto de los derechos conexos en redes digitales, y en fin seguir luchando, pues cuando uno no anhela ya combatir más contra los molinos de viento, algo irremediable se apodera del alma del hombre [Sabato, 2004: 19].

Por esa razón, la música hecha tango, habanera, ranchera, vallenato, rumba, mambo, cha- cha- chá, merengue, bolero, samba, jazz, guaracha, calipso, joropo, cueca, reauge, cumbia, carnavalito, bossa nova, pasillo: variaciones rítmicas, hallazgos melódicos, lamentos y celebraciones que hacen el perfil cambiante de un continente⁷⁵, nuestro continente, perdurará a pesar de la piratería y gracias a nuestros sueños de Quijotes. No hay que olvidar para darnos valor en este propósito la novela *La Inmortalidad*, de Milán Kundera. En ella se lee que si Beethoven osó avanzar hacia un grupo de aristócratas sin quitarse el sombrero, eso no significa que ellos eran unos despreciables reaccionarios y él un admirable revolucionario, sino que quienes crean (poemas, sinfonías, estatuas) merecen mayor honor que quienes gobiernan. La creación es más que el poder, el arte más que la política, por eso, a diferencia de las guerras y los bailes de los príncipes, las obras del ingenio son inmortales [Kundera, 1990: 250]

⁷⁵ V.: BALZA, José: "Observaciones y Aforismos", Fundación Polar, Caracas, 2005, p.165.