

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2008  
Selección y disposición de las materias y comentarios, Ricardo Antequera Parilli

## Comunicación pública. Retransmisiones por cable.

**PAÍS U ORGANIZACIÓN:** Paraguay

**ORGANISMO:** Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional

**FECHA:** 30-5-2005

**JURISDICCIÓN:** Judicial

**FUENTE:** Texto del fallo en copia del original

**OTROS DATOS:** Acuerdo y sentencia No. 368

### SUMARIO:

*“... la definición del derecho de comunicación pública [...] establece «comunicación pública: acto mediante el cual la obra se pone al alcance del público por cualquier medio o acontecimiento» está en plena concordancia con los convenios universalmente vigentes en la totalidad de países del concierto internacional [...]. Por lo tanto, los usuarios poco podrán argumentar en cuanto a la arbitrariedad, o en relación con lesiones que la operatividad de este concepto ampliamente reconocido le pueda ocasionar”.*

[...]

*“... la comunicación al público como uso no comprende la mención de los medios que se utilicen, ya que es indiferente cuál concretamente es el que se utiliza para realizar la comunicación pública”*

[...]

*“... la actividad realizada por la actora al retransmitir programación emitida por terceros y distribuida a sus clientes abonados por cable, la cual justifica su interés en la acción de inconstitucionalidad, no da lugar a dudas de acuerdo con la legislación nacional, acuerdos internacionales vinculantes y doctrina aplicable [...], que se encuentra comprendida dentro de la comunicación al público de bienes protegidos por el derecho de autor, ya que los mismos se encuentran incluidos en la programación de las diferentes señales”.*

### TEXTO COMPLETO:

*En la Ciudad de Asunción, Capital de la República del Paraguay, a los treinta días del mes de mayo del año dos mil cinco, estando reunidos en la Sala de Acuerdos de la Corte Suprema de Justicia, los Excmos. Señores Ministros de la Sala Constitucional, Doctor*

**ANTONIO FRETES,** Presidente y Ministros, Doctores **JOSE V. ALTAMIRANO AQUINO Y VICTOR MAUNEL NUÑEZ RODRIGUEZ,** Miembros, ante mi, el Secretario autorizante, se trajo al acuerdo el expediente caratulado **“ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD: “CONTRA ART.167 INC. 6 Y 7, ART. 2 INC. 4, ART. 27 INC. 3,5 Y 12, ART. 128, 138 Y 142 INC. 4 DE LA LEY Nº1328/98 “DE**

**DERECHOS DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS”,** a fin de resolver la acción de inconstitucionalidad promovida por los abogados Osvaldo Granada Sallaverry, Silvia Teme Baron y Ramiro Breuer en nombre y representación de “CONSORCIO MULTIPUNTO MULTICANAL S.R.L.”.

Previo estudio del caso, la Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, resolvió plantear y votar la siguiente.

### **CUESTIÓN:**

*¿Es procedente la acción de inconstitucionalidad deducida?*

A la cuestión planteada el Dr. **ALTAMIRANO** dijo: Se presentan los Dres. Osvaldo Granada Sallaverry, Silvia Teme Barón y Ramiro Breuer y en nombre y representación de “Consortio Multipunto Multicanal S.R.L.”, conforme poder general agregado en autos, a promover acción de inconstitucionalidad contra de los artículos 167 inc. 6 y 7, artículo 2 inc. 4, artículo 27 inc. 3, 5 y 12, artículos 128, 138 y 142 inc. 4, todos de la ley 1328/98 denominada “De derecho de autor y derechos conexos”.

1.1.-En primer término, la presente acción de inconstitucionalidad se dirige contra un cuerpo legal, para cuya procedencia omitieron los accionantes especificar el agravio jurídicamente protegido, concreto y particularizado que el acto atacado provoca a los intereses de la empresa accionante, como también se omitió expresar de que manera la disposición cuestionada vulnera o restringe derechos o garantías constitucionales de las que gozaba antes de ser emitidas. Surge entonces, que no puede considerarse procedente expedirse acerca de la inconstitucionalidad o no de las normas cuestionadas ya que se plantea la impugnación de las disposiciones legales citadas sin observarse que exista lesión concreta a sus legítimos derechos, tal como lo exige el artículo 550 de C.P.C.

1.2.- Es mas, se colige en autos que la accionante pretende la declaración de

*inconstitucionalidad de normas provisionales, lo cual no corresponde, en razón de que se está en presencia de un caso, pues la acción así planteada se encuentra destinada a obtener una declaración de inconstitucionalidad hacia el futuro, y para una situación eventual, motivo por lo que considero que no debe darse trámite a la presente acción de inconstitucionalidad por defecto de forma manifiesta.*

1.3.- Sin embargo, y pese al incumplimiento de forma, considero oportuno hacer un análisis de las disposiciones atacadas de inconstitucionalidad.

### **2.- Consideraciones previas.**

2.1.- En el pedido de inconstitucionalidad de las normas precitadas que hace la actora se pone en juego la interpretación de los tratados internacionales que el país ha ratificado, todos ellos instrumentos fundamentales del sistema global de los derechos de autor y parte del derecho positivo interno de mayor rango en la materia bajo examen.

El Paraguay firmó y se adhirió a los siguientes Tratados, Convenios y Acuerdos Internacionales: 1º) Tratado de Montevideo de 1889, ratificado por Ley del 3 de septiembre del mismo año ; 2º) Convención de Buenos Aires, de 1910, ratificada por Ley Nº 46, del 23 de agosto de 1913; 3º) Tratado de Montevideo de 1939, ratificado por Ley Nº 266, del 19 de julio de 1955; 4º) Convención Interamericana de Washington, de 1946, ratificada por Ley Nº 71, del 12 de julio de 1949; 5º) Convención Universal sobre Derechos de Autor, de 1952, firmada en Ginebra el 6 de septiembre de 1952, ratificada por Ley Nº 777, del 22 de mayo de 1962; 6º) Convención Internacional de Roma de 1961, firmada entre el 10 al 26 de octubre de dicho año, ratificada por Ley Nº 138, del 11 de octubre de 1969; 7º) Convención de Ginebra de 1971, ratificada por Ley Nº 703 del 8 de agosto de 1978; 8º) Convención de Asistencia con la OMPI ( Organización Mundial de la Propiedad Intelectual) , ratificada por Ley Nº 1224, del 26 de diciembre de 1986;9º) Tratado firmado con la convención de Berna de 1886 hasta su ultima revisión y ratificada por Ley del 12 de agosto de 1991; 10º) Paraguay

forma parte también de la Convención de París, del año 1863, en materia de propiedad industrial, ratificada por Ley Nº 300, del 10 de enero de 1994, organizada por OMPI, con sede en Ginebra, con su última enmienda del año 1978, a la que están adheridas más de 150 países de todo el mundo, protege la propiedad industrial como las marcas, patentes de invención, modelos de utilidad, nombre comercial, las indicaciones de procedencia y la represión a la competencia desleal.

El principio de supremacía constitucional aparece enunciado en el artículo 137 de nuestra Carta Magna, por tanto, al momento de valorar las particularidades de la ley de derecho de autor y sobre todo en parte resolutive de esta sentencia, se deberá tener en cuenta, en consonancia con el derecho interno y particularmente con las prescripciones legales de la ley 1328/98, que el Paraguay se ha comprometido a respetar los acuerdos internacionales vigentes en materia de derecho de autor, por lo cual se le debe garantizar a cada titular de derecho el mínimo de protección que tales cuerpos convencionales establecen, otorgando asimismo facultades a favor de los productores de fonogramas en sus diferentes usos, que incluyen su comunicación al público a través de cualquier medio, e incluyendo sus transmisiones o retransmisiones por cualquier señal.

En tal sentido, las previsiones legales establecidas por la ley de derecho de autor, y su articulado siguen el criterio establecido por el derecho convencional aplicable. Por lo que la petición de la actora deja en crisis no sólo la legislación interna de derecho de autor contenida en la ley 1328/98, sino también los convenios internacionales ratificados por Paraguay. Es casi una obviedad afirmar la utilidad del análisis de la doctrina y jurisprudencia de los países partes, desde que tratándose de normas que tienen su base en los tratados internacionales, lo deseable es alcanzar una cierta armonización jurisprudencial. De otro modo, la celebración de un tratado internacional queda privado de todo valor práctico, si cuanto se ha pretendido unificar queda desarmonizado por la jurisprudencia.

### 3.-El derecho de propiedad.

3.1.- Si bien la actora ha ensayado como argumento la afectación del derecho de propiedad que le garantiza la Constitución, no se ha detenido en ahondar en sus fundamentos y lesiones propias a su situación jurídicamente disvaliosa en los términos de la acción impetrada. Tampoco ha tenido en cuenta que todas las disposiciones impugnadas han sido dictadas por los órganos competentes para proteger el derecho de propiedad de titulares de derechos sobre bienes intelectuales bajo el amparo del art. 110 de la Constitución de la República del Paraguay (1992) que reza "Todo autor, inventor, productor o comerciante gozará de la propiedad exclusiva de su obra, invención, marca o nombre comercial, con arreglo a la ley."

3.2.- En concordancia con nuestra Constitución Nacional la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), en su cruzada de protección de los autores, inventores y creadores entiende "...Por propiedad intelectual se entiende la propiedad de las creaciones intelectuales, particularmente las invenciones tecnológicas y las obras literarias y artísticas. 'Propiedad' significa que las invenciones protegidas y las obras protegidas por derecho de autor pueden utilizarse únicamente con el consentimiento del inventor, autor o cualquier otro propietario de los derechos. Los derechos de propiedad intelectual existen también respecto de las marcas protegidas." De esta manera, se puede afirmar que los derechos de los autores sobre sus obras surgen de un sistema de protección que los garantice por medio de normas que lo prescriban.

3.3.- En cuanto al término propiedad, se debe destacar que, cuando se emplea en la Constitución Nacional, comprende todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad. Todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones de derecho privado, sea que nazca de actos administrativos, derechos subjetivos, privados o públicos, a condición de que su titular disponga de una acción contra cualquiera que quiera

*interrumpirlo en su goce, así sea el Estado mismo, integra el concepto constitucional de propiedad.*

*3.4.-En tal sentido, el escrito de interposición de la acción de inconstitucionalidad debe ser fundamentado y no aludir genéricamente al plexo jurídico invocado que afecte sus legítimos intereses, conteniendo una seria crítica, concreta y razonada, de cada conjunto normativo y ateniendo a su esencia, sin incursionar en el puro dogmatismo, lo cual torna difusa la determinación del derecho debatido y la concreción de la acción.*

#### *4.-Derecho de comunicación al público.*

*4.1.- Teniendo en cuenta que en el centro de discusión se encuentra la definición de “comunicación al público” expresada en el art. 2 de la ley 1328/98 que entiende por tal al “acto mediante el cual la obra se pone al alcance del público por cualquier medio o procedimiento”, se deberán demarcar los conceptos que involucran el concepto que se sigue de la definición legalmente vigente en la materia a nivel nacional.*

*4.2.-El concepto adoptado por la OMPI, en cuanto al significado jurídico de la Comunicación al público de una obra, fonograma o interpretación, entendiéndose por tal al acto de “Hacer una obra, representación o ejecución, fonograma o emisión de radiodifusión perceptibles, de cualquier manera idónea, para las personas en general, es decir, sin restringirlos a determinados individuos pertenecientes a un grupo privado. Este concepto es más amplio que el de publicación y abarca también entre otras, formas de utilización tales como la representación o ejecución pública, la radiodifusión y la transmisión por hilo al público, o la transmisión directa al público de la recepción de una emisión o programa de radiodifusión”.*

*4.3.- El art. 2 de la ley 1328-98 en sus diferentes incisos establece los alcances que dentro de la nomenclatura jurídica dará operatividad a los conceptos establecidos dentro de la ley de derecho de autor en cuanto*

*a los usos comprendidos dentro de la comunicación al público.*

*4.4.- Particularmente, la definición del derecho de comunicación pública establecida en el art. 2, inc.4 que establece “comunicación pública: acto mediante el cual la obra se pone al alcance del público por cualquier medio o acontecimiento” está en plena concordancia con los convenios universalmente vigentes en la totalidad de países del concierto internacional y que a continuación se detallarán. Por lo tanto, los usuarios poco podrán argumentar en cuanto a la arbitrariedad, o en relación con lesiones que la operatividad de este concepto ampliamente reconocido le pueda ocasionar.*

*4.5.- Dentro del concepto de comunicación pública se incluye la ejecución al público, y la radiodifusión, pero también comprende la puesta a disposición del público y comunicación por medio de redes tipo Internet. Es así que los tratados OMPI denominados tratados Internet ratificados por la Nación, amplían y mejoran estas definiciones tomando en cuenta la tecnología digital desarrollada en los últimos años, y complementando lo anteriormente expresado por el Tratado OMPI sobre Interpretaciones o Ejecuciones y Fonogramas (en adelante TOIEF) comprende dentro del concepto de comunicación pública “de un fonograma, la transmisión al público, por cualquier medio que no sea la radiodifusión, de sonidos de una interpretación o ejecución o los sonidos o las representaciones de sonidos fijados en un fonograma. A los fines del art. 15 (derecho a remuneración por radiodifusión y comunicación al público), se entenderá que “comunicación al público” incluye también hacer que los sonidos o las representaciones de sonidos fijados en un fonograma resulten audibles al público” (art. 2, inc.g).*

*4.6.- El mismo TOIEF define a la radiodifusión de fonogramas en su art. 2º, inc. f a “la transmisión inalámbrica de sonidos o imágenes y sonidos o de las representaciones de éstos, para su recepción por el público; dicha transmisión por satélite también es una radiodifusión; la transmisión de señales codificadas será radiodifusión cuando los*

medios de descodificación sean ofrecidos al público por el organismo de radiodifusión o con su consentimiento”. (art. 2, inc. f).

4.7.-Es de resaltar que el TOIEF es el primer y único tratado que otorga una definición de “comunicación pública”, ya que resultó dificultoso abordar este tema en anteriores convenciones internacionales. Lo que resalta que la solución adoptada y transcrita precedentemente cuenta con el acuerdo de todas las representaciones diplomáticas de los países que participaron, y un compromiso mayor de quienes luego, además, lo ratificaron. Por lo tanto sus conceptos tienen una fuerza convictiva y directriz de jerarquía superior para resolver temas relacionados con la comunicación al público de fonogramas comerciales.

4.8.- Asimismo, siguiendo el criterio de aquella convención internacional, el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (también ratificado por nuestra Nación) establece un concepto orientativo de “comunicación pública” en relación con la protección de los autores musicales, comprendiendo la difusión realizada “por medios alámbricos o inalámbricos, comprendida (léase comprendiendo) 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”( Art. 8).

4.9.-Como vemos en este caso la comunicación al público como uso no comprende la mención de los medios que se utilicen, ya que es indiferente cuál concretamente es el que se utiliza para realizar la comunicación pública. En tal sentido, las menciones que la actora considera ambiguas en términos jurídicos aplicables en derecho de autor son indiferentes, tanto en su aplicación civil como en normas penales.

4.10.- Siguiendo estos conceptos y teniendo en cuenta los diferentes usos comprendidos dentro del derecho de comunicación al público, la ley de Derecho de Autor establece en su art. 27 la enumeración de ellos, y dice: La comunicación pública podrá efectuarse particularmente mediante : ... ..

2. La proyección o exhibición pública de obras cinematográficas y demás audiovisuales; 3. La transmisión de cualesquiera obras por radiodifusión u otro medio de difusión inalámbrico, por hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo que sirva para la difusión a distancia de los signos, las palabras, los sonidos o las imágenes, sea o no mediante suscripción o pago ; 4. La retransmisión, por una entidad emisora distinta de la origen, de la obra radiodifundida... ..”.

4.11.- Por lo tanto, la actividad realizada por la actora al retransmitir programación emitida por terceros y distribuida a sus clientes abonados por cable, la cual justifica su interés en la acción de inconstitucionalidad, no da lugar a dudas de acuerdo con la legislación nacional, acuerdos internacionales vinculantes y doctrina aplicable y citada, que se encuentra comprendida dentro de la comunicación al público de bienes protegidos por el derecho de autor, ya que los mismos se encuentran incluidos en la programación de las diferentes señales.

5.-El derecho de los productores de fonogramas y su derecho de remuneración de acuerdo al marco legal vigente.

5.1.- Continuando con la legislación nacional en cuanto a los derechos de los productores de fonogramas, el artículo 128 impugnado expresa que: “Los productores de fonogramas tienen igualmente el derecho a recibir una remuneración por la comunicación del fonograma al público, por cualquier medio o procedimiento, salvo en los casos de las utilidades lícitas a que se refiere el Artículo 38 de la presente ley, la cual será compartida, en partes iguales, con los artistas intérpretes o ejecutantes”.

5.2.-Si bien la presentación no refiere al ámbito de protección que tienen las normas impugnadas, ni tampoco se detiene en la naturaleza jurídica del fonograma, cabe resaltar entonces que es un bien de propiedad digno de protección en los términos de la ley de derecho de autor. El precitado artículo reconoce a sus titulares el derecho a exigir una remuneración por sus usos como cualquier persona tiene derecho a exigir una compensación por el uso

de algo que es de su propiedad, con la particularidad que al ser un bien intelectual debe establecer las condiciones en las cuales serán ejercidos estos derechos y que su respeto es exigible erga omnes. Por lo que se debe estar primero, a alcanzar a comprender el régimen y naturaleza jurídica del bien protegido para luego analizar las consecuencias que legalmente se le han atribuido en pleno ejercicio de la reglamentación que todos los derechos merecen, particularmente en este caso, el de los productores sobre sus fonogramas, que han establecido un equilibrado régimen de usos, siguiendo el régimen internacional en la materia.-

5.3.-En tal sentido, cabe mencionar que con el descubrimiento de los principios de la grabación y reproducción de sonidos y la creación del fonógrafo y del gramófono, devino la aparición de los discos. Entonces las representaciones de obras musicales dejaron de ser efímeras ya que gracias a los precitados aparatos y la utilización de los discos las mismas eran audibles sin la necesidad de que una banda u orquesta las ejecutase en vivo. Con el paso del tiempo evolucionaron los formatos y aparecieron las cintas magnéticas, los discos de vinilo, los cassetes, y posteriormente los discos compactos (CD's) y otros similares, entre los soportes más difundidos para fijar grabaciones musicales y fonográficas, las cuales en general están compuestas de sonidos con melodías, armonías y ritmos conjuntamente con voces, o solamente de sonidos en los temas instrumentales.

5.4.-En consecuencia, el hecho técnico que dio lugar a la creación del fonógrafo, originó la ampliación de un hecho artístico, ya que las obras musicales y sus interpretaciones podían ser grabadas y difundidas más allá de la representación y ejecuciones en vivo de las piezas, y finalmente, como reacción jurídica en el ámbito mundial, devino la protección de las obras musicales y fonográficas reproducidas en miles de discos en sus sucesivos usos, bajo los principios del derecho de autor, los derechos conexos, o de la propiedad intelectual, según la nomenclatura jurídica que adoptara cada país.

5.5.- En todos los usos de las obras fonográficas, y en el caso que particularmente nos ocupa los derechos de comunicación pública inherentes a los fonogramas comerciales, los titulares mantienen la plena disposición sobre sus bienes intelectuales, con la particularidad de que las grabaciones sonoras están fijadas en miles de copias dispersas por todo el mundo, es por esto que se delimita en la legislación, para su protección y retribución, el ámbito y la forma de compensación del uso de la propiedad intelectual ajena basado en la garantía constitucional de nuestra Carta Magna.

5.6.-Así, cuando un tercero comunica al público el sonido de un fonograma en sus emisiones de cable, radio, televisión abierta, por medio de programación propia y/o de retrasmisiones de señales, sin autorización de sus titulares de tales fonogramas, incurre en incumplimientos civiles y delitos penales tipificados, obteniendo beneficios mediante la utilización de bienes protegidos que le son ajenos, quedando también obligado al pago de la compensación correspondiente en los términos legales aplicables.

6.-Breve referencia del Régimen de licencia voluntaria.

6.1.-Con relación a los usos que cada usuario desee realizar eventual o rutinariamente dentro de su actividad comercial está dispuesto en la ley de Derecho de Autor el régimen de su autorización que supone y constriñe al otorgamiento y obtención de licencias individuales, y por lo tanto las sociedades de gestión que representan a distintas categorías de titulares están obligadas a establecer el quantum del derecho patrimonial que corresponda (art. 142 de la Ley 1328).

6.2.- En virtud de la imputación de inconstitucionalidad al marco legal de los derechos individuales de los productores de fonogramas, su régimen de licencia y su gestión colectiva es oportuno resaltar, y no perder de vista en el presente, que el derecho que gestionan las sociedades son de índole individual y directo que surge de la ficción del derecho que crea un vínculo jurídico entre el

*titular de la obra y la misma, en razón del don de ubicuidad de éstas, para que él pueda ejercer su señorío a través de herramientas legales denominadas “LICENCIAS” que suponen facultades erga omnes para ellos, y que los terceros deben atenerse, así como lo fundamentan románticamente los reconocidos estudiosos del tema, los autores Carlos Mouchet y Sigfrido Radaelli al decir que “Es evidente que corresponde hacer respetar el derecho de los autores a que se les abone por sus creaciones, pues siendo ambos nobilísimos y cada uno irremplazable en su esfera, el trabajo intelectual se destaca sobre el material por su mayor complejidad y responsabilidad. Fuera del esfuerzo físico, que con distintos matices y en mayor o menor escala es común a uno y otro tipo de actividad, aquel se integra, además, con un considerable aporte de elementos espirituales, que en algunos casos es fina intuición creadora y en otros exquisita sensibilidad para traducir fielmente lo que otros han concebido”.*

6.3.-La ley de Derecho de Autor, entiende a la licencia como: “la autorización o permiso que concede el titular de los derechos (licenciante) al usuario de la obra u otra producción protegida (licenciataria), para utilizarla en una forma determinada y de conformidad con las condiciones convenidas en el contrato de licencia”.

6.4.-Las licencias son las herramientas necesarias para que el titular de un derecho sobre bienes inmateriales pueda disponer y administrar su creación, y particularmente sus fonogramas, durante el plazo que la ley acuerda que aquéllos permanecen en el dominio privado de las personas. Y es justamente la facultad de comunicarla al público una de las más importantes, ya que la consagración, el éxito y la fama de los artistas, autores o de los fonogramas es justamente eso: “comunicación al público”.

6.5.-En el caso particular de los derechos de comunicación pública, el régimen de licencia está administrado en todo el mundo por las sociedades de gestión por medio de licencias voluntarias y colectivas, por lo tanto están facultadas a ejercer estos derechos en

nombre de los titulares de los derechos confiados.

6.7.-Es así que conjuntamente con la facultad de los autores y titulares de derechos intelectuales de disponer de la comunicación al público de los bienes artísticos, el art. 167 de la misma Ley establece un régimen punitivo estableciendo penas a quienes utilicen aquéllos sin las correspondientes licencias. En tal sentido el artículo 116 establece : “El autor, así como el artista y el productor de fonogramas o las entidades de gestión colectiva podrán, conjunta o separadamente, perseguir ante la justicia civil o penal, la reproducción, alquiler u otra utilización ilícita del fonograma”.

#### 7.-Síntesis de planteo de la actora.

El tema en discusión y teniendo en cuenta los fundamentos de la acción puestos a consideración e la Sala son: a) La existencia de tipos penales abiertos en el art. 167, incisos 6 y 7 que violan el principio de la legalidad por no existir ley anterior; b) Ineficacia preventiva de las normas impugnadas; y c) Afectación a los derechos de concurrencia, de propiedad privada y de igualdad ante la ley.

#### a) Principio de Legalidad.

Este principio tiene una función netamente garantista y para que una norma responda al principio de legalidad debe ser: a) estricta y taxativa en cuanto a las conductas descriptas; y, b) previa, en cuanto a que debe ser anterior al hecho imputado.

Si se tiene en cuenta que los derechos no nacen de la ley sino de la Constitución que los garantiza, y el principio de legalidad tiende a resguardar esos derechos de la actividad legislativa, debo concluir que los derechos sobre bienes intelectuales regulados y reglamentados por la Ley 1328/98 en los artículos 2 inc.4, 27 inc. 3, 5 y 12, 128, 138, 142 inc.4., y los tipos penales descriptos en el artículo 167 inc. 6 y 7 están de acuerdo con los principios superiores que reconoce la Carta Magna.

*Es así que no configura ni un exceso, ni un abuso sobre los terceros las limitaciones que la legislación razonablemente, y en franca consonancia con el régimen internacionales, se impone a terceros en la disposición de bienes intelectuales como consecuencia natural que surge del respeto a la propiedad ajena.*

*En tal sentido los tipos penales del artículo 167, inc. 6 y 7 prescriben un determinado supuesto de hecho abstracto, comunicar al público sin autorización, que produce una consecuencia jurídica a quien lo realice.*

*En cuanto a las demás normas tildadas de inconstitucionales y su vinculación con el principio de sujeción a la ley, o de legalidad en los términos de la doctrina italiana, se debe decir que las mismas no confieren poderes arbitrarios a organismos extrajudiciales como manifiesta la actora, sino que la ley 1328-98 en las normas apuntadas y en su aplicación integral regula las facultades conferidas a ciertos titulares de derechos por medio de normas procedimentales y sustanciales, estableciendo paralelamente en un marco de control sobre las competencias atribuidas, y que en definitiva serán revisadas judicialmente en casos concretos que sean llevados a esa instancia.*

*Con respecto a las argumentaciones de analogía realizadas por la actora en la entelequia legal que sostiene la aplicación de los tipos penales incluidos en el art. 167, toda vez que la mera mención a “cualquier procedimiento análogo” citada en los incisos 6 y 7 que al decir de la actora “en estos incisos el recurso a la analogía es evidente incluso con la utilización del vocablo derivado y conjugado análogo o el equivalente en general, por cualquier medio o procedimiento”.*

*Luego de su análisis entiendo que no se esta en presencia de un tipo penal abierto ni existe la aplicación de analogía en perjuicio. Las expresiones contenidas en la norma deben ser entendidas en su sentido natural, y será el juez al resolver sobre la responsabilidad de un eventual imputado, quien defina si la conducta es inocua, o por lo contrario es constitutiva de comunicación al público sin autorización, para*

*lo cual se ha de valer de todos los medios de prueba aceptados legalmente, y en particular del concepto que las normas expresamente prescriben sobre tal uso.*

*En tal sentido, es relevante mencionar que los delitos tipificados son lo denominados “de resultado” y no “de medios”, por lo tanto se configura con la sola comunicación al público sin autorización cualquier fuera el medio o procedimiento. En tal sentido he mencionado que el derecho comparado opta por la misma técnica legislativa en razón de las particularidades del objeto de derecho y el bien jurídico tutelado, por lo que concluyo que el artículo 167 en sus incisos 6 y 7 constituyen tipos penales autónomos que no vulneran la Constitución.*

*b) Inexistencia de tipos penales abiertos.*

*Esto no quiere decir, que el tipo requiere una dependencia de otras disciplinas jurídicas o normas extrapenales, como las que definen a los medios utilizados para la comunicación pública, pues es obvio que no se trata de definir qué es ese concepto o la retransmisión en el tipo penal, sino será necesario realizar una constatación fáctica en los casos llevados a instrucción penal de que éstas se han realizado sin autorización, tal cual lo prevé la norma.*

*En el presente caso, el actor indica que hay proliferación de medios que tornaría arbitraria la calificación de “comunicación pública” o “al público”, y califica a esta posibilidad como peligrosa y contraria a las garantías constitucionales, pero según lo que se lleva dicho, se trata de una técnica legislativa que procura cubrir -en lo posible- la sofisticación a que se ha llegado en los medios tecnológicos que permiten configurar la acción, a lo que se suma como mencioné anteriormente, la actividad realizada por actora (retransmisión de señales por medio del sistema de cable) esta naturalmente comprendida y expresamente establecida como uno de los medios por los cuales se puede realizar la comunicación al público de fonogramas, por lo tanto las especulaciones en este sentido en su caso devienen en abstracto.*



*Entonces, las normas acusadas no pueden calificarse como tipo penal abierto o “en blanco” por la generalidad de la conducta o la arbitrariedad de su calificación, como lo afirma la actora, pues la eventual remisión a otras normas de la misma ley sólo indica la configuración de la estructura del tipo, descripción que se considera completa porque abarca lo indispensable para darle claridad a su contenido, no vulnerándose en consecuencia, la exigencia constitucional de la determinación.*

- c) Comunicación pública no autorizada. Comentario al inciso 7 del art. 167.

*Para no incurrir en el delito específico que establece este inciso del art. 167, un imputado debería acreditar que tiene autorización expresa (entiéndase licencia de uso) otorgada por los titulares de los fonogramas, en el caso concreto, de la Sociedad de Gestión de Productores de Paraguay. Esta Entidad es la facultada a conceder la autorización de uso de fonogramas por usos verificados en la República del Paraguay, ya sean los mismos nacionales o extranjeros, en virtud de sus estatutos y de las facultades legales y responsabilidades que pesan sobre la misma.*

*En caso contrario, todo uso habrá sido realizado en infracción a los derechos de autor y se habría cumplido el requisito objetivo del tipo penal. En tal sentido la ley faculta a las entidades de gestión a presentarse como querellantes, denunciante e iniciar reclamos civiles que deriven de la utilización no autorizada de obras confiadas a su gestión.*

*Así, el art. 167 acoge un régimen punitivo estableciendo penas a quienes utilicen aquéllos sin las correspondientes licencias, teniendo como bien jurídico protegido a la propiedad intelectual de los titulares de derecho de autor. Es por eso que el tipo penal sub examine tienen una clara descripción de las conductas dolosas descritas y que establecen un régimen punitivo que tiende a sancionar a quienes infringen el sistema de*

*autorización fijado por medio de las licencias voluntarias que los titulares de derechos deben otorgar, y que particularmente en el caso de los fonogramas, la Sociedad de Gestión de Productores Fonográficos del Paraguay debería otorgar a la sociedad titular del sistema de cable para que transmitiera legítimamente señales que contienen fonogramas comerciales*

*Por lo que, si una empresa de cable realiza en forma habitual y constante, incluyendo dentro de su programación diaria, la comunicación pública de fonogramas destinados exclusivamente a su ejecución privada, ya sea por medio de transmisión de programas de su propia producción o a través de re transmisión de otra programación de señales nacionales o internacionales, sin haber abonado la remuneración a que se refiere el artículo 167, inc. 7, los representantes legales de la empresa que lo haga incurre en el delito previsto y penado en la mencionada Ley N° 1328/98.*

- d) Igualdad ante la ley e inexistente de la confrontación de derechos.

*La actora continua en su razonamiento mencionado que el art. 138 en cuanto a las facultades mencionadas tienen una amplitud tal que afectan la garantía de libertad de concurrencia porque particulares pedirán aranceles desmedidos, lo cual es una mera suposición cuyo argumento sólo podrá ser atendible en el caso concreto, ya que la mera hipótesis de una situación que no surge razonablemente de una norma no da legitimidad al planteo en cuanto estas afirmaciones.*

*El art. 128 de la ley hace referencia a los derechos de los productores de fonogramas y les garantiza la facultad de administrar sus usos y gestionar las retribuciones colectivamente por medio de sociedades de gestión que deben cumplir ciertos requisitos de existencia de acuerdo al art. 142, y recién luego representarlos ante los usuarios que deben cumplir con ciertas obligaciones cuando comuniquen al público, y en su beneficio fonogramas protegidos, ya sea por medios directos o indirectos.*

*En cuanto a su naturaleza ha quedado establecido que consiste en un derecho de administración colectiva que se gestiona a través de una entidad autorizada por el organismo estatal competente, de lo que deviene en consecuencia, que el derecho de los productores de fonogramas y otros titulares así representados, es un derecho individual de ejercicio colectivo, salvo casos particulares que específicamente prevé el art. 138 precitado al disponer “Los usuarios únicamente podrán oponer a esta legitimación la autorización del titular de los derechos exclusivos concedidos o, en su caso, el pago de la remuneración que proceda al titular correspondiente”.*

*Por lo que el licenciamiento colectivo de derechos es frecuentemente beneficioso tanto para los titulares de derechos como para los usuarios. Aunque, en términos generales el licenciamiento colectivo de derechos es impuesto por el beneficio a los titulares de derechos, y que refleja una decisión legalmente adoptada, ya que es más práctico para los titulares de derechos licenciar sus derechos colectivamente a través de una entidad especialmente creada a tal efecto. Pero la actora postula que las regalías y régimen de uso de los fonogramas debería ser libremente pactada argumentando que las normas impugnadas afectan su libertad de contratación y la libertad de concurrencia. Es así que al amparo de tal hipótesis la actora intenta ser liberada de las obligaciones establecidas legalmente y que devienen del régimen de autorización formado por normas de índole penal y civil en nuestro ordenamiento, pretendiendo que por vía jurisdiccional se le permita contratar libremente el “precio”, sin tener en cuenta otros aspectos que exceden meramente a lo económico en la protección de obras y que están tutelados por el régimen punitivo penal.*

*La sociedad comercial reclamante no pretende una amplia libertad en el contrato, sino que se limita solamente a uno de sus aspectos: la posibilidad de discutir el precio, lo que llevaría también a la posibilidad de quedar fuera del régimen de infracciones en ámbitos que exceden el aspecto civil. Por consecuencia, el derecho constitucional de propiedad de los productores de fonogramas*

*en una de sus facetas tiene su tutela legal en la ley 1328 y hace que ante las consideraciones de carácter general que presenta como fundamento el reclamante deben ser desechadas ya que su postulación nada tiene que ver con la aplicabilidad de los principios de libertad de concurrencia e igualdad ante la ley.*

#### *8.-Medida de urgencia.*

*En cuanto a la petición del ordenamiento de la medida de urgencia que disponga la suspensión de los efectos de normas impugnadas, por todos los argumentos ut supra desarrollados, estimo que no corresponde su otorgamiento, más aún cuando por esta misma sentencia, ya se resuelve el planteamiento de fondo.*

#### *9.-Conclusión.*

*Por cuanto dejo expuesto, puedo concluir que el art. 110 de la Constitución Nacional reconoce axiológicamente las bases del desarrollo de los derechos y facultades de los autores e inventores, dentro de los cuales quedan incluidos genéricamente los productores de fonogramas como titulares de derechos de autor de acuerdo con las leyes que reglamentan esta garantía, siendo uno de los usos sujetos a su autorización el de “comunicación al público” (art. 128 ley 1328-98) como derecho de contenido patrimonial (art. 25 inc.2) que comprende a las transmisiones y retransmisiones por hilo o inalámbricas, y consecuentemente se establecen sanciones penales a quienes la infrinjan (art. 167, inc. 6 y 7), estando legitimados para actuar los titulares individuales o las sociedades de gestión colectivas que legalmente lo representen (art. 129).*

*Teniendo en cuenta que la declaración de inconstitucionalidad de una norma constituye la "ultima ratio" del orden jurídico y sólo cabe formularla en cuanto a un precepto de jerarquía legal cuando un acabado examen del mismo conduce a la convicción cierta de que su aplicación conculca el derecho o la garantía comprometidos, toda vez que se trata del ejercicio de la más dedicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia, que importa desconocer los*

efectos, para el caso que nos ocupa, de una norma dictada por el poder legislativo de un carácter igualmente supremo, teniendo en cuenta que el principio de legalidad y razonabilidad de las normas cuestionadas no han sido vulnerados, como así tampoco se ha acreditado que se hayan afectado los derechos constitucionales invocados por la ocurrente, por lo que en conclusión, y por las razones expuestas, en concordancia con el Dictamen Fiscal Nº 459 de fecha 11 de marzo de 2005, considero que la presente acción debe ser rechazada. Es mi voto. -----

A su turno el Doctor **FRETES** dijo: Me adhiero al voto del preopinante solo en cuanto a los puntos 1, 1.1 y 1.2, no así a las demás consideraciones vertidas, debido a que se torna innecesario el estudio del fondo de la acción, ante el incumplimiento de los requisitos formales, tal como se expresa en los mencionados puntos. Es mi voto.

A su turno el Doctor **NUÑEZ RODRIGUEZ**, manifiesta que se adhiere al voto del Doctor **FRETES**, por los mismo fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando SS.EE., todo por ante mí, de que certifico, quedando acordada la sentencia que inmediatamente sigue:

JOSE ALTAMIRANO  
Ministro C.S.J

ANTONIO FRETES  
Ministro

VICTOR NUÑEZ RODRIGUEZ  
Ministro

Ante mí:

HECTOR FABIO ESCOBAR DIAZ  
Secretario Judicial II

**SENTENCIA NÚMERO: 386.-**

Asunción, 30 de mayo de 2005.-

**VISTO:** Los méritos del Acuerdo que anteceden, la

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

**Sala Constitucional**

**R E S U E L V E:**

**RECHAZAR,** la acción de inconstitucionalidad promovida por los Abogados Osvaldo Granada Sallaverry, Silvia Teme Barón y Ramiro Breuer y en nombre y representación de "Consortio Multipunto Multicanal S.R.L." conforme poder general agregado en autos, en contra de los artículos 167 inc. 6 y 7, artículo 2 inc. 4, artículo 27 inc. 3, 5 y 12, artículos 128, 138 y 142 inc. 4, todos de la ley 1328/98 denominada "De derecho de autor y derechos conexos".

**ANOTAR,** registrar y notificar.