

Es tal el desarrollo de las industrias basadas en las obras del intelecto, que las nociones clásicas sobre lo que debía entenderse por piratería, han sido rápidamente rebasadas por el avance de los medios tecnológicos y por la creciente y desfavorable participación de las personas que se dedican a la ilícita actividad de vulnerar los derechos intelectuales de terceros.

Hasta hace poco tiempo, el vocablo piratería en el ámbito del derecho de autor, se circunscribía a la reproducción no autorizada de los ejemplares que contenían obras del ingenio fueran éstas literarias, artísticas o científicas. La aparición de nuevos soportes materiales y otros logros de la ciencia, la tecnología digital, las transmisiones por satélite, los superconductores, entre otros avances, produjeron un vuelco, al parecer irreversible, en el alcance del vocablo piratería. Antes se le catalogaba en función de la violación al derecho de reproducción, ahora se extiende el concepto a toda violación de los derechos de explotación patrimonial, con especial incidencia en las facultades de autorizar la comunicación pública, o de obtener una o más copias de una obra o de parte esencial de la misma, importando poco si se realiza con fines lucrativos, o si es para el ámbito privado.

LA PIRATERÍA DE OBRAS TUTELADAS POR EL DERECHO DE AUTOR

PONENTE: **MANUEL ANTONIO RODRÍGUEZ**
(Venezuela) *

Las únicas limitaciones y excepciones a este principio, son las que establezcan las legislaciones internas, tales como los artículos 43 al 49 de la Ley sobre el Derecho de Autor (en lo sucesivo "LSDA") y, las previstas en los artículos 21 y 22 de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena (en lo sucesivo D351), que deben ser interpretadas de manera restrictiva.

Conviene precisar que, a los efectos del derecho de autor y de posteriores consideraciones en este trabajo, que la protección que brinda la LSDA se extiende a todas las obras del ingenio de carácter creador, sean de índole literaria, artística o científica, cualquiera sea su género, forma de expresión, mérito o destino (art. 1º), y que para el ejercicio de las acciones y recursos previstos en la ley, en la defensa de sus intereses de orden moral y patrimonial, basta que la

obra se encuentre creada, sin que pueda ser exigido el cumplimiento de ninguna formalidad, registro o depósito de la obra (art. 107 y III de la Convención Universal sobre Derecho de Autor).

La importancia adquirida por cierto género de obras, ha obligado al legislador a conceptualizar y ubicarlas en un marco específico, tal sería el caso de las obras audiovisuales -término omnicompreensivo que incluye a las cinematográficas- reguladas en los arts. 12 al 15 de la LSDA.

Situación similar la encontramos con los programas de computación (software), que a tenor de lo dispuesto en el art. 3o. de la D351, son la "expresión de un conjunto de instrucciones mediante palabras, códigos, planes o cualquier otra forma que, al ser incorporadas en un dispositivo de lectura automatizada, es capaz de

(*) El autor es Socio Fundador de la firma "Antequera Parilli-Rodríguez & Asociados" (Autoralex). Miembro del Instituto Interamericano de Derecho de Autor (IIDA). Director de la BSA de Venezuela. Director del Instituto Venezolano de Representación Cinematográfica (Invereci). Participante en varios Congresos y Cursos Internacionales sobre Derecho de Autor

hacer que un ordenador -un aparato electrónico capaz de elaborar informaciones-, ejecute determinada tarea u obtenga determinado resultado. El programa de ordenador comprende también la documentación técnica y los manuales de uso". La protección se extiende, por tanto, al soporte material que contienen las instrucciones (diskette, cinta magnética, compact disk u otros) y al material gráfico del software (manuales técnicos e instrucciones de uso).

Superada se encuentra, al menos en el aspecto legislativo, la discusión sobre cuál rama del derecho debía brindar protección al software. El Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el comercio -TRIP's-, en la parte II, sección I relativa a los derechos de autor y derechos conexos, estableció en su art. 10,1 "Los programas de ordenador, sean programas fuentes o programas objetos, serán protegidos como obras literarias en virtud del Convenio de Berna -1971-. Por su parte la Decisión 351, en su art. 23 agrega que la protección se extiende tanto a los programas operativos como a los programas aplicativos.

En el presente trabajo haremos especial referencia a los tipos de obras antes mencionados. Por lo expuesto concluimos, que la piratería es todo acto, que sin estar debidamente autorizado por el titular o previsto en alguna de las limitaciones o

excepciones de ley, transgrede o violenta los derechos del titular (comunicación pública, reproducción y/o distribución).

I. MODALIDADES DE LA PIRATERÍA

Resulta un ejercicio difícil de resolver, clasificar y catalogar las distintas modalidades que puede asumir la piratería, de cualquier género de obras. Sin embargo, siguiendo la clasificación utilizada por Antonio Millé en varias de sus obras, con ligeras adaptaciones, presentamos algunas modalidades de piratería en el área de programas de computación:

- **Falsificación de ejemplares:** Representa una actividad que está creciendo aceleradamente en el mundo. Las imitaciones de los programas suele tener cada vez mayor fidelidad con el original. Hasta los hologramas de seguridad son falsificados. Un solo operativo el 24-04-95, permitió el secuestro de aproximadamente 29.000 programas falsificados de MS-DOS 6.2., con sus respectivos hologramas; otro el 12-06-95 arrojó 52.600 falsificaciones de programas (las referidas actividades de antipiratería se efectuaron en Estados Unidos). Se calcula que para fines de este año se habrán retenidos más de 470.000 copias de programas falsificados, lo cual es un logro significativo, pero solo representa un porcentaje

de las falsificaciones que no son retenidas.

- **Reproducción de copias para su posterior venta:** Es una actividad muy difundida en Latinoamérica y la ejecutan personas inescrupulosas que se dedican a la duplicación y comercialización de esas copias ilícitas. Recurren a ciertos mecanismos para difundir su actividad: se anuncian en los clasificados de la prensa escrita; promueven catálogos de los software piratas que comercializan; pagan pequeñas comisiones por las ventas que le son referidas; se agrupan, incluso para adquirir, el software original que les servirá de "matriz" o para sufragar conjuntamente los gastos que ocasiona el "desbloquear" las barreras técnicas (cerrojos) que tienen algunos programas. En sí, toda una pequeña mafia organizada y nucleada para dañar al colectivo.
- **Clubes de usuarios:** Resultan ser organizaciones de usuarios, algunas realmente numerosas, que se dedican a la difusión ilícita de copias de software. Bajo la modalidad del alquiler o préstamo oneroso, proceden a colocar el software para que sea copiado. En otras ocasiones, el intercambio produce sin pago de alquiler alguno, pero con la misma finalidad, intercambiar software, para posteriormente sea

copiado. Ello representa para esta industria, un daño mayor que el alquiler de videogramas o fonogramas, ya que es posible que estos últimos sean alquilados para la sola comunicación de la obra, pero el destino en el caso del software, casi inevitable, es la copia.

- **Copia del software para uso corporativo:** Es usual, que algunas empresas, con la intención de no adquirir el software que necesitan, compran un solo ejemplar de cada software, el cual instalan en una unidad central de proceso, y proceden, posteriormente a efectuar tantas copias como requieran para satisfacer las necesidades de la empresa. Además de violentar la normativa, estas empresas, generalmente carecen de una política informática, no tienen auditoría de sistemas y subutilizan los programas que tienen instalados y sus recursos (en ocasiones, hemos detectado en estas empresas que una sola unidad central de proceso tiene hasta tres tipos distintos de procesadores de palabras). Esta modalidad es una de las más difundidas y dañinas, ya que si la piratería no tiene justificación alguna, menos aún podrá tenerla una empresa que contando con recursos económicos que le permite la adquisición del software (o, ¿con qué dinero compraron el hardware?) y la

asesoría de recursos humanos calificados (no creemos que actualmente un profesional en la informática, manifieste desconocer que el software no goza de protección legal) incurra en esta conducta. Es totalmente rechazable esta modalidad de piratería.

- **Copia privada:** Es la copia que hacen los usuarios finales individuales. Aunque puede parecer a primera impresión que sus efectos no son tan perjudiciales, estudios y cálculos efectuados sitúan entre un 20 - 25% del total de la piratería global. El efecto, como es fácil inferir, resulta en daños realmente cuantiosos. Las productoras, reconociendo esta realidad, han implementado políticas comerciales dirigidas a satisfacer las necesidades de ciertos sectores (estudiantes, desarrolladores y otros) con paquetes de software con descuentos de hasta un 80% del precio de mercado.
- **Transgresión a los términos de la licencia:** Existen varios tipos de licencia, y los términos referidos en la misma deben ser acatados por las partes: a) La licencia más difundida y conocida es la monousuaria, es decir, la que faculta la instalación y uso de un software en un solo equipo; b) La licencia multiusuaria, es la que permite que el software sea instalado en un servidor para

una red de servicio, permitiendo el manejo del software en varias estaciones o puestos de trabajo; c) La licencia multiusuario de uso concurrential, se diferencia de la anterior, en que la autorización de uso se contabiliza en razón del uso efectivo máximo de un software, que en un determinado momento haga la red. Los múltiples inconvenientes en el control de este tipo de licencia, genera el que actualmente poco se aplique. Por razones obvias, no puede ser provista para los software operativos; d) Licencias corporativas: bajo este rubro se enmarcan los acuerdos contractuales que realizan las productoras de software con grandes usuarios, a los fines de facilitar la instalación, copia y uso del software. Los términos referidos en el contrato prevalecerán en caso de conflicto; e) Licencias OEM, son aquellas basadas en los contratos que los productores de software hacen con las grandes empresas de hardware, permitiéndoles preinstalar en sus máquinas el software operativo que requieren y, en ocasiones, software aplicativo. En todo caso el adquirente del hardware que tenga sistemas preinstalados debe requerir del vendedor la entrega de la respectiva licencia de uso.

- **Provisión del software con la**

compra del hardware: Muchos vendedores de hardware, para poder concretar una venta, ofrecen instalar sin costo alguno todo el software que requiera el comprador. El vendedor, además de incurrir en una conducta tipificada comercialmente como competencia desleal, fomenta el uso de la piratería y causa un daño potencial al consumidor (falta de servicio, presencia de virus, ausencia de actualizaciones, entre otras). Esta conducta es altamente rechazable, sobre todo porque resulta muy fácil "obsequiar" lo que no le pertenece.

En cuanto a las modalidades de la piratería de obras audiovisuales, mencionaremos, acogiéndonos al esquema utilizado por la Motion Picture Association (MPA), las siguientes:

- **Duplicación ilegal (back to back):** Es la reproducción que efectúan los dueños de videotiendas o puntos de ventas, de las películas originales o no que adquieran para su comercialización. Existen en el país aproximadamente 590 tiendas registradas y más de 1.000 que no lo están, estimándose que la casi totalidad de estas últimas comercializan únicamente con videos piratas.
- **Piratería de pre-estreno:** Se refiere a la comercialización de videos contentivos de obras cinematográficas que no se exhiben o apenas se están comenzando a presentar en las salas de cine.
- **Falsificación:** Es la conducta que pretende emular las características de los videos originales (empaques, etiquetas, impresión y otras), pero no con la calidad y definición del original.
- **Robo de señal satelital:** Este problema es incuantificable, pero se estima que el robo de señal, en franco aumento en el país, le puede ocasionar a las productoras cinematográficas pérdidas superiores a los 26 millones de dólares. Tal es el caso de los hoteles, clubes, resorts, condominios, empresas de servicios, instalaciones del sector público y otros, quienes sin pagar ningún tipo de derechos distribuyen las señales para su propio beneficio o el de sus clientes.
- **Piratería de tv-cable:** Los casos de piratería de cable se han extendido rápidamente en el país. El "chipeo" de señales vía cable de las operadoras legalmente establecidas es un hecho innegable que afecta los intereses de quienes licencia la señal, del titular de la señal y del productor de la obra audiovisual.
- **Exhibición pública no autorizada:** Es un problema que va en aumento. En los servicios de autobuses extraurbanos, transporte marítimo, hoteles con sistemas cerrados, establecimientos comerciales de entretenimiento, videocines y otros. Tal situación produjo, entre otras razones, el cierre de aproximadamente 36 salas de teatro en el país en el año 1994.
- **Duplicación ilegal:** Consiste en la reproducción de las obras audiovisuales, generalmente en los soportes materiales conocidos como videocassettes. Representa un grave problema, ya que los piratas han mejorado la presentación de los productos, generando cierta confusión en el público consumidor. Para 1995 se retuvieron, en el marco y desarrollo de la campaña antipiratería en el país, más de 60.000 videos, estimándose que al cierre del presente año la suma supera los 100.000.

II. SECTORES AFECTADOS

Tradicionalmente se clasifican y mencionan los múltiples efectos desbastadores de la piratería de cualquier obra del intelecto, atendiendo a los distintos sectores de la vida económica, social y cultural de un país que se perjudican. Basándonos en el esquema usualmente empleado, debemos destacar que, en el caso particular de los programas de computación, reviste mayor gravedad los ilícitos autorales por cuanto "... mientras

resulta muy lento, costoso y delicado elaborar un software, en cambio es muy fácil copiarlo por medio de materiales que no requieren inversiones costosas y son de muy simple mantenimiento”(1). Situación similar confronta el sector de obras cinematográficas, ya que la producción de cualquier filme cuesta mas de 25 millones de dólares y una película de gran cartelera su costo puede sobrepasar fácilmente los 120 millones de dólares.

• **Sector creativo:**

El proceso de creación de un programa de computación o de una obra audiovisual, en la mayoría de los casos, requiere de la participación de innumerables autores que conjugan sus esfuerzos para la elaboración de las mismo, dependiendo su subsistencia económica del éxito que se obtenga por la explotación de la obra. Independientemente de cual sea la complejidad, magnitud o importancia de este tipo de obras y las relaciones subyacentes que existan con los productores de las mismas, o la naturaleza de la relación que vincula a los autores con la obra (nexo de trabajo o producción independiente), siempre existirá un claro destino para ambos: mejores resultados comerciales generan mayor estabilidad económica para los partícipes en la obra, bien sea por que se pacte una remuneración proporcional a la venta de los ejemplares, o porque “...en

cualquier caso, la seguridad económica de los creadores depende de la estabilidad de la industria productora”(2). Además, las fuentes de empleos que genera, directa o indirectamente las empresas productoras y sus canales de comercialización, en cuyas actividades participan personas altamente capacitadas, resulta un indicador económico que se encuentra seriamente afectado por la piratería. Por ejemplo, se calcula que por cada persona que se ocupa del desarrollo de un software existen veinte personas que se dedican a la promoción, distribución y soporte técnico del mismo.

• **Medios de producción:**

Son enormes las cifras (3) que las empresas deben invertir para la producción, comercialización y difusión de los programas de computación y las obras audiovisuales, asumiendo un riesgo económico considerable. A su vez los licenciatarios, quienes pagan generalmente un derecho por la exclusividad de la distribución legítima de dichas obras, invierten significativas cantidades para que sus canales de distribución puedan satisfacer la demanda del mercado, lo que involucra, indispensablemente, la participación de las llamadas empresas secundarias (imprentas, publicidades, medios de comunicación, transporte, empaquetaje y otros). Por ello, es incorrecto afirmar que la piratería solo daña los intereses económicos

de las productoras de software, ya que es probable que una corporación, por su posición en el mercado, pueda resistir altos índices de piratería, situación que sería totalmente insostenible para algunos licenciatarios, siendo por tanto, en extremo perjudicial para la industria nacional y las empresas secundarias en general.

• **Las relaciones de intercambio comercial:**

La competencia en la esfera comercial se encuentra afectada por la piratería, ya que le resulta difícil a un comerciante honesto, quien en cumplimiento de la ley, adquiere software original para su posterior comercialización, competir con otro que venda o distribuya software pirata de ínfimo costo (el pirata no invierte en la concepción y producción de la obra, no paga regalías, ni impuestos, no gasta en promoción, ni presta el soporte técnico adecuado). En fin, el comerciante que auspicia la piratería se hace partícipe directo de una actividad de la cual se beneficia y lucra sin justa causa, sustentándose en el talento ajeno, el renombre y la imagen comercial de las productoras de software, en perjuicio directo de éstas últimas. Tal conducta solamente admite una calificación: actividad parasitaria y depredadora.

• **Público consumidor:**

Los casos de falsificación de programas -que resultan en la actualidad muy difundidos en el mercado informático- (4), al igual

que las falsificaciones de lo empaques de los videos contentivos de obras audiovisuales, lesionan los intereses del usuario que los adquiere, pues no existe garantía alguna en cuanto a la procedencia y calidad del producto. Por ejemplo, el adquirente del programa se encuentra en completo estado de indefensión: al no tener acceso a las nuevas versiones, carecer del servicio de asistencia y soporte técnico, no disponer de manuales técnicos y de uso completos y, puede, eventualmente, sufrir las consecuencias de la propagación de un virus, por no estar los productos falsificados sometidos a controles de calidad. En consecuencia, el consumidor se encuentra desprovisto de cualquier tipo de derecho que pudo haber ejercitado si hubiese adquirido un programa o soporte audiovisual original.

• **Creatividad Nacional:**

Las nuevas tecnologías permiten la rápida y fácil comisión de los ilícitos autorales, mediante sofisticadas técnicas de reproducción, medios de masiva comunicación pública y de intrincados mecanismos que permiten, incluso, desarticular las barreras o protecciones técnicas que algunas empresas colocan a sus programas u obras audiovisuales para evitar un uso no autorizado (5). Tal es el grado de avance en de la técnica, que existen programas que permiten hacer ingeniería en reversa en poco tiempo y a bajo costo. Esta referencia la

formulamos en razón de considerar que la generalidad y muchas veces impunidad con que se cometen los actos de piratería, desalienta a los autores (6), quienes dedican sus esfuerzos intelectuales a actividades más seguras, estables y rentables. Esta desviación de importantes recursos humanos, puede ser evitada, si la producción de software nacional, de la cual hay excelentes ejemplos de calidad y productividad, fuera adecuadamente protegida por un sistema cautelar judicial, que reprima la piratería, con lo que se estaría preservando uno de los más importantes valores que dispone cualquier país.

• **Fisco Nacional:**

Los perjuicios que sufre el Estado, pueden ser analizados desde varios puntos de vistas: a) Por la introducción clandestina de soportes materiales vírgenes (diskettes, cintas magnéticas, compact disk, videocassetes y otros) que sirven para grabar los programas y películas, y que no pagan los respectivos derechos aduanales; b) Por la evasión impositiva en que incurre los piratas al no pagar los impuestos (7) que genera la comercialización de programas en el país (a la venta, a la renta y otros); c) Por la falta de pago de todos los programas y obras audiovisuales, en su caso, que por ser producciones extranjeras, pero siendo reproducidos y comercializados en el país, no pagan los respectivos impuestos (8) aduanales por "nacionalización";

d) Por transgresiones directas que hacen lo piratas a la normativa fiscal, al no llevar los respectivos registros contables, balances, infringiendo todos los mecanismos de control, lo que repercute, en algunos casos, en impago de tributos estatales, estatales o municipales.

• **Imagen del Estado:**

Un Estado que no garantice un elemental respeto a los derechos intelectuales, tiende a alejarse cada vez más del concierto económico internacional, y caerá, inexorablemente, en un proceso de segregación y aislamiento de predecibles consecuencias negativas para los sectores nacionales productivos. Todas las posibles inversiones extranjeras importantes, condicionan su entrada y permanencia al respeto de los derechos intelectuales y la seguridad jurídica y confianza en las relaciones contractuales que se produzcan. Basta observar las implicaciones económicas que sobre muchos países tiene la clasificación que el U.S. Trade Representative (USTR) hace anualmente con base a la Ley 301 (9).

III. DERECHOS LESIONADOS

La piratería además de afectar un sectores, como hemos analizado, transgrede un conjunto de normas y situaciones reguladas por el Derecho. Así, la piratería contraviene:

• **Derecho de Autor:**

La Decisión 351 consagra el derecho exclusivo de los autores, o en su caso sus derechohabientes (titulares derivados, como el productor, o por efectos de la ley) a realizar autorizar o prohibir: la reproducción de sus obras, la comunicación pública, la distribución, la importación de copias no autorizadas al territorio de cualquier País Miembro y la traducción de sus obras (art. 13). En consecuencia, todo acto que no esté expresamente autorizado por el autor o el titular del derecho, salvo las limitaciones establecidas en la Decisión 351 y las leyes nacionales que regula la materia, debe ser considerada ilícita.

Conviene destacar que los derechos de autor son independientes de la propiedad del objeto material en que esté incorporada la obra (art. 1º LSDA y art. 6º D351), es decir, la adquisición del soporte material (diskettes, videocassettes, CD, manuales y otros) no permiten al adquirente explotar la obra que tiene incorporada. Existe, además, independencia entre cada uno de los principales derechos de explotación. Así, la autorización para reproducir una obra, no involucra, en la generalidad de los casos, el derecho para comunicarla al público, ni viceversa.

• **Propiedad Industrial:**

Los actos de piratería pueden lesionar otros bienes jurídicos, tales como la marca comercial, los lemas

comerciales, el nombre comercial, el diseño industrial que puede caracterizar al producto en el mercado, aspectos tutelados por leyes distintas a la autoral.

a) **La marca y el lema comercial:**

Todo software para poder ser distinguido en el mercado, no solo por sus características técnicas, potencialidad o compatibilidad, requiere de un signo distinto (marca) que lo diferencie, al nivel del público consumidor, de los restantes. Así, los soportes materiales que contienen las obras contienen marcas comerciales, que son signos (palabra o combinación de las mismas, figura, leyenda o dibujo) perceptibles, suficientemente distintivos y susceptibles de representación gráfica (art. 81 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena sobre "Régimen Común sobre Propiedad Industrial") (10).

Como quiera que todo software al comenzar a ser ejecutado se identifica y presenta en la interfaz con una marca, o presenta dicho signo en cualquier otra parte del programa objeto, y que las obras cinematográficas al iniciarse identifican al productor, con la finalidad de generar a la favor del autor o productor la presunción de autoría o titularidad de los derechos, a que se refieren los

arts. 8º y 9º. de la D351(11), y los arts. 15 y 17 de la LSDA, por lo que los piratas, al proceder a reproducir ilícitamente el software y las obras audiovisuales inevitable se copia la marca. De igual manera, al fotocopiar o reproducir, por cualquier otro medio mecánico o electromecánico, los manuales técnicos e instrucciones de uso, se incurre nuevamente en este ilícito marcario.

b) **Diseños industriales:**

La presentación de una obra puede estar acompañada por formas materiales de tal fuerza expresiva, que gocen de la protección que los diseños industriales concede. Cualquier reunión de líneas o combinaciones de colores o cualquier forma externa bidimensional o tridimensional (empaques o envoltorios), que es incorporado a un producto elaborado industrialmente, como es el caso del software, para darle una apariencia especial, sin que cambie el destino o finalidad del producto y sirva de patrón para su fabricación, es tutelado como diseño industrial por el art. 58 de la Decisión 344. Así, formas como la figura de las ventanas en el programa MS-Windows de Microsoft, o la disposición de los números 1,2,3 en la hoja de cálculo de Lotus, se

encuentran tuteladas como diseños industriales bidimensionales (dibujos), que al ser ilícitamente copiadas conjuntamente con el software, generan una infracción al derecho de la propiedad industrial. Estos ilícitos se presentan con mayor regularidad en los casos de falsificación, pues el pirata persigue al imitar el producto copiar todos los elementos que lo constituyen para darle la apariencia de originalidad a su ilícito producto, burlando adicionalmente la fe pública.

- c) Secretos industriales: En ocasiones, ante el desarrollo de nuevas versiones de programas de éxito mundial, los piratas tratan de apropiarse de los procesos en desarrollo de estas nuevas versiones, obteniendo en ocasiones, versiones beta de los nuevos programas, en franca violación al secreto industrial (12) que protege, y que esta presente hasta cierta fase de corrección y adaptación del programa, mientras no se divulga el contenido de los mismos.

• **Competencia desleal:**

Pueden generarse varios supuestos de competencia desleal, dependiendo de la normativa que en los distintos países (13) regula esta materia. Sin embargo, es ineludible afirmar, en todo caso, que:

a) El pirata no retribuye en nada a los creadores, productores y la cadena de comercialización, quienes haciendo grandes esfuerzos intelectuales e invirtiendo enormes cantidades de dinero, observan impávidos como se les despoja de buena parte de los beneficios económicos a los que tienen legítimo derecho; b) El pirata se beneficia de la marca comercial, prestigio y reputación comercial del productor del software, ya que, de otra manera, no estaría interesado en copiar un producto que no sea apreciado por los consumidores como de muy buena calidad (el pirata solo copia las obras comercialmente exitosas); c) El pirata no invierte investigación ni participa en procesos de transferencia tecnológica, representando un proceso de estancamiento en el desarrollo tecnológico de un país; d) El pirata no asume riesgo económico alguno, ya que su furtiva y clandestina actividad, le permite evadir las obligaciones elementales. La piratería igualmente afecta a los pequeños comerciantes que se dedican a la distribución de software, quienes "...hacen una importante inversión para poner en circulación soportes originales, y cuyo esfuerzo se frustra, sea por la comercialización ilegal de ejemplares no autorizados, sea por la disminución de las ventas, ante la reproducción que realizan algunas corporaciones que adquieren un solo ejemplar de la obra y, en franca violación de los derechos de reproducción...copian la misma en tantos ejemplares

como computadores utilicen en sus empresas" (14).

• **La propiedad:**

Es usual, cuando se están preparando programas que tendrán amplia aceptación comercial y un mercado cautivo, que se produzcan sustracciones, bien sea por hurto o por apropiación indebida, de distintos elementos como fotolitos, planchas, troqueles, matrices o fotocomposiciones, que facilitan casi una reproducción idéntica a la del original. En ciertos casos, el hurto de hologramas de seguridad, hacen que la diferencia entre una copia legítima u original y una pirata atienda a elementos valorativos que solo puede apreciar un experto en la materia.

• **La fe pública:**

A demás de las violaciones al derecho de reproducción tutelado por la ley autoral, todo acto de piratería afecta la fe pública (15), por cuanto se dirige, mediante manipulaciones fraudulentas, a la alteración y adulteración de las marcas, lemas y otros signos distintivos que distinguen al producto. El consumidor, sobre todo en los casos de falsificación, se encuentra burlado, por cuanto al adquirir una copia de este tipo, espera similar calidad que la presente en el mercado para estos productos. Cuando se imita el empaquetaje del producto o las características de los elementos que identifican a un software (diskettes,

manuales, envoltorios, tarjetas de registro y otros) se está defraudando a un importante número de consumidores, quienes esperan de la casa productora las ventajas de un software original, que el pirata no puede cumplir: soporte técnico calificado, asesoría general, acceso a nuevas versiones, ausencia de virus y otros.

• **El Consumidor:**

Independientemente de la normativa que se aplique para la protección del consumidor, las distintas leyes consagran una base mínima de derechos encaminadas a eliminar las prácticas comerciales engañosas, las falsas ofertas, la publicidad incierta y, en fin, toda manipulación o inducción del consumidor hacia productos, bienes o servicios de dudosa procedencia o calidad. Por ello, la actividad que realiza el pirata de software, encuadra con suma facilidad dentro de los supuestos generadores de violaciones a los derechos de los consumidores, por cuanto, en la mayoría de los casos, se le atribuyen a los bienes características de originalidad y certificaciones de procedencia de las cuales carecen.

• **El Fisco Nacional:**

El pirata, como ya lo señalamos, puede incurrir en variados ilícitos tributarios: contrabando, evasión impositiva por el incumplimiento de formalidades fiscales, que en términos cuantitativos representan millones de dólares para cualquier

país. La falta de aplicación de: impuestos aduanales para la nacionalización del software extranjero, impuesto a las ventas, impuesto al valor agregado, impuesto a la renta -enriquecimiento- y otros vinculados con la actividad comercial del software, debería representar un reto a los distintas administraciones tributarias de nuestros países para recaudar estos impuestos tan necesarios para cualquier país.

IV. IMPACTO ECONÓMICO DE LA PIRATERÍA

Sin pretender desarrollar un estudio estadístico sobre las nefastas consecuencias económicas de la piratería, conviene presentar algunas cifras, para poder así comprender la magnitud del problema. La Business Software Alliance (BSA), para el año 1994 calculó (16) las pérdidas en los países de América, excluidos los Estados Unidos de Norteamérica y Canadá, en 1.334,8 millones de dólares con un índice de piratería que oscilan entre el 71 y 99%, y una tasa promedio del 78%. Pese a ello "La industria del software en América Latina se expande aceleradamente y Latinoamérica ocupa el tercer lugar entre los mercados que experimentaron las tasas de crecimiento más rápidas..."(17), lo que constituye a la industria del software como uno de los negocios más florecientes y exitoso de la actualidad, con un mercado global superior a los

80.000 millones de dólares, pese a la seria amenaza de la piratería.

En Venezuela, el porcentaje de software ilegal, en solo tres años descendió 14 puntos, desde un 85% para 1992 a un 71% en 1994, para colocarse en el índice más bajo de piratería en Latinoamérica. Pero para el año 1995 se ubicó en 72%, generándose pérdidas por US\$ 110 millones de dólares.

Según estimaciones de la BSA, las pérdidas sufridas por las productoras y distribuidores de software, durante 1994, se calcularon aproximadamente en 15.200 millones de dólares. "estas pérdidas surten efectos en todos los niveles y escalas de la industria del software. A nivel local, estos números se traducen en la pérdida de puestos de trabajo, cierre de empresas y reducción de las recaudaciones impositivas. Las pérdidas en 25 países europeos superaron los 6.000 millones de dólares, con una tasa de piratería promedio del 58%". Asia, con pérdidas de más de 4.300 millones de dólares, con tasa promedio del 68%. África y el Medio Oriente alcanzaron la tasa de piratería más alta con el 81%.

En abril de 1995, en un proceso llevado ante una Corte de Los Angeles, Estados Unidos de Norteamérica, se determinó que un infractor había distribuido más de 58.000 programas falsificados de MS-DOS y de MS-Windows, violando los derechos de autor y de marca pertenecientes a Microsoft

Corporation, produciéndose una condena por 5,6 millones de dólares, destruyéndose, además, aproximadamente 900 unidades. En otro caso de contrafección o falsificación, en Los Angeles, se detuvieron y enjuiciaron dos ciudadanos que operaban una red de copiado, sumamente organizada y altamente tecnificada, que logró duplicar, según arrojan los resultados de la investigación, más de 150.000 diskettes y 16.000 manuales, de los programas MS-DOS, Windows y Windows para grupos de trabajo, los cuales eran embarcados hacia Canadá, Israel, Taiwan, Hong Kong y otras ciudades. Esta actividad pirata se calcula produjo pérdidas a Microsoft superiores a los 16 millones de dólares.

La aplicación de las tecnologías de punta crearán nuevas y complejas modalidades de piratería de software, difíciles de atacar y contrarrestar, las cuales deben ser estudiadas a efectos de contrarrestarlas antes de que se conviertan en actos rutinarios. A manera de ejemplo debe mencionarse los nefastas consecuencias que puede ocasionar la introducción en redes como Internet, sin disponer de la autorización del titular del derecho de programas aplicativos de uso mundial y de reconocido prestigio. En el mes de junio de 1995, la policía de Suecia arrestó a dos estudiantes del "Royal Institute of Technology" por haber introducido copias de programas de Aldus, Autodesk y Microsoft en la red

Internet, invitando a los usuarios alrededor del mundo a realizar copias ilegales. En apenas tres semanas se estima fueron copiados 3.150 programas, a un promedio de 1,5 gigabytes por día, lo que ocasionó un daño a las productoras superior a los 1,7 millones de dólares. Los estudiantes admitieron su culpa, relevando de responsabilidad a la Universidad.

En el mismo mes de junio, una Corte de Francia condenó a pagar a una empresa vendedora de programas, la cantidad de 4.000.000 de francos (equivalente a US\$ 800.000) por la falsificación y distribución de versiones OEM de MS-DOS y Windows. Este proceso judicial comenzó en octubre de 1993, con el secuestro de 7.500 programas falsificados que estaban destinados a ser distribuidos.

Situación similar se presenta en los daños que la piratería de obras audiovisuales le ocasiona a las productoras, licenciatarias y empresas secundarias vinculadas a la comercialización de estas obras. Para 1995 se estimó que las pérdidas en el país para las productoras cinematográficas afiliadas a la M.P.A. ascendieron a la cantidad de 48 millones de dólares, discriminado de la manera siguiente: a) 8,5 millones de dólares por piratería de videos; b) 7,5 millones de dólares por exhibiciones no autorizadas; c) 32 millones de dólares por piratería de tv-cable y señal satelital.

V. MECANISMOS PARA REPRIMIR LA PIRATERÍA

El combate de la piratería requiere el concurso de varios factores: una adecuada legislación que reprima el fenómeno; la participación de los órganos administrativos y judiciales del país; la planificación, estructuración, desarrollo y evaluación constante de una campaña de los titulares de derechos contra la piratería y, por último, una consciencia colectiva que reconozca la importancia de los derechos intelectuales y el perjuicio de la piratería, en todas sus manifestaciones:

Legislación adecuada:

Se debe disponer de una legislación que reprima los variados ilícitos que engendra la piratería. El marco legal que proporciona TRIP's, las Decisiones 344, 345 y 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, los distintos Convenios bilaterales o trilaterales (G3) suscritos, todos de reciente data, han permitido estandarizarse una protección mínima en todo lo referido al aspecto sustantivo. Sin embargo, algunos países requieren modificaciones a sus legislaciones internas en materia penal, para castigar severamente los actos de piratería con penas restrictivas de la libertad que se correspondan con la naturaleza e importancia del bien jurídico lesionado. Nos parece desacertado que algunos tipos de ilícitos penales contra los bienes intelectuales, tengan una pena menor que las violaciones de la

propiedad en el ámbito del derecho común. Las penas, para reprimir la piratería deben equivaler, al menos, a las previstas para los delitos de hurto y robo. En cuanto al resarcimiento del daño causado, "...éste tiene que consistir en una condena cuyo monto sea tal que tenga un efecto disuasivo...ese plus disuasivo que le compete de manera que se mantenga un equilibrio entre la norma y la conducta social" (18).

• **Participación de los órganos jurisdiccionales y administrativos:**

Disponiendo de una buena legislación, le corresponderá a los órganos públicos aplicar la ley ante las infracciones que se presenten. Para ello es menester: que los funcionarios estén dotados de suficiente conocimiento sobre los aspectos legislativos y económicos ligados a los derechos intelectuales; reconozcan la importancia que tienen estos derechos para el correcto desarrollo del país; tengan la voluntad de aplicar las normas; y, entiendan que los tradicionales patrones de apreciación sobre la propiedad común, no se aplican al derecho de autor. A todo ello debemos agregar, por último, la voluntad de aplicar las normas, propiciando un ambiente de seguridad jurídica, indispensable para propiciar las inversiones y estabilidad de las industrias vinculadas al área.

• **Campaña contra la piratería:**

La ejecución de una campaña guarda relación directa con el bien que jurídico que se pretenda proteger y con las realidades económicas, políticas, sociales y culturales del país. Los titulares de derecho deben, con el auxilio de expertos en la materia, planificar, estructurar, desarrollar y evaluar, con base a los objetivos y programas implementados, los resultados de la misma. Aun cuando pueden ser variados los esquemas de estas campañas, siempre coinciden algunos elementos comunes: una fase de comunicacional que difunda a través de distintos medios los aspectos ligados a la protección de los derechos intelectuales; una fase de información y formación a los órganos administrativos y judiciales y, una fase de carácter judicial que disponga el ejercicio de acciones civiles y penales. Consideramos obligación de los titulares de derechos instar, promover, estimular y participar activamente en estas campañas. El no hacerlo convertiría rápidamente a la industria legal, en una industria paralela a la piratería, como sucede en algunos países.

• **Conciencia colectiva:**

Escaso valor presenta el disponer de los elementos antes indicados, si el colectivo no percibe y aprecia a los derechos intelectuales como un mecanismo vital para el desarrollo del país. Muchos estudios se han realizado sobre el

impacto económicos de la industria ligada los bienes intelectuales. Este conocimiento de hechos y factores económicos que demuestran la trascendencia de las relaciones comerciales de las cuales son objeto los bienes intelectuales, debe, en poco tiempo, transformarse en un reconocimiento a dichos valores. El rechazo a la piratería debería, en la colectividad, ser un elemento intrínseco a cada individuo.

VI. LA EXPERIENCIA DEL COMANDO ANTIPIRATERÍA (COMANPI)

Debido al aumento del índice de la piratería de obras del intelecto, y habiendo agotado distintas instancias en procura de minimizar este flagelo, las principales asociaciones que la combaten, entre ellas la B.S.A. de Venezuela -sector software- e Invereci (como representante de la M.P.A) se dirigieron al Ministro de Justicia, a la Directora Nacional del Derecho de Autor (DNDA), y al Cuerpo Técnico de Policía Judicial, para solicitar su participación inmediata en la pronta solución a la problemática de la piratería. Mostrando una gran sensibilidad y conocimiento del problema, los entes públicos antes mencionados tomaron una activa participación, que dio lugar a la suscripción del Convenio Institucional contra la Piratería, el pasado 04 de junio de 1996.

Dicho Convenio, considerando que la piratería "...es un hecho grave que atenta, no solamente contra los

legítimos intereses de los autores, editores, artistas, músicos y productores, sino que afecta negativamente la economía del país, por la pérdida de fuentes de empleo y el alejamiento de las nuevas inversiones extranjeras en el sector", que "...la falta de una protección adecuada y eficaz para los titulares de derechos de autor y derechos conexos, puede traer consecuencias negativas para Venezuela en el plano internacional", acordó la creación del Comando de Derecho de Autor, conocido actualmente como Comando Antipiratería (COMANPI), con la finalidad de investigar y perseguir a los responsables por la comisión de los delitos tipificados en la Ley sobre el Derecho de Autor.

El 30 de julio de 1996, se inauguró la sede del COMANPI, con el auxilio y las donaciones que, conforme a las obligaciones asumidas en el referido Acuerdo Institucional tienen las instituciones civiles que lo promocionaron. La labor del Comanpi, en menos de tres meses, se puede resumir así:

Práctica de varios operativos policiales, en los cuales, según las reseñas de prensa y televisión se han incautado más de 300 videocaseteras, 15.000 videos presuntamente piratas, 25 televisores, un deflector de video, rebobinadores, y otros muchos bienes vinculados a la reprografía de obras audiovisuales, además de la detención preventiva de más de 30 personas vinculadas a este

delito. Instrucción de seis expedientes que han pasado a los Tribunales penales, quienes han dictado 5 autos de detención y 2 autos de sometimiento a juicio.

Por lo que se refiere a operativos policiales en piratería de software: se han retenido 15 computadoras, 1600 diskettes, 70 programas, 100 compact disk presuntamente piratas, dos máquinas duplicadoras de CD, carátulas, etiquetas y otros bienes reprográficos. Instrucción de tres expedientes que han pasado a los Tribunales penales, quienes han dictado 2 autos de sometimiento a juicio.

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

- (1) TOUBOL, F (90): "Le logiciel, analyse juridique" Trad. "El Software: Análisis Jurídico" Moissel, L. Editor Zavalía p. 286-287. Buenos Aires, Argentina. 1990
- (2) ANTEQUERA P, R et alli (90): "La protección jurídica del software y de las bases de datos". La piratería de los programas de computación. p. 77. Invesoft. Caracas, 1990.
- (3) Algunos comentarios vertidos en revistas especializadas de informática apuntan a señalar que el costo de cualquier programa de computación medio está por encima de un millón de dólares. El desarrollo de un sistema aplicativo excede los

300 millones de dólares y las inversiones para desarrollar las nuevas versiones de los programas operativos y aplicativos más conocidos, supera con facilidad los 100 millones de dólares.

- (4) Solo en el mes de agosto de 1995, la Business Software Alliance reportó el secuestro de 35.000 programas falsificados en el formato CD y un número superior de diskettes contentivos de programas, hologramas de seguridad, empaques y otros bienes que constituyen muestras claras del aumento de la falsificación de estos bienes., en lugares como Hong Kong, Munich, Uxbridge, Sao Paulo, Pusan, México, París, entre otras.
- (5) TOUBOL, F. (90):. ob. cit. p. 289. "...hace algunos años muchos pensaban que el problema de la protección del software no lo resolvería el derecho sino la creación de 'cerrojos' de naturaleza técnica. este punto de vista fue paulatinamente abandonado. Por una parte, a medida que se inventaban bloqueos de protección, los ingeniosos 'piratas' descubren medios de eludirlos: por otra, a menudo es imposible introducir un 'cerrojo' en un programa, por razones psicológicas, económicas e incluso técnicas"

- (6) Proyecciones realizadas en la Universidad Simón Bolívar en Caracas, (acreditada casa de estudios) evidenciaron que más de la mitad de los egresados en el año 1993 habían recibido, y al parecer aceptado, propuestas para trabajar fuera del país. La piratería origina una 'fuga de cerebros' importante.
- (7) Las cantidades de dinero que deja de percibir el Estado venezolano por la venta de software pirata, asciende, tentativamente a la cantidad de 6.300 millones de bolívares anuales (al cambio oficial de 470 bolívares por dólar). El cálculo se basa en una sencilla operación aritmética: conociendo que las pérdidas aproximadas por piratería de software en el país asciende a 110 millones de dólares, se le aplica el 16,5% correspondiente a la alícuota fiscal del impuesto a las ventas nos da el resultado mencionado, sometiéndonos a la hipótesis de que la piratería pueda ser reducida a un 30% (piratería marginal). En lo que respecta a las pérdidas del Fisco nacional por piratería de videos se calcula en 4.400 millones de dólares para el año 1996.
- (8) Aplicando el 15% que es la tasa impositiva que se paga en Venezuela por la "nacionalización" del software extranjero y habiendo calculado las pérdidas por en 110 millones de dólares, podemos afirmar que el Fisco deja de percibir 7.755 millones de bolívares. Aun considerando la subsistencia de la llamada "piratería marginal" en un 30%, todavía dejarían de percibirse 5.428 millones de bolívares aproximadamente.
- (9) Para 1995 esta fue la clasificación del USTR, para algunos países de América: Lista prioritaria de observación (priority watch list): Brasil. Lista de observación (watch list): Argentina, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Perú y Venezuela. Mención especial: Honduras y Paraguay. No incluidos: Ecuador y Panamá.
- (10) "Podrá constituir una marca de fábrica o de comercio cualquier signo o combinaciones de signos que sean capaces de distinguir los bienes o servicios de una empresa de las otras empresas. Tales signos podrán registrarse como marcas de fábricas o de comercio, en particular las palabras, incluidos los nombres de personas, las letras, los números, los elementos figurativos y las combinaciones de colores..." (art. 15,1 Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el comercio -TRIP's-)
- (11) En Venezuela, la actual Ley sobre el Derecho de Autor (Gaceta Oficial Extraordinario No. 4.638, del 01-10-1993) establece, en su art. 17, parte infine: "Se presume salvo pacto expreso en contrario, que los autores del programa de computación han cedido al productor, en forma ilimitada y por toda su duración, el derecho exclusivo de explotación de la obra, definido en el artículo 23 y contenido en el Título II, inclusive la autorización para ejercer los derechos a que se refieren los artículos 21 y 24 de esta ley, así como el consentimiento para decidir acerca de su divulgación y la de ejercer los derechos morales sobre la obra, en la medida que ello sea necesario para la explotación de la misma".
- (12) Art. 72 de la Decisión 344 y art. 39 de TRIP's.
- (13) La ley venezolana para promover y proteger el libre ejercicio de la libre competencia, del año 1992, reputa en su artículo 17, como actos configurativos de competencia desleal, entre otros: la simulación de

productos, supuesto que permite encuadrar perfectamente en el caso de la falsificación de software.

- (14) ANTEQUERA P., R (90): ob. cit. p. 84.
- (15) El artículo 388 del Código Penal venezolano, dispone sanciones penales "Para todo aquel que hubiere falsificado o alterado los nombres, marcas o signos distintivos de las obras del ingenio o de los productos de una industria cualquiera será castigado con prisión de uno a dos meses". La doctrina patria es categórica al afirmar que la única interpretación posible del término alterar utilizado por la norma es la de imitar o copiar, lo que equivale a duplicar o reproducir. En similar sentido, el art. 389 del mismo texto tipifica como delito la introducción al país y puesta en venta o de cualquier otra manera en circulación las obras del ingenio o productos de cualquier industria capaz de inducir en error al comprador, respecto de su

origen y calidad.

- (16) CONTRA LA PIRATERÍA (Comité Latinoamericano de la BSA): No. 2. Junio 1995. Business Software Alliance (BSA). p.4. "Todos los años la BSA calcula las pérdidas en dólares causadas por la copia ilegal de software y el porcentaje de software legítimo en uso en cada país. Dichas estimaciones están basadas en los envíos de software y de hardware a cada país. Para reflejar las pérdidas ocasionadas a la industria del software en su totalidad, fabricantes y distribuidores, la BSA tiene en cuenta los precios minoristas o al consumidor final. Los envíos de software y de hardware se obtienen de varias compañías especializadas en la recolección de esta clase de datos. Para determinar las pérdidas ocasionadas a la industria del software, la BSA aplica la siguiente ecuación: unidades de software exportadas o producidas en un país en 1994 divididas o producidas

por el mismo país = aplicaciones por PC. Número estimado de aplicaciones por PC menos número real de aplicaciones por PC = aplicaciones ilegales de PC. Número de aplicaciones ilegales por PC dividido por el número estimado de aplicaciones por PC = porcentaje estimado de aplicaciones ilegales en uso... multiplicado por el precio al consumidor promedio, multiplicado por el número de Pcs = pérdidas en dólares debido a la piratería ocasionadas a la totalidad de la industria del software"

- (17) *Ibidem*: p. 3.
- (18) VILLALBA, C (90): "Daños. Cómo evaluar el resarcimiento por la utilización no autorizada de las obras. Su incidencia en la jurisprudencia (desde la perspectiva del abogado). En V Congreso Internacional sobre la protección de los derechos intelectuales. p. 317. Edit Zavalia. Buenos Aires. 1990.