

CONSIDERACIONES PARA UNA ARMONIZACIÓN DEL DERECHO DE AUTOR Y LOS DERECHOS CONEXOS EN EL MERCOSUR

José Rafael Fariñas Díaz

Abogado con estudios de postgrado en la Universidad Castilla-La Mancha, España, y Universidad Central de Venezuela. Profesor titular del postgrado en Propiedad Intelectual de la Universidad de los Andes, Mérida. Consultor de la CISAC para América Latina en temas de gestión colectiva del derecho de autor. Expositor en eventos nacionales e internacionales sobre derecho de autor y derechos conexos. Director General de la Sociedad de Autores y Compositores de Venezuela, SACVEN.

RESUMEN

Los países miembros del Mercosur, entre ellos Venezuela como miembro pleno ahora, han de tener en cuenta que el crecimiento económico y posicionamiento en los mercados internacionales de bienes y servicios, implica al mismo tiempo la materialización de un proceso paulatino pero eficaz de integración de sus mercados locales.

Desde esa perspectiva, MERCOSUR se convierte en la quinta potencia mundial al concentrar más de 270 millones de habitantes y un Producto Interno Bruto regional de 3,3 billones de dólares. No obstante, además de las repercusiones económicas, también juega un rol de primer orden el compromiso de los Estados Partes de armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes, entre ellas las relativas a la Propiedad Intelectual. Hoy en día la Propiedad Intelectual es uno de los aspectos fundamentales dentro de las negociaciones internacionales, por las repercusiones económicas y sociales que tienen sus dos vertientes: la Propiedad Industrial y el Derecho de Autor y los Derechos Conexos. De allí su necesidad de armonización.

Palabras clave: Mercosur. Propiedad Intelectual. Derecho de Autor. Derechos Conexos. Armonización.

ABSTRACT

Mercosur member countries, including Venezuela as a full member now, have to take into account that economic growth and positioning in international markets for goods and services, at the same time implies the realization of a gradual but effective process of integrating their local markets.

From that perspective, MERCOSUR becomes the fifth world power by concentrating more than 270 million people and a regional GDP of 3.3 billions dollars. However, in addition to the economic impact, also plays a role of prime commitment of States Parties to harmonize their legislation in relevant areas, including those relating to intellectual property. Today the Intellectual Property is one of the fundamental aspects of international negotiations for economic and social impacts that have two fronts: Industrial Property and Copyright and Related Rights. Hence his need for harmonization.

Keywords: Mercosur. Intellectual Property. Copyright. Related Rights. Harmonization.

1. INTRODUCCIÓN.

1.1. Breve cronología de un ingreso demorado

Venezuela ha recorrido un largo camino en su pretensión de ingresar al Mercador Común del Sur, MERCOSUR, como miembro pleno. Desde el principio hubo negativas a lo interno del bloque sub-regional, especialmente de Paraguay, quien se opuso desde el momento mismo en que ésta solicitó el ingreso.

La incorporación de Venezuela al bloque regional fue aprobada en 2006 a nivel presidencial pero el Parlamento paraguayo -dominado por la oposición al gobierno del entonces presidente Fernando Lugo- fue el único que no ratificó la decisión¹. Si bien es

¹ V.: Información disponible en la página Web: <http://bit.ly/TBLpVJ>. Consultada el 20/10/2012

cierto que el ingreso ya había sido decidido por los presidentes de los países del bloque, la falta de aprobación por parte del Senado paraguayo daba al traste con las aspiraciones de Venezuela, pues tal circunstancia rompía con la unanimidad requerida en el capítulo 4, artículo 20, del Tratado de Asunción².

Sin embargo, las circunstancias políticas y un hecho interno como lo fue la destitución del presidente Fernando Lugo³, el 22 de junio de 2012, allanó el camino para que el ingreso se produjera de manera imprevista.

En efecto, tras la destitución del Presidente Fernando Lugo por parte del senado paraguayo, se produjeron paralelamente dos decisiones relevantes en el seno de MERCOSUR: la suspensión de Paraguay y la entrada de Venezuela como miembro pleno.

En la resolución leída por la Presidenta de Argentina, Cristina Fernández, a nombre del Consejo del MERCOSUR, anunció⁴ ambas decisiones el 29 de junio de 2012, así:

“La hermana República de Paraguay queda suspendida temporalmente hasta que se lleve a cabo el proceso democrático en el país, hasta que unas elecciones libres y democráticas elijan el nuevo presidente”

“Queremos fijar fecha para la incorporación de Venezuela al Mercosur, el 31 de julio en Río de Janeiro" (...) Es para los presidentes, que hemos adoptado de común acuerdo esta decisión, un gran honor y gran responsabilidad”

Esa decisión de los países del MERCOSUR –salvo Paraguay por estar suspendido– se materializó finalmente el 31 de julio de 2012, en Brasilia, Brasil, cuando los presidentes de Argentina, Brasil y Uruguay formalizaron el ingreso de Venezuela como miembro

² V.: Tratado de Asunción: Capítulo 4, artículo 20: “El presente Tratado estará abierto a la adhesión, mediante la negociación, de los demás países miembros de la Asociación Latinoamericana de Integración, cuyas solicitudes podrán ser examinadas por los Estados partes después de cinco años de vigencia de este Tratado. *La aprobación de las solicitudes será objeto de decisión unánime de los Estados partes*”. (Énfasis añadido)

³ V.: Diputados destituyen de su cargo al Presidente de Paraguay, Fernando Lugo. Mayor información en el sitio Web: <http://bit.ly/Tz4tYq>. Consultada el 20/10/2012.

⁴ V.: Mercosur suspende a Paraguay hasta las nuevas elecciones. Mayor información en la página Web: <http://bit.ly/LAQjO9>. Consultada el 11/10/20

pleno, y en consecuencia asumió ésta la obligación de adaptarse, en un plazo de cuatro años, a toda la normativa comercial del bloque sub-regional⁵.

1.2. El compromiso general que asume Venezuela como miembro pleno

Tal como lo establece el preámbulo del Tratado de Asunción, la ampliación de las actuales dimensiones de sus mercados nacionales, a través de la integración, constituye una condición fundamental para acelerar sus procesos de desarrollo económico con justicia social.

Eso significa que los países miembros, entre ellos Venezuela ahora, han de tener en cuenta que el crecimiento económico y posicionamiento en los mercados internacionales de bienes y servicios, implica al mismo tiempo la materialización de un proceso paulatino pero eficaz de integración de sus mercados locales.

Desde esa perspectiva, MERCOSUR se convierte en la quinta potencia mundial al concentrar 270 millones de habitantes y un Producto Interno Bruto regional de 3,3 billones de dólares⁶.

Ahora bien, no sólo implica armonizar desde el punto de vista económico sino también llevar a cabo las revisiones y ajustes en los derechos y obligaciones de las partes, y en sus legislaciones en las áreas pertinentes, entre ellas, decimos nosotros, las relativas al Derecho de Autor y los Derechos Conexos. Esta filosofía debe corresponderse con la propia filosofía del Mercado Común que no es otra que la reciprocidad en derechos y obligaciones.

De manera que una de las obligaciones generales de Venezuela, como miembro pleno ahora del MERCOSUR, es dar cumplimiento a las disposiciones del artículo 1 del Tratado de Asunción, que establece entre otras disposiciones, la siguiente:

⁵ V.: Venezuela ingresa formalmente como miembro pleno al Mercosur. Información disponible en el sitio Web: <http://bit.ly/MwM5te>. Consultada el 12/10/2012.

⁶ V.: Información disponible en la página Web: <http://bit.ly/MwM5te>. Consultada el 12/10/2012.

“(…) Este Mercado Común implica: El compromiso de los Estados Partes de armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes, para lograr el fortalecimiento del proceso de integración”.

En el campo del derecho de autor y los derechos conexos ese compromiso es ineludible, pues se trata de la protección de obras literarias y artísticas, y de interpretaciones, ejecuciones, producciones fonográficas y emisiones de radiodifusión, las cuales en conjunto constituyen un sector de gran importancia económica dentro del Producto Interno Bruto Regional.

1.3. Las industrias creativas en el Mercado Común del Sur

Existen trabajos que dan cuenta de la importancia económica – y por ende de su contribución al Producto Interno Bruto- de las industrias culturales y especialmente de las relacionadas con el derecho de autor y los derechos conexos. Un estudio para MERCOSUR y Chile determinó que la participación de las actividades protegidas por el derecho de autor en el valor agregado de los países es similar en Argentina, Brasil y Uruguay. En Argentina esa participación fue del 6,6% en 1993, en Brasil 6,7% en 1998, y en Uruguay alrededor del 6% en 1997. En Chile y Paraguay la contribución de las industrias creativas es inferior: 2% en Chile y 1% en Paraguay⁷.

En lo que respecta a Venezuela, un estudio llevado a cabo por Carlos Enrique Guzmán Cárdenas, Yesenia Medina y Yolanda Quintero Aguilar, titulado: *La dinámica de la cultura en Venezuela y su contribución al PIB*, auspiciado por el Convenio Andrés Bello, indica que la contribución al PIB de las actividades económicas características de la cultura en el 2002 fue de 1,70%, las relacionadas con la cultura 5,0% y con servicios de enseñanza 6,40%⁸.

Por otra parte, el informe económico de la Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores, CISAC, correspondiente al año 2010, tiene cifras

⁷ V.: OMPI/UNICAMP: “*Estudio sobre la importancia económica de las industrias y actividades protegidas por el derecho de autor y los derechos conexos en los países del MERCOSUR y Chile*”, 2001, p. 4.

⁸ V.: PIEDRAS, Ernesto: “*Impacto de las industrias culturales en las economías de América Latina*”, en Diagnóstico de Derecho de Autor en América Latina: UNESCO/CERLALC. Primera edición digital, octubre 2011.

reveladoras de la importancia económica del derecho de autor a escala global: 232 sociedades de autores miembros alcanzaron recaudaciones totales por un monto de 7.545 millones de euros, lo que significó un incremento del 5% respecto a las cifras de recaudación del 2009⁹.

A pesar de la afirmación de Yúdice en el 2002¹⁰, en el sentido de que tomando en cuenta el carácter transnacional de buena parte de la producción y distribución culturales, sobre todo en la música y entretenimiento, es improbable que la protección de la cultura pueda ser legislada con eficacia por los estados nacionales, el estudio económico de CISAC evidencia que el mayor crecimiento ocurrió en América Latina con un 21% respecto al 2009, de los cuales corresponden a América del Sur la suma de 254 millones de euros, una recaudación per cápita de 0,65 euros, siendo la media mundial el 4,22.

2. EL DERECHO DE AUTOR Y LOS DERECHOS CONEXOS EN EL MERCOSUR

2.1. Hacia un protocolo de armonización.

El objeto de protección del derecho de autor son las obras del ingenio de carácter creador ya sean literarias, artísticas o científicas, cualquiera sea su género, forma de expresión, mérito o destino.

En el caso de los derechos conexos, por su parte, son las interpretaciones o ejecuciones artísticas, las producciones fonográficas y las emisiones de radiodifusión.

En ese marco, hay que desarrollar pues cualquier iniciativa de armonización legislativa en esta materia. Además, hay que tener presente que en las cinco leyes sobre derecho de autor y derechos conexos de los países del Mercosur –incluyendo a Paraguay, ahora suspendido- hay diferencias no solamente desde el punto vista temporal, de su entrada en vigencia, sino también en instituciones que aplican en un mercado local, como

⁹ V.: CISAC: *Informe económico 2010*. Información disponible en la página Web: <http://bit.ly/RtUK6u>. Consultada el 13/10/2012

¹⁰ V.: YÚDICE, George: “*El recurso de la cultura*”. Gedisa, 2002, p. 268.

por ejemplo el sistema de presunción de cesión legal ilimitada de derechos patrimoniales en la Ley Venezolana, y en otros no.

Ante esa situación, lo ideal es repetir el mecanismo del Protocolo de armonización de Normas, aprobado en 1995 en materia de Marcas. En este caso estaría referido a la protección de obras del ingenio, prestaciones artistas, producciones fonográficas y emisiones de radiodifusión.

En efecto, el 5 de agosto de 1995, considerando la necesidad de promover una protección efectiva y adecuada de los derechos de propiedad intelectual en materia de marcas, de indicaciones de procedencia y denominación de origen, el Consejo del Mercado Común del Sur, aprobó el Protocolo de Armonización de Normas sobre Propiedad Intelectual en el MERCOSUR, en materia de Marcas, Indicaciones de Procedencia y Denominaciones de Origen (en adelante el Protocolo, reconociendo la necesidad de promover una protección efectiva y adecuada en esta materia, y establecer para tales fines reglas y principios orientadores de la acción administrativa, legislativa y judicial de cada Estado parte.

No obstante, es importante destacar que el hecho de pertenecer como miembro pleno al bloque regional y haber aprobado este Protocolo, dejó intactas las obligaciones internacionales de cada Estado Parte.

Así, el artículo 2 del Protocolo, establece expresamente lo siguiente:

“Ninguna disposición del presente Protocolo afectará las obligaciones de los Estados partes resultantes de la Convención de París para la Protección de la Propiedad Industrial (Acta de Estocolmo de 1967) o del Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (1994)”

Un eventual Protocolo en materia de derecho de autor y derechos conexos para los países miembros del MERCOSUR, habría de establecer en ese mismo sentido una norma en los siguientes términos:

“Ninguna disposición del presente Protocolo afectará las obligaciones de los Estados Partes resultantes del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (Acta de

parís de 1971), la Convención Internacional Sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión (1961), o del Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (1994)”

El Protocolo en materia de derecho de autor y derechos conexos habría de establecer normas y principios relativos al objeto de protección, la duración del derecho de autor y los derechos conexos, el régimen de presunción de cesión de derechos, en especial el relativo a las obras audiovisuales y a las obras creadas bajo relación laboral o por encargo, disposiciones acerca de la legitimidad de las entidades de gestión colectiva, incorporación de normas en materia de medidas de observancia, así como obligaciones relativas a las medidas tecnológicas y a la información sobre la gestión de derechos, atribuciones de las oficinas competentes en materia de derecho de autor y derechos conexos, el carácter del Registro de obras, etc.

2.2. Algunas diferencias armonizables en las leyes Sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos del MERCOSUR.

2.2.1. Sobre el Objeto de protección

La Ley Sobre el Derecho de Autor de Venezuela (en adelante LSDA) tiene un catálogo enunciativo de obras protegidas, dentro del cual no se contempla a las fotografías. Tratándose una norma de números apertus, podría pensarse que aunque no están allí expresamente señaladas, sin embargo están protegidas como obras. Pero no es así.

Las fotografías están protegidas en Venezuela dentro del capítulo de los derechos afines al derecho de autor¹¹, conjuntamente con las ediciones ajenas o de textos cuando representen el resultado de una labor científica, y la divulgación de una obra no accesible al público dentro del plazo de protección.

¹¹ V.: Artículo 38 de la Ley Sobre el Derecho de Autor.

Esta situación de las fotografías fue corregida temporalmente al adoptarse la Decisión 351 que Contiene el Régimen Común Sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos (en adelante D-351) de la Comunidad Andina, en los siguientes términos:

“**Artículo 4.** La protección reconocida por la presente Decisión recae sobre todas las obras literarias, artísticas y científicas que puedan reproducirse o divulgarse por cualquier forma o medio conocido o por conocer, y que incluye, entre otras, las siguientes: (...) **i)** Las *obras fotográficas* y las expresas por un procedimiento análogo a la fotografía.” (Énfasis añadido).

Con esta disposición de la D-351 se corrigió la norma de la Ley Venezolana y se protegió a la fotografía como obra, y no como derecho afín al amparo del citado artículo 38 de la LSDA.

Sin embargo, el 22 de abril de 2006, Venezuela denunció el Acuerdo y oficializó su retiro del bloque regional, con todas las consecuencias que acarrea, entre ellas la restitución de la aplicación en su totalidad de la Ley de Propiedad Industrial y Ley Sobre el Derecho de Autor, en lugar de la Decisiones 486 y 351, respectivamente¹². En este último caso con la consecuencia de que nuevamente se vuelve al artículo 38 de la LSDA y se deja de lado al artículo 2 de la D-351, situación ésta que pone a dichas obras en una situación de minusvalía respecto al resto de las legislaciones del Mercado Común del Sur, que sí las incluyen dentro del catálogo de obras protegidas por el derecho de autor.

Es realmente extraño que una norma como la del artículo 38 de la LSDA respecto a las fotografías haya sido incorporada en la ley especial venezolana, cuya última reforma es de 1993. Y más cuando el Convenio de Berna, del cual Venezuela forma parte desde 1982¹³, tiene una consagración expresa del objeto de protección y señala que los términos “obras literarias y artísticas” comprenden todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera sea el modo o forma de expresión, tales como (...) las

¹² V.: FARIÑAS, José Rafael: “*El derecho de autor y los derechos conexos en las redes sociales*”, en el Libro memoria del Congreso Internacional: El derecho de autor y los derechos conexos ante las nuevas tecnologías. ¿Intereses compatibles o contrapuestos? Homenaje a Carlos Alberto Villalba, IIDA/APDAYC/AISGE, Lima, Perú, 8-10 de noviembre de 2012, p. 386.

¹³ V.: Publicado en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, número 2.954, Extraordinario del martes 11 de mayo de 1982.

obras fotográficas a las cuales se asimilan las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía¹⁴.

El propio Antequera Parilli, redactor de la LSDA, lo confirma así al señalar que la fotografía y otras formas expresadas por procedimiento análogo, constituyen obras del ingenio en la medida en que guarden los requisitos de las demás producciones protegidas, es decir, una manifestación creativa con características de individualidad¹⁵.

De manera que es pertinente la armonización para incorporarlas como obras protegidas y no como objeto de derechos afines, tal como ha quedado expresado.

Por su parte, el artículo 1 de la Ley Argentina 11.723 Sobre Derecho de Autor, establece lo siguiente:

“**Artículo 1:** A los efectos de la presente Ley, las obras científicas, literarias y artísticas comprenden los escritos de toda naturaleza y extensión, entre ellos los programas de computación fuente y objeto; las compilaciones de datos o de otros materiales; las obras dramáticas, composiciones musicales, dramático-musicales; las cinematográficas, coreográficas y pantomímicas; las obras de dibujo, pintura, escultura, arquitectura; modelos y obras de arte o ciencia aplicadas al comercio o a la industria; los impresos, planos y mapas; los plásticos, fotografías, grabados y *fonogramas*, en fin, toda producción científica, literaria, artística o didáctica sea cual fuere el procedimiento de reproducción” (Hemos destacado).

Lo relevante acá es la circunstancia de que a pesar de no ser una obra del ingenio¹⁶, el fonograma está incluido en el catálogo de obras protegidas por el derecho de autor, lo cual es un contrasentido.

Acerca de esta inclusión –dicen Lipszyc y Villalba- *los impresos y los fonogramas* no son dos categorías o clases de obras; *impreso* es el resultado de un modo de fijación por

¹⁴ V.: Artículo 2 del Convenio de Berna Para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas.

¹⁵ V.: ANTEQUERA PARILLI, Ricardo: “*Derecho de Autor*”, Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual, 2da edición, Caracas, 1998, tomo I, p. 354.

¹⁶ V.: El artículo 3 de la Convención de Roma define al Fonograma como: toda fijación exclusivamente sonora de los sonidos de una ejecución u otros sonidos. Posteriormente, en el Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, OMPI, sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT), se incluyen en la definición las representaciones de sonidos que no sea en forma de una fijación incluida en una obra cinematográfica o audiovisual.

presión, y *fonograma* es toda fijación exclusivamente sonora de los sonidos de una ejecución o de otros sonidos. Y agregan:

“Sin embargo, puede considerarse que en nuestro país esta cuestión ha perdido virtualidad operativa luego de la aprobación de la Convención de Roma por ley 23.921 (sanción 21/3/1991, promulgación 15/4/1991, B.O. de 24/4/1991)”¹⁷.

Hoy en día estas cuestiones han quedado saldadas con la adopción de la Convención de Roma, que es el instrumento internacional por excelencia para la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión, titulares todos de derechos conexos, no de derecho de autor.

2.2.2. Sobre la exigencia del Registro en el derecho de autor.

El artículo 5. 2) del Convenio de Berna establece que:

“El goce y el ejercicio de estos derechos no estarán subordinados al ejercicio de ninguna formalidad y ambos son independientes de la existencia de protección en el país de origen de la obra”.

Como lo señala Masouyé, el término “formalidad” debe interpretarse en el sentido de condición cuyo cumplimiento es necesario para la validez del derecho. Se trata, por lo general, de requisitos de carácter administrativo impuestos por la legislación nacional y cuyo incumplimiento entrañaría la pérdida del derecho o la ausencia de protección: por ejemplo, el depósito de un ejemplar de la obra, el registro de ésta en un establecimiento público o en una oficina administrativa de cualquier clase, el pago de tasas de inscripción, aisladamente o en conjunto¹⁸

Por su parte, el artículo 57 de la Ley Argentina 11.723 establece que es obligatorio para el editor depositar ante el Registro Nacional de Propiedad Intelectual tres ejemplares de toda obra publicada, dentro de los tres meses siguientes a su aparición.

¹⁷ V.: VILLALBA, Carlos A - LIPSZYC, Delia: “*El Derecho de Autor en la Argentina*”, LA LEY, 2001, p.p 234-235.

¹⁸ V.: MASOUYÉ, Claude: “*Guía del Convenio de Berna*”, OMPI, 1978, p. 35.

El depósito de las obras, hecho por el editor, garantiza totalmente los derechos de autor sobre su obra y los del editor sobre su edición, señala el artículo 62. Y a renglón seguido, el artículo 63 reza:

“La falta de inscripción trae como consecuencia *la suspensión del derecho del autor* hasta el momento en que la efectúe, recuperándose dichos derechos en el acto mismo de la inscripción, por el término y condiciones que corresponda, sin perjuicio de la validez de las reproducciones, ediciones, ejecuciones y toda otra publicación hechas durante el tiempo en que la obra no estuvo inscripta”.
(Destacado nuestro)

Paradójicamente, cabe destacar que esta norma de la ley 11.723 aplica sólo para todas las obras publicadas por primera vez en territorio argentino, pues así lo consagra el artículo 13 ejusdem¹⁹, con lo cual hay una especie de minusvalía de la obra nacional respecto de la extranjera.

En efecto, si bien el artículo 13 indica que se aplican también las disposiciones de la Ley 11.723 a las obras publicadas en países extranjeros, no es menos cierto que hace la salvedad expresa que respecto de éstas no se aplicará el artículo 57 de referida Ley, el cual consagra, como ya hemos indicado, la obligatoriedad del registro de la obra publicada ante el Registro de la Propiedad Intelectual, so pena de suspensión del derecho de autor.

De ello se deriva –dicen Lipszyc y Villalba- una inequidad mayúscula respecto de las obras nacionales, además de que resulta un evidente anacronismo por las consecuencias que se vinculan con el ejercicio exclusivo del derecho, porque una cuestión es imponer una obligación administrativa y la consecuente sanción económica y otra muy distinta es suspender el carácter exclusivo del derecho patrimonial del autor²⁰.

Esta norma de la Ley argentina no se corresponde con las normas referidas al mismo tema en las legislaciones en materia de derecho de autor y derechos conexos del resto de los países del Mercosur.

¹⁹ V.: Ley 11.723, artículo 13: “Todas las disposiciones de esta Ley, *salvo las del artículo 57*, son igualmente aplicables a las obras, científicas, artísticas y literarias, publicadas en países extranjeros, sea cual fuera la nacionalidad de sus autores, siempre que pertenezcan a naciones que reconozcan el derecho de propiedad intelectual”. (destacado nuestro).

²⁰ V.: LIPSZYC, Delia- VILLALBA, Carlos: Op Cit. P. 256.

En éstos, el registro es meramente declarativo y no constitutivo de derechos. La fórmula es, como lo establece la Ley De Derecho de Autor y Derechos Conexos del Paraguay, la siguiente:

“Artículo 152: El registro es meramente declarativo y no constitutivo, de manera que su omisión no perjudica el goce ni el ejercicio de los derechos reconocidos por la presente ley”.

Esta norma, con algunas variantes pero con igual significado se repite en el artículo 18 de la Ley Brasileña, en el artículo 107 de la LSDA venezolana, y 53 de la Ley Uruguay.

En estos casos, como afirma la LSDA venezolana, el registro da fe, salvo prueba en contrario, de la existencia de la obra, producto o producción y del hecho de su divulgación o publicación. Se presume, salvo prueba en contrario, que las personas indicadas en el registro son los titulares del derecho que se les atribuye en tal carácter²¹.

2.2.3. Duración del derecho de autor.

El plazo de protección convencional previsto en el artículo 7 del Convenio de Berna, abarca la vida del autor más 50 años después de su muerte.

La disposición convencional anterior difiere en tres supuestos: cuando se trata de obras cinematográficas, obras anónimas o seudónimas, y obras fotográficas.

En el primer caso, los países de la Unión tienen la facultad de establecer que el plazo de protección expire cincuenta años después que la obra haya sido hecha accesible al público con el consentimiento del autor.

En el segundo caso, el plazo de protección concedido por el Convenio de Berna expirará cincuenta años después de que la obra haya sido lícitamente hecha accesible al público.

²¹ V.: Artículo 104 de la Ley Sobre el Derecho de Autor

En cambio, el plazo de protección para las obras fotográficas queda reservado a las legislaciones de los países de la Unión, el cual no podrá ser inferior a un período de veinticinco años contados desde la realización de tales obras²².

Las leyes del Mercosur contemplan los siguientes plazos de protección:

Las leyes de Brasil, Paraguay y Argentina la vida del autor más 70 años después del fallecimiento (artículos 41, 47, y 5, respectivamente).

Uruguay: 50 años post mortem (artículo 14), y Venezuela 60 años (artículo 25)

2.2.4. La presunción de cesión ilimitada de derechos patrimoniales en las obras bajo relación laboral y por encargo.

El artículo 59 de la LSDA de Venezuela es muy perjudicial para los creadores y demás titulares de derechos sobre obras y prestaciones.

Está referido a las obras realizadas por encargo y bajo relación de trabajo. Al respecto, consagra expresamente:

“**Artículo 59 LSDA:** se presume, salvo pacto en contrario, que los autores de las obras creadas bajo relación de trabajo o por encargo, *han cedido al patrono o al comitente*, según los casos, y en forma ilimitada, y por toda su duración el derecho exclusivo de explotación definido en el artículo 23 y contenido en el título II de esta ley.”. (énfasis añadido).

Esta fórmula, que se ha repetido con algunas variantes en leyes de la región, tiene dos supuestos: que se trate de obras creadas en el marco de una relación de trabajo, u obras realizadas en virtud de un encargo expreso.

Este artículo consagra, respecto a las obras por encargo o creadas bajo relación de trabajo, una presunción legal de cesión ilimitada de derechos de explotación a favor de patronos y comitentes, la cual comporta para ambas categorías de titulares derivados las siguientes facultades exclusivas:

²² V.: Art. 7, 4) del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas

- a) Divulgar la obra. Esta divulgación puede efectuarse a través de cualquier procedimiento conocido o por conocerse que permita la difusión de los signos, las palabras o las imágenes.
- b) Hacer o autorizar traducciones, adaptaciones, arreglos y otras transformaciones de la obra (Art. 21 de LSDA).
- c) Emplear o consentir el empleo del título de la obra objeto del encargo o que ha sido creada bajo relación laboral (Art. 24 ejusdem).
- d) Defender los derechos morales correspondientes a la persona física que creó la obra en cuanto sea necesario para la explotación económica de ésta.

La realidad de contar en Venezuela con disposiciones como las consagradas en el artículo 59 a favor de patronos y comitentes nos coloca en situaciones bien concretas de autores que suscriben diariamente contratos con grandes usuarios (agencias de publicidad, empresarios artísticos, organismos de radiodifusión) a través de los cuales se llevan a cabo cesiones ilimitadas de derechos de explotación donde la participación del autor es nula porque también el precio forma parte de la “oferta” global hecha por el comitente, materializándose así una gran injusticia debido a la ulterior desproporción que surge entre los beneficios derivados de la explotación de la obra, y el precio pagado al autor por su creación.

Ahora bien, ¿acaso no existen mecanismos jurídicos para poner reparo a estas situaciones injustas? La respuesta es sí los hay.

Antequera Parilli, tras reconocer que la función tutelar del derecho de autor permite la elaboración de fórmulas más justas, enumera de seguidas tres soluciones²³ consagradas en legislaciones iberoamericanas:

- a) Titularidad del derecho patrimonial en partes iguales entre el autor y quien encarga la obra, salvo pacto en contrario.
- b) Reconocimiento al autor, además de la remuneración pactada, el derecho a obtener una participación por la utilización pública de la obra.

²³ ANTEQUERA PARILLI, Ricardo: “*Las obras creadas por encargo y bajo relación de trabajo*”, en el libro-memorias del II Congreso Iberoamericano de de derecho de autor y derechos conexos, Lisboa, 1994, Tomo I, p. 109.

- c) La posibilidad para el autor de pedir una revisión del contrato si hay una desproporción entre la remuneración convenida y las utilidades derivadas de la explotación, de acuerdo a las modalidades previstas en las respectivas leyes.

Respecto a este asunto, nosotros creamos que en una eventual armonización es necesario separar las normas que tienen que ver con obras por encargo de las que se crean en el marco de un contrato de trabajo.

En el primer caso, la cesión debe atenerse a lo establecido en el contrato de comisión y respecto a la remuneración, para evitar posibles desproporciones entre la remuneración pactada y los beneficios obtenidos por el cesionario, ha de establecerse una acción de revisión por remuneración no equitativa. La facultad del autor de pedir la revisión del contrato ha de poder ejercitarse dentro de un plazo no menor a diez (10) años siguientes al de la cesión.

En el segundo, el régimen de cesión al patrono ha de atenerse a lo establecido en el contrato escrito que regula la relación laboral. A falta de pacto escrito, se presumirá que los derechos de explotación han sido cedidos en exclusiva y con el alcance necesario para el ejercicio sólo de la actividad habitual del patrono en el momento de la entrega de la obra realizada en virtud de dicha relación laboral.

En ningún caso, podrá el patrono usar la obra o disponer de ella para un sentido o fin distintos a lo previsto en los dos apartados anteriores.

En el ámbito del Mercosur, una norma referencial es la del artículo 14 de la Ley Paraguaya, que recoge con algunas variantes esta posición que a su vez es la fórmula adoptada por el legislador español sobre esta materia.

“Artículo 14: Salvo lo dispuesto en los artículos 13, 62 y 69 de esta Ley, en las obras creadas en cumplimiento de una relación laboral o en ejecución de un contrato por encargo, la titularidad de los derechos que puedan ser transferidos se regirá por lo pactado entre las partes.

“A falta de estipulación contractual expresa, se presumirá que los derechos patrimoniales sobre la obra han sido cedidos al patrono o al comitente, según los casos, en la medida necesaria para sus actividades habituales en la época de la creación, lo que implica, igualmente que el empleador o el

comitente, según corresponda, cuenta con la autorización para divulgar la obra y ejercer los derechos morales en cuanto sea necesario para la explotación de la misma”.

2.2.5. La protección de las expresiones del folklore.

En el artículo 3 de la Convención de Roma Sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión, referido a las definiciones, hay una que señala expresamente lo que ha de entenderse como “artista intérprete o ejecutante”, indicando que es todo actor, cantante, músico, bailarín u otra persona que represente un papel, cante, recite, declame, interprete o ejecute en cualquier forma una obra literaria o artística.

Es decir, son prestaciones efectuadas a partir de la existencia previa de una obra del ingenio, con lo cual el ámbito de definición se reduce sólo a aquellas personas físicas que de cualquier forma interpreten o ejecuten manifestaciones creativas, salvo lo previsto en el artículo 9 de la propia Convención que permite a las legislaciones nacionales extender la protección a artistas que no ejecuten obras literarias o artísticas.

Sin embargo, esta definición fue ampliada en el artículo 2 del Tratado de la OMPI Sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas de 1996²⁴, agregando al final del citado artículo 3 de la Convención de Roma, “...o *expresiones del folklore*” (énfasis añadido), con lo cual se entiende que por vía convencional se extiende la protección y se considera artista no sólo a quien ejecuta obras en sentido estricto, sino también a los que ejecutan expresiones del folklore, con lo cual se está dejando también muy claro que una cosa son las obras, literarias o artísticas, y otra diferente son las expresiones del folklore.

Éste es pues un tema recurrente en las discusiones internacionales sobre propiedad intelectual: ¿cuál ha de ser el régimen de protección más adecuado para las *expresiones del folklore*? ¿Es la pertinente o no proteger las expresiones del folklore bajo el sistema del derecho de autor? A tal efecto, habría que precisar conceptualmente qué ha de entenderse

²⁴ V.: “Artículo 2: “Artistas Intérpretes o Ejecutantes: todos los actores, cantante, músicos, bailarines u otras personas que represente un papel, canten, reciten, declamen, interpreten o ejecuten en cualquier forma obras literarias o artísticas *o expresiones del folklore*”. (destacado nuestro)

por expresiones del folklore y que esa definición tenga alguna correspondencia con el objeto de protección del derecho de autor, esto es, obras literarias o artísticas. En ese sentido, una definición precisa puede ser la prevista en la Ley Paraguaya, en estos términos:

“**Artículo 1, 11)** Expresiones del folklore: las producciones de elementos característicos del patrimonio cultural tradicional, constituidas por el conjunto de obras literarias o artísticas, creadas por autores no conocidos o que no se identifiquen, que se transmitan de generación en generación y que respondan a las expectativas de la identidad cultural tradicional del país o de sus comunidades étnicas”.

Es decir, a los efectos de la protección por el derecho de autor, o a través de una protección *sui generis*, no es relevante el patrimonio cultural tradicional como concepto amplio, sino referido *stricto sensu* a obras del ingenio, que son el objeto del derecho de autor.

En ese sentido, las Disposiciones Tipos para las leyes nacionales sobre la protección de las expresiones del folklore contra la explotación ilícita y otros actos perjudiciales, incluye en ellas: i) las expresiones verbales, ii) las expresiones musicales, iii) las expresiones corporales como la danza y representaciones escénicas, iv) y las expresiones tangibles como las obras de arte, los instrumentos musicales y las obras arquitectónicas.

Sin embargo, en la doctrina²⁵ hay mayor inclinación a una protección “*sui generis*”, en vez de hacerlo en el ámbito del derecho de autor. Esa protección, señala Antequera Parilli, no impediría que en algunos aspectos y conforme a la política legislativa de cada país, existieran normas específicas en la ley interna sobre el derecho de autor, porque ésta sería aplicable, como fue visto, a las obras derivadas del folklore y a las inspiradas en él²⁶.

²⁵ V.: FICSOR, Mihaly: “*Attempts to provide International Protection for Folklore By Intellectual Property Rights*” en el libro-memoria del UNESCO-WIPO World Forum on the Protection of Folklore, Tailandia, 8-10, 1997, p.p 217-224. ANTEQUERA PARILLI, Ricardo: “*Estudios de derecho de autor y derechos afines*, REUS/AISGE, 2007, pp. 521-522

²⁶ V.: ANTEQUERA PARILLI, Ricardo: Op. Cit. p. 522

3. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Como lo señala el tratado de Asunción, la integración en un Mercado Común del Sur implica, entre otros propósitos, la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países; el establecimiento de un arancel externo común y la adopción de una política común con relación a terceros Estados, y la coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales entre los Estados partes.

La consecución de esos propósitos pasa por el fortalecimiento de las legislaciones internas de los Países Partes y sobre todo en su armonización en todos aquellos aspectos relevantes, como es el caso de la Propiedad Intelectual.

En el campo del derecho de autor, cuyo objeto es la protección de obras del ingenio, basta mirar, por ejemplo, el impacto del “boom” latinoamericano en la literatura de los años 60 y 70, con grandes repercusiones internacionales a través de autores como Gabriel García Márquez, Mario Vargas Llosa, Carlos Fuentes, Julio Cortazar, Jorge Luis Borges, Ernesto Sábato, Miguel Angel Asturias, Juan Rulfo o Arturo Uslar Pietri, por mencionar algunos.

La producción en el campo literario ha sido profusa antes y ahora en nuestro continente; no es una cuestión sólo de un “boom”, es una aptitud, un don del nuevo mundo para hacer ficción, y hacerlo bien. Las nuevas generaciones tienen también a su Ricardo Piglia, Roberto Bolaño, Alan Pauls o Alejandro Zambra.

En el caso de la música nadie niega tampoco la importancia de este continente en la industria del entretenimiento, con autores y artistas cuyas obras e interpretaciones forman parte de los catálogos más difundidos a escala global, de nuestros pintores y escultores en el mundo del arte internacional, y en fin el creciente posicionamiento cada vez con mayores niveles de competitividad en sectores industriales como el software o el audiovisual, éste último con productos como las telenovelas, que son los programas más vendidos y vistos en múltiples países alrededor del mundo, y que proceden de países nuestros con gran tradición en este sector, tales como Argentina, Brasil, Venezuela o México.

Todas estas realidades y otras más, justifican la pertinencia de procurar una adecuada legislación en materia de derecho de autor y derechos conexos que sirva como

marco protector de todos estos géneros creativos en sus diferentes estadios de interacción con el mercado.

En el Mercosur no puede ser diferente. Desde allí se han de reafirmar las voluntades políticas para dejar establecidas las bases para una unión cada vez más estrecha entre sus Estados partes. Una unión que potencie, que integre lo mejor de cada uno en función de un posicionamiento económico y social a escala global.

Como dijo Juan Bodino, citado por Carlos Fuentes, América es y el mundo, al fin, está completo. América no es utopía, el lugar que no es. Es topía, el lugar que es²⁷.

²⁷ V.: FUENTES, Carlos. *La gran novela Latinoamericana*. Alfaguara, 2011. P.45

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. *Estudios de derecho de autor y derechos afines*. REUS/AISGE, 2007, pp. 521-522.

- *Las obras creadas por encargo y bajo relación de trabajo*, en el libro-memorias del II Congreso Iberoamericano de de derecho de autor y derechos conexos, Lisboa, 1994, Tomo I, p. 109.
- *Derecho de Autor*. Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual, 2da edición, Caracas, 1998, tomo I, p. 354.

FARIÑAS, José Rafael. *El derecho de autor y los derechos conexos en las redes sociales*, en el Libro memoria del Congreso Internacional: El derecho de autor y los derechos conexos ante las nuevas tecnologías. ¿Intereses compatibles o contrapuestos? Homenaje a Carlos Alberto Villalba, IIDA/APDAYC/AISGE, Lima, Perú, 8-10 de noviembre de 2012, p. 386.

FICSOR, Mihaly. *Attempts to provide International Protection for Folklore By Intellectual Property Rights*, en el libro-memoria del UNESCO-WIPO World Forum on the Protection of Folklore, Tailandia, 8-10, 1997, pp. 217-224

FUENTES, Carlos. *La gran novela Latinoamericana*. Alfaguara, 2011. P.45

GARCIA CANCLINI, Néstor. *Culturas Híbridas. Estrategias para entrar y salir de la modernidad*. Grijalbo. 1989. P. 15.

MASOUYÉ, Claude. *Guía del Convenio de Berna*. OMPI, 1978, p. 35.

OMPI/UNICAMP. *Estudio sobre la importancia económica de las industrias y actividades protegidas por el derecho de autor y los derechos conexos en los países del MERCOSUR y Chile*. 2001, p. 4.

PIEDRAS, Ernesto. *Impacto de las industrias culturales en las economías de América Latina*, en Diagnóstico de Derecho de Autor en América Latina: UNESCO/CERLALC. Primera edición digital, octubre 2011.

VILLALBA, Carlos A - LIPSZYC, Delia. *El Derecho de Autor en la Argentina*. LA LEY, 2001, pp. 234-235.

YÚDICE, George: *El recurso de la cultura*. Gedisa, 2002, p. 268.

REFERENCIAS ELECTRÓNICAS

Negativa. *El Senado paraguayo se opone al ingreso de Venezuela al Mercosur*. Información disponible en la página Web: <http://bit.ly/TBLpVJ>. Consultada el 20/10/2012

Diputados. *Destituyen de su cargo al Presidente de Paraguay*. Más información en el sitio Web: <http://bit.ly/Tz4tYq>. Consultada el 20/10/2012

Mercosur. *Suspenden a Paraguay hasta las nuevas elecciones*. Mayor información en la página Web: <http://bit.ly/LAQjO9>. Consultada el 11/10/20

Venezuela. *Ingreso formal como miembro pleno al Mercosur*. Información disponible en el sitio Web: <http://bit.ly/MwM5te>. Consultada el 12/10/2012

Diagnóstico. *El Derecho de Autor en América Latina*. Disponible en la página Web: <http://bit.ly/RZfUHP>

CISAC. *Informe económico 2010*. Información disponible en la página Web: <http://bit.ly/RtUK6u>.

Consultada el 13/10/2012.

Cifras. *La Potencialidad económica del Mercosur*. Información disponible en la página Web: <http://bit.ly/MwM5te>. Consultada el 12/10/2012.

