

OMPI/DA/MVD/00/6

ORIGINAL: Español

FECHA: 14 de septiembre de 2000



CONSEJO DE DERECHOS DE AUTOR
MINISTERIO DE EDUCACIÓN Y CULTURA



ORGANIZACIÓN MUNDIAL
DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

**TALLER REGIONAL DEL AOMPI
SOBRE DERECHOS DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS
EN LA ERA DE LA INFORMACIÓN**

organizado por
la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)
en cooperación con
el Consejo de Derechos de Autor
del Ministerio de Educación y Cultura de la República Oriental del Uruguay

Montevideo, 13 y 14 de septiembre de 2000

LAPROTECCIÓN DE LOS INTERPRETES O EJECUTANTES Y LOS PRODUCTORES
DE FONOGRAMAS EN LA CONVENCIÓN DE ROMA, EL ACUERDO SOBRE LOS
ADPIC Y EL TRATADO DE LA OMPI SOBRE INTERPRETACIÓN O EJECUCIÓN
DE FONOGRAMAS (TOIEF/WP PT)

Documento presentado por el Dr. Ricardo Antequera Parilli

PRIMERA PARTELAPROTECCIÓNINTERNACIONALDELOSDERECHOSCONEXOSI. ANTECEDENTES

Antes de la existencia de mecanismos facilitadores de la fijación sonora o audiovisual, o de las transmisiones a distancia, la actuación del artista intérprete o ejecutante se realizaba "en vivo", ante el público presente en el espectáculo, de manera que el artista recibía una remuneración por su actuación mediante un contrato que, según las características de cada caso, se ubicaba en la figura de la locación de obra o de la prestación de servicios subordinados.

Però los avances tecnológicos permitieron, por ejemplo, que la interpretación de una obra musical -cuyo disfrute requería antes de la asistencia del público a la función-, fuera capaz de fijarse y reproducirse, poniéndose a disposición a través de soportes sonoros; esa misma prestación podía transmitirse a distancia con la aparición sucesiva de la radio y la televisión; y el surgimiento de la cinematografía -y posteriormente con la circulación de soportes audiovisuales para uso doméstico-, permitió no sólo la fijación de la actuación del intérprete, sino también la distribución en el comercio y en gran escala de los objetos capaces de reproducir imagen y sonido a través de aparatos conectados a la pantalla de televisión.

Es cierto que por vía de relación contractual el intérprete podía reclamar del productor fonográfico, por ejemplo, una retribución proporcional a las ventas de los ejemplares que reproducían la fijación sonora de su interpretación, pero ello no resolvía la situación de las ejecuciones públicas efectuadas mediante el uso de esos soportes, tanto en locales públicos (salas de bailes, cafés, restaurantes, etc.), como a través de la radio y la difusión.

Ello constituía, en verdad, un enriquecimiento sin causa para el utilizador, al no remunerar al artista intérprete o ejecutante (como sí lo hacía el autor), quien con el empleo de esas grabaciones perdía oportunidades de trabajo, a medida que disminuían las ventas de los discos a causa de la radiodifusión.

Y en el ámbito extra-patrimonial, se planteaba la posibilidad de que se omitiera el nombre del artista en el aprovechamiento de sus interpretaciones grabadas, desvinculándolo del éxito de la prestación, o que la fijación sonora o audiovisual, o su posterior utilización, se realizaran con deformaciones o mutilaciones afectando no sólo a la obra interpretada, sino también a la integridad de la prestación artística y al prestigio del intérprete.

Así, el justo reclamo formulado por la Unión Internacional de Músicos, motivó a la Organización Internacional del Trabajo (OIT) a la búsqueda de soluciones legislativas (tanto de alcance nacional como de orden multilateral), para la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes.

En ese sentido, la Conferencia de Revisión del Convenio de Berna para la protección de las Obras Literarias y Artísticas (Roma, 1928), expresó su deseo de que los gobiernos adoptaran medidas destinadas a poner a salvo los derechos de los intérpretes, y una nueva Conferencia de Revisión del mismo Convenio (Bruselas, 1948), si bien descartó la posibilidad de la protección a través del derecho de autor, formuló su aspiración de regular internacionalmente a través de

otros instrumentos la protección de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes, como "*derechos vecinos*" al derecho de autor ¹.

La desprotección internacional también fue planteada en relación con la producción fonográfica la cual, con el transcurrir el tiempo y como producto del avance tecnológico, se convirtió en una empresa complicada y de grandes inversiones, que implicaba, por ejemplo, la selección de las obras, artistas, arreglistas y orquestadores, en función del gusto del público en un momento determinado y de acuerdo a las expectativas de ventas de los soportes sonoros; la contratación de orquestas, estudios de grabación y personal técnico especializado, con el objeto de lograr fijaciones de alta calidad; la instalación de depósitos y la instrumentación de cadenas de distribución y venta para facilitar el acceso del público a las reproducciones legítimas de la grabación; y, además, todo un conjunto de actividades colaterales a la producción fonográfica, vinculadas, por ejemplo, a la presentación de los soportes al público (v. gr.: portadas, fotografías) y a la promoción de la grabación y del artista ².

A esos fenómenos se fueron agregando otros en apoyo a una debida protección internacional de los productores fonográficos, como la inversión de las duplicadoras de alta velocidad, la aparición de los soportes digitales (que permiten la duplicación "*clónica*" de la fijación original) y el incremento de la llamada "*copiaprivada*" y del ilícito de la "*piratería*".

Aunque no forma parte del tema a tratarse en este trabajo, no puede dejarse de mencionarse la también legítima aspiración de los organismos de radiodifusión, quienes reclamaron una tutela adecuada frente a conductas indebidas (como las retransmisiones no autorizadas de sus emisiones), que afectaban las considerables inversiones necesarias para colocar la señal en el espacio y los recursos económicos, técnicos y humanos empleados con el fin de producir la transmisión destinada al público ³.

Fue entonces como a partir de 1949 se inició una serie de reuniones internacionales que tuvieron como corolario la adopción, en 1961, de la Convención Internacional sobre la protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión (Convención de Roma), administrada conjuntamente por la OMPI, la OIT y la UNESCO.

Posteriormente, y debido a factores como la "*globalización de la economía*"; la importancia económica de las actividades industriales y comerciales vinculadas a los derechos de "*Propiedad Intelectual*" en general; las distorsiones en el comercio internacional ante los desniveles en la protección de esos derechos; el avance desbordado de la "*piratería*"; y la necesidad de crear mecanismos coercitivos, en el área comercial, contra aquellos países donde la tutela fuera ineficiente o inefectiva, que el derecho de autor y los "*derechos conexos*" fueron incorporados al "*Derecho Comercial Internacional*", el cual se consolida con el Tratado de la Organización Mundial del Comercio (OMC), cuyo Anexo 1C contiene el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) ⁴.

Y también en el Acuerdo sobre los ADPIC se encuentran previstos, tanto el derecho de autor, como los "*derechos conexos*", entre estos los que añañen al presente estudio, es decir, los

¹ V.: OMPI: "*Guía de la Convención de Roma y del Convenio Fonogramas*" (autor principal: Claude Masouyé) . Ginebra, 1982, pp.8 -9.

² V.: ANTEQUERA PARILLI, Ricardo: "*Derecho de Autor*" . Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual (SAPI). Caracas, 1998. Tomo II, pp.637 -638.

³ *Idem*. p.663.

⁴ La expresión "*derechos conexos*", si bien utilizada en la doctrina (y en muchas legislaciones nacionales) desde hace varias décadas, se emplea por primera vez en un instrumento internacional de alcance multilateral, en el Acuerdo sobre los ADPIC.

II. LA NATURALEZA DE LOS DERECHOS

Exceder los propósitos de este trabajo para analizar las diferentes teorías que pretenden explicar la naturaleza jurídica de los llamados derechos “*conexos*”, “*vecinos*” o “*afines*” al derecho de autor (también llamados “*otros derechos de Propiedad Intelectual*”), según la nomenclatura utilizada por cada legislación nacional, pero sí destacar algunas premisas básicas (al menos de acuerdo al sistema continental, latino o “*franco-germánico*”), a saber:

1. Que el hecho de agrupar a los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes y a los productores de fonogramas (así como a los que corresponden a los organismos de radiodifusión), bajo la categoría de “*derechos conexos*”, no significa que ellos sean conexos entre sí (porque cada uno tutela bienes jurídicos distintos, perfectamente diferenciados), sino que son todos vecinos del autor, por que tienen, como característica en común, que sirven de vehículo y apoyo a la difusión de las obras literarias y artísticas.

2. Que los diferentes bienes jurídicos protegidos como “*derechos conexos*” (o “*vecinos*”) al derecho de autor, no son obras, sino prestaciones artísticas (en el caso de los intérpretes o ejecutantes) o actividades organizativas y técnico -empresariales (en el de los productores fonográficos y los radiodifusores), vinculadas, en mayor o menor medida, a la utilización de obras protegidas por el derecho autoral.

Así, para distinguir lo que es “*obra*” de lo que constituye una prestación artística o una producción fonográfica (y lo mismo es válido para una emisión de radiodifusión), debemos destacar que el primer concepto supone el cumplimiento de uno de sus requisitos existenciales, a saber, la “*originalidad*”, el cual no hace necesariamente a la naturaleza de los bienes protegidos por los “*derechos conexos*”.

En ese sentido, la prestación artística, por ejemplo, implica la interpretación o ejecución de una “*obra*” literaria o artística preexistente (ésta a la cual, para estar protegida, sí se le exige el requisito de la originalidad), salvo los casos en que la legislación aplicable, como se verá en su oportunidad, extienda la protección a las interpretaciones o ejecuciones de expresiones del folklore, o a los artistas de variedades y de circo, que no interpretan o ejecutan una obra.

Peró la originalidad no es requisito para la protección de la interpretación artística, pues “*si algún requisito no se impone a la interpretación para que se encuentre protegida, es que sea original y novedosa o aporte algún elemento creativo, diferente de interpretaciones anteriores*”.

El fonograma, por su parte, no es una obra originaria, ya que se trata de la fijación de unos sonidos (o de su representación digital), consistentes, casi siempre, en una creación literaria o artística preexistente (salvo en las grabaciones de otros efectos sonoros, como los sonidos de los animales o los ruidos de la selva, que tampoco son obras), de manera que la mayoría de los fonogramas no existirían sin una composición primigenia.

Y tampoco el fonograma es una obra derivada, porque el productor -generalmente una persona jurídica-, no arregla la obra, sino que la fija, con el concurso de los artistas intérpretes o ejecutantes. Si el fonograma constituyera una adaptación, ésta no la efectuaría la productora

⁹V.: VILLALBA, Carlos y LIPSZYC, Delia: “*Derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión*”. Ed. Víctor P. de Zavallía. Buenos Aires, 1976. p. 15.

fonográfica, sino el arreglista o el adaptador, y tal no es el sentido de la protección (porque el arreglo o la adaptación ya encuentran protección en el marco del derecho de autor), pues lo que se pretende tutelar, bajo la esfera de los “derechos conexos” es la actividad empresarial del productor.

La misma argumentación cabe para las transmisiones por radiodifusión, porque la emisión no constituye una creación en sí misma, sino que contiene una programación, constituida en buena parte por obras del ingenio (e interpretaciones o ejecuciones artísticas y producciones fonográficas), de suerte que la “vecindad” con el derecho de autor está en que la radiodifusión constituye un medio para la difusión de esas creaciones (y demás bienes intelectuales protegidos), y en que la actividad necesaria para producir la transmisión mercantil, igualmente, una tutela legal específica.

SEGUNDA PARTE

LAPROTECCIÓNDELOSARTISTASINTÉRPRETESO EJECUTANTES EN LA CONVENCIÓN DE ROMA, EN EL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC Y EN EL TOIEF/WPPT

I. ELSUJETO

De acuerdo al artículo 3, a) de la Convención de Roma, artista intérprete o ejecutante es “*todo actor, cantante, músico, bailarín u otra persona que represente un papel, cante, recite, declame, interprete o ejecute en cualquier forma una obra literaria o artística*” . El Acuerdo sobre los ADPIC no contiene una definición al respecto, pero podría deducirse que es válido, para su aplicación, el concepto contenido en la Convención de Roma ¹⁰.

Por su parte, el artículo 2, a) del TOIEF/WPPT define a los artistas intérpretes o ejecutantes como a “*todos los actores, cantantes, músicos, bailarines u otras personas que representen un papel, canten, reciten, declamen, interpreten o ejecuten en cualquier forma obras literarias o artísticas o expresiones del folclore*” .

De la comparación entre ambos conceptos se desprende que mientras en la Convención de Roma la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes “*que no ejecuten obras literarias o artísticas*” , como sería el caso de muchas “*expresiones del folclore*” , es facultativa de los Estados (art. 9), esa incorporación, en idénticas condiciones que para la tutela de los intérpretes o ejecutantes de una obra literaria o artística, figura expresamente como obligante en el TOIEF/WPPT ¹¹.

¹⁰ A diferencia de la relación existente entre el Convenio de Berna y el ADPIC (que hace suyos los artículos 1 a 21 del Convenio de Berna, salvo el artículo 6 bis), no existe la misma vinculación entre este último y la Convención de Roma, pero al establecer el ADPIC un régimen de protección mínimo para los artistas intérpretes o ejecutantes, sin definirlos, y al disponer que en relación con los derechos allí atribuidos “*todo Miembro podrá establecer condiciones, limitaciones, excepciones y reservas en la medida permitida por la Convención de Roma*” (art. 14,6), puede deducirse que la definición contenida en la Convención de Roma para los artistas intérpretes o ejecutantes, es válida para los ADPIC.

¹¹ Por supuesto que, tratándose de principios convencionales mínimos, nada impide a los legisladores nacionales reconocer también dicha protección a otros protagonistas del espectáculo (v. gr.: artistas de variedades y de circo, deportistas, toreros, etc.), sea ampliando la definición de lo que, a la luz del respectiva ley nacional, se entiende por artista intérprete o ejecutante, o bien concediéndoles un derecho específico, como el denominado “*derecho de arena*” .

II. EL OBJETO

Si se mira superficialmente el contenido de la Convención de Roma, pareciera que ella protege por igual a todas las interpretaciones o ejecuciones artísticas, sean aquellas que solamente comunican sonidos o bien las que pueden ser objeto de fijaciones audiovisuales.

En efecto, el artículo 7 de la Convención reconoce a los artistas intérpretes o ejecutantes el derecho de radiodifusión y comunicación pública, así como el de fijación sobre una base material de la interpretación o ejecución y el de reproducción de la fijación de la ejecución, sin que el término “fijación” aparezca limitado a la que contiene exclusivamente una grabación sonora.

Sin embargo, el artículo 19 del mismo texto convencional dispone que una vez que un artista intérprete o ejecutante ha consentido en que su actuación se incorpore a una fijación visual o audiovisual, dejan de aplicarse los derechos que se refiere el mencionado artículo 7 del Convenio.

Así las cosas, conforme a la Convención de Roma, los derechos de los intérpretes o ejecutantes, en el caso de las actuaciones audiovisuales, quedan restringidos a aquellos actos que ocurren “antes” de la fijación realizada con su consentimiento, es decir, los de “impedir” la radiodifusión o comunicación de su actuación “*en vivo*” (a menos que la interpretación o ejecución utilizada constituya por sí misma una ejecución radiodifundida), así como también la primera fijación de su interpretación o ejecución que se pretenda realizar sin su autorización.

Por su parte, el Acuerdo sobre los ADPIC es todavía más limitado, porque restringe su contenido a los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes “*en lo que respecta a la fijación de sus interpretaciones o ejecuciones en un fonograma*” (art. 14, 1), de modo que, en cuanto a los principios mínimos a que se refiere dicho Acuerdo, no pareciera admitirse que los artistas puedan invocarlos en lo que se refiere al derecho de “impedir” la fijación de su actuación en soportes audiovisuales.

En lo que se refiere al TOIEF/WPPT, el alcance de la protección para las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales se limita a los derechos de autorizar:

1. La radiodifusión y la comunicación al público de sus interpretaciones o ejecuciones no fijadas, excepto cuando la interpretación constituya por sí misma una ejecución o interpretación radiodifundida (art. 6, i); y,
2. La fijación de sus ejecuciones o interpretaciones no fijadas (art. 6, ii).

En cuanto al segundo derecho, el artículo 6, ii) del TOIEF/WPPT no lo limita a las grabaciones exclusivamente sonoras (de lo que se deduce que se aplica también a las audiovisuales, en posición que compartimos), pero se presenta, para algunos, el escollo interpretativo de lo que se entiende por “fijación” en el mismo Tratado, cuyo artículo 2, c), la define como “*la incorporación de sonidos, o la presentación de éstos, a partir de la cual puedan percibirse, reproducirse o comunicarse mediante un dispositivo*” (hemos destacado), y de allí podría alegarse que el derecho de fijación a que se refiere el artículo 6, ii) del TOIEF/WPPT, está limitado a las grabaciones sonoras.

Así las cosas, los derechos de reproducción, distribución, alquiler y puesta a disposición, previstos en el TOIEF/WPPT, están limitados a las interpretaciones o ejecuciones artísticas fijadas en fonogramas.

Queda entonces para un nuevo Tratado (a discutirse en la Conferencia Diplomática convocada para diciembre de 2000), el reconocimiento de esos derechos (o algunos de ellos), en relación con las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales.

III. LOS DERECHOS MORALES

La Convención de Roma ni el Acuerdo sobre los ADPIC reconocen derechos morales a los artistas intérpretes o ejecutantes, aunque sí figuran en muchas legislaciones nacionales e instrumentos comunitarios.

Y esos derechos morales se han reconocido, no solamente cuando la interpretación o ejecución se incorpora a una grabación sonora, sino también en las actuaciones audiovisuales, ya que la digitalización, por ejemplo, permite tanto la distorsión de los sonidos, como la manipulación de las imágenes, como ocurre en muchas producciones “multimedia”.

Esas distorsiones o manipulaciones pueden afectar entonces la integridad de la interpretación o ejecución y hasta la propia reputación del artista quien, por lo demás, aspira al reconocimiento del derecho al apaternalidad sobre su prestación intelectual.

Es entonces como el derecho moral de los artistas intérpretes o ejecutantes se aprobó formando parte del TOIEF/WPPT, pero únicamente para los intérpretes o ejecutantes “en lo relativo a sus interpretaciones o ejecuciones sonoras en directo o sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas” y, aun así, con un nivel de protección menor al ya contemplado en la mayoría de las legislaciones del sistema latino o “franco-germánico”.

En efecto, conforme al artículo 5, 1) del TOIEF/WPPT:

“Con independencia de los derechos patrimoniales del artista intérprete o ejecutante, e incluso después de la cesión de esos derechos, el artista intérprete o ejecutante conservará, en lo relativo a sus interpretaciones o ejecuciones sonoras en directo o sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas, el derecho a reivindicar ser identificado como el artista intérprete o ejecutante de sus interpretaciones o ejecuciones excepto cuando la omisión venga dictada por la manera de utilizar la interpretación o ejecución, y el derecho a oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de sus interpretaciones o ejecuciones que cause perjuicio a su reputación” .

Si bien el texto transcrito sigue de cerca al artículo 6 bis del Convenio de Berna para la protección de los autores, la protección reconocida a los artistas intérpretes y ejecutantes tiene en el TOIEF/WPPT, un nivel disminuido en relación con el Convenio de Berna (y en comparación con la prevista en muchas leyes nacionales del sistema latino o continental, en cuanto a los derechos de los intérpretes o ejecutantes), por las razones siguientes:

1. En primer lugar, porque tales derechos morales solamente se aplican a los artistas intérpretes o ejecutantes “en lo relativo a sus interpretaciones o ejecuciones sonoras en directo o sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas” , de suerte que no puede

ser invocado, como mínimo convencional, a las interpretaciones o ejecuciones artísticas objeto de fijación audiovisual.

2. En segundo lugar, porque el derecho moral de “*paternidad*” de los intérpretes o ejecutantes, a diferencia del correspondiente a los autores (conforme al Convenio de Berna, art.6 *bis*), debe respetarse, en los términos mínimos del Tratado, “*excepto cuando la omisión vengadictada por la manera de utilizar la interpretación o ejecución*”, lo que significa que, al menos en algunos casos, es válida la omisión del nombre del artista al utilizar su interpretación o ejecución.

3. Y, en tercer lugar, porque el derecho moral de integridad, conforme al TOIEF/WPPT puede ser reclamado por los artistas intérpretes o ejecutantes respecto de “*cualquier deformación, mutilación u otra modificación de sus interpretaciones o ejecuciones que cause perjuicio a su reputación*”, pero no en relación con “*cualquier atentado*”, como sí lo dispone, para los autores, el artículo 6 *bis* del Convenio de Berna.

Los derechos morales en el TOIEF/WPPT, al estilo del Convenio de Berna en relación con las obras literarias y artísticas (art.6 *bis*), deben mantenerse después de la muerte del artista, por lo menos hasta la extinción de sus derechos patrimoniales, pero si una Parte Contratante cuya legislación en vigor al momento de ratificar o adherirse al Tratado, no tuviera disposiciones relativas a la protección *post mortem* de los derechos morales, pueden prever que algunos de esos derechos no sean mantenidos después de la muerte del intérprete o ejecutante (art.5,2).

La situación aplicada a una futura protección internacional específica para las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales luce todavía más compleja, como demuestran las diferentes propuestas presentadas a la consideración de los Comités Permanentes convocados por la OMPI, así como las elaboradas en las reuniones regionales de consultas realizadas bajo los auspicios de la misma organización.

Así, en relación con el derecho moral del intérprete o ejecutante de una actuación audiovisual a exigir que su nombre sea reivindicado como tal en lo relativo a sus interpretaciones o ejecuciones, varias de las propuestas señalan que ese derecho es exigible (siguiendo el mismo estilo del TOIEF/WPPT para las interpretaciones o ejecuciones sonoras, art.5,1). “*excepto cuando la omisión vengadictada por la manera de utilizar la interpretación o ejecución*”¹².

Pero el problema más agudo viene dado en relación con el “*derecho de integridad*” de la interpretación o ejecución artística audiovisual, pues si bien es cierto que la mayoría de las propuestas coinciden en un texto similar al contenido en el artículo 5,1 del TOIEF/WPPT relativo a las actuaciones sonoras (para aplicarse a las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales “*endirecto*”), luego comienzan los “*agregados*” a esos textos en relación con las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales objeto de fijación, entre las cuales se encuentran las siguientes:

1. Disponer que las modificaciones compatibles con la explotación normal de una obra audiovisual, de conformidad con el ejercicio de los derechos de autorización adquiridos por el

¹² En el punto coinciden, por ejemplo, la propuesta de los Estados Unidos de América (Documento OOMPI/SCCR/3/7. Ginebra, 3 de noviembre de 1999) y la contenida en el Informe de la Reunión Regional de Consulta para los países de América Latina y el Caribe (Documento OOMPI/SCCR/4/7. Ginebra, 13 de abril de 2000).

productor respecto de la interpretación o ejecución, no se consideran causantes de un perjuicio grave a la reputación del artista, en el entendido que la “*explotación normal de una obra audiovisual*” incluye el uso de tecnología, medios, formatos y/o métodos de distribución, difusión, puesta a disposición o comunicacional público que se añaden o modificados, como también que “*un artista intérprete o ejecutante deberá considerar en forma razonable los intereses que tengan los demás intérpretes o ejecutantes de la obra, los autores de guiones, diálogos u obras creadas para la realización de la obra, y el realizador principal de ésta, al tratar de ejercer los derechos antes descritos respectos de dicha obra*” (Estados Unidos) ¹³.

2. Señalar que, no obstante el derecho de integridad del artista sobre su interpretación o ejecución, el productor audiovisual puede realizar la reducción, compactación, edición o doblaje de la obra, pero sin deformar la participación del artista intérprete o ejecutante (Grupo de América Latina y el Caribe) ¹⁴.

IV. LOS DERECHOS PATRIMONIALES

Generalidades.

Tanto en la Convención de Roma como en el Acuerdo sobre los ADPIC, los derechos patrimoniales de los artistas intérpretes o ejecutantes están concebidos como facultades de “*impedir*” determinados actos para los cuales no han prestado su consentimiento, lo que evidentemente tiene un alcance más limitado que el de un derecho de “*autorizar*” (que, además, lleva implícita la facultad de “*prohibir*”) esas conductas.

Esa fórmula convencional, de acuerdo a las actas de la Conferencia que aprobó la Convención de Roma, se utilizó para que algunos países, como el Reino Unido, pudieran continuar protegiendo a los artistas intérpretes o ejecutantes mediante disposiciones de derecho nacional ¹⁵.

Por el contrario, el TOIEF/WPPT reconoce a los artistas intérpretes o ejecutantes protegidos por el Tratado, un derecho exclusivo de “*autorizar*” aquellos actos determinados por el propio instrumento.

Finalmente, se encuentra el derecho de “*utilización secundaria*” del fonograma que contiene la interpretación o ejecución artística, el cual no confiere la facultad de “*autorizar*”, sino de percibir una remuneración equitativa por esa explotación, como se estudiará en su oportunidad.

El derecho de radiodifusión y comunicación al público de las interpretaciones o ejecuciones no fijadas.

La Convención de Roma reconoce a los artistas intérpretes o ejecutantes el derecho de impedir “*la radiodifusión y la comunicación al público de sus interpretaciones o ejecuciones para las que no hubieron dado su consentimiento, excepto cuando la interpretación o ejecución utilizada en la radiodifusión o comunicación al público constituya por sí misma una ejecución radiodifundida o se haga a partir de una fijación*” (art. 7, 1, a).

¹³ V.: Documento OMPI/SCCR/3/7. Ob. Cit.

¹⁴ V.: Documento OMPI/SCCR/4/7. Ob. Cit.

¹⁵ V.: LIPSZYC, Delia: “*Derecho de Autor y Derechos Conexos*” .Ed. Unesco/Cerlalc/Zavallía. Buenos Aires, 1993. pp. 826 -827.

El Acuerdo sobre los ADPIC establece el derecho de los intérpretes o ejecutantes la facultad de impedir “...la difusión por medios inalámbricos y la comunicación al público de sus interpretaciones o ejecuciones en directo” (art. 14,1).

Por su parte, el TOIEF/WPPT reconoce a los artistas intérpretes o ejecutantes el derecho exclusivo de autorizar la radiodifusión y comunicación al público de sus interpretaciones o ejecuciones no fijadas, excepto cuando la interpretación o ejecución constituya por sí misma una ejecución o interpretación radiodifundida (art. 6,i).

Del análisis comparativo de los tres dispositivos se desprenden varios elementos en común, a saber:

1. Se trata de un derecho sobre las radiodifusiones o comunicaciones “*en vivo*” o “*en directo*” y no sobre aquellas que se realizan a partir de una fijación realizada con el consentimiento del intérprete o ejecutante.

2. La expresión “*radiodifusión*”, empleada por la Convención de Roma y el TOIEF/WPPT, se corresponde con la de “*difusión por medios inalámbricos*” utilizada en el Acuerdo sobre los ADPIC.

3. Aunque la radiodifusión no comprende la emisión por medios alámbricos (v. gr.: hilo, cable, fibra óptica), dicha transmisión queda comprendida entre los actos de “*comunicación pública*” de la interpretación o ejecución “*en vivo*”, sometida al derecho de “*impedir*”, según la Convención de Roma y el ADPIC, o al de “*autorizar*”, conforme al TOIEF/WPPT.

Pero los derechos reconocidos en los dispositivos citados contienen un conjunto de limitaciones, de modo que el intérprete o ejecutante no goza del derecho de “*impedir*” o de “*autorizar*” (según los casos), los actos siguientes:

1. La retransmisión inalámbrica, si la radiodifusión de origen que contiene la interpretación o ejecución fue realizada con su consentimiento.

2. La retransmisión alámbrica (v. gr.: hilo, cable, fibra óptica), de la emisión de la interpretación o ejecución por medio de la radiodifusión, si ésta se efectuó con su autorización.

3. La comunicación pública de la emisión radiodifundida (por ejemplo, mediante equipos de radio o televisión colocados en un lugar público), si dicha emisión por radiodifusión se hizo con su consentimiento.

4. La comunicación al público de la interpretación o ejecución, realizada a partir de fijaciones sonoras realizadas con su autorización.

Sin embargo, las anteriores excepciones no limitan el derecho del intérprete o ejecutante a recibir una remuneración equitativa, cuando se trate de “*utilizaciones secundarias*” de un fonograma que contenga su interpretación o ejecución, por medio de la radiodifusión u otra forma de comunicación pública, como se verá más adelante.

El derecho de fijación.

La Convención de Roma (art. 7,1,b) reconoce a los intérpretes o ejecutantes el derecho de “*impedir*” la fijación sobre un soporte material, sin su consentimiento, de su ejecución no fijada.

El Acuerdo ADPIC concede igualmente a los artistas, “*en lo que respecta a la fijación de sus interpretaciones o ejecuciones en un fonograma*”, ese derecho de “*impedir*” la fijación de sus interpretaciones o ejecuciones no fijadas (art. 14,1).

Por su parte, El TOIEF/WPPT (art. 6,ii), reconoce a los intérpretes o ejecutantes el derecho de “*autorizar*” la fijación de sus ejecuciones o interpretaciones no fijadas.

La diferencia sustancial entre los distintos textos la hace el ADPIC, pues el derecho de fijación se concede sólo para las fijaciones exclusivamente sonoras (fonogramas), de manera que al tenor de dicho instrumento (que no conforme a la Convención de Roma ni de acuerdo al TOIEF/WPPT), los intérpretes o ejecutantes no gozan del derecho de “*impedir*” la grabación audiovisual de sus interpretaciones o ejecuciones.

Pero debe recordarse que el propio ADPIC dispone que ninguna de las disposiciones contenidas en las Partes I a IV del Acuerdo (entre las cuales se encuentran las normas relativas al derecho de autor y a los derechos conexos), “*irá en detrimento de las obligaciones que los Miembros puedan tener en virtud del Convenio de París, el Convenio de Berna, la Convención de Roma y el Tratado sobre Propiedad Intelectual respecto de los Circuitos Integrados*” (art. 2,2, hemos destacado).

En relación con el derecho de fijación, debe hacerse notar que es posible que el artista no desee la fijación de su actuación realizada “*en vivo*”, al punto que la violación de ese derecho puede dar lugar a la práctica ilícita del “*bootlegging*”, es decir, a la grabación por contrabando de espectáculos artísticos, lo que permite su fijación para la posterior distribución de las copias al público, a veces antes de colocarse en el comercio el fonograma o videograma legítimo; o la incorporación de la interpretación o ejecución en un soporte, para su transmisión “*endiferido*” por radiodifusión.

Elderechodereproducción.

La Convención de Roma hace una distinción entre el derecho de fijación (art. 7,1,b) y el derecho de reproducción (art. 7,1,c).

En ese sentido, si bien es cierto que la fijación, en sí misma, constituye una reproducción (si se entiende por reproducción, tanto la fijación como la obtención de copias de ella), la diferencia entre ambos derechos se encuentra en que mientras el de fijación se concede en la Convención sin restricciones, el de impedir la reproducción está sometido a las condiciones establecidas en el propio texto convencional.

En efecto, de acuerdo al artículo 7,1,c) de la Convención de Roma, el artista intérprete o ejecutante tiene el derecho de “*impedir*” la reproducción, sin su consentimiento, de la fijación de su ejecución, en los casos siguientes:

1. Si la fijación original se hizo sin su consentimiento.
2. Si se trata de una reproducción para fines distintos de los que había autorizado.
3. Si se trata de una fijación original hecha con arreglo a lo dispuesto en el artículo 15 de

la misma Convención, que se hubiere reproducido para fines distintos a los previstos en dicho artículo ¹⁶.

¹⁶ Conforme al artículo 15,1 de la Convención de Roma, “*cada uno de los Estados Contratantes podrá establecer en su legislación excepciones a la protección concedida por la presente Convención en los casos siguientes: a) cuando se trate de una utilización para fines privados; b) cuando se hayan utilizado breves fragmentos con motivo de informaciones sobre sucesos de actualidad; c) cuando se trate de una fijación efímera realizada por un organismo de radiodifusión por sus propios medios y para sus propias emisiones; d) cuando se trate de una utilización con fines exclusivamente docentes o de investigación científica*”. De igual modo, el párrafo 2 del mismo artículo 15 permite a las legislaciones nacionales, además, establecer para los derechos reconocidos en la Convención limitaciones de igual naturaleza que las previstas para el derecho de autor, pero dichas leyes no pueden establecer

Entre dichos supuestos, el segundo parece ser el que puede generar mayores conflictos, porque habrá que acudir a las condiciones de la autorización (o del contrato que la contiene), para determinar si la reproducción de la interpretación o ejecución se ha realizado en contravención de los términos expresados en dicho consentimiento.

Así, se ha sostenido, el derecho de reproducción se ve ligeramente limitado, *“pues una vez que un artista intérprete o ejecutante ha prestado el consentimiento para la reproducción de una interpretación o ejecución, únicamente podrá impedir al productor (o a otros) la realización de una reproducción que exceda el propósito del acuerdo”*¹⁷.

Por su parte, el artículo 14,1 del Acuerdo sobre los ADPIC reconoce a los artistas intérpretes o ejecutantes el derecho de *“impedir”* la reproducción de la fijación de su interpretación o ejecución.

Entre ambos dispositivos existe el elemento en común de distinguir, a los efectos de derecho concedido, la fijación y la reproducción, pero también se anotan las diferencias siguientes:

1. En el texto ADPIC, a diferencia de la Convención de Roma, solamente se reconoce el derecho de reproducción a los intérpretes o ejecutantes, *“en lo que respecta a la fijación de sus interpretaciones o ejecuciones en un fonograma”*, lo que no se extiende a las reproducciones audiovisuales.

2. El artículo 14,1 del ADPIC no hace referencia a las limitaciones previstas en la Convención de Roma para el derecho de reproducción, y que ya fueron anotadas, pero debe observarse que conforme al artículo 14,2 del mismo ADPIC, todo Miembro puede establecer condiciones, limitaciones, excepciones y reservas, en la medida permitida por la Convención de Roma.

Finalmente, no encontramos ante el derecho de reproducción frente al entorno digital y su adopción en el TOIEF/WPPT.

El fenómeno de la reproducción por medios digitalizados ya había sido destacado en el documento preparatorio de la Oficina Internacional de la OMPI para la segunda sesión del Comité de Expertos sobre un eventual *“Protocolo al Convenio de Berna”*, donde se planteó la modalidad tecnológica, cada vez más frecuente, del almacenamiento de obras (así como de interpretaciones o ejecuciones y fonogramas), en sistemas de ordenador, para su recuperación mediante dispositivos como pantallas, impresoras, unidades de reproducción de facsímil, altavoces, etc., y hacerse perceptibles al ojo u oído humanos.

En ese sentido, el documento señalaba que tal almacenamiento constituía una forma de reproducción, *“aun cuando la reproducción, para ser perceptible, requiera la utilización de*

[Continuación de la nota de la página anterior]

licencias o autorizaciones obligatorias sino en la medida en que sean compatibles con las disposiciones de la propia Convención de Roma.

¹⁷ V.: WALTER, Michel M.: *“La relación y comparación entre la Convención de Roma, el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT) y el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC); la evolución y el posible mejoramiento de la protección de los derechos conexos reconocidos por la Convención de Roma”*, en la Décimo Séptima sesión ordinaria del Comité Intergubernamental sobre la Convención Internacional sobre la protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión (Convención de Roma, 1961). Documento OIT/UNESCO/OMPI/ICR.17/6. Ginebra, 1999. p.21.

unamáquinaodecualquierotrodispositivo”, razónporlaqueexistía “unconsensocadavez mayor en los círculos profesionales en el sentido de que el almacenamiento de obras en memorias de ordenador debería considerarse como una reproducción en el sentido del Artículo9delConveniodeBerna”, yenesaorientaciónsepropuso una estipulación expresa en el Protocolo.

Esos mismos razonamientos eran igualmente válidos para la protección de las interpretaciones o ejecuciones y fonogramas, especialmente por las duplicaciones “clónicas” de tales prestaciones, facilitando así tanto la copia privada como la reproducción no autorizada con fines comerciales.

Ya en las primeras sesiones del comité para la aprobación de la hora TODA/WCT –y antes de comenzar a discutirse el posible nuevo instrumento para los intérpretes o ejecutantes y productores fonográficos–, los debates reflejaron tres posiciones que, sin embargo, no eran en lo esencial contradictorias: la de reconocer, en forma expresa, que el almacenamiento de obras en sistemas de ordenador era reproducción en el sentido del artículo 9,1 del Convenio de Berna; la de considerar innecesaria una disposición sobre el tema, admitiendo, sin embargo, la posibilidad de incorporarla siempre que se expresara claramente que representaba una mera aclaración de las disposiciones ya existentes; y la de incluir una norma interpretativa, en el sentido ya expresado, por considerarla útil para eliminar cualquier duda.¹⁸

Al inicio de las sesiones del comité para el nuevo instrumento sobre interpretaciones o ejecuciones y fonogramas (hoy, TOIEF/WPPT), parecía existir la tendencia a inclinarse por una disposición simplemente aclaratoria, no obstante lo cual el documento base sometido a la consideración de la Conferencia Diplomática, reconocía a los intérpretes o ejecutantes el derecho de reproducción directa o indirecta, “permanente o provisional” de sus interpretaciones o ejecuciones.

El texto definitivamente aprobado en el TOIEF/WPPT (art.7), reconoce a los intérpretes o ejecutantes el derecho de “autorizar” la reproducción directa o indirecta de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas, por cualquier procedimiento o bajo cualquier forma.

Como en el Acuerdo ADPIC, este derecho queda restringido a las reproducciones de las fijaciones exclusivamente sonoras, de suerte que no alcanza a las grabaciones audiovisuales.

Pero, en comparación con la Convención de Roma y el Acuerdo sobre los ADPIC, el artículo 7 del TOIEF/WPPT contiene dos elementos nuevos: por una parte, aclara que la reproducción puede ser “directa o indirecta”; y, por la otra, queda dicha reproducción alcanzada a la realizada “por cualquier procedimiento o bajo cualquier forma”.

No obstante, el elemento más “innovador” (aunque, en nuestra opinión, meramente aclaratorio) contenido en el TOIEF/WPPT se encuentra en la “declaración concertada”, tanto en relación con los intérpretes o ejecutantes (art.7), como por lo que se refiere a los productores de fonogramas (art. 11), la cual, en términos similares, *mutatis mutandi* a la introducida en el TODA/WCT respecto de las obras literarias y artísticas, establece que “el derecho de reproducción, según queda establecido en los Artículos 7 y 11, y las excepciones permitidas en virtud de los mismos y del Artículo 16, se aplican plenamente al entorno digital, en

¹⁸V.: Acta de la Segunda Sesión del Comité de Expertos sobre un eventual Protocolo al Convenio de Berna, en Ginebra, 1992. Año IV. N° 5. p.91.

“Derecho de Autor”. OMPI.

particular a la utilización de interpretaciones o ejecuciones y fonogramas en formato digital. Queda entendido que el almacenamiento de una interpretación o ejecución protegida de un fonograma en formato digital en un medio electrónico constituye una reproducción en el sentido de esos Artículos” .

Elderechodedistribución.

Elderechodedistribuciónpuedeversedesdedosópticas:comounderechode “*primera distribución*” (queparamuchosyaestáinmersoeneldereproducción) , porelcualsetieneel derecho exclusivo de autorizar o no la “*primera venta*” (u otra forma de transferencia de la propiedad), de ejemplar o copias de la interpretación o ejecución (o del fonograma); o como un derecho amplio o “*general*” de distribución, porel cual, si bien la primera venta agota el derecho a autorizar o no la reventa de tales ejemplares, no extingue e, por el contrario, el derecho de permitir o no el alquiler o el préstamo de los mismos.

Bajo ninguna de las dos acepciones este derecho aparece reconocido en la Convención de Roma ni en el Acuerdo sobre los ADPIC.

En el TOIEF/WPPT (como también en el TODA/WCT), se adoptaron como dos derechos distintos el de distribución, por una parte, y el de alquiler por la otra.

Así, de acuerdo al artículo 8, 1 del WPPT, los artistas intérpretes o ejecutantes gozan del derecho exclusivo de autorizar la puesta a disposición del público del original y de los ejemplares de sus interpretaciones o ejecuciones, mediante venta u otra transferencia de propiedad.

Este derecho solamente es concedido en el Tratado con relación a las interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas, de modo que no alcanza a los ejemplares que contienen una grabación audiovisual de la interpretación o ejecución artística.

La distribución, conforme a la “*Declaración Concertada*” adoptada por la Conferencia, se refiere a las copias fijadas que puedan ponerse en circulación como objetos tangibles.

De esa manera se desechó una de las propuestas discutidas en los comités acerca de un derecho de “*distribución por transmisión*” , es decir, sobre las interpretaciones o ejecuciones que no llegaran al público a través de soportes físicos, sino mediante su emisión por redes digitales, figura que fue prevista como un derecho de “*puesta a disposición*” , como se verá más adelante.

Elderechodealquiler.

Tampoco la Convención de Roma ni el Acuerdo sobre los ADPIC conceden a los artistas intérpretes o ejecutantes un derecho de alquiler.

Porel contrario, el TOIEF/WPPT reconoce, como un derecho distinto al de distribución, el exclusivo de autorizar el alquiler “*comercial*” de los ejemplares contentivos de la interpretación o ejecución fijada en un fonograma ¹⁹ (tal como lo establece la legislación de las partes contratantes), incluso después de la distribución realizada por el intérprete o ejecutante,

¹⁹ El TODA/WCT persiste en el error ya existente en el ADPIC, al referirse al “*alquiler comercial al público*” -equivalente al “*arrendamiento comercial al público*” del ADPIC -, pues lo que se pretende es reconocer un derecho de “*alquiler al público*”, independientemente de que ese contrato pueda considerarse o no, en el caso concreto, un acto de comercio.

o con su consentimiento (art. 9,1), derecho que nuevamente se limita a las prestaciones incorporadas a las grabaciones exclusivamente sonoras.

En el supuesto anterior, como ocurre con el mismo derecho de los autores, el de alquiler no se agota por el hecho de haber colocado (distribuido) los ejemplares para la venta u otra transferencia de la propiedad.

No obstante, al estilo del ADPIC en relación con el derecho de alquiler para los productores fonográficos, el TOIEF/WPPT dispone que si una Parte Contratante tenía al 15 de abril de 1994 y continúa teniendo un sistema de remuneración equitativa (en lugar del derecho exclusivo de autorizar), por el alquiler de los ejemplares de interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas, esa parte puede continuar con el sistema *“a condición de que el alquiler comercial de fonogramas no dé lugar a un menoscabo considerable de los derechos de reproducción exclusivos de los artistas intérpretes o ejecutantes”* (art. 9,2), en el entendido, conforme a la *“Declaración Concertada”* adoptada por la Conferencia, que el alquiler está referido, como en el derecho de distribución, a los ejemplares que se coloquen como soportes tangibles.

El derecho de “puesta a disposición” y las transmisiones “digitales”.

La difusión de elementos de información por medios digitales permite hoy, desde la transmisión y recepción de ofertas para la adquisición de bienes y servicios *“comercio electrónico”* - y la realización de operaciones financieras por el sistema *“home banking”* hasta la comunicación de obras escritas - a partir de *“librerías electrónicas”* -, de obras figurativas, composiciones musicales u obras audiovisuales, así como de interpretaciones o ejecuciones artísticas y de fonogramas, por ejemplo.

Así, la combinación de la tecnología digital con las modernas tecnologías en telecomunicaciones, hace que mientras la transmisión tradicional a distancia mantuvo al usuario receptor como un *“espectador pasivo”*, conformado con recibir la programación dispuesta por el radiodifusor, las transmisiones digitales transitan por redes como *“Internet”*, que permiten, además, una interacción entre quien suministra la información y quien la recibe, así como la interconexión directa de diversos usuarios.

Al enfrentar el tema de las comunicaciones públicas *“interactivas”* o *“a la carta”* en relación con las interpretaciones o ejecuciones artísticas y las grabaciones sonoras, muchas delegaciones en los distintos Comités de Expertos reunidos para la elaboración de un nuevo instrumento internacional (hoy, TOIEF/WPPT), afirmaron que si bien la transmisión analógica de las interpretaciones o ejecuciones y fonogramas debía mantenerse bajo el sistema de un *“derecho de remuneración”*, como en la Convención de Roma, situación distinta se presentaba con las mencionadas *“transmisiones digitales a pedido”*, las que debían estar sometidas al expreso consentimiento de los respectivos intérpretes o ejecutantes y el de los productores del fonograma que fija a esas interpretaciones o ejecuciones.

Fue así como quedó aprobado en el TOIEF/WPPT el derecho de *“puesta a disposición de la público de las interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas”*, por hilo o por medios inalámbricos, de tal manera que los miembros del público puedan tener acceso a ellos *“desde el lugar y en el momento en que cada uno de ellos elija”* (art. 10), de modo que, en lugar de la simple remuneración por la comunicación pública del fonograma contenido de la interpretación o ejecución (contemplado en el artículo 15 del mismo Tratado, como disposición común a los productores y que será estudiado más adelante), el artista goza, en este caso, de un derecho

exclusivo de autorizar las transmisiones digitales “*a pedido*” de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas, en las cuales cada usuario conectado a la red puede solicitar, en un lugar y momento precisos, la audición de una determinada prestación artística grabada, aunque él sólo, por ser el único solicitante en esa ocasión, constituya un “*público*”, pues para que sea “*comunicación pública*” basta que “*el público pueda tener acceso*” a esa transmisión digital.

Nada impide que ese derecho exclusivo sea adoptado por las legislaciones nacionales bajo la modalidad de un derecho de “*distribución por transmisión*”, “*reproducción por transmisión*” o “*comunicación pública*”.

Como se desprende del propio texto convencional, este derecho de “*puesta a disposición*” solamente se concede a los intérpretes o ejecutantes en relación con sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas, de modo que no alcanza a las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales.

Demás está decir que el derecho en comento no figura en la Convención de Roma ni en el Acuerdo sobre los ADPIC.

TERCERA PARTE

L A P R O T E C C I Ó N D E L O S P R O D U C T O R E S D E F O N O G R A M A S E N L A C O N V E N C I Ó N D E R O M A , E L A C U E R D O S O B R E L O S A D P I C Y E L T O I E F / W P P T

I. E L S U J E T O

La Convención de Roma (art. 3, c), define como productor de fonogramas a la “*persona natural o jurídica que fija por primera vez los sonidos de una ejecución u otros sonidos*”.

De ese concepto se evidencia que no debe confundirse a la figura del productor fonográfico con la de quien, por cuenta de éste, coordina la producción, ya que se trata de una persona que, por encargo o bajo relación de empleo, aprueba los arreglos o contrata al artista, por cuenta del verdadero titular del derecho, es decir, quien asume la responsabilidad organizativa y financiera en la fijación, pues la razón de la tutela legal está en la protección de una actividad técnico-industrial-comercial²⁰.

En ese sentido, el Informe de la Conferencia Diplomática que aprobó la Convención de Roma, aclaró que cuando un operador empleado por una persona jurídica fija sonidos en el desempeño de su empleo, debe considerarse productor a la persona jurídica, o sea, al empresario o no operador²¹.

El mismo criterio, todavía más claro, debe asumirse con la definición contenida en el TOIEF/WPPT, por la cual productor de fonogramas es la persona natural o jurídica que toma la iniciativa y tiene la responsabilidad económica de la primera fijación de los sonidos de una ejecución o interpretación u otros sonidos o las representaciones de sonidos (art. 2, d).

²⁰V.: ANTEQUERAPARILLI, Ricardo: Ob. Cit. Tomo II, p. 640.

²¹V.: OMPI: “*Guía de la Convención de Roma y del Convenio Fonogramas*”. Ob. Cit. p. 28.

La diferencia existente entre la definición del sujeto en la Convención de Roma y en el TOIEF/WPPT está en la referencia a la “representación de los sonidos”, lo que será comentado en el punto relativo al objeto.

El Acuerdo ADPIC no define al productor de fonogramas, de modo que debería tomarse en cuenta, alosefectosdesuaplicación,elconceptocontenidoenlaConvencióndeRoma.

II. EL OBJETO

La Convención de Roma define al “fonograma” como toda fijación exclusivamente sonora de los sonidos de una ejecución o de otros sonidos (art. 3,b), al tiempo que el TOIEF/WPPT complementa la definición, al incluirnosolamentealafijacióndelossonidos, sino también a la “representación de éstos” (art. 2,b), atendiendo al fenómeno de la tecnología digital, donde no se fijan los sonidos en sí mismos, sino signos binarios, representativos de ellos y que se simbolizan en el lenguaje de la computación como “1” ó “0”.

Esa alusión figura igualmente en las definiciones de “productor de fonogramas” (art. 2,d), ya comentada, y en las de “radiodifusión” (art. 2,f) y “comunicación al público” (art. 2,g).

En ese sentido, aclara la Oficina Internacional de la OMPI, “debería señalarse que la referencia a las ‘representaciones de sonidos’ no amplía el alcance de las disposiciones pertinentes previstas en los tratados ya existentes; simplemente refleja el deseo de brindar una aclaración, al aluz la tecnología actual”²².

En todo caso, al tratarse de fijaciones exclusivamente sonoras, no son aplicables las disposiciones sobre los fonogramas a aquellas grabaciones visuales o audiovisuales.

III. LOS DERECHOS PATRIMONIALES

Generalidades.

Como se trata de la protección a una actividad organizativa y técnico -empresarial, ninguno de los instrumentos internacionales en comento (como tampoco las legislaciones nacionales), reconocen derechos morales a los productores, sino los de orden patrimonial de explotación, los que serán estudiados en este Capítulo.

Pero es de destacar que mientras en la Convención de Roma y en el Acuerdo sobre los ADPIC, los derechos de los intérpretes o ejecutantes, como fue estudiado, se traducen únicamente en una facultad de “Impedir” (y sólo de “autorizar” en el caso del TOIEF/WPPT), en todos los instrumentos motivo de este trabajo los derechos reconocidos a los productores de fonogramas implican la facultad de “autorizar” los actos que se determinan en cada caso.

El derecho de reproducción.

²²V.: Documento OMPI/DA/COS/99/2. San José, 8 de diciembre de 1999. p.5.

El derecho exclusivo del productor fonográfico de “autorizar o prohibir” la reproducción “directa o indirecta” de su fonograma, figura tanto en la Convención de Roma (art. 10) y en la Convención de Ginebra sobre Fonogramas (art. 2), como en el Acuerdo sobre los ADPIC (art. 14,2)²³.

En el TOIEF/WPPT (art. 11), se reconoce a los productores de fonogramas un derecho de “autorizar” (lo que por argumento a contrario conlleva el de “prohibir”), la reproducción directa o indirecta de sus fonogramas, “por cualquier procedimiento o bajo cualquier forma”, siguiendo así de cerca, con esta última expresión, el texto del artículo 9, 1 del Convenio de Berna (relativo al derecho de reproducción de los autores), agregado que constituiría, en cuanto a los productores fonográficos, la “novedad” incorporada al instrumento.

Aunque el derecho en estudio tiene por objeto a un fonograma, es decir, a una fijación exclusivamente sonora, nada impide que el productor fonográfico ejerza su derecho de reproducción contra la inclusión de su grabación de sonidos en una obra audiovisual, ya que se trataría de una producción fonográfica (sonora) preexistente.

Debe recordarse igualmente la “Declaración Concertada” a los artículos 7, 11 y 16 del TOIEF/WPPT, por la cual -como ya se dijo a lo largo del derecho de reproducción reconocido a los intérpretes o ejecutantes-, “quedando entendido que el almacenamiento de una interpretación o ejecución o de un fonograma en forma digital en un medio electrónico constituye una reproducción en el sentido de los artículos”.

Elderechodistribución.

El derecho de distribución, concebido como un derecho de “primera distribución” del original del fonograma o de sus copias, que no figura en la Convención de Roma, en el Convenio de Ginebra sobre Fonogramas, ni en el Acuerdo sobre los ADPIC, se encuentra previsto en el artículo 12 del TOIEF/WPPT, en los mismos términos que el contemplado en el mismo Tratado para los artistas intérpretes o ejecutantes en grabaciones sonoras, ya explicado.

Elderechodealquiler.

El derecho de “alquiler comercial” del original o de las copias del fonograma, inclusive después de la distribución de los ejemplares realizada por el productor o con su consentimiento, previsto en el TOIEF/WPPT (art. 13, 1), no está contemplado en las Convenciones de Roma y Ginebra sobre Fonogramas.

En cuanto al Acuerdo sobre los ADPIC, el artículo 14, 4 ordena aplicar, *mutatis mutandis*, a los productores de fonogramas, las disposiciones sobre el derecho de “arrendamiento comercial” previsto en el artículo 11 para los programas de ordenador.

Ahora bien, mientras en todos los demás instrumentos motivo de este trabajo se hace referencia como sujeto del derecho al “productor de fonogramas”, en los términos ya estudiados, en el Acuerdo sobre los ADPIC, específicamente en relación con el derecho de alquiler, se le atribuye “a los productores de fonogramas y a todos los demás titulares de

²³ Como apunta Lipszyc (Ob. Cit. p. 832), la reproducción “directa” se realiza a partir de la matriz, mientras que la indirecta puede efectuarse a partir de un disco o cinta reproducido por medio de un aparato adecuado o tomado de una radiodifusión, de una transmisión por hilo o cable, etc.

derechos sobre los fonogramas según lo determine la legislación de cada Miembro” (art. 14,4, hemos destacado).

La frase a sí agregada en el ADPIC no deja de ser extraña, pues si bien podría entenderse que, siendo transmisibles los derechos de orden patrimonial, la expresión *“todos los demás titulares de derechos sobre los fonogramas”* alude a los cesionarios de los derechos transferidos por el productor original, quedaría siempre la pregunta: ¿Por qué se incluyó la expresión solamente para el derecho de alquiler y no para los otros derechos relativos a los fonogramas, si también estos otros pueden transmitirse?.

La explicación, en opinión de Walter, tiene sus variantes, pues podría basarse en que esa disposición tendría cuenta a algunos Estados Miembros donde los derechos exclusivos de los productores fonográficos no están organizados como derechos conexos, sino como elementos del derecho de autor; pero que también podría fundamentarse en que el artículo 14,4 del ADPIC es una disposición general que se ocupa del derecho de alquiler y extiende la aplicación del artículo 11 del mismo Acuerdo a todas las personas –tanto autores como titulares de derechos conexos–, que intervienen en cualquier aspecto de los fonogramas, lo que hace decir al mencionado jurista que, en todo caso, el texto de la cláusula no es claro ni correcto, por que ni los autores ni los intérpretes o ejecutantes son titulares de derechos *“sobre los fonogramas”* en sentido estricto, por lo cual concluye en que: *“aparentemente el propósito de esta norma es claro: la extensión del nuevo derecho de alquiler (‘Berna adicional’) no se limita a los productores de fonogramas, sino que se aplica a todos los titulares de derechos respectos de los fonogramas de conformidad con la legislación nacional, tales como los artistas intérpretes o ejecutantes, los compositores y los escritores”*²⁴.

Finalmente, y siguiendo el estilo del ADPIC (art. 14,4), el artículo 13,2 del TOIEF/WPPT dispone que si una Parte tenía al 15 de abril de 1994 y continúa teniendo un sistema de remuneración equitativa (en lugar del derecho exclusivo de autorizar o prohibir), por el alquiler de los ejemplares de los fonogramas, ese país puede mantenerlo *“a condición de que el alquiler comercial de fonogramas no dé lugar a un menoscabo considerable de los derechos de reproducción exclusivos de los productores de fonogramas”*, en el entendido, conforme a la *“Declaración Concertada”* a los artículos 2,e), 8, 9, 12 y 13, que ese alquiler está referido, como en el derecho de distribución, a los ejemplares fijados que puedan ponerse en circulación como soporte tangibles.

Elderecho de puesta a disposición de los fonogramas.

Ya en la década de los ochenta en el Siglo XX se planteaba la realidad que se avecinaba con la próxima existencia de grandes bases centralizadas de datos, conectadas a redes satelitales y de fibra óptica, susceptibles de permitir a los abonados disfrutar en cualquier momento de las obras preferidas, de modo que con la popularización del sistema costaría menos ese servicio que la adquisición de los ejemplares de las obras o los aparatos de grabación y reproducción²⁵, razón por la cual, comenzando los noventa, se avizoraba, como una realidad impostergable, el uso conjunto de ordenadores y de los medios de telecomunicación para establecer redes digitales, que permitirían la transmisión inmediata y a pedido de obras, interpretaciones o ejecuciones y producciones fonográficas desde y hacia cualquier parte del mundo.

²⁴V.: WALTER, Michel M.: Ob. Cit. p.27.

²⁵UCHTENHAGEN, Ulrich: *“Nuevos procedimientos técnicos para la grabación y distribución de obras literarias y artísticas”*, en el libro *Memorias del Forum Regional sobre el impacto de las nuevas tecnologías en el derecho de la propiedad intelectual para los países de América Latina y el Caribe*, patrocinado por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), Montevideo, 1989, pp.105 -107.

Por ello se reflexionaba sobre una posible transformación del derecho conexo de los productores fonográficos sobre sus grabaciones sonoras, mediante la remuneración que cada usuario conecta do a la base de datos debería pagar por el uso de esas prestaciones, pues no se advertía otra solución al respecto ²⁶.

Todo conducía entonces a la necesidad de completar la normativa ya existente conforme a la Convención de Roma, el Convenio sobre Fonogramas y el Acuerdo sobre los ADPIC, para adecuarla al “*entorno digital*”, y no solamente por el fenómeno mismo de la grabación y regrabación digitalizadas, sino también por las transmisiones de las fijaciones fonográficas a través de las “*superautopistas de la información*”.

Así, el derecho de “*puesta a disposición del público de los fonogramas*”, por hilo o por medios inalámbricos, de tal manera que los miembros del público puedan tener acceso a ellos “*desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija*”, contemplado en el TOIEF/WPPT (art. 14), significa que en lugar de la simple remuneración por la comunicación pública del fonograma (como será estudiado en su oportunidad), el productor goza, en este caso específico, de un derecho exclusivo de autorizar las transmisiones digitales “*a pedido*” de su fonograma (como también aparece reconocido a los intérpretes o ejecutantes en relación con sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en ese fonograma, TOIEF/WPPT, art. 10), en las cuales cada usuario abonado a la red puede solicitar, en un lugar y momento específico, la audición de una determinada grabación sonora, aunque él solo, por ser el único solicitante en esa precisa ocasión, constituya un “*público*” ²⁷.

Entodocaso –apunta la Oficina Internacional de la OMPI–, en la Comisión Principal I de la Conferencia Diplomática que aprobó el TOIEF/WPPT se declaró –y ninguna delegación se opuso a esa declaración–, que las Partes Contratantes tenían la libertad de otorgar ese derecho exclusivo sobre la “*puesta a disposición del público*” también mediante el establecimiento de un derecho de comunicación pública, o por la combinación de diferentes derechos, en lo que se halla llamado “*solución global*” ²⁸

CUARTA PARTE

DISPOSICIONES COMUNES A LOS DERECHOS DE LOS ARTISTAS INTÉRPRETES O EJECUTANTES Y A LOS DERECHOS DE LOS PRODUCTORES DE FONOGRAMAS

Generalidades.

Además de los derechos específicos para cada una de las categorías de titulares, el TOIEF/WPPT contiene un Capítulo IV relativo a las disposiciones comunes a los intérpretes o ejecutantes y a los productores de fonogramas el cual, en lo que se refiere específicamente al

²⁶ SCHUSTER, Santiago: “*La importancia económica de los derechos conexos: ¿hacia el fin de la era de los soportes?*”, en el libro -memorias del I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual. Madrid, 1991. Tomo I. p. 358.

²⁷ Comenta Müller, que con la llamada “*superautopista de la información*”, habrá una enorme demanda por nuevos productos y, en la mayoría de ellos, la música será parte indispensable, y que nadie se engañe pensando que los productores fonográficos se tornarán obsoletos, porque ningún programa de computador transformará a alguien en autor, en artista o en productor (V.: MÜLLER, Joao Carlos: “*Los derechos intelectuales ante el desafío tecnológico: ¿Adaptación o Cambio? (en los derechos conexos)*”, en el libro -memorias del III Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos. Montevideo, 1997. pp. 97 -106.

²⁸ V.: Documento OMPI/DA/COS/99/2. Ob. Cit. p. 6.

derecho de remuneración por la “*utilización secundaria del fonograma*”, guarda alguna coincidencia con las previsiones de la Convención de Roma.

Llama la atención, sin embargo, que siendo también comunes, a la luz del propio TOIEF/WPPT, los derechos de distribución, alquiler y “*puesta a disposición*”, los dispositivos ajenos a esos derechos se hayan introducido, en forma separada y repetitiva, en las disposiciones específicas ajenas a cada uno de esos titulares.

Veamos entonces las disposiciones comunes en el TOIEF/WPPT y su correspondencia o no con las disposiciones de la Convención de Roma y el Acuerdo sobre los ADPIC.

El derecho a una remuneración por la radiodifusión y comunicación al público del fonograma.

De conformidad con lo previsto en el artículo 12 de la Convención de Roma “*cuando un fonograma publicado con fines comerciales o una reproducción de ese fonograma se utilicen directamente para la radiodifusión o para cualquier otra forma de comunicación al público, el utilizador abonará una remuneración equitativa y única a los artistas intérpretes o ejecutantes, o a los productores de fonogramas, o a unos y otros. La legislación nacional podrá, a falta de acuerdo entre ellos, determinar las condiciones en que se efectuará la distribución de esa remuneración*”.

Este derecho de remuneración por la “*utilización secundaria*” del fonograma, no figura en el Acuerdo sobre los ADPIC.

Por su parte, el artículo 15,1 del TOIEF/WPPT establece que tanto los artistas intérpretes o ejecutantes como los productores de fonogramas, gozan del derecho a una remuneración equitativa y única por la utilización directa o indirecta para la radiodifusión o cualquier otra forma de comunicación al público de la interpretación o ejecución fijada en un fonograma publicado con fines comerciales, quedando diferido a las legislaciones internas de las Partes el determinar si la retribución puede ser reclamada por el intérprete o ejecutante, o por el productor fonográfico, o por ambos.

El derecho a remuneración por la “*utilización secundaria*” del fonograma tiene, en el TOIEF/WPPT y en la Convención de Roma, numerosos aspectos en común, a saber:

1. En ambos instrumentos no se trata de un derecho exclusivo de “*autorizar*” o no la radiodifusión o comunicación pública del fonograma, sino de un derecho a obtener una remuneración equitativa por esa modalidad de utilización.

2. También en la Convención y en el Tratado se requiere que el fonograma utilizado haya sido publicado con fines comerciales, pero el artículo 15,4) del TOIEF/WPPT se encarga de aclarar, además, que los fonogramas puestos a disposición del público, por hilo o por medios inalámbricos, de tal manera que los miembros del público puedan tener acceso a ellos desde el lugar y en el momento en que cada uno de ellos elija, se consideran, a los efectos del derecho de remuneración equitativa, como si hubiesen sido publicados comercialmente.

3. La remuneración se causa, en ambos casos, no solamente por el uso del fonograma por medio de la radiodifusión (sonora o visual), sino también por cualquier otra forma de comunicación pública de la producción fonográfica o de sus reproducciones.

4. Los dos instrumentos difieren a las legislaciones nacionales el establecer que esa remuneración equitativa y única no corresponda a ambas categorías de titulares, sino que pueda

destinarse únicamente a los artistas intérpretes o ejecutantes, sólo a los productores fonográficos, o a ambos.

5. Igualmente en ambos textos se establece que los países miembros podrán establecer en su legislación nacional, en ausencia de un acuerdo entre el intérprete o ejecutante y el productor fonográfico, los términos en los que la remuneración equitativa será compartida entre dichos artistas y productores.

6. En cuanto a la no aplicación del derecho en comento, o su aplicación limitada, el artículo 16,1 de la Convención de Roma permite a un Estado Miembro, previa notificación al Secretario General de las Naciones Unidas, indicar que no aplicará ninguna disposición del artículo 12 *eiusdem*, o que no lo aplicará en relación con determinadas utilidades, o que no lo hará con respecto a los fonogramas cuyo productor no sea nacional de otro Estado Contratante, o que con respecto a los fonogramas cuyo productor sea nacional de otro Estado Miembro limitará la amplitud y la duración de la protección prevista en dicho artículo, basándose en el principio de la reciprocidad material, es decir, equivalente. Por su parte, el TOIEF/WPPT (art. 15,3) dispone que toda Parte Contratante puede, mediante notificación cursada al Director General de la OMPI, declarar que aplicará las disposiciones del párrafo 1 del artículo 15 (derecho de remuneración), únicamente respecto de ciertas utilidades o que limitará su aplicación de alguna otra manera o que no aplicará ninguna de estas disposiciones.

A su vez, entre la Convención de Roma y el TOIEF/WPPT encontramos algunas diferencias, a saber:

1. En la Convención de Roma la remuneración se causa cuando el fonograma es utilizado “directamente” para la radiodifusión o comunicación pública, mientras que en el TOIEF/WPPT esa utilización puede ser “directa o indirecta”, de lo que surge una importante consecuencia a saber:

1.1. La utilización “directa”, conforme a las actas de la Conferencia de la Convención de Roma, no comprende el uso del fonograma en una retransmisión, entendida como la emisión simultánea de una transmisión ²⁹.

1.2. El uso “indirecto” del fonograma, sí comprendería la retransmisión, así como, por ejemplo, la radiodifusión de una grabación sonora reproducida en un cinta o en el disco rígido de un ordenador ³⁰.

2. La “declaración concertada” al artículo 15 del TOIEF/WPPT de ja entendido que dicho artículo no impide la concesión del derecho de remuneración equitativa “a artistas intérpretes o ejecutantes del folclore y productores de fonogramas que graben folclore, cuando tales fonogramas no se publiquen con la finalidad de obtener un beneficio comercial” (hemos destacado), lo que, como cuestión no obligante y además facultativa de las legislaciones nacionales, permite ampliar el campo de aplicación del derecho de remuneración equitativa, disposición que no tiene equivalente en la Convención de Roma.

Es de hacer notar que, como se ha visto, el principio general reconoce a los artistas intérpretes o ejecutantes y a los productores de fonogramas el derecho a recibir una remuneración por la radiodifusión o comunicación pública de la interpretación o ejecución artística y del fonograma que la contiene, y, como excepción, se reconoce un derecho exclusivo de “autorizar” cuando se trate de transmisiones digitales “apedido”, este último de acuerdo al

²⁹Cit. por LIPSZYC, Delia: Ob. Cit. p. 836.

³⁰V.: WALTER, Michel M.: Ob. Cit. p. 35.

derecho de “puesta a disposición”, previsto en el TOI EF/WPPT, como ya fue estudiado en su oportunidad.

Limitaciones y excepciones.

Al tratar sobre el derecho de reproducción de las fijaciones de una interpretación o ejecución artística, aludimos brevemente al artículo 15 de la Convención de Roma, el cual, en relación con cualesquiera de los derechos contemplados en el instrumento para los diversos titulares (intérpretes o ejecutantes, productores fonográficos y organismos de radiodifusión), permite a cada uno de los Estados Contratantes, por una parte, establecer limitaciones o excepciones en los supuestos indicados en la misma norma (art. 15, 1); y, por la otra, diferir también a las legislaciones nacionales de los Países Miembros la posibilidad de extender a los titulares de los “derechos conexos” previstos en la Convención, limitaciones de la misma naturaleza que las contempladas en la misma legislación para la protección del derecho de autor³¹.

Como regla general, esas excepciones a los derechos exclusivos del autor parten del principio recogido en el artículo 9,2 del Convenio de Berna en relación con el derecho de reproducción, conocido como los “usos honrados”, por el cual las leyes nacionales pueden establecer limitaciones o excepciones a ese derecho, en casos especiales, siempre que esa reproducción no atente contra la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

Ese criterio ha sido extendido a las demás modalidades de explotación de las obras, como fue recogido, por ejemplo, en el ADPIC (art. 13), Acuerdo que, por lo demás, se remite, en lo que se refiere a las limitaciones o excepciones a los derechos de los intérpretes o ejecutantes, productores fonográficos y radiodifusores, a las previsiones de la Convención de Roma (art. 14,6).

Ahor bien, el artículo 16 del TOI EF/WPPT contiene dos párrafos: uno por el cual las legislaciones nacionales pueden prever, tanto en relación con los intérpretes o ejecutantes, como respecto de los productores fonográficos, los mismos tipos de limitaciones que contienen dichas legislaciones para el derecho de autor sobre las obras literarias y artísticas (las cuales deben respetar el principio de los “usos honrados”, de acuerdo al artículo 10 del TODA/WCT); y el otro, para reconocer específicamente en cuanto a los derechos reconocidos en el Tratado, la facultad de las legislaciones de las partes contratantes para establecer limitaciones que se ajusten a dichos “usos honrados”, en relación con los derechos reconocidos en el mismo instrumento.

Ahor bien, dicho artículo 16 tiene una “Declaración Concertada”, que transcribimos:

“La declaración concertada relativa al Artículo 10 (sobre limitaciones y excepciones) del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor también se aplica mutatis mutandi al Artículo 16 (sobre limitaciones o excepciones) del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas”.

En ese sentido vale la pena recordar que la “Declaración Concertada” relativa al artículo 10 del WCT, reza:

³¹V.: Nota 16.

“Queda entendido que las disposiciones del Artículo 10 permiten a las Partes Contratantes aplicar y ampliar debidamente las limitaciones y excepciones al entorno digital en sus legislaciones nacionales, tal como las hayan considerado aceptables en virtud del Convenio de Berna. Igualmente deberá entenderse que estas disposiciones permiten a las Partes Contratantes establecer nuevas excepciones y limitaciones adecuadas al entorno de red digital.

“También queda entendido que el artículo 10.2) no reduce ni amplía el ámbito de aplicabilidad de las limitaciones y excepciones permitidas por el Convenio de Berna”.

Un análisis ligero de las declaraciones transcritas permitiría suponer que, de acuerdo al TOIEF/WPPT (como también en el TODA/WCT), se estaría abriendo un abrecaparatar, en el mundo digital, formas libres de uso que lesionaran sin justificación los derechos reconocidos a los artistas intérpretes o ejecutantes y a los productores fonográficos, mediante la incorporación de nuevas excepciones o limitaciones.

Pero debe advertirse que el principio de los “*usos honrados*” previsto en el Convenio de Berna (aplicado *mutatis mutandis* a los intérpretes o ejecutantes y a los productores fonográficos, por remisión del TOIEF/WPPT), implica la prueba de los tres pasos o niveles, a saber:

- 1) Que las excepciones o limitaciones se limiten a ciertos casos especiales, lo que supone previsiones legislativas expresas, de interpretación restrictiva;
- 2) Que no exista allí conflicto con una explotación normal de la interpretación o ejecución del fonograma; y,
- 3) Que la excepción o limitación no cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del respectivo titular.

Portanto –apunta Fícsor –, si bien la tecnología digital puede cambiar las condiciones de uso de las obras (interpretaciones o ejecuciones y fonogramas, añadimos nosotros), el traslado al entorno digital de limitaciones o excepciones válidas en el mundo analógico, o el reconocimiento de nuevas excepciones o limitaciones, solamente son aceptables, en los términos del Tratado, sobre la base de la comprobación de esos tres niveles ³².

Duración de la protección

La duración mínima de los derechos en el TOIEF/WPPT (art. 17), aumenta el plazo de 20 años previsto en la Convención de Roma (art. 14) y la equivale con las previsiones del ADPIC (art. 14,5), al establecerla en cincuenta años, contados a partir del final del año en el que la interpretación o ejecución fue fijada en el fonograma o, en su caso, desde el final del año de la publicación del fonograma y, si tal publicación no ha tenido lugar dentro de los cincuenta años desde la fijación de la grabación sonora, el plazo se cuenta desde el final del año en que se haya realizado la fijación.

Existe, sin embargo, una discrepancia entre el TOIEF/WPPT y el Acuerdo sobre los ADPIC, en lo que se refiere a la duración de los derechos sobre las interpretaciones o ejecuciones

³²V.: FÍCSOR, Mihály: “Nuevas orientaciones en el plano internacional: Los nuevos Tratados de la OMPISobre derecho de autor y sobre interpretaciones o ejecuciones y fonogramas”, en el libro -memorias del III Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos. Montevideo, 1997. Tomo I, pp.340 -341.

artísticas, porque mientras el primero calcula los 50 años desde su fijación en un fonograma, en el segundo el mismo plazo de protección se computa a partir de aquel en que se haya realizado la fijación “o haya tenido lugar la interpretación o ejecución”, posibilidad ésta también contemplada en la Convención de Roma (art. 14, b).

Ello quiere decir que el TOIEF/WPPT no contempla expresamente el plazo de protección para las interpretaciones o ejecuciones no fijadas, lo que si bien puede carecer de importancia práctica (porque la tutela de esas prestaciones artísticas “*efímeras*” pudiera calificarse de “*teórica*”), lo cierto es que existe una laguna inexplicable a resolver, necesariamente, a través de las leyes nacionales o, en su defecto, por la jurisprudencia.

Obligaciones relativas a las medidas tecnológicas

El tema de las medidas tecnológicas y de los sistemas técnicos de “*autotutela*” en relación con el derecho de autor y los derechos conexos se posterior a la última revisión del Convenio de Berna (1971) y a la Convención de Roma (1961), pero contemporáneo con la época de las negociaciones que dieron como resultado el Acuerdo sobre los ADPIC (aunque éste no contenga disposiciones al respecto) ya que, al menos de manera parcial, figurando disposiciones al respecto en convenios de alcance sub-regional, como el Tratado de Libre Comercio para América del Norte (TLC/NAFTA) entre Canadá, Estados Unidos y México, y el Tratado del Grupo de los Tres (G3) entre Colombia, México y Venezuela.

Así, el TLC/NAFTA obligó a los países miembros a reprimir penalmente la fabricación, importación, venta, arrendamiento u otro acto que permita tener un dispositivo o sistema que sirva de ayuda primordial para descifrar una señal de satélite codificada portadora de programas, sin la autorización del distribuidor legítimo de dicha señal; y a establecer como ilícito civil la recepción, en relación con actividades comerciales, o la ulterior distribución de una señal al de satélite codificada portadora de programas, que haya sido descodificada sin autorización del distribuidor legítimo de la señal, o la participación en cualquier actividad de las tipificadas como delito (art. 1707), y una previsión similar figuró también en el G3 (art. 18 -07,5 y 6).

Pero como puede verse, las obligaciones anotadas se limitaron a la protección de señales codificadas portadoras de programas, y no a la de otros medios técnicos de “*autotutela*” instrumentados por los titulares de derechos para resguardar modos de explotación distintos.

Por ello, la necesidad de incluir normas de protección en relación con medidas tecnológicas de un mayor espectro, surgió cuando comenzaron a implantarse las “*superautopistas digitales*” interactivas con miras a una “*sociedad de la información*”.

En ese sentido, como lo señaló el Informe del grupo de trabajo estadounidense sobre Propiedad Intelectual y la Infraestructura Nacional de Información, la facilidad con la que se infringen las leyes y la dificultad para detectarlo y hacerlas cumplir, obligará a los titulares de derechos intelectuales a recurrir a la tecnología, así como a la Ley, para obtener una eficaz protección de sus prestaciones y mediante la ayuda tecnológica se podrán aplicar mecanismos contra el acceso, reproducción, manipulación, distribución, ejecución o presentación no autorizados, lo que ayudará a hacer respetar la integridad de dichos bienes y a la administración y licenciamiento de los derechos.

Pero -agregaba el Informe-, la técnica también puede ayudar a burlar la protección que la tecnología ha creado, razón por la cual se recomendaba la adopción de disposiciones legislativas necesarias para prohibir la importación, fabricación y distribución de dispositivos (u otro

componente incorporado a un dispositivo o producto), o la oferta o ejecución de todo servicio cuyo objetivo fuera evitar, desviar, eliminar, desactivar o de cualquier otra manera anular los medios técnicos aplicados para proteger los derechos reconocidos por la Ley.³³

En ese sentido, el documento elaborado por la Oficina Internacional de la OMPI, con miras al eventual Protocolo al Convenio de Berna, contenía una disposición dirigida a prevenir sanciones en casos de fabricación o importación para venta o alquiler, o distribución para alquiler de aparatos diseñados o adaptados para soslayar dispositivos destinados a impedir o restringir la realización de copias de obras, o a menoscabar la localidad de las copias realizadas, o de cualquier aparato capaz de permitir o fomentar la recepción de un programa codificado, radiodifundido o comunicado en otra forma al público, por aquellos no autorizados a recibir el programa³⁴.

El dispositivo propuesto sufrió algunas modificaciones de forma y fue incorporado definitivamente, tanto al T ODA/WCT (art.11) como al TOIEF/WPPT (art.18).

En esencia, ambos Tratados comprometen a los Estados Miembros a proporcionar protección adecuada y recursos efectivos contra la acción de eludir las medidas tecnológicas efectivas que hayan sido utilizadas por los autores (o, en su caso, por los intérpretes o ejecutantes o los productores de fonogramas), en relación con los derechos reconocidos en los respectivos instrumentos y que respectos de sus obras (o de sus interpretaciones o ejecuciones o producciones fonográficas, en su caso), restrinjan actos que no estén autorizados por los titulares concernidos o permitidos por la ley.

Se trata entonces de una obligación que no se limita al ilícito que surge por las actividades relacionadas con los “descodificadores” de señales satelitales no autorizados, sino de cualquier dispositivo técnico utilizado por los titulares de derechos autorales o conexos destinados a impedir actos como la fijación o reproducción no autorizadas de las obras (TODA/WCT), interpretaciones o ejecuciones y producciones fonográficas (TOIEF/WPPT), la comunicación pública por cualquier medio o procedimiento, incluyendo las transmisiones alámbricas o inalámbricas, o el acceso por parte de usuarios no autorizados a una base de datos a través de las telecomunicaciones.

Estos dispositivos pueden aplicarse, por ejemplo, sobre los mismos soportes digitales (a través de sistemas de “codificación”, “encriptamientos” y “huellas digitales”), que impiden al poseedor duplicar o modificar su contenido; o en el acceso al “servidor” (v.gr.: la base centralizada de datos) que contiene la información, de manera que solamente los usuarios autorizados pueden recibir los datos, obras, prestaciones artísticas o fonogramas solicitados.

Obligaciones relativas a la información sobre la gestión de derechos

Essabido que la administración colectiva de los derechos -en principio del autor, y luego también de los conexos de artistas intérpretes o ejecutantes y productores -, surgió como una especie de “mal necesario”, frente a las utilidades que el titular no podía controlar directamente ni, mucho menos, recaudar por sí mismo las remuneraciones correspondientes.

³³ V.: “Green Paper” (sexta entrega), en Derecho de la Alta Tecnología (DAT). Año VII. N° 82/83. Buenos Aires, 1995; y “Green Paper” (séptima entrega), en DAT. Año VII/VIII. N° 84/85. Buenos Aires, 1995.

³⁴ V.: OMPI: “Derecho de Autor”. Año V. No. 3. Ginebra, 1993. p. 57.

Perolaadministraciónpersonalserestringecadavezmás,enlamedidaenqueseamplían lasformasde explotacióndelasobras,interpretacionesyproduccionesyseudificultaelcontrol, recaudación y distribución de las remuneraciones debidas por esos usos, especialmente en el almacenamiento digital, la copia privada y las transmisiones mediante redes alámbricas e inalámbricas, particularmente las disponibles “*apedido*”, que desplazarán paulatinamente y en alguna medida importante a la venta de los soportes tangibles, cuya disminución deberá ser compensada (yaumentada, sisequierenalentar la creatividad y las inversiones en el sector), con el uso remunerado de los bienes protegidos.

Eltema quenos ocupa ahora es el de la gestión en la realidad digital y las previsiones que al respecto contempla el TOIEF/WPPT (porque no existen disposiciones al respecto o en la Convención de Roma), lo que impone nuevos retos a esa administración colectiva porque, como apunta Gervais, se impone la necesidad de identificar las obras y los fonogramas utilizados y la manera en que se utilicen, mediante un sistema adecuado de identificación numérica, para que los titulares no pierdan la oportunidad de ejercer sus derechos y de recibir una remuneración apropiada por cada utilización; y que también un sistema que permita identificar en forma sencilla dichas obras y grabaciones sonoras, facilitará asimismo la autorización para la digitalización de creaciones impresas, las producciones sonoras y audiovisuales, y las fotografías en presentaciones “*multimedia*”, lo que implicará igualmente la existencia de un centro de información u otros servicios de licencia y de un sistema de identificación mundial y uniforme, para una adecuada administración³⁵.

Pero como ocurre igualmente con los medios analógicos, la tecnología digital puede ayudar a burlar los dispositivos, también digitales, implementados por los titulares para controlar el uso e identificar las interpretaciones o ejecuciones o las producciones fonográficas protegidas, mediante aparatos u otros artificios destinados a suprimir o alterar la información.

Es así como el TOIEF/WPP T (en el mismo sentido que el TODA/WCT), dispone que las Partes Contratantes deben proporcionar recursos adecuados y efectivos contra cualquier persona que, con conocimiento de causa, realice sabiendo o, con respecto a acciones civiles, teniendo motivos razonables para saber que induce, permite, facilita u oculta una infracción que consista en suprimir o alterar sin autorización cualquier información electrónica sobre la gestión de derechos; o distribuya, importe para su distribución, emita, comunique o ponga a disposición del público, sin autorización, interpretaciones o ejecuciones fijadas o fonogramas, sabiendo que la información electrónica sobre la gestión de derechos ha sido suprimida o alterada sin autorización (art. 19, 1).

A esos efectos, el Tratado entiende por “*información sobre la gestión de derechos*” la que identifica al intérprete o ejecutante, a la interpretación o ejecución, al productor del fonograma o a todo titular de los derechos respectivos, así como sobre los términos y condiciones para la utilización, y todo número o código que represente tal información, cuando cualquiera de esos elementos de información esté adjunto a un ejemplar de una interpretación o ejecución o a un fonograma, o figuren en relación con su comunicación al público (a rt. 19, 2).

En cualquier caso, conforme a las “*Declaraciones Concertadas*” adoptadas por la Conferencia Diplomática que aprobó el Tratado, ninguno de las partes contratantes pueden

³⁵V.: GERVAIS, Daniel: “*Identificación de las obras utilizadas en sistemas digitales*”, en el libro -memorias del II Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos. Lisboa, 1994. p. 740.

basarse en los artículos citados para establecer o aplicar sistemas de gestión de derechos que tuviera efecto de imponer formalidades, no permitidas en virtud del Convenio de Berna del mismo instrumento, y que prohiban el libre movimiento de mercancías o impidan el ejercicio de los derechos reconocidos en estos convenios.

Finalmente, como quiera que los derechos reconocidos en el TOIEF/WPPT son, algunos con carácter exclusivo (o de “*autorizar*”), y otros de simple remuneración (como el aplicable a la radiodifusión y comunicación pública de los fonogramas), la “*Declaración Concertada*” al artículo 19 del Tratado adopta, *mutatis mutandis*, la relativa al artículo 12 del TODA/WCT, por la cual “*queda entendido que la referencia a ‘una infracción de cualquiera de los derechos previstos en el presente Tratado o en el Convenio de Berna’ incluye tanto los derechos exclusivos como los derechos de remuneración*”.

Formalidades.

La Convención de Roma no acoge el principio de la ausencia de formalidades, ya previsto en el Convenio de Berna para los autores (art. 5, 2), sino un sistema “*simplificado*” de tales formalidades, mediante la colocación del símbolo (p), acompañado de la año de la primera publicación del fonograma y, en caso de no poderse identificar al productor fonográfico en dicho ejemplar, o en sus envolturas, también del nombre del productor (art. 11).

Por el contrario, a pesar de que el Convenio de Berna, el TOIEF/WPPT dispone que el goce y el ejercicio de los derechos reconocidos en el Tratado no estarán subordinados a ninguna formalidad (art. 20).

Ello quiere decir que aun en aquellos países donde exista un Registro de Derecho de Autor y Derechos Conexos, la inscripción de las interpretaciones o ejecuciones o de los fonogramas, no puede tener un carácter constitutivo de derechos, sino simplemente declarativo y referencial.

La observancia de los derechos.

Salvo contadas excepciones³⁶, no era acostumbrada la introducción de disposiciones específicas sobre protección procesal en los convenios internacionales sobre derecho de autor o derechos conexos.

La situación cambió con el Acuerdo sobre los ADPIC, cuya Parte III está dedicada a la “*Observancia de los derechos de Propiedad Intelectual*” y que contiene un extenso y detallado articulado con disposiciones adjetivas sobre las acciones y los procedimientos civiles y administrativos, el sistema cautelar, las medidas en fronteras y las sanciones penales.

En el caso de los nuevos Tratados de la OMPI (TODA/WCT y TOIEF/WPPT), los Comités de Expertos que precedieron a la Conferencia Diplomática estudiaron el informe de la Oficina Internacional de la OMPI donde se destacaban las escasas disposiciones adjetivas contenidas en los Convenios de Berna y Roma, razón por la cual se estudiaron un conjunto de disposiciones procesales para su eventual inclusión en el posible “*Protocolo*” al Convenio de Berna (hoy TODA/WCT) y en el nuevo instrumento para la protección de los

³⁶ En el Convenio de Berna, apenas el artículo 16, 1 del Convenio de Berna, por el cual “*toda obra falsificada podrá ser objeto de comiso en los países de la Unión en que la obra original tenga derecho a la protección legal*”.

artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas, aprobado éste como TOIEF/WPPT.

Durante las deliberaciones, buena parte de las delegaciones gubernamentales opinaron que las disposiciones de los nuevos tratados en relación con la observancia de los derechos debían basarse en el texto del Acuerdo sobre los ADPIC, aunque algunos expertos destacaban la necesidad de hacer las adaptaciones necesarias al contenido de los convenios en materia de derecho de autor y derechos conexos, así como de incorporar algunos nuevos dispositivos, especialmente en aquellos aspectos no regulados por ADPIC, como en los casos de abusos de los medios técnicos.³⁷

La decisión final de la Conferencia Diplomática fue la de desechar ambas posiciones y, en su lugar, se aprobó en ambos tratados un artículo de “*principios*” o de “*buenas intenciones*”, por el cual las Partes Contratantes se comprometen a adoptar, de conformidad con sus sistemas jurídicos, las medidas necesarias para asegurar la aplicación del nuevo Tratado, y a asegurar que en sus legislaciones se establezcan procedimientos de observancia de los derechos, que permitan la adopción de medidas eficaces contra cualquier acción infractora de los derechos reconocidos, con inclusión de recursos ágiles para prevenir las infracciones y de recursos que constituyan un medio eficaz de disuasión de nuevas infracciones (en el TOIEF/WPPT, art. 23).

[Fin del documento]

³⁷V.: Acta de la Tercera Sesión del Comité de Expertos para un eventual Protocolo al Convenio de Berna, en N°5. Ginebra, 1993, p. 121.

“*Derecho de Autor*”. Año V.