



MINISTERIO DE INDUSTRIA Y COMERCIO DE
LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY



ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA
PROPIEDAD INTELECTUAL



SOCIEDAD GENERAL DE
AUTORES Y EDITORES

**XI CURSO ACADÉMICO REGIONAL OMPI/SGAE
SOBRE DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS PARA
PAÍSES DE AMÉRICA LATINA:
“El derecho de autor y los derechos conexos en el entorno digital”**

organizado por
la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)
conjuntamente con
la Sociedad General de Autores y Editores (SGAE) de España
y
el Ministerio de Industria y Comercio de la República del Paraguay

Asunción, 7 a 11 de noviembre de 2005

EL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC Y LOS TRATADOS DE LA OMPI SOBRE DERECHO
DE AUTOR (TODA/WCT) Y SOBRE INTERPRETACIÓN O
EJECUCIÓN Y FONOGRAMAS (TOIEF/WPPT)
(La adaptación de las legislaciones nacionales y la experiencia en los países latinoamericanos)

*Documento preparado por el Sr. Ricardo Antequera Parilli, Abogado, Presidente de honor,
Instituto Interamericano de Derecho de Autor (IIDA), Caracas*

I. ACLARACIÓN INICIAL

1. El análisis de la legislación comparada sobre la adaptación de las legislaciones nacionales a los nuevos instrumentos internacionales en materia de derecho de autor y derechos conexos es de suma dificultad, pues en ocasiones esa adecuación no se encuentra en las legislaciones nacionales específicas sobre la materia, sino en otras leyes, tales como en los códigos penales o aduaneros, o las relativas a telecomunicaciones, delitos informáticos u otros textos normativos, de modo que este trabajo apenas sirve de referencia, en el entendido de que serán las intervenciones de los participantes de cada uno de los países quienes ayuden a completarlo.

2. Por otra parte, aunque se nos ha asignado el estudio de las legislaciones de América Latina y el Caribe, hemos considerado que el ámbito del estudio se limita a aquellos países iberoamericanos, de lengua castellana o portuguesa, y no a los países caribeños de habla francesa, holandesa o inglesa, porque la tarea investigativa desbordaría el tiempo asignado para la elaboración de este estudio.

II. ESTADO DE LAS RATIFICACIONES AL TRATADO DE LA OMC

3. De acuerdo al estado de ratificaciones que informa la Organización Mundial del Comercio (OMC)¹, todos los países latinoamericanos son miembros de esa organización, de modo que están obligados por el Acuerdo sobre los Aspectos de los derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), como Anexo 1C que es del Tratado de esa organización.

III. ESTADO DE LAS RATIFICACIONES AL TRATADO DE LA OMPI SOBRE DERECHO DE AUTOR (TODA/WCT)

4. Conforme al estado de las ratificaciones que a la fecha de este trabajo (21-10-2005), ofrece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)², son miembros del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA/WCT), los siguientes países iberoamericanos:

- | | | |
|----------------|---------------|-------------------------|
| a. Argentina | b. Bolivia | c. Chile |
| d. Colombia | e. Costa Rica | f. Ecuador |
| g. El Salvador | h. Guatemala | i. Honduras |
| j. México | k. Nicaragua | l. Panamá |
| m. Paraguay | n. Perú | ñ. República Dominicana |
| o. Uruguay | p. Venezuela | |

¹ http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/org6_s.htm

² http://www.ompi.int/treaties/es/ShowResults.jsp?lang=es&treaty_id=16

IV. ESTADO DE LAS RATIFICACIONES AL TRATADO DE LA OMPI
SOBRE DERECHO INTERPRETACIÓN O EJECUCIÓN
Y FONOGRAMAS (TOIEF/WPPT)

5. También de acuerdo al estado de las ratificaciones que a la fecha de este trabajo, suministra la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)³, son miembros del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (TOIEF/WPPT), los países iberoamericanos siguientes:

a. Argentina	b. Bolivia	c. Chile
d. Colombia	e. Costa Rica	f. Ecuador
g. El Salvador	h. Guatemala	i. Honduras
j. México	k. Nicaragua	l. Panamá
m. Paraguay	n. Perú	ñ. República Dominicana
o. Uruguay	p. Venezuela	

V. LOS TEMAS SUSTANTIVOS DE DERECHO DE AUTOR EN EL ADPIC
Y SU ADAPTACIÓN POR LAS LEYES NACIONALES

Relaciones con el Convenio de Berna

6. El artículo 9,1 del Convenio de Berna dispone lo siguiente:

“Los Miembros observarán los artículos 1 a 21 del Convenio de Berna (1971) y el Apéndice del mismo. No obstante, en virtud del presente Acuerdo ningún Miembro tendrá derechos ni obligaciones respecto de los derechos conferidos por el artículo 6bis de dicho Convenio ni respecto de los derechos que se derivan del mismo”.

7. No obstante, como quiera que todos los países objeto de la encuesta son miembros de la Unión de Berna, la obligación deriva primigeniamente de este último, incluso por lo que se refiere al artículo 6bis, relativo a los derechos morales de paternidad del autor e integridad de su obra.

8. Una visión panorámica de las legislaciones de los países encuestados, así como de sus interpretaciones jurisprudenciales, permite confirmar la adaptación de sus ordenamientos al Convenio de Berna, particularmente por lo que se refiere a las disposiciones sustantivas del texto convencional.

9. No obstante, se presentan algunas discrepancias (o ausencias normativas), entre el Convenio de Berna y dos legislaciones nacionales, a saber:

³ http://www.ompi.int/treaties/es/ShowResults.jsp?lang=es&treaty_id=20

a. Por lo que se refiere a la República Argentina, el tema del registro constitutivo, que si bien no perjudica a las obras extranjeras, por mandato del Convenio de Berna, perjudica a los autores nacionales, configurando lo que la más calificada doctrina de ese país como una “*desigualdad al revés*”⁴, tomando en cuenta que conforme al artículo 5,3 del Convenio de Berna, “*la protección en el país de origen se regirá por la legislación nacional*”.

b. En cuanto a la República de Cuba, algunas de las excepciones al derecho patrimonial, entre ellas las relativas al derecho de reproducción, exceden claramente los límites permitidos conforme a los “*usos honrados*”.

La protección de las formas de expresión

10. Conforme al artículo 2,1 del Acuerdo sobre los ADPIC, la protección por el derecho de autor abarca la expresión de las ideas, procedimientos, métodos de operación y conceptos matemáticos, “*pero no esas ideas, procedimientos, métodos y conceptos en sí*”.

11. En lo que para alguna persona desprevenida pudiera parecer un dispositivo innovador, en verdad no lo es, porque aunque el Convenio de Berna no contenga una disposición similar, ha sido unánime la interpretación convencional, así como pacífica la jurisprudencia y la doctrina, en el sentido de que lo protegido por el derecho de autor es la “*obra*”, como forma de expresión de una idea, y no la idea en sí misma,⁵ aunque no deje de hacerse notar la conveniencia de una disposición aclaratoria en el ADPIC.

12. En todo caso, no puede dejar de resaltarse que una norma como la citada ya aparece expresamente, por ejemplo, en la Decisión 351 de la Comunidad Andina que contiene el Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos (vinculante para Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela), así como en las leyes nacionales de Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, México, Nicaragua, Paraguay, Perú, República Dominicana y Uruguay.

Los programas de ordenador

13. Conforme al artículo 10,1 del texto ADPIC, “*los programas de ordenador, sean programas fuente o programas objeto, serán protegidos como obras literarias en virtud del Convenio de Berna (1971)*”.

14. Ahora bien, dado el carácter meramente enunciativo del listado de obras protegidas de acuerdo al artículo 2,1 del Convenio de Berna (al anteceder dicho catálogo de la expresión “*tales como*”), hace mucho tiempo que a la luz de la jurisprudencia y la doctrina quedó aclarado que el “*software*” es una obra del ingenio protegida por el derecho de autor y que, como tal, encuentra su protección en el marco del Convenio de Berna, tomando en cuenta que

⁴ VILLALBA, Carlos y LIPSZYC, Delia: “*El derecho de autor en la Argentina*”. Ed. La Ley. Buenos Aires, 2001, pp. 256-257.

⁵ Así, el Glosario de la OMPI sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos (Ginebra, 1980), al definir el vocablo “*obra*”, aclara que “*no son obras las reproducciones mentales que no hayan sido elaboradas en una forma específica de expresión, por ejemplo, las meras ideas o métodos*” (Voz 262, p. 268).

dicho instrumento internacional protege a “*todas*” las obras en el dominio literario, artístico o científico; que el listado de obras previsto en el mismo sólo tiene carácter ejemplificativo; y que el programa de ordenador se expresa a través de lenguajes (naturales y artificiales), razón por la cual es una obra literaria o, en todo caso, debe protegerse “*en los mismos términos*” que tales producciones intelectuales.

15. Así, la incorporación expresa en ese contexto de los programas de ordenador, conforme al texto ADPIC, no innova, sino que aclara.

16. Es de hacer notar que mucho antes de la aprobación del texto ADPIC, ya era considerable el número de legislaciones nacionales que reconocían de manera expresa la protección del “*software*” por el derecho de autor, y que tal tutela figuraba también, en tratados regionales y subregionales de Libre Comercio (como en el TLC para América del Norte y en el Tratado del G3 entre Colombia, México y Venezuela).

17. En todo caso, entre las leyes nacionales que mencionan expresamente a los programas de ordenador (programas de cómputo, programas computacionales, programas de computación o programas de computadoras, de acuerdo al estilo de cada texto), se encuentran las de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela, así como en la Decisión 351 del Acuerdo de Cartagena, de aplicación directa en todos los países miembros de la Comunidad Andina.

18. Por lo que se refiere a Cuba, una destacada comentarista de ese país ha afirmado que “*gracias al carácter abierto de la enumeración de las obras protegidas, contenidas en el Artículo 7 de nuestra legislación autoral vigente, ha sido posible que, sin necesidad de una mención expresa, se considera que los programas de ordenador están protegidos por el derecho de autor*”⁶.

Las compilaciones de datos

19. El artículo 10,2 del texto ADPIC, glosando al Convenio de Berna en relación con las colecciones de obras literarias o artísticas (art. 2,5), establece que “*las compilaciones de datos o de otros materiales, en forma legible por máquina o en otra forma, que por razones de la selección y disposición de sus contenidos, constituyan creaciones de carácter intelectual, serán protegidas como tales*”, pero “*esa protección, que no abarcará los datos o materiales en sí mismos, se entenderá sin perjuicio de cualquier derecho de autor que subsista respecto de los datos o materiales en sí mismos*”.

⁶ MORENO CRUZ, Marta: “*El proceso de adopción del «Acuerdo de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio» (TRIPS) y su repercusión en materia de Derecho de Autor*”. Trabajo de investigación documental presentado por la profesora Marta Moreno Cruz en el I Curso Internacional para la formación de profesores universitarios en derecho de autor y derechos conexos de América Latina, organizado por el post-grado en Propiedad Intelectual de la Universidad de los Andes (EPI/UULA) y el Instituto Interamericano de Derecho de Autor (IIDA). Mérida, 1999, p. 17.

20. Los cambios de redacción entre el texto ADPIC citado y el artículo 2,5 del Convenio de Berna están en incorporar expresamente en el primero de ellos, no solamente a las colecciones de obras literarias o artísticas (como lo hace el Convenio de Berna), sino también a las recopilaciones de elementos de información que no son obras en sí mismos (efemérides, valores bursátiles, climas, tasas de interés, nóminas empresariales, catálogos de productos, etc.), con la condición de que la selección o disposición de esos datos refleje una creación intelectual.

21. Tampoco en este caso el ADPIC innova, sino que aclara, porque dado el carácter ejemplificativo del artículo 2,5 del Convenio de Berna (cuando utiliza la expresión “*tales como*”) y también que es obra toda producción del ingenio en el dominio literario o artístico “*cualquiera que sea el modo o la forma de expresión*”, fue pacífica la interpretación doctrinaria y jurisprudencial en el sentido de que dichas compilaciones o bases de datos eran obras protegidas por el derecho de autor, en el contexto del Convenio de Berna, sin necesidad de mención explícita, siempre que, conforme al texto convencional, la selección o disposición de los datos constituyera un acto de creación intelectual.

22. También en este caso la incorporación expresa de las bases de datos en muchas legislaciones nacionales precedió al texto ADPIC, como también ya ocurría en la Decisión 351 de la Comunidad Andina, en el TLC para América del Norte y en el Tratado del G3.

23. Pero como quiera que, por una parte, lo protegido es el modo como se seleccionan o disponen los datos; y, por la otra, que en algunos casos la información compilada puede estar constituida, total o parcialmente por creaciones protegidas, el texto ADPIC aclara que la protección no abarca los datos o materiales en sí mismos, y que la tutela reconocida a la compilación se concede sin perjuicio del derecho de autor que pueda subsistir en relación con los elementos objeto de la recopilación.

24. Entre los textos nacionales de países latinoamericanos donde se hace mención expresa a las bases o compilaciones de datos, a las “*compilaciones de toda clase*” o a “*otras compilaciones*”, según el estilo de cada legislador (recopilen obras literarias o artísticas u otros elementos de información), están los de Argentina, Brasil, Chile, Costa Rica, Cuba, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

El derecho de arrendamiento

25. Con relación al alquiler de los soportes sí se produce una innovación en el ADPIC en comparación con el Convenio de Berna, que no contiene disposiciones expresas en ese sentido, aunque la interpretación jurisprudencial en algunos países haya señalado que el derecho de arrendamiento forma parte del derecho de reproducción, como un “*derecho de destino*” de los ejemplares cuya reproducción se ha autorizado.

26. El artículo 11 del ADPIC reza así:

“Al menos respecto de los programas de ordenador y de las obras cinematográficas, los Miembros conferirán a los autores y a sus derechohabientes el derecho de autorizar o prohibir el arrendamiento comercial al público de los originales o copias de sus obras amparadas por el derecho de autor. Se exceptuará a un Miembro de esa

obligación con respecto a las obras cinematográficas a menos que el arrendamiento haya dado lugar a una realización muy extendida de copias de esas obras que menoscabe en medida importante el derecho exclusivo de reproducción conferido en dicho Miembro a los autores y sus derechohabientes. En lo referente a los programas de ordenador, esa obligación no se aplica a los arrendamientos cuyo objeto esencial no sea el programa en sí”.

27. Al mismo tiempo, el artículo 14,4 del mismo Acuerdo dispone lo siguiente:

“Las disposiciones del artículo 11 relativas a los programas de ordenador se aplicarán mutatis mutandis a los productores de fonogramas y a todos los demás titulares de los derechos sobre los fonogramas según los determine la legislación de cada Miembro. Si, en la fecha de 15 de abril de 1994, un Miembro aplica un sistema de remuneración equitativa de los titulares de derechos en lo que se refiere al arrendamiento de fonogramas, podrá mantener ese sistema siempre que el arrendamiento comercial de los fonogramas no esté produciendo menoscabo importante de los derechos exclusivos de reproducción de los titulares de los derechos”.

28. Ahora bien, en el ámbito latinoamericano, con anterioridad a la entrada en vigencia del texto ADPIC, el derecho de arrendamiento ya figuraba expresamente en las leyes internas de El Salvador, Honduras, Panamá, República Dominicana y Venezuela, a veces por la vía de las medidas preventivas sobre el producido por el alquiler de los ejemplares (Colombia); o sólo con relación a los ejemplares contentivos de fonogramas (Bolivia⁷ y Chile).

29. También el derecho de alquiler ya se encontraba previsto en la Decisión 351 de la Comunidad Andina, de aplicación directa en Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela.

30. Y aún en países cuyas leyes para la época no reconocían expresamente un derecho de arrendamiento, la jurisprudencia se había encargado de aclarar, por ejemplo, que “*el verbo nuclear «distribuir», comprende el arrendamiento de los ejemplares*”⁸.

31. Con posterioridad al ADPIC, el derecho de arrendamiento también fue incorporado de manera expresa, sea como un derecho subjetivo o como tipificación del alquiler no autorizado como delito, en las leyes de Argentina, Brasil, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, México, Nicaragua, Paraguay, Perú y Uruguay.

32. A lo anterior se agrega el carácter meramente ejemplificativo que tienen las modalidades de explotación pertenecientes al autor, como lo reconocen muchas leyes nacionales, entre ellas las que reconocen un derecho general del autor de autorizar la utilización de su obra por terceros (Chile).

⁷ Nótese, sin embargo, que en Bolivia, desde 1993, se aplicaba directamente la Decisión 351 de la Comunidad Andina, que ya reconocía a los autores un derecho exclusivo de alquiler sobre sus obras.

⁸ Juzgado en lo Penal, 6to. Turno (Montevideo, Uruguay), citado por FERNÁNDEZ DOVAT, Eduardo: “*Regímenes penal y procesal penal autorales: experiencias jurisprudenciales*”, en el libro-memorias del III Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos. Montevideo, 1997. Tomo 2, p. 960.

33. En todo caso, vale la pena hacer notar que en ninguno de los sistemas nacionales mencionados, el derecho de arrendamiento se limita a los “*mínimos*” previstos en el ADPIC, es decir, en relación exclusiva a los programas de ordenador y a las obras cinematográficas (así como, en lo que se refiere a los “*derechos conexos*”, a los ejemplares de los fonogramas), sino que se extiende a todos los géneros creativos, de la misma manera que en ninguna de ellas se utiliza la ambigua expresión de “*arrendamiento comercial*” al público de los ejemplares, sino sólo “*alquiler*” o “*arrendamiento*”, a secas⁹.

34. De la relación anterior sólo parece estar en mora con la incorporación del derecho de alquiler, la ley cubana.

La duración de la protección

35. Partiendo de la obligación impuesta por ADPIC a los Estados miembros de la OMC (art. 9,1), en cuanto a aplicar las disposiciones contenidas en los artículos 1 a 21 del Convenio de Berna (salvo el artículo 6 *bis*), incluso por parte de aquellos países que no sean miembros de dicho Convenio, queda allí incluida la de reconocer como plazo mínimo de protección el de cincuenta años “*post mortem auctoris*” (art. 7,1), salvo en los casos en que, conforme al Convenio de Berna, el período de tutela puede calcularse, no a partir del primero de enero del año siguiente a la muerte del autor, sino de aquel en que la obra se realizó (como en las obras fotográficas y las de arte aplicado, art. 7,4), o de aquel en que la obra se hizo accesible al público o fue realizada, según corresponda, como en las obras cinematográficas (art. 7,2) y en las obras anónimas y seudónimas (art. 7,3).

36. Como puede verse, el Convenio de Berna, en los casos en que el cálculo no se realice sobre la base del fallecimiento del creador, toma como punto de referencia a la divulgación (hacer la obra accesible al público), si se trata de obras cinematográficas o anónimas y seudónimas, o a la realización de la obra, si no fue divulgada.

37. Ahora bien, el artículo 12 de ADPIC dispone que “*cuando la duración de la protección de una obra, que no sea fotográfica o de arte aplicada, se calcule sobre una base distinta de la vida de una persona física, esa duración será de no menos de 50 años contados desde el final del año civil de la publicación autorizada o, a falta de tal publicación autorizada dentro de un plazo de 50 años a partir de la realización de la obra, 50 años a partir del final del año de su realización*” (hemos destacado).

38. Dicho de otra manera: mientras el Convenio de Berna toma en cuenta en esos casos la divulgación o la realización de la obra, según corresponda, el texto ADPIC se basa en la publicación y en la realización.

⁹ La expresión “*arrendamiento comercial*” no deja ser redundante o ambigua (según el cristal con que se le mire), porque si lo que se pretende señalar es que debe ser a cambio de un precio, ello forma parte esencial del contrato de arrendamiento; si, por el contrario se quiere decir que debe formar parte de una actividad mercantil: ¿qué pasa si el alquiler al público lo realiza una sociedad benéfica?.

39. La diferencia estriba en que una obra se estima divulgada cuando se ha hecho accesible al público, mientras que, conforme al mismo Convenio de Berna, la obra se entiende publicada, cuando ha sido editada con el consentimiento del autor, cualquiera sea el modo de fabricación de los ejemplares, siempre que la cantidad de éstos puesta a disposición del público satisfaga razonablemente sus necesidades, de acuerdo con la índole de la obra, de modo que no constituye publicación la representación de una obra dramática, dramático-musical o cinematográfica, la ejecución de una obra musical, la recitación pública de una obra literaria, la transmisión o radiodifusión de las obras literarias o artísticas, la exposición de una obra de arte ni la construcción de una obra arquitectónica (art. 3,3).

40. Quiere decir entonces que una obra puede estar divulgada y, sin embargo, no publicada.

41. Si se aplican las disposiciones pertinentes del Convenio de Berna, el plazo se calcula a partir de la divulgación, pero conforme al texto ADPIC el período comienza a correr desde la publicación, lo que puede ocurrir, incluso, mucho tiempo después de la divulgación, por ejemplo, en las obras cinematográficas, cuya puesta a disposición del público de los ejemplares (a través de videocasetes o de discos digitales) se produce meses o años después de su proyección en las salas de cine.

42. La consecuencia práctica estará en que, en ciertos casos, el plazo mínimo se alargará, al aplicar el Acuerdo ADPIC, porque el lapso de cincuenta años comenzará a correr desde una fecha posterior.

43. Sin embargo, no se trata de una incompatibilidad entre ambos instrumentos (aunque la aplicación pueda generar a veces confusiones), ya que el período de protección previsto en el Convenio de Berna tiene, simplemente, un carácter mínimo.

44. La falta de antecedentes escritos sobre el proceso de negociación del ADPIC, impide saber si la sustitución de la divulgación por la publicación fue deliberada o producto de una ligereza de los redactores.

45. En todo caso, cualquier situación dudosa es fácil de resolver en aquellos países cuyas legislaciones han aumentado el plazo de protección, por ejemplo, a 60 años (Venezuela), 70 años (Argentina, Brasil, Chile, Ecuador, Nicaragua, Paraguay, Perú), 75 años (Guatemala, Honduras), 80 años (Colombia) ó 100 años México, porque en cualquiera de esos países siempre se superará el plazo mínimo de protección previsto en cualquiera de los dos instrumentos.

46. Por el contrario, se pueden presentar algunas dudas interpretativas en los países donde la duración se sigue calculando sobre la base de la duración mínima de cincuenta años (Costa Rica, Cuba, El Salvador, Panamá, República Dominicana, Uruguay), en los casos en que dicho plazo de protección “*se calcule sobre una base distinta de la vida de una persona física*”.

Las limitaciones al derecho patrimonial y los “usos honrados”

47. Inspirándose en un principio ya reconocido por el Convenio de Berna para el derecho de reproducción (art. 9,2), el ADPIC dispone que los Estados circunscribirán las limitaciones o excepciones a los derechos exclusivos, a determinados casos especiales que no impidan la explotación normal de la obra ni perjudiquen de modo injustificado los legítimos intereses del titular de los derechos (art. 13), conjunción de elementos que configuran los “usos honrados”.

48. Se trata de una norma que no solamente está dirigida a las limitaciones o excepciones de los derechos exclusivos previstos expresamente en ADPIC, sino de todos los derechos exclusivos reconocidos por la ley cuya protección se invoca, sea en virtud de la aplicación de los artículos 1 a 21 del Convenio de Berna, o bien en razón de otros derechos exclusivos agregados en la legislación nacional.

49. Pero como en toda disposición diferida a las leyes nacionales (salvo en el supuesto donde el propio Convenio de Berna, de manera expresa, reconoce directamente una limitación, que es el caso del derecho de cita, art. 10,1), incluso mediante las condiciones bajo las cuales las leyes pueden establecer límites al derecho (como en los artículos 10,2 y 10 bis), quedará el tema de la apreciación, por parte de cada legislador, en cuanto a las limitaciones o excepciones a los derechos exclusivos, siempre que se ajusten a los “usos honrados” a que se refiere el artículo 13 del Acuerdo, en concordancia con el artículo 9,2 del Convenio de Berna.

50. Como regla general, las limitaciones o excepciones al derecho exclusivo de explotación, en las leyes de los países latinoamericanos (como también en la Decisión 351 de la Comunidad Andina), son muy similares y, en varias situaciones, se sigue de cerca las previstas en el proyecto de disposiciones tipo para las leyes nacionales en materia de derecho de autor elaborado por la Oficina Internacional de la OMPI¹⁰, así como otras contempladas, por ejemplo, en la legislación española.

51. De manera general, puede señalarse que las limitaciones previstas al derecho patrimonial en las leyes de los países latinoamericanos, aunque no todas se hallen en cada una de ellas, están dirigidas a la satisfacción de intereses compatibles con los “usos honrados”, por ejemplo:

a. Por motivos de interés público, como la libre reproducción de obras como prueba en procesos judiciales o administrativos.

b. Por razones que el legislador puede considerar también de “interés general”, como las ejecuciones realizadas en el curso de ceremonias oficiales o religiosas, siempre que los participantes no obtengan ningún provecho; o la reproducción limitada para la preservación o sustitución de ejemplares en bibliotecas públicas.

¹⁰ Documento CE/MPC/1/2-II. Comentarios al proyecto en Documento CE/MPC/1/2-I.

c. Para satisfacer las necesidades colectivas a la información, como la libre difusión de los públicos pronunciados en el seno de organismos públicos deliberantes o en debates judiciales; de las alocuciones o conferencias dictadas en público; de artículos de actualidad de carácter económico, político o religioso; o la libre reseña de obras vistas u oídas durante un evento de actualidad, en la medida necesaria para la información del suceso noticioso, por ejemplo.

d. Para cubrir ciertas necesidades de la enseñanza, como el uso libre de ilustraciones con fines didácticos o las comunicaciones públicas en el seno de instituciones educativas, siempre que no haya un fin lucrativo.

e. Por razones humanitarias, tal el caso de las comunicaciones realizadas para el disfrute de personas discapacitadas, siempre que no haya propósitos de lucro, como también las reproducciones para el uso privado de invidentes, siempre que la reproducción se efectúe mediante el Sistema *Braille* u otro procedimiento específico y las copias no sean objeto de utilización lucrativa.

f. En el interés privado de los usuarios de las obras, pero también para la difusión del conocimiento, la discusión de las ideas y la libertad de crítica, como en el derecho de cita.

g. Igualmente para satisfacer las necesidades particulares de las personas, la libre comunicación de las obras en el seno del “*ámbito doméstico*” siempre que no haya un fin lucrativo.

h. Otras utilizaciones que, en concepto del legislador, puedan resultar “*benignas*” y, en consecuencia, ajustadas a los “*usos honrados*”, como las grabaciones efímeras; la reproducción de obras artísticas situadas permanentemente en lugares públicos; las ejecuciones públicas de grabaciones o de transmisiones en comercio de electrodomésticos, para fines de demostración de la clientela; la utilización de la fotografía de una persona, siempre que tal uso se relacione con fines científicos, didácticos o culturales en general, o con hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieren desarrollado en público; o la remisión simultánea, por cable, de una radioemisión que el emisor original haya tenido derecho a transmitir, entre otros ejemplos.

52. Sin embargo, algunas de las limitaciones al derecho exclusivo contempladas en la ley cubana, pueden atentar contra la explotación normal de la obra o causar un perjuicio injustificado a los legítimos intereses del autor, como la posibilidad de otorgar licencias gratuitas para la utilización de una obra por diversos medios, o la posibilidad de representar o ejecutar una obra, sin autorización del autor ni pago de remuneración, “*siempre que la representación o ejecución no persiga fines lucrativos*”.

VI. LOS TEMAS SUSTANTIVOS DE LOS DERECHOS CONEXOS EN EL ADPIC Y SU ADAPTACIÓN POR LAS LEYES NACIONALES

Relaciones con la Convención de Roma

53. A diferencia de las disposiciones sustantivas sobre derecho de autor, donde el ADPIC da por reproducidos los artículos 1 a 21 del Convenio de Berna (salvo el art. 6 *bis*) y solamente

agrega aquellos aspectos considerados como “*innovadores*”, la cuestión se plantea de manera distinta en relación con los derechos conexos, donde el Acuerdo no hace suya la Convención de Roma, sino que establece directamente como “*principios mínimos*”, los derechos que corresponden a artistas intérpretes y ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión, muy al estilo de la Convención de Roma, pero con algunas variantes.

54. Por supuesto, conforme al artículo 2,2 del mismo Acuerdo, ninguna de sus disposiciones puede ir en detrimento de las obligaciones asumidas por los países miembros en virtud de la Convención de Roma.

Derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes

55. El artículo 14,1 del texto ADPIC reconoce en lo esencial los derechos establecidos en el artículo 7,1 de la Convención de Roma para los artistas intérpretes o ejecutantes, incluso al no establecer el derecho exclusivo de “*autorizar o prohibir*”, sino de “*impedir*” los actos indicados en la norma.

56. No existe disposición en ADPIC que consagre el derecho de los intérpretes o ejecutantes a recibir una remuneración equitativa por la utilización secundaria de los fonogramas que contengan su interpretación o ejecución, como sí lo han hecho la mayoría de las legislaciones nacionales de los países de América Latina que reconocen los derechos conexos de los artistas.

57. El reconocimiento de derechos conexos a los intérpretes o ejecutantes, incluso con un mayor nivel de protección que el previsto en el ADPIC y en la Convención de Roma (y superando en varios casos al Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, como se verá más adelante), aparece en todas las leyes de los países latinoamericanos (y en la Decisión 351 de la Comunidad Andina), con la excepción de Cuba, que en este aspecto se encuentra en mora con el ADPIC, aunque no con la Convención de Roma, de la cual no forma parte, según el estado de ratificaciones publicado por la OMPI¹¹.

Derechos de los productores de fonogramas

58. El artículo 14,2 de ADPIC reproduce el artículo 10 de la Convención de Roma, en cuanto al derecho de los productores de fonogramas de autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta de sus fonogramas.¹²

59. Por otra parte, el artículo 14,4 se remite, “*mutatis mutandis*”, al artículo 11 del mismo Acuerdo, a los efectos de reconocer a los productores de fonogramas “*y a todos los demás titulares de los derechos sobre los fonogramas según lo determine la ley nacional*”, un derecho de arrendamiento sobre las grabaciones sonoras.

¹¹ http://www.ompi.int/treaties/es/ShowResults.jsp?lang=es&treaty_id=17

¹² Se mantiene entonces el espíritu de la Convención de Roma, en cuanto considerar a los intérpretes o ejecutantes como los “*parientes menores*” de los derechos conexos, al tener un derecho de impedir ciertos actos, pero no de autorizar o prohibir, como sí lo tienen los productores fonográficos.

60. Sin embargo, la remisión que hace el artículo 14,4 al artículo 11, se refiere a las disposiciones de este último “*relativas a las obras cinematográficas*” (y no a los programas de ordenador), y precisamente respecto de aquellas obras dicho artículo 11 permite hacer excepción al derecho de alquiler, “*a menos que el arrendamiento haya dado lugar a una realización muy extendida de copias de esas obras que menoscabe en medida importante el derecho exclusivo de reproducción conferido en dicho Miembro a los autores y sus derechohabientes*”.

61. Ambos derechos (reproducción y alquiler), figuran en las legislaciones de todos los países latinoamericanos, con la excepción de Cuba.

Duración de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes y de los productores de fonogramas

62. El plazo mínimo de duración de los derechos de intérpretes y productores, según la Convención de Roma (20 años), es elevado en el ADPIC (siempre como mínimo), a cincuenta años, contados a partir del final del año civil en que se realizó la fijación o tuvo lugar la interpretación o ejecución o la radiodifusión (art. 14,5).

63. La tendencia en América Latina (con la excepción de Cuba, cuya ley no contempla los “*derechos conexos*”), desde mucho antes de la aprobación del Tratado de la OMC (y con ello su Anexo ADPIC), ha sido la de aumentar los plazos de protección a los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes y de los productores fonográficos, por ejemplo, a 50 años como “*plazo mínimo*” en los países de la Comunidad Andina, por mandato de la mencionada Decisión 351 (el cual puede ser aumentado en las respectivas leyes internas de los países miembros), coincidiendo con el previsto por el mismo tiempo en las leyes de Bolivia, El Salvador, Panamá, Paraguay, República Dominicana y Uruguay, pero que aumenta en otros países a 60 años (Venezuela), 70 años (Brasil, Chile, Costa Rica, Ecuador, Nicaragua, Perú), 75 años (Guatemala, Honduras, México) o a 80 años (Colombia), excepto en este último texto que el titular sea una persona jurídica, en cuyo caso la duración es de 50 años.

64. No hay dudas entonces en cuanto a la adaptación (y en muchos casos, superación), de los niveles de protección en el tiempo para los derechos conexos de los artistas intérpretes o ejecutantes y productores de fonogramas, en comparación al ADPIC, con la excepción ya señalada de Cuba.

Derechos de los organismos de radiodifusión

65. Los derechos de los organismos de radiodifusión en el ADPIC (art. 14,3) se inspiran en los contenidos en el artículo 13 de la Convención de Roma, pero se sustituye el derecho de “*autorizar o prohibir*” (Roma) por el de “*prohibir*”, sin que queden claros, al menos para nosotros, los motivos de la sustitución, en lo que parece más una ligereza que una razón de fondo, pues las consecuencias son las mismas.

66. Otro cambio está en que el derecho sobre la retransmisión de las emisiones (Convención de Roma), se cambia por el de la “*radiodifusión por medios inalámbricos de las emisiones*”, de manera que queda excluido como “*derecho mínimo*” el de la retransmisión a través de conductores físicos (televisión por cable), el cual, por el contrario, sí figura en muchas leyes de los países latinoamericanos, incluida la Decisión 351 de la Comunidad Andina, bajo

expresiones como “*la retransmisión de sus emisiones por cualquier medio o procedimiento*” u otras equivalentes (Ecuador, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay) o, al estilo de otros ordenamientos, reconociendo a dichos organismos un derecho de retransmisión de sus emisiones de radiodifusión, sin discriminar si la retransmisión se efectúa en forma alámbrica o inalámbrica (Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, República Dominicana, Venezuela).

67. En cualquier caso, el artículo 14,3 de ADPIC permite que los Estados puedan no reconocer esos derechos, siempre que los titulares del derecho de autor sobre la “*materia*” (sic) objeto de las emisiones, tengan la posibilidad de impedir los actos previstos en esa disposición, “*a reserva de lo dispuesto en el Convenio de Berna (1971)*”.

68. La última frase citada está referida a los casos en que, conforme al Convenio de Berna, el derecho exclusivo del autor a autorizar o prohibir la radiodifusión de sus obras, puede ser sustituido por un régimen de licencia no voluntaria, sujeta al pago de una remuneración equitativa (art. 10, *bis* 2).

69. Es de hacer notar que los derechos de los organismos de radiodifusión figuran en las leyes de la mayoría de los países latinoamericanos, con un plazo de protección de 50 años (Bolivia, Chile, El Salvador, México, Panamá, Paraguay, República Dominicana, Uruguay), 70 años (Brasil, Costa Rica, Ecuador, Nicaragua, Perú), 75 años (Guatemala, Honduras) y 80 años (Colombia, excepto que el titular sea una persona jurídica, en cuyo caso la duración es de 50 años).

70. No hemos ubicado en las legislaciones de Argentina y Cuba dispositivos que reconozcan los derechos de los organismos de radiodifusión.

71. Finalmente, es de hacer notar que algunas leyes incluyen dentro de los organismos de radiodifusión a aquellos cuya emisión de origen se transmite a través del cable, la fibra óptica u otro conductor físico (México), o le otorgan a los emisores originarios por tales medios alámbricos una protección análoga a la reconocida a los organismos de radiodifusión (Ecuador, Paraguay, Perú, República Dominicana), lo que supera los “*derecho mínimos*” establecidos en la Convención de Roma y en el Acuerdo sobre los ADPIC.

Limitaciones a los derechos conexos

72. En relación con los derechos reconocidos a los intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, el artículo 14,6 del ADPIC permite a los países miembros establecer limitaciones, excepciones y reservas en la medida permitida por la Convención de Roma.

73. La razón por la que el mencionado artículo del ADPIC no incluye en su remisión a la Convención de Roma el inciso que se refiere al derecho de alquiler en cabeza del productor fonográfico, se debe a que tal derecho no está contemplado en la citada Convención.

74. Ahora bien, aunque el artículo 15,1 de la Convención de Roma contempla expresamente determinadas excepciones que pueden ser establecidas por las leyes nacionales en relación con los derechos reconocidos en el mismo instrumento, el artículo 15,2 “*iusdem*” dispone que sin perjuicio de lo dispuesto en el primer párrafo, todo Estado Contratante puede

establecer respecto a la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, limitaciones de la misma naturaleza que las previstas en tal legislación nacional con respecto a la protección del derecho de autor.

75. Esta última ha sido la tendencia más generalizada en las legislaciones de los países de América Latina de reciente promulgación, en algunas disponiendo expresamente que “*todas las excepciones y límites establecidos en esta ley para el derecho de autor, serán también aplicables a los derechos conexos*” (u otra frase equivalente) y en otras mediante una disposición más general por la cual “*las normas relativas a los derechos de autor se aplican, en lo que corresponda, a los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes, de los productores fonográficos y de las empresas de radiodifusión*” o alguna expresión similar.

76. No hay comentarios relacionados con la ley cubana ni la argentina, en las cuales no hemos ubicado la protección para los organismos de radiodifusión.

VII. LOS TEMAS ADJETIVOS SOBRE DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS EN EL ADPIC Y SU ADAPTACIÓN EN LAS LEYES NACIONALES

Disposiciones generales sobre la observancia

77. Excede los propósitos de este breve resumen analizar con detalle la extensa Parte III de los ADPIC, relativa a los mecanismos de defensa de los derechos protegidos.

78. De manera general puede señalarse que el articulado correspondiente se dirige a comprometer a los Estados a contemplar y aplicar un conjunto de acciones, medidas y procedimientos eficaces, frente a las infracciones, tanto en el marco del derecho de autor y los derechos conexos, como en el ámbito de los derechos invencionales, marcarios y otros que integran la propiedad intelectual.

79. A pesar de la intención, la Parte III del ADPIC, correspondiente a la observancia, está llena de un conjunto de disposiciones redundantes e innecesarias, especialmente en aspectos que, sin duda alguna, están ya previstos en la legislación adjetiva de cualquier país.

80. Estos aspectos “*elementales*”, se pueden resumir así:

- a. La celeridad procesal.
- b. La eficacia de las resoluciones, con fines preventivos y disuasorios.
- c. La justicia y la equidad como principios fundamentales del proceso.
- d. La participación en el proceso de las partes involucradas.
- e. La fundamentación de las decisiones, conforme a lo alegado y probado en autos.
- f. La posibilidad de revisión de las decisiones administrativas en sede judicial.
- g. La apelabilidad de las sentencias, ante una segunda instancia, al menos de las decisiones iniciales sobre el fondo del caso, pero no necesariamente de las absolutorias dictadas en casos penales.

81. Por ello, dejamos por sentado que todos esos principios se encuentran recogidos en las leyes nacionales de los países latinoamericanos, simplemente a partir de las disposiciones generales contenidas en las leyes procesales comunes.
82. Por el contrario, otras disposiciones operativas sí tienen sentido, dado que la diversidad de los niveles de protección procesal en los distintos países impone la necesidad de que ciertas medidas y procedimientos formen parte de las obligaciones del Acuerdo.
83. Así, vale la pena destacar las previsiones en torno a las acciones inhibitorias, de remoción o destrucción y resarcitoria, las medidas provisionales o cautelares, las prescripciones especiales en relación con la circulación de mercancías en fronteras y el compromiso de contemplar sanciones penales para ciertas infracciones.
84. Nótese, sin embargo, que muchas de esas previsiones de carácter adjetivo pueden estar ubicadas, como normas de carácter general y no solamente para la protección de los derechos intelectuales, en los códigos procesales civiles de cada país, cuyo estudio excede los límites de este trabajo, de modo que centraremos nuestra atención en las leyes sobre derecho de autor (o, en relación con Costa Rica, su ley especial para la observancia de los derechos de propiedad intelectual), sin que la ausencia de normas específicas en esos textos normativos sobre alguno de los aspectos procedimentales previstos en el ADPIC, signifique necesariamente una falta de adaptación del derecho nacional a dicho instrumento.

La acción inhibitoria

85. El Acuerdo de los ADPIC dispone que *“las autoridades judiciales estarán facultadas para ordenar a una parte que desista de una infracción”* (art. 44,1), lo que equivale en el derecho procesal común a una acción de inhibición o prohibición de la conducta ilícita.
86. Los supuestos de esta acción inhibitoria o prohibitoria son que se tenga el temor fundado de la infracción o de que se repita o continúe una violación ya realizada, y la sentencia correspondiente tiene efectos preventivos, cuando se trata del temor fundado de una futura transgresión, o represivos, si la infracción ha comenzado o se teme su repetición.
87. De más está decir que la acción prohibitoria, dirigida a obtener un pronunciamiento definitivo, no impide solicitar –y acordar–, como medida cautelar, el cese o la suspensión inmediata de la actividad infractora, bien porque dicha medida figure expresamente entre las que pueden ordenarse, según la legislación especial sobre derecho de autor, o en virtud de la atribución genérica conferida al Juez, conforme a la ley procesal común, de dictar medidas cautelares innominadas.
88. Por eso se afirma en doctrina que en algunas legislaciones, esta acción (conocida también como de *“cese de la actividad ilícita”*), se encuentra implícita en otras disposiciones adjetivas, entre ellas, las relativas a las medidas cautelares¹³ o bien como necesaria consecuencia de la violación de un derecho de autorizar o prohibir determinada utilización.

¹³ VILLALBA, Carlos y LIPSZYC, Delia: *“El derecho de autor en la Argentina”*. Ob. Cit. p. 288.

89. La acción inhibitoria o de “*cese de la actividad ilícita*” aparece expresamente en algunas legislaciones sobre derecho de autor, a veces como una acción principal y en otras ocasiones como medida cautelar.

90. Bajo una cualquiera de esas dos opciones, la orden de desistimiento de una actividad infractora aparece de modo expreso (en forma amplia o limitada a determinados casos, cuando se prevé como medida precautoria), en las leyes de Argentina, Chile, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela, como también figura en la Decisión 351 de la Comunidad Andina.

91. En Cuba, destaca Moreno Cruz la “*inexistencia de medidas eficaces contra cualquier acción infractora*”, pero que como “*paliativo*” está la Resolución N° 77/93 del Ministerio de Cultura que “*faculta al Director de CENDA a intervenir en los litigios por violaciones de derechos de autor y adoptar medidas cautelares, en los casos de reclamaciones interpuestas por los titulares de los derechos ante una violación de las normas que los protegen, sin perjuicio de la vía judicial civil a la cual pudieran recurrir para la indemnización y responsabilidad civil*”¹⁴.

92. Podría afirmarse entonces que, con los matices relativos al caso cubano, las legislaciones latinoamericanas, sea por previsiones contempladas expresamente en la ley sobre derecho de autor, o bien mediante la aplicación de las normas procesales del derecho común, están adaptadas a las disposiciones del ADPIC por lo que se refiere a la acción de cese de la actividad ilícita.

La acción de remoción y destrucción

93. El artículo 46 del Acuerdo sobre los ADPIC, dispone lo siguiente:

“Para establecer un medio eficaz de disuasión de las infracciones, las autoridades judiciales estarán facultadas para ordenar que las mercancías que se haya determinado que son mercancías infractoras sean, sin indemnización alguna, apartadas de los circuitos comerciales de forma que se evite causar daños al titular del derecho, o que sean destruidas ...”

94. También en este caso, la acción de remoción y destrucción de los ejemplares ilícitos puede ser una consecuencia de la acción de “*cese de la actividad ilícita*”, una derivada del sistema cautelar (previsto en la ley especial o en el derecho adjetivo común) o hallarse prevista como acción autónoma en la propia legislación sobre derecho de autor, a veces en sede judicial penal y en otros textos tanto en los procedimientos civiles como penales.

¹⁴ MORENO CRUZ, Marta: “*El proceso de adopción del «Acuerdo de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio» (TRIPS) y su repercusión en materia de Derecho de Autor*”. Ob. Cit. p. 17.

95. Por lo que se refiere a la legislación especial sobre derecho de autor y derechos conexos, la acción impedir la circulación de los ejemplares ilícitos (sea como medida cautelar, como acción principal o bien como una combinación de ambas figuras), está contemplada, por ejemplo, en las leyes de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela, así como en la Decisión 351 de la Comunidad Andina.

96. Pero nótese que el ADPIC, en el citado dispositivo, dispone que las autoridades “*estarán además facultadas para ordenar que los materiales e instrumentos que se hayan utilizado predominantemente para la producción de los bienes infractores, sean, sin indemnización alguna, apartados de los circuitos comerciales de forma que se reduzcan al mínimo los riesgos de nuevas infracciones*”, lo que quiere decir que el secuestro y la destrucción no sólo alcanza a los ejemplares ilegítimos, sino también a los aparatos, dispositivos o soportes utilizados “*predominantemente*” para la comisión del ilícito.

97. Con variantes entre unas y otras, el secuestro y la destrucción de tales equipos o materiales figura en las leyes de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela, así como en la Decisión Andina 351 de la Comunidad Andina.

98. En algunos sistemas, las medidas de retiro de la circulación de los bienes infractores, de comiso y/o de destrucción (según la terminología empleada por cada legislador), pueden ser decretadas también por las autoridades administrativas competentes en materia de derechos de propiedad intelectual (Ecuador, México, Perú), sin perjuicio de las atribuciones correspondientes a las autoridades judiciales, previstas en la misma ley especial o conforme a las normas procesales del derecho común.

99. Es de hacer notar que si bien es cierto que en algunas de las leyes citadas sólo aparece la figura del “*secuestro preventivo*” de los ejemplares ilícitamente reproducidos, pero no su destrucción, parece lógico que, establecida la infracción, tales materiales tengan ese destino, a menos que el perjudicado solicite que le sean adjudicados, esto último que como opción se establece en algunos ordenamientos nacionales.

100. La destrucción de las maquinarias o equipos utilizados para la reproducción ilegítima puede tener, en algunas legislaciones, ciertas limitaciones, por ejemplo, que se hayan utilizado “*predominantemente*” para la producción de los bienes infractores (El Salvador); que esos aparatos sirvan “*exclusivamente*” para la reproducción ilícita (Panamá, Paraguay) o “*cuando los mismos sirvan únicamente para fines ilícitos*” (Brasil); que los equipos, por su naturaleza, no puedan ser utilizados para una reproducción o comunicación diferente (Venezuela); que si los aparatos no tienen por única finalidad la actividad infractora, se pueda sustituir la destrucción por la entrega de los mismos a instituciones docentes oficiales (Uruguay); que se posibilite su adjudicación al perjudicado, a solicitud de éste (Chile, Guatemala, Panamá, Venezuela) o que sean entregados a “*asociaciones de autores y artistas*” (Nicaragua).

101. También con relación a la acción de remoción y destrucción, hay una plena armonía entre las legislaciones de los países latinoamericanos y el ADPIC (en la mayoría de los casos con mucha antelación al Tratado de la OMC), con la excepción de Cuba, salvo la ya mencionada Resolución N° 77/93 del Ministerio de Cultura que “*faculta al Director de CENDA a intervenir en los litigios por violaciones de derechos de autor y adoptar medidas cautelares*”.

La acción indemnizatoria

102. El artículo 45,1 del ADPIC dispone lo siguiente:

“Las autoridades judiciales estarán facultadas para ordenar al infractor que pague al titular del derecho un resarcimiento adecuado para compensar el daño que éste haya sufrido debido a una infracción de su derecho de propiedad intelectual, causada por un infractor que, sabiéndolo o teniendo motivos razonables para saberlo, haya desarrollado una actividad infractora”.

103. Aunque muchas de las legislaciones sobre derecho de autor y derechos conexos de los países de América Latina que han sido consultadas, prevén la acción resarcitoria (en algunas de ellas indicando los parámetros que deben tomarse en cuenta para el cálculo de los daños o fijando un monto “*mínimo*” por el cual en cualquier caso debe condenarse al infractor, salvo que se pruebe un daño mayor en el caso concreto), es evidente que la obligación de indemnizar al perjudicado por los daños y perjuicios causados deriva de las normas del derecho común por las cuales quien intención, imprudencia, negligencia o impericia cause un daño a otro, debe repararlo.

104. Así las cosas, no creemos que pueda haber alguna legislación en los países del área que deba considerarse en mora con el ADPIC, por lo que se refiere a la obligación de resarcir por los daños causados con la conducta infractora, aunque sea por aplicación de las normas generales de los códigos civiles en materia de responsabilidad por hecho ilícito.

Las medidas cautelares

105. Conforme al ADPIC (art. 50,1), las “*medidas provisionales*” para la observancia de los derechos de propiedad intelectual deben ser rápidas y eficaces, destinadas a:

- a. Evitar que se produzca una infracción.
- b. Preservar las pruebas pertinentes relacionadas con la presunta ilicitud.

106. Las medidas cautelares están tan generalizadas en las legislaciones de los países latinoamericanos, como la acción de remoción o destrucción, y entre las previstas como regla general en las leyes nacionales están (además de la suspensión de toda actividad ilícita y el secuestro de los ejemplares ilícitos y de los equipos o dispositivos empleados para la utilización indebida), las del embargo de los ingresos derivados de la explotación no autorizada y otras que la autoridad estime conveniente, conforme a la misma ley especial o de acuerdo a las normas del derecho adjetivo común.

107. Por lo demás, en algunas leyes, dichas medidas van dirigidas a una “*protección urgente*” (Ecuador, El Salvador, Guatemala, Nicaragua, Panamá), lo que supone una inmediatez entre la solicitud y su concesión.

108. Puede afirmarse que existe una adecuación de las legislaciones nacionales en América Latina a las previsiones del ADPIC por lo que se refiere a las providencias precautorias, con la salvedad de Cuba, salvo la ya anotada acotación relativa a la Resolución N° 77/93 del Ministerio de Cultura que faculta al Director del Centro Nacional de Derecho de Autor (CENDA), a intervenir en los litigios por violaciones de derechos de autor y adoptar medidas cautelares, en los casos de reclamaciones interpuestas por los titulares de los derechos ante una violación de las normas que los protegen.

El procedimiento cautelar anticipado

109. De acuerdo al ADPIC (art. 50,6), las medidas preventivas pueden decretarse y ejecutarse antes de haberse iniciado el procedimiento conducente a una decisión sobre el fondo del asunto, es decir, sin haberse introducido todavía la demanda principal, pero tales providencias deben ser levantadas si dicha demanda no se introduce en un plazo que, a falta de disposición expresa en la legislación aplicable, no puede ser superior a 20 días hábiles o 31 días naturales, si este plazo fuera mayor.

110. Si bien esta figura del procedimiento instructorio anticipado (o de “*medidas cautelares previas al proceso*”), aparece en las leyes procesales generales de muchos países, ha sido incorporada de modo expreso en varias legislaciones sobre derecho de autor y derechos conexos en América Latina (Argentina, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Nicaragua, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay, Venezuela), lo que tiene singular importancia, a los efectos del cumplimiento de los compromisos derivados del ADPIC, cuando ese sistema de “*providencias cautelares preliminares*”, antes del proceso, no figura en el derecho adjetivo común del país respectivo.

Las medidas en frontera

111. El ADPIC contempla un conjunto de facultades y obligaciones en cuanto a la atribución conferida a las autoridades nacionales competentes, con la finalidad de suspender la libre circulación de mercancías en frontera, cuando las mismas contengan marcas falsificadas o constituyan ejemplares ilícitamente reproducidos de obras y demás producciones protegidas por los derechos reconocidos en el mismo Acuerdo (art. 51).

112. Las providencias en frontera son en verdad medidas cautelares específicas, ya que de no iniciarse con posterioridad el procedimiento conducente a una decisión sobre el fondo de la cuestión, debe procederse al despacho de las mercancías objeto de la orden provisional, en los términos previstos en el artículo 55 del mismo ADPIC.

113. El problema para determinar la adaptación o no al ADPIC de las legislaciones nacionales sobre derecho de autor y derechos conexos en relación con estas providencias, está en que las mismas pueden estar ubicadas en otras leyes, como las aduaneras, no siempre de fácil localización o interpretación por un jurista extranjero.

114. Sin perjuicio de su previsión en las leyes aduaneras, las medidas en frontera establecidas en el ADPIC han sido desarrolladas en algunas legislaciones autorales nacionales (Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay), en ciertos casos mediante un texto especial relativo a la observancia de los derechos de propiedad intelectual (Costa Rica), a veces mediante alguna disposición muy general (o en ocasiones, con una remisión a la legislación aduanera) y en otros textos a través de una detallada regulación.

115. En algunos casos, dichas medidas figuran en una ley especial para la adaptación del ordenamiento interno a los compromisos adquiridos en la materia mediante convenios internacionales, como la ley 19.912 de Chile, la cual contiene todo un título relativo a las medidas en frontera para la observancia de los derechos de propiedad intelectual.

116. En otros, las disposiciones se encuentran en las leyes sobre aduanas, por ejemplo, en el artículo 46 del Código Aduanero de la Argentina, cuyo artículo 46 reza así:

“Prohíbese la importación o la exportación de mercaderías bajo cualquier destinación aduanera suspensiva o definitiva, cuando de la simple verificación de la misma resultare que se trate de mercadería con marca de fábrica o de comercio falsificado, de copia pirata o que vulnere otros derechos de propiedad intelectual o de propiedad industrial que al titular le otorgue la legislación nacional”.

117. Asimismo la ley de Aduanas de Bolivia, cuyo artículo 86 reza así:

“La importación de mercancías protegidas por el Acuerdo relativo a los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el comercio, establecidos por la Organización Mundial de Comercio (OMC), se ajustará a las disposiciones generales y principios básicos señalados en dicho Acuerdo.

La administración aduanera, a solicitud del órgano nacional competente relacionado con la propiedad intelectual, podrá suspender el desaduanamiento de la mercancía que presuntamente viole derechos de propiedad intelectual, obtenidos en el país o que deriven de acuerdos internacionales suscritos por Bolivia, ratificados por el Parlamento”.

118. O también Ley Orgánica de Aduanas de Venezuela, cuyo artículo 87 dispone lo siguiente:

“Las autoridades aduaneras deberán, a solicitud del órgano competente en materia de propiedad intelectual, impedir el desaduanamiento de bienes que presuntamente violen derechos de propiedad intelectual obtenidos en el país o derivados de acuerdos internacionales de los que la República sea parte.

El órgano competente en materia de propiedad Intelectual podrá solicitar a la autoridad aduanera, mediante acto motivado, a las autoridades aduaneras el desaduanamiento de la mercancía en cualquier momento, previa presentación de garantía suficiente para proteger al titular del derecho en cualquier caso de infracción, la cual deberá ser fijada por el órgano competente.

Las autoridades aduaneras notificarán al propietario, importador o consignatario de la mercancía cuestionada, la retención de la misma”.

119. Como una solución “*atípica*”, la legislación sobre propiedad industrial ordena aplicar las disposiciones sobre medidas en frontera en ella previstas, a las mercancías infractoras del derecho de autor o los derechos conexos (Panamá).

120. En Colombia, las medidas en fronteras pueden solicitarse como providencia cautelar, siguiendo los procedimientos civiles generales aplicables de acuerdo al Código de Procedimiento Civil, en concordancia con las previsiones de la Decisión 351 de la Comunidad Andina sobre los aspectos procesales.

121. Las limitaciones de información para la elaboración de este trabajo advierten sobre la posibilidad de que las medidas en frontera se encuentren ubicadas en alguna ley que no hayamos podido localizar o que, por el contrario, en algunos de los países latinoamericanos, miembros de la OMC, no se hayan reglamentado en sus legislaciones internas las disposiciones del ADPIC en esta materia, como parece ser el caso de Cuba.

Las sanciones penales

122. El compromiso de sancionar penalmente las principales conductas infractoras del derecho de autor o los derechos conexos, figura en el Acuerdo de los ADPIC (art. 61), cuando dispone:

“Los miembros establecerán procedimientos y sanciones penales 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. Los recursos disponibles comprenderán la pena de prisión y/o la imposición de sanciones pecuniarias suficientemente disuasorias que sean coherentes con el nivel de las sanciones aplicadas por delitos de gravedad correspondiente. Cuando proceda, entre los recursos disponibles figurará también la confiscación, el decomiso y la destrucción de las mercancías infractoras y de todos los materiales y accesorios utilizados predominantemente para la comisión del delito. Los Miembros podrán prever la aplicación de procedimientos y sanciones penales en otros casos de infracción de derechos de propiedad intelectual, en particular cuando se cometa con dolo y a escala comercial”.

123. Lo primero a señalar es la deficiente redacción del dispositivo, toda vez que una cosa es el procedimiento penal (breve u ordinario, oral o escrito), otra las medidas cautelares a dictarse en la instrucción del caso o durante el juicio (cese de la actividad ilícita, secuestro, decomiso), y una distinta las sanciones que se acuerden en definitiva (pena pecuniaria, privación de la libertad o ambas), incluso las accesorias (destrucción, inhabilitación para el ejercicio del comercio), de la misma manera que un tema es el de los “*recursos*” (apelación) y otro el de las “*penas*” (prisión, multas), no obstante lo cual todas esas expresiones figuran mezcladas en la norma comentada, a veces como si fueran sinónimas.

124. El citado artículo 61 descansa sobre dos principios fundamentales, a saber:

- a. Las sanciones deben ser suficientemente disuasivas, entre otras cosas para evitar, en lo posible, nuevas violaciones por parte del infractor o, incluso, por terceros.
- b. La pena debe ser equivalente a la aplicable para otros delitos de similar gravedad.

125. El supuesto de hecho que necesariamente debe ser reprimido penalmente por los países miembros de la OMC, es el de la “*piratería lesiva del derecho de autor a escala comercial*”.

126. Por otra parte, el dispositivo citado establece que “*los recursos disponibles*” (sic), comprenderán “*la pena de prisión y/o la imposición de sanciones pecuniarias suficientemente disuasorias ...*”.

127. Ello quiere decir que:

a. La sanción penal puede ser alternativa (privación de libertad o pena pecuniaria) o acumulativa, en este último supuesto, prisión y multa.

b. En ambos casos, la pena debe ser suficientemente disuasiva, lo que excluye la posibilidad de sanciones penales “*simbólicas*”, como lo serían un simple arresto por breves días o una multa de monto irrisorio.

128. Pero, además, una o ambas penas deben ser “*coherentes con el nivel de las sanciones aplicadas por delitos de gravedad correspondiente*” expresión que, conforme a los considerandos iniciales del propio Acuerdo, parecen tomar en cuenta “*las diferencias entre los sistemas jurídicos nacionales*”, pues no se indican con precisión los niveles de las penas aplicables, sino que se establece un parámetro, el cual a nuestro entender equivale a decir “*penas de equivalentes a los delitos de similar magnitud*”, como los previstos en la ley común para ilícitos como la estafa y el fraude, a veces con agravación punitiva en ciertos supuestos, por ejemplo, si se comete bajo la modalidad de “*delincuencia organizada*” o de “*asociación ilícita*”.

129. En general, las soluciones legislativas en América Latina, por lo que se refiere a la “*piratería*”, van desde la aplicación alternativa de sanciones económicas o privativas de libertad (Paraguay) y las de penas privativas de libertad (Argentina, Costa Rica, Chile, El Salvador, Uruguay, Venezuela); hasta las de aplicación conjunta de ambas sanciones, corporales y pecuniarias (Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Perú, República Dominicana).

130. Por lo que se refiere a Cuba, no figuran sanciones penales en la ley especial sobre la materia y, como lo acota una especialista en la materia de ese país, “*la ley de derecho de autor sólo contiene un artículo de remisión a la legislación penal ante una violación de derecho de autor, disposición ésta totalmente inoperante, al haber sido despenalizadas del Código Penal las conductas lesivas al derecho de autor*”.¹⁵

Las sanciones facultativas

131. Mientras los supuestos de “*piratería*” a “*escala comercial*” deben ser necesariamente reprimidos en sede criminal por las legislaciones de los países miembros de la OMC, otras conductas también pueden ser sancionadas penalmente, conforme al principio de la protección mínima del Acuerdo y al de la autonomía de los legisladores nacionales para reconocer otros derechos o reprimir otras conductas.

¹⁵ MORENO CRUZ, Marta: “*El proceso de adopción del «Acuerdo de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio» (TRIPS) y su repercusión en materia de Derecho de Autor*”. Ob. Cit. p. 17.

132. En ese sentido, el artículo 61 del ADPIC dispone que “*los Miembros podrán prever la aplicación de procedimientos y sanciones penales en otros casos de infracción de derechos de propiedad intelectual ...*” (hemos destacado).

133. Ello permite que las leyes nacionales tipifiquen como delito acciones que lesionen solamente el derecho moral (aunque para el cumplimiento del ADPIC no surjan derechos u obligaciones que se deriven del art. 6bis del Convenio de Berna) o derechos patrimoniales no contemplados en el Acuerdo; o infracciones que no tengan carácter “*comercial*” o no creen distorsiones en el comercio.

134. Es de hacer notar que todas las legislaciones de los países latinoamericanos, con la excepción de Cuba, contemplan como delito otras conductas violatorias a los derechos morales y patrimoniales de los autores, así como infractoras de derechos conexos, distintas de la “*piratería*”, comprendidas muchas que no se cometen a “*escala comercial*”, superando así los “*mínimos*” exigidos por el ADPIC, inclusive por lo que se refiere a las “*sanciones facultativas*”.

VIII. LA SITUACIÓN LEGISLATIVA INTERNA DE LOS PAÍSES LATINOAMERICANOS QUE SE HAN ADHERIDO AL TRATADO DE LA OMPI SOBRE DERECHO DE AUTOR (TODA/WCT)

Relaciones con el Convenio de Berna

135. Los párrafos pertinentes del artículo 1 del TODA/WCT disponen lo siguiente:

“(1) El presente Tratado es un arreglo particular en el sentido del Artículo 20 del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, en lo que respecta a las Partes Contratantes que son países de la Unión establecida por dicho Convenio. El presente Tratado no tendrá conexión con tratados distintos del Convenio de Berna ni perjudicará ningún derecho u obligación en virtud de cualquier otro tratado.

(2) Ningún contenido del presente Tratado derogará las obligaciones existentes entre las Partes Contratantes en virtud del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas.

[...]

(4) Las Partes Contratantes darán cumplimiento a lo dispuesto en los Artículos 1 a 21 y en el Anexo del Convenio de Berna”.

136. El párrafo 4 arriba transcrito no deja entonces duda en cuanto a las obligaciones de los países miembros del TODA/WCT a reconocer los derechos subjetivos previstos en el Convenio de Berna, aunque no formen parte de este convenio, que no es el caso de los países latinoamericanos, todos los cuales pertenecen a él.

137. Así las cosas, nos ocuparemos solamente de aquellos aspectos previstos en el TODA/WCT que no estén contemplados en el Convenio de Berna.

Programas de ordenador, compilaciones de datos, derecho de alquiler y “usos honrados”

138. El TODA/WCT contiene varias disposiciones que ya se encuentran en el Acuerdo sobre los ADPIC, las cuales son obligatorias para los países miembros de la OMC, tal el caso de las relativas a la protección de los programas de ordenador y de las compilaciones de datos, el reconocimiento del derecho de alquiler y la adopción del principio de los “usos honrados” a los efectos de poder reconocer excepciones o limitaciones a los derechos patrimoniales, de manera que en cuanto a esos aspectos nos remitimos al estudio de las legislaciones de los países latinoamericanos con relación al ADPIC, ya contenido en este trabajo.

139. Veamos entonces aquellas situaciones particulares no previstas en el ADPICD, pero sí en el TODA/WCT.

El derecho de distribución

140. El derecho de distribución puede verse desde un sentido amplio, que comprende el de autorizar o prohibir la puesta a disposición de los ejemplares que contienen la obra mediante la transferencia de su propiedad (venta, donación, permuta) o de la posesión (alquiler, préstamo); o también en un sentido más restringido, o sea, la puesta a disposición de tales ejemplares o copias mediante venta u otra transferencia de la propiedad, quedando el derecho de alquiler y el préstamo como un derecho distinto.

141. El TODA/WCT adopta como “*principio mínimo*” el derecho de distribución en un sentido restringido (sin perjuicio de reconocer un derecho de alquiler en disposición separada), como lo contempla su artículo 6,1, cuando reza:

“Los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar la puesta a disposición del público del original y de los ejemplares de sus obras mediante venta u otra transferencia de propiedad”.

142. Sin embargo, la mayoría de las leyes nacionales en América Latina (y también en la Decisión 351 de la Comunidad Andina, de aplicación directa en Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela), el autor tiene el derecho exclusivo de autorizar o prohibir la distribución pública de ejemplares de su obra mediante la venta (u otra forma de transferencia de la propiedad) y también por medio del alquiler (Brasil, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Venezuela), cualquiera que sea el género de la obra y el tipo de soporte que la contiene.

143. Inclusive, un concepto todavía más amplio figura, por ejemplo, en las legislaciones de Costa Rica y Perú, en las cuales se agrega el derecho de préstamo, o en la ley dominicana, que incluye además de la venta, el alquiler y el usufructo, “*cualquier otra forma*”; o al estilo de la ley uruguaya (además de su venta, permuta u otra forma de transmisión de la propiedad, arrendamiento, préstamo, importación o exportación de las copias), “*cualquier otra forma conocida o por conocerse, que implique la explotación de las mismas*”, todo ello sin perjuicio del derecho general y exclusivo del autor de autorizar el uso de su obra por todo medio o procedimiento, salvo excepción legal expresa.

144. Por lo que se refiere a la Argentina, la más autorizada doctrina de ese país, al comentar su ley nacional, acota que “*la enumeración de los derechos patrimoniales es abierta, como surge de los términos utilizados en la norma: disponer de la obra, publicarla, reproducirla en cualquier forma*”¹⁶.

145. Así las cosas, el derecho de distribución, inclusive en su sentido amplio (comprendido el alquiler), es la constante en las legislaciones e instrumentos comunitarios latinoamericanos, sea por mención expresa o habida consideración del carácter meramente enunciativo que tienen las facultades que conforman el derecho patrimonial.

El derecho de comunicación pública y las transmisiones digitales interactivas

133. El artículo 8 del TODA/WCT dispone lo siguiente:

“Sin perjuicio de lo previsto en los Artículos 11.1)ii), 11bis.1)i) y ii), 11ter.1)ii), 14.1)ii) y 14bis.1) del Convenio de Berna, los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar cualquier comunicación al público de sus obras por medios alámbricos o inalámbricos, comprendida la puesta a disposición del público de sus obras, de tal forma que los miembros del público puedan acceder a estas obras desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija”.

146. El TODA/WCT no hizo otra cosa que incorporar de manera expresa lo que ya había sido reconocido por la jurisprudencia y la doctrina (y también por muchas legislaciones aun antes de la aprobación de dicho tratado), es decir, que como la comunicación pública comprende todo acto por el cual una pluralidad de personas “*puede*” tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas, quedan incluidas en ese concepto las comunicaciones “*interactivas*”, donde ese acceso “*puede*” producirse desde el lugar o en el momento en que cada uno de los miembros del público lo desee.

147. Por ello, el artículo 8 del TODA/WCT tiene como finalidad –señala Fícsor–, eliminar cualquier vacío interpretativo que pudiera existir en relación con los derechos susceptibles de aplicarse en materia de transmisiones digitales, porque la última frase (“*la puesta a disposición del público ...*”) constituye una mera aclaración, pues una transmisión interactiva por demanda está cubierta por el derecho exclusivo de autorización¹⁷.

148. A mayor abundamiento, varias leyes de los países latinoamericanos (algunas promulgadas con antelación a la ratificación del tratado y a veces antes de la Conferencia Diplomática que lo aprobó), finalizan el catálogo enunciativo de las modalidades de comunicación pública con la expresión “*en fin, la difusión, por cualquier procedimiento que sea, conocido o por conocerse, de los signos, de las palabras, los sonidos o las imágenes*” u otra similar (Ecuador, El Salvador, Guatemala, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay, Venezuela), y así se incorporó también a la Decisión 351 de la Comunidad Andina.

¹⁶ VILLALBA, Carlos y LIPSZYC, Delia: “*El derecho de autor en la Argentina*”. Ob. Cit. p. 94.

¹⁷ FÍCSOR, Mihály: “*Nuevas orientaciones en el plano internacional: Los nuevos Tratados de la OMPI sobre derecho de autor y sobre interpretaciones o ejecuciones y fonogramas*”, en el libro-memorias del III Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos. Montevideo, 1997. Tomo 1. p. 338.

149. En algunas legislaciones se llega a la misma conclusión cuando se emplean formas de expresión más o menos similares para referirse al contenido del derecho de comunicación pública, por ejemplo, “*la utilización pública por cualquier medio*” (en Bolivia); el derecho de “*comunicar la obra al público ... por cualquier otro medio*” (en la ley colombiana); “*la comunicación al público, directa o indirectamente, por cualquier proceso*” (en los textos de Costa Rica y Honduras); “*la comunicación de su obra al público por cualquier medio lícito*” (en Cuba), o “*por cualquier medio o procedimiento que la difunda*” o “*por cualquier otro medio conocido o por conocerse*” (ambas de la ley mexicana).

150. También ciertas leyes, independientemente de incorporar o no algunas de las frases indicadas en los apartes anteriores, incluyeron en su momento, entre las modalidades de comunicación pública, al “*acceso público a bases de datos de ordenador por medio de telecomunicaciones*” (Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Venezuela) u otra fórmula similar (Nicaragua), inspiradas en el antecedente visionario de la ley española, pues en las redes digitales como Internet, la información se almacena en bases de datos instaladas en un servidor y que se colocan a disposición del público, para que cualquier abonado a la red pueda acceder a los elementos recopilados en ellas (hechos, datos, obras de diversa índole), desde un ordenador personal, por medio de las telecomunicaciones.

151. A lo anterior tendrían que agregarse las legislaciones que entienden al derecho patrimonial del autor, en general, con un carácter ilimitado (salvo excepción legal expresa), de modo que comprende la utilización de la obra “*bajo cualquier forma o procedimiento*” u otra expresión equivalente (Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay), de modo que incluye “*cualquier otra forma de utilización de la obra, conocida o por conocerse, salvo disposición expresa de la ley o estipulación contractual en contrario*” (República Dominicana) o “*cualesquiera otras modalidades de utilización existentes o que vengan a ser inventadas*” (Brasil), y, por tanto, el autor tiene el derecho de explotar su obra “*en la forma que le plazca*” (Venezuela), de suerte que se entiende la enumeración legal de las formas de utilización de una manera enunciativa y no limitativa, como lo afirma la doctrina en Argentina¹⁸ y ese carácter simplemente ejemplificativo aparece así aclarado, además, en otros textos nacionales (El Salvador, Honduras, Panamá, Paraguay, Perú).

152. En todo caso, varias de las leyes de los países que han ratificado el TODA/WCT, no sólo han incorporado la citada modalidad de comunicación pública que comprende la “*difusión, por cualquier procedimiento, de los signos, las palabras, los sonidos o las imágenes*”, u otra similar, como ha quedado anotado, sino que además trasladan, más o menos textualmente, el texto del artículo 8 del mencionado tratado, en cuanto se refiere a la comunicación pública donde “*los miembros del público puedan acceder a estas obras desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija*” (Chile, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, República Dominicana, Uruguay).

153. Así las cosas, por cualquiera de las vías anotadas, puede afirmarse que las leyes de los países latinoamericanos que han adherido al TODA/WCT (y también las de otros países del área que todavía no forman parte de él), están adaptadas al tratado por lo que se refiere al derecho de comunicación pública.

¹⁸ VILLALBA, Carlos y LIPSZYC, Delia: “*El derecho de autor en la Argentina*”. Ob. Cit. p. 94.

IX. LA SITUACIÓN LEGISLATIVA INTERNA DE LOS PAÍSES LATINOAMERICANOS QUE SE HAN ADHERIDO AL TRATADO DE LA OMPI SOBRE INTERPRETACIÓN O EJECUCIÓN Y FONOGRAMAS (TOIEF/WPPT)

154. En el TOIEF/WPPT, la situación más novedosa, desde el punto de vista sustantivo, se presenta en torno a la definición de lo que se entiende por artista intérprete o ejecutante (art. 2,a) y sus derechos morales (art. 5), y en relación con las dos categorías de derechos regulados por el instrumento, es decir, tanto el de los artistas intérpretes o ejecutantes como el de los productores de fonogramas, por lo que se refiere a los derechos patrimoniales de distribución (arts. 8 y 12), alquiler (arts. 9 y 13) y “puesta a disposición” mediante redes interactivas (arts. 10 y 14).

155. El derecho de “puesta a disposición” lo estudiaremos al final de este capítulo, como disposición común a las interpretaciones o ejecuciones y fonogramas, ya que se reconoce en disposiciones prácticamente idénticas para ambos titulares de derechos.

156. Los dispositivos atinentes a las medidas tecnológicas y a la información electrónica de la gestión de los derechos serán abordados en el último capítulo de este documento, como disposiciones comunes previstas tanto en el TODA/WCT, como en el TOIEF/WPPP, de modo que deben ser objeto de un tratamiento conjunto, para todas las categorías de titulares, tanto de derecho de autor como de derechos conexos.

157. No trataremos acá el tema de la duración mínima de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes y de los productores de fonogramas, pues ya fue analizado al estudiar la adaptación de las legislaciones nacionales al Acuerdo sobre los ADPIC.

La definición de artista intérprete o ejecutante

158. De acuerdo al artículo 3,a) de la Convención de Roma, artista intérprete o ejecutante 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”.

159. El Acuerdo sobre los ADPIC no contiene una definición al respecto, pero podría deducirse que es válido, para su aplicación, el concepto contenido en la Convención de Roma.

160. Por su parte, el artículo 2,a) del TOIEF/WPPT define a los artistas intérpretes o ejecutantes como a “todos los actores, cantantes, músicos, bailarines u otras personas que representen un papel, canten, reciten, declamen, interpreten o ejecuten en cualquier forma obras literarias o artísticas o expresiones del folclore”.

161. De la comparación entre ambos conceptos se desprende que mientras en la Convención de Roma la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes “que no ejecuten obras literarias o artísticas”, como sería el caso de muchas “expresiones del folclore”, es facultativa de los Estados (art. 9), ese reconocimiento, en idénticas condiciones que para la tutela de los intérpretes o ejecutantes de una obra literaria o artística, figura expresamente como obligante en el TOIEF/WPPT.

162. Aunque sólo algunas leyes de los países latinoamericanos han agregado a los intérpretes del folklore entre los sujetos protegidos como artistas intérpretes o ejecutantes (Brasil, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Paraguay, Perú, República Dominicana), tal extensión es imperativa para todos los países miembros del TOIEF/WPPT, por aplicación directa del tratado.

El derecho moral de los artistas intérpretes o ejecutantes

163. Los derechos de orden personal correspondientes a los artistas intérpretes o ejecutantes (al menos los de paternidad e integridad), ya figuraban en muchas legislaciones nacionales antes de que los respectivos países ratificaran el TOIEF/WPPT (y también en las de algunos Estados que todavía no lo ratifican) o, incluso, antes de que existiera ese instrumento internacional, cuyo artículo 5,1 dispone lo siguiente:

“Con independencia de los derechos patrimoniales del artista intérprete o ejecutante, e incluso después de la cesión de esos derechos, el artista intérprete o ejecutante conservará, en lo relativo a sus interpretaciones o ejecuciones sonoras en directo o sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas, el derecho a reivindicar ser identificado como el artista intérprete o ejecutante de sus interpretaciones o ejecuciones excepto cuando la omisión venga dictada por la manera de utilizar la interpretación o ejecución, y el derecho a oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de sus interpretaciones o ejecuciones que cause perjuicio a su reputación”.

164. Entre legislaciones que contienen disposiciones expresas acerca de los derechos morales de los intérpretes o ejecutantes están las de Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela, así como la Decisión 351 de la Comunidad Andina.

165. Es más, por lo general en dichas legislaciones el derecho moral se establece no sólo por lo que se refiere a las interpretaciones o ejecuciones en directo y a las fijadas en fonogramas, sino también las incorporadas en cualquier otro soporte (por ejemplo, en grabaciones o fijaciones audiovisuales), al no hacerse ninguna discriminación al respecto, salvo alguna excepción, que sólo reconoce los derechos de paternidad e integridad de los artistas intérpretes o ejecutantes *“respecto de sus ejecuciones en vivo o ejecuciones fijadas en fonogramas”* (Ecuador).

166. No hemos localizado una norma en la legislación chilena que esté adaptada a todos los *“mínimos”* que, en relación con los derechos morales de los artistas intérpretes o ejecutantes, figuran en el TOIEF/WPPT, sin perjuicio de que, tratándose de un derecho subjetivo, reconocido directamente por el tratado, se pueda invocar el instrumento internacional.

167. En consecuencia, no hay contradicción normativa alguna entre las legislaciones de los países latinoamericanos que han ratificado el TOIEF/WPPT y dicho tratado, ya que países que no reconocen, al menos en su legislación sobre derecho de autor y derechos conexos, los atributos correspondientes a los intérpretes o ejecutantes, no forman parte de dicho instrumento (Cuba).

El derecho de distribución de los artistas intérpretes o ejecutantes

168. Como en el TODA/WCT, el derecho de distribución, como tal, está concebido como “mínimo” en el TOIEF/WPPT como referido al de autorizar o prohibir la transferencia de la propiedad de los ejemplares (y no de la posesión de los mismos), cuando el artículo 8,1 dispone lo siguiente:

“Los artistas intérpretes o ejecutantes gozarán del derecho exclusivo de autorizar la puesta a disposición del público del original y de los ejemplares de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas, mediante venta u otra transferencia de propiedad”.

169. Este derecho ha tenido menor recepción en las legislaciones de los países latinoamericanos y, en muchos casos, deberá invocarse directamente la mencionada disposición convencional, aunque siempre queda el escollo interpretativo de que los tratados se apliquen sólo a las interpretaciones o ejecuciones extranjeras, pero no a las nacionales.

170. Entre las leyes sobre derecho de autor y derechos conexos que han reconocido explícitamente este derecho están las de Honduras, Nicaragua, República Dominicana y Uruguay, así como en la ley del artista, en Perú.

171. En otros textos ese derecho puede incluirse formando parte de la norma que, luego del listado de derechos conferidos a los artistas intérpretes o ejecutantes, se agrega el de “cualquier otra modalidad de utilización de sus interpretaciones o ejecuciones” (Brasil), “cualquier otra forma de uso, de sus interpretaciones o ejecuciones” (Costa Rica) u otras expresiones similares (Bolivia, Colombia, Guatemala).

172. Sin embargo, bajo las leyes que no se ubican en ninguno de los supuestos de los dos párrafos anteriores, podría llegarse también a la conclusión de que ese derecho (tanto para las interpretaciones o ejecuciones nacionales, como para las extranjeras), no necesita de consagración expresa, en la medida en que el derecho de distribución (como un “derecho de destinación”), está implícito en el derecho de reproducción.

El derecho de alquiler de los artistas intérpretes o ejecutantes

173. Dispone el artículo 9,1 del TOIEF/WPPT, lo siguiente:

“Los artistas intérpretes o ejecutantes gozarán del derecho exclusivo de autorizar el alquiler comercial al público del original y de los ejemplares de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas, tal como establezca la legislación nacional de las Partes Contratantes, incluso después de su distribución realizada por el artista intérprete o ejecutante o con su autorización”.

174. Tratándose de un derecho nuevo, no ha sido motivo de incorporación en aquellas legislaciones anteriores a la aprobación del TOIEF/WPPT, pero figura en los textos normativos sobre derecho de autor y derechos conexos de Honduras, Nicaragua, República Dominicana y Uruguay, así como en la ley del artista, en Perú.

175. Nuevamente cobra importancia la disposición contenida en algunos textos que, después de contener un listado de derechos reconocidos a los artistas intérpretes o ejecutantes, agregan la mención de “*cualquier otra modalidad de utilización de sus interpretaciones o ejecuciones*” (Brasil), “*cualquier otra forma de uso, de sus interpretaciones o ejecuciones*” (Costa Rica) u otras frases equivalentes (Bolivia, Colombia, Guatemala).

176. Siempre queda la posibilidad de que, tratándose de derechos subjetivos reconocidos directamente por el tratado, se pueda invocar la disposición convencional, aunque subsista el problema interpretativo de que los tratados se apliquen sólo a las interpretaciones o ejecuciones extranjeras, pero no a las nacionales.

177. Como en el derecho de distribución, podría alegarse, en el caso de las leyes que no consagran expresamente el derecho de alquiler en cabeza de los artistas intérpretes o ejecutantes, que ese derecho de arrendamiento (tanto para las interpretaciones o ejecuciones nacionales, como para las extranjeras), no requiere de reconocimiento expreso, en la medida en que el derecho de alquiler (como un “*derecho de destinación*”), está implícito en el derecho de reproducción.

Los derechos de distribución y alquiler de los productores de fonogramas

178. Contrariamente a lo sucedido en el plano de las legislaciones internas con relación a los derechos de distribución y alquiler de los artistas intérpretes o ejecutantes (de poca regulación expresa, aunque a veces cobijado dentro de la expresión “*cualquier otra modalidad de utilización de sus interpretaciones o ejecuciones*” u otra similar; o por vía interpretativa como una consecuencia del derecho de reproducción, como ya fue dicho), esos mismos derechos, pero en cabeza de los productores fonográficos tuvieron mayor recepción en las leyes nacionales, aun antes de la aprobación del TOIEF/WPPT.

179. En efecto, esos derechos de distribución y alquiler figuran de manera explícita en las leyes de Brasil, Costa Rica, Honduras, México, Nicaragua, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela, así como en la Decisión 351 de la Comunidad Andina.

180. A veces, ambos derechos quedan incluidos bajo la expresión “*alquiler ... o cualquier otro medio de utilización*” (Bolivia), “*el arrendamiento, el préstamo y demás utilizations de sus fonogramas*” (Chile) “*arrendamiento, distribución al público u otra utilización, por cualquier forma o medio*” (El Salvador) o mediante expresiones similares (Guatemala).

181. Otra fórmula ha sido la de reconocer a los productores fonográficos un derecho de distribución, definido en la misma ley de la forma más amplia, como la puesta a disposición del público de copias mediante su venta, arrendamiento, préstamo público o de cualquier otra forma conocida o por conocerse de transferencia de la propiedad, posesión o tenencia (Ecuador).

182. Por excepción, la ley panameña incorporó una norma que no se encontraba en el proyecto original, por la cual se sustituyó el derecho de distribución (incluido el alquiler), y en su lugar se dispuso que “*se permite la importación y distribución de fonogramas, siempre que éstos sean legítimos*”.

183. La situación parece entonces clara con relación a los derechos de distribución y alquiler de los productores de fonogramas en los países que han ratificado el TOIEF/WPPT, salvo el caso dudoso de Panamá, donde se podría invocar directamente el derecho subjetivo reconocido en el instrumento convencional, siempre con el escollo interpretativo de que los tratados se apliquen sólo a las producciones extranjeras, pero no a las nacionales; o también concluir que tales derechos de distribución y alquiler (aplicables tanto a las producciones nacionales como a las extranjeras), están implícitos en el derecho de reproducción, como un “*derecho de destinación*”.

El derecho de “*puesta a disposición*” de los artistas intérpretes o ejecutantes y de los productores de fonogramas

184. Al analizar el tema de las comunicaciones públicas “*a la carta*” en relación con las interpretaciones o ejecuciones artísticas y las grabaciones sonoras, varias delegaciones en los distintos comités reunidos para la elaboración del texto aprobado posteriormente como TOIEF/WPPT, señalaron que si bien la transmisión analógica de las interpretaciones o ejecuciones y fonogramas debía mantenerse, a título de “*derecho mínimo*” como un “*derecho de remuneración*” (al estilo de la Convención de Roma), el escenario cambiaba con las “*transmisiones digitales interactivas*”, que debían someterse al derecho exclusivo de autorizar o prohibir por parte de los respectivos intérpretes o ejecutantes y productores de fonogramas, como un derecho de “*puesta a disposición*”.

185. Fue así como la Conferencia Diplomática aprobó el derecho de los artistas intérpretes o ejecutantes sobre la “*puesta a disposición del público de las interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas*”, por hilo o por medios inalámbricos, de tal manera que los miembros del público puedan tener acceso a ellos “*desde el lugar y en el momento en que cada uno de ellos elija*” (art. 10).

186. Del mismo modo, el artículo 14 dispone lo que sigue:

“Los productores de fonogramas gozarán del derecho exclusivo a autorizar la puesta a disposición del público de sus fonogramas ya sea por hilo o por medios inalámbricos, de tal manera que los miembros del público puedan tener acceso a ellos desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija”.

187. Como se desprende de ambos textos, este derecho de “*puesta a disposición*” solamente se concede, como “*derecho mínimo*” (que puede ser extendido por las leyes nacionales), a los intérpretes o ejecutantes en relación con sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas, de modo que no obliga a los países a extenderlo a las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales (aunque lo pueden hacer, superando esos “*derechos mínimos*”), mientras que en cuanto al mismo derecho, con relación a los productores fonográficos, no hay ninguna restricción adicional.

188. También en este caso, por tratarse de un derecho que se desconocía antes de la aprobación del TOIEF/WPPT, apenas figura expresamente en las legislaciones de más reciente promulgación o de reformas actualizadoras, como aparece (para ambas categorías de titulares, artistas intérpretes o ejecutantes y productores de fonogramas), en las leyes en materia de derecho de autor y derechos conexos de Chile, Honduras, Nicaragua, República Dominicana y Uruguay.

189. En la ley de Costa Rica, mientras en relación a los productores de fonogramas el derecho alcanza a *“la comunicación remota de obras protegidas, desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija”*, la redacción para los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes se plantea de una manera distinta, aunque con consecuencias similares, al reconocérseles el derecho de autorizar o prohibir *“la comunicación al público, la transmisión y retransmisión, por radio o televisión o cualquier otra forma de uso, de sus interpretaciones o ejecuciones”*.

190. Asimismo se encuentra el caso de Brasil, donde los catálogos de derechos reconocidos a los intérpretes o ejecutantes, por una parte, y a los productores fonográficos por la otra, finalizan con la expresión *“cualquier otra modalidad de utilización de sus interpretaciones o ejecuciones”* y *“cualesquiera otras modalidades de utilización, existentes o que vengan a ser inventadas”*, respectivamente.

191. En Perú, este derecho de *“puesta a disposición”* figura para los intérpretes o ejecutantes en la ley del artista.

192. Curiosamente, el derecho de *“puesta a disposición”* mediante redes interactivas, en la ley de Guatemala, se contempla para los productores de fonogramas de manera expresa y, en lo que se refiere a los artistas intérpretes o ejecutantes, de manera implícita, como el *“derecho exclusivo de autorizar o prohibir ... la comunicación al público por cualquier medio, la radiodifusión o cualquier otra forma de utilización de sus interpretaciones y ejecuciones”*, pero en forma discriminatoria dispone que *“se exceptúan de esta disposición los intérpretes de obras audiovisuales”*.

193. Finalmente, se puede dar la situación prevista en aquellas leyes nacionales donde los productores de fonogramas no tienen solamente un derecho de remuneración sobre los actos de comunicación pública de sus fonogramas, conforme a los *“mínimos”* previstos en la Convención de Roma y en el TOIEF/WPPT, sino un derecho exclusivo de autorizarlos o prohibirlos (Bolivia, Brasil, Ecuador), de modo que podría interpretarse, sin ningún inconveniente, que ese derecho también alcanza a la *“puesta a disposición”* de sus fonogramas mediante redes digitales interactivas, tratándose de una modalidad de comunicación pública.

194. De la anterior relación, no exhaustiva, pueden detectarse algunas legislaciones donde el derecho de *“puesta a disposición”* de los artistas intérpretes o ejecutantes y de los productores de fonogramas, no ha sido incorporado de modo expreso, sin perjuicio de la aplicación directa del tratado internacional, al menos por lo que se refiere a las interpretaciones o ejecuciones y a las producciones de los demás países miembros, pero no a las nacionales, dando lugar a la injusta situación de la *“desigualdad al revés”*, si se aplica el principio (reconocido en el Convenio de Berna para el derecho de autor y en la Convención de Roma para los derechos conexos, esta última como se aclaró en las Actas de la respectiva Conferencia Diplomática¹⁹), por el cual *“la protección en el país de origen se regirá por la legislación nacional”*.

¹⁹ LIPSZYC, Delia: *“Derecho de autor y derechos conexos”*. Ed. UNESCO/CERLALC/ZAVALÍA. Buenos Aires, 1993, p. 823.

X. LA SITUACIÓN DE LAS LEYES DE LOS PAÍSES LATINOAMERICANOS CON RELACIÓN A LAS MEDIDAS TECNOLÓGICAS Y A LA INFORMACIÓN SOBRE LA GESTIÓN DE DERECHOS EN EL TODA/WCT Y EN EL TOIEF/WPPT

195. Por tratarse de un tema que es común al TODA/WCT y al TOIEF/WPPT, trataremos en forma conjunta la adaptación o no de las leyes de los países latinoamericanos a ambos tratados, cuando hayan sido ratificados por los respectivos países, en cuanto a la protección de las medidas tecnológicas y a la información sobre la gestión de los derechos, sea en relación al derecho de autor o bien por lo que atañe a los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes y a los productores de fonogramas.

196. Así, mientras la mayoría de las disposiciones de ambos instrumentos internacionales atribuyen derechos subjetivos en cabeza de los autores o, en su caso, de los intérpretes o ejecutantes o los productores fonográficos, también contienen normas que no atribuyen directamente derechos subjetivos, sino la obligación de los Estados contratantes a reconocer una tutela adecuada y a proporcionar recursos jurídicos efectivos, en dos supuestos particulares, a saber:

a. Con relación a la acción de eludir las medidas tecnológicas efectivas instrumentadas por los titulares de derechos respecto de sus obras o, en su caso, de sus interpretaciones o ejecuciones y fonogramas.

b. Contra cualquier persona que, sabiendo o teniendo motivos razonables para saber, induzca, permita, facilite u oculte una infracción relacionada con la supresión o alteración no autorizadas de cualquier información sobre la gestión de derechos; o con la distribución, importación para su distribución, emisión o comunicación al público de ejemplares de obras, interpretaciones o ejecuciones o fonogramas, sabiendo que la información electrónica sobre la gestión de derechos ha sido suprimida o alterada sin autorización.

La protección sobre las medidas tecnológicas

197. El artículo 11 del TODA/WCT dispone lo siguiente:

“Las Partes Contratantes proporcionarán protección jurídica adecuada y recursos jurídicos efectivos contra la acción de eludir las medidas tecnológicas efectivas que sean utilizadas por los autores en relación con el ejercicio de sus derechos en virtud del presente Tratado o del Convenio de Berna y que, respecto de sus obras, restrinjan actos que no estén autorizados por los autores concernidos o permitidos por la Ley”.

198. A su vez, el artículo 18 del TOIEF/WPPT reza así:

“Las Partes Contratantes proporcionarán protección jurídica adecuada y recursos jurídicos efectivos contra la acción de eludir medidas tecnológicas efectivas que sean utilizadas por artistas intérpretes o ejecutantes o productores de fonogramas en relación con el ejercicio de sus derechos en virtud del presente Tratado y que, respecto de sus interpretaciones o ejecuciones o fonogramas, restrinjan actos que no estén autorizados por los artistas intérpretes o ejecutantes o los productores de fonogramas concernidos o permitidos por la Ley”.

199. La obligación de proteger a los dispositivos técnicos de “*autotutela*” frente a cualquier acción que pretenda eludirlos, ha sido desarrollada en las legislaciones de diversas maneras, a veces acumulativas, por ejemplo:

- a. Como un derecho subjetivo, en cabeza de los autores, intérpretes o ejecutantes o productores de fonogramas, a instrumentar tales mecanismos tecnológicos de protección contra utilizaciones no autorizadas.
- b. A través de sanciones civiles y/o penales.

200. En cuanto a las acciones contra las cuales se reconoce una “*protección jurídica adecuada y recursos jurídicos efectivos*”, la obligación convencional (que en sentido literal estaría limitada, como principio mínimo, a la acción de “*eludir*” el dispositivo tecnológico), ha sido ampliada en varios textos nacionales para sancionar, no sólo la elusión de los mecanismos técnicos de “*autotutela*” (pues la conducta de eludir constituye en muchos casos el último eslabón de la cadena de conductas ilícitas), sino también, con variantes entre una y otra ley, a los actos de fabricación, importación, venta, arrendamiento, puesta en circulación de dispositivos o productos o la prestación de servicios cuyo propósito o efecto sea impedir, burlar, eliminar, desactivar o eludir de cualquier forma, los dispositivos técnicos que los titulares hayan dispuesto para proteger sus respectivos derechos.

201. En forma de derecho subjetivo, las leyes de Ecuador y Perú (con variantes fundamentalmente de forma entre una y otra), disponen que los titulares de derechos tienen la facultad de implementar o de exigir para la reproducción o la comunicación de sus obras o prestaciones, la incorporación de mecanismos, sistemas o dispositivos de autotutela, con el fin de impedir su comunicación, recepción, retransmisión, reproducción o modificación no autorizadas.

202. Como una protección en forma de calificar como ilícitos, entre otros, la fabricación, importación o puesta a disposición al público de los dispositivos diseñados para eludir la protección tecnológica, diversos ordenamientos lo han tipificado como delito (sea en la ley especial sobre derecho de autor y derechos conexos o bien en el código penal), sin perjuicio por supuesto de la responsabilidad civil correspondiente, por ejemplo, en Colombia, Ecuador, Nicaragua, Perú, Paraguay, República Dominicana y Uruguay.

203. La ley de Costa Rica sobre observancia de los derechos de propiedad intelectual sólo reprime con una sanción penal a quien altere, suprima, modifique o deteriore los mecanismos de protección electrónica.

204. El código penal de Brasil castiga el ofrecimiento al público de cualquier sistema que permita al usuario realizar la selección de una obra o producción para recibirla en un tiempo y lugar previamente determinados por quien formula la demanda (lo que puede involucrar a casos donde se haya eludido un dispositivo técnico de protección), sin perjuicio de la responsabilidad civil, prevista en la ley de derecho de autor, para quien altere, suprima o inutilice, de cualquier forma, dispositivos técnicos introducidos en los ejemplares de las obras o producciones protegidas para evitar o restringir su copia; o altere, suprima o inutilice, de cualquier forma, las señales codificadas destinadas a restringir la comunicación al público de obras, producciones o emisiones protegidas o a evitar su copia.

205. De una manera un tanto indirecta e incompleta, el código penal guatemalteco reprime a quien altere, borre o de cualquier modo inutilice las instrucciones o programas que utilizan las computadoras, supuesto de hecho que puede cumplirse cuando la actividad ilícita consiste en alterar, borrar o inutilizar los dispositivos técnicos de protección dirigidos a evitar el uso no autorizado de una obra, interpretación o ejecución artística o producción fonográfica.

206. Algo similar ocurre cuando el código penal mexicano contempla una pena para quien fabrique con fin de lucro un dispositivo o sistema cuya finalidad sea desactivar los dispositivos electrónicos de protección de un programa de computación.

207. A su vez, la ley mexicana de derecho de autor prevé, bajo responsabilidad civil, los actos de desciframiento, recepción o distribución de una señal de satélite codificada portadora de programas y la participación o cooperación en la fabricación, importación, venta, arrendamiento o realización de cualquier acto que permita contar con un dispositivo o sistema que sea de ayuda primordial para descifrar una señal de satélite codificada, portadora de programas, con lo cual omite cualquier referencia a las demás medidas tecnológicas de autotutela.

208. La ley de delitos informáticos de Venezuela reprime a quien sin autorización o excediendo la que haya obtenido, accede, intercepta, interfiere o usa un sistema que utilice tecnologías de información; a quien destruya, dañe, modifique o realice cualquier acto que altere el funcionamiento o inutilice un sistema que utilice tecnologías de información o cualquiera de los componentes, con una agravación punitiva cuando los hechos anteriores o sus efectos recaigan sobre cualquiera de los componentes de un sistema que utilice tecnologías de información protegido por medidas de seguridad, que esté destinado a funciones públicas o que contenga información personal o patrimonial de personas naturales o jurídicas; y, asimismo, una sanción penal para quien con el propósito de destinarlos a vulnerar o eliminar la seguridad de cualquier sistema que utilice tecnologías de información, importe, fabrique, posea, distribuya, venda o utilice equipos, dispositivos o programas o el que ofrezca o preste servicios destinados a cumplir los mismos fines.

209. La visión panorámica anterior permite advertir que algunos países latinoamericanos que han adherido al TODA/WCT y al TOIEF/WPPT, están en deuda con relación al cumplimiento de la obligación de proporcionar una protección jurídica adecuada y recursos jurídicos efectivos contra la acción de eludir medidas tecnológicas efectivas, sin perjuicio de considerar que todo acto de elusión implica la reproducción no autorizada de la obra, prestación artística o producción fonográfica (por la fijación electrónica cuyo dispositivo técnico de autotutela ha sido eludido), y que los actos de fabricación, importación o puesta a disposición de dispositivos diseñados para eludir los mecanismos técnicos de protección, podrían considerarse pasibles de una responsabilidad a título de “*cooperación necesaria*” o “*coadyuvante*” en la comisión del ilícito.

La protección de la información electrónica de gestión de derechos

210. El artículo 12 del TODA/WCT dispone lo siguiente:

“(1) Las Partes Contratantes proporcionarán recursos jurídicos efectivos contra cualquier persona que, con conocimiento de causa, realice cualquiera de los siguientes actos sabiendo o, con respecto a recursos civiles, teniendo motivos razonables para saber que induce, permite, facilita u oculta una infracción de cualquiera de los derechos previstos en el presente Tratado o en el Convenio de Berna:

(i) suprima o altere sin autorización cualquier información electrónica sobre la gestión de derechos;

(ii) distribuya, importe para su distribución, emita, o comunique al público, sin autorización, ejemplares de obras sabiendo que la información electrónica sobre la gestión de derechos ha sido suprimida o alterada sin autorización.

(2) A los fines del presente Artículo, se entenderá por «información sobre la gestión de derechos» la información que identifica a la obra, al autor de la obra, al titular de cualquier derecho sobre la obra, o información sobre los términos y condiciones de utilización de las obras, y todo número o código que represente tal información, cuando cualquiera de estos elementos de información estén adjuntos a un ejemplar de una obra o figuren en relación con la comunicación al público de una obra”.

211. Una disposición equivalente, por lo que se refiere a las interpretaciones o ejecuciones artísticas y las producciones fonográficas, figura en el artículo 19 del TOIEF/WPPT.

212. También acá se trata de una norma que debe ser desarrollada por las legislaciones nacionales, pues la norma convencional se limita a comprometer a los países miembros a reconocer “*recursos jurídicos adecuados y efectivos*”, los cuales podrían ser de diversa índole, por ejemplo, mediante sanciones administrativas, responsabilidad civil y /o responsabilidad penal.

213. Y asimismo en este caso apenas hemos ubicado normas precisas al respecto en las legislaciones de Chile, Colombia, Costa Rica, Brasil, Ecuador, República Dominicana y Uruguay, sea en las leyes de derecho de autor, en leyes especiales sobre la observancia de los derechos de propiedad intelectual o en los códigos penales.

214. La forma amplia como está concebido el “*tipo*” delictivo en la ley de delitos informáticos de Venezuela, permitiría encuadrar allí los actos dirigidos a suprimir o alterar sin autorización la información electrónica sobre la gestión de derechos, así como la distribución, importación o puesta a disposición de equipos o servicios dirigidos a lograr esa supresión o alteración, aunque no parece alcanzar a la distribución, emisión o comunicación de ejemplares cuya información electrónica sobre la gestión de derechos haya sido suprimida o alterada, ello por supuesto sin perjuicio de los derechos previstos en la ley sobre el derecho de autor que puedan ser vulnerados y que se encuentren tipificados en ella como delito.

215. También en este supuesto, la presente revisión preliminar de las leyes de los países latinoamericanos que han adherido al TODA/WCT y al TOIEF/WPPT, refleja una mora con relación al cumplimiento de la obligación de proporcionar una protección jurídica adecuada y recursos jurídicos efectivos contra los actos dirigidos a defraudar la información electrónica de la gestión de los derechos, sin perjuicio de que tales conductas puedan constituir, simultáneamente, una violación a los derechos de reproducción, distribución o comunicación pública, o que contribuyan a la comisión de tales ilícitos, con la posibilidad de atribuirles una responsabilidad a título de “*cooperación necesaria*” o “*coadyuvante*” en la comisión del ilícito, conforme a las reglas generales de la responsabilidad civil o penal, según corresponda.

[Fin del documento]