

OMPI/DA/MVD/00/2

ORIGINAL: Español

FECHA: 1 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 DERECHO 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

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LOS DERECHOS DE LOS ARTISTAS EN
LAS INTERPRETACIONES DE EJECUCIONES AUDIOVISUALES

Documento presentado por el Dr. Ricardo Antequera Parilli

I. ANTECEDENTES

(La Convención de Roma y el Acuerdo sobre los ADPIC)

1. Si se mira superficialmente el contenido de la Convención de Roma sobre la protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión (1961), pareciera que ella protege por igual a todos los que realizan interpretaciones o ejecuciones artísticas, sea en aquellas que solamente comunican sonido o bien las que pueden ser objeto de fijaciones audiovisuales.
2. En efecto, el Artículo 7 de la Convención reconoce a los artistas intérpretes o ejecutantes los derechos de radiodifusión y comunicación pública, de fijación sobre una base material de la interpretación o ejecución y de reproducción de la fijación de la ejecución, sin que el término “*fijación*” aparezca limitado a la que contiene exclusivamente una grabación sonora.
3. 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, de jure se aplican los derechos que se refieren al mencionado Artículo 7 del Convenio.
4. Así las cosas, conforme a la Convención de Roma, los derechos de los artistas 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 realizarse sin su autorización.
5. Por su parte, el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), Anexo 1 C del Tratado de la Organización Mundial del Comercio (OMC), está todavía más limitado, por que 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*”, de modo que, en cuanto a los principios mínimos a que se refiere el ADPIC, 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.

II. EL NUEVO TRATADO DE LA OMPI SOBRE INTERPRETACIÓN O EJECUCIÓN Y FONOGRAMAS (TOIEF/WPPT) (Generalidades)

6. La Convención de Roma, en razón de la época de su aprobación, no enfrentó el reto de la tecnología digital, como tampoco lo hizo -a pesar de su fecha más reciente-, el Acuerdo sobre los ADPIC.
7. De allí que el desafío tecnológico, especialmente en el campo digital y en el de las telecomunicaciones, plantea la necesidad de actualizar la tutela internacional del derecho de autor, razón por la cual los órganos rectores de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), en 1989, acordaron la preparación de un posible “*Protocolo*” al

Convenio de Berna para la protección de las Obras Literarias y Artísticas, cuya última revisión era la de París (1971).

8. Y es que se presentaba también en relación con los “derechos conexos” al derecho de autor (o “vecinos” o “afines” a él, u “otros derechos de Propiedad Intelectual”, según la nomenclatura utilizada por cada legislación nacional), particularmente los de los artistas intérpretes o ejecutantes, los de productores de fonogramas y de los organismos de radiodifusión.

9. A los efectos del posible “Protocolo al Convenio de Berna”, la Oficina Internacional de la OMPI preparó varios documentos preparatorios a ser discutidos por un Comité de Expertos convocado por la organización y cuya primera sesión se celebró del 4 al 8 de noviembre de 1991.

10. El primero de ellos incorporaba un Capítulo relativo a los derechos de los productores de grabación sonora (fonogramas), argumentando que “...una mayor protección internacional de los productores no perjudicará a los compositores ni a otros autores cuyas obras interpretadas o ejecutadas constituyen grabaciones sonoras...” , pero advirtiendo que “...la inclusión de la protección de los productores de fonogramas en el eventual Protocolo sólo valdrá en la medida de la obligación de las partes en el eventual Protocolo que tiene un peso mayor que las obligaciones asumidas en virtud de la Convención de Roma y del Convenio Fonogramas...”¹.

11. No obstante, la propuesta de incorporación de nuevos derechos a los productores de fonogramas en el marco del Convenio de Berna, si bien hizo que en la primera sesión del Comité se apuntara que “todas las delegaciones y todos los observadores de organizaciones no gubernamentales que tomaron la palabra...” (estuvieron de acuerdo en que) “...los productores de grabación sonora debían gozar de una protección sólida por propiedad intelectual debidamente adaptada a los nuevos adelantos tecnológicos...”², el resumen de las deliberaciones también anotó que “un gran número de delegaciones y observadores de organizaciones no gubernamentales insistieron en que la modernización de la protección de los productores de grabación sonora debía tener lugar en el contexto de la Convención de Roma y demás instrumentos apropiados, biensea en forma de una revisión o biende un arreglo particular en virtud del Artículo 22 de la Convención, y que, por consiguiente, ni las grabaciones sonoras, ni las que las producían debían figurar en el eventual Protocolo, ya que éstas no constituían obras en el sentido del Convenio de Berna”³.

12. De allí que los términos iniciales acordados por los órganos rectores en 1989 fueran modificados por la Asamblea de la Unión de Berna, en septiembre de 1992, que decidió el establecimiento de dos comités: uno para la preparación de un posible Protocolo al dicho Convenio, y otro para el estudio de un posible nuevo instrumento, que incorporara, no solamente a los nuevos derechos de los productores de fonogramas, sino también a los intérpretes o ejecutantes.

¹ V.: Documento preparatorio para la primera sesión del Comité de Expertos sobre un eventual Protocolo relativo al Convenio de Berna, en “Derecho de Autor”. OMPI. Ginebra, 1992. Año IV. No. 2, p. 25.

² V.: Acta de la Primera Sesión del Comité de Expertos sobre un eventual Protocolo al Convenio de Berna, en “Derecho de Autor”. OMPI. Ginebra, 1992. Año IV. No. 3, p. 53.

³ **Idem**, p. 54.

13. El reclamo de los radiodifusores llegó tarde -razón por la cual sus pretendidos nuevos derechos sobre las emisiones no fueron analizados en el Comité con miras a un eventual nuevo instrumento-, y fue después, con motivo de las sesiones de septiembre -octubre de 1997 de los órganos rectores, cuando se propuso incluir en el programa de trabajo la cuestión de la armonización de los derechos de los organismos de radiodifusión.

14. Luego de seis sesiones del Comité para la redacción de un texto sobre el probable Protocolo al Convenio de Berna, y cinco para el eventual nuevo instrumento sobre los nuevos derechos de los intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas, el Presidente de ambos grupos preparó sendos documentos contentivos de las “propuestas básicas”⁴ que debían reflejar el resultado de las sucesivas deliberaciones.

15. Dichas propuestas fueron consideradas por la Conferencia Diplomática realizada en Ginebra, la cual, luego de numerosas modificaciones a tales documentos -base, aprobó, el 20 de diciembre de 1996, dos nuevos instrumentos internacionales: el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA) por sus siglas en castellano, o por sus equivalentes en inglés, WCT); y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación y Ejecución y Fonogramas (TOIEF) en castellano, o WPPT por sus siglas en inglés).

III. EL ALCANCE DE LOS DERECHOS DE LOS ARTISTAS EN LAS INTERPRETACIONES O EJECUCIONES AUDIOVISUALES EN EL TOIEF/WPPT

16. Cuando el mandato para la elaboración de un eventual “Protocolo al Convenio de Berna” fue modificado para encomendar también al Comité de Expertos “todas las cuestiones relativas a la protección internacional efectiva de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas”, la Oficina Internacional de la OMPI planteó la posibilidad de dos interpretaciones, a saber:

- que la protección de los artistas solamente debía considerarse en cuanto afectara a la fijación de sus representaciones o ejecuciones en fonogramas, de suerte que no quedaban comprendidas en el posible “nuevo instrumento” las interpretaciones o ejecuciones artísticas en fijaciones audiovisuales; o,

- que el mandato era comprensivo de todas las cuestiones relativas a los derechos de los intérpretes o ejecutantes, pues el acuerdo de los órganos rectores aludía a tales derechos sin ninguna restricción o calificación⁵.

17. Sometida la cuestión a la primera sesión del Comité de Expertos, el resumen de la acta refleja que hubo consenso en cuanto a que nada de lo establecido en el mandato impedía la discusión sobre los eventuales derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes en fijaciones audiovisuales y que, por tanto, no eran necesaria ninguna consulta a los órganos rectores, razón

⁴ V.: Documento OMPI/CRNR/DC/5. Ginebra, 30 de agosto de 1996.

⁵ V.: Documento preparatorio para la primera sesión del Comité de Expertos sobre un posible nuevo instrumento para la protección de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas, en “Derecho de Autor”. OMPI. Ginebra, 1993. Año V. No. 4. pp. 80 -81.

por la cual se encomendó a la Oficina Internacional que preparase a su tiempo un documento sobre las fijaciones audiovisuales⁶.

18. Apesar de ello, los debates en las siguientes sesiones del Comité reflejaron serias dudas por parte de algunas delegaciones acerca de reconocer derechos a los artistas sobre sus interpretaciones o ejecuciones audiovisuales en el posible nuevo instrumento, razón por la cual la propuesta básica sometida a la consideración de la Conferencia Diplomática que aprobó el TOIEF/WPPT presentó, en diversos dispositivos, dos variantes, una que solamente incluía a las interpretaciones o ejecuciones objeto de fijación sonora y otra que también comprendía a las que incorporaban sonido y/o imágenes.

19. Luego de intensas discusiones en la Comisión No. 1, la Conferencia limitó el alcance del Tratado a las interpretaciones o ejecuciones sonoras en directo (o “*envivo*”) y a las fijadas en fonogramas, de manera que el derecho de “*autorizar*” (y no solamente el de “*impedir*”, como en la Convención de Roma y en el Acuerdo ADPIC), la radiodifusión y la comunicación pública de las interpretaciones o ejecuciones no fijadas (excepto cuando la interpretación o ejecución constituya por sí misma una interpretación o ejecución radiodifundida), comprende a todas las actuaciones artísticas, bien sonora o audiovisual (Art. 6, i).

20. Por lo que se refiere a la fijación, el Artículo 6, ii) del TOIEF/WPPT reconoce a los artistas intérpretes o ejecutantes un derecho de “*autorizar*” la fijación de sus interpretaciones o ejecuciones no fijadas, sin limitarse a las fijaciones exclusivamente sonoras, siguiendo en esencia lo ya establecido en la Convención de Roma.

21. Sin embargo, se mantiene la discusión en torno a la correcta aplicación del señalado dispositivo, el cual, como fue dicho, no limita el derecho de fijación a las interpretaciones o ejecuciones artísticas sonoras (de lo que podría interpretarse, como en el Artículo 6, i, que se extiende también a las audiovisuales), pero se presenta el escollo de la definición de lo que se entiende por “*fijación*” a la luz del TOIEF/WPPT, pues conforme a su Artículo 2, c), se entiende por tal fijación “*la incorporación **desonidos**, o la presentación **de éstos**, a partir de la cual puedan percibirse, reproducirse o comunicarse mediante un dispositivo*” (hemos destacado), y de allí podría deducirse que el derecho de fijación a que se refiere el Artículo 6, ii) del Tratado, está limitado a las grabaciones sonoras.

22. En todo caso, de alguna manera la Conferencia Diplomática reconoció el desequilibrio -y la desprotección, al menos parcial - que quedaban los intérpretes o ejecutantes en las fijaciones audiovisuales, en comparación con los derechos reconocidos en el nuevo Tratado a las actuaciones artísticas fijadas en fonogramas, razón por la cual se adoptó una resolución que solicitaba a los órganos rectores de la OMPI definir el programa de trabajo con miras a un Protocolo al TOIEF/WPPT (o un nuevo Tratado), relativo a las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales.

23. Bajo la nueva administración de la OMPI se creó la figura del “*Comité Permanente*” para estudiar, entre otros, ese posible nuevo instrumento, y luego de varias reuniones del mismo, así como de consultas regionales, se ha convocado ya, al momento de elaborarse

⁶ V.: Acta de la Primera Sesión del Comité de Expertos sobre un posible instrumento para la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas, en “*Derecho de Autor*”. OMPI. Ginebra, 1993. Año V. No. 6. p. 154.

trabajo, para la celebración de una Conferencia Diplomática, a realizarse en el mes de diciembre del año 2000.

IV. HACIA UNA NUEVA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LAS INTERPRETACIONES O EJECUCIONES AUDIOVISUALES

24. Evidente que la primera discusión de orden administrativo a discutir en la próxima Conferencia Diplomática se dirigirá a determinar si el instrumento a aprobarse constituye un "Protocolo" al TOIEF/WPPT (para ampliar la protección a las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales), en cuyo caso solamente podrán adherirse a él quienes ratifican también el TOIEF/WPPT, o si será un nuevo Tratado, supuesto en el cual habrá países (u organizaciones gubernamentales que califiquen para ser "Parte"), que ingresen al TOIEF/WPPT, pero al nuevo Convenio, o viceversa.

25. Pero los aspectos de fondo serán, evidentemente, los más complejos, es decir, el contenido y el alcance de los derechos.

26. Veamos algunos de ellos:

A. Los sujetos de la protección

27. Mientras en la Convención de Roma la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes "quien ejecuten obras literarias o artísticas", como sería el caso de muchas "expresiones del folclore", es facultativa de los Estados (Art. 9), es a incorporación, en idénticas condiciones que para la protección de los intérpretes o ejecutantes de una obra literaria o artística, figura expresamente como obligante en el TOIEF/WPPT (Art. 2, a).

28. Queda por determinar si en el marco de un nuevo instrumento internacional se mantiene ese alcance para las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales o si, incluso, la protección se extiende también a aquellos intérpretes o ejecutantes que no interpretan "obras", ni tampoco "expresiones del folclore", como es el caso de los artistas de variedades y de circo (u otros protagonistas del "espectáculo", como los toreros y los deportistas), cuyas actuaciones son generalmente objeto de grabación sonora, sin defijaciones que contienen imágenes en movimiento⁷.

29. Sin embargo, la tendencia generalizada es la de adoptar en el posible instrumento ("Protocolo" o nuevo Tratado), *mutatis mutandis*, la definición de artista intérprete o ejecutante contenida en el Artículo 2, a) del TOIEF/WPPT (o, conforme a algunas propuestas, sea la de aprobar un concepto propio, aunque siguiendo de cerca al TOIEF/WPPT), de manera que no parezca existir disposición para incorporar, al menos de acuerdo a las deliberaciones del Comité Permanente, a las actuaciones de los artistas de variedades y de circo entre las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales objeto de protección internacional.

⁷ Por supuesto que, tratándose de principios convencionales mínimos, nada impide a los legisladores nacionales reconocer dicha protección a esos otros protagonistas del espectáculo, sea ampliando la definición de lo que, a la luz de la respectiva ley nacional, se entiende por artista intérprete o ejecutante, o bien concediéndoles un derecho específico, conocido como el denominado "derecho de arena".

30. Asimismo, en relación con los sujetos, el tema de las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales es todavía más complejo, porque en las obras cinematográficas (e igualmente en otras producciones audiovisuales, como las telenovelas y los “*video-clips*”), no solamente actúan los llamados “*protagonistas*” y los que desempeñan “*papeles secundarios*”, sino también aquellos que, muchas veces sin ningún parlamento (o alguno constituido por una que otra palabra), son conocidos como “*extras*”.

31. La discusión no es nueva, pues ya ha existido desde siempre en relación con las interpretaciones o ejecuciones sonoras (en lo atinente a los derechos de orden moral), donde, tomando en cuenta las particularidades propias de la actuación artística, existe la corriente doctrinaria por la cual las facultades de carácter personal de los intérpretes o ejecutantes (paternidad e integridad), están dirigidas a proteger solamente a los “*intérpretes*”, en el sentido de aquellos cuya prestación puede individualizarse, es decir, a los intérpretes principales.

32. Sin embargo, la situación se complica en torno a las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales, pues se plantean solamente en cuanto a los derechos morales, sino también en relación con los derechos patrimoniales.

33. En ese sentido, mientras algunas propuestas sometidas a la discusión en el Comité Permanente se limitan a remitirse, en cuanto a las definiciones, al TOIEF/WPPT (el cual no hace ninguna exclusión respecto a los intérpretes o ejecutantes “*extras*” o “*auxiliares*”), otras plantean, en dichas definiciones, una excepción expresa en relación con los “*extras*”, en el entendido de que corresponde a cada legislación el adoptar una precisión acerca de lo que se entiende por ese término.

B. El objeto de la protección

34. Parece evidente que el objeto de la tutela son las interpretaciones o ejecuciones artísticas que se ansusceptibles de una fijación audiovisual (entendida como la grabación de imágenes en movimiento, sonorizadas o no, a partir de la cual dichas imágenes pueden percibirse, reproducirse o comunicarse), **aunque tal fijación no se realice**, como sucede, por ejemplo, con las actuaciones “*endirecto*”, por ejemplo, una telenovela que se transmite “*en vivo*”.

35. El problema se presenta cuando algunas de las propuestas existentes persisten en el error de mantener, en algunos de sus dispositivos, la expresión “*por lo que se refiere a las interpretaciones o ejecuciones fijadas en una obra audiovisual*” (hemos destacado).

36. El error consiste en que una interpretación o ejecución artística puede ser grabada en una fijación audiovisual, sin que esta última tenga por qué considerarse una “*obra en sí misma*”, a pesar de lo cual el artista debe tener el derecho de autorizar o no esa grabación de su actuación.

37. Piénsese, por ejemplo, en la colocación de una cámara frente a un escenario de una sala donde se representa una obra teatral, con el fin de grabar la actuación de los actores. Allí no se está produciendo una “*obra audiovisual*”, sino la fijación audiovisual de la interpretación de una obra escénica preexistente.

38. Pareciera entonces que el objeto de protección debería concebirse en función de toda interpretación o ejecución audiovisual, independientemente de que la misma se incorpore o no a una obra audiovisual.

C. Los derechos morales

39. La primera preocupación que surgió en relación con los intérpretes o ejecutantes y el advenimiento de la tecnología digital, fue la del derecho moral, que no había tenido cabida en la Convención de Roma, ni mucho menos en el Acuerdo sobre los ADPIC, y, aunque consagrado en muchas legislaciones nacionales, no tenía reconocimiento expreso en los Convenios Internacionales.

40. Yesederechose aspiraba, nosolamentecuandolainterpretaciónoejecuciónse incorporara a una grabación sonora, sino también en las actuaciones audiovisuales, ya que la digitalización permitía tanto la distorsión de los sonidos, como la manipulación de las imágenes, por ejemplo, en las producciones “multimedia”.

41. Esas distorsiones o manipulaciones podían afectar entonces la integridad de la interpretación o ejecución y hasta la propia reputación del artista a quien, por lo demás, aspiraba al reconocimiento del derecho a la paternidad sobre su prestación intelectual.

42. 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 e 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 latinoamericano “franco-germánico”.

43. 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 e interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas, el derecho a reivindicarse e identificarse 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”*.

44. 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, “en lo relativo a sus interpretaciones o ejecuciones sonoras e interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas” un nivel disminuido en relación con el Convenio de Berna (y en comparación con la prevista en muchas leyes nacionales para los intérpretes o ejecutantes), por las razones siguientes:

- en primer lugar, porque el derecho moral de “paternidad” de los intérpretes o ejecutantes, a diferencia del correspondiente a los autores (Convenio de Berna, Art. 6 *bis*), debe respetarse, en los términos mínimos del Tratado, “excepto cuando la omisión venga dictada por la manera de utilizar la interpretación o ejecución”; y

- en segundo lugar, porque el derecho moral de integridad, conforme al TOIEF/WPPT puede invocarse 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 en relación con “cualquier atentado”, como si lo dispone, para los autores, el Artículo 6 *bis* del Convenio de Berna.

45. Los derechos morales en el TOIEF/WPPT, a la estila 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).

46. La situación aplicada a una futura protección internacional específica para las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales lucetodavía 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.

47. Es de hacer notar, en ese sentido, que incluso la Comunidad Europea, quien en los Comités de Expertos que estudiaron las propuestas de textos para los nuevos Tratados y en la Conferencia Diplomática convocada a efecto, mantuvo su opinión de que un Convenio Internacional sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes debería abarcar a todas las interpretaciones o ejecuciones artísticas, tanto sonoras como audiovisuales⁸, admitió, en documento presentado a la consideración de la segunda sesión del Comité Permanente de la OMPI sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, que “*el alcance y la forma de aplicación de la protección de los derechos morales de los artistas intérpretes o ejecutantes audiovisuales exige un examen más profundo*”⁹.

48. 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 (derecho equivalente al de “*paternidad*” que tiene el autor sobre su obra), varias de las propuestas señalan que es derecho exigible (siguiendo el mismo estilo del TOIEF/WPPT para las interpretaciones o ejecuciones sonoras, Art. 5, 1) “*excepto cuando la omisión venga dictada por la manera de utilizar la interpretación o ejecución*”¹⁰.

49. La excepción parece justificada si se toma en cuenta que muchas fijaciones audiovisuales (que contienen interpretaciones o ejecuciones artísticas), son de brevísima duración, como sucede en los mensajes publicitarios que se transmiten por televisión, cuyo objetivo fundamental es la promoción de un producto o servicio y donde la mención de los intérpretes o ejecutantes al final del mensaje desbordaría con creces el tiempo previsto para la comunicación del anuncio comercial al público.

⁸ V.: Documento contentivo de la presentación de la Comunidad Europea y sus Estados Miembros relativa a la protección de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes sobre sus interpretaciones o ejecuciones audiovisuales, ante la Cuarta Sesión del Comité Permanente de la OMPI de Derecho de Autor y Derechos Conexos. Documento OMPI/S CCR/4/2. Ginebra, 7 de febrero de 2000. p.2.

⁹ V.: Documento OMPI/SCCR/2/4. Ginebra, 11 de marzo de 1999. p.13.

¹⁰ En el punto coinciden, por ejemplo, la propuesta de los Estados Unidos de América (Documento OMPI/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 OMPI/SCCR/4/7. Ginebra, 13 de abril de 2000).

50. 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 los textos en relación con las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales objeto de fijación, entre las cuales se encuentran las siguientes:

- Disponer que las modificaciones compatibles con la explotación normal de una obra audiovisual emprendida por su productor o derechohabiente, de conformidad con el ejercicio de los derechos de autorización adquiridos por el productor respectado de la interpretación o ejecución, no se consideran causantes de un perjuicio grave a la reputación del artista intérprete o ejecutante, en el entendido de 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 comunicación al público que sean nuevos o modificados, como también de que “*un artista intérprete o ejecutante deberá considerarse en forma razonable los intereses que tengan los demás intérpretes o ejecutantes de la obra, los autores de guiones, diálogos o obras creadas para la realización de la obra, y el realizador principal de ésta, al tratar de ejercer los derechos antes descritos respectado de dicha obra*” (Estados Unidos) ¹¹.

- 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) ¹².

D. Elderechoderadiodifusiónycomunicaciónalpúblicodela interpretacióno ejecuciónesnofijadas

51. Como ya se ha dicho, 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), y como quiera que ese derecho no está limitado a las interpretaciones o ejecuciones sonoras, alcanza también a las audiovisuales.

52. De allí que no parezcan existir inconvenientes para que un autor o artista incorpore al nuevo instrumento (“*Protocolo*” o nuevo Tratado), sobre las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales, aunque algunas posiciones sugieren una remisión, *mutatis mutandis*, al TOIEF/WPPT, y otras proponen la redacción de un artículo propio, pero siguiendo casi textualmente al contenido en el Artículo 6, 1) del TOIEF/WPPT.

E. Elderechodefijación

53. El TOIEF/WPPT (Art. 6, ii), reconoce igualmente a los intérpretes o ejecutantes, el derecho de autorizar la fijación de sus interpretaciones o ejecuciones no fijadas, el cual, como un derecho de “*impedir*”, ya figura en la Convención de Roma (Art. 7, 1, b) y en el Acuerdo

¹¹ V.: Documento OMPI/SCCR/3/7 . Ob.Cit.

¹² V.: Documento OMPI/SCCR/4/7 . Ob.Cit.

sobre los ADPIC (Art. 14,1), aunque en este último solamente en lo que respecta a las interpretaciones o ejecuciones fijadas en un fonograma.

54. En ese sentido, es posible que el artista no dese 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 el videograma (o sus copias) de circulación lícita; o la incorporación de la interpretación o ejecución en un soporte, para su transmisión *“endiferido”* por radiodifusión (sonora o audiovisual).

55. Como en el caso del derecho de radiodifusión y comunicación al público de la interpretación o ejecución artística *“endirecto”*, el Artículo 6, ii) del TOIEF/WPPT no limita el derecho de fijación a las interpretaciones o ejecuciones sonoras, de manera que también comprende a las audiovisuales.

56. Porello, tampoco parecen existir controversias para que una norma similar se incorpore al nuevo instrumento (*“Protocolo”* o nuevo Tratado), sobre las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales no fijadas, aunque para un sector basta con una simple remisión, *mutatis mutandis*, al TOIEF/WPPT, mientras que para otros es conveniente la redacción de un Artículo específico en dicho nuevo instrumento, pero siguiendo en lo esencial el contenido del Artículo 6, i) del TOIEF/WPP T.

F. Elderechodereproducción

57. Las implicaciones de la tecnología digital en el ámbito de los derechos intelectuales fueron destacadas 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 el cada vez mayor número de almacenamiento de obras (así como de interpretaciones o ejecuciones y fonogramas), en sistemas de ordenador, para ser recuperadas mediante dispositivos como pantallas, impresoras, unidades de reproducción de facsímil, altavoces, etc., y hacerse perceptibles al ojo u oído humanos.

58. Ahorabien, como quiera que la reproducción consista tanto en la fijación de la obra (aplicable también a una interpretación o ejecución artística o a un fonograma) en un soporte, como en la obtención de copias de ella, tal almacenamiento -señala el documento-, constituye una forma de reproducción, *“aun cuando la reproducción, para ser perceptible, requiera la utilización de una máquina o de cualquier otro dispositivo”*, razón por la que existe *“un consenso cada vez 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 Artículo 9 del Convenio de Berna”*, y en esa orientación se propuso una estipulación expresa en el Protocolo, aprobado luego como Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA/WCT).

59. Así, se ha afirmado, por una parte, que aunque se acogiera la interpretación restrictiva, en cuanto al limitar el concepto de reproducción a la realización de, por lo menos, una copia, lo cierto es que al almacenarse la obra electrónicamente, se obtiene un ejemplar más, de manera que ese almacenamiento está sometido al régimen de la autorización previa; y, por la otra, que es incierto que la reproducción esté sometida, necesariamente, a la realización de una copia, no solamente porque el Artículo 9, 1 del Convenio de Berna alcanza a cualquier forma o procedimiento, sino también porque el Artículo 9, 3 *eiusdem* se refiere a la *“grabación”* (sonora

ovisual), que es sinónimo de “*fijación*”, de lo que no hay dudas que comprende su almacenamiento electrónico.

60. Esos mismos razonamientos fueron válidos para reconocer en el TOIEF/WPPT, a los artistas sobre sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas, y a los productores fonográficos, el derecho exclusivo de autorizar la producción directa o indirecta de sus respectivas prestaciones o producciones, por cualquier procedimiento o bajo cualquier forma (Arts. 7 y 11), atributo que tiene especial relevancia en el mundo actual dada la posibilidad de duplicaciones “*clónicas*”, a través de la tecnología digital, facilitando así tanto la copia privada como la reproducción no autorizada con fines comerciales.

61. Nada diferente ocurre con las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales, razón por la cual parece existir consenso en cuanto a la incorporación de un derecho similar para esas actuaciones en el nuevo instrumento, sea éste un “*Protocolo*” al TOIEF/WPPT, o un Tratado independiente.

62. Tampoco es de extrañar que ese instrumento incorpore, como en el TODA/WCT y en el TOIEF/WPPT, una “*declaración concertada*” por la cual, siguiendo de cerca la redacción de tales Tratados, el derecho de reproducción, y las excepciones que a ese derecho se permiten, “*se aplican plenamente al entorno digital, en particular a la utilización de interpretaciones o ejecuciones (...) en formato digital*”, de manera que “*queda entendido que el almacenamiento de una interpretación o ejecución protegida (...) en formato digital en un medio electrónico constituye una reproducción...*” .

G. Elderecho de distribución

63. Elderecho de distribución puede verse desde dos ópticas: como un derecho de “*primera distribución*” (que para muchos ya está inmerso en el derecho de reproducción), por el cual se tiene el derecho exclusivo de autorizar o no la “*primeraventa*” (u otra forma de transferencia de la propiedad), de los ejemplares o copias de la interpretación o ejecución artística (o de la fijación que la contiene); o como un derecho amplio o “*general*” de distribución, por el cual, si bien la primeraventa agota el derecho a autorizar o no la reventa de tales ejemplares, no extingue, por el contrario, el derecho de permitir o no el alquiler o el préstamo de los mismos.

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

65. Así, de acuerdo al Artículo 8, 1 del TOIEF/WPPT, los artistas intérpretes o ejecutantes gozando del derecho exclusivo de autorizar la puesta a disposición del público del original y de los ejemplares de sus interpretaciones o ejecuciones “*fijadas en fonogramas*”, mediante venta u otra transferencia de propiedad.

66. Ese derecho no figura expresamente en la Convención de Roma, ni tampoco en el Acuerdo sobre los ADPIC.

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

68. En cuanto al tema que nos ocupa, tampoco parecieran existir dificultades para el reconocimiento de un derecho similar respecto a las interpretaciones o ejecuciones

audiovisuales, bien mediante una remisión, *mutatis mutandis*, al Artículo 8 del TOIEF/WPPT, como figura en las propuestas de la Comunidad Europea y sus Estados Miembros, así como en la de Ja pón¹³, o a través de un dispositivo propio en el nuevo instrumento (“*Protocolo*” o nuevo Tratado), como aparece en las propuestas de Estados Unidos de América¹⁴ y del Grupo Latinoamericano y del Caribe¹⁵, pero en contextos similares a los contenidos en el TOIEF/WPPT para las interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas.

69. Nada de extrañotendría tampoco que el “*Protocolo*” (o el nuevo Tratado), incorporara también una “*Declaración Concertada*”, por la cual se dederecho de distribución se refieren a las copias fijadas que pueden ponerse en circulación como objetos tangibles.

H. Elderecho de alquiler

70. El TOIEF/WPPT reconoce igualmente, 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 fonograma¹⁶ (tal como lo establece la legislación de las partes contratantes), incluso después de la distribución realizada por el intérprete o ejecutante, o con su consentimiento (Art. 9,1), derecho que no contemplado en la Convención de Roma ni en el Acuerdo sobre los ADPIC para los artistas intérpretes o ejecutantes, y que nuevamente se limita a las prestaciones incorporadas a las grabaciones sonoras.

71. En el supuesto anterior, el derecho de alquiler no se agota por el hecho de haber colocado (distribuido) los ejemplares para la venta u otro transferencia de la propiedad.

72. No obstante, a pesar de lo establecido en el Acuerdo sobre los 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 “*condición de que el alquiler comercial de fonogramas no dé lugar a un menor o 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.

73. Ahora bien, en relación a las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales, las diferentes posiciones, nacionales o regionales, apuntan hacia el reconocimiento de un derecho similar al contemplado en el TOIEF/WPPT para las interpretaciones o ejecuciones artísticas fijadas en fonogramas.

74. Sin embargo, se produce un variante, en comparación con el Tratado ya existente, tomando en cuenta que, conforme al Acuerdo sobre los ADPIC, en relación con el derecho de

¹³ V.: Documento OMPI/SCCR/2/4 . Ginebra, 11 de marzo de 1999.

¹⁴ V.: Documento OMPI/SCCR/3/7 . Ob.Cit.

¹⁵ V.: Documento OMPI/SCCR/4/7 . Ob.Cit.

¹⁶ El TODA/WCT y el TOIEF/WPPT persisten 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.

arrendamiento reconocido a los autores, se permite que quede exceptuada esa facultad respecto a las obras cinematográficas “*amenos que el arrendamiento haya dado lugar a una realización muy extendida de copias de esas obras que menos cabe en medida importante el derecho exclusivo de reproducción...*” (Art.11).

75. De allí que se haya propuesto para el nuevo instrumento sobre las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales un agregado, por el cual, el derecho de alquiler “*no será aplicable a menos que dicho alquiler comercial haya conducido a la copia generalizada de dichas interpretaciones o ejecuciones perjudicando materialmente el derecho exclusivo de reproducción*” (Estados Unidos de América ¹⁷), o que dicho derecho “*no será aplicable en el caso de una obra audiovisual, a menos que ese alquiler comercial haya dado lugar a una copia generalizada de aquélla que menos cabe considerablemente el derecho exclusivo de reproducción del intérprete*” (América Latina y el Caribe ¹⁸).

76. La diferencia entre ambos documentos, aparentemente sutil, está en que mientras la propuesta estadounidense permite la excepción en relación con cualquier interpretación o ejecución audiovisual fijada (constituya o no la fijación de una “*obra audiovisual*”), la del grupo latinoamericano y del Caribe la restringe a aquellas fijaciones de una “*obra audiovisual*”.

I. El derecho a una remuneración por la radiodifusión y comunicación al público de las interpretaciones o ejecuciones fijadas

77. De acuerdo al Artículo 15, 1 del TOIEF/WPPT, 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, derecho ya previsto en la Convención de Roma (Art. 12).

78. También, como en el Convenio de Roma, se definiere 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.

79. Así, el principio general reconoce el derecho a recibir una remuneración por la comunicación pública (de la interpretación o ejecución artística y del fonograma que la contiene), con la excepción de los casos de las transmisiones digitales “*apedito*”, en las cuales no hay un simple derecho de remuneración, sino que opera el derecho exclusivo de autorizarlas (Arts. 10 y 14), como se comentará más adelante.

80. Pero, según puede verse, ese derecho de remuneración previsto en la Convención de Roma y en el TOIEF/WPPT, está limitado, en lo que se refiere a los artistas intérpretes o ejecutantes, a las actuaciones fijadas en grabaciones sonoras.

81. Ahora bien, con relación a las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales, la posición de los países y organizaciones gubernamentales no se encuentra clara, como veremos a continuación:

¹⁷ V.: Documento OMPI/SCCR/3/7 . Ob.Cit.

¹⁸ V.: Documento OMPI/SCCR/4/7 . Ob.Cit.

- La Comunidad Europea y sus Estados Miembros son de la opinión que parece difícil aplicar *mutatis mutandis* a las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales, el Artículo 15 del TOIEF/WPPT, ya que la asimilación de “*fonogramas publicados con fines comerciales*” a las “*interpretaciones o ejecuciones fijadas, publicadas con fines comerciales*” (como en las cintas de vídeo), limitaría el alcance del derecho, pues resulta extraño que la radiodifusión de una fijación audiovisual, al contrario que en los fonogramas, se realice a partir de un soporte disponible en el mercado, razón por la cual, de acogerse este derecho, debería adaptarse a las características del sector audiovisual, para garantizar a los artistas una remuneración equitativa por la utilización directa o indirecta de las fijaciones audiovisuales con miras a la radiodifusión o a cualquier comunicación pública¹⁹.

- Los Estados Unidos de América proponen, por el contrario, que se salven las excepciones permitidas en el Artículo 11 bis del Convenio de Berna en relación con las obras literarias y artísticas, los intérpretes o ejecutantes gozando de un derecho exclusivo de autorizar, por lo que se refiere a sus interpretaciones o ejecuciones fijadas (sin exigir que se anen “*obras audiovisuales*”, expresión inicialmente sugerida²⁰ y posteriormente tachada²¹), la radiodifusión y comunicación pública de dichas interpretaciones o fijaciones. La “*generosidad*” del documento estadounidense en este sentido parece estar vinculada a la “*titularidad*” de los derechos y las presunciones de cesión a favor del productor, tema que ocupará un punto separado en este trabajo.

- La propuesta japonesa se limita a diferir a las legislaciones nacionales la posibilidad de establecer el derecho de los artistas intérpretes o ejecutantes a obtener una remuneración equitativa por la explotación de sus interpretaciones o ejecuciones grabadas en fijaciones audiovisuales²².

- El Informe de la Reunión Regional de consulta para los países de América Latina y el Caribe, no contempla ninguna proposición relativa a un derecho para los artistas intérpretes o ejecutantes (exclusivo o de remuneración), por la radiodifusión o comunicación al público de las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales fijadas²³, salvo en lo que se refiere al derecho de “*puesta a disposición*”, mediante comunicaciones digitales interactivas, tema que será estudiado subsiguientemente.

J. Elderecho de “puesta a disposición” y las transmisiones “digitales” interactivas o “a pedido”

82. Si “*transmisión*” es la difusión a distancia de elementos de información (v. gr.: obras, interpretaciones o ejecuciones artísticas, grabaciones sonoras o audiovisuales, noticias, datos), tanto por medios inalámbricos (radiodifusión) como a través de conductores físicos (hilo, cable, fibra óptica), “*transmisión digital*” es la tele-comunicación por medios digitales, desde la comunicación interpersonal -como el correo electrónico-, hasta la difusión de la información a partir de su almacenamiento digital y su recepción por el usuario a través de medios digitalizados.

¹⁹ V.: Documento OMPI/SCCR/2/4 . Ob.Cit.

²⁰ **Idem.**

²¹ V.: Documento OMPI/SCCR/3/7 . Ob.Cit.

²² V.: Documento OMPI/SCCR/2/4 . Ob.Cit.

²³ V.: Documento OMPI/SCCR/4/7 . Ob.Cit.

83. Pero la combinación de la tecnología digital con las modernas telecomunicaciones, hace que mientras la transmisión tradicional distanciamiento al usuario -receptor como un "espectador pasivo", conformado por recibir la programación dispuesta por el emisor, las transmisiones digitales transitan por redes como "Internet", que permiten comunicaciones interactivas entre quienes suministran la información y quienes la reciben, así como la interconexión directa de diversos usuarios.
84. Al enfrentarse el tema en relación con los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de grabación sonora, muchas delegaciones en los distintos Comités de Expertos convocados por la OMPI con miras al que después resultaron ser los nuevos Tratados (TODA/WCT y 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 apedidas", las que debían estar sometidas al expreso consentimiento de los respectivos titulares, en el caso del TOIEF/WPPT, los intérpretes o ejecutantes y los productores del fonograma que fijaron sus interpretaciones o ejecuciones.
85. Así, quedó aprobado en el TOIEF/WPPT el derecho de autorizarla "puesta a disposición del 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 ellas "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 fonográficos), el artista goza, en este caso, de un derecho exclusivo de autorizar las transmisiones digitales "apedidas" 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 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.
86. En todo caso -apunta la Oficina Internacional de la OMPI-, en la Comisión Principal 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 derechos exclusivos 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"²⁴.
87. Pues bien, como quiera que el TOIEF/WPPT solamente reconoce el derecho de "puesta a disposición" a los artistas de interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas (y a los respectivos productores fonográficos), se plantea entonces la posibilidad de extender o ese derecho a las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales.
88. Tal parece ser la posición más aceptada, bien mediante una remisión, *mutatis mutandis*, al Artículo 10 del TOIEF/WPPT (Comunidad Europea y sus Estados Miembros, así como Japón²⁵), o por medio de un Artículo o, de redacción propia en el nuevo instrumento

²⁴ V.: Documento OMPI/DA/COS/99/2 . San José, 8 de diciembre de 1999, p. 6.

²⁵ V.: Documento OMPI/SCCR/2/4 . Ob. Cit.

(“*Protocolo*” onuevo Tratado), pero que si guemuydecercaal Artículo 10 del TOIEF/WPPT (Estados Unidos ²⁶ y Grupo Regional de América Latina y el Caribe ²⁷).

K. Limitaciones y excepciones.

89. Nopa recen existirobjecciones para que se incorpore al nuevo Tratado un Artículo similar al contenido en el Artículo 16, 1 del TOIEF/WPPT (o haya unaremisión a él, *mutatis mutandis*, de aprobarse un “*Protocolo*” al Tratado ya existente), por el cual “*las partes contratantes podrán prever en sus legislaciones nacionales, respectodelaprotección de los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas, los mismos tipos de limitaciones o excepciones que contiene su legislación nacional respectode laprotección del derecho de autor de las obras literarias y artísticas*” .

90. Tampoco se avizora discrepancias en cuanto a incorporar al nuevo instrumento (Tratado o “*Protocolo*”), para la protección de las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales, una disposición similar a que se remita, *mutatis mutandis*, al Artículo 16, 2 del TOIEF/WPPT, mediante la cual “*las partes contratantes restringirán cualquier limitación o excepción impuesta a los derechos previstos en el presente Tratado a ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la interpretación o ejecución del fonograma ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del artista intérprete o ejecutante o del productor de fonogramas.*”

91. Nada de extrañotendría tampoco que se adoptara una “*Declaración Concertada*”, al estilo del WCT/TODA y el TOIEF/WCT, por la cual se permite a las Partes Contratantes establecer otras excepciones y limitaciones adecuadas al entorno digital, con las aclaraciones contenidas en la misma declaración ²⁸.

92. Esa “*Declaración Concertada*” no implicaría la apertura de nuevas brechas para tolerar, en el mundo digital, formas libres de uso que lesionaransinjustificación los derechos reconocidos a las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales, pues el principio de los “*usos honrados*” (a que se refiere el Artículo 9, 2 del Convenio de Berna, el Artículo 10, 2 del TODA/WCT y el Artículo 16, 2 del TOIEF/WPPT), implica la llamada prueba de los “*tres pasos*” o de los “*tres niveles*”, a saber:

- que las excepciones o limitaciones que den restringidas a ciertos casos especiales, lo que supone en previsiones legislativas expresas, de interpretación restrictiva;

²⁶ V.: Documento OMPI/SCCR/3/7 . Ob.Cit.

²⁷ V.: Documento OMPI/SCCR/4/7 . Ob.Cit.

²⁸ La “*Declaración Concertada*” al Artículo 16 del TOIEF/WPPT, reza: “*La declaración concertada relativa al Artículo 10 (sobre limitaciones y excepciones) del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor también se aplica mutatis mutandis al Artículo 16 (sobre limitaciones y excepciones) del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas*”. A su vez, la “*Declaración Concertada*” al Artículo 10 del TODA/WCT, reza: “*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 que resulten 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*” .

- que no exista allí conflicto con una explotación normal de la interpretación o ejecución artística; y,

- que la excepción no limite ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del respectivo titular.

93. Portanto -apunta Fícsor -, si bien la tecnología digital puede cambiar las condiciones de uso de las obras (interpretaciones o ejecuciones artísticas, sonoras o audiovisuales, 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 niveles ²⁹.

L. Duración de la protección

94. La duración mínima de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes en el TOIEF/WPPT aumenta el plazo de 20 años previsto en la Convención de Roma y la equivale con las previsiones del ADPIC, al establecerla en cincuenta años, contados a partir del final del año en el que la interpretación o ejecución fue fijada en el fonograma, en su caso, desde el final del año de la publicación del fonograma, 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 tal fijación ³⁰.

95. En el caso de las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales, la tendencia mayoritaria de los países y grupos nacionales parece ser la de adoptar una posición similar a la recogida en el TOIEF/WPPT, vale decir, que la duración del derecho no podrá ser inferior a los 50 años contados a partir del final del año en el que la interpretación o ejecución fue fijada.

96. Quedaría así la laguna, al menos en el plano teórico, acerca de la duración de los derechos en el caso de las interpretaciones o ejecuciones artísticas “*endirecto*” y no fijadas en un soporte físico.

M. Obligaciones relativas a las medidas tecnológicas

97. Como lo señala 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 detectar lo y hacerlas cumplir, obligar a los titulares de derechos

²⁹ V.: FÍCSOR, Mihály: “Nuevas orientaciones en el plano internacional: Los nuevos Tratados de la OMPI sobre 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.

³⁰ Existe, sin embargo, una discrepancia entre el TOIEF/WPPT (Art. 17,1) y el ADPIC (Art. 14,5), en lo que se refiere a la duración del derecho sobre las interpretaciones o ejecuciones 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 que se haya realizado la fijación “*o haya tenido lugar la interpretación o ejecución*”. Ello quiere decir que el TOIEF/WPPT no contempla expresamente el plazo de protección para las interpretaciones o ejecuciones no fijadas en fonogramas, 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.

intelectuales 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 licencias de los derechos.

98. Pero -agrega el Informe -, la técnica también puede ayudar a burlar la protección que la tecnología ha creado, razón por la cual se recomienda la reforma a las leyes de ese país para prohibir la importación, fabricación y distribución de dispositivos (u otro componente incorporado a un dispositivo o producto), o la oferta o ejecución de todos los servicios cuyo objetivo sea evitar, desviar, eliminar, desactivar o de cualquier otra manera anularlo o los medios técnicos aplicados para proteger los derechos reconocidos por la Ley.³¹

99. Con base en tales reflexiones, y el Tratado de Libre Comercio para América del Norte (TLC) obligaba a los países miembros a reprimir penalmente la fabricación, importación, venta, arrendamiento u otro acto que permitiera tener un dispositivo o sistema que sirviera de ayuda primordial para descifrar una señal de satélite codificada por un proveedor de programas, sin la autorización del distribuidor legítimo de dicha señal; ya establecer como ilícito la recepción, en relación con actividades comerciales, o la ulterior distribución de una señal de satélite codificada por un proveedor de programas, que hubiere sido descodificada sin autorización del distribuidor legítimo de la señal, o la participación en cualquier actividad de las tipificadas como delito (Art. 1707).

100. Una previsión similar figuró también en el Tratado del Grupo de los Tres, G3 (Art. 18 -07, 5y6), entre Colombia, México y Venezuela.

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

102. Por el contrario, el documento elaborado por la Oficina Internacional de la OMPI, con miras a un eventual Protocolo al Convenio de Berna, contenía una disposición dirigida a prevenir sanciones en caso de fabricación o importación para venta o alquiler, o distribución para venta o alquiler de aparatos diseñados o adaptados para los dispositivos destinados a impedir o restringir la realización de copias de obras, o a menos cabar la calidad 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 programa³².

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

104. En esencia, ambos Tratados comprometen a los Estados Miembros a proporcionar protección adecuada y recursos efectivos contra la acción de ellos o de las medidas tecnológicas efectivas que hayan sido utilizadas por los autores (o, en su caso, por los intérpretes)

³¹ 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.

³² V.: OMPI: “Derecho de Autor”. Año V. No. 3. Ginebra, 1993. p. 57.

ejecutantes o los productores de fonogramas), en relación con los derechos reconocidos en los respectivos instrumentos y que respectivamente sobre las (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.

105. Se trata entonces de una obligación que comprende un espectro más amplio que el contenido en el TLC y en el G3, ya que no se limita a ilícitos por las actividades relacionadas con los “*descodificadores*” de señales no autorizados, sino de cualquier dispositivo técnico utilizado por los titulares de derechos autorales o conexos destinados a impedir actos como la fijación o duplicación no autorizadas de las obras (WCT), interpretaciones o ejecuciones y producciones fonográficas (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.

106. Estos sistemas 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.

107. Las diferentes propuestas recibidas entorno al nuevo instrumento para las interpretaciones o ejecuciones artísticas audiovisuales (“*Protocolo*” o nuevo Tratado), coinciden en establecer allí una disposición equivalente a la contenida en el Artículo 18 del TOIEF/WPPT, sea mediante una redacción propia, aunque similar a la del Tratado existente, o bien a través de una remisión *mutatis mutandis* a dicha norma.

108. Solamente es de destacar que la propuesta estadounidense se refiere a las medidas tecnológicas utilizadas por los artistas intérpretes o ejecutantes “*osuscesionarios*”³³, para armonizar su posición con la que sostiene en relación con la “*titularidad*” de los derechos, como se estudiará posteriormente.

N. Obligaciones relativas a la información sobre la gestión de derechos

109. Es sabido que la administración colectiva de los derechos -en principio del autor, y luego también de los conexos de intérpretes 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.

110. Pero la administración personal se restringe cada vez más, en la medida en que se amplían las formas de explotación de las obras, interpretaciones y producciones, y se dificulta el control, recaudación y distribución de las remuneraciones debidas por esos usos, especialmente en el almacenamiento digital, la copia privada y las transmisiones medianteredes 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, si se quiere alentar la creatividad), con el uso remunerado de los bienes protegidos.

³³ V.: Documento OMPI/SCCR/3/7 . Ob.Cit.

111. El tema que nos ocupa a hora es el de la gestión colectiva en la realidad digital y las previsiones que al respecto contempla el TOIEF/WPPT (y su ampliación a las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales), lo que impone nuevos retos a la administración porque, como apunta Gervais, se impone la necesidad de identificar las obras y las fijaciones utilizadas 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, facilitar así mismo 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 administración ³⁴.

112. 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 obras, interpretaciones o ejecuciones y las producciones protegidas, mediante aparatos u otros artificios destinados a suprimir o alterar la información.

113. Es así como el TOIEF/WPPT (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).

114. A esos efectos, el TOIEF/WPPT tiene de por sí “*información sobre la gestión de derechos*” la que identifica al intérprete o ejecutante, a la interpretación o ejecución, al productor del fonograma o al 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 cualquier de esos elementos de información esté adjunto a un ejemplar de una interpretación o ejecución o a un fonograma, o figure en relación con su comunicación al público (Art. 19, 2).

115. Planteado el caso en relación con las interpretaciones o ejecuciones artísticas audiovisuales (sea a través de un “*Protocolo*” al TOIEF/WPPT o bien mediante un nuevo Tratado), los países y grupos nacionales coinciden en establecer allí una disposición equivalente a la contenida en el Artículo 19 del TOIEF/WPPT, en algunas propuestas por medio de un Artículo de redacción propia, aunque muy similar al del instrumento ya existente, y en otras sugiriendo una remisión *mutatis mutandis* a la misma norma.

³⁴ V.: 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.

Ñ. Formalidades

116. AlestilodelConveniodeBerna,elTOIEF/WPPTdisponequeelgoceyelejerciciode losderechosreconocidosenelTratadonoestarán subordinadosaningunaformalidad (Art. 20).

117. Lamismasituaciónseplanteaenlasdeliberacionesqueseefectúanconmirasaun “*Protocolo*” alTOIEF/WPPToaunnuevoTratadosobreinterpretacionesoejecuciones audiovisuales.

O. Reservas

118. NosepermitenreservasalTOIEF/WPPT(Art.21).

119. Enrelaciónconunnuevoinstrumentoparalaprotecciónde lasinterpretacionesoejecuciones audiovisuales,taleslaposición sostenidaporlaComunidadEuropeaysus Estadosmiembrosy por los Estados Unidos de América³⁵, pero el Grupo de América Latina y el Caribe (GRULAC) ha manifestado que se pronunciará sobre este punto luego de que los Artículos relativos a los distintos derechos tengan una redacción definitiva³⁶.

P. Disposiciones sobre la observancia de los derechos

120. En los diversos Comités de Expertos que precedieron a la Conferencia Diplomática que aprobó el *TODA/WCT* y el *TOIEF/WPPT*, la Oficina Internacional de la OMPI informó sobre las escasas disposiciones contenidas en los Convenios de Berna y Roma en relación con el ejercicio de los derechos, razón por la cual propuso una serie de disposiciones adjetivas para su inclusión en un eventual Protocolo al Convenio de Berna y al posible nuevo instrumento para la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas.

121. Durante las deliberaciones, buena parte de las delegaciones gubernamentales opinaron que las disposiciones del nuevo tratado 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 contexto de los convenios en materia de derechos 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

122. La decisión final de la Conferencia Diplomática fue la de desechar ambas posiciones y, en su lugar, se aprobó un Artículo de “*principios*” o de “*buenas intenciones*”, por el cual las Partes Contratantes se comprometían a adoptar, de conformidad con sus sistemas jurídicos, las medidas necesarias para asegurar la aplicación del nuevo Tratado, ya 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,

³⁵ V.: Documento OMPI/SCCR/2/4 . Ob.Cit.

³⁶ V.: Documento OMPI/SCCR/4/7 . Ob.Cit.

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

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).

123. En cuanto a la protección de las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales (a través de un “Protocolo” al TOIEF/WPPT mediante un nuevo Tratado), existen coincidencias para establecer en el nuevo instrumento una disposición equivalente a la contenida en el Artículo 23 del TOIEF/WPPT, sea por medio de un Artículo de redacción propia, aunque muy similar a la del Tratado ya existente, o bien sugiriendo una remisión *mutatis mutandis* a la misma norma.

Q. Latitudaridad de los derechos

124. Parece evidente que el “titular originario” de los derechos debe ser el propio artista intérprete o ejecutante, pero subsisten arduas discusiones en cuanto a la posibilidad de permitir una “titularidad derivada”, mediante una presunción de cesión, en cabeza del productor de la obra (o de la fijación) audiovisual.

125. Así, el cuadro comparativo realizado por la Oficina Internacional de la OMPI en relación con las propuestas recibidas hasta el 28 de febrero de 1999³⁸, reflejaba posiciones tan contrapuestas como las siguientes:

- La tesis de Estados Unidos, por la cual una vez que el intérprete o ejecutante diera su consentimiento para la fijación audiovisual de su prestación artística, debía considerarse que había cedido sus derechos exclusivos de autorización concedidos en virtud del nuevo Tratado, al productor de la obra audiovisual y a sus derechohabientes, con sujeción a cláusulas contractuales escritas para lo contrario.

- En sentido opuesto, el documento presentado por la Comunidad Europea y sus Estados Miembros mediante el cual manifestó que no podía apoyar una disposición internacional de este tenor, porque implicaría cambios importantes en las prácticas contractuales de numerosos países que ya se encuentran sujetas en grados distintos a la presunción de cesión y podría perturbar equilibrios consolidados, razón por la cual debería concederse una flexibilidad lo más amplia posible a las partes contratantes para aplicar al respecto sus propias legislaciones nacionales, incluida la posibilidad de incluir o mantener disposiciones sobre la cesión de derechos, de acuerdo a su tradición jurídica y consideraciones internas.

- En posición intermedia, la propuesta japonesa sugería disponer que un intérprete o ejecutante que se haya propuesto aportar su contribución artística a la fabricación de una fijación audiovisual, no puede oponerse, salvo contrato contrario o especial, a la reproducción, distribución, alquiler o puesta a disposición de su interpretación o ejecución incorporada a la fijación audiovisual.

- Una sugerencia cercana a la anterior, fue presentada por algunos estados de América Latina y el Caribe, según la cual en el caso de que un intérprete o ejecutante autorice la inclusión de su interpretación o ejecución en una fijación audiovisual, deberá aplicarse, *mutatis mutandis*, la disposición de la letra b) del párrafo 2 del Artículo 14 *bis* del Convenio de Berna³⁹.

³⁸ V.: Documento OMPI/SCCR/2/4 . Ob.Cit.

³⁹ Del Convenio de Berna, Art. 14 *bis*: ... 2, a) “La determinación de los titulares del derecho de autor sobre la obra cinematográfica queda reservada a la legislación del país en que la protección se reclama”. 2, b) “Sin embargo, en los países de la Unión en que la legislación reconoce entre estos

[Siguela nota en la página siguiente]

- La Delegación de Brasil propuso omitir toda disposición sobre arreglos contractuales referentes a los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes en la radiodifusión o comunicación pública.

- La propuesta canadiense, un tanto complicada en su redacción, plantea, en resumen, que cada una de las partes contratantes podrá declarar, mediante instrumento depositado ante el Director General de la OMPI, que una vez que un artista intérprete o ejecutante nacional de esa parte contratante (o con independencia de su nacionalidad, como variante de la misma propuesta), haya consentido en la fijación de su interpretación o ejecución en la obra audiovisual por un nacional de esa misma parte contratante, se considerará que ha transferido todos los derechos exclusivos reconocidos en el Tratado al productor de dicha obra (o al autor o al primer titular del derecho de autor sobre la misma, como variantes previstas también en el documento canadiense), salvo acuerdo en contrario expresado por escrito. Agregó el Artículo propuesto por Canadá que cuando una parte contratante formule la mencionada declaración, ésta resultará aplicable [y obligatoria] en todas las otras partes contratantes.

126. Con posterioridad, un grupo de países africanos sugirió un dispositivo por el cual cuando no existan ninguna estipulación contractual en contrario, cualquier cesión, mediante acuerdo por ministerio de ley, de cualquier derecho exclusivo de autorización reconocido al intérprete o ejecutante en virtud del nuevo Tratado (o Protocolo), *“se regirá por la legislación del país que esté más estrechamente relacionado con la obra audiovisual en particular”*. Agregando los criterios para determinar el país que debía considerarse *“el más estrechamente relacionado con la obra audiovisual”*⁴⁰.

127. Analizadas las anteriores posiciones, se entendía entonces la generosidad de las propuestas presentadas por los Estados Unidos en cuanto a los derechos exclusivos que debían reconocerse a los artistas intérpretes o ejecutantes sobre sus prestaciones fijadas audiovisualmente, ya que tales derechos, de acuerdo al dispositivo también sugerido por ese país, se presumían cedidos al productor, lo que hizo preguntar a varias delegaciones no gubernamentales que intervinieron en el Comité Permanente, si se estaba discutiendo un instrumento para beneficiar a los intérpretes o ejecutantes o en provecho de los productores.

128. Durante las deliberaciones de la cuarta sesión del Comité Permanente, la India apoyó la posición estadounidense, aclarando que esa presunción de cesión no debía comprender los derechos morales ni los de remuneración⁴¹.

129. Estados Unidos, a su vez, presentó un extenso documento justificativo de su posición donde, en síntesis, aclaraba, en primer lugar, que la disposición sugerida en cuanto a la presunción de cesión no debería extenderse a los derechos morales ni a los derechos de remuneración; en segundo lugar, que tal presunción debería aplicarse a una producción audiovisual determinada, por la cual el artista recibe una remuneración por la fijación, por su

[Continuación de la nota de la página anterior]

titulares a los autores de las contribuciones aportadas a la realización de la obra cinematográfica, éstos, una vez que se han comprometido a aportar tales contribuciones, no podrán, salvo estipulación en contrario o particular, oponerse a la reproducción, distribución, representación y ejecución pública, transmisión por hilo al público, radiodifusión, comunicación al público, subtitulado y doblaje de los textos, de la obra cinematográfica”.

⁴⁰ V.: Documento OMPI/SCCR/4/8. Ginebra, 13 de abril de 2000.

⁴¹ V.: Documento OMPI/SCCR/4/6. Ginebra, 18 de abril de 2000.

utilización en su producción y por el derecho a distribuirla, además de una retribución suplementaria por la distribución de la producción, bien por contrato, a través de negociaciones colectivas, por disposición legislativa o por una combinación de ellos; en tercer lugar, que dicha presunción debería admitir prueba escrita en contrario; en cuarto lugar, que la presunción propuesta no debería exigir a los países que modifiquen sus sistemas de cesión de derechos de los artistas a los productores; y, en quinto lugar, que las disposiciones sobre cesión de derechos deberían ser simples y directas, pero ofreciendo seguridad para la distribución de las obras en el mundo entero ⁴².

130. En respuesta a las posiciones de otros países o grupos nacionales, el documento estadounidense criticó la posición europea, alegando que una ausencia de presunción daría lugar a constantes controversias y a una situación de inseguridad al hora de determinar qué legislación sería aplicable a una producción, entre las legislaciones de varios países y cómo debería interpretarse. En cuanto a la posición canadiense, el documento advierte sobre las dificultades que podrían presentarse cuando, por ejemplo, el productor y los diversos intérpretes o ejecutantes en la obra audiovisual tienen nacionalidades diferentes y, además, es distinto el lugar de la realización de la película, etc. Por lo que se refiere a las sugerencias de Japón y el Grupo Latinoamericano y del Caribe, apunta Estados Unidos que *“tienen inconveniente de tener un alcance amplio, ya que no limitan la imposibilidad de oponerse a la cesión a la obra en la que ha tomado parte el artista intérprete o ejecutante”*. Y finalmente, el mismo documento parece admitir la posibilidad de negociar sobre la base de la posición de algunos países africanos, ya expuesta *supra*, reconociendo que *“tiene la ventaja de que no obliga a ningún país a cambiar la legislación aplicable a sus propias producciones audiovisuales y no disminuye el poder de negociación de los artistas intérpretes o ejecutantes”*, aunque *“plantea la complicada cuestión de determinar el país que está relacionado más estrechamente con el acuerdo”*. ⁴³

[Fin del documento]

⁴² V.: Documento OMPI/SCCR/4/4 . Ginebra, 6 de abril de 2000.

⁴³ **Idem.**