

LA REPRODUCCION NO AUTORIZADA DE FONOGRAMAS

I.—INTRODUCCIÓN

Quiero traer a estas páginas no el tema del plagio en sí, tan antiguo como el hombre, no del plagio en la literatura, en la música, sino exponer una serie de ideas sobre el hecho y sus consecuencias, de la reproducción total de una obra, la fonográfica, sin consentimiento de su autor. Este supuesto no contempla el caso de quien trata de apropiarse de la idea más o menos esencial de una obra para después revestirla o completarla de manera accidental y presentarla de nuevo como propia. Estas parecen ser las características más destacadas del plagio. Pero en la reproducción no autorizada de fonogramas, se copia totalmente la obra ya hecha y, muchas veces, no sólo la obra en sí, sino hasta la forma, distintivos y peculiaridades que caracterizan su presentación, la parte externa.

Como es lógico suponer, la distinción entre la obra original y la indebidamente reproducida es sumamente difícil, puesto que se trata de una misma obra. Es necesario acudir al examen de los elementos técnicos que en la grabación sonora van contenidos (calidad de la cinta magnética o del polivinilo que compone el disco, composición de la etiqueta, examen técnico del papel o cartoncillo con el que se fabrica la funda y se presenta al público el fonograma, etc.) para llegar a una clara conclusión que nos permita distinguir la obra original de la ilegalmente reproducida.

II.—CONCEPTO DE “FONOGRAMA”

Hay que advertir que con la palabra fonograma, quizás no absolutamente ortodoxa en términos lingüísticos, entendemos toda grabación exclusiva de sonidos, de manera que puedan ser reproducidos. Los discos, cintas, etc., no son sino copias, soportes materiales, que contienen el sonido grabado por primera vez en el fonograma.

El fonograma, que es creación en sí mismo, obra autónoma, recoge, a su vez, otras creaciones previas como la del autor de la música, o de la letra (puesto que no todas las grabaciones contienen música solamente), así

como la actuación del intérprete, dando como resultado esa nueva obra que el productor fonográfico nos trae a la luz.

III.—EL FONOGRAMA EN LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL

La invención de esta posibilidad de grabar el sonido y reproducirlo después tuvo lugar en 1877, casi al mismo tiempo que se promulga nuestra Ley de Propiedad Intelectual (1879). Sin embargo, la Ley recoge y protege este nuevo modo de crear merced al sentido realmente previsor que dieron sus redactores a los preceptos de la misma.

Así, en su artículo 1.º dice que “la propiedad intelectual comprende para los efectos de esta Ley, las obras científicas, literarias o artísticas que puedan darse a la luz por cualquier medio”. Más explícitamente, el Reglamento de 3 de septiembre de 1880, también en su artículo 1.º, dice que “se entenderá por obras, para los efectos de la Ley de Propiedad Intelectual, todas las que se producen y puedan publicarse por los procedimientos de la escritura, el dibujo, la imprenta, la pintura, el grabado, la litografía, la estampación, la autografía, la fotografía o cualquier otro de los sistemas impresores o reproductores conocidos o que se inventen en lo sucesivo”. Muchas veces han sido elogiadas estas previsoras disposiciones de la Ley y el Reglamento sobre Propiedad Intelectual. (Puedo citar, entre otras, a M. Teresa López Cortón: “La creación intelectual y su defensa”. *Revista de Educación*. Noviembre-diciembre 1974.) Este último cuerpo legal trata de enumerar todos o casi todos los procedimientos por los cuales el hombre puede crear obras del espíritu, pero consciente de que nos encontrábamos en los albores de un gran y desconocido desarrollo técnico e industrial no duda en incluir el último párrafo final: “cualquier otro de los sistemas impresores o reproductores conocidos o que se inventen en lo sucesivo”.

Como hemos dicho, dos años antes de la promulgación de la Ley, en 1877, tiene lugar la invención de la grabación sonora. La natural lentitud en el perfeccionamiento de este invento y en el desarrollo de la técnica grabadora, hacen que, realmente, hasta muy entrado el siglo xx no pueda decirse que el fonograma aparece como auténtico fenómeno y modo de comunicación social y de creación espiritual. Pero el fenómeno existe y se va afianzando, por lo que parece necesaria una mención explícita de su protección. Esto se lleva a cabo en España mediante la Orden del entonces denominado Ministerio de Educación Nacional, de 10 de julio de 1942. Tal disposición se apoya en la propia Ley y su Reglamento. En la exposición de motivos de la O. M. se dice “con intuición previsor, la vigente legislación española sobre propiedad intelectual permite, sin alterarla, dar

la protección debida a los derechos que se reconocen a la obra fonográfica". Más tarde, el Decreto de 23 de diciembre de 1957, por el que se aprueba el Reglamento del Servicio de Depósito Legal creado "para proteger con tal medio a los autores, editores y productores en general de obras intelectuales", establece la obligación de constituir el depósito de "las impresiones o grabaciones sonoras realizadas por cualquiera de los procedimientos o sistemas empleados en la actualidad o en el futuro". Art. 1.º c.

La obra fonográfica existe y la legislación española, al igual que tantas otras en el mundo entero, se apresta a protegerla.

IV.—LA PIRATERÍA DE FONOGRAMAS. TIPOS

Pero la técnica, que da origen, como en tantas otras facetas de la investigación del hombre, a nuevos modos de creación intelectual, facilita también los medios para atacarla y hacer casi peligrar su existencia, como ocurre con los fonogramas que son reproducidos sin las autorizaciones debidas.

Con los modernos sistemas de grabación, cada vez más perfectos, de menos costo, de reducido tamaño, se hace sumamente fácil la posibilidad de copiar el fonograma sin autorización del productor fonográfico ni de los autores de las obras contenidas en él, todos ellos auténticos titulares de los derechos que la Ley de Propiedad Intelectual les concede.

Esta reproducción no autorizada es conocida en el mundo con el nombre de "piratería".

Lo novedad del fenómeno y la facilidad con que cada vez se pueden hacer mejor y en mayor número estas reproducciones no autorizadas, coge desprevenidas a gran parte de las legislaciones del mundo y también, psicológicamente, a las personas más perjudicadas con esta acción fraudulenta (productores de fonogramas, autores e intérpretes).

La piratería ha ido extendiéndose con una asombrosa rapidez, llegando, como decíamos antes, a poner en verdadero peligro la subsistencia de una naciente, pero prometedora, industria puesta al servicio de la creación y la comunicación del hombre.

Aproximadamente se venden en el mundo más de 250 millones de musicassettes piratas (en esta cifra no se incluyen los discos). Hay países, como Grecia y Portugal, en los que se estima que el 80 por 100 del mercado de cintas grabadas es pirata.

Al hablar de piratería pueden distinguirse tres tipos de grabaciones sonoras ilegales:

a) Fonogramas estrictamente piratas que se realizan duplicando en

discos o cintas una grabación ya existente, sin el permiso de la persona o compañía que ha llevado a cabo la grabación original,

b) Fonogramas falsificados, que tienen las mismas características de los anteriores y que, además, copian la etiqueta, diseño, marca registrada y detalles de la presentación externa del producto original legítimo, y, por último,

c) Fonogramas grabados en directo sin la autorización del artista intérprete o ejecutante (lo que en términos ingleses se conoce con el nombre de "bootlegging"). Esta grabación no autorizada de la interpretación de un artista se puede llevar a cabo bien mediante la actuación personal del mismo, bien obteniendo esta grabación a través de la radio o la televisión.

Las grabaciones así obtenidas son después duplicadas y puestas a la venta al público.

Los perjuicios que la piratería ocasiona son evidentes, no sólo en lo que al productor fonográfico se refiere, a quien, es claro, se le roba totalmente el producto que con su esfuerzo, su imaginación y su fuerte inversión económica ha creado, sino que el defraudador roba igualmente al autor de la obra literaria o musical incorporada al fonograma; este autor percibe sus ingresos de la venta de los fonogramas realizados por el productor a quien ha autorizado, pero no percibe absolutamente nada de la venta de las copias ilícitas; lo mismo cabe decir respecto del intérprete de la grabación original.

Mención especial merece una actividad diferente de las examinadas, que no puede calificarse estrictamente de piratería, pero que consigue efectos similares en cuanto a los perjuicios patrimoniales que ocasiona a los productores de fonogramas e intérpretes y, en esta ocasión, a los adquirente o consumidores en general. Me estoy refiriendo a aquellos fonogramas que no copian versiones originales, que no duplican sin autorización otros productos ya existentes, sino que ellos, en sí mismos, son originales, pero se presentan al mercado de forma engañosa, de tal manera que producen error en el consumidor al hacer figurar en la carpetilla exterior el nombre y la imagen de un intérprete cuya voz no es luego la que contiene la grabación sonora ofrecida. Ocurre con frecuencia que artistas y cantantes muy conocidos hacen famosa determinada obra musical, muchas veces escrita pensando en su peculiar y específica manera de interpretar. Estas obras musicales son después interpretadas por cualquier otro artista absolutamente desconocido y reproducidas en una musicassette —caso más frecuente— o, muy excepcionalmente, en un disco. Hasta aquí todo es lícito, pero la musicassette es lanzada al mercado no con el nombre y la imagen del intérprete real (absolutamente desconocido del público), sino con la de aquel otro que ocupa la cima de la popularidad y que ha hecho famosa

la interpretación y la mantiene en los altos puestos del éxito. Ciertamente, el consumidor se deja llevar por esa apariencia que le da la portada de la musicassette y compra un producto que no hubiera adquirido de conocer que el intérprete real es distinto del que se hace figurar en la portada. El engaño se desvanece cuando, adquirido el producto, es escuchado por el consumidor, quien comprueba con decepción que la grabación no está realizada por el intérprete que él pensaba y que se le ha ofrecido. Desvelar este engaño no se consigue de momento, pues el intérprete de este producto presentado engañosamente ha intentado imitar la voz del artista conocido.

V.—MEDIDAS LEGALES

A) *A nivel internacional*

Ya en el año 1961, la Convención de Roma “sobre la protección de artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión” amparó a los productores de fonogramas contra el fraude que suponía la copia ilícita de sus fonogramas. Así, el art. 10 dice “los productores de fonogramas gozarán del derecho de autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta de sus fonogramas”.

Esta protección se hace mucho más explícita y concreta en el Convenio de Ginebra de 1971 “para la protección de los productores de fonogramas contra la reproducción no autorizada de sus fonogramas”.

Hay así, pues, dos normas internacionales que regulan y protegen este derecho.

Cabe preguntarse por qué, si existía ya un Convenio Internacional, como la Convención de Roma de 1961, que contenía un derecho de reproducción, se impuso la adopción del Convenio de Ginebra de 1971.

La jurista inglesa Gillian Davies, que tomó parte muy activa en la preparación de este segundo Convenio, dice:

“Existían dos importantes razones que justificaban la necesidad de un nuevo instrumento:

Ya desde 1970, tanto los gobiernos como todas las partes interesadas, eran conscientes de que el problema de la piratería de fonogramas estaba aumentando y de que se necesitaba un remedio urgente para impedir el aumento de los daños a aquellos cuyos derechos estaban siendo violados y a la estructura proteccionista de los derechos intelectuales considerados en su conjunto. Lamentablemente, y con pesar por parte de los productores de fonogra-

mas, la Convención de Roma no era solución ante el problema urgente que se planteaba, ni era probable que lo fuera de forma inmediata, pues no fue ratificada por un número suficiente de Estados, debido a la constante oposición de uno de sus beneficiarios: los organismos de radiodifusión. Además, había un número de países con importantes mercados de discos, en los que la piratería era un problema de envergadura, que no eran miembros de la Convención de Roma. Para combatir eficazmente la piratería de fonogramas, pues, era necesario contar con un convenio que pudiera ser aceptado extensamente en un breve espacio de tiempo.

La segunda razón de peso por la que se necesitaba de un nuevo convenio se basaba en las diferencias de los derechos de reproducción, en términos generales. En 1961, cuando fue adoptado el artículo 10, la piratería era un fenómeno casi desconocido y para combatirla eficazmente se imponía una protección, no sólo contra la persona que efectivamente reproduce fonogramas, sino también contra los importadores y comerciantes. El Convenio sobre Fonogramas (Ginebra, 1971) ofrece esta protección. Con respecto a la importación, es posible demandar al importador con sólo probar que los fonogramas en su posesión son copias hechas sin el consentimiento del productor. Si fuera grande el número de fonogramas es evidente que fueron importados con la finalidad de su distribución al público. El derecho contra la distribución permite entablar acción judicial contra cualquier vendedor mayorista o detallista.”

España, que tiene suscritos los dos Tratados, ha ratificado sólo el de Ginebra (*B. O. E.* de 7 de septiembre de 1974).

Por el Convenio de Ginebra, todo Estado contratante se compromete a proteger a los productores de fonogramas que sean nacionales de los otros Estados contratantes: *a)* contra la producción de copias sin el consentimiento del productor, *b)* contra la importación de tales copias, cuando la producción o la importación se hagan con la finalidad de distribuir las al público, y *c)* contra la distribución de esas copias al público. (Art. 2.º)

El Convenio deja en libertad al Estado contratante para elegir los medios con los que aplicar el mismo, debiendo, dice, “comprender uno o más de los siguientes: protección mediante la concesión de un derecho de autor o de otro derecho específico; protección mediante la legislación relativa a la competencia desleal, y protección mediante sanciones penales (art. 3.º) La primera y la tercera medidas de protección son las que existen en España. La Orden de 10 de julio de 1942, en su art. 7.º establece que “la de-

fraudación de los derechos a que se refieren los artículos precedentes será sancionada en la forma prevista en el art. 46 y siguientes de la Ley de 10 de enero de 1879". A su vez, el art. 46 remite para las sanciones en materia de defraudación de la propiedad intelectual a los artículos 534 (texto vigente) y correlativos del Código Penal.

Es de destacar, entre las disposiciones de este Convenio, la regulada en el artículo 5.º y que se refiere al cumplimiento de los requisitos para que los productores de fonogramas gocen de protección legal: "cuando en virtud de la legislación nacional, un Estado contratante exija el cumplimiento de formalidades como condición para la protección de los productores de fonogramas, se considerarán satisfechas esas exigencias si todas las copias autorizadas del fonograma puesto a disposición del público o los estuches que las contengan llevan una mención constituida por el símbolo P, acompañada de la indicación del año de la primera publicación, colocada de manera que muestre claramente que se ha reservado la protección." La exigencia de este símbolo P va haciéndose cada vez más generalizada en nuestro país y en todo el mundo, por lo que debiera ser objeto de estudio, de cara a la nueva Ley de Propiedad Intelectual, la adopción y regulación del sistema definitivo necesario para la obtención de la protección que la Ley confiere a los productores de fonogramas.

B) *A nivel nacional*

En España, como hemos dicho anteriormente, la protección de la obra fonográfica deriva de su consideración de obra de propiedad intelectual, a la que le son aplicables, por tanto, las normas que la Ley prevé en el artículo 19 y siguientes, estando sancionada su infracción por el Código Penal (art. 534 1).

Para que el titular de los derechos pueda gozar de esta protección, es necesario que se cumplan los requisitos previos del Depósito Legal. Así, el art. 3.º, párrafo segundo, de la Orden de 10 de julio de 1942, dice que "este derecho sobre la reproducción y demás utilizaciones se refiere al contenido de todo disco fonográfico que la entidad productora haya depositado legalmente e inscrito, en su caso, en el Registro de la Propiedad Intelectual".

Por lo que se refiere a las musicassettes originariamente auténticas, pero de presentación engañosa, es evidente que se encuentran dentro de lo establecido en el art. 5.º, párrafo 2.º, del Decreto 3.632/74 de 20 de diciembre, según el cual se considera infracción a la disciplina del mercado "el fraude en la calidad, origen o presentación de mercancías o productos de

toda clase, destinados a la venta, utilizando materias primas falsificadas, alteradas o que no correspondan a su verdadera naturaleza o presentándolos de forma que haga presumir que su composición, calidad u origen son distintos a los reales". También les son de aplicación las normas contenidas en el Título II del Estatuto de la Publicidad, Ley 61/1964 de 11 de junio y, de forma muy concreta, su artículo 8.º: "En toda actividad publicitaria deberá respetarse la verdad, evitando que se deformen los hechos o se induzca a error. Las afirmaciones que contengan alegaciones que se refieran a la naturaleza, composición, origen, cualidades sustanciales o propiedades de los productos o prestaciones de servicios objeto de publicidad serán siempre exactas y susceptibles de prueba en cualquier momento."

Todo ello sin perjuicio de que una acción de este tipo pueda incurrir claramente en delito de estafa y defraudación de la propiedad intelectual, y así ha sido considerado recientemente por auto dictado por el Juzgado de Instrucción núm. 4 de Madrid, confirmado posteriormente por la Audiencia Provincial, pendiente aún de sentencia.

VI.—ACTUALIZACIÓN LEGISLATIVA

Gracias a las disposiciones legales de carácter especial, a las generales del Código Penal y a las de carácter administrativo, es posible enfrentarse y luchar contra estos nuevos medios de usurpación de los derechos que detentan sus legítimos titulares. Pero muchas veces los conceptos y las definiciones no están lo suficientemente claros y precisos, por lo que sería conveniente una actualización de los mismos. Mayor necesidad reviste el poder disponer de unos medios y unos procedimientos ágiles para la represión de este tipo de fraudes. El mercado, en general, y el discográfico de una manera extremadamente acusada, se desarrolla con una rapidez que hace que sus productos de éxito se mantengan en tal situación sólo durante un corto período de tiempo. Es necesario, mientras tanto, no solamente detectar el fraude, sino extirparlo radicalmente. La reciente Ley 62/1978 sobre Derechos Fundamentales de la Persona y el Real Decreto 342/1979, ampliando la Ley, nos ofrecen ejemplos a seguir en este camino. La eficacia de la sanción se ha dicho siempre, y en este caso es más claro, está en razón directa a la inmediatidad con la infracción.

CARLOS GRANDE

Gerente-Asesor legal de la
Asociación Fonográfica Española