

**Aspectos relevantes del Tratado de Beijing
sobre interpretaciones y ejecuciones audiovisuales y su
relevancia en el ordenamiento jurídico colombiano**

ANA MILENA BULA PÁEZ*

CARLOS AUGUSTO ROMÁN CASTAÑEDA**

* *Abogada, Magíster en Derecho de la Empresa y los Negocios, Especialista en Derecho Urbano.*

** *Abogado, Magíster en Derecho de la Empresa y los Negocios, Especialista en Derecho Contractual y Relaciones Jurídico Negociales.*

I. Introducción

El Tratado de Beijing se ha convertido en el primer instrumento internacional en reconocer una protección especial para los artistas intérpretes o ejecutantes de obras audiovisuales, constituyendo así un avance fundamental que articula esfuerzos que de manera aislada han hecho algunos Estados, pretendiendo otorgar una protección más o menos uniforme a quienes se dedican a las artes audiovisuales en su rol de artistas intérpretes o ejecutantes, pese a los esfuerzos que en su momento se hicieron con la Convención de Roma de 1961 y el Tratado de la OMPI sobre Interpretaciones y Ejecuciones y Fonogramas de 1996.

Con este tratado se pretende salvaguardar los intereses de los artistas con respecto a la utilización no adecuada que terceros pueden hacer de sus obras, fijadas o no fijadas, concediendo derechos exclusivos de autorización para la explotación de sus obras.

Teniendo en cuenta lo anterior, con este trabajo buscamos estudiar de manera detallada los aspectos más relevantes del Tratado de Beijing, que pretenden generar valores agregados frente a los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes de obras audiovisuales, partiendo del análisis de sus principales antecedentes normativos internacionales, con el fin de poder comprender su contexto, el contenido de sus principales disposiciones y la revisión de las principales críticas que se han hecho sobre los mismos; para luego abordar su ámbito de aplicación en el caso colombiano.

II. Antecedentes

El Tratado de Beijing de 2012 sobre interpretaciones y ejecuciones audiovisuales ha tenido que recorrer un largo camino para su formación, destacando como sus principales antecedentes el Convenio de Berna para la Protección de Obras Literarias y Artísticas de 1886, la Convención de Roma sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión de 1961 y el Tratado de la OMPI

sobre Interpretaciones y Ejecuciones y Fonogramas (TOIEF) de 1996.

En el año de 1886 surge el Convenio de Berna para la Protección de Obras Literarias y Artísticas que tuvo como principal propósito la protección de las creaciones literarias y artísticas, otorgando derechos patrimoniales y morales a los autores de las obras protegidas.

Dicho convenio aborda la protección de las obras y los derechos de autor, brindando a los creadores como los autores, músicos, poetas, pintores, entre otros, los medios para controlar quién usa las obras y las condiciones en que se hace.¹

En 1939, luego de haberse presentado importantes avances tecnológicos, que permearon el mundo del arte y las letras, se generó una crisis de desempleo de los artistas, en la cual intervino la Organización Internacional del Trabajo – OIT con el fin de buscar soluciones más justas para los afectados, propiciando una serie de reuniones nacionales e internacionales, lideradas por grupos profesionales, en las cuales también participaron productores de fonogramas y organismos de radiodifusión, con el objeto de reconocer los derechos de los artistas. A partir de estos esfuerzos por el reconocimiento de sus derechos, se impulsó una Convención Internacional bajo el liderazgo de la OIT, a la cual se integraron la UNESCO y la Unión de Berna, que dio como resultado la adopción de la Convención de Roma de 1961.²

Si bien es cierto que la Convención de Roma fue un gran avance en materia de protección a los derechos de autor para los artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y los

¹ “Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas”, disponible en <http://www.wipo.int/treaties/es/ip/berne/>

² Ana Grettel Coto, “El Tratado de Beijing: la perspectiva de la comunidad de artistas intérpretes y ejecutantes”. Ponencia presentada en la reunión subregional de la OMPI para los países centroamericanos y la República Dominicana sobre los tratados de Beijing y Marrakech; Organizado por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) y el Centro Nacional de Registros (CNR) San Salvador, 19 y 20 de noviembre de 2015 disponible en http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/ompi_da_sal_15/ompi_da_sal_15_sesion9_c.pdf

organismos de radiodifusión, se puede observar cómo este instrumento resultó ser una limitante para los derechos de autor al no incluir protección de los derechos morales. Además, se negó “de manera expresa cualquier tipo de derecho patrimonial a las fijaciones audiovisuales. De este modo, en 1961 se dio inicio a una larga etapa discriminación entre la protección de los derechos de propiedad intelectual de las grabaciones sonoras y las audiovisuales en el terreno internacional”³

Por este motivo, se afirma que este instrumento, a pesar de otorgar cierta protección a los ejecutores de obras sonoras, dejó rezagada la protección para los ejecutores de obras audiovisuales.⁴

Buscando dar una solución a la protección de las obras y ante los constantes avances tecnológicos, se concibe al interior de la OMPI, como una iniciativa de varias instituciones, el Tratado de la OMPI sobre Interpretaciones y Ejecuciones y Fonogramas (TOIEF), que se suscribió en 1996 con el propósito de otorgar protección a los derechos de los artistas y su participación en las producciones, incluyendo significativos avances en cuanto a los derechos de propiedad intelectual de las interpretaciones y ejecuciones sonoras, pero excluyendo de su campo de acción las actuaciones y fijaciones audiovisuales.

Tenemos entonces como las principales ventajas del TOIEF las siguientes:

“a) Ampliación de la definición de artista, intérprete o ejecutante para las obras literarias o artísticas o expresiones del folklore (cuya inclusión ha defendido FILAIE ante el Comité Intergubernamental de forma reiterada).

b) Reconocimiento de derechos morales de los artistas.

³ Federación Internacional de Actores, Guía de la FIA Para El Tratado de Beijing sobre Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales de la OMPI, p. 2. Disponible en http://beijingtreaty.com/fileadmin/user_upload/News/Documents/2014/Sept/BTAP_Manual_ES.pdf

⁴ Aaron X. Fellmeth, “Introductory Note to the Beijing Treaty on Audiovisual Performances”, *International Legal Materials*, Vol. 51, 2012, pp. 1211-1222, disponible en <http://heinonline.org>

- c) Derechos de los artistas, de carácter patrimonial, por sus interpretaciones o ejecuciones no fijadas.
- d) Derechos patrimoniales de reproducción, distribución, alquiler, puesta a disposición (específico y referido al campo digital)
- e) Derecho a remuneración por radiodifusión y comunicación al público.
- f) Extensión del plazo de protección a 50 años.”⁵

No obstante lo anterior, a pesar de haberse dejado por fuera del alcance de este tratado la protección de las fijaciones audiovisuales, como fue la intención en un principio, se siguieron presentando iniciativas en este sentido, las cuales posteriormente dan origen al Tratado de Beijing, como se explicará a continuación.

III. El Tratado de Beijing

1. Formación del Tratado de Beijing sobre Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales de 2012

El Tratado de Beijing nace ante la imposibilidad de acordar una protección similar a la acordada para las interpretaciones, ejecuciones y fonogramas que se materializaron en el TOIEF en 1996. Es así como en 1997, bajo el liderazgo de Estados Unidos, las partes iniciaron negociaciones de forma separada para incluir una protección a las ejecuciones audiovisuales como un protocolo anexo al TOIEF o, como finalmente resultó, un tratado independiente.⁶

Así las cosas, en la conferencia diplomática sobre ejecuciones audiovisuales de la OMPI en el año 2000, se presentaron algunos avances a pesar de las dificultades y se lograron acordar 19 artículos, pero no se llegó a un consenso en relación con la transferencia de derechos de los intérpretes, lo que hoy se encuentra definido en el artículo 12 del Tratado. Los problemas surgieron

⁵ Op. cit. Ana Grettel Coto.

⁶ Op. cit. Aaron X. Fellmeth.

debido a las diferencias existentes entre la Unión Europea y los Estados Unidos en torno a quien debía ser el titular de los derechos cuando los ejecutores de las obras audiovisuales eran contratados por los productores, el ejecutor o el productor. La Unión Europea defendía la posición de los actores y los Estados Unidos la de los productores, centrando la discusión en las posibles consecuencias que se derivasen de una estipulación que perjudicara la industria cinematográfica. Para dilucidar el asunto, la Unión Europea propuso dejar estas disposiciones por fuera del Tratado y en su lugar, dejar a los Estados signatarios regular dichas situaciones con leyes internas. A pesar de los esfuerzos, en esa oportunidad tampoco fue posible lograr un acuerdo sobre el texto del Tratado.⁷

Hasta el año 2010, con el compromiso hecho entre los Estados Unidos, India, México y la Unión Europea, se acordó finalmente el texto de lo que se conoce como el artículo 12 del Tratado de Beijing, dejando a potestad de las partes incluir dentro de su legislación interna, una estipulación en la cual se indicara que luego de que el intérprete ha consentido en la fijación audiovisual de su trabajo, sea el productor quien ejerza los derechos exclusivos de autorización. Con el fin de superar la discusión y avanzar en la adopción del Tratado, se pactó que el derecho exclusivo de autorización admitiera pacto en contrario entre el productor y el intérprete.⁸

Finalmente, en septiembre de 2011 la Asamblea General de la OMPI convino una nueva conferencia para completar el tratado, la cual se llevó a cabo en la ciudad de Beijing entre el 20 y el 26 de junio del año 2012, recibiendo en el transcurso de ella el apoyo de muchos actores de renombre en torno a la adopción del tratado.⁹

No obstante lo anterior, el Tratado aún no entra en vigor ya que ello ocurrirá sólo tres meses después de que treinta partes lo hayan ratificado o se hayan adherido a él con las formalidades del caso.

⁷ “The Long Journey to Beijing”, *Managing Intellectual Property*, Vol. 42, 2012, disponible <http://heinonline.org>

⁸ Op. cit. Aaron X. Fellmeth.

⁹ *Ibidem*.

En la actualidad, de acuerdo con la información del sitio web de la OMPI el tratado ha sido ratificado sólo por dieciséis Estados parte.¹⁰

En Colombia, el 15 de junio de 2017, fue aprobado el proyecto de ley N° 192-2016 Senado y 204-2016 Cámara, con lo cual el país se sumaría a los dieciséis que ya han ratificado el texto del Tratado que aún espera por su entrada en vigencia.

Luego del largo camino de aprobación del Tratado de Beijing y la evolución que ha tenido la protección de los derechos de los intérpretes de obras audiovisuales, es preciso adentrarse en el estudio de este Tratado en torno a sus objetivos, sus principales disposiciones y la relevancia de su contenido.

2. *Objetivos*

Tal y como se observa en el capítulo de antecedentes, el Tratado de Beijing tuvo como principal objetivo equiparar la protección que ya se había otorgado en el TOIEF en materia de protección a los derechos de autor de los intérpretes de obras sonoras a los intérpretes de obras audiovisuales. En este sentido, “el Tratado de Beijing conlleva el reconocimiento de que toda interpretación y ejecución de obras literarias, artísticas o expresión de folklore merecen ser protegidas independientemente de su naturaleza”¹¹, y siguiendo lo indicado en el preámbulo del Tratado, esta protección debe darse de la forma más “eficaz y uniforme posible”.

Es así como las disposiciones del TOIEF y del Tratado de Beijing encuentran una gran semejanza. Recuérdese que diecinueve de los artículos que forman parte del Tratado de Beijing fueron redactados y acordados durante la conferencia diplomática sobre ejecuciones audiovisuales de la OMPI en el año 2000, que surgió como consecuencia del TOIEF aprobado en 1996.

¹⁰ “Tratados administrados por la OMPI”, disponible en http://www.wipo.int/treaties/es/ShowResults.jsp?lang=es&treaty_id=841

¹¹ Op. cit. Federación Internacional de Actores, p. 2.

El Tratado de Beijing no solo otorga, como en el caso de la ley colombiana 1403 de 2010 o ley Fanny Mickey, derechos patrimoniales a los intérpretes de obras audiovisuales sobre sus fijaciones audiovisuales, sino que va más allá, pues cubija los derechos patrimoniales, los de autorización y los morales, sobre las interpretaciones audiovisuales fijadas o no fijadas en obras audiovisuales. Así las cosas, de acuerdo con lo indicado en el preámbulo del tratado, una parte importante de su regulación está encaminada a la protección de los derechos de autor frente a las nuevas condiciones “económicas, sociales, culturales y tecnológicas”, de cara a la gran evolución que han mostrado las tecnologías de la información y la comunicación en las producciones audiovisuales, su reproducción y utilización, en donde deben ser protegidos de manera más adecuada los intérpretes de estas obras o ejecuciones audiovisuales.

3. Principales disposiciones del Tratado de Beijing

El Tratado de Beijing contiene treinta artículos de los cuales veinte corresponden a la parte sustantiva y los diez restantes a asuntos de la administración del Tratado y demás reglas institucionales.

Para los efectos de la presente investigación, procederemos a exponer aquellas disposiciones que se consideran más relevantes de cara a la contribución que hace el tratado en la protección de derechos de autor de los intérpretes audiovisuales.

3.1. Derechos Patrimoniales

En términos generales, el Tratado de Beijing contiene disposiciones de gran relevancia en torno a la protección de derechos patrimoniales a los artistas, intérpretes o ejecutantes de obras audiovisuales, fijadas o no fijadas, con un catálogo de derechos que permitirían una protección efectiva en un entorno económico, social, cultural y tecnológico como el que vivimos en la actualidad.

Los derechos patrimoniales sobre interpretaciones o ejecuciones audiovisuales, de conformidad con las disposiciones del tratado; son los que se exponen a continuación:

3.1.1. Derecho de reproducción

El artículo 7 de la convención de Beijing en relación con el derecho de reproducción, indica que:

“Los artistas intérpretes o ejecutantes gozarán del derecho exclusivo a autorizar la reproducción directa o indirecta de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fijaciones audiovisuales, por cualquier procedimiento o bajo cualquier forma.”

En este sentido, de conformidad con la declaración concertada de este artículo, se tiene que el mismo es aplicable plenamente al “entorno digital, en particular a la utilización de interpretaciones o ejecuciones en formato digital”. De acuerdo con ello, se entiende que todo almacenamiento digital de una interpretación protegida en un medio electrónico, constituye una reproducción, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7 del Tratado.

Siguiendo esta idea, se puede afirmar que el derecho de reproducción ha adquirido vital importancia si tenemos en cuenta el entorno digital y tecnológico que atravesamos, en el que las obras audiovisuales fijadas pueden ser copiadas o reproducidas con una gran facilidad y rapidez, lo que implica que en muchos casos se encuentren disponibles en el mercado obras que no cuentan con la debida autorización de reproducción por parte de los artistas intérpretes, ejecutantes o en su defecto de quienes ostentan este derecho en virtud de la cesión del mismo, como puede ser el caso de los productores de obras audiovisuales.¹²

Ahora bien, tal y como lo indica Ysolde Gendrau:

“El derecho de reproducción es tan antiguo como el derecho de autor, y las obras artísticas vienen dando testimonio de la creatividad humana desde tiempos inmemorables. Sin embargo, como muchas de las cosas que no son familiares, el derecho de

¹² Mauro Fernando Leturia y María Susana Tabieres, “Derechos de Propiedad Intelectual. Análisis sobre su naturaleza, aplicación y efectos”, Editora Platense, La Plata, 2014, p. 101, disponible en <https://latam.vlex.com/p/vlex-global/>

reproducción y la protección que se otorga a las obras artísticas a menudo se subestiman y se relegan al último plano. Fue sólo en la Conferencia de Revisión, celebrada en Estocolmo en 1967, donde se consagró oficialmente el derecho de reproducción que la convención de Berna reconoce en su artículo IX, aun cuando lo que estaba en realidad sobre el tapete en la primera ley sobre derecho de autor, la Ley de la Reina Ana de 1710, era el control de la reproducción de las obras.”¹³

De esta manera, Gendrau, al referirse al derecho de reproducción, indica que “[...] este además de ser la columna vertebral del derecho de autor, es tal vez una de sus más importantes prerrogativas y ha evolucionado de tal modo que el estado actual del derecho invita a asumirlo como primer candidato al título de prerrogativa sugerida de la difusión de obras por internet.”¹⁴

Por su parte este derecho de reproducción ha sido definido como “copiar o fabricar idénticamente, por ejemplo, duplicando el original.”¹⁵

De acuerdo con lo expuesto y siguiendo lo establecido en el artículo 7 del Tratado de Beijing, es innegable la importancia del derecho exclusivo de reproducción que tienen los artistas intérpretes o ejecutantes de obras audiovisuales fijadas, ya que dicha Convención, al disponer que ellos tengan ese derecho a autorizar su comunicación o radiodifusión al público, hace que surja en cabeza de estos el derecho a percibir una remuneración equitativa por la utilización directa o indirecta para la radiodifusión o comunicación.

Ahora bien, la autorización que dé el intérprete o ejecutante de obras audiovisuales para que se haga la reproducción directa o indirecta de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en obras au-

¹³ Ysolde Gendrau, “El derecho de reproducción e internet”, Traducción de Jeanne Martínez-Arretz, Revista de Derecho Privado, N° 4, julio de 1998/diciembre de 1999, Universidad Externado de Colombia, p. 177, disponible en <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/671/634>

¹⁴ *Ibídem*, p. 178.

¹⁵ André Lucas y Henri-Jacques Lucas, “Traité de la Propriété Littéraire et Artistique”, Litec, París, 1994, p. 217.

diovisuales, conlleva a que este exprese de forma inequívoca la intención de autorizar su reproducción. Sin embargo, pese a que no se establecen formalidades legales para su autorización, se pensaría que la forma adecuada debe ser el escrito.

Por otro lado, debemos dejar planteado el siguiente interrogante: ¿frente a una relación de carácter laboral, se puede entender que la reproducción ha sido autorizada por el intérprete por el sólo hecho de haber celebrado un contrato de trabajo? La respuesta a este interrogante la abordaremos en detalle cuando nos refiramos a la cesión de derechos patrimoniales en el capítulo cuarto de este escrito (críticas al Tratado de Beijing).

3.1.2. Derecho de distribución

El artículo 8 del Tratado de Beijing, indica:

“1. Los artistas intérpretes o ejecutantes gozarán del derecho exclusivo a autorizar la puesta a disposición del público del original y de los ejemplares de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fijaciones audiovisuales, mediante venta u otra transferencia de propiedad.

2. Nada de lo dispuesto en el presente tratado afectará a la facultad de las Partes Contratantes para determinar las condiciones, si las hubiera, en las que se aplicará el agotamiento del derecho mencionado en el párrafo 1 después de la primera venta u otra transferencia de propiedad, con autorización del artista intérprete o ejecutante, del original o de un ejemplar de la interpretación o ejecución fijada.”

En este sentido, tenemos que el derecho de distribución es conocido doctrinariamente como la facultad por medio de la cual se autoriza “la puesta a disposición del público de la fijación original como objeto tangible o de sus reproducciones autorizadas mediante venta u otra transferencia de propiedad.”¹⁶

De acuerdo con esto, corresponderá a las partes de una relación artista – productor o artista - distribuidor “decidir si este de-

¹⁶ Op. cit. Federación Internacional de Actores, pp. 17-18.

recho cesa o en qué medida deja de existir luego de la primera venta o transferencia de propiedad autorizada, de la fijación original o su copia tangible legal (lo que haría, por ejemplo, la venta de segunda mano de un DVD totalmente legal). El tratado reconoce que éste es un derecho exclusivo.”¹⁷

Conforme a lo anterior, encontramos como el derecho de distribución en el Tratado guarda estrecha coherencia con los fines que el mismo busca, en el sentido de otorgar una protección a los artistas, intérpretes o ejecutantes de las obras audiovisuales, garantizando que, para que pueda existir una distribución de las obras en las que estos participan se deba contar con su autorización, de manera que se reconozcan económicamente sus derechos.

Ahora bien, se observa, según el texto del artículo 8, que queda en cabeza de los Estados contratantes, suscriptores del Tratado de Beijing, indicar en qué condiciones se aplicaría el agotamiento del derecho de distribución de los artistas intérpretes o ejecutantes luego de realizada “la primera venta u otra transferencia de propiedad”. De acuerdo con esto, consideramos que los Estados contratantes deberán tener sumo cuidado al momento de fijar las condiciones para el ejercicio del derecho de distribución, so pena de terminar limitando su ejercicio en detrimento de los derechos que busca proteger el Tratado en cabeza de los artistas intérpretes o ejecutantes.

Por otro lado, es preciso señalar, que según la nota aclaratoria del artículo 8 del Tratado de Beijing, cuando en este se hable de “original y ejemplares”, se hace referencia exclusivamente a ejemplares fijados que pueden ponerse en circulación como objetos tangibles, por lo que no podría haber distribución sobre obras no fijadas o que no cuenten con su materialización o con una forma de ser percibidas de manera precisa.

3.1.3. Derecho de alquiler

El artículo 9 del Tratado de Beijing, indica:

¹⁷ *Ibidem*, p. 18.

“1. Los artistas intérpretes o ejecutantes gozarán del derecho exclusivo a autorizar el alquiler comercial al público del original y de los ejemplares de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fijaciones audiovisuales, según lo dispuesto en la legislación nacional de las Partes Contratantes, incluso después de su distribución realizada por el artista intérprete o ejecutante o con su autorización.

2. Las Partes Contratantes estarán exentas de la obligación establecida en el párrafo 1, a menos que el alquiler comercial haya dado lugar a una copia generalizada de esas fijaciones que menoscabe considerablemente el derecho exclusivo de reproducción de los artistas intérpretes o ejecutantes.”

Sobre este derecho es preciso indicar que con anterioridad al Tratado de Beijing, en Colombia la ley Fanny Mickey o ley 1403 de 2010, que modificó el artículo 168 de la ley 23 de 1982, se refirió al derecho de alquiler indicando que “los artistas intérpretes de obras y grabaciones audiovisuales conservarán, en todo caso, el derecho a percibir una remuneración equitativa por la comunicación pública, incluida la puesta a disposición y *el alquiler comercial al público*, de las obras y grabaciones audiovisuales donde se encuentren fijadas sus interpretaciones o ejecuciones.” (Subrayado ajena al texto).

Por su parte, en el tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (TOIEF), se trató el tema del derecho de alquiler de una forma casi idéntica a la del Tratado de Beijing, sin embargo, se dio cabida para que aquellos países que al 15 de abril de 1994 contaran con un sistema de remuneración equitativa, no aplicaran el derecho de autorización, sino que continuaran con su sistema, creando una excepción para la aplicación del derecho. Por su parte, en el Tratado de Beijing se permite que los Estados contratantes no acojan este derecho, al igual que en el TOIEF, a no ser que existan copias generalizadas no autorizadas, en virtud de alquileres no autorizados, que menoscaben considerablemente el derecho de los artistas intérpretes o ejecutantes a autorizar el alquiler, caso en el cual se deberán defender más férreamente los derechos de los artistas, intérpretes o ejecutantes otorgando de

manera obligatoria su derecho exclusivo de alquiler en la legislación nacional en dichos casos.¹⁸

A pesar de lo provechosa que es la disposición contenida en el Tratado de Beijing, consideramos que al dejar sometida la aplicación de derecho de alquiler a la legislación nacional de cada uno de los Estados contratantes se le resta importancia al Tratado, pues esta disposición no contribuye a crear un clima de unidad en la aplicación de este tipo de preceptos para todos los Estados que se adhieran al mismo.

Así las cosas, por ejemplo, en el caso colombiano, el artista intérprete o ejecutante podría tener un derecho exclusivo, según se desprende del Tratado de Beijing, con una remuneración equitativa derivada de lo dispuesto en la Ley 1403 de 2010, pues nada obsta para que las dos disposiciones no sean complementarias y coincidan en su aplicación. No obstante, lo anterior podría generar dificultades en el caso que los Estados contratantes, además de la exclusividad, contemplen derechos diferentes a la remuneración equitativa.

3.1.4. Derecho a poner a disposición interpretaciones y ejecuciones fijadas

El artículo 10 del Tratado de Beijing, dispone lo siguiente:

“Los artistas intérpretes o ejecutantes gozarán del derecho exclusivo a autorizar la puesta a disposición del público de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fijaciones audiovisuales, por medios alámbricos o inalámbricos, de tal manera que los miembros del público puedan tener acceso a ellas desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija.”

Este derecho de poner a disposición interpretaciones y ejecuciones fijadas que se le otorga a los artistas intérpretes o ejecutantes de obras audiovisuales, ha sido reconocido por la doctrina como un derecho relativamente nuevo dentro del marco de los derechos patrimoniales de autor.

¹⁸ *Ibidem*, p. 18

Algunos autores hacen referencia a la directiva comunitaria 2001/29, la cual consagra dicho derecho en el marco de los derechos patrimoniales de autor, refiriéndose a cómo debido a los avances de las nuevas tecnologías e internet se ha visto la necesidad de proteger a los autores respecto a estas nuevas circunstancias, de tal manera que se garantice un disfrute patrimonial por la explotación de las obras en el entorno digital.¹⁹

Para ellos, el derecho a puesta a disposición, en el marco de la Directiva Comunitaria 2001/29, se refiere a aquel mediante el cual se realiza una transmisión interactiva que “se caracterizan por el hecho de que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que ella misma elija. Por consiguiente, el impacto de este nuevo derecho dependerá en los servicios que se consideren incluidos bajo el término “transmisiones interactivas bajo demanda”.²⁰

Por otro lado, en relación con el mismo derecho, en Estados Unidos existe una discusión sobre su existencia en la legislación de dicho país pese a que en el mismo se han suscrito algunos tratados en que se incorpora el derecho de puesta a disposición.²¹

En este sentido, se ha afirmado que algunos tribunales estadounidenses han reconocido el derecho a la puesta a disposición como parte del derecho de distribución; interpretación que a la luz de los tratados internacionales suscritos por Estados Unidos parece no ser la correcta, pues los mismos excluyen dicha interpretación.

Así las cosas, tratados como el de la OMPI sobre interpretaciones y ejecuciones y fonogramas (TOIEF) de 1996, el Tratado de la OMPI sobre derechos de autor (TODA) de 1996, ratificados

¹⁹ Jaime Castellano Cachero, Claudio Feijoó González, Jorge Pérez Martínez, “Propiedad Intelectual e Internet. El nuevo derecho a Puesta a Disposición”, Revista Telos, N° 54 segunda época, enero – marzo 2003, disponible en <https://telos.fundaciontelefonica.com/telos/articuloderecho.asp?idarticulo=1&rev=54.htm>

²⁰ *Ibidem*.

²¹ Steven Seidenberg, “Existencia Confusa del Derecho de ‘Puesta a Disposición’ al Público en la Legislación de EE.UU”, Intellectual Property Watch, 2 de junio de 2008, disponible en <http://www.ip-watch.org/2008/06/02/existencia-confusa-del-derecho-de-puesta-a-disposicion-al-publico-en-la-legislacion-de-ee-uu/>

por Estados Unidos, o el Tratado de Beijing, que aún no lo ha sido, incluyen dentro de sus disposiciones el derecho autónomo y exclusivo de la puesta a disposición, diferenciándolo por demás, del derecho a la distribución. “El problema en EE.UU. es que los defensores del derecho de “puesta a disposición” están intentando encajar este derecho en la categoría de los derechos tradicionales de los titulares de derechos de autor, pero no cuadran.”²², pues se ha considerado que es un derecho independiente.²³

Pese a las discusiones en torno a la existencia o no del mencionado derecho, compartimos la anterior posición y lo previsto en el Tratado de Beijing sobre Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales de 2012, ya que reafirma nuestro punto de vista sobre la existencia del derecho.

Si bien, el derecho de puesta a disposición se incorporó para la protección de los autores y de los intérpretes y ejecutantes de fonogramas en los tratados de la OMPI de 1996, tiene gran importancia frente a los artistas intérpretes o ejecutantes de obras audiovisuales, a quienes se debe dicha protección teniendo en cuenta la facilidad de acceso a las fijaciones audiovisuales disponibles a través de las nuevas tecnologías, por lo que reconocemos el acierto que se hace en el Tratado de Beijing al incorporar dicho derecho.

Ahora bien, aunque el derecho de puesta a disposición pareciera estar incorporado en otros derechos, como el de distribución o el de radiodifusión o comunicación al público, éste se diferencia de aquellos por dos factores de gran importancia. El primero de ellos, es que no se realiza entrega material de la fijación, ni se transfieren archivos; y el segundo de ellos, consiste en que se tiene una libre disposición por parte del público, en el lugar y en el momento en que cada uno elija; tal es el caso de las fijaciones audiovisuales que se puedan observar en videos de plataformas digitales de internet como YouTube o Netflix.

Así las cosas, el Tratado de Beijing, que sigue la línea de protección de este nuevo derecho de puesta a disposición, el cual ya había sido incorporado en los tratados de la OMPI de 1996 y que fue adop-

²² *Ibídem.*

²³ *Ibídem.*

tado en los sistemas jurídicos europeo y norteamericano, pretende resolver las necesidades de protección de los artistas, intérpretes o ejecutantes frente a la gran demanda de material audiovisual que es puesto a disposición del público a través de redes alámbricas o inalámbricas, habitualmente por medio de internet.

3.1.5. Derecho de radiodifusión y de comunicación al público

El Tratado de Beijing concibe el derecho de radiodifusión y comunicación al público en los siguientes términos:

“1. Los artistas intérpretes o ejecutantes gozarán del derecho exclusivo a autorizar la radiodifusión y la comunicación al público de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fijaciones audiovisuales.

2. Las Partes Contratantes podrán declarar, mediante una notificación depositada en poder del Director General de la OMPI que, en lugar del derecho de autorización previsto en el párrafo 1, establecerán el derecho a una remuneración equitativa por la utilización directa o indirecta para la radiodifusión o la comunicación al público de las interpretaciones o ejecuciones fijadas en fijaciones audiovisuales. Las Partes Contratantes podrán declarar también que establecerán en su legislación las condiciones para el ejercicio del derecho a una remuneración equitativa.”

Analizando el contenido de este derecho patrimonial y para comprender su real alcance, debemos remitirnos a las definiciones que el mismo Tratado de Beijing hace en su artículo segundo, en los siguientes términos:

i. Por radiodifusión debe entenderse, de acuerdo con el literal c) del artículo 2 del Tratado de Beijing, como: “la transmisión inalámbrica de sonidos o imágenes o de imágenes y sonidos o de las representaciones de estos, para su recepción por el público; la transmisión por satélite también será considerada “radiodifusión”; la transmisión de señales codificadas será “radiodifusión” cuando

los medios de descodificación sean ofrecidos al público por el organismo de radiodifusión o con su consentimiento.”

ii. Por comunicación al público, de acuerdo con el literal d) del artículo 2 del Tratado de Beijing, debe entenderse lo siguiente: la “comunicación al público” de una interpretación o ejecución, la transmisión al público, por cualquier medio que no sea la radiodifusión, de una interpretación o ejecución no fijada, o de una interpretación o ejecución fijada en una fijación audiovisual. A los fines del artículo 11, la “comunicación al público” incluye el hecho de lograr que una interpretación o ejecución fijada en una fijación audiovisual pueda ser oída o vista, u oída y vista, por el público.”

En este sentido, de acuerdo con las definiciones dadas por el mismo Tratado de Beijing para comprender el contenido del derecho de radiodifusión y comunicación al público consagrado en su artículo 11, tenemos que para la existencia del mencionado derecho se requiere de una fijación audiovisual y que la misma sea comunicada al público a través de medios inalámbricos, cualquiera que estos fueran, como las transmisiones o retransmisiones por satélite, codificadas o no, siempre que la misma “pueda ser oída o vista, u oída y vista, por el público”.

Ahora bien, se puede entender que la comunicación pública consiste en la exposición de una obra que se efectúa de manera directa a un público indeterminado, sin importar el número de personas a las que se dirige, empleando cualquier medio para lograr dicho objetivo.²⁴

De acuerdo con esta concepción, el acto de comunicación pública “no debe incluir distribución de ejemplares o copias, ya que como tal el acto de divulgación no requiere indispensablemente de su fijación”²⁵, de la misma manera como lo estipula el artículo 2 del Tratado de Beijing.

De conformidad con lo anterior, si comparamos lo dispuesto en el artículo 11 del Tratado de Beijing, en relación con el derecho de radiodifusión, y comunicación al público con la definición de

²⁴ Op. cit. Mauro Fernando Leturia y María Susana Tabieres, pp. 101-102.

²⁵ *Ibidem*, p. 101.

comunicación al público a la que nos referimos anteriormente, e incluso a la misma dada por el Tratado de Beijing en su artículo 2, parecería existir una restricción en la interpretación de la comunicación al público que se hace frente al mismo, toda vez que a pesar de que el concepto de comunicación al público conllevaría la transmisión del mensaje de una obra fijada o no fijada perceptible por los sentidos de un público indeterminado, frente al artículo 11 solo operaría para las obras fijadas, dejando por fuera de su alcance las obras audiovisuales no fijadas, las cuales no quedarían sujetas a la protección otorgada por dicho derecho.

Haciendo hincapié en lo limitante que puede resultar el artículo 11 del Tratado de Beijing frente a la comunicación al público, vemos cómo el artículo 15 de la Decisión 351 de 1993 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, al referirse a dicho derecho, no lo limita a la existencia o no de una fijación, sino que, por el contrario, al igual que las definiciones dadas anteriormente, lo amplía dejando abierta la posibilidad de que se protejan las obras fijadas o no fijadas.

Por otra lado, en relación con lo consagrado en el numeral 2 del artículo 11 del Tratado de Beijing, vemos cómo se deja la potestad a los Estados contratantes, en lugar de adoptar el derecho de autorización que se otorga a los artistas, intérpretes o ejecutantes de obras audiovisuales en torno a la radiodifusión y comunicación al público consagrado en el numeral 1 de dicho artículo, de otorgar en su lugar un derecho a una remuneración equitativa por concepto de la radiodifusión y comunicación al público.

Se puede ver en torno a esta disposición cómo en la Guía de la FIA para el Tratado de Beijing sobre Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales de la OMPI, en relación con el artículo 11 se indica que:

“(...) ésta es una de disposiciones menos armonizadas del Tratado y está preparada ‘a la carta’: las partes contratantes pueden de hecho concederle al artista un derecho exclusivo, el derecho a recibir una remuneración equitativa (a saber, licencia legal) o incluso nada en absoluto. Los países podrán también

decidir aplicar el derecho de radiodifusión y comunicación al público sólo en lo que respecta a ciertos usos o limitar su aplicación de alguna forma u otra.

Es en relación con esta disposición, como hemos visto, donde la reciprocidad y otras reservas pueden limitar el alcance de las obligaciones del trato nacional, cf. Art 4(2) y (3).”²⁶(sic)

A pesar de la dura crítica que realiza la FIA en torno al artículo 11 del Tratado de Beijing, consideramos que si bien pueden llegar a presentarse inconvenientes en la aplicación del derecho de radiodifusión y comunicación al público, debido a las libertades que se dan a los Estados contratantes para optar por una autorización o una remuneración equitativa, ello no es óbice para afirmar que pueda quedar desamparado este derecho de los artistas intérpretes o ejecutantes, pues a nuestro parecer, es clara la protección que se otorga, sin perjuicio de las regulaciones especiales que puedan tener estos derechos y en particular en lo concerniente a la remuneración equitativa.

3.2. Otras disposiciones importantes

3.2.1. Beneficiarios de la protección

El artículo 3 del Tratado de Beijing, en relación con los beneficiarios de la protección, dispone lo siguiente:

“1. Las Partes Contratantes concederán la protección prevista en virtud del presente Tratado a los artistas intérpretes o ejecutantes que sean nacionales de otras Partes Contratantes.

2. A los fines de la aplicación del presente Tratado, los artistas intérpretes o ejecutantes que no sean nacionales de una de las Partes Contratantes, pero que tengan su residencia habitual en alguna de ellas, quedarán asimilados a los nacionales de dicha Parte Contratante.”.

²⁶ Op. cit. Federación Internacional de Actores, p. 21.

Consideramos que dicha disposición es relativamente clara en relación con los sujetos que son objeto de protección por parte del tratado, es decir los artistas intérpretes o ejecutantes nacionales de otras partes contratantes o aquellos que, a pesar de no serlo, tengan su residencia habitual en alguno de los países que fungen como partes contratantes del Tratado de Beijing.

Ahora bien, debe entenderse que son artistas intérpretes o ejecutantes de conformidad con el literal a) del artículo 2 del Tratado de Beijing “los actores, cantantes, músicos, bailarines u otras personas que representen un papel, canten, reciten, declamen, interpreten o ejecuten en cualquier forma obras literarias, artísticas o expresiones del folclore”, incluidas, de conformidad con la declaración concertada sobre el literal a) del artículo 2, aquellas interpretaciones o ejecuciones de obras literarias o artísticas “que han sido creadas o fijadas por primera vez durante la interpretación o ejecución”.

Así las cosas, a la luz del tratado se encuentran protegidas las interpretaciones audiovisuales de todas aquellas personas que representen un papel o rol actoral, “reciten, declamen, interpreten o ejecuten en cualquier forma obras literarias, artísticas o expresiones del folclore”, incluidas las improvisaciones creadas durante la interpretación o ejecución audiovisual. Consideramos, que en virtud del Tratado de Beijing se cobija y protege a todas aquellas personas que realizan interpretaciones o ejecuciones audiovisuales y que pueden ser sujetos de protección, sin importar si la obra se encuentra o no en una fijación audiovisual, sirviendo de garantía para el artista intérprete o ejecutante que su interpretación o ejecución audiovisual va a ser respetada en el marco del tratado, al menos por parte de los países que tienen la calidad de partes contratantes del mismo.

3.2.2. Trato nacional

El artículo 4 del Tratado de Beijing, en relación con el trato nacional, dispone lo siguiente:

“1. Cada Parte Contratante concederá a los nacionales de otras Partes Contratantes el trato que concede a sus propios nacionales en relación con los derechos exclusivos previstos específicamente en el presente Tratado, y el derecho a una remuneración equitativa previsto en el artículo 11 del presente Tratado.

2. Una Parte Contratante estará facultada para limitar el alcance y la duración de la protección que concede a los nacionales de otra Parte Contratante, en virtud de lo dispuesto en el párrafo 1, en relación con los derechos contemplados en los párrafos 1 y 2 del artículo 11 del presente Tratado, a los derechos de que gozan sus propios nacionales en esa otra Parte Contratante.

3. La obligación prevista en el párrafo 1 no será aplicable a una Parte Contratante en la medida en que otra Parte Contratante haga uso de las reservas permitidas en virtud de lo dispuesto en el artículo 11.3 del presente Tratado, y tampoco será aplicable a una Parte Contratante en la medida en que haya hecho una reserva de esa índole.”

La inclusión del principio de trato nacional no es algo novedoso en el Tratado de Beijing y era de esperarse su incorporación, como ha sido el caso de los demás tratados administrados por la OMPI sobre propiedad intelectual, del cual el Convenio de Berna fue el primero en tratar este tema en el numeral 1 del artículo 5, en donde se incorporó dicho principio como una de las piedras angulares en que descansan los tratados sobre protección de propiedad intelectual que le siguieron.²⁷ De la misma manera, la Convención de Roma o Convención Internacional sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de

²⁷ Christian Schmitz Vaccaro, “Evolución de la Regulación Internacional de la Propiedad Intelectual”, Revista de la Propiedad Inmaterial, N° 17, noviembre de 2013, pp. 63-92, disponible en <https://home.heinonline.org/> El numeral 1 del artículo 5 del convenio de Berna consagra el principio de trato nacional en los siguientes términos: “Los autores gozarán, en lo que concierne a las obras protegidas en virtud del presente Convenio, en los países de la Unión que no sean el país de origen de la obra, de los derechos que las leyes respectivas conceden en la actualidad o concedan en lo sucesivo a los nacionales, así como de los derechos especialmente establecidos por el presente Convenio.”

Radiodifusión, contiene de manera expresa el principio de trato nacional, al igual que el Tratado de la OMPI sobre Interpretaciones y Ejecuciones y Fonogramas (TOIEF), antecedente directo del Tratado de Beijing.

Ahora bien, de acuerdo con lo dispuesto en el Tratado de Beijing, el principio de trato nacional consiste en conceder el mismo trato a los nacionales de los países contratantes en relación con los derechos exclusivos, es decir, los derechos patrimoniales sobre sus interpretaciones o ejecuciones no fijadas, así como los de autorizar las reproducciones, distribuciones, alquiler, puesta a disposición de interpretaciones y ejecuciones fijadas; la autorización de la radiodifusión, comunicación al público y aquellos derivados de la remuneración equitativa de que trata el artículo 11 en torno a la radiodifusión y la comunicación al público, siempre que se haya realizado el procedimiento establecido en el mencionado artículo.

Con relación a las reservas que se pudieran hacer en virtud del artículo 11.3 del Tratado de Beijing, con respecto al derecho exclusivo de autorizar o al de una remuneración equitativa frente a la radiodifusión y la comunicación al público, se puede afirmar que al aplicar dichas reservas frente a los casos definidos por una de las partes del tratado, estas serán aplicables también frente a los nacionales de quienes las hicieran, dejando en todo caso incólume el principio de trato nacional, en virtud de la reciprocidad que se incorpora en el artículo 4.3 del Tratado de Beijing.

Pero realizando el anterior análisis y teniendo en cuenta que el Tratado de Beijing consagra unos derechos mínimos que deben ser otorgados a favor de los artistas intérpretes o ejecutantes, nos podríamos ver abocados a una discriminación en el trato de artistas nacionales o extranjeros, en cuanto se puedan otorgar algún tipo de garantías adicionales a los nacionales de uno de los Estados contratantes, o dejando por fuera del trato nacional, la protección de los derechos que no han sido consagrados por el tratado como “exclusivos” a favor de un nacional de otro Estado contratante; tal puede ser el caso de los derechos morales de los artistas intérpretes o ejecutantes, que con claridad ha consagrado el Tratado de Beijing.²⁸

²⁸ Op. cit. Federación Internacional de Actores, p. 22.

3.2.3. Limitaciones y excepciones

El artículo 13 del Tratado de Beijing, en relación con los beneficiarios de la protección, dispone lo siguiente:

“1. Las Partes Contratantes podrán prever en sus legislaciones nacionales, en relación con la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los mismos tipos de limitaciones o excepciones que contenga su legislación nacional respecto de la protección del derecho de autor de las obras literarias y artísticas.

2. Las Partes Contratantes restringirán toda limitación o excepción impuesta a los derechos previstos en el presente Tratado a ciertos casos especiales que no atenten contra la explotación normal de la interpretación o ejecución, ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del artista intérprete o ejecutante.”

Ahora bien, por disposición expresa de la declaración concertada sobre el artículo 13 del Tratado de Beijing se debe tener en cuenta la declaración concertada del artículo 10 del tratado de la OMPI sobre derechos de autor (TODA), la cual indica lo siguiente:

“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.”

Es importante tener en cuenta al realizar el análisis de este artículo que cuando hacemos referencia a limitaciones y excepciones estamos refiriéndonos a la denominada regla de los tres pasos, que ha sido ampliamente debatida por la doctrina y la jurisprudencia, sobre todo en los ámbitos internacionales relacionados con el sistema de la OMC, pues a pesar de que dicha regla se incorpora por primera vez en el

Convenio de Berna, luego de la revisión realizada al mismo en Estocolmo en 1967, la misma ha sido incluida en los tratados posteriores que tratan temas de derecho de autor e incluso de propiedad intelectual, como es el ADPIC, a instancias de la OMC y no solo de la OMPI.

De esta manera, la regla de los tres pasos se consagra como una forma de protección de las obras y en el caso que nos ocupa, de las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales de los artistas intérpretes o ejecutantes, creando una serie de excepciones y limitaciones a los derechos exclusivos, autorizando su utilización en determinados casos especiales, siempre que esta no atente contra la normal explotación de la obra o cause un perjuicio injustificado a los autores o, para los efectos del Tratado de Beijing, a los artistas intérpretes o ejecutantes.²⁹

De acuerdo con lo anterior, la regla de los tres pasos funciona a manera de test, en el cual se debe evaluar el cumplimiento de cada una de las etapas del mismo, debiendo ser todas ellas superadas.

Ahora bien, a pesar de la amplia divulgación de la regla de los tres pasos en los diferentes instrumentos internacionales sobre propiedad intelectual y derechos de autor, la efectividad de su aplicación ha sido cuestionada por diferentes tratadistas que han considerado que la misma no otorga uniformidad en su utilización dada la dificultad en la realización de cada una de las etapas del test, según se ha afirmado, “(...) a diferencia de otros mecanismos de valoración y adecuación de derechos en aparente conflicto, la fórmula de la regla nació sin un referente jurídico previo, que ayudara a determinar sus contornos con claridad. Ante esta carencia de sustancia y genealogía, la regla ha venido siendo interpretada y empleada de manera bien diversa -incluso contradictoria- por las autoridades a quienes les ha correspondido dictar normas o tomar decisiones en relación con la legitimidad de ciertas excepciones en el contexto digital.”³⁰

²⁹ Ricardo Antequera Parilli, “Los límites al Derecho Patrimonial del Autor en el Moderno Entorno Tecnológico”, Anuario Andino de Derechos Intelectuales, año III, N° 3, Lima, 2007, p. 158, disponible en <https://latam.vlex.com/p/vlex-global/>

³⁰ Juan Fernando Córdoba Marentes, “El Derecho de Autor y sus Lími-

Recordemos entonces, que esta regla de los tres pasos no solo se dirige a los legisladores de los Estados miembros, sino que también se encuentra dirigida a los jueces e intérpretes legales, quienes son los encargados de verificar que al aplicar estas excepciones y limitaciones no se afecte la normal explotación de una obra o se cause un perjuicio injustificado a los intereses de los titulares legítimos de los derechos de autor.³¹

De esta manera, con la regla de los tres pasos se buscó crear un elemento uniforme de medición para la creación de las limitaciones y excepciones, de tal forma que ellas no solo fueran hechas de acuerdo a una visión limitada de realidades nacionales de cada Estado en el marco de un tratado sobre propiedad intelectual. No obstante lo anterior, en cada una de las fases de dicha regla se dependerá de la interpretación y evaluación que haga cada Estado al evaluar las mismas, mediante sus legisladores o jueces, lo cual puede generar un riesgo en la búsqueda del equilibrio entre la excesiva protección y unas limitaciones y excepciones legítimas.³² Ahora bien, al analizar un poco más en detalle, podemos observar que conceptos como “casos especiales”, del que trata el primer paso; “explotación normal” del que trata el segundo paso; o “perjuicio injustificado” del que trata el tercer paso, se encuentran abiertos a interpretaciones diversas que conllevan a diferentes dificultades en su aplicación uniforme.³³

Estas dificultades de las que hemos hablado en la aplicación de la regla de los tres pasos no son únicamente aplicables en el entorno análogo, sino también en el digital, tal y como se contempla

tes”, Temis, Bogotá, 2015, p. 8.

³¹ Op. cit. Ricardo Antequera Parilli, p. 158.

³² Annette Kur, “Of Oceans, Islands, and Inland Water – How Much Room for Exceptions and Limitations under the Three-Step Test?”, Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law, Research Paper Series N° 08-04 (2008), p. 16, disponible en <https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=765078021102093114103017097069113096056012093049062087109125086007119064065095111088011062005012058022097122080076090115064085009058062048011001066066097103069095124006006018025027004029118000102006007088064099101081022110124117075068090113079094097084&EXT=pdf>

³³ *Ibidem*, p. 47.

en la declaración concertada sobre el artículo 13 del Tratado de Beijing que, a su vez, nos remite a la declaración concertada sobre el artículo 10 del TODA.

Y es que en el mundo digital los retos son mayores y la facilidad de vulnerar los legítimos intereses de los artistas intérpretes o ejecutantes, o los titulares de sus derechos (Por ejemplo, los productores audiovisuales), se encuentra ante un mayor riesgo por lo que “(...) la incorporación de nuevos límites debe tener como norte el adecuado equilibrio de los diferentes sectores en tensión, de manera tal que esa ampliación de las excepciones no termine por desalentar la creatividad y el desarrollo de las industrias culturales, del entretenimiento y de la información, con lo cual nadie ganaría y, menos aún, la propia colectividad, ni el derecho de todos al disfrute de nuevos bienes intelectuales que se generan gracias a una protección efectiva”.³⁴

Es precisamente en este punto donde queda el gran reto de las limitaciones y excepciones del artículo 13 del Tratado de Beijing, el de encontrar un equilibrio entre la protección adecuada de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes, así como de los demás titulares de derechos audiovisuales en virtud del tratado, como es el caso de los productores de obras audiovisuales, frente a unos usos legítimos permitidos para el público que estimule la creatividad tanto como el disfrute de los trabajos protegidos.

IV. Críticas al Tratado de Beijing

Pese a las innegables bondades del Tratado de Beijing en relación con la protección de los derechos de los autores, intérpretes o ejecutantes de obras audiovisuales, encontramos que existen algunas críticas al contenido del mismo que llevan a cuestionar la efectividad en la protección de algunos de los derechos en él incorporados como se expone a continuación:

³⁴ Op. cit. Ricardo Antequera Parilli, p. 160.

1. Críticas frente a la consideración de derechos morales en el Tratado de Beijing

Al realizar esta investigación, encontramos que una parte de la doctrina realiza algunas críticas al Tratado de Beijing en torno a la concepción que el artículo 5 del mismo hace frente a los derechos morales de los artistas intérpretes o ejecutantes de obras audiovisuales.

Como se abordará a continuación, el contenido del mencionado artículo 5 del Tratado de Beijing ha sido redactado de manera tal que de su lectura se infiere la existencia de unas facultades bastante amplias a favor de los artistas intérpretes o ejecutantes, en cuanto a la defensa de sus derechos morales, lo que podría llegar a generar un desbalance al ponderar estos derechos frente al derecho de libertad de expresión en lo que se refiere al acceso del material audiovisual para realizar nuevas creaciones.

Algunos críticos han afirmado que el tratado ayudaría a frenar la piratería digital mediante el otorgamiento de un nivel de protección adicional a los intérpretes o ejecutantes audiovisuales, pero esta protección podría obstaculizar la libertad de expresión y en ese sentido se quebrantaría el balance entre la concesión de derechos morales a los artistas y la libertad de expresión.³⁵

Cabe precisar que estos derechos morales que consagra el Tratado de Beijing a favor de los artistas intérpretes o ejecutantes de obras audiovisuales no han sido consagrados en algunas legislaciones como la de los Estados Unidos, país del que provienen sus principales críticos, lo cual nos ayuda a entender el contexto de sus posiciones ante el temor de una excesiva protección que termine por limitar el derecho a la libertad de expresión.

Es entonces donde nace la preocupación de los críticos estadounidenses frente a una posible violación a la doctrina del *fair use*, típica del derecho de los Estados Unidos, que nació como una construcción jurisprudencial que luego fue incorporada a la legislación de dicho país en materia de *copyright*. En este sentido, a

³⁵ Michael A. Shinall, "The Beijing Treaty on Free Expression: How Stopping Digital Piracy May Cost the World Free Expression", *Boston College International and Comparative Law Review*, Vol. 36, 2014, pp. 106-107, disponible en <https://home.heinonline.org/>

partir de esta doctrina se desarrollaron normas de rango constitucional relacionadas con derechos de autor y la libertad de expresión con el fin de generar un balance entre estos dos derechos mediante la aplicación de juicios de razonabilidad propios de la ponderación de derechos fundamentales.³⁶ De esta manera, para enfrentar situaciones como la descrita anteriormente y encontrar un adecuado balance entre los derechos de autor y la libertad de expresión es que algunos Estados han incorporado en sus leyes sobre derechos de autor, de manera expresa, conceptos como los de usos legítimos, *fair use* o *fair dealing*, convirtiéndose éstos en una limitación frente a los derechos de autor.

Ahora bien, volviendo al Tratado de Beijing, tenemos que el numeral 1 del artículo 5 del mismo, indica lo siguiente:

“1. 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 que atañe a sus interpretaciones o ejecuciones en directo o sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fijaciones audiovisuales, el derecho a:

i) 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

ii) oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de sus interpretaciones o ejecuciones que cause perjuicio a su reputación, tomando debidamente en cuenta la naturaleza de las fijaciones audiovisuales.”.

Si bien el artículo 5 del Tratado consagra a favor de los artistas intérpretes o ejecutantes, facultades para oponerse a las deformaciones, mutilaciones y demás interpretaciones o ejecuciones que

³⁶ Juan Fernando Córdoba Marentes, “El fin no justifica la excepción. Propiedad Intelectual, educación y el fair use estadounidense”, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, N° 134, México DF, 2012, pp. 439-440, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4523941>

puedan causar perjuicios a su reputación, en dicho artículo no se estableció de manera clara, en cuanto a derechos morales se refiere, una limitación como la de usos legítimos o *fair use*, lo cual da lugar al surgimiento a algunas críticas a las que nos referimos en este capítulo. En este orden de ideas al momento de existir actuaciones que sean perjudiciales para su reputación sería difícil establecer la forma como se evidenciarían los perjuicios en esta materia.

Cabe precisar que las limitaciones y excepciones, como es el caso del *fair use*, se aplican únicamente a lo referente a los derechos patrimoniales y no así a los derechos morales, que están exentos de la aplicación de estos mecanismos.

Vemos entonces que autores como Michael Shinall critican la forma como los derechos morales fueron incorporados en el Tratado de Beijing, indicando que la protección de estos debe contar con una excepción o limitación determinada por el *fair use* que se dé sobre las obras protegidas, pues según esta crítica, a pesar de que se otorga la potestad de oponerse a cualquier “deformación, mutilación u otra modificación de sus interpretaciones o ejecuciones que cause perjuicio a su reputación”, como lo indica el artículo 5 del Tratado, esta disposición carece de claridad en cuanto a su extensión y real alcance.³⁷

Siguiendo con lo anterior, no quedaría resuelta la cuestión sobre la aplicación de una regla como la del *fair use* frente a las facultades otorgadas por el artículo 5 del Tratado de Beijing, y por ende, con la sola visión del artista que considere que una obra en la que él ha tomado parte es moralmente reprochable, en relación con sus derechos morales de autor, podrá demandar la protección con la correspondiente indemnización de perjuicios, según ha sostenido quien realiza esta crítica.³⁸

Otros críticos del artículo 5 del Tratado de Beijing sostienen que uno de los principales efectos del Tratado de Beijing es que los productores puedan llegar a prohibir el *fair use* de las obras audiovisuales, creando protecciones tecnológicas que impidan usar

³⁷ Op. cit. Michael A. Shinall, p. 111.

³⁸ *Ibidem*, p. 114.

la obra para realizar nuevas creaciones con base en ellas.³⁹ Frente a esta crítica, consideramos que su posición es muy extrema, pues las ayudas tecnológicas lo que pretenden es prevenir precisamente el uso no autorizado de las obras y no en convertirse en un límite a los derechos de libertad de expresión.

Aunque los críticos del artículo 5 del Tratado de Beijing confluyen en indicar que a pesar de que se protege al artista intérprete o ejecutante de obras audiovisuales de la piratería, mediante el otorgamiento de un nivel de protección adicional esta protección genera un desbalance entre la concesión de derecho morales a los artistas intérpretes o ejecutantes y la libertad de expresión.⁴⁰

Los críticos han indicado, frente a la concepción de los derechos morales en el Tratado de Beijing, que estos derechos adicionales que se confieren a favor de algunos pueden resultar en la pérdida de ciertos derechos para otros, como el caso de quienes tienen una justificación adecuada para el uso de los materiales. De esta manera, las nuevas facultades que confiere el Tratado de Beijing, en torno a los derechos morales, pueden convertirse en una amenaza para los que hasta ahora eran usos permitidos, sobre todo, cuando la disponibilidad de material en dominio público a través de medios digitales permite un acceso fácil para su utilización.⁴¹

Para estos críticos de acuerdo con las disposiciones del Tratado de Beijing sobre derechos morales, el artista intérprete o ejecutante tiene la capacidad de decidir, subjetivamente, si nuevas obras creadas con base en fijaciones audiovisuales preexistentes, en las que él toma parte, distorsionan o mutilan sus actuaciones.

La anterior circunstancia facultaría al artista intérprete o ejecutante que se considere afectado a detener las creaciones derivadas, afectando la producción de obras como parodias u otro tipo

³⁹ Hannibal Travis, "WIPO and the American Constitution: Thoughts on a New Treaty Relating to Actors and Musicians", *Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law*, Vol. 16, Issue 1, 2013-2014, pp. 68-69, disponible en <https://home.heinonline.org/>

⁴⁰ Op. cit. Michael Shinall, p. 107.

⁴¹ David Lange, "From Berne to Beijing: a critical perspective", *Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law*, Vol. 16, Num. 1, 2013, pp. 9-10, disponible en <https://home.heinonline.org/>

de expresiones audiovisuales, que incluso pueden ser realizadas con recursos disponibles en la web o en otros medios para diferentes propósitos, incluidos los académicos. Para los críticos estas disposiciones dejan desamparados los derechos que tienen los autores de obras derivadas desincentivando su creación y minando el derecho a la libertad de expresión.⁴²

Se afirma que la posición de la OMPI es que quienes realicen obras audiovisuales derivadas de trabajos originales no tienen derecho a hacerlo, sino que requieren de una licencia previa para su utilización en la elaboración de las nuevas obras derivadas. En este sentido, la ampliación de los derechos de autor no debería tener un impacto negativo en los usuarios y consumidores quienes, hasta ese momento, no ostentaban ningún derecho sobre la obra protegida, ni tampoco derecho a realizar obras derivadas. De esta manera, el titular de los derechos de la obra original protegida tendrá la facultad de otorgar o no una licencia y definir bajo qué condiciones lo hace, permitiendo o no la realización de obras audiovisuales derivadas.⁴³

La discusión, lejos de encontrarse zanjada deja entrever lo diametralmente opuestas de las posiciones. Por un lado, están los críticos que defienden el uso legítimo de los materiales audiovisuales, especialmente para la realización de obras derivadas; y por el otro se encuentra la OMPI, quien defiende el derecho que le asiste al artista intérprete o ejecutante para otorgar una licencia en la que se consagre la autorización de realizar obras derivadas.

Según la posición de la OMPI podríamos inferir que la facultad que le asiste al titular de los derechos de otorgar licencias para autorizar la realización de obras derivadas debería atender, no solo lo relacionado con los derechos patrimoniales, sino también lo derivado de la concepción de derechos morales propuesta por el artículo 5 del Tratado de Beijing y las modificaciones que pudiesen generar perjuicios a la reputación de su titular, tal y como lo indica dicha disposición.

En nuestro concepto, el Tratado de Beijing, pese a las críticas, al consagrar la protección de los derechos morales fija un avance,

⁴² Op. cit. Michael Shinall, pp. 110-113.

⁴³ Op. cit. Hannibal Travis, p. 52.

pues consagra a favor de los artistas, intérpretes o ejecutantes unos derechos morales que son desconocidos en algunos Estados en los que se consagra esta protección únicamente a favor del autor de la obra. El Tratado da un paso adelante, facilitando herramientas para ejercer de manera efectiva los derechos morales sobre interpretaciones o ejecuciones artísticas.

Ahora bien, no obstante los avances que se han mencionado en relación con la incorporación de los derechos morales en Tratado de Beijing, consideramos que tienen asidero las críticas frente a la manera en que estos fueron incorporados en dicho instrumento, ya que se generan algunos vacíos y confusiones frente a su real alcance y las amplias facultades que se confieren a los artistas, intérpretes o ejecutantes en torno a la valoración subjetiva de los posibles perjuicios causados, sin tener en cuenta la posibilidad de aplicar una regla semejante a la de los usos legítimos o algunos límites que deben ser impuestos por la libertad de expresión de los terceros.

A pesar de lo anterior, consideramos que estos inconvenientes generados por el otorgamiento de derechos morales a los artistas intérpretes o ejecutantes pueden ser solucionados empleando un mecanismo similar al incorporado en la regla de los tres pasos del artículo 13 del Tratado de Beijing, que crea limitaciones y excepciones para circunstancias particulares, pero aminorando las dificultades que esta regla pueda tener en su aplicación.

2. Críticas frente a la cesión de derechos patrimoniales a los productores

Desde la negociación del Tratado de Beijing éste ha sido uno de los puntos más álgidos que originó que no se llegara a acuerdos entre los Estados signatarios en los primeros intentos de suscribir el tratado, y ello retrasó varios años las negociaciones. No obstante, pese al acuerdo llegado en relación con el texto del artículo 12 del tratado persisten duras críticas de algunos autores frente a su contenido y efectos.

Uno de los más duros críticos en relación con la cesión de los derechos patrimoniales en el Tratado de Beijing manifiesta que no existe justificación o necesidad de crear un instrumento interna-

cional como el Tratado de Beijing para regular el derecho de autor internacional de las obras audiovisuales⁴⁴; posición extrema en nuestro concepto.

Ahora bien, frente a la presunción de la cesión de derechos patrimoniales a favor de los productores audiovisuales que contiene el artículo 12 de Tratado de Beijing, de acuerdo a lo indicado por uno de sus principales críticos, dicha disposición deja muchos aspectos que conllevan a un retroceso en torno a la evolución alcanzada en materia de cesión en relación con la transferencia de derechos patrimoniales a los productores de obras audiovisuales por parte de los artistas intérpretes o ejecutantes de las mismas; y es que el mencionado artículo, en lugar de generar una mayor protección, crea una presunción legal para la transferencia de derechos a los productores siempre que no exista regulación especial o acuerdo entre las partes a través de un contrato escrito, dejando siempre a la parte débil de la relación desprotegida, como se encontraba hasta ahora.⁴⁵

Como ya se ha mencionado, el artículo 12 del Tratado de Beijing ha sido objeto de grandes críticas, una de ellas se refiere a que artículo 12 del tratado deja entrever algunas dificultades que el texto del mismo puede tener, sobre todo en relación con la presunción legal que el mismo incorpora en cuanto a la cesión de derechos a favor de los productores audiovisuales,⁴⁶ pues el texto del mencionado artículo 12 indica que:

“Una Parte Contratante podrá disponer en su legislación nacional que cuando el artista intérprete o ejecutante haya dado su consentimiento para la fijación de su interpretación o ejecución

⁴⁴ Guy Pessach, “The Beijing Treaty on Audiovisual Performances – The Return of the North?”, Hebrew University of Jerusalem Legal Studies Research Paper Series, Vol. 55, Num. 1, 2014, p. 86, disponible en <http://ssrn.com/abstract=2585733>

⁴⁵ *Ibidem*, p. 102.

⁴⁶ José Rafael Fariñas Díaz, “Cómo Proteger al Artista en el Ámbito Audiovisual: Consideraciones Sobre el Tratado de Beijing”, Revista Propiedad Intelectual, Universidad de Los Andes, Mérida, 2014, N° 17, p. 104, 13 de septiembre de 2016, disponible en <http://www.saber.ula.ve/bitstream/handle/123456789/39210/articulo7.pdf>

en una fijación audiovisual, los derechos exclusivos de autorización previstos en los artículos 7 a 11 del presente Tratado pertenecerán o serán cedidos al productor de la fijación audiovisual o ejercidos por este, a menos que se estipule lo contrario en un contrato celebrado entre el artista intérprete o ejecutante y el productor de la fijación audiovisual, conforme a lo dispuesto en la legislación nacional.”

Ahora bien, en relación con el artículo 12 del Tratado de Beijing, la crítica sostiene:

*“(i) que no es una disposición iuris convention, sino de remisión a la legislación nacional de cada parte contratante del BTAP. Esto significa que no tiene aplicación directa vía el BTAP, el ejercicio de la presunción de cesión a favor de los productores sino que se requiere previamente que tal presunción esté expresamente consagrada en la legislación nacional del país en que se reclama el ejercicio del derecho, (ii) que el artista intérprete o ejecutante ha de haber prestado su consentimiento para la fijación de su interpretación o ejecución en una fijación audiovisual, y (iii) que el artista intérprete o ejecutante, en vez de la cesión presunta a favor del productor, puede ejercer a su favor el derecho de ‘pactar en contrario’”.*⁴⁷

A pesar de lo manifestado, para uno de los críticos, el artículo 12 lejos de contener una verdadera norma de carácter recíproco en la cual se pueda dar aplicabilidad al trato nacional, conlleva serios conflictos, pues al dejar en libertad de los Estados contratantes la regulación sobre la cesión de derechos a los productores de obras audiovisuales se excluye la uniformidad de la regulación que permita dar acceso a los estados que ratifiquen el tratado.⁴⁸

En este sentido, se indica que, “El real significado del artículo 12 es que a través de una legislación nacional estratégica, los pro-

⁴⁷ *Ibidem*, p. 163. Debe entenderse por BTAP el Beijing Treaty on Audiovisual Performances o Tratado de Beijing sobre Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales.

⁴⁸ *Op. cit.* Guy Pessach, p. 100.

ductores audiovisuales puedan obtener derechos trasfronterizos superpuestos en las obras audiovisuales a través de los derechos de autor y de los derechos de los artistas e intérpretes audiovisuales (...)”⁴⁹. “Adicional a lo anterior, bajo la doctrina del “work made for hire” en los Estados Unidos los productores audiovisuales tendrán ahora la capacidad de adquirir los derechos tanto de autor como los derechos exclusivos del intérprete o ejecutante audiovisual en la obra audiovisual fijada finalmente”⁵⁰. Es preciso aclarar que en relación con la doctrina del “work made for hire” la decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, en su artículo 10, contempla también la presunción legal en las relaciones por encargo o bajo contrato laboral, por lo que la crítica mencionada en líneas anteriores podría tener aplicación frente al caso colombiano.

De esta manera, siguiendo con las críticas realizadas, se podría decir que el artículo 12 permite incluso, a los países contratantes, ignorar por completo los aspectos distributivos de los derechos de los artistas o intérpretes audiovisuales, cuando en realidad, el tratado debería tener como uno de sus objetivos asegurar la capacidad de los artistas intérpretes o ejecutantes, a obtener unas regalías por sus obras de manera justa y equitativa.⁵¹

Se tiene entonces, de una lectura desprevenida del tratado, que entre sus principales objetivos se deberían destacar, en primer lugar, la creación de una protección transfronteriza a los ejecutantes audiovisuales para hacer valer sus derechos y obtener una remuneración fuera de su país de origen; y en segundo lugar, establecer un régimen internacional en donde los países se vean obligados a reconocer derechos a los artistas audiovisuales, como es el caso de obtener una remuneración objetiva y justa por su contribución creativa.⁵²

Podemos concluir entonces que, en relación con la presunción legal del artículo 12 del Tratado de Beijing, luego de hacer un análisis en cuanto a la practicidad del asunto, resultaría mucho más

⁴⁹ *Ibidem*, pp. 86-87.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 87.

⁵¹ *Op. cit.* Guy Pessach, p. 86.

⁵² *Ibidem*, pp. 83-84.

sencillo y por ende más fácil de proteger la existencia de los derechos patrimoniales en cabeza de un productor de una obra audiovisual que la protección de estos mismos derechos en cabeza de los artistas intérpretes o ejecutantes que participan en la misma. Esta circunstancia facilita la comercialización de las producciones, en especial con la accesibilidad mediática con la que contamos hoy en día, situación que hace que, tanto el Tratado de Beijing como las demás normas que consagran este tipo de presunciones se conviertan en una herramienta eficaz para hacer efectiva la protección de los derechos.

V. El tratado de Beijing en Colombia

En el caso colombiano, este tratado es considerado un beneficio importante para los actores, tan es así que la Dirección Nacional de Derechos de Autor, unidad administrativa especial del Ministerio del Interior, ha manifestado que “Los derechos reconocidos en el Tratado de Beijing permitirán a nuestros actores y actrices obtener beneficios económicos por la explotación internacional de sus interpretaciones o ejecuciones, con lo cual se estimulará su actividad artística”.⁵³

1. El caso colombiano antes del Tratado de Beijing

En Colombia encontramos un antecedente muy importante en relación con la protección a los derechos de artistas intérpretes de obras audiovisuales que es la ley 1403 de 2010 (Ley Fanny Mickey), que modifica parcialmente la ley 23 de 1982, reconociendo derechos patrimoniales de los artistas intérpretes o ejecutantes de

⁵³ Dirección Nacional de Derechos de Autor, Unidad Administrativa Especial del Ministerio del Interior. Colombia se sumó a la protección internacional de intérpretes de obras audiovisuales. Citando a Felipe García Pineda, Director Nacional de Derechos de Autor. Bogotá, 2012, disponible en <http://www.derechodeautor.gov.co/web/guest/Colombia-se-sum%C3%B3-a-la-protecci%C3%B3n-internacional-de-int%C3%A9rpretes-de-obras-audiovisuales>

obras y grabaciones audiovisuales por comunicación pública.⁵⁴ Esta ley nace por la aparición de nuevos medios de explotación de las producciones audiovisuales y otorga un derecho de remuneración equitativa a los intérpretes, garantizando la explotación de sus derechos patrimoniales.⁵⁵

La importancia de la mencionada ley 1403 de 2010 con el Tratado de Beijing, así como la posible interacción que podrían tener las principales disposiciones normativas vigentes en Colombia como son la ley 23 de 1982 y la Decisión 351 de 1993, serán estudiadas más adelante.

2. Compatibilidad con la legislación vigente en materia de derechos de autor

Si bien creemos que el Tratado de Beijing contiene innegables avances en materia de protección de los derechos de autor de los artistas intérpretes o ejecutantes de obras audiovisuales en Colombia ya se ha venido evolucionando en esta dirección, en particular con la ley 1403 de 2010 e incluso el mismo texto original de la ley 23 de 1982 y de la Decisión 351 de 1993, normas que pretendieron incorporar los adelantos que ya había presentado la Convención de Roma de 1961 sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión.

Ahora bien, debemos precisar que de conformidad con la legislación nacional aplicable se debe entender que un artista intérprete o ejecutante es aquella “persona que representa, canta, lee, recita, interpreta o ejecuta en cualquier forma una obra”⁵⁶, incluyendo por supuesto las obras audiovisuales; en otras palabras, es “el autor, locutor, narrador, declamador, cantante, bailarín, músico o cualquier otra que interprete o ejecute una obra literaria o artística”⁵⁷.

⁵⁴ Patti Londoño y Juan Fernando Cristo, Proyecto de Ley 192-2016 Senado, por medio de la cual se aprueba el “Tratado de Beijing sobre interpretaciones y ejecuciones audiovisuales”, adoptado por la conferencia diplomática sobre la protección de las interpretaciones y ejecuciones audiovisuales en Beijing el 24 de junio de 2012, Gaceta del Congreso 624, 2016.

⁵⁵ Op. cit. Dirección Nacional de Derechos de Autor.

⁵⁶ Artículo 3 Decisión 351 de 1993.

⁵⁷ Artículo 8 literal K. Ley 23 de 1982.

Las normas colombianas vigentes en materia de derechos de autor, que cuentan con un destacado respaldo constitucional derivado del artículo 61 de la Constitución Política que ordena la protección de toda la propiedad intelectual; han incluido dentro de su ámbito de aplicación una especial protección a los artistas intérpretes o ejecutantes de obras audiovisuales como titulares de derechos conexos de autor, tal y como se indica en el artículo 1 la ley 23 de 1982 en el que se dispone que dicha norma protegerá a “(...) los intérpretes o ejecutantes, a los productores de programas y a los organismos de radiodifusión, *en sus derechos conexos a los del autor.*” (Subrayado ajeno al texto).

Se observa igualmente que en la misma ley 23 de 1982, en relación con la protección de los derechos conexos de que son titulares los artistas intérpretes o ejecutantes de obras audiovisuales, el artículo 166 dispone lo siguiente:

“Los artistas intérpretes o ejecutantes, o sus representantes, tienen el derecho de autorizar o prohibir la fijación, la reproducción, la comunicación al público, la transmisión, o cualquier otra forma de utilización de sus interpretaciones y ejecuciones.

En consecuencia, nadie podrá sin la autorización de los artistas intérpretes o ejecutantes, realizar ninguno de los actos siguientes:

A. La radiodifusión y la comunicación al público de la interpretación o ejecución de dichos artistas, salvo cuando ella se haga a partir de una fijación previamente autorizada o cuando se trate de una transmisión autorizada por el organismo de radiodifusión que transmite la primera interpretación o ejecución;

B. La fijación de la interpretación o ejecución no fijada anteriormente sobre un soporte material;

C. La reproducción de una fijación de la interpretación o ejecución de dichos artistas en los siguientes casos: 1) Cuando la interpretación o la ejecución se hayan fijado inicialmente sin autorización; 2) Cuando la reproducción se hace con fines distintos de aquellos para los que fueron autorizados por los artistas, y, 3) Cuando la interpretación o la ejecución se haya fijado inicialmente de conformidad con las disposiciones de esta Ley pero la reproducción se haga con fines distintos de los indicados.”

Por su parte, la Decisión 351 de 1993 en concordancia con lo dispuesto en la ley 23 de 1982 también ordena la protección de los derechos conexos al derecho de autor, incluyendo un catálogo de los mismos, dentro de los cuales se encuentran los derechos que tienen los artistas intérpretes o ejecutantes para “autorizar o prohibir la comunicación al público en cualquier forma de sus interpretaciones y ejecuciones no fijadas, así como la fijación y la reproducción de sus interpretaciones o ejecuciones”.

De acuerdo con lo anterior, se observa cómo a pesar de que la ley 23 de 1982 es una norma expedida con anterioridad a la Decisión 351 de 1993, esta contiene un catálogo de derechos conexos más amplio de que son titulares los artistas intérpretes o ejecutantes, el cual se complementa con lo dispuesto en la Decisión 351 de 1993.

Ahora bien, para continuar con el estudio del presente capítulo debemos referirnos a los derechos que contempla la legislación colombiana frente a las interpretaciones y ejecuciones audiovisuales, y por tanto, resulta importante destacar las estipulaciones de la Ley 1403 de 2010 en torno a los derechos patrimoniales de los artistas intérpretes o ejecutantes de obras audiovisuales, ya que consagra a favor de estos una remuneración equitativa por sus interpretaciones o ejecuciones, que hasta ese momento, tal y como se desprende de la ley 23 de 1982 y de la decisión 351 de 1993, se limitaban a un catálogo de derechos sin un respaldo que pudiera materializar los derechos patrimoniales que correspondían a los artistas intérpretes o ejecutantes de obras audiovisuales, como ya había ocurrido desde la expedición de la ley 545 de 1999 que aprobó el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (TOIEF) de 1996 frente a los artistas intérpretes o ejecutantes de fonogramas.

Es claro entonces que la Ley 1403 de 2010 reivindicó los derechos económicos (patrimoniales) de los artistas intérpretes o ejecutantes de obras audiovisuales para que estos pudieran tener una remuneración equitativa “por la comunicación pública, incluida la puesta a disposición y el alquiler comercial al público, de las obras y grabaciones audiovisuales donde se encuentren fijadas sus interpretaciones o ejecuciones”⁵⁸.

⁵⁸ Parágrafo 1 artículo 168 de la Ley 23 de 1982, modificado por el ar-

Este panorama nacional nos ha acercado a otorgar a los artistas intérpretes o ejecutantes de obras audiovisuales una protección similar a la que se ha consagrado en el Tratado de Beijing sobre interpretaciones y ejecuciones audiovisuales, que por su especificidad, seguramente ayudaría a complementar el catálogo de derechos existentes, según el cual, los artistas intérpretes o ejecutantes en Colombia tienen un derecho sobre sus interpretaciones o ejecuciones, por lo que de acuerdo con él la ley colombiana, ellos son los llamados a “autorizar o prohibir la fijación, la reproducción, la comunicación al público, la transmisión, o cualquier otra forma de utilización de sus interpretaciones y ejecuciones”⁵⁹.

Pero sin duda, el Tratado de Beijing va más allá, otorgando una protección que se materializa, por ejemplo, en avances para afrontar la era digital, como la consagración del derecho exclusivo a la puesta a disposición, derecho que como lo hemos mencionado antes reviste una novedad en cuanto a protección de derechos de propiedad intelectual, sobre todo frente al uso de las nuevas tecnologías e internet⁶⁰.

Por su parte, en el ordenamiento jurídico colombiano, luego de que fuera consagrado el derecho a una remuneración equitativa a favor de los artistas intérpretes o ejecutantes de obras audiovisuales, según lo dispone la Ley 1403 de 2010, la Corte Constitucional Colombiana ha entendido que:

“Este derecho surge luego de que el intérprete o ejecutante autorice la incorporación de su interpretación o ejecución en una fijación de imagen o de imágenes y sonidos. Por ende, no obstante la descrita autorización por parte del intérprete o ejecutante, éste conserva el derecho a percibir una remuneración equitativa por la comunicación pública, incluida la puesta a disposición y el alquiler comercial al público, de las obras y grabaciones audiovisuales donde se encuentren fijadas sus interpretaciones o ejecuciones”⁶¹.

título 1 de la Ley 1403 de 2010.

⁵⁹ Artículo 8 Ley 23 de 1982.

⁶⁰ Op. cit. Federación Internacional de Actores, pp. 18-21.

⁶¹ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-912 de 2011. M.P. Mauricio González Cuervo.

A partir de lo anterior, se podría decir entonces que en Colombia este derecho de remuneración equitativa, al tratarse de un derecho de carácter patrimonial, “comparte las características que se predicen de este tipo de derechos, como es la transmisión de los derechos y su renunciabilidad”⁶², por lo cual, corresponderá al artista intérprete o ejecutante, en ejercicio de la autonomía de la voluntad privada, determinar si transfiere sus derechos o si por el contrario los conserva, atendiendo en todo caso lo dispuesto en el artículo 10 de la Decisión 351 de 1993 así como lo indicado en los artículos 4 y 20 de la ley 23 de 1982.

Consideramos que estas circunstancias no se alejan mucho de las contempladas en el Tratado de Beijing que, a pesar de que otorga el carácter de exclusivo a la mayoría de derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes de obras audiovisuales no los clasifica como derechos conexos, como se hace en la legislación nacional, particularmente respecto de los derechos patrimoniales.

En este sentido, el Tratado de Beijing permite ceder los derechos patrimoniales a terceros y regula en especial la relación existente con los productores audiovisuales en su artículo 12, como ya lo hemos anotado, consagrando una presunción de cesión de derechos a su favor y contemplando incluso la potestad de los Estados contratantes de otorgar el derecho a una remuneración equitativa en su legislación nacional, como ya ha ocurrido en Colombia con la expedición de la ley 1403 de 2010.

Así, en Colombia observamos como los artículos 4 y 20 de la ley 23 de 1982 se refieren a la mencionada presunción legal de cesión de derechos patrimoniales de los autores y de los artistas intérpretes o ejecutantes, a favor de los productores en obras por encargo, pero la misma norma, en nuestro concepto, de manera acertada, impone que opera la presunción legal que indica que el contrato, bien sea de trabajo o de prestación de servicios, mediante el cual se hace el encargo debe constar por escrito. En nuestro con-

⁶² Ernesto Rengifo García, “Recientes Reformas Normativas al Derecho de Autor en Colombia”, Blog del Departamento de Propiedad Intelectual, Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 6, disponible en <http://propintel.uexternado.edu.co/Pr0P1n73L-3xT3rNaD0-U3C/wp-content/uploads/2012/11/Recientes-reformas-normativas-del-Derecho-de-Autor-en-Colombia-2.pdf>

cepto, este escrito exigido en la norma sirve de mecanismo de protección de derechos a favor del autor de la obra, pues conlleva la existencia de un pacto formal previo a la operancia de la presunción. Así las cosas, con el formalismo que contempla la norma, se le otorga al autor la potestad de pactar en contrario en el documento escrito y por tanto no deja al arbitrio del productor de la obra el tan importante asunto de la cesión de derechos patrimoniales, mediante un pacto verbal informal en el que dicha condición no sea negociada, pero que en últimas beneficie a quien encarga la obra. Creemos que estas condiciones, luego de una interpretación sistemática de las normas, deben aplicar tanto para los autores como para los artistas intérpretes o ejecutantes.

En el Tratado Beijing era esperada una protección al menos similar a la que contiene el mencionado artículo 20 de la ley 23 de 1982, modificado por el artículo 28 de la ley 1450 de 2011, en el sentido de que se otorgara un mayor nivel de protección a los artistas intérpretes o ejecutantes de manera unificada en todos los estados que hacen parte del mismo, pero por el contrario, se dejó a la autonomía de cada uno de los Estados contratantes la regulación de este importante asunto, pero creando una presunción legal que opera, en todo caso, a favor de los productores y en menoscabo de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes.

Por otro lado, con relación a la remuneración equitativa, es importante que revisemos en qué condiciones, de acuerdo con la ley 1403 de 2010, surge este derecho:

1. Es necesario que exista una “comunicación pública, incluida la puesta a disposición y el alquiler comercial al público, de las obras y grabaciones audiovisuales”. Es decir, en cualquiera de estos casos se generaría a favor del artista, intérprete o ejecutante de la obra audiovisual, un derecho a recibir una remuneración equitativa por su interpretación o ejecución.

2. Es necesario que las obras se encuentren previamente fijadas para que se materialice el derecho a una remuneración equitativa sobre la misma, a favor de los artistas intérpretes o ejecutantes de obras audiovisuales, tal y como lo indica el artículo 1 de la ley 1403 de 2010 que modifica el artículo 168 de la ley 23 de 1982 y de

acuerdo a como ha sido entendido la H. Corte Constitucional colombiana en la sentencia citada anteriormente.

El párrafo primero del artículo 168 de la ley 23 de 1982, modificado por la ley 1403 de 2010, indican entonces que el ámbito de aplicación de la mencionada remuneración equitativa es por la comunicación pública “(...) de las obras y grabaciones audiovisuales donde se encuentren fijadas sus interpretaciones o ejecuciones”.

Esta circunstancia no se aleja mucho de lo contemplado en el Tratado de Beijing que requiere para los derechos de reproducción, distribución, alquiler, puesta a disposición, radiodifusión y comunicación al público que exista una fijación audiovisual para que sea válida la exigencia del derecho patrimonial a favor del artista, intérprete o ejecutante. Pero el Tratado de Beijing va un poco más allá y se refiere al derecho exclusivo de los artistas intérpretes o ejecutantes para autorizar la radiodifusión y comunicación al público de interpretaciones y ejecuciones no fijadas, así como la fijación de sus ejecuciones o interpretaciones, consagrándolos como derechos patrimoniales a favor de estos.

Consideramos que esta protección adicional dada por el Tratado de Beijing, al otorgar derechos patrimoniales sobre las interpretaciones y ejecuciones no fijadas, cubre no solo a los artistas intérpretes o ejecutantes de cine, televisión y otras formas de interpretaciones y ejecuciones audiovisuales fijadas, sino aquellas formas de interpretaciones y ejecuciones audiovisuales no fijadas como las producciones teatrales o los conciertos, eventos culturales de gran importancia para los artistas intérpretes o ejecutantes audiovisuales, quienes por participar en este tipo de obras detentarán también unos derechos patrimoniales que, a nuestro modo de ver, no se encuentran protegidos de acuerdo con el marco normativo vigente hoy en Colombia.

Continuando con lo anterior, debemos precisar que el Tratado de Beijing contempla un catálogo de derechos más amplio que el consagrado en las demás normas colombianas sobre derechos de autor en relación con los artistas intérpretes o ejecutantes audiovisuales, proporcionando una descripción mucho más detallada y juiciosa que las que contienen las normas nacionales, que en relación con los derechos

de distribución, reproducción, puesta a disposición, alquiler, así como el de radiodifusión y comunicación al público, solo se limitan a listarlos pero sin dar un real contenido a los mismos, sobre todo en relación con las interpretaciones y ejecuciones audiovisuales.

Teniendo en cuenta lo indicado antes, debemos tener presente que el Tratado de Beijing, al momento de entrar en vigencia, incorporaría unos derechos mínimos a favor de los artistas intérpretes o ejecutantes de obras audiovisuales, el cual debe ser puesto en operación por parte de los Estados contratantes, incluido el caso colombiano, a través de herramientas jurídicas que permitan el ejercicio adecuado de los derechos por medio de normas que sirvan para hacerlos exigibles de manera eficiente, previendo siempre el legítimo interés de los artistas intérpretes o ejecutantes frente a los terceros.

Consideramos entonces que el Tratado de Beijing, al momento de entrar en vigencia, complementaría el marco normativo nacional en lo que se refiere a los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes audiovisuales, proporcionando un sustento legal más apropiado que el existente y acorde con los avances internacionales en la protección de sus derechos, circunstancia que redundaría en un mayor incentivo para la producción artística y combatir la explotación a la que se han visto abocados quienes se dedican a estos oficios, garantizando unas condiciones más dignas para sus interpretaciones y ejecuciones. Este contexto, así como la pertenencia de Colombia a un sistema jurídico internacional de protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, no solo nacionales sino extranjeros, redundará en una mayor garantía de derechos para quienes a través de las diferentes interpretaciones y ejecuciones audiovisuales nos deleitan con sus creaciones.

3. Proyecto de ley aprobatorio del Tratado de Beijing en Colombia

El día 2 de junio del año 2016 fue radicado en el Senado de Colombia el proyecto de Ley que busca la ratificación del Tratado de Beijing, suscrito por Colombia el 26 de junio del año 2012, al cual le fue asignado el número 192 de 2016 Senado. El día 15 de junio de 2017 fue agotado el trámite legislativo en la Cámara de Repre-

sentantes con la aprobación del proyecto de Ley 204-2016 Cámara, “Por medio del cual se aprueba el “Tratado de Beijing sobre Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales” adoptado por la conferencia diplomática sobre la protección de las interpretaciones y ejecuciones audiovisuales en Beijing el 24 de junio de 2012”.

El proyecto de ley aprobado por el Congreso de Colombia va en la misma línea de las conclusiones a las que hemos llegado en el estudio del tratado en el presente escrito, en este sentido, el proyecto dispone lo siguiente:

“La aprobación de este tratado va a permitirle a la industria audiovisual liderada por artistas intérpretes o ejecutantes colombianos, ser partícipe de un proceso de actualización de las disposiciones sobre derechos de autor en el mundo, dado que envía un mensaje de apoyo a los actores colombianos que hacen parte de la industria en otros países, por la posibilidad de que se les otorgue un Trato Nacional en el desarrollo de su profesión, así como impulsar el desarrollo de normativa interna que continúe avanzando hacia la salvaguardia de los derechos de los artistas nacionales.”⁶³

En este mismo sentido, el proyecto reconoce la diferencia existente en la protección de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes de obras audiovisuales frente a la protección que se otorga a quienes interpretan o ejecutan obras musicales, tal y como se ha indicado anteriormente en este escrito.

En el proyecto de ley se resalta la importancia del derecho a una remuneración equitativa para los artistas intérpretes o ejecutantes de obras audiovisuales, exaltando las bondades de la Ley Fanny Mickey “(...) como catalizador de los procesos de reconocimiento y desarrollo de los derechos de autor en América Latina (...)”⁶⁴

Analizando las consideraciones del proyecto de ley vemos como éstas se encuentran alineadas con la posición fijada por la OMPI, respecto de la importancia de ratificar el Tratado de Beijing en cada uno de los países, pues indica dicha entidad:

⁶³ Op. cit. Patti Londoño y Juan Fernando Cristo.

⁶⁴ *Ibidem*.

“El Tratado de Beijing sobre Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales mejora la posición precaria en la que se encuentran muchos actores y otros artistas intérpretes o ejecutantes que luchan por reivindicar sus derechos gracias a un marco jurídico internacional más claro para su protección, además de consolidar sus derechos patrimoniales y posibilitar la obtención de ingresos adicionales. La cuantía de esa remuneración adicional dependerá de la forma en que se incorporen las disposiciones del Tratado en las legislaciones nacionales y su aplicación en la práctica.”⁶⁵

Así las cosas, la aprobación del proyecto de ley constituye un avance significativo en el ordenamiento jurídico colombiano frente a la protección de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes de obras audiovisuales, que si bien han sido protegidos por diferentes herramientas normativas nacionales e internacionales, tal y como lo hemos mencionado a lo largo de este escrito, con la entrada en vigencia del Tratado de Beijing se otorgaría una protección más detallada y efectiva, no sólo en ámbito nacional sino internacional, en virtud del principio de trato nacional que consagra dicho instrumento, a pesar de las críticas hechas al mismo en el presente escrito.

Estamos entonces expectantes del esfuerzo que se hace por parte de todos los Estados signatarios para la ratificación del tratado, así como del gran esfuerzo que viene haciendo la OMPI en este mismo sentido con el fin de que se logre cumplir con la condición de su ratificación por treinta Estados, para que, éste importante instrumento de protección de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes audiovisuales entre en vigencia según se dispone en el artículo 26 del Tratado de Beijing.

VI. Conclusiones

El Tratado de Beijing ha sido producto de la evolución que a través de los años han tenido los derechos de los artistas intérpretes o eje-

⁶⁵ “Nuevo tratado que consolida los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes”, Revista de la OMPI, agosto de 2012, disponible en http://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2012/04/article_0001.html

cutantes de obras audiovisuales que, luego de la Convención de Roma de 1961, estaba en mora de reconocer importantes avances que permitieran una protección más efectiva y uniforme frente a las nuevas realidades que ya contenían otros instrumentos como el TOIEF.

Consideramos que, en virtud del Tratado de Beijing se cobija y protege a los artistas intérpretes o ejecutantes que realizan interpretaciones o ejecuciones audiovisuales y que pueden ser sujetos de protección, sin importar si la obra se encuentra o no en una fijación audiovisual, actualizándose de esta manera el catálogo de derechos patrimoniales y morales, sirviendo de garantía no solo para la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes en sus países de origen, sino en todos aquellos que se adhieran al Tratado.

Derechos como el de reproducción, distribución o alquiler, el derecho a poner a disposición interpretaciones y ejecuciones fijadas, el de radiodifusión y de comunicación al público marcan un grado de avance frente a su anterior concepción al adaptarse a las actuales condiciones “económicas, sociales, culturales y tecnológicas”, garantizando una protección efectiva a los titulares de derechos sobre las obras audiovisuales, sobre todo a favor de los artistas intérpretes o ejecutantes.

Por su parte, pese a la consagración de la regla de los tres pasos, mediante la cual se establecen limitaciones y excepciones en la aplicación de las normas del Tratado, queda sin resolver el principal problema que ha revestido la mencionada regla en los demás instrumentos internacionales que anteceden el mismo, es decir, persistiría la dificultad en encontrar un equilibrio entre la protección adecuada de los derechos de sus titulares frente a unos usos legítimos permitidos para el público, de manera uniforme y sin la subjetividad que se predica de la misma, que estimule la creatividad para la realización de nuevas obras, el disfrute de los trabajos protegidos y por supuesto, que no se cause un perjuicio injustificado al titular de los derechos.

Ahora bien, a pesar de las críticas que se han realizado en torno a la consagración de los derechos morales en el Tratado de Beijing, estamos convencidos que se fija un avance, ya que facilita de manera efectiva ejercer estos derechos que en algunos Estados

solo eran reconocidos a favor del autor de la obra. No obstante, consideramos que la inclusión de estos derechos morales ha debido ser más precisa, de tal manera que permitiera conocer cuáles son sus reales alcances y limitaciones frente al ejercicio de otros derechos como el de la libertad de expresión.

Por su parte, consideramos que el Tratado de Beijing al establecer una presunción legal en torno a la cesión de derechos patrimoniales, como lo hace su artículo 12, la misma resulta mucho más sencilla, práctica y por ende otorga facilidades que garantizan la protección de los derechos patrimoniales en cabeza del productor de la obra audiovisual. Esta circunstancia, como lo hemos anotado antes, facilita la comercialización de las producciones; situación que hace que el Tratado de Beijing y las demás normas que consagran este tipo de presunciones se conviertan en herramientas eficaces para hacer efectiva la protección de los derechos.

En cuanto al marco colombiano, debemos recalcar nuestra complacencia con la ratificación del Tratado de Beijing, pues consideramos que el mismo coadyuvaría, junto con las normas existentes, en la protección de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes audiovisuales, proporcionando un sustento legal más apropiado que el existente y acorde con los avances internacionales en la protección de sus derechos.

En este orden de ideas, el Tratado al otorgar una mayor protección a los derechos de artistas intérpretes o ejecutantes de obras audiovisuales, no solo en el ámbito nacional sino en el internacional, redundaría en un mayor incentivo para la producción artística, generando nuevos mecanismos para combatir la explotación de sus derechos y generando un mayor balance y seguridad al momento de realizar interpretaciones o ejecuciones audiovisuales.

Estamos a la expectativa de que este importante instrumento internacional, el Tratado de Beijing, cumpla pronto con los requisitos para su entrada en vigencia tal y como lo establece su clausulado, para que materialice este esfuerzo internacional que se hace por la protección merecida del trabajo audiovisual que realizan los artistas intérpretes y ejecutantes.