

DR. MIGUEL ANGEL EMERY*

LOS DERECHOS DE LOS ARTISTAS INTÉRPRETES O EJECUTANTES Y LOS PRODUCTORES DE FONOGRAMAS. LA INDUSTRIA FONOGRÁFICA EN INTERNET. LA PIRATERÍA”.¹

En primer término deseo agradecer a la Lic. Locatelli de Pέργamo el estar sentado aquí, en este ámbito realmente universitario. Se ha dicho que he sido muchos años Profesor de la Universidad de Buenos Aires y realmente ambiciono para la Universidad de Buenos Aires esta atmósfera universitaria que se vive y se respira y que se encuentra en esta comunicación que se puede tener con todos ustedes en este ámbito maravilloso. Así que mi espíritu de profesor universitario se siente reconfortado de estar y de sentirme en este ámbito y envidioso de lo que Uds. gozan en esta Facultad de la Música en la Universidad Católica.

Además, si bien en mi profesión soy fundamentalmente un comercialista, fui un comercialista que alguna vez fue contratado por la industria de la música y esto se hizo quizás la parte más atractiva de mi profesión y a través de vivir la música he aprendido a amarla y a respetarla, entonces otro motivo para sentirme muy honrado de estar acá con ustedes.

LOS DERECHOS DE LOS ARTISTAS INTÉRPRETES O EJECUTANTES

El tema que me han dado es muy amplio, y con las promesas que hicieron mis generosos colegas, la Dra. Huerta y el Dr. Harvey de todas las cosas que iba a hablar, realmente no voy a hablar de todas esas cosas sino de algunas de ellas, porque si hablara de todas ellas no nos iríamos hasta muy tarde. Por mí encantado, pero ustedes no lo resistirían.

1. Trabajo presentado en la Jornada sobre “Música, Músicos y Derechos Intelectuales” el 8/08/00. Desgrabación corregida por el Dr. Emery N. D.

Voy a volar un poco sobre las partes fundamentales de los temas y voy a usar esta vieja conferencia nada más que como una guía para que no se me quede nada, y empezar hablando precisamente de los derechos intelectuales de los intérpretes.

Hay obras que no necesitan intérprete. La escultura, algunas obras de la literatura, no necesitan intérprete. El teatro, la ópera, las obras dramático-musicales y las obras musicales, necesitan forzosamente un intérprete para llegar al conocimiento del público, sino quedan en esa escritura que Uds. conocen y que yo ignoro.

Los derechos intelectuales de los intérpretes no nacen en su actuación en vivo, en la actuación en vivo el intérprete es un usuario de la obra del compositor. El derecho intelectual del intérprete nace a partir de la fijación de su obra, por eso es que aparece tarde en la legislación mundial. Recién en 1960 se tiene un reconocimiento universal de que los intérpretes son acreedores a una protección mínima. Esto, para nosotros los argentinos, casi es, como lo dijo muy bien el Dr. Harvey, una rareza. Porque nuestros preclaros legisladores de 1933 protegieron al intérprete dándole un nivel que inclusive es, en muchos lugares, y precisamente en los derechos morales, muy superior al que se ha conseguido en su reconocimiento recién en 1996. Nos puede llamar la atención tener tal legislación –los uruguayos también tienen una legislación que se inspiró mucho en nuestra ley de 1933, y también fue pionera en el reconocimiento. Se ha dado que en tantas cosas estamos atrás de todo el mundo, que ser legislativamente generosos con nuestros intérpretes nos da un cierto orgullo.

¿Cuáles son esos derechos mínimos del intérprete? –El derecho mínimo del intérprete es oponerse a la fijación de su interpretación sobre una base material. Es decir, si el no autoriza que su interpretación se fije, tiene derecho a oponerse. Una vez que la interpretación fue fijada, si se hizo sin su autorización va a tener el derecho a oponerse a que esa interpretación fijada sin su autorización sea a su vez transmitida por radio o por televisión. Cuando se hace con su autorización, la ley, respetando un poco la prioridad que tiene el autor sobre la obra, le da al intérprete un derecho menor que el que le da al autor. El autor tiene derecho absoluto a autorizar o prohibir la ejecución pública de su obra, lo que hace a través de Sadaic.

Si SADAIC no autoriza la ejecución de la obra, ésta no se ejecuta. El

intérprete no, el intérprete solamente puede aspirar a obtener una remuneración equitativa cuando su obra, ya fijada, es difundida a través de todos estos medios (teatros, restaurantes, *boites*, veladas danzantes, estadios, radios, televisión). Es decir, la música enlatada —como bien dijo Edwin— que nosotros escuchamos y que se difunde, eso le da al intérprete un derecho a una remuneración equitativa. Este derecho también en la Argentina está muy acotado y reglamentado.

Pero esto fue ya más tarde, recién en el año 1974, cuando (reglamentando una convención que la Argentina no había ratificado hasta ese momento, la Convención de Roma) un decreto les dio la facultad de cobrar esta remuneración en forma colectiva a través de la Asociación Argentina de Intérpretes, lo cual hace en forma conjunta con los productores de fonogramas, que son parte del segundo tema de nuestra conversación.

Hay varias teorías de porqué el intérprete tiene derecho, o cuál es la teoría que respalda los derechos intelectuales del intérprete. Hay quien dice que el intérprete es cocreador de la obra. La verdad es que esto no tiene mucho sustento. El intérprete, si bien puede ser muy creativo, no es autor. Las creaciones del intérprete que han merecido protección por el derecho de autor no son las interpretaciones que hace de obras preexistentes sino son las creaciones o recreaciones de sus personajes. El pionero en esto fue Charles Chaplin, es decir el personaje “Charlot” que mereció reconocimiento como una obra de autor. Después fueron los colmillos del drácula de Bela Lugosi, que también le reconocieron que este Drácula que él creó solamente Lugosi lo podía interpretar con esa forma, reconocimiento que logró en los Tribunales.

En la Argentina tenemos un caso jurisprudencial muy interesante que es el de Minguito. Minguito extrajo su personaje de una obra de Chiappe, que era un sainete. Y había un personaje arrabalero al que Juan Carlos Altavista le dio las características de las pantuflas, la forma de hablar, etc. Posteriormente hizo de ese personaje una verdadera creación. Los herederos de Juan Carlos Chiappe demandaron a Minguito diciéndole que él se había apoderado de una creación del autor. La jueza Esteves Brasa, que fue la que falló en este caso, dijo con mucho acierto que el personaje que él había tomado de la obra era un personaje orillero y arrabalero normal, pero que Altavista había hecho una verdadera creación o recreación de su personaje y que esa creación merecía una protección autónoma y distinta y que por lo tanto él no se había apropiado de nada sino que había creado algo sobre una materia prima que no había definido la creación que él había hecho.

Entonces, es en estos casos solamente cuando podemos decir que el intérprete es un creador. En realidad el intérprete da su impronta recreativa, todo intérprete crea o recrea una obra preexistente. Y a raíz de ello, una vez que esa creación es fijada nacen estos derechos mínimos del intérprete que son: el derecho a que no sea fijada la interpretación, a que la interpretación no se trasmita sin su autorización y los derechos morales.

Los derechos morales del intérprete

La ley argentina tiene una formulación amplia, dice que el intérprete tiene el derecho a oponerse a toda difusión de su interpretación que pueda considerarse contraria a su interés artístico (que es una frase muy amplia). Es decir, lo que es contrario al interés artístico deja un amplio margen para que la jurisprudencia encuentre formas de proteger a los intérpretes que se agravan de formas no aceptables de utilización de su interpretación.

En 1996 fue una lucha, y tengo el particular orgullo de decirlo, fue un logro de la delegación argentina obtener el reconocimiento de los derechos morales de los intérpretes.

Recibimos, en el grupo latinoamericano de los delegados que estábamos en la Convención de Ginebra, en 1996, la presencia de E.E.U.U., que nos quiso decir, “miren señores, E.E.U.U. va a aceptar la actualización del Convenio de Berna y la actualización del convenio de Roma, y entre las cosas que no vamos a aceptar son los derechos morales de los intérpretes”. Y la delegación argentina dijo que no, que eso nos parecía injusto y que no veíamos el motivo de esa oposición, desde que el derecho norteamericano aceptaba derechos mínimos, no dentro de su ley de derecho de autor *–copyright law–* sino por los derechos de personalidad, que iban a veces, más allá de un mínimo convencional. Se llegó con ellos a una fórmula que dice que, con independencia de los derechos patrimoniales del artista, intérprete o ejecutante y después de que haya cedido esos derechos, el artista conserva, en lo relativo a sus interpretaciones o ejecuciones sonoras, el derecho a reivindicar ser identificado como artista, intérprete o ejecutante, lo cual no es mucho porque no hay productor fonográfico que no diga quien es el intérprete de su obra, sobre todo si el intérprete arrastra las ventas.

Hay una excepción al derecho cuando la omisión venga dictada por la manera de utilizar la interpretación o ejecución, que es el caso de los videos clips,

que son muy cortos; las obras musicales que se utilizan en televisión, donde hay una obra musical y no se dice quienes son ni los autores ni los intérpretes. Se concede además el derecho a oponerse a cualquier reformación, mutilación u otra modificación de sus interpretaciones que cause perjuicio a su reputación. Esto es mucho más restringido y acotado que la ley argentina, que sanciona lo mismo cuando traiga perjuicio para sus intereses artísticos.

Dentro del tiempo otorgado a este tema –que da para una materia de curso– creo que es lo elemental que hay que decir sobre los derechos de los intérpretes.

Los productores de fonogramas

Sobre el derecho de los reproductores fonográficos ya anticipó algo Edwin Harvey. Digamos, al fotógrafo se le reconoce una propiedad intelectual sobre su fotografía porque el fotógrafo fija una imagen; al productor cinematográfico se le reconoce un derecho intelectual sobre la película cinematográfica porque fija imágenes sincronizadas con sonidos; al productor fonográfico se le reconoce un derecho intelectual sobre las producciones fonográficas porque fija sonidos.

Todos ustedes son músicos, supongo que la mayoría de ustedes han estado en una sala de grabación, entonces ustedes conocen perfectamente la forma en que se graban todos los sonidos de una obra que se va a destinar a la comercialización. Se hace en una forma muy parecida a como se hace un film cinematográfico, lo que pasa es que no se fijan imágenes sino sonidos. Digamos, los músicos ejecutan, el director y los propios músicos interrelacionan, hablan, “*sacáme los vientos,... ponéme cuerdas,... esto si,... esto no...*” y si el intérprete en este momento equivocó una nota, “*tocála de nuevo,... dale más fuerte,... ponéle mas bajo,... ponélo más alto...*”. Ustedes saben mucho más de esto que yo, por eso no tengo que decirles que no hay mayor diferencia entre lo que es la fijación del sonido y lo que es la fijación de las imágenes, y que por de pronto, considero que es un proceso mucho más artístico el de editar un sonido (y es mucho más difícil) que el de fijar una imagen en una fotografía y que por lo tanto no hay motivo para que las dos no tengan un nivel de protección semejante.

Esto no fue así universalmente reconocido, lo es en la Ley 11723. En la

Convención de Roma se le reconocen unos derechos mínimos, inferiores a los de los productores cinematográficos, pero este derecho mínimo pasa por oponerse a la reproducción. Ese sí es un derecho exclusivo. El creador del sonido grabado tiene el derecho de oponerse a que ese sonido grabado sea copiado, y este es el tema que sirve de introducción a la piratería. Por otro lado, el segundo derecho mínimo que se le concede en la Convención de Roma es el mismo que al intérprete, es decir, a participar en la remuneración equitativa cada vez que el fonograma sea reproducido en forma pública en los teatros, en los estadios, en los restaurantes, en las boites, radios, etc. (viene la enumeración de todos los lugares donde se puede tocar música).

No es necesario reconocerle un derecho intelectual a los productores fonográficos para otorgar este derecho, porque el justificativo también lo pueden encontrar en el enriquecimiento sin causa. Crear un fonograma es una inversión grande, se contrata al artista, se le pagan regalías, etc.. La industria del entretenimiento que utiliza la música se apoya sobre la industria fonográfica y utiliza su esfuerzo y su inversión. Es decir, por el lado del derecho intelectual o por el lado del enriquecimiento sin causa, ahí convergieron las dos vertientes y por ello se reconoció ese derecho mínimo de la convención de Roma.

En cuanto a la ley argentina 11723, como de costumbre, está adelante de la Convención de 1960, porque nuestra ley no es ley de derecho de autor, es una ley de propiedad intelectual. La ley dice simplemente que el productor fonográfico es titular de la propiedad intelectual sobre su fonograma y le concedió, junto con el autor, un derecho que no es frecuente en la legislación comparada en materia de derecho de autor, le dio un derecho a disponer. Esta palabra *disponer* no viene tanto del derecho de autor sino del derecho civil. Es el artículo del Código Civil que habla del derecho del propietario de disponer del *ius utendi, fruendi et abutendi*.

Entonces, esta posibilidad de disponer, que *recepta* nuestra ley, hace que nuestra ley vieja sea moderna y que nos permita aplicarla a los supuestos de Internet con una flexibilidad que no tienen otras leyes que no están basadas en el concepto de “propiedad intelectual”.

Sobre los derechos de comunicación al público de los productores de fonogramas baste decir que se afirmaron conjuntamente con los derechos de los intérpretes; con el dictado del decreto 1671/74; que en algún momento se cues-

tionó la constitucionalidad del decreto, afirmando que los productores fonográficos tenían un derecho conexo, que no era un derecho de propiedad intelectual, etc..

Después de alguna jurisprudencia contradictoria en la Cámara, se llegó a la Corte, y la Corte, en dos fallos unánimes, dijo que no había otra manera de interpretar la Ley 11723 que no fuera de consuno con las normas internacionales, inclusive utilizó mas o menos el mismo razonamiento que yo hago con Uds., porque nombró a la convención de Washington y dijo, si en la Convención se Washington estamos diciendo que los fotógrafos son autores, y que los productores cinematográficos son autores, como no le vamos a dar el mismo derecho a los productores fonográficos, que hacen mas o menos lo mismo. No lo dice con estas palabras, evidentemente estoy tratando de utilizar un sentido coloquial, pero este es el sentido claro del fallo de la Corte del 23 de febrero de 1995 en el caso Mangiaute.

Como bien dijo el Dr. Harvey, hay cosas de las que podemos estar orgullosos los argentinos. De estas cosas que podemos estar orgullosos es que nuestro sistema de propiedad intelectual está basado en una ley sabia. Como dijo el Dr. Harvey, hemos ido por Latinoamérica trabajando juntos para sembrar leyes de derecho de autor, y hay circunstancias y países donde una moderna Ley de Derecho de Autor es más o menos como tener un auto de fórmula uno, pero en un pantano. Entonces el auto no va a correr. En la Argentina no fue un pantano, fue una tierra como nuestra pampa, fértil y generosa.

A la Ley 11.723 se le adosaron las instituciones de las Sociedades de Gestión colectiva y del Fondo Nacional de las Artes, con las funciones que los que me han precedido también en el uso de la palabra han relatado, formándose, junto con la jurisprudencia un medio donde el derecho de autor se ejerce y se cobra.

La industria fonográfica en Internet. La piratería

Entre las cosas que me piden es que hable un poco de piratería. Entonces vamos a dividir un poco la piratería entre la piratería del mundo real y la piratería del mundo virtual.

La piratería del mundo real está contemplada en una reforma que la Ley 23.741, introdujo en el art. 72 de la Ley 11.723 reglamentando la Convención de Fonogramas (Ginebra 1971).

En 1971 la gran preocupación de la comunidad cultural era la facilidad de reproducción de los fonogramas que traía el cassette. Se reunieron los Estados en Ginebra para afirmar que: la piratería es dañina para los autores, porque el pirata no le paga el derecho a las sociedades autorales; es dañina para los intérpretes, porque impide que la compañía le pague su regalía al intérprete; es dañina para los fiscos, porque los piratas no pagan IVA ni Ganancias.

Esto nos trae una verdadera preocupación y como la Convención de Roma ha tenido alguna resistencia (no ha avanzado como tenía que avanzar) se sancionó un derecho mínimo de los productores fonográficos que los Estados les reconocen a los productores fonográficos; o un derecho conexo, o un derecho de autor, eso es cuestión de cada Estado, pero en definitiva ya sea que los proteja por un medio o por el otro, tienen que dictar sanciones penales que combatan la piratería fonográfica.

El Convenio de Fonogramas es una Convención de aquéllas de tipo programático. Los Estados que adhirieron se comprometieron a reformar su ley incorporando esas sanciones penales. Y efectivamente así sucedió con la ley argentina 23.741. En el mensaje de la Senadora Rivas Aramayo, que fue quien la presentó al Congreso, expresó que se está reglamentando esa Convención a la que el país había adherido. La Ley se elaboró tomando en cuenta casi todas aquellas conductas que se pueden considerar punibles dentro de la piratería fonográfica. La primera es la clásica *"El que con fin de lucro reprodujo un fonograma sin autorización por escrito de su productor"*. En un primer análisis aparece una obsolescencia en la ley, porque dice que es "pirata" el que con fin de lucro reproduce. ¿Porqué? Porque en 1971, y cuando se adoptó el requisito del fin de lucro, se entendió que siempre que alguien pirateaba algo para vender el fin de lucro estaba ahí, y que entonces no había porque sancionar penalmente a quien sin fin de lucro reprodujera un fonograma.

El legislador argentino de 1933 fue mucho más previsor que los legisladores internacionales del 71, porque para configurar infracciones a las obras no hay necesidad de fin de lucro. Y ya vamos a ver que la piratería en el Internet

muchas veces se hace sin fin de lucro. Existen cientos de sitios que sin fin de lucro intercambian canciones –el Napster es un caso que vamos a ver si me queda un poco de tiempo.²

“El que con fin de lucro reproduzca un fonograma sin autorización por escrito”. Acá viene una segunda cosa que es muy interesante, el decir que lo tiene que hacer sin autorización por escrito. La convención de fonogramas de Ginebra del '71 no habla nada de *“sin autorización por escrito”*, es una creación de mi colega el Dr. Villalba. Y esto tiene por efecto producir una inversión de la prueba. Autoriza decirle al pirata: “Señor, a Ud. lo hemos tomado con un fonograma reproducido ilícitamente. Muéstreme la autorización que tiene para reproducir el fonograma. Si Ud. es un productor fonográfico legítimo se le pedirá la autorización. Si no tiene la autorización o un contrato de licencia con quien hizo ese fonograma con la compañía que lo hizo, o con los artistas que lo hicieron por primera vez, si no tiene la autorización de los autores, si no tiene la licencia de quien por primera vez grabó este fonograma, se presume que el pirata debe probar que es él quien tenía la autorización. Y no se agrega al acusador la carga de demostrar que no la tenía.

Algún caso jurisprudencial se dió que un pirata fonográfico había reproducido sin autorización un disco de un conocido conjunto español. Se trataba de fonogramas extranjeros, reproducidos obviamente, en forma ilícita; pero cuando el pirata fue llamado a declarar produjo un contrato que había sido firmado en Nueva York con un presunto licenciante de esa obra. La compañía americana era inexistente y jamás tuvo licencia de la compañía española ni posibilidad de sub-licenciar. El contrato era falso y eso ayudó a demostrar que el no se había comportado como un verdadero licenciado porque, en primer lugar, nunca había registrado el contrato y en segundo lugar jamás había girado una regalía al presunto licenciado. Entonces se destruyó la presunción de autorización por escrito. Porque ya ven como, por más que sean previsoras las leyes, la imaginación del delincuente siempre va un pasito más adelante.

La ley se refiere al “Licenciado del Productor”. El productor fonográfico es aquella persona o personas que por primera vez producen un sonido mediante

2. El Dr. Emery acotó en ese momento “Así como los MP3 comprimen los archivos yo he hecho un buen trabajo al comprimir la conferencia”.

la fijación original de los sonidos de una ejecución. Ese es el productor fonográfico. Los demás son los licenciados, es decir, derecho-habientes. Entonces la ley protege tanto a los productores fonográficos originales como a los licenciados.

En el apartado b) la ley avanzó sobre su tiempo porque les reconoció a los productores fonográficos, explícitamente, que el alquiler de discos era ilícito y un ilícito sancionable para la ley.

La Dra. Huerta habló del Convenio de Berna. No creo que se hayan mencionado antes los convenios TRIP'S o los convenios ADPIC. Vale la pena conversar un poquito de ellos, porque realmente es interesante.

Una de las irrupciones que van a causar una profunda crisis en el sistema del derecho de autor franco-germánico, es la irrupción de nuevos objetos protegidos por el derecho de autor, que son el *Software* y la Base de datos.

El *Software* y la Base de datos se basan en dos premisas que no se dan en el derecho de autor de la tradición latina. Es decir, el *Software* normalmente es obra de una persona colectiva, persona jurídica, no de una persona física. Esa obra es generalmente una obra colectiva donde existen derechos morales a los que los colaboradores han renunciado. No se ejercen estos derechos morales porque evidentemente es un conjunto de personas el que concurre para crear esta obra. Si el *Software* tenía que estar o no protegido por el derecho de autor fue una discusión que duró diez años a nivel internacional.

Pero un día los Estados Unidos dijeron "*debe estar protegido por el Copyright*", porque advirtieron que, como bien lo explicó la Dra. Huerta, de la misma manera que no hay una patente universal, hay un derecho de autor universal. Si alguien quiere proteger su patente va a tener que ir país por país dentro del año que da la Convención de París para protegerla. Pero, por el solo hecho de haber creado una obra musical el creador es dueño de su obra musical en los 140 países del mundo signatarios del Convenio de Berna.

E.E.U.U. advirtió que por el solo hecho de crear un *Software* este iba a protegido en 140 países del mundo y afirmó en su ley que es una obra literaria porque está escrita, punto. Se archivó prácticamente la Convención Universal, se levantó a la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual [OMPI] y cuando tuvo todo esto listo se pensó que Berna es un acuerdo de

caballeros, se trata de un elevado número de Estados que declaman que van a proteger el derecho de autor, y le van a otorgar a cada autor el mismo derecho que gozan los autores nacionales en su propia ley, pero si no lo hacen, nadie les puede pedir cuentas, ya que no existe un sistema efectivo de dirimir las cuestiones a que pueda dar lugar la no aplicación efectiva del Convenio de Berna entre sus signatarios.

Entonces, en la Ronda Uruguay de la Organización Mundial del Comercio aparecen los acuerdos sobre propiedad intelectual del Comercio, que en castellano son los ADPIC y en inglés los TRIP'S.

Estos acuerdos dicen que todos los países se obligan a observar los derechos mínimos de los arts. 1 a 21 del Acuerdo de Berna y los derechos mínimos del Convenio de Roma. Se agregan, así como para redondear, dos o tres nuevos conceptos y derechos, como, por ejemplo, que el derecho de autor no protege las ideas, sino que protege el resultado concreto de las ideas, cosa que era más vieja que el mundo, pero que por primera vez aparece en un texto legislativo internacional. Aparecen algunos derechos nuevos, como el derecho de alquiler —y no para todas las categorías, sino para los productores de fonogramas, los productores de *software* y para la industria cinematográfica— cuando el alquiler de los soportes fuera dañino para la industria.

La novedad, realmente, es que obliga a todos los países del mundo a incluir en su enumeración de objetos protegidos el *software* y la base de datos. A diferencia de lo que pasa con el Convenio de Roma, el Convenio TRIP'S es un convenio de comerciantes que habilita, si alguien no cumple con los derechos mínimos, a no comprarle cuero o no comprarle caños sin costura, o a no comprar cualquier otro producto del infractor. Con lo cual, no solamente el *software* está protegido en todos los países del mundo sino que además los que no lo protegen pueden ser objeto de efectivas sanciones comerciales.

Si bien en patentes tenemos problemas, vamos a decir que en materia de derechos de autor, gracias a Dios no, porque nosotros tenemos un efectivo sistema dentro de lo que son los sistemas de protección de la Propiedad Intelectual. El derecho de alquiler, que aparece por primera vez en 1994, la ley argentina prácticamente lo contenía implícito desde 1933. Porque el autor que podía disponer de su obra, puede disponer del alquiler y no solo esas tres categorías, sino cualquier autor, como ser autores de los libros.

No sé porque jamás las organizaciones libreras han utilizado este derecho. Será porque el alquiler de libros no producía el mismo efecto dañino que el alquiler de discos, a partir de que los discos que se alquilaban se copiaban en cassette. De todas maneras el alquiler está en nuestra ley, y a partir de la Ley 23741 que es bastante posterior, es también punible penalmente para el alquiler de discos.

El art. 72 bis de la ley 11.723 también expresa: *“El que reproduzca copias no autorizadas por encargo de terceros mediante un precio”*. Esto se debe a que alguna jurisprudencia dijo que el que copiaba por un precio era un “artesano”. En la Revista *Segundamano* se encontraban muchos que hacían esto. Algún Tribunal sostuvo que hacían lo mismo que el que operaba una fotocopiadora, y que por lo tanto no eran sancionables. El que reproduce en una fotocopiadora puede copiar muchas cosas que no están protegidas por el derecho de autor como balances, papeles privados, cartas, fotografías, documentos, etc.. Pero el que reproduce la música siempre sabe que estaba haciéndolo con un fin delictivo, para aprovecharse de la obra musical y del fonograma de la interpretación.

Otro tema, bastante interesante, se refiere a la *“Probatio Diabolica”* en materia de piratería; cuando se sanciona “al que vende”. Al pirata hay que “pescarlo” vendiendo, y eso es muy difícil. El art. 72 bis de la ley 11.723 sanciona al que vende, pero también al que almacena o exhibe copias ilícitas y no puede acreditar su origen mediante una factura que lo vincule comercialmente con un productor legítimo.

Otro inciso se inspira directamente en el Convenio de Fonogramas *“el que importe copias ilegales con miras a su distribución...”*

En materia procesal el art. 72 bis es un poco como precursor de los ADPIC que contienen muchas medidas preliminares, dispone que si son sociedades de gestión colectiva las que piden las medidas, (como SADAIC) se autoriza a pedir el secuestro tanto en el fuero penal como en el fuero comercial, sin prestar caución previa.

Entiendo que la figura del art. 72 bis de la Ley 11723 ha sido una de las más adecuadas para combatir la piratería, tiene mucha más profundidad que otras normas de legislación comparada.

Tiene un gran inconveniente, sus disposiciones deberían extenderse a la película cinematográfica. En 1971 se aprueba un Convenio y doce años después sus disposiciones son obsoletas, porque ya la tecnología había creado el mismo problema para el *cassette* audiovisual y más tarde para el *diskete* de los programas de computación. Hoy, el art. 72 bis es limitado porque sólo protege al fonograma.

Las redes de comunicación en Internet han traído, como bien lo decía el Dr. Harvey, una revolución. Internet se creó para hacer intercambio de información técnica, en general sus reglas eran para gente que sin ánimo de lucro intercambiaba información. Hasta aquí todo muy bien. La primera industria que sufre el impacto de este intercambio es –a raíz de la evolución tecnológica que se produce dentro de la propia Internet– la industria de la producción fonográfica.

La cosa empieza inocentemente. Pequeñas bandas que no tenían aceptación o que no conseguían la grabación fonográfica (hoy se abarató mucho la grabación digital o la posibilidad de grabar) ponían sus ejecuciones en Internet para que cualquiera pudiera escucharlos, si se tomaban el trabajo para irse popularizando. Amazon.com, que es uno de los Sitios de Internet más importantes en materia de ventas, quiso alguna vez promover la venta de los discos a través de una difusión en Internet. Lo que se encontró fue que las ventas que promovía no se multiplicaron.

¿Quiénes tenían tiempo para sentarse, bajar la canción, reproducirla en el disco rígido? Los estudiantes. Entonces ellos se quedaban tres o cuatro horas y obtenían una reproducción muy aceptable de calidad digital de la canción que Amazon quería sacar. Este público, que es el público más importante de los éxitos (los *Hits*) de la industria musical, prácticamente no compraba.

La defensa que existía contra la reproducción en Internet era el tiempo que costaba bajar las canciones. Pero el tiempo que costaba para bajarlas se comprimió con los archivos MP3, que son un sistema de compresión de los archivos que permite bajar la canción casi en tiempo real. Como si fuera poco, la industria inmediatamente inventó una especie de walkman del MP3 que se llamaba “RIO”. Con lo cual los chicos bajaban sus canciones al RIO, se ponían los pantalones y salían a correr por la universidad. Entonces, evidentemente, la cosa se puso realmente preocupante. La ley reaccionó con paso corto.

¿Porqué? Porque la gran revolución que trae Internet es que ha derribado las fronteras. Globalización en Internet significa que no hay fronteras. Las leyes son territoriales. Vincular el ilícito con el país donde se comete puede ser un tema de derecho internacional privado de gran complejidad.

Hoy tenía que preparar otro trabajo y estaba estudiando jurisprudencia aislada. ¿Hasta dónde ha podido llegar la ley? La ley ha llegado aplicando las mismas viejas leyes, que les he comentado, al ámbito interactivo y ha funcionado. En los E.E.U.U. se dijo, hay que aplicar el “*Copyright Act*” a los “*infringements*”,³ y se han cerrado prácticamente 2000 sitios piratas –pero habrán quedado abiertos otros muchos.

En Francia se invocó el derecho del autor. La SACEM –que es la sociedad francesa de gestión colectiva– adujo efectivamente que un sitio causaba la reproducción. La defensa del operador del sitio fue bastante común: “Yo solamente almaceno”, “yo no se lo que me cargan”, “yo no conozco lo que hacen los que visitan el sitio”, “es una copia privada, y la copia privada está permitida”.

Los Tribunales dijeron que se estaba infringiendo el derecho de reproducción. Y además usted está haciendo una forma de comunicación al público que es derecho exclusivo del autor.

En la Argentina hay un aspecto de la ley 11.723 que es bastante original y que hay que mantenerlo dentro de su futura reforma. La ley que no concede ninguna limitación al derecho de autor en materia de copia privada..

En la mayoría de las leyes de los países, una copia para el consumo privado es lícita. La ley argentina, adelantada a su tiempo en casi todo, en esto también, ya que no permite limitaciones al derecho exclusivo de reproducción del autor.

Los sitios comunes de MP3, los sitios piratas, son fácilmente demandables. Lo que ustedes han leído últimamente es el tema del Napster. El Napster es muy interesante. El Napster no es un sitio que ofrezca grabaciones, sino que es un sitio que ofrece un motor de búsqueda que lleva al navegante a los sitios donde esas

3. Contravención, infracción, falta. (N.D.)

grabaciones están. Y además tiene un *Top Ten* que le dice a Ud. que es lo que más se busca. A través de ese sitio, el que lo visita busca la canción que quiere y las direcciones de los sitios que están conectados, que son todos sitios piratas, ahí sale la canción.

En la Nación leí una cosa muy interesante. Alguien empezó a vender camisetas que decían Napster, y entonces Napster inició un juicio por la infracción a su propiedad intelectual, porque se utilizaba para el *merchandising* la marca de fábrica. Es decir, ellos son muy comunitarios con la música de otros, pero no son nada comunitarios con el nombre de su empresa. La propiedad intelectual de Napster debe ser respetada, aunque Napster se dedique a violar la propiedad intelectual ajena. Como el comunista de las dos gallinas, el viejo cuento del chileno que cuando le explicaban como era el comunismo le dijeron: “*Si hay dos casas, una es para vos – Bien. Si hay dos caballos, uno es para vos – Bien. Si hay dos gallinas... – No, si hay dos gallinas la mía es mía*”. Porque él tenía sus gallinas.

Bueno, acá le pasó lo mismo a los accionistas del Napster, es decir, la propiedad intelectual mía no la toquen, pero la de los demás, yo comunitariamente la reparto.

La última novedad que hay en el Napster es que el Juez no aceptó esta postura, entendió que esto era una infracción a la ley de Copyright y decretó preventivamente el cierre de este sitio, que es un sitio comercial cuyas acciones cotizan en Bolsa. (*injunction*).

El Tribunal de Alzada les otorgó un *reprise* o sea una extensión del plazo para que no se cierre, mientras se escuchan los argumentos de la apelación. Es decir, una especie de efecto suspensivo al recurso de apelación.

Como última anécdota de este tema, también nosotros tuvimos *Napster* criollo. La Nación publicó un día una noticia diciendo “El Disco estalla en el aire”. Pergolini anunciaba su comunitaria y generosa donación de todas las obras que ustedes puedan encontrar a través de este mismo sistema de motor de búsqueda con el Top Ten y demás.

La industria fonográfica actuó junto con SADAIC y expresó que las obras que se estaban utilizando son las obras de sus socios o las obras de la Sociedad

representada por SADAIC y este sitio es realmente nocivo a los compositores. SADAIC, con espíritu solidario y generoso, acompañó a los productores porque el sitio dañaba por igual a autores, compositores, artistas y productores.

Se mandaron dos cartas documento. Salió primero la de la industria, y Pergolini contestó con su habitual desenfado diciendo: les voy a hacer un juicio por difamación. Pero cuando llegó la carta de SADAIC ya no le gustó tanto. Porque se puede ser Robin Hood robando a Warner o a Sony, pero ser Robin Hood robando a compositores, no está nada bien. Sin llegar a juicio, el servicio del buscador se suspendió y no se presta más en el sitio de Pergolini.

Ello refuerza mi opinión de que en nuestro país hay un sistema de derecho, que ese sistema de derecho es efectivo, y que basta amenazar o ponerlo en ejecución para que, como en este caso, dé resultado proteger a los titulares de propiedad intelectual.

Gracias.



*El doctor Miguel Ángel Emery es actualmente Consultor de la Organización Internacional de Propiedad Intelectual (O.M.P.I.), Profesor de Derecho Comercial de la Universidad de Buenos Aires, de Derechos Intelectuales en la Universidad de Palermo y Abogado del Estudio G. Breuer (*Patentes y Marcas*). Autor, entre otros títulos, del libro *Propiedad Intelectual, Ley 11723*, editado por Astrea, y redactor de comentarios sobre propiedad intelectual en “El Derecho”, publicación periódica de la Universidad Católica Argentina.