

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2007  
Selección y disposición de las materias y comentarios, Ricardo Antequera Parilli

## Comunicación pública. Aparatos y soportes sonoros. Actuaciones “en vivo”.

**PAÍS U ORGANIZACIÓN:** Italia

**ORGANISMO:** Corte de Casación (Plenaria Penal)

**FECHA:** 2000

**JURISDICCIÓN:** Judicial (Penal)

**FUENTE:** Texto del fallo en <http://www.siae.it/> (Biblioteca Giuridica/ Diritto d'Autore e Diritti connessi/ Giurisprudenza).

**TRADUCCIÓN:** Mónica Torres Cadena

**OTROS DATOS:** Sentencia 22/2000.

### SUMARIO:

*“La ejecución de la obra puede llevarse a cabo «en vivo», o mediante el uso del disco o del instrumento en el cual la obra fue previamente grabada”.*

### TEXTO COMPLETO:

#### DESARROLLO DEL PROCESO

1. Por sentencia del 6.7.1995 el juez municipal de Génova declaró a S.S. culpable del delito al cual se refiere el artículo 171 letra b) de la ley 633/1941, porque - como responsable de la emisora radiofónica “Radio 2001” - con varias acciones ejecutivas de una misma intención delictual, había difundido composiciones musicales de otros, sin tener el derecho (desde el 25.10.1989 al 4.11.1992). Por esa razón el juez municipal condenó a S. a la pena de 2.000.000 de Liras de multa, así como al pago de la suma total de 5.452.071 liras en carácter de compensación del daño a favor de la SIAE, la cual se había constituido en parte civil.

2. El defensor del imputado presentó la impugnación: pero la corte de apelación de Genova, con sentencia del 18.11.1998, confirmó integralmente la sentencia apelada.

3. El defensor de S. planteó un recurso de casación alegando los siguientes motivos:

3.1. Violación del artículo 606 letras a), b) y e) del C.P.P. (Código de Procedimiento Penal), en relación al artículo 171 letra b) de la ley 633/1941, porque ni la difusión, ni la radiodifusión, ni el uso de una ejecución musical sin autorización específica entran en las conductas previstas por la ley como delito;

3.2. Violación del artículo 606 letras a), b) y e) del C.P.P., en relación a los artículos 72 y 73 de la ley 633/1941, porque de estas normas se deriva claramente que es legítima la utilización por parte de la radio y la televisión de los soportes que fijan los fonogramas de las ejecuciones musicales, cuando son realizadas y puestas a la venta con el consentimiento del autor y de sus causahabientes;

3.3. Violación de los artículos 12 al 19 de la ley 633/1941, así como de los artículos 2575-2577 c.c. (Código Civil), en relación a los artículos letras 606 a), b) y e) del C.P.P., puesto que la sentencia de mérito confundió erróneamente la noción de

*obra y la de su ejecución; sostiene que el hecho que se objeta al imputado no es la radiodifusión de obras musicales sino más bien la radiodifusión de interpretaciones de obras o trozos musicales llevadas a cabo mediante el uso de los soportes en el comercio, por lo tanto la fijación de los fonogramas de interpretaciones musicales realizadas y puestas a la venta por el productor de las mismas con el consentimiento del autor de la obra;*

*3.4. Violación del artículo 80 y siguientes de la ley 633/1941 y del artículo 2 de la ley 93/1992, en relación al artículo 606 letras b) y e) del C.P.P. Sostiene que el artículo 80 citado confiere a los artistas, intérpretes y ejecutantes el poder exclusivo de autorizar la fijación de sus actuaciones y la reproducción de las mismas, autorizar la radiodifusión por la vía del éter y la comunicación al público de sus servicios en vivo, a menos que los mismos se presten en función de una utilización radiotelevisiva o hayan sido ya objeto de una fijación; que todas las leyes sucesivas - y en particular la ley 93/1992 y los decretos legislativos 685/1994 y 154/1997 - han confirmado dicho derecho, ampliándolo. Añade que la obra musical, a diferencia de su ejecución, esta constituida por las notas sobre el pentagrama, por la partitura, y por lo tanto por una composición gráfica (artículo 118 y siguientes, así como artículo 137), como se deduce también de la ley 59/1993; mientras que la ejecución se rige por los artículos 136-141 (contrato de representación y ejecución) y se manifiesta con sonidos y voces: la radiodifusión necesariamente tiene por objeto la ejecución;*

*3.5. Violación del artículo 606 letra b) y e) del C.P.P., en relación a los artículos 1322 y 2581 del c.c. y a los artículos 107 y 141 de la ley 633/1941, puesto que tales normas legitiman la enajenación de la obra por parte del autor: lo cual conlleva el traspaso de todos los derechos de uso de la obra misma, aún de aquellos desconocidos en el momento del contrato original;*

*3.6. Violación del artículo 51 y siguiente de la ley 633/1941, artículo 21 de la Constitución, artículo 10 de Convención Europea para la salvaguarda de los derechos del hombre en relación al artículo 606 letra b) y e) del C.P.P. Estas normas - según el recurrente - reconocen el derecho de radiodifusión, como derecho subjetivo perfecto, y su prevalencia*

*sobre los intereses de los autores individuales de las obras radiodifundibles. Este derecho encuentra más adelante una tutela penal en el artículo 171 letra f) de la ley 633/1941, el cual penaliza a quien en violación del artículo 79, retransmite sea por vía alámbrica o por radio o graba en disco fonográfico u otros aparatos análogos las transmisiones o retransmisiones radiofónicas o vende los discos fonográficos u otros aparatos indebidamente grabados;*

*3.7. Violación del artículo 606 letra a), b) y e) del C.P.P. sobre el punto de la eficacia probatoria de los certificados emitidos por la SIAE. Estos certificados que deberían probar el crédito de la SIAE por las compensaciones que pretende que se le deben a los autores - según el recurrente - son carentes de valor puesto que no están redactados en base a documentos contables. En cuanto a las certificaciones de tutela, solo prueban el haberle confiado la obra a la SIAE, pero no que esto haya continuado siendo así, y más bien queda categóricamente excluido por hecho mismo de la existencia en comercio del soporte que lleva los fonogramas de la ejecución;*

*3.8. (nuevo motivo). Violación del artículo 606 letra a), b) y e) del C.P.P., puesto que la sentencia impugnada ha omitido el considerar la directriz europea 92/100/CEE, cuyas normas en particular los artículos del 6 al 9) son vinculantes para todos los jueces europeos;*

*3.9. (nuevo motivo). Violación del artículo 606 letra a), b) y e) del C.P.P., en relación al artículo 177 [actualmente 234 n.d.r.] del Tratado de Roma, según el cual el juez nacional de última instancia, cuando surgen cuestiones de interpretación de una directriz europea, debe remitirla a la Corte de Justicia, quien es la única competente para interpretar las normas del Tratado y las directrices del Consejo de Europa.*

*4. Mediante informe del 14.2.2000 la parte civil SIAE ha pedido que se rechazara el recurso, también en los aspectos civiles, con condena de los posteriores gastos del juicio. Observa que como la directriz 92/100/CEE no trata de derechos de autor (excepto el derecho de alquiler o de préstamo), sino de los derechos conexos, y exclusivamente de éstos; y*

como el artículo 14 de la directriz precisa que la protección de los derechos conexos deja incólume la protección del derecho de autor. Señala como la jurisprudencia de mérito que ha acogido la tesis del recurrente ha sido siempre sistemáticamente anulada por el juez de legitimidad.

5. El recurso fue asignado a la tercera sección penal de esta corte, la cual, a instancias del recurrente, envió el recurso a la plenaria. En ese sentido, el tribunal remitente ha observado que frente a una orientación “monolítica” de la corte suprema, deben sin embargo señalarse notables oscilaciones de la jurisprudencia de mérito, soportada por parte de la doctrina, que han ya determinado el remitir a la plenaria un recurso análogo por parte de la misma sección tercera con un auto del 10.2.2000.

6. El primer presidente de la corte ha asignado el recurso a la plenaria, fijando para su consideración la audiencia de hoy.

7. El defensor del imputado presentó oportunamente un informe en el cual debate las argumentaciones ya desarrolladas en el recurso. Insiste en que - si acaso no se llega a la anulación de la sentencia impugnada por inexistencia del delito - este juez remita a la Corte de Justicia conforme al artículo 234 del Tratado de Amsterdam la cuestión relativa a la interpretación y a la aplicación del artículo 8 de la Directriz 91/100/CEE del Consejo de Europa.

También el defensor de la parte civil SLAE ha depositado ritualmente un amplio y articulado informe en el cual - en particular - refuta las tesis formuladas por el recurrente, señalando las numerosas equivocaciones que allí se encuentran.

### **MOTIVO DE LA DECISIÓN**

8. El auto de remisión del 10.2.2000, al cual se refiere expresamente el auto de remisión emitido en el presente procedimiento, después de un breve reconocimiento de las dos tesis jurisprudenciales contrastantes, observa que la tesis sostenida por el recurrente se basa principalmente en la interpretación literal del artículo 171 letra b) de la ley 633/1941, según el cual la difusión de obras de otros coincide con la utilización primaria y directa de la obra, pero no comprende la radiodifusión mediante el uso de discos, cintas u otros soportes mecánicos sobre los cuales se ha grabado la

obra. Añade además el auto que se abre también un problema de interpretación evolutiva, ya que en la época de promulgación de la ley 633/1941 estaba vigente el monopolio público del servicio radiofónico (y posteriormente radiotelevisivo), lo cual hoy día ha sido superado de conformidad con la participación de la Corte constitucional.

En conclusión, el auto plantea a la plenaria las siguientes cuestiones:

a) Si el precepto penal del artículo 171 letra b) de la ley 22.4.1941 No. 633 se refiere, en su formulación originaria, también a la radiodifusión, y por lo tanto también a la radiodifusión de las obras grabadas, considerando que en el momento de la promulgación de la ley existía el monopolio público de la radiotelevisión, para la cual se había dictado una normativa especial y derogatoria del derecho de autor;

b) Si el cese del monopolio radiotelevisivo determinó la expansión del derecho de autor, extendiéndolo a la radiodifusión, y - por consiguiente - determinó una ampliación del precepto originario del artículo 171 letra b) de la ley 22.4.1941 No. 633, tal de hacer que en el concepto de difusión se incluyera también la radiodifusión de obras grabadas;

c) Como se expresa la tutela del derecho de autor con respecto a la radiodifusión de las obras grabadas, con referencia a la hipótesis - prácticamente habitual - según lo cual no solo el derecho de reproducción en un disco en una cinta o en otro soporte electrónico, sino también el derecho a la radiodifusión de la obra grabada, ha sido enajenado.

9. Antes de confrontar la cuestión susodicha, consideran el gran volumen de argumentaciones con el cual el recurrente ha querido apoyar su tesis, a veces en modo repetitivo y poco coordinado - parece oportuno - más bien que seguir los argumentos individuales, con el riesgo de producir confusión - intentar un tratamiento más sistemático, que sea por otra parte exhaustivo de todas las críticas planteadas por el defensor.

9.1. Con ese propósito, ante todo, es útil recordar sintéticamente el concepto y el contenido del

*derecho de autor, tal como se deriva del sistema normativo vigente, con particular referencia a las obras musicales.*

*Conforme a la ley especial sobre derechos de autor y el código civil (promulgados aproximadamente en el mismo período, si bien la ley especial entró en vigencia algunos meses después de la entrada en vigor del código), el autor, con la creación de la obra, como expresión particular del trabajo intelectual, adquiere a título originario un derecho de autor (artículo 6 de la ley 22.4.1941 No. 633; artículo 2576 c.c.), el cual tiene un doble contenido, moral y patrimonial (artículo 2577 c.c.). El derecho moral del autor se refiere - como es sabido - a la paternidad y a la integridad de la obra y comprende el derecho de reivindicar la paternidad de la obra, de oponerse a cualquier deformación o modificación, de retirar la obra del comercio (llamado derecho de arrepentimiento; véase artículo 2582 c.c.): como un derecho de contenido personal es imprescriptible, irrenunciable e inalienable. El derecho patrimonial, en cambio, se refiere a la utilización económica de la obra que esta sujeto a prescribir y es transmisible.*

*Más específicamente, el derecho patrimonial atribuye al autor la facultad exclusiva de utilizar económicamente la obra en todas sus formas y modos originales, o derivados, así como lo estipula la ley 633 (artículo 12). Los artículos del 13 al 18 de la ley listan específicamente estas facultades patrimoniales estableciendo su contenido. En cuanto se refiere en particular a la obra musical, se puede señalar el derecho de producción, el cual tiene por objeto la duplicación en copia de la obra (artículo 13), el derecho de ejecución en público (artículo 15), y el de difusión, que se identifica en la facultad de difundir a distancia la obra con cualquier medio como el telégrafo, el teléfono, la radio, la televisión, y otros medios análogos (artículo 16). Muy importante para el autor, por último es el derecho exclusivo de distribución de su obra, es decir comerciar con ella, ponerla en circulación o como quiera que sea a la disposición del público (artículo 17, inciso 1). En este sentido debe subrayarse que la entrega gratuita de la obra con fines promocionales didácticos o científicos no constituye ejercicio del derecho exclusivo de distribución (artículo 17, inciso 2).*

*Pero es sobre todo importante para el tema sobre el cual se está decidiendo que estos varios derechos de uso económico se declaran expresamente como independientes entre ellos, de modo que el ejercicio de uno de ellos no excluye el ejercicio exclusivo de cada uno de los otros (artículo 19).*

*Siempre refiriéndonos a la obra musical, el artículo 61 de la ley atribuye al autor el derecho exclusivo a) de adaptar o grabar la obra sobre un disco fonográfico, una película fonográfica, o una cinta metálica u otro aparato metálico análogo reproductor de sonidos y de voz; b) reproducir varios ejemplares, arrendar o comerciar la obra así grabada; c) ejecutar públicamente y radiodifundir la obra mediante el uso del disco u otro aparato mecánico análogo. También para estos derechos derivados de la grabación se reitera el principio de la independencia, ya que la cesión del derecho de reproducción o el derecho de distribución comercial no comprende, salvo pacto en contrario, la cesión del derecho de ejecución pública o de radiodifusión (inciso segundo artículo 61 según fue modificado por el artículo 4 de leyes 16.11.1994 No. 685).*

*9.2. Conjuntamente con el derecho de autor (normado específicamente en el título primero), la ley 633/1941 norma oportunamente los llamados derechos conexos al ejercicio del derecho de autor (título segundo), que se refieren principalmente a los derechos de los productores de los discos fonográficos y otros aparatos análogos (punto b, los derechos de los emisores radiofónicos y televisivos (capítulo II), y los derechos sea morales como patrimoniales, de los artistas intérpretes y de los artistas ejecutantes (capítulo III).*

*Aquí nos interesa subrayar que los productores de discos y de soportes análogos tienen el derecho exclusivo de reproducir y distribuir comercialmente los soportes de los mismos, siempre, sin embargo, dejando “a salvo los derechos correspondientes a los autores bajo los términos del título I de la presente ley” (artículo 72). Mientras los que ejercen la emisión radiofónica o televisiva tienen la facultad exclusiva de autorizar la fijación de sus propias emisiones, de autorizar la reproducción directa o indirecta de las fijaciones arriba mencionadas, de autorizar la retransmisión y la distribución de las propias emisiones, pero siempre “sin perjuicio de*

los derechos estipulados en esta ley a favor de los autores, de los productores de discos fonográficos y aparatos análogos, (...) de los artistas intérpretes y de los artistas ejecutantes” (artículo 79). Sea los productores fonográficos, sea los intérpretes y los ejecutantes quienes sean los protagonistas de la interpretación o de la ejecución que se ha fijado en el soporte discográfico, tienen derecho a una compensación equitativa por la utilización con fines de lucro de los soportes mismos por medio de la difusión radiofónica y televisiva (artículo 36).

9.3. En conclusión, el autor de la obra musical tiene el derecho de reproducción mediante la imprenta de la partitura musical, el derecho de ejecución, el derecho de difusión y el derecho de grabación de la obra sobre un disco u otros instrumentos mecánicos. La ejecución de la obra puede llevarse a cabo “en vivo”, o mediante el uso del disco o del instrumento en el cual la obra fue presentemente grabada.

Usualmente, el autor le cede al editor, el derecho de reproducción de la obra para la imprenta (mediante un contrato de edición conforme al artículo 118 y siguientes de la ley 633), mientras le cede al productor fonográfico el derecho de grabación sobre un disco o soporte análogo y la distribución comercial del soporte en sí (contrato de edición fonográfica).

Por último, el autor, mediante el ejercicio de sus derechos patrimoniales, tiene la posibilidad de aprovechar la intermediación de la SIAE, inscribiéndose en dicha Sociedad, a quien la está reservada de manera exclusiva dicha actividad conforme a las disposiciones legislativas, estatutarias y reglamentarias vigentes en la materia (artículo 180 de la ley 633).

10. Hecha esta premisa, debe abordarse ante todo la interpretación de la norma incriminante, y en particular la letra b) del artículo 171 de la ley 633, según la cual se castiga con multa “a cualquiera, quien sin tener derecho, para cualquier propósito y en cualquier forma” (...) “representa, ejecuta o recita en público o difunde con o sin variaciones o adiciones una obra de otro adecuada para un espectáculo público o una obra musical. La representación o ejecución comprende la proyección pública de la obra cinematográfica, la ejecución

en público de obras musicales insertas en obras cinematográficas y la radiodifusión mediante altoparlantes activados en público”.

10.1. Conforme al recurrente la norma castiga sólo a quienes abusivamente ejecutan en público una obra musical (“representa, ejecuta o recita en público”) o quien la ejecuta en privado pero la comunica al público (“difunde”). En otros términos, la difusión sería una modalidad de conducta ulterior prevista por el legislador al lado de las de representación, ejecución o recitación en público; pero no comprendería la radiodifusión de una obra fijada en un soporte mecánico, ya que el verbo “difundir” se utilizaría alternativamente no a los otros verbos “representar”, “ejecutar” o “recitar” sino al adverbio “en público”, y pretendería significar “ejecutar en privado difundiendo públicamente”.

Además - sostiene además el recurrente - lo que la norma castiga es la difusión primaria y directa de las obras de otros, pero no la difusión secundaria e indirecta, que tiene por objeto la ejecución de la obra grabada en disco, cinta u otro soporte mecánico. Esto también porque la obra no se confunde con la ejecución de la obra: solo la primera es un objeto del derecho de autor, mientras que la segunda es objeto del derecho exclusivo de los intérpretes “ejecutantes” y se sale del derecho de autor.

En fin - según el recurso - la radiodifusión castigada por la letra b) del artículo 171 de la ley 633 es solo aquella “mediante altoparlante activado en público”.

10.2. La interpretación sostenida por el recurrente, sin embargo, carece de base textual o lógica; y por el contrario es una interpretación que termina por hacer desvanecer de raíz el sistema normativo de tutela del derecho de autor.

La unión del verbo “difundir” con el adverbio “en público”, así como con los otros verbos que lo preceden, parece artificioso: en realidad eso está deslegitimado por las reglas sintácticas de la lengua italiana y falsea el significado del texto tal como es interpretable según el criterio semántico y sintáctico al cual se refiere el artículo 12 de las leyes prenombradas. Si el legislador hubiera deseado aquello que pretende el recurrente debería haber

usado en lugar de las palabras “o difundir” una frase del tipo “o en privado, pero difundíendola al público” (conforme a la clara motivación sobre el punto de la Casación, Sección III, Sentencia No. 12820 del 11.11.1999, Audiencia del 18.10.1999, Sciscione y otros, rv. 215780ess.).

En realidad, la interpretación literal, lógica y sistemática de la ley no deja vocación para la duda. El legislador por una parte ha incluido claramente en el derecho exclusivo de difusión cualquier transmisión a distancia con medios tales como el teléfono, la radio y la televisión (artículo 16); por otra parte, con el artículo 171, le ha prohibido a quien no tuviera el derecho el hacer cualquier difusión y por lo tanto también la radiotelevisiva (significativamente definida como “radiodifusiones” en el tercer inciso del artículo 79)

Ningún argumento en contrario puede deducirse en el segundo período de la letra b) del artículo 171, el cual equipara a la “radiodifusión mediante altoparlante activado en público” a la recitación o representación pública de espectáculos o a la ejecución en público de composiciones musicales, las cuales siempre son castigadas si se efectúan por sujetos sin derecho a ello. Esta disposición en particular, lejos de reducir el ámbito de la difusión prohibida a la radiodifusión mediante altoparlante, pretende por el contrario precisar que también la difusión mediante altoparlante esta comprendida en el ámbito de las representaciones públicas de espectáculos y la de ejecución en público de obras musicales, que están prohibidas conjuntamente con las difusiones si se llevan a cabo sin derecho a ello. En otros términos, para evitar equívocos, el legislador aclara expresamente que la normativa estipulada para las representaciones o ejecuciones públicas “en vivo” es aplicable también a las difusiones mediante altoparlante de una obra transmitida por radio (que no es una ejecución o representación en vivo pero que es igualmente disfrutable por el público físicamente presente).

Es pertinente señalar al respecto el texto de la letra f) del artículo 171, el cual castiga a quien en violación del artículo 79 retransmite o graba en disco u otros aparatos análogos las transmisiones radiofónicas. Esta disposición, de hecho, por una parte no indica un concepto diferente de la radiodifusión; y por otra

parte tiene un objeto diferente, porque tutela los derechos conexos de los emisores radiotelevisivos a los cuales se refiere el artículo 79, mientras que la disposición a la cual se refiere la letra b) tutela los derechos de autor o aquellos conexos del intérprete y de los productores fonográficos.

10.3. En cuanto a la distinción entre la difusión primaria y directa, teniendo por objeto la obra (y sería la única prohibida) y la difusión secundaria o indirecta, la cual tendría por objeto la ejecución de la obra ya fijada en un soporte mecánico (y estaría permitida), se trata de un artificio dialéctico ulterior que no tiene fundamento jurídico y que presupone una distinción subyacente - aquella entre la obra y la ejecución - carente de base real. Para el recurrente la obra musical “esta constituida por las notas sobre el pentagrama, por la partitura y por lo tanto por una composición gráfica” y es el resultado de la creación artística del autor; mientras que la ejecución y el sucesivo evento sonoro, caracterizado exactamente por “sonidos y voces” es fruto del servicio personal del autor.

10.3.1. Ahora bien, esta distinción no tiene el fundamento normativo que le atribuye el recurrente, de hecho el artículo 118 y siguientes de la ley 633, citada en la argumentación del recurrente, se refieren al contrato de edición, es decir a la publicación mediante la imprenta de la obra del ingenio (que puede referirse a la obra musical en cuanto a imprimible pero no en cuanto a ejecutable); mientras que el artículo 141 de la ley se refiere a la ejecución de una obra musical, pero es poco significativo para justificar la diferencia que se asevera, puesto que remite a la norma de los artículos 136 a 140 relativos a los contratos de representación y de ejecución solo en cuanto son aplicables en relación a la naturaleza y objeto particular del contrato y ejecución musical (por ejemplo no es significativo en el sentido deseado por el recurrente, sino más bien puede serlo en sentido contrario, que el autor esté obligado a entregarle al ejecutante el texto de la obra cuando esta no hubiera sido publicada por la imprenta: artículo 137 No. 1).

10.3.2. Pero la definición de obra musical tenazmente sostenida por el recurrente no puede compartirse ni desde el punto de vista semiológico ni del musicológico. Como se ha señalado perspicaz-

mente “a diferencia de la obra de arte figurativa (de la cual no sería distinguible por otra razón), la obra del ingenio musical no consiste de hecho en la composición gráfica de la partitura. La notación musical, igual que la alfabética, esta constituida por una serie de símbolos gráficos, los cuales precisamente por ser símbolos, no incorporan el pensamiento musical, pero lo significa (vale decir que indican algo esencialmente diferente del símbolo mismo). En cuanto a la composición musical, objeto de la protección de derecho de autor, esta constituida por una serie de relaciones de diversa naturaleza (altura, duración, timbre, intensidad dinámica) entre fenómenos sonoros; y, por cuanto se acaba de decir, en una línea principista podría expresarse también con una notación gráfica diferente de la que se usa comúnmente en el Occidente (donde la diferencia radical con respecto a una obra de arte gráfica, consiste realmente en signos no sustituibles), o incluso pudiera no anotarse gráficamente (es decir permanecer, por decirlo así, oral), sin estar solo, por eso desprovista de protección en el sistema legal. De hecho, el título originario de la adquisición del derecho de autor es la creación de la obra como expresión particular del trabajo intelectual (artículo 6 de la ley 633/1941), y esta puede tener lugar también con la ejecución directa de una composición musical no anotada por parte de su autor mientras que la transcripción, pretendida como uso de medios aptos para transformar la obra oral en obra escrita, es ella misma objeto del derecho exclusivo de parte del autor (artículo 14 de la ley 633/1941). la composición musical así entendida es por lo tanto la obra que el artículo 12 de la ley No. 633 de 1941 protege en la persona de su autor “<en toda forma y modo, original y derivado>” (Casación, Sección III, Sciscione, citado).

La ejecución de la obra musical en cambio no es sino la externalización en eventos sonoros de esta creación musical, significada pero no incorporada en signos gráficos. El vínculo ontológico entre autor y obra que caracteriza el derecho de autor, específicamente el vínculo entre el autor y la obra musical, por lo tanto, no puede desaparecer debido a la circunstancia contingente que la obra sea ejecutada por un intérprete (o por el mismo autor como intérprete de sí mismo), o sea grabada en un soporte mecánico o bien sea radiodifundida

(es decir difundida a través de emisores radiofónicos o televisivos, conforme a la puntualización terminológica que se refiere el inciso tercero del artículo 79). La tesis sostenida por el recurrente ignora objetivamente la distinción y la reciproca independencia entre los diversos derechos de uso de la obra cuya titularidad ostenta el autor; así como oscurece la distinción entre los derechos de autor y los derechos conexos cuya titularidad corresponde a los intérpretes ejecutantes, a los productores fonográficos de discos o de soportes mecánicos similares y a las empresas de radiodifusión. La circunstancia de que el bien inmaterial protegido no pueda ser disfrutado independientemente de su ejecución, grabación o radiodifusión, y que en muchos casos sea utilizado mediante un soporte mecánico que la incorpora, no puede eliminar el carácter inmaterial, así como no puede anular la diferencia jurídica y económica entre el derecho de autor y los derechos conexos de los intérpretes, de los productores fonográficos y de los emisores radiotelevisivos.

10.4. Como consecuencia, cuando, como parece ha sucedido pacíficamente en el caso en cuestión aquí, un autor cede a otros el derecho de ejecutar públicamente su obra (artículo 15) y le cede a un productor el derecho de la reproducción fonográfica (artículo 13), esto - por el señalado principio de la independencia - no trasfiere también el derecho de la radiodifusión (artículo 16). De modo que el sujeto que ejerce la radiodifusión que difunda la obra grabada en un disco u otro soporte fonográfico, sin el consentimiento de los autores, carece de título para hacerlo e incurre en la sanción penal prevista en el artículo 171. No puede constituir un título idóneo para quien lo hace la circunstancia (verosímilmente difundida en la práctica) de haber recibido gratuitamente el soporte fonográfico con fines promocionales por el productor o inclusive por el mismo autor (como se deduce del inciso segundo del artículo 17).

Por esta razón carece de fundamento la tesis, que sustenta todo el planteamiento del recurrente, según la cual el autor que ceda a un productor fonográfico el derecho de grabar sobre un disco o la ejecución de su obra musical se desprende definitivamente todo derecho de autor sobre la ejecución de la

obra misma, hasta tal punto que cualquier emisor radiotelevisivo tendría un derecho autónomo de radiodifundir la ejecución de la obra grabada sobre un disco o sobre otro soporte mecánico. Una tesis así formulada no es sostenible, no solo porque presupone una distinción entre obra y ejecución de la obra musical, la cual es inadmisibles (en el sentido evidenciado arriba), sino también porque: a) según el repetido principio de independencia, la cesión del derecho de reproducción discográfico por parte del autor (mediante el llamado contrato de edición musical celebrado entre el autor y el productor discográfico) no implica la enajenación o bien la extinción del derecho patrimonial del autor de difundir la obra por cualquier medio (artículo 61, inciso 2); b) los derechos conexos adquiridos por el productor discográfico, que quedan expresamente incólumes (artículo 72); c) también la normativa de los derechos conexos de los intérpretes y ejecutantes no constituye limitación de los derechos de autor; d) igualmente los derechos conexos que corresponden a las empresas que ejercen la emisión radiotelevisiva pueden ejercerse siempre “sin perjuicio de los derechos estipulados por esta ley a favor de los autores, de los productores de discos fonográficos y aparatos análogos” (artículo 79, inciso 1); e) llevaría a la absurda consecuencia que el autor quedaría privado también de su derecho a retirar la obra del comercio, por graves razones morales (y su ejecución grabada): que es un derecho personal suyo, y como tal intransmisible (artículo 2582 código civil; artículo 142 ley especial).

11. Aceptada así la interpretación literal y sistemática del artículo 171 letra b) de la ley 633, que sin duda castiga también la radiodifusión por parte de aquel que no tenga título, y por lo tanto también la radiodifusión de las obras musicales grabadas, se debe añadir que no se impone ninguna interpretación evolutiva diferente desde el momento en el cual desapareció el monopolio de la radiotelevisión, vigente para la época en la cual se promulgó la ley.

En ese sentido, de hecho, la llamada liberalización de las ondas etéreas derivadas de la mencionada sentencia de la corte constitucional es una incidencia jurídica absolutamente irrelevante para el tema por decidir. La tesis contraria se basa en una interpretación errada de la normativa derogatoria

que algunas disposiciones contenidas en la sección IV, capítulo IV, del título primero de la ley bajo el encabezamiento “obras radiodifundidas”, reservan al servicio estatal de la radiodifusión.

El principio general según el cual corresponde al autor de la obra el derecho exclusivo de uso de la obra misma (artículo 12), que comprende también aquel de difundir y en particular de radiodifundir (artículo 16), sufrió una revocación por efecto de estas normas, las cuales estipulaban que el ente que ejercía el servicio de la radiodifusión, como servicio reservado del Estado (que lo gestiona directamente o por medio de concesionarios) tiene la facultad de llevar a cabo la radiodifusión de obras del ingenio sin el previo consentimiento del autor en solo tres casos: a) cuando la radiodifusión se lleva a cabo desde los teatros, de la sala de conciertos y de cualquier otro lugar público, a menos que tenga por objeto obras nuevas o primeras representaciones estacionales de obras no nuevas (en estos últimos casos se restablece el principio general porque vuelve a ser necesario el consentimiento del autor) (véase artículo 52); b) cuando se trate de una radiodifusión diferida por necesidad horaria o técnica, en cuyo caso quien lo ejecuta esta autorizado a grabar la obra sobre el disco o en cinta metálica o con procedimientos análogos, a fin de que la grabación, después de su uso, se destruye se hace inservible (llamada grabación efímera) (artículo 55); c) cuando el ente que lo lleva a cabo - bajo disposición de la Presidencia del Consejo de Ministros - efectúa transmisiones especiales de propaganda cultural y artística destinadas al exterior (artículo 60).

El alcance revocatorio de estas normas la confirma el artículo 59, según el cual la radiodifusión de las obras de ingenio desde los locales del ente que lleva a cabo el servicio público, es decir mediante la ejecución “en vivo”, están sujetas al consentimiento del autor conforme a la norma del capítulo tercero del mismo título primero de la ley. En conclusión, según la normativa en examen que regula la denominada licencia legal a favor de la sociedad concesionaria y el servicio público (primero EIAR, luego RAI, y finalmente RAI-TV), la radiodifusión esta siempre sujeta al consentimiento del autor,



salvo en las tres hipótesis marginales mencionadas, en las cuales el derecho al consentimiento se degrada a un derecho de una compensación, la cual debe liquidarse - en caso de que haya desacuerdo entre las partes - por la autoridad judicial (artículo 56), o bien deberá liquidarse bajo los términos del reglamento (artículo 60).

11.1. Esta reconstrucción del alcance revocatorio de la llamada licencia legal a favor del ente que ejerce el servicio público y confirmada por la jurisprudencia constitucional que ha afianzado el principio general de la necesidad del consentimiento del autor también para las radiodifusiones de las obras desde los locales de la RAI. En particular, con la sentencia No. 215/1986, el juez de leyes, declarando no fundada la cuestión de legitimidad constitucional de los artículos 51-60 de la ley 633, en referencia al artículo 3 de la Constitución, ha precisado que “la regla aplicable al caso en cuestión está individualizada exclusivamente en el artículo 59, de la ley citada, según la cual la radiodifusión de las obras grabadas en disco o cinta desde los locales del ente que lleva a cabo el servicio público de radiodifusión esta sujeta al consentimiento del autor”; y ha añadido que las excepciones a la regla estipuladas a favor del emisor público, son solo aquellas a las cuales se refieren el artículo 52, el artículo 56 y el artículo 60. En conclusión, para la Corte Constitucional no subsiste la reclamada posición de privilegio del ente que ejerce el servicio público con respecto a los emisores privados.

11.2. Por la misma razón no puede sostenerse la extensibilidad a los emisores privados o “libres” de la normativa prevista para la concesionaria pública. De hecho, para la radiodifusión desde los “estudios” de composiciones musicales grabadas en disco o cinta (que es el caso en cuestión) siempre es necesaria la autorización del autor (sea para la difusión por un emisor privado, sea por la concesionaria pública); mientras que la llamada licencia legal por las hipótesis excepcionales (radiodifusión de teatro o lugares públicos similares; llamada grabación efímera; transmisión de propagandas culturales y artísticas destinadas al exterior) esta justificada por la naturaleza y por los fines de la radiodifusión como servicio público reservado al Estado (según

el preámbulo del artículo 51), por lo cual estas no parecen aplicables a los emisores privados,

Para concluir sobre el punto, la liberación de las emisiones radiotelevisivas no ha modificado la normativa de los derechos de autor en relación a aquella de los derechos conexos pertenecientes a las estaciones televisivas y a los productores discográficos; por lo cual tampoco puede acogerse el planteamiento problemático formulado en el auto de remisión.

12. La interpretación sostenida arriba es conforme al dictado constitucional. Manifiestamente infundada es de hecho la tesis del recurrente según la cual esta sería contraria al artículo 21 de la Constitución y del artículo 10 de la Convención Europea para la protección de los derechos del hombre y sus libertades fundamentales firmada en Roma el 4.11.1950 (ratificada con la ley 4.8.1995 No. 848) (véase No. 3.6 de la narrativa).

Basta observar a ese fin que la libertad de manifestar y difundir con todos los medios del pensamiento, tutelada por el artículo 21 de la Constitución (y por el artículo 10 de la Convención Europea), tiene por objeto el “pensamiento propio” y no el pensamiento de otros: por lo cual no le confiere al sujeto un derecho a difundir una obra de otro sin el consentimiento del autor.

Mucho menos puede decirse - como ya se ha visto - que el derecho a la radiodifusión de las obras de otros pertenecientes a las empresas que ejercen la emisión radiotelevisiva prevalezca sobre los derechos del autor de la obra misma, siendo esta afirmación obviamente contraria al texto del artículo 79. Tampoco puede sostenerse - como en cambio sostiene la recurrente - que este presunto derecho constitucional a difundir las obras de otros esta sancionada penalmente por los artículos 79 y 171 letra t) de la ley 633/1941: estas normas de hecho se limitan a atribuir a las empresas emisoras el derecho exclusivo al uso de sus propias transmisiones, y por lo tanto al derecho de autorizar a favor de terceros la fijación y la retrasmisión de transmisiones efectuadas (con sanciones penales para aquellos que violen la exclusividad), pero con ello no modifican en manera alguna la norma según la cual deben someter sus

*propias transmisiones radiotelevisivas a la tutela de los derechos pertenecientes a los autores, a los ejecutores y a los productores discográficos. En otros términos, el derecho conexo que pertenece a la empresa emisora para el uso exclusivo de sus propias transmisiones radiotelevisivas no perjudica los derechos conexos de los otros sujetos y mucho menos los derechos morales y patrimoniales del autor de la obra transmitida; el derecho a utilizar las transmisiones propias no significa que estas transmisiones pueden llevarse a cabo conculcando los derechos de otros titulares.*

*13. El sistema normativo como ha sido interpretado arriba es perfectamente acorde a las convenciones internacionales estipuladas en la materia por el Estado Italiano y a las directrices emanadas en ese sentido de la Comunidad Europea.*

*En particular y en línea con la fundamental Convención de Berna, firmada en el siglo pasado y repetidamente revisada (por última vez en París el 14.7.1~71), ratificada con la ley 20.6.1978 No. 399. El artículo 11 de esta ley atribuye expresa y significativamente a los autores el derecho exclusivo a radiodifundir sus obras, a comunicar al público la obra radiodifundida, a comunicar el público mediante altoparlantes o un medio análogo la obra radiodifundida; reserva a las legislaciones de los estados individuales miembros el poder de determinar las condiciones para el ejercicio de los precitados derechos, dejando a salvo sin embargo, el derecho moral del autor y el derecho del autor de obtener una compensación equitativa; precisa que - salvo pacto en contrario - la autorización para radiodifundir o comunicar públicamente la obra dada por su autor no implica la de grabar la obra radiodifundida.*

*En la misma línea van también la convención internacional firmada en Roma el 26.10.1961 (ratificada con la ley 22.11.1973, No. 866) y la firmada en Ginebra el 29.10.1971, (ratificada con la ley 5.5.1976 No. 404).*

*13.1. No obstante la tesis en contrario del recurrente, el cuadro normativo nacional es perfectamente acorde también con la Directriz 92/100/CEE del Consejo de la Comunidad Europea. De hecho:*

*- conforme a la norma del artículo 6 de la directriz (derecho de fijación), los Estados miembros reconocen a los artistas intérpretes o ejecutantes el derecho exclusivo de autorizar o prohibir la fijación de sus ejecuciones; a los organismos de radiodifusión el derecho exclusivo de autorizar o prohibir la fijación de sus emisiones;*

*- conforme a la norma del artículo 7 (derecho de reproducción) los Estados miembros reconocen a los artistas intérpretes o ejecutantes el derecho exclusivo de autorizar o prohibir la reproducción de la fijación de sus actuaciones; a los productores de los fonogramas el derecho exclusivo de autorizar o prohibir la reproducción de sus fonogramas; a los organismos de radiodifusión el derecho exclusivo de autorizar o prohibir la reproducción de las fijaciones de sus emisiones;*

*- conforme a la norma del artículo 8 (derecho de radiodifusión y comunicación al público), los Estados miembros reconocen a los artistas intérpretes o ejecutantes el derecho exclusivo de autorizar o prohibir la radiodifusión vía las ondas hertzianas y las comunicaciones al público de sus actuaciones artísticas (excepto cuando esta actuación se produzca por transmisión radiotelevisiva o se obtenga de una fijación); a los organismos de radiodifusión el derecho exclusivo de autorizar o probar la retrasmisión a través de las ondas hertzianas de sus emisiones;*

*- conforme a la norma del artículo 9 (derecho de distribución), los Estados miembros reconocen a los artistas intérpretes o ejecutantes el derecho exclusivo de distribución (pública) de las fijaciones de sus actuaciones artísticas; a los productores de los fonogramas el derecho exclusivo de distribución (pública) de sus fonogramas; a los organismos de radiodifusión, el derecho exclusivo de distribución (pública) de las fijaciones de sus emisiones.*

*La normativa de estos derechos conexos - como se ve - es de interpretación unívoca. Pero el artículo 14 de la directriz precisa ulteriormente que la protección de los derechos conexos acordada por la Directriz "deja totalmente indemne la protección del derecho de autor"*

*El decreto ley del 16.11.1994 No. 685 ha dado una fiel implementación en el ordenamiento italiano a esta directriz, modificando oportunamente las disposiciones de la ley especial No. 633/1941 en el sentido ya especificado en los párrafos precedentes. En particular no se puede detectar ningún contraste ni ninguna deformidad allí donde el decreto de implementación ha modificado:*

*- el artículo 17 de la ley especial, estableciendo que el derecho exclusivo de distribución perteneciente al autor comprende el derecho de hacer la obra disponible comercialmente o ponerla en circulación o de cualquier manera a disposición del público, con cualesquiera medios y en cualquier carácter;*

*- el artículo 61 de la ley especial (el cual norma el derecho de autor para las obras grabadas sobre aparatos mecánicos), estableciendo que la cesión por parte del autor del derecho de reproducción o del derecho de distribución no comprende, salvo pacto en contrario, la cesión del derecho de ejecución pública o de radiodifusión;*

*- el artículo 72 de la ley especial (el cual norma el derecho conexo del productor fonográfico) estableciendo que, excepto por los derechos pertenecientes al autor, el productor fonográfico tiene el derecho exclusivo de reproducir el disco o el aparato que ha producido:*

*- el artículo 79 de la ley especial (el cual norma el derecho conexo de quienes ejercen la actividad de emisión radiofónica, estableciendo que estos entes tienen el derecho exclusivo de fijación, de reproducción de retrasmisión y distribución al público de sus emisiones.*

*Esta última norma juega un papel central en la reconstrucción hermenéutica sostenida por el recurrente. Pero - como se puede ver rápidamente - esa coincide perfectamente con las protecciones que los artículos 6, 7, 8 y 9 de la Directriz comunitaria les acuerda a los organismos de radiodifusión. Y sobre todo esta (ya sea en la formulación de la Directriz, o en la formulación de la ley que la implementa) no atribuye en absoluto a los emisores radiotelevisivos un derecho exclusivo de transmitir la obra (o a la ejecución de la obra) sin el consentimiento del autor.*

*De hecho, el derecho que ella le confiere a quienes ejercen la actividad radiotelevisiva tiene por objeto la emisión radiotelevisiva misma (sobre la cual el ente que la ejerce tiene una facultad exclusiva de fijación, reproducción, etc.), pero no tiene por objeto la obra (sobre la cual la facultad de uso exclusivo pertenece al autor): con la consecuencia de que la emisión radiotelevisiva a través de la cual viene difundida una obra de terceros deberá siempre respetar el derecho del autor.*

*13.2. Por lo tanto queda desestimada la petición del recurrente (por otra parte subordinada incongruentemente al rechazo de su reconstrucción hermenéutica) de remitir a la Corte de Justicia Europea la cuestión interpretativa de la Directriz 92/100/CEE, en el sentido del último inciso del artículo 234 del Tratado de la Unión Europea.*

*De hecho la jurisprudencia de legitimidad, tanto civil como penal, a la luz del principio según cui in claris non fit interpretatio, es absolutamente acorde con el sostener que la obligación de remitir de manera prejudicial a la Corte de Justicia las cuestiones de interpretación de las normas comunitarias no subsiste cuando la interpretación correcta del derecho comunitario se impone con tal evidencia de no deja lugar a dudas (ex pluribus en materia penal Casación, Sección V, No. 3113 del 9.3.1998, Audiencia 9.10.1987, Andreotti, rv 177842; Casación, Sección VI, No. 7525 del 30.5.1990, Audiencia 23.1.1990, Sarra, rv. 184453; en materia civil; Casación, Sección, Lab., No. 2254 del 18.3.1996, Sbordone c. Cooperativa Interlavoro, rv. 496408; Casación, Sección I, No. 5673 del 9.6.1998, Soc Philips c. Ministerio de Finanzas, rv. 516230). En el caso en cuestión no subsiste ninguna duda ni en la interpretación de la normativa comunitaria, ni en cuanto a la conformidad del derecho nacional al comunitario.*

*14. De las consideraciones precedentes resulta evidente que todos los motivos (originales y nuevos) formulados por el recurrente en línea con el derecho para sustentar que los entes emisores tienen el poder de radiodifundir obras de terceros sin el consentimiento del autor son infundados y por lo tanto se rechazan (Nos. 3.1, 3.2, 3.3, 3.4, 3.5, 3.6, 3.8, y 3.9).*

*Queda el motivo (No. 3.7) con el cual el recurrente tiende a objetarle a la SIAE su poder de representar a los autores y pretender a nombre y por cuenta de estos últimos la retribución de una compensación por la radiodifusión de sus obras.*

*Según el recurrente, la documentación producida en los autos por la SIAE no le encomendaría a la Sociedad las obras en aspecto de dinero por parte de los autores. Pero se trata de una crítica de hecho, que por otra parte no fue cultivada en la apelación y como tal se sustrae al conocimiento del juez de legitimidad.*

*15. Es en este momento el caso de hacer notar que al delito objetado no le fue eliminada la pena por efecto del artículo 32 de la ley 24.11.1981 No. 689 (y sus sucesivas modificaciones) ya que, si bien es castigada en la hipótesis sencilla solo con multa, es castigada con la pena alternativa de reclusión o multa en la hipótesis agravada a la cual se refiere el segundo inciso del artículo 171 de la mencionada ley especial.*

*Por otra parte, habiendo sido cometido hasta el 4.11.1992, el delito ya esta prescrito desde la fecha del 4.5.2000, habiendo transcurrido el período de prescripción máxima de siete años y medio.*

*A pesar de la declaratoria de prescripción del delito, conforme a la normativa del artículo 578 C.P.P. debe proseguirse con la decisión sobre el recurso a los solo efectos de las resoluciones civiles. Por las argumentaciones expuestas arriba, a estos únicos efectos el recurso se rechaza, manteniendo firme la condena al resarcimiento de los daños a favor de la parte civil, pronunciada por el juez municipal y confirmada en apelación.*

*El recurrente es por último condenado al reembolso de los gastos de la parte civil, liquidadas como se indica en el dispositivo.*

### **POR ESTOS MOTIVOS**

*La Corte anula sin reenvío la sentencia impugnada porque el delito ha prescrito, quedando firmes las resoluciones civiles; condena al recurrente al reembolso de los gastos a favor de la parte civil liquidadas en L. 6.246.000, de los cuales L. 6.127.000 por honorarios, además del IVA y el Colegio de Abogados.*