

El derecho conexo de los organismos de radiodifusión y la necesidad de un nuevo tratado internacional*

GUSTAVO SCHÖTZ**

“La hora pasa, la pena se olvida, mas la obra queda”.

VIKTOR FRANKL

* Agradezco especialmente la colaboración de Claudia del Carmen Viascán Castillo, junto con su permanente aliento. También los comentarios de Rafael Ferraz, Nicolás Novoa, Martín Moscoso, Felipe Saona, Agustín Espada, Pablo Fudim y Edmundo Rébora. Agradezco la corrección de estilo de Nuria Denasio.

** Profesor Asociado Nivel II, Universidad Austral. Director Nacional de la Dirección Nacional del Derecho de Autor, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, República Argentina. Co-director de la Revista Iberoamericana de la Propiedad Intelectual.

Capítulo I. Introducción

El derecho conexo de los organismos de radiodifusión fue considerado internacionalmente por primera vez en la Convención de Roma de 1961, en virtud de la cual tienen el derecho exclusivo de autorizar o prohibir la retransmisión inalámbrica de sus emisiones, la fijación de sus emisiones, la reproducción de esas fijaciones y la comunicación al público de sus emisiones de televisión, cuando esta se realice en lugares accesibles al público previo pago del derecho de entrada¹. El núcleo esencial de esta Convención en lo que refiere a los radiodifusores fue asumida por los ADPIC².

Un primer intento de actualizar la normativa llegó en 1974 con el Convenio de Bruselas, que establece la obligación de los Estados parte de tomar medidas adecuadas para impedir que, en su territorio o desde él, se distribuyan sin autorización señales portadoras de programas transmitidas por satélite³. Debido a que este

¹ Convención Internacional sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, hecho en Roma el 26 de octubre de 1961. Ratificada por Argentina mediante Ley N° 23.921. Son parte 93 Estados.

² Acuerdo sobre los ADPIC es el Anexo 1C del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, firmado en Marrakech, Marruecos, el 15 de abril de 1994. En su art. 14.3 indica "Los organismos de radiodifusión tendrán el derecho de prohibir los actos siguientes cuando se emprendan sin su autorización: la fijación, la reproducción de las fijaciones y la retransmisión por medios inalámbricos de las emisiones, así como la comunicación al público de sus emisiones de televisión. Cuando los Miembros no concedan tales derechos a los organismos de radiodifusión, darán a los titulares de los derechos de autor sobre la materia objeto de las emisiones la posibilidad de impedir los actos antes mencionados, a reserva de lo dispuesto en el Convenio de Berna (1971)".

³ Convenio sobre la distribución de señales portadoras de programas transmitidas por satélite, hecho en Bruselas el 21 de mayo de 1974. Argentina firmó este Convenio pero no lo ratificó. El ámbito de aplicación está determinado en el art. 2.1: "1) Cada uno de los Estados Contratantes se obliga a tomar todas las medidas adecuadas y necesarias para impedir que, en o desde su territorio, se distribuya cualquier señal portadora de un programa, por un distribuidor a quien no esté destinada la señal, si ésta ha sido dirigida hacia un satélite o ha pasado a través de un satélite."

instrumento solo protege la transmisión original hecha por satélite y no las subsecuentes retransmisiones, el ámbito de aplicación resulta muy reducido. Es por este motivo que solo lo han ratificado 37 países.

La situación técnica y comercial de la radio y la televisión ha evolucionado sustancialmente desde las regulaciones de 1961 y de 1994, tanto en su producción como en su distribución. Algunos de esos cambios son comunes a todo el ecosistema del derecho de autor y los medios de comunicación, como la digitalización y la Internet⁴. Así, por ejemplo, no está considerada la retransmisión por cable, por ser un medio prácticamente desconocido en 1961. Tampoco está considerado el llamado *webcasting* o servicio de televisión por Internet, que en muchos casos implica simultaneidad y en otros es asincrónico. Otro tanto se puede decir del llamado “cuádruple play”, que utiliza las redes de Internet para brindar servicios audiovisuales, o el denominado video on demand (VOD), que permite ver la programación desde el lugar y en el momento querido por el televidente, es decir, de modo no lineal.

Otros cambios obedecen a las nuevas preferencias de los consumidores, tanto en lo que se refiere a los contenidos como su acceso. Entre ellos se puede mencionar la denominada “cuarta pantalla”, en cuanto a la posibilidad que brindan los dispositivos móviles de acceder en cualquier momento y lugar a todo tipo de producciones audiovisuales; es una realidad en algunos casos promovida por los titulares de contenidos o señales y en otros contra su voluntad, configurándose así un amplio campo para las infracciones⁵.

Pero la limitación del párrafo 3 hace que el Convenio de Bruselas deje fuera muchas de las infracciones actuales: “3) La obligación prevista en el párrafo 1) del presente Artículo no será aplicable a la distribución de señales derivadas procedentes de señales ya distribuidas por un distribuidor al que las señales emitidas estaban destinadas.” Es decir, que si la transmisión original fue en regla, las retransmisiones sucesivas no caen bajo el ámbito de protección.

⁴ Anne Ilinova-Hoffmann, Peter Matzneller, “The Legal Protection of Broadcasters. Challenges Posed by New Services”, en *New Services and Protection of Broadcasters in Copyright Law*, European Audiovisual Observatory, Estrasburgo, 2010, pp. 7-27.

⁵ Roberto Igarza, Francisco Vacas, Federico Vibes, “La cuarta pantalla.

Estos cambios en la tecnología y en los hábitos de consumo de contenidos merecieron actualizaciones normativas respecto de otros derechos de autor y conexos, como el Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor (TODA) y el Tratado de la OMPI sobre interpretación y ejecución de fonogramas (TOIEF)⁶. Este último tiene por finalidad actualizar los conceptos y aplicación de la Convención de Roma a las nuevas realidades, pero dejó de lado, para una negociación independiente y posterior, la parte referida a los derechos conexos de los organismos de radiodifusión y de los intérpretes audiovisuales⁷. A los actores les llegó su turno unos años más tarde mediante el denominado Tratado de Beijing⁸. Por tanto, si bien se predica de la Convención de Roma un cierto equilibrio entre los intereses de las tres categorías de sujetos allí representados, este equilibrio estaría quebrado porque todavía los radiodifusores no han sido acomodados a los cambios tecnológicos operados⁹.

Marketing, publicidad y contenidos en la telefonía móvil”, Lectorum-Ugerman Editor, Buenos Aires, 2008. Si bien han pasado algunos años desde la edición del trabajo, presenta un panorama sustancialmente vigente respecto de la preferencia de los consumidores respecto del acceso a contenidos. En cuanto al impacto económico de la piratería, cfr. Brett Danaher, Michael Smith y Rahul Telang, “Copyright Enforcement in the Digital Age: Empirical Economic Evidence and Conclusions”, WIPO/ACE/10/20, 25 de agosto de 2015.

⁶ El Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, adoptado en Ginebra en 1996 es un arreglo particular adoptado en virtud del Convenio de Berna que trata de la protección de las obras y los derechos de sus autores en el entorno digital. A la fecha cuenta con 96 partes contratantes. El Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, adoptado en Ginebra el 20 de diciembre de 1996. A la fecha cuenta con 96 partes contratantes. Ambos ratificados por Argentina por Ley 25.140 del 4 de agosto de 1999.

⁷ Cfr. Documento SCCR/2/5, 6 de abril de 1999, disponible en http://www.wipo.int/meetings/es/details.jsp?meeting_id=3736

⁸ Tratado de Beijing sobre Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales, adoptado el 24 de junio de 2012, no firmado por Argentina. A la fecha no se encuentra vigente por no haber alcanzado el número mínimo de ratificaciones.

⁹ Cfr. André Françon, “¿Hay que revisar la Convención de Roma sobre los derechos conexos?”, Boletín de Derecho de Autor, Vol. XXV, Nro. 4,

Las consideraciones que hacen los ADPIC respecto del derecho de los organismos de radiodifusión incluso significa un retroceso respecto de lo establecido en varias legislaciones nacionales, ya que se refiere a la “radiodifusión por medios inalámbricos de las emisiones”, quedando excluidas las transmisiones por medios físicos, como el cable¹⁰. Esta redacción, que no toma en cuenta la realidad del consumo ni la distribución de contenidos, deja a los organismos de radiodifusión desprotegidos en un contexto internacional transfronterizo, ya que si bien muchas legislaciones tienen prevista la protección local, esas normativas no consideran el problema de los usos no autorizados allende las fronteras¹¹.

La negociación internacional para la actualización del marco normativo lleva ya varios años. En concreto, el Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos de la OMPI (SCCR en su sigla en inglés) está abocado a su tratamiento desde 1999¹². En este trabajo se indicarán los principales puntos que de-

1991, pp. 20-24.

¹⁰ Cfr. Ricardo Antequera Parilli, “El Acuerdo sobre los ADPIC y los Tratados de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA/WCT) y sobre Interpretación o ejecución y fonogramas (TOIEF/WPPT) (la adaptación de las legislaciones nacionales y la experiencia en los países latinoamericanos)”, documento OMPI-SGAE/DA/ASU/05/1, p. 13, disponible en http://www.wipo.int/edocs/mdocs/lac/es/ompi_sgae_da_asu_05/ompi_sgae_da_asu_05_1.pdf

¹¹ A nivel latinoamericano, por ejemplo, la protección está considerada en la mayoría de los países con un plazo de protección de 50 años (Bolivia, Chile, El Salvador, México, Panamá, Paraguay, República Dominicana, Uruguay); otros 70 años (Brasil, Costa Rica, Ecuador, Nicaragua, Perú), otros 75 años (Guatemala, Honduras) y el caso de Colombia, con 80 años (excepto que el titular sea una persona jurídica, en cuyo caso la duración es de 50 años). Asimismo, la protección de las emisiones por cable están expresamente consideradas en muchos de ellos y en otros de manera implícita al no hacerse distinción entre los medios de retransmisión. Cfr. Ricardo Antequera Parilli, “El Acuerdo...”, p. 14. En Argentina no hay normativa interna específica y se aplican las regulaciones de Roma y ADPIC.

¹² Se considera que el primer paso para el tratamiento del tema a nivel internacional fue el Simposio de Manila de abril de 1997 sobre “Radiodifusión, Nuevas Tecnologías de Comunicación y Propiedad Intelectual”, con participación de las más importantes Asociaciones representativas

bería incorporar una regulación moderna del derecho conexo de los organismos de radiodifusión y el estado de la discusión. Habrá que distinguir con claridad cuatro diferentes planos: el aspecto técnico de la señal (transmisión radioléctrica y otros medios), el derecho de autor sobre los contenidos, el derecho conexo sobre la señal portadora y el régimen regulatorio de los medios de comunicación. Son diferentes aspectos que se encuentran entrelazados pero que una regulación específica no debe confundir.

También se deberá hacer referencia al objeto de protección, el alcance de la misma, quién es el titular del derecho, qué conductas constituyen una infracción al derecho, qué limitaciones y excepciones pesan sobre el derecho o sobre sus titulares, el plazo y los demás elementos básicos que debe contener la norma proyectada. En la medida que sea necesario se hará referencia a los elementos técnicos vinculados a la señal, su emisión, retransmisión, recepción, entre otros. Aunque no es el tema central del trabajo, habrá que hacer consideraciones de política pública y de impacto económico y social de la regulación proyectada, ya que el asunto no está exento de largos y profundos debates. En particular, se debe responder a la preocupación respecto de si una mayor protección fortalecerá posiciones monopólicas, si esto generará un nuevo desequilibrio, si otros legítimos intereses se verán afectados, si se elevarán artificialmente los precios de los servicios. Como la regulación pretende mejorar la capacidad de los radiodifusores de recuperar el mayor valor posible sobre su señal, hay que tomar posición respecto de si los beneficios sociales son mayores a los costos, especialmente a los que afrontarán otros agentes o grupos de interés¹³.

de la radiodifusión.

¹³ Benjamin J. Bates y David Scott Wells, "Are Broadcaster Rights in the Public Interest? A Social Economic Analysis of the WIPO's Draft Broadcast Treaty", College of Communication & Information, University of Tennessee, Knoxville, 2007, p. 15, disponible en <http://web.cci.utk.edu/~bjbates/papers/papers/ICA2007-sebt.pdf>

Capítulo II. El derecho conexo de los organismos de radiodifusión

A. El objeto de los derechos conexos

El derecho concedido por la Convención de Roma y por los ADPIC es de los llamados “conexos”, *neighboring rights* en inglés, *droits voisins* en francés. Estos derechos conexos están asociados al ejercicio del derecho de autor pero son de diferente naturaleza, ya que no protegen la creación sino la interpretación o el esfuerzo empresarial y organizativo llevado adelante por personas humanas o empresas, en unos casos para que una obra sea ejecutada para el público, en otros para que sea fijada o distribuida¹⁴. Esto se debe a que algunos tipos de obras requieren de terceros que hagan posible su acceso al público: el autor literario del editor, el autor teatral del productor, el autor musical del intérprete, entre otros. No todos ellos son derechos conexos, pero sin duda no son autores, en la medida que no importan creación ni originalidad. En la medida que lo hubiera, podrían ser autores de obras derivadas¹⁵.

Cada categoría de derecho conexo obedece a legítimos intereses específicos de sus titulares, pero todos tienen en común que al menos potencialmente pueden utilizar obras de los autores¹⁶.

¹⁴ Carlos Villalba y Delia Lipszyc, “Derecho de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, Productores de Fonogramas y Organismos de Radiodifusión. Relaciones con el Derecho de Autor”, Víctor P. de Zavalía Editor, Buenos Aires, 1976, p. 31. Esta concepción es ratificada por la jurisprudencia. Por ejemplo, cfr. Sala de Propiedad Intelectual del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual de INDECOPI, 16 de febrero de 2009, caso Andina de Radiodifusión S.A.C. c. Star Global Com S.A., disponible en <http://www.cerlalc.org/derechoenlinea/dar/index.php>, con breve comentario de Ricardo Antequera Parilli.

¹⁵ Ídem, p. 26. Respecto de la discusión sobre la creatividad del intérprete y la calificación del derecho conexo, también se puede ver a Luis Felipe Ragel Sánchez, “Interpretación, derechos de autor y derechos conexos”, en Carlos Rogel Coord., Interpretación y Autoría, Ed. Reus, Madrid, 2004, pp. 61-82. También Ramón Obon León, Derecho de los Artistas Intérpretes, Ed. Trillas, México, 1996.

¹⁶ Cfr. Boytha, p. 407. Según este autor, los regímenes de derecho de autor no nacieron con miras de proteger a los creadores, sino para defender

Los derechos exclusivos, entendidos dentro del amplio género de la propiedad, en algunos casos pertenecen a los autores y en otros a quienes explotan las obras, como los editores o propietarios de los medios de comunicación¹⁷. Al menos desde la perspectiva de la explotación patrimonial, el mercado de oferta y demanda de contenidos requiere reglas claras para desarrollar las cuantiosas inversiones necesarias para poner a disposición las creaciones intelectuales¹⁸. De aquí que también pueda coadyuvar en su protección el régimen general de la competencia desleal, al tiempo que los medios de comunicación están sujetos al régimen de defensa de la competencia.

Incluso la redacción inicial del Convenio de Berna tenía en cuenta tanto los intereses de los autores como de los editores, quienes ya desde la época de Gutenberg requerían derechos exclusivos para que no hubiera dos empresarios editando el mismo libro¹⁹.

las inversiones necesarias para poner en marcha los emprendimientos extensivos que requería la explotación exclusiva de las creaciones literarias y artísticas. Ejemplifica con los privilegios de los imprenteros, que evolucionaron hacia el derecho de los autores cuando las revoluciones abolieron los privilegios en favor de las libertades individuales.

¹⁷ La noción de “propiedad” aplicado a los derechos exclusivos es clara en la Constitución Nacional de la República Argentina para los autores (art. 17). Respecto de otros derechos exclusivos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación los calificó como propiedad, comenzando por el Caso Pedro Emilio Bourdieu v. Municipalidad de la Capital, 16/12/1925, Fallos 145:307. Asimismo ver Fallos 154:162; 158:178; 167:5; 172:363; 188:393. En palabras de Satanowsky, se considera propiedad, a los fines de amparo de la Carta Magna, a todo derecho irrevocablemente adquirido y toda cancelación o recibo de pago de una obligación que libera al deudor; por tanto, está incluido en el patrimonio. Isidro Satanowsky, *Derecho Intelectual*, Tipográfica Editora Argentina, Tomo I, Buenos Aires, 1954, pp. 42, 44-45. Respecto de los derechos que surgen de los contratos, el Código Civil y Comercial de la Nación también los califica como propiedad: art. 965: “Los derechos resultantes de los contratos integran el derecho de propiedad del contratante”.

¹⁸ Cfr. Ilinova-Hoffmann y Matzneller, p. 8.

¹⁹ Cfr. Boytha, p. 408. Agrega este autor que incluso la disposición referida a la posibilidad de traducir una obra pasados diez años de su publicación, es un requerimiento de los editores, inserta en una convención internacional sobre derecho de autor.

Desde esta perspectiva, el hecho de que la protección sea concedida por el lugar de la primera publicación y no solo por la nacionalidad del autor, es una concesión al editor en protección de su edición (art. 3 1. b. del Convenio de Berna). Otro tanto se puede decir del art. 14 bis 2) b) del Convenio de Berna, por el cual aun cuando se reconozca la autoría de algunas colaboraciones en la obra cinematográfica, el consentimiento brindado para incorporar sus aportes implica autorización al titular de la obra cinematográfica para la reproducción, distribución, representación o ejecución pública.

Esta interpretación de los derechos de autor en su vinculación a la explotación y acceso de las obras, si bien puede ser debatida, también se fortalece a partir de considerar al intérprete como un usuario que adapta una obra mediante su arte escénico o musical; al productor fonográfico como quien fija la interpretación del artista; y al radiodifusor como un editor que tiene derecho a transmitir la obra que le fuera dada bajo autorización por parte de su titular. Estaríamos ante un punto de contacto entre el derecho de autor y el copyright, para el cual el producto (la edición, el fonograma, la señal radiodifundida) es considerado como propiedad en sí mismo. El mercado, que requiere derechos exclusivos, necesita tanto de la exclusividad otorgada al autor como la derivada al editor, ya que la piratería no recae solo sobre la creación autoral sino también sobre el soporte material en que es plasmada o los medios por la que es distribuida²⁰.

Este enfoque diferente entre el derecho de autor y el copyright lleva a que en los Estados Unidos sea más difícil de comprender la necesidad de un marco regulatorio especial para los radiodifusores que en los países del derecho de autor. Esto se debe a que en

²⁰ De aquí que en los países del copyright los titulares de fonogramas y los radiodifusores están protegidos dentro del amplio sistema, sin la distinción entre derechos de autor y derechos conexos. Solo los intérpretes tendrían un derecho conexo. Cfr. Cees van Rij, "The Rome Convention and the Treaty of Rome", en *Digital Cable Radio – The tensions between the music industry and the broadcasting industry*, Robert W. Allan, Editor, Reports presented at the meeting of The International Association of Entertainment Lawyers, MIDEM 1994, Cannes, Maklu Publishers, pp. 43-55.

los Estados Unidos el derecho de los radiodifusores no está concebido como derecho conexo, sino protegido como propiedad contra la comunicación no autorizada²¹. De allí que algunos insistan que no se deben conceder otros derechos que los propios de la señal al momento de su emisión y que por tanto los derechos nacidos de la fijación (*post-fixation rights*) son innecesarios y contraproducentes para el ecosistema²².

Sin pretender entrar en un debate filosófico sobre los distintos grupos de intereses y cómo logran su propia protección, sí cabe poner de manifiesto las mutuas interrelaciones y diferencias, de tal modo de lograr un sistema coherente de derechos, sobre objetos distintos pero complementarios desde la perspectiva de quien utiliza o comunica al público una obra. No se trata, por tanto, de crear nuevos derechos, sino de aplicar o adaptar los derechos existentes a los nuevos fenómenos²³. Tampoco se trata de proteger modelos de negocios obsoletos en perjuicio de los consumidores, sino permitir un sustentable sistema de incentivos²⁴.

²¹ Cfr. Tarun Jain, "Broadcaster's Right Under Copyright Law", *Icfaai University Journal of Intellectual Property Rights*, Vol. VII, N° 3, 2008, pp. 9-24, disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1098307>. También Lipszyc, "Derecho de autor y derechos conexos", p. 401.

²² Cfr. Bates y Scott Wells, "Are Broadcaster Rights in the Public Interest? ...", p. 18. Los autores indican que como el contenido ya está protegido por el copyright, no se deben dar derechos adicionales; menos aún cuando el radiodifusor es el mismo titular del contenido. Esto no es así en los países del derecho de autor, donde mucha programación no tiene protección autoral.

²³ En términos del recital 5 de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (Directiva INFO-SOC) "El desarrollo tecnológico ha multiplicado y diversificado los vectores de creación, producción y explotación. Si bien la protección de la propiedad intelectual no requiere que se definan nuevos conceptos, las actuales normativas en materia de derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor deben adaptarse y completarse para responder adecuadamente a realidades económicas tales como las nuevas formas de explotación."

²⁴ A modo de ejemplo, el derecho de los autores y editores debió acomodarse al fenómeno de la fotocopia (derechos reprográficos) y luego a la

Las primeras protecciones de los radiodifusores fueron sobre sus programas o emisiones. Uno de los logros de la Convención de Roma fue unificar sustantivamente la protección, ya que las legislaciones nacionales utilizaban distintos criterios, muchos de ellos *sui generis*, para proteger a los diferentes titulares. Particularmente respecto de los radiodifusores, los métodos eran muy diversos e inconsistentes, si se los mira desde una perspectiva internacional. Esa falta de uniformidad podía acarrear incertidumbres y derechos claudicantes, válidos en una jurisdicción e inválidos en otra²⁵.

Entre otros derechos conexos que pueden encontrarse en el ámbito interno pero sin reconocimiento internacional, se puede mencionar el del editor, a partir de la Ley 25.466 de Fomento del Libro y la Lectura²⁶. Así también el de las noticias o informaciones de prensa, derivado del art. 28 Ley 11.723²⁷.

Otro derecho que con cierta dificultad se puede llamar conexo, relacionado con la radiodifusión, es el previsto en la llamada “Ley

digitalización (derechos digitales). Así, el derecho de los autores debería sostenerse aunque el papel fuera sustituido por tabletas y el de los editores cuando mudaren de formatos físicos a digitales. Respecto de los cambios tecnológicos y de los consumidores en relación a las obras audiovisuales, cfr. Lucie Guibault y João Pedro Quintais, “Copyright, technology and the exploitation of audiovisual works in the EU”, European Audiovisual Observatory, Strasbourg, 2014, pp. 7-24.

²⁵ Cfr. Boytha, p. 412.

²⁶ Artículo 23 de la Ley 25.466: “El editor podrá perseguir civil y penalmente a quienes reproduzcan ilegítimamente su edición, pudiendo estar en juicio, incluso en acciones penales como querellante. Esta acción es independiente de la que le corresponde al autor.”

²⁷ Cfr. Federico Vibes et al., “Derecho del Entretenimiento”, Editorial AdHoc, Buenos Aires, 2014, p. 76. Artículo 28 de la Ley 11.723: “Los artículos no firmados, colaboraciones anónimas, reportajes, dibujos, grabados o informaciones en general que tengan un carácter original y propio, publicados por un diario, revista u otras publicaciones periódicas por haber sido adquiridos u obtenidos por éste o por una agencia de informaciones con carácter de exclusividad, serán considerados como de propiedad del diario, revista, u otras publicaciones periódicas, o de la agencia.

Las noticias de interés general podrán ser utilizadas, transmitidas o retransmitidas; pero cuando se publiquen en su versión original será necesario expresar la fuente de ellas.”

Pelé”, que instituye en Brasil el “derecho de arena”, por el cual el club o entidad de práctica deportiva tiene el derecho exclusivo de captar, fijar, emitir, transmitir y retransmitir las imágenes de un espectáculo deportivo²⁸. Esta normativa refleja el nacimiento de una industria, el paso de un deporte amateur a uno profesionalizado con impacto global a partir de las facilidades de las telecomunicaciones y cómo el deportista cumple un rol que en sus consecuencias se puede asemejar a una especie de artista o intérprete²⁹. Asimismo, el club o entidad a la que pertenece el deportista es el empresario de esta industria y por ende titular del derecho³⁰.

El derecho de arena, como derecho independiente, es parte de un género más amplio: el derecho del organizador del espectáculo

²⁸ Este derecho fue instaurado inicialmente en la Ley Federal del Brasil 5988 de Derecho de Autor, de 1973, Art. 100: “A entidade a que esteja vinculado o atleta, pertence o direito de autorizar, ou proibir, a fixação, transmissão ou retransmissão, por quaisquer meios ou processos de espetáculo desportivo público, com entrada paga. Parágrafo único. Salvo convenção em contrário, vinte por cento do preço da autorização serão distribuídos, em partes iguais, aos atletas participantes do espetáculo.”. Art. 101 “O disposto no artigo anterior não se aplica à fixação de partes do espetáculo, cuja duração, no conjunto, não exceda a três minutos para fins exclusivamente informativos, na imprensa, cinema ou televisão.”. De acuerdo a esa inserción original en la ley de derecho de autor, se lo consideraba un derecho conexo. José de Oliveira Ascensão, “El derecho al espectáculo”, Boletín de Derecho de Autor, Vol. XXIV, N° 2, 1990, pp. 3-13. En la situación actual, se trata más bien de un derecho sui generis, de acuerdo al Art. 42 de la Ley N° 9.615, de 24 de marzo de 1998, “Pertence às entidades de prática desportiva o direito de arena, consistente na prerrogativa exclusiva de negociar, autorizar ou proibir a captação, a fixação, a emissão, a transmissão, a retransmissão ou a reprodução de imagens, por qualquer meio ou processo, de espetáculo desportivo de que participem.”.

²⁹ Se entiende que la semejanza es metafórica, por cuanto solo pueden ser intérpretes quienes ejecutan o interpretan una obra literaria o artística.

³⁰ Antônio Chaves, “Arena Rights. Legislative Problems Concerning Broadcasting of Large Shows (Sports and Other)”, Copyright, Vol. 23, WIPO, Geneva, 1987, pp. 310-319. Este autor nos recuerda que el nombre se deriva de los antiguos gladiadores y las luchas que tenían lugar en los anfiteatros con piso de arena.

a la fijación, transmisión o comunicación pública. Este derecho deberá luego ser coordinado con el derecho del organismo de radiodifusión que efectúa la transmisión³¹. Así, la entidad deportiva detendrá un derecho exclusivo que luego negociará con uno o más organismos de radiodifusión, de donde surgirá el derecho sobre la señal portadora del programa –en este caso el evento deportivo junto con los demás elementos que agregue quien ensambla y distribuye la señal: entrevistas, opiniones de especialistas, compilados, repeticiones, etc.³²

En otros países, como la Argentina, no se ha instituido un derecho exclusivo semejante, pero la legislación da por supuesta esa exclusividad. Así, en la Ley 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual (llamada Ley de Medios), se establece en el art. 77 un mecanismo para que el ejercicio de los derechos exclusivos para la retransmisión o emisión televisiva de determinados aconteci-

³¹ Para un estudio completo y detallado sobre la organización de espectáculos deportivos, cfr. Asser International Sports Law Centre, Study on sports organisers' rights in the European Union - Final Report, February 2014, disponible en <http://www.asser.nl/sportslaw/research/past-research-projects/sports-organisers-rights-in-the-eu/>. Cfr. también Johan Lindholm y Anastasios Kaburakis, "Cases C-403/08 and C-429/08 FA Premier League Ltd and Others v QC Leisure and Others; and Karen Murphy v Media Protection Services Ltd, 4 Oct 2011", en Anderson, J. (Ed.) *Leading Cases in Sports Law*, Heidelberg, TMC Asser Press/Springer-Verlag, 2013, pp. 271-286, disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2288917>

³² En el caso *Cablevisión S.A. c/ Metzger, Eduardo Juan y otros s/ Ordinario*, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala "D" de Buenos Aires, 30/06/2014, (también llamado "caso Víctor Hugo", por haber sido protagonista el conocido periodista Víctor Hugo Morales), se resolvió que la señal emitida estaba protegida por la propiedad intelectual. Si bien el magistrado comete un error en el encuadre del derecho, indicando que estaba protegido por la Ley 11.723, en otros pasajes del fallo menciona la Convención de Roma. A su vez reconoce que la titularidad de la señal deriva del contrato exclusivo celebrado con el organizador del espectáculo, en este caso la Copa Intercontinental Interclubes. Ver comentario de Federico Vibes, "Propiedad intelectual de las transmisiones de eventos deportivos", *El Derecho*, 259-376. El fallo puede consultarse en la página del CERLALC <http://www.cerlalc.org/derechoenlinea/dar/index.php>

mientos de interés general, entre los que menciona los deportivos, no perjudique el derecho de los ciudadanos a seguir dichos acontecimientos en directo y de manera gratuita, en todo el territorio nacional³³. La prohibición de comunicación pública de los espectáculos sin la autorización del organizador es una regla mundialmente aceptada, con fuente en la costumbre³⁴.

Es decir que el derecho exclusivo sobre la señal portadora de programas coexiste y se coordina con otros derechos exclusivos que pueden nacer de contratos o situaciones de hecho. Entre otros se puede mencionar la posibilidad de impedir el acceso al lugar donde se realiza el evento o el derecho exclusivo del deportista sobre su imagen³⁵. Esto sin perjuicio de la necesaria coordinación con los tradicionales derechos de autor o bien otros derechos conexos, como los correspondientes a los intérpretes musicales o visuales. La coordinación requerida refuerza la necesidad de los derechos exclusivos del organismo de radiodifusión, ya que de su éxito depende el de otros titulares de derechos exclusivos, ya sean autores, intérpretes, productores audiovisuales u organizadores de espectáculos.

He aquí la “conexión” del derecho conexo, que no es asimilación al derecho de autor. Por una parte, facilitan la comunicación de derechos de los que se distinguen por su objeto y contenido, pero por otra tienen similitudes con éstos, como que se tratan de derechos subjetivos, con un plazo limitado, considerados como

³³ Otro tanto se puede deducir del art. 80 de la norma mencionada, que también supone la existencia de derechos exclusivos —al menos para la televisión—, que no deberán ir en desmedro del derecho a la información.

³⁴ Esta regla contiene en sí todos los elementos de la costumbre: el uso, universalmente aceptado, y la opinio iuris, ya que todos coinciden que sería ilegítimo transmitir un espectáculo sin autorización. Cfr. de Oliveira Ascensão, p. 10. En Argentina, además podríamos aplicar por analogía el art. 56 de la Ley 11.723, por el cual “Sin perjuicio del derecho de propiedad perteneciente al autor, una obra ejecutada o representada en un teatro o en una sala pública, puede ser difundida o retransmitida mediante la radiotelefonía o la televisión, con el solo consentimiento del empresario organizador del espectáculo.”

³⁵ Cfr. de Oliveira Ascensão, p. 7.

propiedad, están acompañados de limitaciones y excepciones y gozan de protección internacional³⁶. Entre las desemejanzas: no son obras, no hay autor, no presentan originalidad (por tanto no están sujetas al plagio aunque sí a la reproducción ilícita); tendrán distinto plazo, que se computará de distinto modo (unos post mortem auctoris, otros desde la fijación). En el caso de los radiodifusores, estas diferencias se manifiestan incluso cuando sean titulares de la obra que radiodifunden, ya sea que la hayan recibido por cesión o por cumplir el doble rol de productor y radiodifusor.

En la relación entre autor e intérprete, se distinguen con claridad los derechos de ambos, aunque estos también contengan algún rasgo de la personalidad del artista. La obra es autónoma, no dependiente de ninguna interpretación ni soporte determinado. No así la interpretación, que requiere de una obra a la que adjetiva, de aquí que su derecho sea más restringido que el del autor. La facultad de impedir que tienen los artistas se limita a las interpretaciones en vivo o a las radiodifusiones directas, pero no cuando la interpretación ya ha sido fijada con finalidad comercial (art. 7 1) de la Convención de Roma)³⁷.

B. El derecho de los radiodifusores en la Convención de Roma

La Convención de Roma protege la emisión efectuada por un radiodifusor, entendida esta como “la difusión inalámbrica de sonidos o de imágenes y sonidos para su recepción por el público” (art. 3 inc. f)). Incluye la transmisión por satélite, cuando está dirigida al público, como asimismo la que se efectúa desde estaciones terrestres. También si se hace por medio de señales encriptadas, si los equipos decodificadores son provistos por el radiodifusor al público receptor, al igual que la retransmisión, entendida como emisión simultánea por un organismo de radiodifusión de una

³⁶ Cfr. André Kéréver, “Sobre la necesidad y la oportunidad de revisar la Convención de Roma”, *Boletín de Derecho de Autor*, Vol. XXV, N° 4, 1991, pp. 5-16, en p. 6.

³⁷ Cfr. Mihály Ficsor, “Guía sobre los Tratados de Derecho de Autor y Derechos Conexos Administrados por la OMPI”, OMPI, Ginebra, comentarios 10 y 11 al art. 7, p. 151.

emisión por otro organismo de radiodifusión. No está incluido en el ámbito de la protección la transmisión por cable o fibra óptica³⁸.

En este sentido, es coincidente con la definición técnica de radiocomunicación que brinda el Convenio Internacional de Telecomunicaciones, de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (ITU), que incluye toda telecomunicación transmitida por medio de las ondas radioeléctricas. Asimismo, desde el punto de vista de la ITU, el servicio de radiodifusión es aquel cuyas emisiones se destinan a ser recibidas directamente por el público en general, como las emisiones sonoras, de televisión o de otro género³⁹.

Algunas legislaciones hacen extensiva la protección a las transmisiones por cable y otros medios, como el artículo 141 del Decreto Legislativo 822 de la República del Perú (Ley sobre el Derecho de Autor), donde se establece que “a los efectos del goce y el ejercicio de los derechos establecidos en este Capítulo, se reconoce una protección análoga, en cuanto corresponda, a las estaciones que transmitan programas al público por medio del hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo.” Esta aplicación extensiva de la protección a transmisiones alámbricas fue ratificada por la jurisprudencia⁴⁰. Por tanto, si la actividad protegida es

³⁸ Cfr. Takamitsu Kurihara, “Protection of Rights and Interests of Broadcasting Organizations”, UFITA, Vol. 118, Verlag Stämpfli & Cie AG, Berna, 1992, pp. 191-202, en 192. En el mismo sentido, Andrés Llerena, “Derecho de los Organismos de Radiodifusión”, X Congreso Internacional sobre la protección de los Derechos Intelectuales, Organizado por la OMPI y Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Quito, 1995, pp. 175-191, en 176 y 179.

³⁹ Tradicionalmente, la ITU definía a las ondas radioeléctricas como ondas electromagnéticas, cuya frecuencia se fija convencionalmente por debajo de 3 000 GHz, que se propagan por el espacio sin guía artificial. Pero debido a los avances tecnológicos, ahora también el término “radiocomunicación” comprende también las telecomunicaciones realizadas por medio de las ondas electromagnéticas cuya frecuencia sea superior a los 3 000 GHz y que se propaguen en el espacio sin guía artificial. Cfr. ITU, Conjunto de textos fundamentales de la Unión Internacional de Telecomunicaciones adoptados por la Conferencia de Plenipotenciarios, 2015, p. 156.

⁴⁰ Cfr. Sala de Propiedad Intelectual del Tribunal de INDECOPI, 11 de abril de 2001, en el caso Telefónica Multimedia S.A.C. c. Cable Star S.A.

la propia de quien decide las emisiones, determina el programa y el día y hora de emisión, esas características también pueden encontrarse en quienes realizan transmisiones alámbricas o por medio de otros conductores físicos, como la fibra óptica⁴¹.

Pero no toda la jurisprudencia es concordante. En algunos casos aislados, que han merecido la crítica de la doctrina, se resolvió que la redifusión simultánea, íntegra e inalterable que se hace por cable de la de señal de Televisión Nacional, no se puede catalogar como retransmisión, y por tanto no es un acto de explotación, sino la entrega de un medio técnico para que la señal abierta llegue a los hogares de un número indeterminado de usuarios⁴². Más allá de si el cable operador será o no un radiodifusor, y bajo qué circunstancias, respecto al derecho de la transmisión por cable actualmente se discuten dos grandes problemas: a) la remuneración de los autores e intérpretes por la transmisión por cable; y b) si es necesario solicitar autorización o se debe remunerar a las empresas de radiodifusión tradicional por la retransmisión por cable de sus señales⁴³. Este último aspecto es parte del

con comentario de Ricardo Antequera Parilli, disponible en <http://www.cerlalc.org/derechoenlinea/dar/index.php>. En el fallo se determinó que si bien la Convención de Roma solo protege respecto de las transmisiones inalámbricas, y por tanto no están protegidas las retransmisiones por hilo o cable, nada indica que no se puedan evitar las conductas parasitarias mediante las acciones derivadas de la competencia desleal o el enriquecimiento sin causa. En similar sentido, cfr. Sala de Propiedad Intelectual del Tribunal de INDECOPI, 28 de marzo de 2001, caso Telefónica Multimedia S.A.C. c. Telesat E.I.R.L., disponible en el mismo sitio.

⁴¹ En idéntico sentido, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 1 de diciembre de 1999, disponible en <http://www.cerlalc.org/derechoenlinea/dar/index.php>, con breve comentario de Ricardo Antequera Parilli.

⁴² Cfr. Corte de Apelaciones de Santiago, Tercera Sala, 23 de junio de 2011, disponible en <http://www.cerlalc.org/derechoenlinea/dar/index.php>, con comentario de Ricardo Antequera Parilli. En ese fallo se afectaron tanto los derechos de los autores como de los radiodifusores y otros titulares.

⁴³ Cfr. "Working Group on the Problems in the Field of Copyright and So-Called Neighbouring Rights Raised by the Distribution of Television Programmes by Cable", París, 13 al 17 de junio de 1977, Copyright,

denominado *must carry - must offer*, y está en pleno debate en algunos países como Colombia.

El artículo 13 b) de la Convención de Roma también otorga a los organismos de radiodifusión el derecho de autorizar o prohibir “la fijación sobre una base material de sus emisiones”. Esta debe entenderse como sinónimo de grabación. “Técnicamente consiste en la captación de una imagen o de un conjunto de imágenes y/o sonidos de una emisión o transmisión en un medio que pueda permitir su posterior reproducción. Este soporte puede ser sonoro o audiovisual”⁴⁴. El derecho corresponde al organismo de origen, no al distribuidor que solo se encarga de retransmitir la emisión.

La Convención de Roma también protege a los organismos de radiodifusión respecto de la comunicación al público de sus emisiones, pero solo en el caso de que sean hechas en lugares accesibles mediante el pago de una entrada. La situación resulta un tanto anacrónica en la actualidad, más aún cuando la eficacia de esta protección está librada a la reglamentación de la legislación interna de cada país.

C. Las previsiones de los ADPIC

Hay una pequeña diferencia en los términos del art. 14.3 de los ADPIC comparado con lo establecido en la Convención de Roma. Mientras que en Roma “los organismos de radiodifusión gozarán del derecho de autorizar o prohibir”, en ADPIC “los organismos de radiodifusión tendrán el derecho de prohibir”. La distinción podría ser inocua, si se adopta la interpretación que hace Delia Lipszyc, por la cual el término “derecho” debe hacerse en el contexto del segundo párrafo, por el cual en caso de no concederse esos derechos a los organismos de radiodifusión, se les deberá

Monthly Review of the World Intellectual Property Organization, Ginebra, 1977, pp. 246-251.

⁴⁴ Oficina de Derecho de Autor del INDECOPI, del 26 de junio de 2000, disponible en <http://www.cerlalc.org/derechoenlinea/dar/index.php>, con breve comentario de Ricardo Antequera Parilli. Este fallo es uno de los más completos para explicar los derechos consignados al organismo de radiodifusión, en el marco de la Convención de Roma.

otorgar un derecho semejante sobre los contenidos transmitidos que tengan protección bajo derecho de autor. Como allí se hace referencia al Convenio de Berna (1971), ese derecho no es otro que el de autorizar y prohibir⁴⁵. Pero estos derechos de autor no serán necesariamente de los organismos de radiodifusión, ya que ADPIC indica que “Cuando los Miembros no concedan tales derechos a los organismos de radiodifusión, darán a los titulares de los derechos de autor sobre la materia objeto de las emisiones”, de donde se deduce que esos derechos podrían corresponder a los titulares de contenidos y no al titular de la señal.

Como puede verse esta disposición de los ADPIC plantea problemas interpretativos. El segundo párrafo indica que cuando los miembros no concedan ese derecho a los organismos de radiodifusión, darán a los titulares de los derechos de autor sobre la materia objeto de las emisiones la posibilidad de impedir los actos mencionados, a reserva de lo dispuesto en el Convenio de Berna⁴⁶. ¿Cómo se debe interpretar esta salvedad? Pareciera que para los Estados que no son parte del Convenio de Roma, será suficiente con la protección alternativa del contenido a través del derecho de autor. Los titulares del derecho de autor de las obras emitidas tendrían así una protección respecto de la fijación del contenido incorporado a la emisión, de la reproducción de las fijaciones de las obras emitidas, la retransmisión inalámbrica de las obras ensambladas en la emisión o la comunicación al público de las obras emitidas. Todo esto dependiendo de que esos contenidos puedan ser protegidos como obra, es decir que cumplan con los requisitos de originalidad y autoría, de acuerdo al derecho del país donde se reclama la protección. Así, los criterios para considerar obra o no a determinados contenidos deberían ser analizados a la luz de esos sistemas jurídicos.

Entiendo que no se trata de una protección concedida al organismo de radiodifusión, sino al titular de las obras contenidas en la emisión, aunque si el organismo de radiodifusión fuera el

⁴⁵ Delia Lipszyc, “Nuevos temas de derecho de autor y derechos conexos”, Zavalía, Buenos Aires, 2014, pp. 56 y 57.

⁴⁶ Cfr. Llerena, p. 185.

productor o “autor” de los contenidos puedan corresponderle ambos roles. Esta sería la interpretación que podríamos dar a ese segundo párrafo del art. 14.3 de los ADPIC. Así, en los países donde se concedan derechos a los titulares de los contenidos emitidos, no será necesario conceder un derecho separado para los organismos de radiodifusión por sus emisiones⁴⁷. De este modo, en los regímenes anglosajones, donde la emisión está protegida por copyright, no haría falta conceder un derecho conexo a los organismos de radiodifusión. Éste es el argumento de Davies y podría ser tenido en cuenta en el ámbito de negociación de la OMPI, para facilitar el acceso al tratado a los países del copyright⁴⁸.

También hay que tener en cuenta el art. 2.1 del Convenio de Berna, que indica que se protegerán las obras “expresadas por procedimientos análogos a la cinematografía”, que podrían encuadrarse en el concepto más amplio de “obra audiovisual”. Queda librado a las legislaciones nacionales requerir que sean fijadas en algún soporte material (2.2), por lo cual en algunos países las televisiones en vivo o en directo, podrían no tener la protección del derecho de autor. Así, países como el Reino Unido o China, le otorgan la protección autoral aunque no estén fijadas, mientras que carecen de esta protección en Japón o Corea⁴⁹.

Para las legislaciones que sí otorgan derechos de autor a las obras televisivas, debido a que el ámbito de protección estará dado por el Estado donde se reclama protección, esto arroja una importante incertidumbre para los organismos de radiodifusión, ya que podrán estar o no protegidos en los distintos territorios y con diferente alcance. Por hipótesis, se podría dar la paradoja de que un organismo de radiodifusión en algunos países tenga la condición de autor y a su vez de titular de la señal radiodifundida, pero en otro no tenga ninguna de las dos.

⁴⁷ Cfr. Antony Taubman, Hannu Wager y Jayashree Watal, “A Handbook on the WTO.

⁴⁸ TRIPS Agreement”, WTO, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 52 y 53.

⁴⁹ Cfr. Davies, “The 50th anniversary of the Rome Convention...”, pp. 216 y 217.

D. La relación entre el derecho de autor y los derechos conexos

El derecho de los autores en los distintos géneros, el derecho de los intérpretes y otros derechos conexos, requieren de armonización y coordinación, especialmente en el ámbito internacional. Todos los titulares se necesitan mutuamente para que las obras, las interpretaciones y las distintas fijaciones o medios de distribución estén disponibles para los usuarios⁵⁰. Es evidente la mutua influencia entre los distintos grupos de intereses por lo cual se debe lograr un balance dinámico, más aun teniendo en cuenta el contexto cambiante del derecho de autor, en el que parece primar la tendencia por el uso de las obras antes que por su prohibición⁵¹.

En este sentido se deben coordinar los derechos de los creadores junto con el de quienes utilizan los derechos y de quienes median para que las obras estén disponibles para el público usuario. En todo caso debe quedar claro y distinto que la protección de la señal no abarca los contenidos transmitidos por ella⁵². En pa-

⁵⁰ Cfr. Kurihara, p. 199.

⁵¹ En la Convención de Roma los distintos intereses y sujetos quedan de manifiesto, tanto que se la comparó con un matrimonio entre tres, una misma sábana que cobija a tres personas diferentes. Cfr. Víctor Blanco Labra, "La Convención de Roma, un matrimonio entre tres (¿Convención de amor?)", *Boletín de Derecho de Autor*, Vol. XXV, N° 4, 1991, pp. 17-19. Lo denomina matrimonio por conveniencia, donde no prima el amor sino los intereses. El artista obtiene sus ingresos del productor fonográfico y del organismo de radiodifusión, y por eso se casó con ellos. El organismo de radiodifusión necesita de los artistas y de los productores de fonogramas para poder estructurar sus programas, y por eso tuvo que casarse con ellos. El productor fonográfico obtiene sus beneficios de los artistas, y sin los radiodifusores no vendería un solo disco o cinta, por eso se casó con ellos. Los tres desposados a su vez obtienen los beneficios de los autores, sin ser autores. Pero los autores necesitan de ellos para que sus obras lleguen al público.

⁵² Cfr. Boytha, pp. 418 y 427. Así entendieron esta necesidad de coordinación los redactores de la Convención de Roma, que en su artículo 24 indica que solo podrán formar parte de ella quienes a su vez sean parte del Convenio de Berna o de la Convención Universal sobre Derecho de Autor. Por otra parte, hay consenso en que la Convención de Roma implica un cierto equilibrio entre los tres grupos de intereses allí representados. Cfr. André Françon, "¿Hay que revisar la Convención de Roma

labras del INDECOPI, “El derecho de reproducción otorgado al organismo, no concede el derecho de éste de autorizar la reproducción del contenido (obras audiovisuales, producciones audiovisuales, música, etc.) si no son titulares de tales derechos, así un organismo de radiodifusión no podría autorizar la reproducción de una obra audiovisual o musical incluida en su emisión”⁵³. En Italia, la jurisprudencia ha dicho que los derechos del organismo de radiodifusión siempre son sin perjuicio de los derechos de los autores y otros titulares. El derecho del radiodifusor nunca tiene por objeto la obra misma, de aquí que la emisión radiotelevisiva a través de la cual viene difundida una obra de terceros siempre debe respetar el derecho de los autores⁵⁴.

Esta distinción resultó crítica al momento de discutirse la Convención de Roma, ya que los autores temían que los derechos

sobre los derechos conexos?”, *Boletín de Derecho de Autor*, Vol. XXV, N° 4, 1991, pp. 20-24. También Gillian Davies “The 50th anniversary of the Rome Convention for the protection of performers, producers of phonograms and broadcasting organizations: reflections on the background and importance of the Convention”, *Queen Mary Journal of Intellectual Property*, Vol. 2 N° 3, pp. 206-224, en 215.

⁵³ Aunque también puede suceder que se infrinjan simultáneamente el derecho de autor sobre los contenidos y el derecho del titular de la señal. La distinción puede generar solapamientos o problemas de coordinación, como ya referí antes. Cfr. André Kéréver, “Sobre la necesidad y la oportunidad de revisar la Convención de Roma”, *Boletín de Derecho de Autor*, Vol. XXV, N° 4, 1991, pp. 5-16, en p. 6. Respecto de los problemas que presenta el cable y el satélite, cfr. Antonio Delgado, “Utilización de obras audiovisuales por satélite y cable. La intervención de las sociedades de autores”, V Congreso Internacional sobre la Protección de los Derechos Intelectuales, Buenos Aires, 1990, pp. 213-244. También Ulrich Uchtenhagen, “Transmisiones por satélite”, VIII Congreso Internacional sobre la Protección de los Derechos Intelectuales, Asunción del Paraguay, 1993, pp. 253-297. Cfr. comentario de Ricardo Antequera Parilli al fallo Tercera Sala de la Cámara Penal del Juzgado de 1ª Instancia del Distrito Judicial de Santiago, República Dominicana, del 27 de diciembre de 2001, disponible en <http://www.cerlalc.org/derechoenlinea/dar/index.php>

⁵⁴ Oficina de Derecho de Autor del INDECOPI, del 26 de junio de 2000, disponible en <http://www.cerlalc.org/derechoenlinea/dar/index.php>, con breve comentario de Ricardo Antequera Parilli.

conexos vulneraran los propios⁵⁵. Hay que tener cuidado con la teoría de que una mayor cantidad de titulares de derechos puede afectar la porción de pastel que le corresponde a cada uno⁵⁶. Este implícito juego de “suma cero” solo es posible si se considera que la situación dada es estática y que no habrá cambios en los consumos culturales de la sociedad. La realidad del mundo digital demuestra que los temores resultan infundados y que las preferencias de los ciudadanos son evolutivas.

En la regulación proyectada esta división de aguas debería ser clara, de manera que los derechos exclusivos de los radiodifusores se establecen para autorizar o prohibir la utilización de sus señales y para alcanzar los objetivos perseguidos: impedir la piratería y la competencia desleal o parasitaria de quienes quieren obtener beneficios sin haber hecho los esfuerzos pertinentes. Así, por ejemplo, queda claro en el artículo 12 de la Convención de Roma respecto de los derechos de remuneración de los intérpretes y de los productores de fonogramas sobre la comunicación al público de los fonogramas publicados con finalidad comercial⁵⁷. Este derecho de remuneración —y no un derecho exclusivo de autorizar o prohibir— implica un equilibrio respecto de los derechos de los autores sobre las obras grabadas. En definitiva, fortalecer los derechos conexos no significa igualarlos con los derechos de autor⁵⁸.

⁵⁵ Corte de Casación Penal, Italia, 19 de septiembre de 2000, traducción de Mónica Torres Cadena, disponible en <http://www.cerlalc.org/derechoenlinea/dar/index.php>

⁵⁶ Cfr. Kéréver, p. 8. Cfr. Villalba y Lipszyc, *Derechos de los Artistas...*, p. 31 y ss., donde recuerdan la oposición que presentó la CISAC a que los Estados ratificaran la Convención de Roma, y que en caso de hacerlo efectuaran las debidas reservas. También van Rij, “The Rome Convention...”, p. 44.

⁵⁷ Cfr. Davies, “The 50th anniversary of the Rome Convention...”, pp. 214 y 219.

⁵⁸ De acuerdo a la Convención de Roma, el derecho exclusivo de autorizar y prohibir de los intérpretes y titulares de fonogramas se ha sacrificado en beneficio de los radiodifusores, ya que de acuerdo al art. 12, una vez que la grabación se ha comercializado, solo tienen derecho a una remuneración equitativa, es decir una licencia legal. Cfr. van Rij, “The Rome Convention...”, p. 46.

Esta coordinación con prioridad del derecho de autor se manifestó oportunamente en el art. 1 de la Convención de Roma, que establece que “La protección prevista en la presente Convención dejará intacta y no afectará en modo alguno a la protección del derecho de autor sobre las obras literarias y artísticas. Por lo tanto, ninguna de las disposiciones de la presente Convención podrá interpretarse en menoscabo de esa protección”. En sentido similar se expresa el texto bajo discusión en el SCCR: “La protección concedida en virtud del presente Tratado dejará intacta y no afectará en modo alguno la protección del derecho de autor y los derechos conexos sobre la materia transportada por las señales emitidas. En consecuencia, ninguna disposición del presente Tratado podrá interpretarse en el sentido de menoscabar esa protección.”⁵⁹. Como se puede observar, la redacción propuesta es más específica que en la Convención de Roma, ya que solo se refiere a las señales⁶⁰.

En el derecho anglosajón la distinción entre el derecho de autor sobre las obras y los derechos conexos sobre productos tiene menos importancia, ya que en ambos casos se trata de asegurar el control sobre las reproducciones, sean físicas o intangibles. Pero sin duda se debe distinguir entre los incentivos a la creación y los correspondientes a la inversión o producción⁶¹.

⁵⁹ Cfr. Kéréver, p. 13. En palabras de Blanco Labra, p. 19, sin comunicadores (derechos conexos) “volveríamos a la época de los juglares y el mundo se perdería muchas obras autorales. Por eso los protege la Convención de Roma y es muy justo, pero por eso se le reconoce supremacía al derecho de autor frente al derecho conexo”. En términos semejantes se expresó el Dr. Tiscornia, representante argentino en los debates de la Convención de Roma, quien manifestó que el derecho de autor tiene prioridad. Cfr. Villalba y Lypszyc, “Derecho de los Artistas...”, p. 45.

⁶⁰ SCCR/27/2 REV, 25 de marzo de 2014, disponible en http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/sccr_27/sccr_27_2_rev.pdf

⁶¹ Las legislaciones nacionales y regionales también contemplan esta diversidad de derechos y el debido respeto al derecho de los autores, como el artículo 8 de la Directiva 93/83/CEE del Consejo, de 27 de septiembre de 1993, sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable, por el cual “Los Estados miembros velarán por que la distribución por cable en su territorio de programas de otros Estados miembros se realice respe-

Una regla primigenia para lograr ese balance es la denominada “reciprocidad formal”, a diferencia de la “sustancial” o “material”. En Argentina está consagrada en el art. 13 de la Ley 11.723. Esta norma establece el mínimo exigido a las obras extranjeras: “Todas las disposiciones de esta ley, salvo las del art. 57 (disposiciones referidas al registro), son igualmente aplicables a las obras científicas, artísticas y literarias, publicadas en países extranjeros, sea cual fuere la nacionalidad de sus autores, siempre que pertenezcan a naciones que reconozcan el derecho de propiedad intelectual”. La disposición ha sido tradicionalmente interpretada en el sentido de receptor a nivel interno el trato nacional y la reciprocidad: reconoceremos el derecho de un extranjero al igual que el de un nacional, en la medida que en el país del extranjero se reconozca el derecho de mis nacionales⁶². La reciprocidad formal no requiere una igualdad o equivalencia entre legislaciones, en cuanto al contenido sustancial. No se exige comparar de modo igualitario todas las disposiciones de ambas legislaciones, buscando una identidad entre derechos para los titulares. Este último sería el caso de la reciprocidad material o sustancial. Por el contrario, nuestro país exige reciprocidad formal, en el sentido de que la protección esté prevista, sin detallar el nivel de tutela⁶³.

La reciprocidad material busca la uniformidad de las regulaciones, situación de difícil práctica. Por el contrario, por la reciprocidad formal, se asegura a los nacionales de otro Estado el

tando los derechos de autor y derechos afines aplicables y con arreglo a acuerdos contractuales individuales o colectivos entre los titulares de ambas categorías de derechos y las empresas de distribución por cable.”

⁶² Cfr. Adolf Dietz, “Los cinco pilares del derecho de autor europeo”, conferencia del 28 de noviembre de 2013 en Instituto Autor. Disponible en http://hemeroteca.institutoautor.org/story/Los-cinco-pilares-del-derecho-de-autor-europeo_3939. A modo de ejemplo, en USA, donde no hay derechos establecidos para los intérpretes ni productores de fonogramas, y por lo cual los radiodifusores son libres de radiodifundir música sin pago, sin embargo deben dejar a salvo el derecho de los autores de la música mediante una licencia. Cfr. van Rij, “The Rome Convention...”, p. 45.

⁶³ Cfr. Miguel Emery, “Propiedad intelectual”, Ed. Astrea, 5ª Reimpresión, Buenos Aires, 2014, p. 123 y ss.

mismo nivel de protección que a los nacionales del propio Estado, mediante la invocación del derecho del lugar donde se reclama la protección (*lex loci protectionis*). Un ejemplo de esta coordinación basada en reciprocidad formal es el artículo 11 bis (1) (ii) del Convenio de Berna, por el cual “1) Los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar: (...) 2º toda comunicación pública, por hilo o sin hilo, de la obra radiodifundida, cuando esta comunicación se haga por distinto organismo que el de origen; (...)”. Como puede verse, los autores tendrán derecho a prohibir la radiodifusión alámbrica o inalámbrica de sus obras. Por tanto, parece lógico que la regulación del derecho conexo del organismo de radiodifusión sea efectivo de modo paralelo al de los autores cuyas obras son radiodifundidas, es decir que cubra tanto las transmisiones alámbricas, inalámbricas o de cualquier tipo.

Como indica el párrafo segundo del artículo 11 bis, “Corresponde a las legislaciones de los países de la Unión establecer las condiciones para el ejercicio de los derechos a que se refiere el párrafo 1) anterior, pero estas condiciones no tendrán más que un resultado estrictamente limitado al país que las haya establecido y no podrán en ningún caso atentar al derecho moral del autor, ni al derecho que le corresponda para obtener una remuneración equitativa, fijada, en defecto de acuerdo amistoso, por la autoridad competente.”. Se evita así establecer una regla uniforme pero se permite una reglamentación local válida en el lugar donde se reclame la protección⁶⁴.

Así, el derecho exclusivo del autor no se convierte en un obstáculo para la radiodifusión de su obra. Pero si el derecho de los radiodifusores no va de la mano del de los autores, mal podría el organismo de radiodifusión remunerar las otras retransmisiones, causando así un perjuicio a los autores. Hay que evitar que algunos actos del organismo de radiodifusión no estén contemplados en

⁶⁴ De modo general respecto de la interpretación de este artículo del Convenio de Berna, cfr. Robert Dittrich, *On the Interpretation of Article 11 bis (1) and (2) of the Berne Convention, Copyright, Monthly Review of the World Intellectual Property Organization*, Ginebra, 1982, pp. 294-306.

los derechos de los autores. Asimismo, se debería evitar que actos que realizan terceros sin el consentimiento del radiodifusor, sean actos válidos desde el punto de vista del derecho de los autores. Esto generaría incertidumbre en los usuarios de las obras radiodifundidas. Por ejemplo, resultará necesario saber si seguirá siendo un derecho exclusivo a prohibir, o bien es reemplazado por una justa compensación, mediante pago a través de las sociedades de gestión colectiva⁶⁵.

Cuando el art. 11 bis (1) (ii) se refiere a otro organismo distinto al de origen, y no estuviere prevista la relación entre el organismo de origen (que recibió la autorización del autor) y el otro organismo, podría ser que el segundo organismo transmita ilícitamente⁶⁶. De aquí que si la señal es retransmitida sin consentimiento del radiodifusor esto perjudica también a los autores, que no podrán recibir su remuneración, ya que desde el punto de vista de estos son actos de comunicación al público que no estarán alcanzados por el art. 11 bis (1) (ii)⁶⁷.

Algunos números pueden ser útiles para reafirmar estos conceptos. En Argentina, la comunicación al público por radio y televisión, incluyendo cable, significó en 2016 una recaudación de \$ 1.440 millones para tres entidades de gestión colectiva (aproximadamente U\$S 90 millones). En el caso de SADAIC (autores y compositores musicales), \$ 712 millones, representando el 41% de su recaudación. AADI-CAPIF (intérpretes musicales y productores)

⁶⁵ Como lo establecen, por ejemplo, los artículos 8 y 9 de la Directiva Europea Directiva 93/83/CEE del Consejo, de 27 de septiembre de 1993, sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable. Cfr. Cohen Jehoram, "Cabletelevision, Satellites and Copyright", *Nordiskt Immateriellt Rättsskydd, Tidigare, Nordiskt Industriellt Rättsskydd*, 1985, pp. 188-195, en 195. También Delgado, "Utilización de obras audiovisuales por satélite y cable...", p. 224.

⁶⁶ Cfr. Victor Hazan, "The 'Body Other than the Original Broadcaster' in Cable Transmissions. Article 11 bis (1) (ii) of the Berne Convention", *Copyright*, 1984, WIPO, Ginebra, pp. 228-236.

⁶⁷ Cfr. Jehoram, p. 192. También Delgado, "Utilización de obras audiovisuales por satélite y cable...", p. 228.

res de fonogramas), \$ 525 millones, un 54% de su recaudación. SAGAI (intérpretes audiovisuales), \$ 204 millones, un 89% de sus ingresos. No hay información de las otras dos entidades, ARGENTORES (autores dramático-literarios) y DAC (directores de obras audiovisuales). La mutua necesidad queda así manifiesta.

Por otra parte, expresiones culturales que no tienen un marco de protección por el derecho de autor por —haber expirado el plazo, entre otras circunstancias—, como el folklore, sí pueden estar protegidas por el derecho de los intérpretes, como los músicos, actores y bailarines, o por los derechos de quienes han fijado esas expresiones en fonogramas o que las han transmitido mediante señales radiodifundidas. Aquí el derecho de los organismos de radiodifusión cumple un papel muy relevante para fortalecer el derecho de esos intérpretes y otros titulares.

E. Normas regulatorias del mercado de las telecomunicaciones

Las definiciones de “señal” dadas por los organismos técnicos de las telecomunicaciones, nacionales o internacionales como la UIT pueden ser útiles, pero considerando que tienen una finalidad diferente, ya que procuran establecer regulaciones sobre el uso del espectro radioeléctrico: frecuencias, estándares, libertad de expresión, diversidad cultural, etc. En este sentido, la expresión organismo de radiodifusión puede tener un sentido diferente, ya que se refieren a aquellas entidades que transmiten o reciben, o una combinación de ambas, incluyendo los equipos e instalaciones necesarios, pero sin referencia al control o decisión sobre la programación o contenidos⁶⁸.

En todas estas regulaciones la “radiocomunicación” es la telecomunicación por ondas de radiofrecuencia y “servicio de radiodifusión” es un servicio de radiocomunicación donde las transmisiones están dirigidas a la directa recepción por el público general. Siempre incluyen sonido e imágenes. Por ejemplo, para ver el diferente enfoque, el Convenio de Berna no tiene en cuenta los elementos téc-

⁶⁸ Cfr. Megumi Ogawa, *Protection of Broadcasters' Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, p. 26.

nicos definidos por la ITU, pero garantiza a los autores el derecho a autorizar la comunicación al público mediante cualquier medio, inalámbrico o no, de signos, sonidos e imágenes, incluyendo todo tipo de medio, incluso si no está dirigida directamente al público.

De aquí que la definición de emisión brindada por la Convención de Roma, “difusión inalámbrica de sonidos o de imágenes y sonidos para su recepción por el público” (art. 3. f)) difiere de las definiciones técnicas de la ITU, que incluye todo medio de comunicación inalámbrico, cualquiera sea el modo de emisión o recepción, y sin importar la intención directa de estar dirigida a la directa recepción por el público. Esta diferencia de enfoque ha llevado a que en las discusiones del SCCR se haya abandonado la idea de que organismo de radiodifusión, a los efectos del derecho conexo, es aquel que tiene licencia o autorización del Estado⁶⁹.

Por su parte, el Convenio de Bruselas de 1974 procura la protección del organismo emisor sin hacer referencia al público y reemplaza el término “emisión” por “señal emitida.” En esta norma, ‘señal’ es todo vector producido electrónicamente y apto para transportar programas; por su parte, ‘programa’ es todo conjunto de imágenes, de sonidos, o de imágenes y sonidos, registrados o no e incorporado a señales destinadas finalmente a la distribución. Luego distingue entre ‘señal emitida,’ toda señal portadora de un programa, que se dirige hacia un satélite o pasa a través de él, y ‘señal derivada,’ que es aquella señal obtenida por la modificación de las características técnicas de la señal emitida, haya habido o no una fijación intermedia o más. De este modo, se establece como objeto de protección solo a la señal emitida portadora de programas, destinada a un satélite. Queda fuera del ámbito de protección la señal distribuida al público.

⁶⁹ Esta era la postura de la Argentina, que entendía que “organismo de radiodifusión” era la entidad autorizada por cada Parte Contratante, capaz de emitir señales sonoras, visuales o ambas, susceptibles de percepción, por parte de una pluralidad de sujetos receptores. Se entiende también como “organismo de radiodifusión” a la entidad autorizada que realice teledistribución (documento SCCR/3/4 y documento SCCR/8/INF/1 p. 13).

La señal emitida, en los términos del Convenio de Bruselas, no está dirigida al público y es de imposible recepción por él. Allí se protege al originante de la señal, que no siempre será un radiodifusor, ya que por definición radiodifusor es quien se dirige al público. De este modo en su ámbito propio, la responsabilidad respecto del derecho de autor es de quien dirige la señal al público, que tiene a cargo la tarea de distribución y define qué se distribuirá y cuándo, no del originante. El titular del derecho en Bruselas no se dirige al público por impedimento técnico. La característica de esa señal la hace inaccesible por el público, que requiere una decodificación y distribución ulterior por el organismo de radiodifusión. La comunicación al público estará dada en la tercera fase, que no distingue entre medios alámbricos o inalámbricos, ya que es irrelevante para su protección.

De aquí que los titulares de derechos de autor y derechos conexos no puedan dirigirse al originante de la señal ni al operador del satélite, sino solo al distribuidor de la señal, que es quien comunica al público. Hay aquí un cierto vacío de protección para los titulares de derechos, que no quedan cubiertos ni por Roma ni por Berna. Quedan a salvo aquellos casos en que la intención inicial es dirigirse al público, es decir cuando el originante de la señal interviene en otras fases y no solo en la organización de la programación o su mera disposición en un satélite para que el distribuidor la tome, transforme y distribuya⁷⁰.

Un tema a revisar es si la falta de consistencia entre los derechos de comunicación al público que gozan los autores o intérpretes en los Tratados OMPI, distintos a los de los radiodifusores, causan un perjuicio a los autores, que quedan al margen de la protección que pueden requerir los radiodifusores, y por tanto estos no paguen por esos usos sin protección. De este modo la definición de radiodifusión del artículo 2. f) del WPPT debería ser coordinada con el futuro tratado de radiodifusores, con el de Beijing y con todo otro instrumento internacional, para evitar inconsistencias entre los ámbitos de aplicación de cada uno de esos instrumentos. El problema se presenta porque en los Tratados OMPI el

⁷⁰ Cfr. Boytha, p. 417.

radiodifusor cumple el rol de usuario, mientras que en el tratado de los organismos de radiodifusión su rol es el de titular.

A nivel nacional, esta diferencia de enfoque se manifiesta en regulaciones separadas. El derecho conexo de los organismos de radiodifusión suele ser parte de la legislación autoral, mientras que la normativa de las telecomunicaciones tiene su propio régimen. A modo de ejemplo, el art. 2 de la Ley Federal de Radio y Televisión de los Estados Unidos Mexicanos indica: “La presente Ley es de orden público y tiene por objeto regular el servicio de radiodifusión. El servicio de radiodifusión es aquél que se presta mediante la propagación de ondas electromagnéticas de señales de audio o de audio y video asociado, haciendo uso, aprovechamiento o explotación de las bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico atribuido por el Estado precisamente a tal servicio; con el que la población puede recibir de manera directa y gratuita las señales de su emisor utilizando los dispositivos idóneos para ello. El uso, aprovechamiento o explotación de las bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico para prestar el servicio de radiodifusión sólo podrá hacerse previos concesión o permiso que el Ejecutivo Federal otorgue en los términos de la presente ley. Para los efectos de la presente ley, se entiende por radio y televisión al servicio de radiodifusión.”

Otro aspecto que es fuente de conflictos en la regulación de las telecomunicaciones es el denominado *must carry - must offer*⁷¹. Se trata de la relación entre oferentes de señales de televisión abierta y operadores de cable y otros modos de televisión cerrada. *Must offer* se refiere a la obligación que tienen los licenciarios de televisión abierta de ofrecer sus contenidos a los operadores de televisión paga para su retransmisión. Dependiendo de los países, esta obligación puede estar regulada a nivel constitucional, como en México⁷². En algunos casos será mediante contraprestación o

⁷¹ De modo general para este asunto, cfr. Organización de Telecomunicaciones de Iberoamérica, Regulación *Must carry - must offer* Ciudad de México, 2016, disponible en <https://www.otitelecom.org/wp-content/uploads/2017/05/OTI-regulacion-MUST-CARRY-MUST-OFFER.pdf>

⁷² Cfr. Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones

bien una obligación gratuita. Por su parte, *must carry* se refiere a la obligación del proveedor de televisión restringida de retransmitir una señal de televisión abierta. Claramente se trata de un aspecto de política pública, y si bien tiene incidencia en los derechos de autorizar y prohibir del organismo de radiodifusión, será un aspecto en el que el futuro tratado no debería incidir. Incluso en aquellos casos en que pueda afectar el derecho de los titulares de los contenidos radiodifundidos, los conflictos deberán resolverse en su respectivo plano.

Los otros temas fundamentales de política de telecomunicaciones son la propiedad de los medios de comunicación, la relación con la libertad de expresión, la diversidad cultural, el patrimonio cultural nacional, la programación relacionada con niños, niñas y adolescentes y la legislación antimonopólica⁷³. En caso de que alguno de estos temas tenga puntos de contacto con el derecho conexo de los radiodifusores, debería resolverse de acuerdo a las reglas de interpretación constitucional, de tal manera que cada normativa se limite a su campo de aplicación específico. En este sentido, en el documento SCCR/34/4 se prevé una declaración concertada en relación con la definición de organismo de radiodifusión: “A los fines del presente tratado, la definición de organismo de radiodifusión no afecta al marco regulatorio nacional de las Partes Contratantes relativo a las actividades de radiodifusión”. Es la solución adecuada.

Capítulo III. La regulación del derecho de los organismos de radiodifusión

Desde que comenzó la discusión del futuro tratado, los Estados acercaron al Comité diversas propuestas. La última que incluye un texto relativamente completo fue la de Singapur, en diciembre

de los artículos 6º, 7º, 27, 28, 73, 78, 94 y 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de telecomunicaciones, disponible en

http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5301941&fecha=11/06/2013.

⁷³ De modo general, cfr. Vibes et al., “Derecho del Entretenimiento”, pp. 38 y ss.

de 2003 (documento SCCR/11/2). A consecuencia de esas propuestas, se le solicitó a la Secretaría que elabore un texto consolidado, lo que se efectuó a comienzos de 2004 (documento SCCR/11/3). Luego de que fracasaran las negociaciones previas a una conferencia diplomática, en 2007, el tema sigue en la agenda, con avances lentos⁷⁴. Actualmente el documento bajo análisis es el preparado por el Presidente con la colaboración de la Secretaría General (documento SCCR/27/2). Desde el segundo semestre de 2014 los trabajos se concentran en “Texto consolidado y revisado sobre las definiciones, el objeto de la protección, los derechos que han de concederse y otras cuestiones.” (documento SCCR/34/4)⁷⁵.

Es necesario lograr los consensos suficientes en esos aspectos, para habilitar el llamado a una conferencia diplomática, ya que de acuerdo al mandato de la Asamblea de la OMPI, queda entendido que en las sesiones del SCCR el acuerdo deberá sustentarse sobre la base de un enfoque centrado en las señales. Adicionalmente, solo será posible llamar a una conferencia diplomática cuando se haya alcanzado un acuerdo respecto a los objetivos, el ámbito específico de aplicación y el objeto de protección⁷⁶.

Se pueden identificar tres causas para justificar los lentos progresos. En primer lugar, los avances tecnológicos impidieron determinar adecuadamente el objeto de protección. El segundo gran motivo para las demoras fue el cambiante contexto internacional referido a la propiedad intelectual luego de la entrada en vigor de los ADPIC. Los Estados que se sintieron perdidosos en esa gran negociación multilateral estuvieron muy susceptibles en los años siguientes respecto de cualquier nuevo compromiso internacional, ya que no querían correr riesgos de obligarse de modo desequilibrado, considerando que ya habían sufrido mucha pérdida en el acceso al conocimiento⁷⁷. El tercer motivo para estos retrasos se

⁷⁴ Tom Rivers, “A Broadcasters’ treaty?”, *Copyright Law, a Handbook of Contemporary Research*, Paul Torremans Editor, Edward Elgar, Massachusetts, 2007, pp. 483-513.

⁷⁵ Todos los documentos citados están disponibles en http://www.wipo.int/meetings/es/topic.jsp?group_id=62.

⁷⁶ WO/GA/34/8, de 23 de julio de 2007.

⁷⁷ Entre otros signos de esas aprensiones se puede mencionar el lanza-

puede encontrar en el cambiante contexto internacional referido a Internet, y en la puja entre una Internet libre y quienes sufren la piratería debido a esa falta de límites⁷⁸.

A. Ámbito subjetivo: quién es “organismo de radiodifusión”

Es necesario determinar el sujeto titular del derecho conexo, como uno de los elementos que delimita el ámbito de protección⁷⁹. En este sentido, tanto la Convención de Roma (art. 2) como los ADPIC (art. 14.3) asignan la titularidad al “organismo de radiodifusión”, pero sin definirlo, como sí hacen con el productor de fonogramas. Sin embargo parece existir cierto consenso en que en dichos acuerdos la expresión abarca a quienes tienen a cargo la tarea de organizar o ensamblar la señal y no la mera propiedad de los medios de comunicación⁸⁰. Tampoco sería radiodifusor el productor independiente del programa o el titular de la obra cinematográfica o audiovisual contenida en la emisión. Por tanto, es irrelevante que el sujeto del derecho sea titular de los contenidos transmitidos⁸¹. En definitiva, radiodifusor es quien “conjuga y organiza, bajo su dirección, un conjunto de diversos elementos que conforman la programación del medio que es puesta, mediante su emisión, a disposición del público.”⁸².

miento de la Agenda para el Desarrollo de la OMPI, a instancias de Argentina y Brasil. De modo general, cfr. Peter K. Yu, “Five Disharmonizing Trends in the International Intellectual Property Regime”, *Intellectual Property and Information Wealth*, Peter K. Yu ed., Praeger Publishers, Vol. 4, 2007; MSU Legal Studies Research Paper N° 03-28, disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=923177>

⁷⁸ Cfr. Rivers, “A Broadcasters’ treaty?”, p. 510. Como resumen de este derrotero histórico, cfr. Carlos Fernández Ballesteros, “Internet: el lugar de los grandes pecados atroces”, en Martín Michaus Romero y José Luis Caballero Leal (coord.), *Estudios de Derecho de Autor y Propiedad Industrial, Homenaje al Licenciado José Luis Caballero Cárdenas*, Porrúa, México, 2015, pp. 179-204.

⁷⁹ Cfr. Rivers, “A Broadcasters’ treaty?”, p. 498.

⁸⁰ Cfr. Ogawa, “Protection of Broadcasters’ Rights”, p. 27.

⁸¹ Cfr. Ficsor, “Guía sobre los Tratados ...”, p. 146.

⁸² Llerena, p. 175. Así se desprende también de la definición de “organismo de origen” contenido en el numeral vi) del art. 1 del Convenio de

Sin embargo, la expresión requiere de mayores precisiones, tanto por la convergencia tecnológica de las telecomunicaciones y los servicios audiovisuales, como por el surgimiento de plataformas de Internet que por una parte transmiten o retransmiten radio y televisión, ya sea de modo simultáneo o diferido, o bien que elaboran sus propios contenidos y los ponen a disposición en cualquier tiempo y lugar. Un mapa de los actores relevantes muestra que la situación es más compleja que hace 50 años, donde solo existía la radio y la televisión y algunos pocos circuitos cerrados de imagen y sonido (embrión de los cableoperadores). Luego apareció el satélite y el acceso domiciliario a sus emisiones. Cada nuevo actor, que disponía de un modo nuevo de emitir un contenido, podría considerarse con cierta expectativa de gozar del derecho conexo.

La radiodifusión tradicional, inalámbrica, desde hace tiempo puede realizarse a través de cable. Un programador o productor elabora un programa, en vivo o grabado, que es radiodifundido por cable. Se trata del denominado cablecasting, donde el medio de transmisión cambia, pero no la tarea propia del programador, consistente en el ensamblado de la programación en una señal⁸³. En todos los casos radiodifusión implica intención de dirigir los programas al público en general.

La definición que contenga el futuro tratado, a mi parecer, no debería ser dependiente del medio de transmisión sino de la actividad objetiva, donde la iniciativa, la responsabilidad editorial y la organización de una programación son los actos más relevantes⁸⁴. El organismo de radiodifusión, una vez que ensambla su señal, puede efectuar una primera transmisión en vivo o diferido,

Bruselas, por el cual vi) “«organismo de origen», la persona física o jurídica que decide qué programas portarán las señales emitidas;” Queda claro que no es el titular del contenido, tenga o no protección por derecho de autor. Por su parte, la ley paraguaya 1328/1998 de Derecho de Autor y Derechos Conexos, lo define en art. 2.28 como la “persona física o jurídica que programa, decide y ejecuta las emisiones”.

⁸³ Cohen Jehoram, “Cabletelevision, Satellites and Copyright”, Nordiskt Immateriellt Rättsskydd, Tidigare, Nordiskt Industriellt Rättsskydd, 1985, pp. 188-195.

⁸⁴ Cfr. Rivers, “A Broadcasters’ treaty?”, pp. 499-500.

y fijar la señal para sucesivas retransmisiones por cable, por satélite e incluso por Internet, o bien disponer de esa programación en algún sistema para que los usuarios puedan disponer de ellas en distintos momentos. Esos diferentes medios en que el mismo sujeto dispone de su señal no deberían menguar su derecho, como tampoco queda reducida su responsabilidad en los actos posteriores.

Sí debería quedar excluida la mera retransmisión, si la actividad del organismo de radiodifusión no está relacionada con el origen, ensamblado o programación de la señal destinada al público. Así sucede en la UE y en otras legislaciones.

Como ya indiqué, la protección tampoco debería ser dependiente de la autorización estatal, que podrá o no existir, dependiendo del régimen de derecho público de cada país respecto de las licencias o autorizaciones para el uso del espectro radiofónico⁸⁵.

En el documento SCCR/27/2 “organismo de radiodifusión”, es “la persona jurídica que tome la iniciativa de la preparación, el montaje y la programación del contenido, habiendo obtenido a tal fin, de ser necesario, la autorización de los titulares de derechos, y asuma la responsabilidad jurídica y editorial de la comunicación al público de todo el material incluido en su señal emitida”. Sin embargo, el documento SCCR/34/4, texto actualmente bajo discusión, agrega otros elementos que brindan mayor precisión a la definición: “organismo de radiodifusión” es “la persona jurídica que tome la iniciativa y asuma la responsabilidad editorial de la radiodifusión, lo que incluye montar y programar la programación transportada en la señal. Las entidades que distribuyen su señal portadora de programas exclusivamente por conducto de una red informática no están comprendidas en la definición de “organismo de radiodifusión.”

⁸⁵ En este sentido, no resulta conveniente una definición como la contenida en la Ley Federal del Derecho de Autor de los Estados Unidos Mexicanos, que los define en su artículo 139: “Para efectos de la presente Ley, se considera organismo de radiodifusión, la entidad concesionada o permissionada capaz de emitir señales sonoras, visuales o ambas, susceptibles de percepción, por parte de una pluralidad de sujetos receptores.”

La última frase excluye de la protección a los operadores que, aun cuando hubieran tomado la iniciativa, asumido la responsabilidad editorial y organizado la programación, no realizan la primera emisión de acuerdo a los modos tradicionales. También quedan excluidos los meros distribuidores pasivos. Estos son quienes no toman la iniciativa ni realizan ninguna actividad editorial ni de programación y solo se limitan a retransmitir⁸⁶. O bien aquellas plataformas que disponen de contenidos para la elección del público, sin ninguna grilla de programación u orden.

B. Ámbito objetivo: “la señal portadora de programas”

En los términos de la Convención de Roma, se protege la “emisión”, entendida como “la difusión inalámbrica de sonidos o de imágenes y sonidos para su recepción por el público” (art. f). Los ADPIC utilizan la expresión “emisiones”. Sin embargo, el Convenio de Bruselas protege la “señal emitida”, que se refiere a toda señal portadora de un programa, que se dirige hacia un satélite o pasa a través de él; en ese contexto “señal” es todo vector producido electrónicamente y apto para transportar programas, mientras que estos son el conjunto de imágenes, de sonidos, o de imágenes y sonidos, registrados o no, e incorporado a señales destinadas finalmente a la distribución (art. 1).

Como indica Delia Lipszyc, “las emisiones que constituyen el objeto de los derechos de los organismos de radiodifusión son todas las que este difunde, contengan obras protegidas por el derecho de autor o no, como ocurre con los acontecimientos deportivos, los eventos de interés público, etc. (...). El objeto protegido es, pues, la emisión, el continente, con independencia de su contenido”⁸⁷.

⁸⁶ Respecto de retransmisores pasivos, cfr. el comentario de Ricardo Antequera Parilli a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 1 de diciembre de 1999, disponible en <http://www.cerlalc.org/derechoenlinea/dar/index.php>.

⁸⁷ Delia Lipszyc, “Derecho de autor y derechos conexos”, Ed. Zavalía, Buenos Aires, 2006, pp. 400 y 401. En términos semejantes José Luis Caballero Leal, “Nuevas amenazas contra el derecho de autor”, en Martín

Así, por ejemplo, no debe confundirse la “obra radiofónica” con la “obra radiodifundida”, y menos con la “emisión radiofónica”. La primera es un programa de radio que tiene los requisitos de autoría y originalidad, y por tanto protegido por el derecho de autor. La segunda es la obra preexistente, de cualquier género, que se ensambla en una señal para su distribución. La tercera, finalmente, es la señal portadora de programas (cualquiera sea su tipo), emitida por un organismo de radiodifusión. Sólo esta última está protegida por el derecho conexo⁸⁸.

Esa señal portadora de programas o emisión no es la mera onda radioeléctrica, en cuanto “onda electromagnética que se propaga por el espacio sin guía artificial”. Esta última es la definición técnica de las ondas hertzianas, en cuanto “movimiento ondulatorio del campo electromagnético apto para la telegrafía y la radiodifusión, que se propaga por el espacio al producirse la descarga eléctrica”⁸⁹. La señal objeto del derecho conexo será aquella onda electromagnética capaz de transportar información, en este caso datos, imágenes o sonidos con la característica de que tienen una organización suficiente para constituir “programas”. Pero el objeto de protección no es el programa, sino la señal portadora (emisión en términos de Roma).

De aquí que en los textos bajo análisis actualmente se haya adoptado la siguiente definición: por “señal portadora de programas” se entenderá el portador, generado electrónicamente, en la forma en que fue transmitido originalmente y en cualquier for-

Michaus Romero y José Luis Caballero Leal (coord.), *Estudios de Derecho de Autor y Propiedad Industrial, Homenaje al Licenciado José Luis Caballero Cárdenas*, Porrúa, México, 2015, pp. 205-238, en 226, donde recuerda el art. 115 de la Ley Federal de Derecho de Autor de México, que establece que el derecho del radiodifusor en ninguna medida afectará el derecho de los autores.

⁸⁸ Cfr. Ricardo Antequera Parilli, comentario al fallo de la Sala de Propiedad Intelectual del Tribunal de INDECOPI, 23 de febrero de 2009, disponible en <http://www.cerlalc.org/derechoenlinea/dar/index.php>.

⁸⁹ Carlos Corrales, “La transmisión por satélite y la cuestión del simple transporte de señales, con especial referencia a las obras audiovisuales”, VII Congreso Internacional sobre la protección de los derechos intelectuales, Santiago, Chile, 1992, pp. 395-417, en 395.

mato técnico posterior, que transporta un programa” (documento SCCR/34/4)⁹⁰. Además, por si quedara alguna duda, allí mismo se indica que “La protección concedida en virtud del presente Tratado abarca únicamente las señales portadoras de programas, incluidas las señales anteriores a la emisión, transmitidas por un organismo de radiodifusión [o difusión por cable], o en su nombre, pero no se extiende a los programas contenidos en ellas.”

Queda claro por tanto que la protección sobre la “señal portadora de programas” no se refiere al sentido técnico, propio de las ciencias físicas o de la disciplina de las telecomunicaciones, sino una señal que contiene en sí una programación elaborada por un organismo de radiodifusión, que ha ensamblado imágenes y sonidos, sean estos últimos protegidos o no por el derecho de autor. Ahora bien, esa señal, generada electrónicamente, no necesariamente es transportada por ondas hertzianas, como era lo habitual tres décadas atrás⁹¹.

Hoy día es posible transmitir la señal por medios alámbricos, por paquetes digitalizados de información codificada y decodificada en un momento posterior. Incluso, la televisión por cable ahora también permite conexión de “uno a uno” y no solo de “uno a muchos”. Inicialmente, el cableoperador disponía de una señal múltiple, para atender un grupo más o menos grande de usuarios. Ahora es posible además enviar una segunda señal individualizada a un usuario particular, por ejemplo para que disponga de telefo-

⁹⁰ En general, sobre la evolución de los términos técnicos que se utilizan en el debate del nuevo Tratado, puede consultarse con provecho el documento de la OMPI titulado “La protección de los organismos de radiodifusión: términos y conceptos”, del 16 de agosto de 2002, bajo el número SCCR/8/INF/1, aunque algunas de las nuevas tecnologías como el VOD no están consideradas.

⁹¹ Las dos tecnologías básicas que están disponibles para la emisión “por aire” son VHF (very high frequency) y la UHF (ultra high frequency). Ambas utilizan parte del espectro electromagnético, aunque las segundas son de menor rango y requieren más repetidoras. Lo normal es que la porción de espectro que utilizan sea administrada por el Estado mediante licencias, para evitar las interferencias. El cambio de señal analógica a digital no ha modificado el esquema básico y no tiene efecto sobre el derecho conexo de los radiodifusores.

nía y/o Internet, o bien para que pueda descargar programación personalizada como el video *on demand*⁹². Asimismo, esta interactividad también es posible mediante la televisión satelital.

La misma señal portadora de contenidos puede estar disponible para el usuario por medio de la llamada IPTV (Internet Protocol Television), un sistema de suscripción de señales de televisión que utiliza una conexión de banda ancha sobre protocolo IP. Puede ser ofrecido en conjunto con la conexión a Internet, en el que el operador utiliza la misma infraestructura pero con un ancho de banda diferenciado. No se trata de televisión en línea, sino sobre protocolo IP, ofrecido de modo cerrado por sus operadores⁹³.

Por su parte, la TV online, es un portal de contenidos o una plataforma que permite ver programas de televisión u otros contenidos, muchos de los cuales no corresponden a radiodifusores. Son las denominadas online o *web-TV services*, o bien *over-the-top services* (OTT), que están disponibles mediante una conexión a Internet, fija o WIFI, o también mediante datos a través de dispositivos como los *smartphones*. Estas OTT utilizan Internet abierta.

Todos estos medios en que la señal portadora de programas llega al público deberían ser considerados por el Tratado bajo discusión, de modo neutral. Lo relevante no es el elemento técnico, sino el modo en que se distribuyen esos contenidos. La señal es un medio de transporte, no una fijación del programa, aunque la señal como vehículo sí pueda ser fijada. De aquí que el concepto tradicional de radiodifusión deba contemplar todo recurso técnico disponible para efectuar la actividad, incluyendo los medios digitales de transmisión y almacenamiento⁹⁴. Es más: cuanto más se facilitan los medios para que la señal esté disponible para el público, más crece la posibilidad de la piratería o robo de señal.

⁹² Cfr. WIPO, SCCR/30/5, "Current Market and Technology Trends...", p. 18.

⁹³ Cfr. <http://searchtelecom.techtarget.com/definition/IPTV>

⁹⁴ De aquí también que deba establecerse una nueva regulación de la copia privada, ya que el almacenamiento efectuado con miras a sucesivas copias o puestas a disposición está fuera de lo que originalmente se previó para los ejemplares físicos. Cfr. Ilinova-Hoffmann y Matzneller, p. 12.

La Asamblea de la OMPI, en la sesión del 24 de septiembre a 3 de octubre de 2007, indicó que se debía trabajar “sobre la base de un enfoque centrado en las señales”⁹⁵. Sin embargo, de modo recurrente se vuelve a discutir si señal es la mera transmisión, entendida como medio efímero, sin que sea posible establecer derechos posteriores en base a la fijación, aunque sí habría un derecho sobre cada retransmisión posterior. Por tanto el hecho técnico de que la emisión no permanezca una vez efectuada, no impide que se establezca una protección desde el momento de la emisión, respecto de actos no autorizados a los terceros sobre esa señal emitida. Esta precisión trata de evitar la consideración repetida por algunas delegaciones, en cuanto a que el carácter efímero de la señal no permitiría establecer, por ejemplo, un plazo de protección, o bien que ese plazo renacería con cada nueva emisión.

C. Ámbito internacional de protección, ¿derecho internacional público o privado?

Una de las dificultades que planteó la Convención de Roma es su carácter vinculante en el ámbito interno de los Estados. Debido a que la interpretación general establece que se trata de un instrumento de Derecho Internacional Público, establece compromisos de los Estados respecto de los nacionales de otros Estados y no estatuye derechos para los nacionales, salvo los distintos regímenes constitucionales sobre incorporación del derecho internacional al derecho interno. De aquí que sobre la base del art. 26 de la Convención de Roma, esta resulta de aplicación indirecta en la generalidad de los casos, salvo que haya norma nacional que faculte para invocar tratados internacionales en forma directa en tribunales. Así, algunos países como Argentina, Chile o México contemplan en sus constituciones que los derechos consagrados en tratados internacionales merecen reconocimiento directo por parte de los tribunales.

En su momento los organismos de radiodifusión consideraron esto como un problema, ya que para que la Convención fuera efectiva re-

⁹⁵ WO/GA/34/8, de 23 de julio de 2007.

querían que los Estados actuaran de buena fe, sancionando las normas necesarias, además de que no resolvía los crecientes problemas de piratería, tanto satelital como alámbrica. Por tal motivo, se preparó una “Ley Tipo sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión”⁹⁶.

De acuerdo a la propuesta en estudio (documento SCCR/34/4) se entiende que son “Beneficiarios de la protección 1) Las Partes Contratantes concederán la protección prevista en el presente Tratado a los organismos de radiodifusión [o difusión por cable] que sean nacionales de otras Partes Contratantes. 2) Se entenderá por nacionales de otras Partes Contratantes los organismos de radiodifusión [o difusión por cable] que satisfagan una de las siguientes condiciones: i) que la sede del organismo de radiodifusión [/difusión por cable] esté situada en otra Parte Contratante; o ii) que la señal portadora de programas emitida haya sido transmitida desde un transmisor ubicado en otra Parte Contratante. 3) En el caso de una señal portadora de programas por satélite, se entenderá que el transmisor está ubicado en la Parte Contratante desde la cual se envía el enlace ascendente al satélite en una cadena ininterrumpida de comunicación que llegue al satélite y regrese a la tierra. 4) En las disposiciones del presente Tratado no se prevé protección alguna para una entidad que meramente retransmita señales portadoras de programas⁹⁷.

⁹⁶ Comité Intergubernamental establecido en virtud del artículo 32 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión, Cuarta Reunión, París, 3-4 y 11 de diciembre de 1973, documentos OIT/UNESCO/OMPI/ICR.4/10, del 7 de enero de 1974, y OIT/UNESCO/OMPI/ICR.4/7 del 20 de noviembre de 1973. El otro punto importante que trataba de equilibrar la Ley Tipo fue la relación entre los intérpretes y los organismos de radiodifusión. Cuándo a partir de la autorización de radiodifusión estaba o no incluido el derecho de fijación o retransmisión, o cuándo a partir de la fijación se podían llevar a cabo otros actos a partir de las actuaciones fijadas.

⁹⁷ Los efectos de este punto de conexión son semejantes a los previstos en la Convención de Roma. Cfr. Jørgen Blomqvist, *Primer on International Copyright and Related Rights*, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, 2014, p. 41.

El punto de conexión, en el estado actual de la discusión, no ha tenido cambios sustanciales en su tratamiento desde 2007⁹⁸. Solo permanece como punto de debate la posibilidad de que algunos países puedan tomar uno solo de los criterios o bien que efectúen una reserva por la que deba cumplirse con los dos requisitos simultáneamente: la parte debe tener domicilio en otro Estado contratante y la emisión debe hacerse desde otro Estado contratante (necesariamente un Estado distinto). En el caso de las señales transmitidas por satélite, tanto aquellas que son recibidas directamente por el público como aquellas que son enviadas a una estación terrestre, el ámbito de aplicación estará dado tanto por el lugar donde son emitidas como aquel donde son recibidas, ya sea por un distribuidor o por el público de modo directo. Del mismo modo, las entidades de cable que produzcan sus propias señales y las emitan por cable, a diferencia de aquellas otras que solo retransmiten las señales producidas por otros, deberían tener igual protección que los radiodifusores tradicionales, en los distintos territorios que sean parte del tratado.

Este nuevo tratado debe tener efectos en el tráfico internacional extendido que brinda la Internet mediante una protección relativamente uniforme, de modo que unos derechos mínimos sean garantizados. Así también funciona la Convención de Roma, pero en un ámbito más limitado. Ahora es posible tener derechos claudicantes, ya que sin un piso común, una señal puede ser captada sin mucho esfuerzo y redistribuida mediante Internet o cable.

Capítulo IV. Derechos que debería considerar una normativa internacional acorde a las nuevas tecnologías

En las propuestas presentadas en años anteriores, los derechos a garantizar a los radiodifusores estaban estructurados sobre derechos exclusivos (autorizar y prohibir), derechos a impedir o bien la obligación de los Estados de proveer una adecuada y efectiva protección contra ciertos actos como por ejemplo la captación y

⁹⁸ Cfr. Rivers, "A Broadcasters' treaty?", p. 496.

retransmisión de la señal previa a la emisión⁹⁹. En los distintos documentos, sin bien no contaban con esquemas uniformes, muchos de los actos eran incluidos por distintos postulantes, algunos solapándose, otros con distinta enunciación. Los actos considerados en los diferentes documentos fueron:

- retransmisión;
- retransmisión por cable;
- retransmisión por redes informáticas;
- fijación;
- comunicación al público;
- reproducción de fijaciones autorizadas, cuando se hubiera autorizado la fijación pero no la reproducción;
- distribución;
- puesta a disposición;
- decodificación;
- protección de la señal previa a la emisión.

Algunas de las diferencias entre los distintos documentos, incluso en aquellos presentados por las organizaciones representativas de los radiodifusores, radica en gran medida en que a lo largo de los años los avances de la tecnología no hacían necesario o previsible algunos tipos de protección. Por ejemplo, en 1997, cuando tuvo lugar el Simposio de Manila, no se previó lo importante que sería para la industria y para los hábitos de consumo el *simulcasting* o *webcasting*, ya que las facilidades de la Internet no estaban tan extendidas¹⁰⁰. Este desacompañado ingreso al listado de actos cubiertos por la protección es tal vez el principal motivo de la demora en la negociación, ya que requiere nuevas explicaciones y los derivados consensos por parte de los Estados miembros.

Como hemos visto hasta aquí, muchas de las actuales moda-

⁹⁹ Cfr. Rivers, "A Broadcasters' treaty?", p. 501. También Cfr. Jain, "Broadcaster's Right Under Copyright Law", p. 21.

¹⁰⁰ Cfr. Rivers, "A Broadcasters' treaty?", p. 502. El *simulcasting* implica una emisión paralela de la misma información, ya sea a través de más de un medio o de más de un servicio por el mismo medio, del cual uno de ellos podría ser Internet, como un servicio adicional brindado por el radiodifusor. Por su parte el *webcasting* es la transmisión de radio o televisión por Internet, generalmente llevada a cabo por agregadores.

lidades de emisión y retransmisión de señales no fueron consideradas en la normativa internacional vigente. Así, el fenómeno de la emisión y retransmisión de señales por cable, que tiene más de 40 años, no está cubierto por el ámbito de protección de Roma ni ADPIC¹⁰¹. Inclusive se produce un claro desbalance, por cuanto esos actos requieren claramente la autorización de los titulares de derecho de autor y de otros titulares de derecho conexo, pero no así de los organismos de radiodifusión respecto de sus señales. Sin duda alguna, la inversión del radiodifusor requiere cierto control por su parte respecto del uso de la señal, de tal modo que pueda capturar los flujos de fondos derivados de esos usos¹⁰². Un sistema imperfecto, con evidentes “fallas de mercado”, desalienta sin duda las inversiones de la industria.

Si bien el principal interés del radiodifusor no está en la prohibición, que reduce su audiencia, sí le resulta relevante que esos usos estén autorizados y que quienes se benefician con nuevos modos y lugares de acceso retribuyan el servicio recibido¹⁰³. Así, si el gasto en publicidad de las compañías se desplaza de la televisión y radio hacia Internet, y los contenidos en Internet están disponibles sin control ni posibilidad de monetizar las señales

¹⁰¹ Cfr. Kurihara, p. 196. En su momento, también fue un problema a resolver si el cableoperador podía grabar las señales radiodifundidas y luego retransmitirlas por cable. No hay inconveniente si transmite sus propias señales o programas, o contenidos de terceros bajo licencia. Si bien se refiere al derecho de los autores respecto de la retransmisión por cable, cfr. Ysolde Gendreau, “The Retransmission Right: Copyright and the Rediffusion of Works by Cable”, ESC Publishing Limited, Oxford, 1990, p. 2.

¹⁰² Cfr. Bates y Scott Wells, “Are Broadcaster Rights in the Public Interest?...”, p. 4. Si bien no coincido con las conclusiones de los autores, sí es cierto que el marco regulatorio direcciona los flujos monetarios.

¹⁰³ Como bien insisten Bates y Scott Wells, el principal beneficio del radiodifusor está en la penetración de la señal y la extensión de la audiencia. Ídem, p. 31. Sin embargo, esas conclusiones no pueden generalizarse, ya que los distintos modelos de radiodifusión tendrán su propia forma de captura de valor. Cfr. WIPO, SCCR/30/5, “Current Market and Technology Trends in the Broadcasting Sector”, 2 de junio de 2015, preparado por IHS Technology, donde se explican los tres modelos básicos: los soportados por sponsors (publicidad), fondos públicos o TV paga.

emitidas que otros retransmiten, comunican al público o ponen a disposición sin compartir los ingresos por publicidad que allí se recaudan, claramente se produce un desequilibrio en perjuicio de los titulares de contenidos y de los radiodifusores¹⁰⁴.

A. Derecho de fijación

La Convención de Roma y los ADPIC otorgan al organismo de radiodifusión el derecho de autorizar o prohibir “la fijación sobre una base material de sus emisiones” (art. 13 b). Lo mismo el art. 14.3 del ADPIC y diferentes legislaciones nacionales. No definen que se debe entender por fijación, pero sin dudas se trata de la grabación de la emisión, en toda o en parte, incluyendo un solo fotograma¹⁰⁵. Podría ser cualquier tipo de soporte, como los antiguos videotapes o VCR analógicos o bien una grabación digital. En los documentos actualmente bajo análisis en el SCCR no se menciona el derecho exclusivo a la fijación, aunque sí se lo incluía en versiones anteriores; parece que es un requisito mínimo indispensable. Si bien ya no es usual la fijación y posterior venta de ejemplares físicos de las emisiones, sin duda se utiliza la fijación para posteriores comunicaciones al público o puestas a disposición¹⁰⁶.

Como indiqué antes, las legislaciones de varios países incluyen el derecho de fijación o reproducción. En Estados Unidos, en vir-

¹⁰⁴ Cfr. WIPO, SCCR/30/5, “Current Market and Technology Trends in the Broadcasting Sector”, especialmente el cuadro y comentarios de p. 10 y ss. La tendencia a la baja en la publicidad en TV y radios es leve, probablemente sostenida por la confianza y lealtad de las marcas a los eventos deportivos como los Juegos Olímpicos o los torneos mundiales.

¹⁰⁵ Cfr. Kurihara, p. 193.

¹⁰⁶ De hecho, en el estado actual de la tecnología y por los hábitos de consumo, el valor económico de la fijación es indirecto, como paso previo a otro tipo de usos de la señal. Cfr. Bates y Scott Wells, “Are Broadcaster Rights in the Public Interest?...”, p. 28. En el caso Gestevisión Telecinco S.A., sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Barcelona, 15 de septiembre de 2008, se reconoce que la retransmisión diferida requiere la infracción del derecho exclusivo de autorizar y prohibir la fijación de la emisión sobre una base material, disponible en <http://www.cerlalc.org/derechoenlinea/dar/index.php>, con breve comentario de Ricardo Antequera Parilli.

tud del 17 USCS § 112 (e), el radiodifusor tiene un derecho a realizar reproducciones efímeras en vistas de la transmisión, bajo la figura de una licencia legal¹⁰⁷. Sin embargo, es un derecho limitado, de donde se deduce que todo otro tipo de fijación constituirá una infracción al *copyright* de los autores o intérpretes cuyas ejecuciones son transmitidas¹⁰⁸. Tal vez este sea el motivo de que el tema se haya excluido de los textos actuales, a fin de no caer en la discusión sobre los *post-fixation rights*.

En definitiva, la reproducción de las emisiones, que requiere a su vez una fijación previa, también debería estar cubierta por el nuevo instrumento internacional. Son actos independientes pero claramente vinculados. De hecho, se requiere al menos una fijación transitoria por motivos técnicos para la práctica habitual del *streaming* y otros modos de retransmisión¹⁰⁹. También se requiere una fijación para los servicios de video *on demand*, a los que me referiré luego.

El derecho exclusivo a la fijación también resulta relevante para evaluar la licitud de los actos llevados a cabo por los diversos sistemas de grabación digital, en ocasiones provistos por el mismo radiodifusor, pero en otros casos por terceros. Son los denominados *Personal video recorders* (PVRs) y los *Intelligent Recording Technologies* (IRTs). En el primero de los casos, mediante una tarifa suplementaria, el proveedor presta un servicio adicional de grabación de la señal en una memoria virtual accesible de modo privado, para que pueda ser luego vista por el usuario en el momento que considere conveniente, dentro de un tiempo determinado —un mes por ejemplo.

En primer lugar se debe considerar si esa grabación es una copia privada hecha por el usuario (y por tanto cubierta por la excepción en los países que la admiten), o bien si la copia la efectúa el proveedor. Si el proveedor del servicio de grabación y alojamiento no es el mismo titular de la señal, es necesario transmitir en simultáneo hacia ese tercero para que pueda alojar el contenido

¹⁰⁷ Es una disposición equivalente a la excepción contenida en el artículo 15 I. c) de la Convención de Roma, que permite la fijación “cuando se trate de una fijación efímera realizada por un organismo de radiodifusión por sus propios medios y para sus propias emisiones.”

¹⁰⁸ Cfr. Jain, “Broadcaster’s Right Under Copyright Law”, p. 12.

¹⁰⁹ Cfr. Ilinova-Hoffmann y Matzneller, p. 9.

en sus servidores. Luego, en un segundo paso, habrá una retransmisión desde el proveedor del alojamiento hacia el usuario cuando este quiera efectuar el visionado. Si bien este segundo momento no puede considerarse comunicación al público —no hay público, se trata del mismo usuario—, este acto sí podría ser considerado puesta a disposición¹¹⁰.

La jurisprudencia es discordante en el análisis de estos supuestos. En el caso *Twentieth Century Fox v Cablevisión* del 29 de junio de 2009 la Corte Suprema de Estados Unidos confirmó un fallo de segunda instancia por el cual se consideró que el servicio de grabación provisto por el mismo radiodifusor no era un supuesto de puesta a disposición (*video on demand* VOD) sino que la grabación la efectuaba el mismo usuario, por lo cual no se requería una nueva licencia. Por el contrario, el Tribunal de Gran Instancia de París, en sentencias de 6 de agosto y 25 de noviembre de 2008, en la demanda presentada por los canales de televisión M6, W9, NT1 y TF1 contra Wizzgo, entendió que era una grabación hecha por el proveedor y no por el usuario, seguida luego de comunicación al público.

Por su parte, el *Intelligent Recording Technologies* (IRTs) es un software que permite al usuario hacer sus propias grabaciones en su dispositivo o computadora, con la posibilidad adicional de cortar la publicidad. Estaríamos ante un caso de copia privada, en la medida que no sea seguida de una posterior retransmisión, comunicación al público ni puesta a disposición. Estos supuestos podrían estar cubiertos por el régimen de las excepciones.

El derecho exclusivo a la fijación también es relevante para determinar la licitud de las llamadas tecnologías *peer to peer*; estas convirtieron al tradicional receptor en emisor simultáneo en beneficio de terceros ajenos al servicio de suscripción. En algunos casos, podrá ser un servicio lícito, en la medida que el radiodifusor licencia a la plataforma de intercambio la autorización para que sus propios usuarios utilicen ese medio, como un modo de atraer nueva clientela, o para brindar a sus usuarios una posibilidad más

¹¹⁰ Cfr. Ilinova-Hoffmann y Matzneller, p. 16, donde comentan los casos *ProSiebenSat1 v. Shift.TV*, *RTL v. save.tv* y *RTL v. Shift.TV*, del 22 de abril de 2009, del Tribunal Federal Alemán (BGH).

amplia de disfrute. Pero si el sistema *peer to peer* es ajeno a la voluntad del emisor, estaríamos ante un acto ilícito.

Al respecto, se pueden analizar los casos Joost y CyberSky. El primero es una plataforma que permite al usuario que, ante la ausencia del contenido en su computadora, sea conectado automáticamente con una computadora central y proveído temporariamente del contenido. Los usuarios están vinculados entre sí, hay salas de chat referidas a la programación, intercambio de experiencias, etc. Está sostenida por publicidad y cuenta con la autorización de las emisoras que forman parte de esa red.

Por el contrario, CyberSky es un software que permite a un suscriptor grabar y compartir contenidos con otros. En este supuesto, se resolvió que el proveedor del software es responsable de facilitar los intercambios, ya que así es como se publicita a sí mismo¹¹¹.

El derecho exclusivo de fijación que tenga el radiodifusor no debería afectar de ningún modo los derechos de otros titulares. Ya sea que la inclusión y ensamble en la señal corresponda a obras audiovisuales, musicales, literarias, coreográficas, o bien a derechos de intérpretes o titulares de fonogramas, esos titulares conservan sus facultades independientes. Tanto para negociar otros contratos que les permitan incluir esos contenidos en otras señales, o bien realizar adaptaciones o sincronizaciones, como para evitar actos ilícitos por parte de terceros, mediante acciones judiciales o administrativas independientes de las que pueda ejercer el radiodifusor. Asimismo, la autorización dada por un autor en virtud de su derecho exclusivo para que una obra sea radiodifundida (art. 11 bis del Convenio de Berna), no afecta su derecho a impedir la grabación o fijación. Esa potestad no quedará afectada por este nuevo Tratado y el autor podrá negociar esa facultad¹¹².

¹¹¹ Cfr. Ilinova-Hoffmann y Matzneller, p. 18, donde comentan ambos casos. A criterio del Tribunal Federal Alemán, (BGH), en sentencia del 15 de enero de 2009, es irrelevante que el titular de la señal o los titulares de contenidos no hayan establecido medidas tecnológicas de protección. La infracción no consistió en la violación de medidas (inexistentes) sino en la facilitación de los medios para la fijación, copia e intercambio.

¹¹² La subsistencia de esa facultad fue puesta en duda tiempo atrás

Las posibles excepciones y limitaciones al derecho exclusivo de fijación deberán armonizarse con el conjunto de excepciones y limitaciones de cada titular, para no generar desconcierto o situaciones de incertidumbre en los usuarios. En este sentido, las excepciones que rigen los derechos de los autores deberían ser el marco para las correspondientes a los demás titulares.

B. Comunicación al público

La comunicación al público de las emisiones o retransmisiones es muy habitual: en medios de transporte, centros comerciales o de entretenimiento, lugares de circulación, salas de espera de consultorios médicos, habitaciones de pacientes en los hospitales y el ya clásico de los hoteles. Esta comunicación al público también afecta al titular de la señal portadora de programas, como lo establecen los artículos 13 d) de la Convención de Roma y 14. 3 de los ADPIC. Sin embargo, no está considerado en el texto actualmente bajo debate en el SCCR (documento SCCR/34/4, “III. Derechos que han de concederse”). En la redacción actual solo tienen el “derecho exclusivo a autorizar la retransmisión de su señal portadora de programas hecha de tal manera que los miembros del público puedan tener acceso a ella desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija.”

Las legislaciones nacionales o regionales sí contemplan este derecho, como por ejemplo el artículo 3 de la Directiva Europea (INFOSOC)¹¹³. También la normativa norteamericana previene

cuando comenzó la retransmisión por cable. La discusión ya está saldada y se ha consolidado el principio de independencia. Cfr. Ysolde Gendreau, *The Retransmission Right: Copyright and the Rediffusion of Works by Cable*, ESC Publishing Limited, Oxford, 1990.

¹¹³ Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información: “art. 3. 2. Los Estados miembros concederán el derecho exclusivo a autorizar o prohibir la puesta a disposición del público, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda tener acceso a ellos desde el lugar y en el momento que elija: (...) d) a los organismos de radiodifusión, de las fijacio-

de la comunicación al público de las emisiones¹¹⁴. El caso *American Broadcasting Cos., Inc., Et Al. V. Aereo, Inc.*, de la Corte Suprema de Estados Unidos (573 U. S. ____ (2014)) resulta un precedente muy relevante¹¹⁵.

Aereo Inc. vendía un servicio que permitía a sus suscriptores ver programas de televisión a través de Internet casi al mismo tiempo que los programas se emitían por aire. El suscriptor que quería ver un programa que se estaba transmitiendo, lo seleccionaba desde un menú en el sitio web de Aereo. El sistema de Aereo, que consistía en miles de antenas pequeñas y otros equipos alojados en un almacén centralizado, respondía sintonizando una antena, dedicada al uso de un solo abonado para la transmisión del programa seleccionado. Un transcodificador traducía las señales recibidas por la antena en datos que se transmitían por Internet. El servidor guardaba los datos en una carpeta específica del suscriptor en el disco duro de Aereo y comenzaba a transmitir el programa a la pantalla del suscriptor una vez que se habían guardado varios segundos de programación. La transmisión continuaba con una cierta demora, hasta que el suscriptor hubiera recibido la presentación completa¹¹⁶. La Corte asi-

nes de sus emisiones, con independencia de que éstas se transmitan por procedimientos alámbricos o inalámbricos, inclusive por cable o satélite.”

¹¹⁴ 17 U.S. Code § 106 – “Exclusive rights in copyrighted Works. Subject to sections 107 through 122, the owner of copyright under this title has the exclusive rights to do and to authorize any of the following: (4) in the case of literary, musical, dramatic, and choreographic works, pantomimes, and motion pictures and other audiovisual works, to perform the copyrighted work publicly;”

¹¹⁵ Para un análisis histórico de la jurisprudencia norteamericana respecto del derecho de comunicación al público de los organismos de radiodifusión, y la aplicación del 17 U.S. Code § 106, cfr. Daniela Cassorla, “Copyright Cowboys: Bringing Online Television to the Digital Frontier”, 24 *Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J.* 783, 2015.

¹¹⁶ La redacción anterior se hizo en conjugación pretérita, ya que Aereo quebró en menos de 6 meses luego de la sentencia de la Corte Suprema. Cfr. Lois F. Wasoff, “Análisis de las repercusiones de la decisión de la causa Aereo”, *Revista de la OMPI*, Septiembre de 2014, http://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2014/05/article_0003.html. También Sam Méndez, “Aereo and Cablevision: How Courts are struggling to

miló esta práctica al cable, por lo cual entendió que Aereo debía contar con licencia para poder retransmitir. Como se puede ver, además de constituir una infracción a la comunicación al público, también requería una fijación no autorizada¹¹⁷.

Por su parte, el artículo 15 de la Decisión 351 de la Comunidad Andina, entiende que es comunicación al público “todo acto por el cual una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar, pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas, y en especial las siguientes: (...) e) La retransmisión, por cualquiera de los medios citados en los literales anteriores y por una entidad emisora distinta de la de origen, de la obra radiodifundida o televisada.” Como puede verse, se protege la comunicación al público mediante retransmisión de las obras, pero no de las señales portadoras de programas. Luego, en el art. 39, al mencionar los derechos exclusivos de los organismos de radiodifusión, protege “la retransmisión de sus emisiones por cualquier medio o procedimiento.” Retransmisión no es comunicación al público, sino el uso de la señal por parte de un organismo de radiodifusión distinto. De aquí se deduce que en los países de la Comunidad Andina los organismos de radiodifusión no están protegidos por la comunicación al público de sus emisiones, salvo que se tratara de una fijación de la emisión. Otros titulares de derecho sí están protegidos con respecto a la comunicación al público.

¿Cuál sería la situación de los organismos de radiodifusión respecto de ciertos actos, en el estado actual del debate en la OMPI? Debido a que no está protegida la fijación de su señal portadora de contenidos ni la comunicación al público, hay ciertos actos que podrían quedar sin protección. Por ejemplo, si un usuario graba una programación y luego la sube a una plataforma, no quedaría alcanzado por los textos proyectados. La conducta que-

harmonize the public performance right with online retransmission of Broadcast Television”, 9 WASH J.L. TECH. & ARTS 239, 2014, disponible en <http://digital.law.washington.edu/dspace-law/handle/1773.1/1330>.

¹¹⁷ Lo relevante del caso es que en Estados Unidos está claramente establecido el derecho de comunicación al público de las emisiones, con lo cual el punto no debería ser un obstáculo en las negociaciones que transcurren en Ginebra.

daría protegida si se considera que ese acto es “puesta a disposición”, pero con la dificultad de tener que interpretar de modo muy amplio el término “retransmisión”, que es un acto que en principio solo puede ser llevado a cabo por otro organismo de radiodifusión. El supuesto que menciono no es tradicionalmente una retransmisión, sino una fijación y posterior comunicación al público o puesta a disposición. En este punto, podría ser clave la definición de “transmisión diferida” a la que se arriba.

Así, algunos actos realizados en Internet son comunicación al público, y si bien quedarían protegidos los titulares del derecho de autor y otros derechos conexos, no cubrirían a los organismos de radiodifusión en el ámbito internacional, aunque sí en el interno de los estados, como también en la UE¹¹⁸. Los actos de comunicación al público de las señales portadoras de programas deberían requerir siempre la autorización del organismo de radiodifusión, además de la correspondiente de los otros titulares de derechos.

Un efecto inmediato de la protección actualizada de los organismos de radiodifusión es la extensión indirecta a los titulares de los contenidos emitidos, como los titulares de derecho de autor y otros derechos conexos, patrocinantes de los eventos deportivos o de otro tipo. Así, un derecho más fuerte de los organismos de radiodifusión permitirá a los demás titulares negociar mejor o de modo más amplio los contratos de licencia o cesión que tengan con el organismo de radiodifusión. A su vez, el organismo de radiodifusión podrá colaborar con los demás titulares de derechos respecto de la observancia, cuando ambos derechos sean infringidos conjuntamente, o bien cuando el organismo de radiodifusión reciba autorización de los demás titulares para perseguir infractores, además de velar en forma independiente por su propio derecho. Por ejemplo, en la mayoría de las transmisiones de even-

¹¹⁸ Cfr. Lucie Guibault y João Pedro Quintais, “Copyright, technology and the exploitation of audiovisual works in the EU”, p. 15, en donde comentan el caso *ITV Broadcasting* del Tribunal Europeo de Justicia, en el que un operador capturaba una señal (Catch Up TV) y luego la distribuía casi en simultáneo a través de una plataforma de Internet. Se consideró que era comunicación al público.

tos deportivos ocurre que el licenciante, luego de haber recibido el precio o regalía por la licencia para transmitir, pierde interés en perseguir las infracciones o usos no autorizados y el licenciario (organismo de radiodifusión) no tiene acción para impedirlo en el plano internacional, a menos que el licenciante le ceda su acción o lo haya autorizado en el contrato de licencia.

Pero la protección que tenga el organismo de radiodifusión sobre su señal emitida, no implica ninguna protección mayor o menor sobre el contenido ni genera ninguna protección adicional para ese contenido¹¹⁹. De hecho, el mismo contenido puede ser emitido a través de muy diversas señales. A mi entender, este es uno de los efectos que tiene el propuesto art. 1 del texto bajo discusión (documento SCCR/27/2). Esto se debe a que la protección concedida “dejará intacta y no afectará en modo alguno la protección del derecho de autor y los derechos conexos sobre la materia transportada por las señales emitidas”, de modo que “ninguna disposición (...) podrá interpretarse en el sentido de menoscabar esa protección”, sin que pueda perjudicar “ningún derecho u obligación en virtud” de otros tratados. Esto debe interpretarse de modo amplio: los derechos concedidos por otros tratados, con sus plazos, limitaciones y excepciones, no serán modificados por el hecho de que esos contenidos sean ensamblados y distribuidos por medio de una señal portadora de contenidos.

Tampoco genera ningún efecto sobre los contenidos en dominio público, que por ser transportados por una señal radiodifundida no pasan al dominio privado. Esos contenidos quedarían libres para ser emitidos por otros. Lo mismo puede decirse del ejercicio de limitaciones y excepciones sobre los contenidos, estén o no protegidos por derecho de autor.

Un modo de ejemplificar sobre este beneficio indirecto sobre otros titulares se puede observar a través del fenómeno de los agre-

¹¹⁹ De aquí que sean incorrectas las declamaciones de algunas organizaciones internacionales que consideran que se estarían generando nuevos derechos sobre los contenidos a través de los denominados *post-fixation rights*. Cfr. Jeremy Malcolm, “The Danger of New Post-Fixation Rights in the WIPO Broadcasting Treaty”, ELECTRONIC Frontier Foundation, December 9, 2014, disponible en <https://www.eff.org/es/node/83478>.

gadores de radio en Internet. Internet permite que las radios están disponibles de modo gratuito a través de distintas plataformas.

Una primera situación se presenta con aquellas emisoras diseñadas exclusivamente para funcionar por Internet. Puede tratarse de emprendedores que solo pasan música o bien que preparen sus propios contenidos o también organizaciones que establecen un modo de comunicarse con sus clientes o la comunidad a la que sirven. No son radiodifusores en el sentido tradicional del término, ya que no operan en el espectro ni cuentan en muchos casos con programación ni publicidad adicional. Sin embargo, los proveedores de servicios, como quienes brindan comunicación o alojamiento, pueden introducir publicidad en esa señal, de modo de financiar las instalaciones o el servicio. Los titulares de otros derechos deberían al menos recibir una remuneración por este modo de comunicación al público.

Un segundo caso son aquellas radiodifusoras quienes desarrollan su canal en Internet, para ampliar su audiencia o facilitar el acceso a usuarios que desean utilizar su computadora u otro dispositivo y no el tradicional equipo receptor. Muchas veces la calidad de sonido es mejor, y como suelen ser plataformas que brindan información adicional, se encuentran salas de chat para participar en los programas o bien para encontrar ediciones anteriores que quieren volver a escuchar. En este supuesto, es el mismo radiodifusor quien por sí mismo o mediante un proveedor transmite por un nuevo canal, para llegar a una audiencia mayor o distante, por ejemplo en otra región o país. En estos casos, si el radiodifusor tuviera ingresos digitales de publicidad agregada o un servicio Premium con abono diferenciado, debería pagar a los otros titulares de derechos cuyas obras o interpretaciones estuvieran incluidas en sus señales radiodifundidas por Internet.

El tercer supuesto son las plataformas que actúan como agregadores, en las cuales cualquier usuario puede hallar emisoras de todo el mundo, clasificadas por géneros, estilos, regiones¹²⁰. Aquí

¹²⁰ Respecto del fenómeno de los agregadores de contenido, cfr. Agustín Espada, "Ecosistema radiofónico online en Argentina: un análisis comparativo de los contenidos de los sitios webs de agregadores, podcasters, radios online y offline", Revista de la Asociación Española de Investiga-

podemos identificar dos grupos. Algunas funcionan en flujo continuo o sincrónico (*streaming*) con una breve demora por razones técnicas, como el caso de Tune In (<https://tunein.com/>), iTunes Radio (servicio de Apple) o RadioArg.com, entre otras. Muchas de ellas no cuentan con autorización del radiodifusor. Sería un típico supuesto de comunicación al público, tanto de la emisión como de los contenidos.

Otras permiten adicionalmente el *time-shifting* o el acceso a las grabaciones de programas anteriores (*podcasts*). Serían supuestos de puesta a disposición. Entre los más conocidos está RadioCut (<https://radiocut.fm/>), que además por su enorme capacidad de almacenamiento constituye un importante archivo histórico. También es posible encontrar radios en YouTube. Los oyentes prefieren en muchos casos escuchar las radios por estas plataformas porque son más robustas y brindan mayor calidad de audio. Además, en un único lugar cuentan con todas las emisoras, sin necesidad de abrir múltiples sitios para cambiar de radio.

Lo que es seguro es que ninguno de ambos supuestos es legítimo sin la autorización previa del radiodifusor o de los otros titulares de derechos. Tampoco podría ser un supuesto de las excepciones de agregadores previstas por algunas legislaciones, como la española¹²¹.

ción de la Comunicación, 10 de septiembre de 2017, ISSN 2341-2690, pp. 54-62, disponible en <http://www.revistaec.eu/index.php/raeic/article/view/92/120>. Del mismo autor, "La radio agregada - Cuando la radio ya no se escucha sólo en la radio", disponible en <http://papel.revistafibra.info/la-radio-agregada/>, nro. 14, 4 de abril de 2017.

¹²¹ Artículo 32.2 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual: "2. La puesta a disposición del público por parte de prestadores de servicios electrónicos de agregación de contenidos de fragmentos no significativos de contenidos, divulgados en publicaciones periódicas o en sitios Web de actualización periódica y que tengan una finalidad informativa, de creación de opinión pública o de entretenimiento, no requerirá autorización, sin perjuicio del derecho del editor o, en su caso, de otros titulares de derechos a percibir una compensación equitativa. Este derecho será irrenunciable y se hará efectivo a través de las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual. En cualquier caso, la puesta a disposición del público por terceros de cualquier imagen, obra

Es decir, que los radiodifusores deberían al menos autorizar el agregado de su señal a esas plataformas. A su vez, esa autorización no implicará consentimiento de los demás titulares de derechos.

En definitiva, la no inclusión de la comunicación al público en los derechos que han de concederse, afecta indirectamente a los demás titulares de derechos.

C. Puesta a disposición

Como ya mencioné antes, la tecnología disponible permite el *time shifting*, es decir el desplazamiento en el tiempo para el visionado de un programa de televisión o escuchar una radio. Esto es posible en primer lugar mediante la disposición de un portal en Internet por parte del mismo radiodifusor, o bien por sistemas de televisión que permiten la programación por parte del usuario o el acceso a programación emitida con anterioridad, generalmente dentro de un límite temporal en que el radiodifusor la pone a disposición¹²². También es posible que la emisión diferida sea efectuada por un tercero bajo autorización del radiodifusor; pero, como es frecuente, puede tratarse de un tercero que fije la señal transitoria o temporalmente sin autorización del emisor, y que luego de modo casi simultáneo o diferido ponga esos contenidos a disposición. A su vez, esos contenidos podrán ser retransmitidos de igual modo o bien sufrir alteraciones, con eliminación de la publicidad, por ejemplo.

Todo este gran abanico de posibilidades técnicas encuadra en el denominado *Video on demand* (VOD), ya sea de acceso abierto o por suscripción (*suscription video on demand* SVOD), incluyendo también el nVOD (*near video on demand*), es decir aquellos

fotográfica o mera fotografía divulgada en publicaciones periódicas o en sitios Web de actualización periódica estará sujeta a autorización.”

¹²² La distinción suele ser entre consumo lineal y no lineal, donde el primero significa que el contenido es disfrutado al momento de la emisión en que la señal es radiodifundida, y tal como fue emitida, sin cambios. Por su parte, no lineal implica que el contenido es disfrutado a pedido, por fuera de la emisión radiodifundida. Cfr. WIPO, SCCR/30/5, “Current Market and Technology Trends...”, p. 14.

sistemas que no disponen de doble canal, y que por tanto solo permiten la bajada de un contenido por vez¹²³. La licitud de la transmisión estará dada por los términos del contrato entre el radiodifusor y las plataformas de puesta a disposición. Incluso, los otros titulares de derechos, podrán o no reclamar a esas plataformas en virtud de la extensión de la autorización dada al radiodifusor, ya que este no podría conceder un derecho más extenso que el recibido.

A modo de ejemplo, en el caso Warner Bros. y Universal c. Zattoo, los radiodifusores ARD y ZDF autorizaron a Zattoo a distribuir la señal por Internet. Los productores cinematográficos alegaron que la licencia de sus películas a los radiodifusores era para televisión abierta y cabledistribución, pero no por Internet¹²⁴. El tribunal resolvió que no podía interpretarse que la autorización dada para el cable incluía Internet, lo cual es razonable ya que el público al que alcanza uno y otro medio son diferentes, como también es distinto el modo de recaudación de uno y otro medio.

El supuesto es distinto al de plataformas que indexan los contenidos disponibles por terceros en Internet, pero no hacen por sí mismos comunicación al público. En este sentido, la situación es diferente cuando el portal solo brinda referencias de ubicación en la web de contenidos fijados y puestos a disposición. Un primer supuesto es el que se discutió en el Tribunal de Grande Instance de París (18 de junio de 2010), entre M6 y W9 contra SBDS Active, que administraba el servicio tv-replay.fr, por el cual se facilitaba a los usuarios una lista de programación disponible por los titulares originales¹²⁵.

¹²³ Un sencillo glosario de términos técnicos está disponible en <https://www.techopedia.com/dictionary> También puede consultarse <http://searchtelecom.techtarget.com/> Los servicios de VOD suelen ser más costosos por los requerimientos técnicos involucrados, por lo cual se lo suele reservar para el lanzamiento de películas o canales premium. Cfr. WIPO, SCCR/30/5, "Current Market and Technology Trends...", p. 18.

¹²⁴ Cfr. Ilinova-Hoffmann y Matzneller, p. 10, comentando el fallo Warner Bros. y Universal c. Zattoo, del Landgericht Hamburg del 8 de abril de 2009.

¹²⁵ Entiendo que a este supuesto se podría aplicar también la doctrina

El segundo es el que se planteó ante la High Court de Gran Bretaña en el caso *Newzbin*, donde el portal brindaba a sus usuarios no solo un servicio de *linking* sino de alojamiento de programación en base de datos, de contenidos obtenidos de portales pertenecientes a sus titulares y otros recabados de la *deep-web*. En este segundo caso el portal fue condenado por violación a la propiedad intelectual ya que implicaba reproducciones ilícitas¹²⁶.

Por tanto, se extenderá la protección cuando la remisión se efectúe a contenidos que están disponibles por la elusión de medidas tecnológicas, por infringir limitaciones contractuales, por disponer actualmente de contenidos que con anterioridad solo estaban disponibles temporalmente, o cualquier situación no autorizada por el titular del derecho.

El derecho de puesta a disposición también brinda protección ante los casos donde son los usuarios de plataformas públicas quienes suben las emisiones. Las plataformas manifiestan que no controlan los contenidos, aunque puedan identificarlos o bien recibir las notificaciones de los titulares respecto de la baja o bloqueo de esos contenidos individualizados. Lo cierto es que la señal radiodifundida puede ser almacenada, permanente o transitoriamente, y luego puesta a disposición en las distintas plataformas, mediante un nuevo alojamiento, esta vez en los servidores de la plataforma.

del TJUE en el caso *Svensson* del 13 de febrero de 2014, por el cual es lícito y no implica comunicación al público ni puesta a disposición el *linking* que redirige a sitios autorizados por el titular o donde el titular dispuso sus contenidos. El acto sería ilícito solo si se da alguna de las siguientes circunstancias: 1) el contenido es puesto a disposición inicialmente sin consentimiento del titular; 2) se han eludido medidas tecnológicas de protección; 3) se puso a disposición contra el deseo explícito o claramente implícito del titular. Cfr. Guibault y Quintais, "Copyright, technology and the exploitation of audiovisual works in the EU", p.18, donde los autores coinciden con el dictamen unánime de ALAI, disponible en <http://www.alai.org/assets/files/resolutions/making-available-right-report-opinion.pdf>.

¹²⁶ Casos comentados por Cfr. Ilinova-Hoffmann y Matzneller, pp. 11 y 12.

Sin embargo, la situación está cambiando drásticamente. Las largas batallas judiciales han llevado a soluciones negociadas, como en el caso de Mediaset c. YouTube, que luego de muchos años de litigio, llegaron a un acuerdo para que la programación esté disponible en un canal especial abierto al efecto dentro de la plataforma¹²⁷. Este resultado es el reconocimiento de los derechos de los radiodifusores (y otros titulares) y la evolución de la respuesta de los intermediarios. La tecnología permite que los titulares de derechos utilicen robots que envían de modo automático millares de noticias de infracción, lo que les permitió negociar estrategias de monetización, cuando antes solo reclamaban la baja y el bloqueo¹²⁸.

Hoy día es habitual que muchas de las señales tengan sus canales oficiales en YouTube y otras plataformas, los que son utilizados para fidelizar audiencia, promocionar sus programas o próximos lanzamientos. Puede tratarse de pequeños resúmenes de un minuto o capítulos de programas. Por lo general no se trata de series o películas, sino programas de noticias, *realities*, actualidad, deportes o momentos especiales que merecen ser revividos¹²⁹.

¹²⁷ Cfr. Eduardo Fernández, “Mediaset firma la paz con YouTube”, Diario El Mundo del 21 de octubre de 2015, disponible en <http://www.el-mundo.es/television/2015/10/21/562773b546163fac218b4625.html>.

¹²⁸ Es un nuevo estadio en la práctica nacida de la aplicación del Safe Harbour y su instrumento, el *notice and take down*, derivados de la Section 512 de la Digital Millenium Copyright Act (DMCA) Cfr. Jennifer M. Urban, Joe Karaganis and Brianna L. Schofield, Notice and Takedown in Everyday Practice, Berkeley Law, University of California and The American Assembly, Columbia University, marzo 2017, disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2755628>. Respecto de la evolución europea de la responsabilidad de los intermediarios, puede consultarse Martin Husovec, “Accountable, Not Liable: Injunctions Against Intermediaries”, TILEC Discussion Paper ISSN 1572-4042, Tilburg University, 2016.

¹²⁹ Christian Grece, “The presence of broadcasters on video sharing platforms - Typology and qualitative analysis”, European Audiovisual Observatory, Note 3, October 2016, disponible en <http://www.obs.coe.int/documents>. Allí se muestran datos muy relevantes, en cuanto a cantidad de suscriptores de los canales oficiales, videos subidos, tiempo que pasan los usuarios en línea, etc.

Es un modo también de facilitar a los usuarios pequeños extractos para compartir en las redes sociales y hacer comentarios.

La protección de la señal radiodifundida permite que el titular negocie esas condiciones con las plataformas, siendo este un ecosistema más sano. Incluso, los acuerdos muchas veces establecen que la plataforma debe redirigir al usuario al canal oficial del radiodifusor, mediante un vínculo preestablecido, donde también puede encontrar la programación actual en tiempo real. La plataforma se beneficia con tráfico o con publicidad, cuyos ingresos son compartidos con los radiodifusores. Estos modos de distribución, que se agregan a los tradicionales, también sirven para que el usuario pueda visualizar los contenidos desde dispositivos móviles¹³⁰.

Los nuevos usos y modos de acceso agregan valor a la propuesta del radiodifusor. Si bien no es una mayor programación, sí implica potencialmente una mayor audiencia, ya que se agregan televidentes que no pudieron disfrutar del contenido en el momento de su emisión original. Obviamente quien se debe beneficiar de esa nueva audiencia o nuevo uso de la señal es el radiodifusor o quien él haya autorizado¹³¹. Aunque también cabe recordar que si este uso permite acceder a un nuevo público, el pago a los titulares del contenido también se debe incrementar, sean autores u otros titulares de derechos conexos, como los intérpretes¹³².

¹³⁰ Cfr. Grece, "The presence of broadcasters...", p. 10.

¹³¹ En este sentido, no coincido con el razonamiento que indica que no hay valor social añadido. Una nueva posibilidad para los consumidores es valiosa para ellos, por eso los terceros quieren apropiarse de ese valor. Si bien no hay valor añadido en cuanto la puesta a disposición o cualquier modo de retransmisión no genera nuevos contenidos ni programación, sí hay un redireccionamiento de los ingresos en favor de quien ha generado el valor. Cfr. Bates y Scott Wells, "Are Broadcaster Rights in the Public Interest?...", p. 25.

¹³² Respecto del principio de independencia de los derechos, cfr. la sentencia del Tribunal de Justicia del Estado de Santa Catarina, Brasil, 6ª Cámara de Derecho Civil, del 11 de agosto de 2011, con comentario de Ricardo Antequera Parilli, disponible en <http://www.cerlalc.org/derechoenlinea/dar/index.php> En el fallo se resolvió que se debe respetar el principio de independencia de los derechos y que si Internet implica un medio de comunicación diferente, para públicos diferentes, se deben di-

D. Pre-broadcasting

Entre los objetos que se pretende proteger, se encuentra la señal previa a su emisión. En términos del documento SCCR/34/4, “h) por “señal anterior a la emisión” se entenderá una señal portadora de programas transmitida a un organismo de radiodifusión [de difusión por cable], o a una entidad que actúe en su nombre, a los fines de su posterior transmisión al público”.

Se trata de situaciones que surgen por la interceptación de la señal y el uso de materiales originados en el radiodifusor pero que por diversos motivos todavía no están destinados a ser transmitidos al público. El caso se presenta cuando un productor o un radiodifusor envía el contenido a un satélite, una antena o a los organismos de radiodifusión comerciales o distribuidores; podría ser que la señal sea igual a la que luego se distribuirá, pero también puede estar pendiente la inclusión de publicidad o información del patrocinante, o adaptaciones requeridas en distintos territorios o husos horarios. Es decir que en algunos casos es una señal final y otros no, pero lo que es seguro es que no está destinada al público pero sí disponible para ser capturada por operadores no autorizados.

La situación es similar a la que comenté al referirme al objeto del Convenio de Bruselas, pero como este solo se refiere a la señal enviada a un satélite, todos los demás supuestos quedan excluidos de su ámbito de protección. Con lo cual la actualización de este punto es más necesaria todavía, ya que la falta de control de la señal por parte del organismo de radiodifusión le puede causar mayores perjuicios, lo que claramente se trasladará a los otros titulares de derechos, con efecto directo en la disminución de la demanda de programaciones terminadas y la consiguiente pérdida de audiencia¹³³.

Dentro de los derechos que han de concederse, el documento SCCR/34/4 indica que “2) Los organismos de radiodifusión [y difusión por cable] también disfrutarán del derecho a prohibir la referentes pagos por el uso de las mismas obras.

¹³³ Cfr. Bates y Scott Wells, “Are Broadcaster Rights in the Public Interest?...”, p. 33.

transmisión no autorizada de su propia señal anterior a la emisión por cualquier medio.” En definitiva, se trata de proteger la señal desde el momento de su creación¹³⁴.

En la última sesión (noviembre de 2017) se agregó un texto, a propuesta de Suiza, que recibió buena acogida por parte de todas las delegaciones: “a Contracting Party may fulfill [the preceding paragraph] by providing other adequate and effective pre-broadcast signal protection” (texto no oficial a la fecha). El agregado pretende facilitar a los estados que establezcan métodos alternativos de protección de la pre-signal, además de la clásica punición civil y penal, como por ejemplo la competencia desleal, la violación de secretos, el enriquecimiento sin causa, el cumplimiento de los contratos.

E. Limitaciones y excepciones

Las excepciones y limitaciones son el modo de considerar los distintos elementos del bienestar general, mediante un sistema que permita usos sin impacto económico pero que sí afectan positivamente otras variables no mensurables: la libertad de expresión, la educación, la difusión de la cultura¹³⁵. Es la respuesta que se debe dar a quienes temen que los derechos tengan un impacto social negativo. Adicionalmente, desde la teoría jurídica, esas limitaciones y excepciones bajo ciertas circunstancias funcionan como verdaderos derechos¹³⁶.

En el estado actual de las negociaciones en el SCCR, se han propuesto dos diferentes textos sobre las limitaciones y excepciones respecto del derecho de los radiodifusores. La primera, en el documento SCCR/34/4, del 5 de mayo de 2017, sigue una redac-

¹³⁴ Cfr. la entrevista a Ingrid Deltenre en la Revista de la OMPI, de abril de 2013, disponible en

http://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2013/02/article_0001.html.

¹³⁵ Esta sería la respuesta adecuada a los planteos críticos al economismo, que olvida las otras fallas del mercado. Cfr. Bates y Scott Wells, “Are Broadcaster Rights in the Public Interest?...” p 11.

¹³⁶ Cfr. Juan Fernando Córdoba Marentes, *El Derecho de Autor y sus Límites*, Temis, Bogotá, 2015, p. 103 y ss.

ción afín al Tratado de Beijing y a los Tratados OMPI (WCT y WPPT). Es un texto general que reconoce la regla de los tres pasos y deja libertad a los países para establecer las limitaciones y excepciones necesarias, de acuerdo con las propias necesidades¹³⁷.

La segunda es una propuesta presentada por Argentina, Brasil y Chile en el documento SCCR/35/10, del 15 de noviembre de 2017, más cercana a la Convención de Roma, pero también en términos que dejan igual libertad a cada estado para establecer su propio conjunto de limitaciones y excepciones¹³⁸.

¹³⁷ “1) Respecto de la protección de los organismos de radiodifusión [o difusión por cable], las Partes Contratantes podrán prever en su legislación nacional los mismos tipos de limitaciones o excepciones que los contemplados en su legislación nacional en relación con la protección del derecho de autor sobre las obras literarias y artísticas, y la protección de los derechos conexos. 2) Las Partes Contratantes restringirán toda limitación o excepción relativa a los derechos previstos en el presente Tratado a ciertos casos especiales que no atenten contra la explotación normal de la señal portadora de programas, ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del organismo de radiodifusión [o difusión por cable]”.

¹³⁸ “1) Respecto de la protección de los organismos de radiodifusión [o difusión por cable], las Partes Contratantes podrán prever en su legislación nacional los mismos tipos de limitaciones o excepciones que los contemplados en su legislación nacional en relación con la protección del derecho de autor sobre las obras literarias y artísticas, y la protección de los derechos conexos.

2) Cada una de las Partes Contratantes podrá establecer en su legislación excepciones a la protección concedida por el presente Tratado en los casos siguientes:

- a) la utilización de carácter privado (a condición de que se aclare el alcance);
- b) la utilización de breves fragmentos con motivo de informaciones sobre sucesos de actualidad;
- c) la fijación efímera realizada por un organismo de radiodifusión por sus propios medios y para sus propias emisiones;
- d) la utilización con fines exclusivamente docentes o de investigación científica;
- e) la utilización específicamente para permitir el acceso de personas con problemas de vista u oído, de aprendizaje u otro tipo de discapacidad;
- f) la utilización de bibliotecas, archivos o instituciones educativas para poner a disposición del público las emisiones protegidas por los derechos exclusivos de los organismos de radiodifusión, para fines de preserva-

De los diferentes enfoques, el primero tal vez brinde mayor tranquilidad a algunas delegaciones que prefieren no estar atadas por un listado más o menos extenso, ya que de todos modos pueden establecer más o menos casos en el ámbito interno. De todas maneras, como el listado de la segunda propuesta es meramente ejemplificativo y no vinculante (cada una de las partes “podrá establecer...”), las diferencias no son sustantivas. En todos los casos cada país podrá regular los casos de acuerdo con la regla de los tres pasos¹³⁹.

De la segunda, cabe una observación respecto del “uso privado”, que si bien está redactado en términos equivalentes a la Convención de Roma, las circunstancias y el estado de la tecnología llaman a prudentes aclaraciones. El uso privado debería limitarse al ámbito familiar o doméstico. En ningún caso podría implicar la comunicación al público o la puesta a disposición que, por definición, no son privados. Es decir, que la fijación, reproducción o retransmisión fuera del ámbito doméstico no debería permitirse, ya que por el estado actual de los medios de comunicación los titulares de derecho pierden todo control de sus obras o de sus emisiones. La situación se agrava ante un claro ejercicio abusivo de la doctrina del *safe harbour*.

Sí me parece más relevante establecer cómo será la interacción entre las limitaciones y excepciones que recaen sobre el derecho conexo y aquellas limitaciones y excepciones que afectan el derecho de autor u otros derechos conexos sobre los contenidos transmitidos a través de la señal radiodifundida. En este sentido, los respectivos listados de excepciones y limitaciones deberían estar coordinados para evitar hesitaciones y perplejidades en los usuarios. Es decir que, por ejemplo, si existe una excepción a favor de las instituciones educativas para el uso de obras en el aula, como ción, educación o investigación;

3) Las Partes Contratantes restringirán toda limitación o excepción relativa a los derechos previstos en el presente Tratado a ciertos casos especiales que no atenten contra la explotación normal de la señal portadora de programas, ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del organismo de radiodifusión [o difusión por cable].”

¹³⁹ Ambos enfoques ya llevan cierto tiempo de debate. Cfr. Documento SCCR/17/INF/1, noviembre de 2008, documento oficioso preparado por el Presidente, p. 9.

una obra audiovisual, no debería existir una imposibilidad del uso de la obra porque no exista una excepción semejante respecto de los derechos del radiodifusor. De este modo, cada país podrá regular sus propias limitaciones y excepciones, pero estableciendo una regla de coordinación por la cual los derechos de autor y el derecho conexo funcionen armónicamente para no generar conflictos en la circulación y disfrute de los contenidos.

De todas maneras, en el contexto internacional y con Internet mediante, el ejercicio de las limitaciones y excepciones presenta graves problemas operativos, debido a su intrínseca ligazón al principio de territorialidad. La dificultad se presenta cuando el uso lícito de una obra o una señal radiodifundida en el territorio de una de las partes se torna ilícito en otro, debido a la distinta implementación local de una limitación o excepción admitida por un tratado internacional. Por ejemplo, el uso de una información emitida por un noticiero televisivo en el país A por parte de un usuario en una red social o bien por otro radiodifusor en otro canal de televisión del país B, podría ser ilícito según el país B, aunque fuera lícito según el primer país.

Al respecto se ha propuesto en el SCCR, en el punto de la agenda relativa a limitaciones y excepciones, una regla de coordinación que podría evitar estos problemas. Es el documento SCCR/33/4 del 1 de noviembre de 2016, que sugiere un texto que si bien está enunciado en relación a las obras, también podría adaptarse para las señales portadoras de programas: “La reproducción o puesta a disposición de una obra, realizada en los términos de las excepciones y limitaciones establecidas en este acuerdo, se regirán por la legislación del país miembro en que tengan lugar los actos de reproducción o puesta a disposición, sin perjuicio de que luego la obra reproducida fuera entregada o utilizada por una persona o institución beneficiaria de las excepciones y limitaciones localizada en otro país miembro, siempre que la entrega o uso se realice en los términos y condiciones establecidos en este mismo acuerdo.”

F. Las medidas tecnológicas de protección

Las medidas tecnológicas de protección (TPM por el acrónimo en inglés de *technological protection measures*) y la información para la gestión electrónica de derechos (RMI por la expresión en inglés *rights management information*) son elementos ya incorporados en los más recientes instrumentos internacionales, como los artículos 11 y 12 del TODA, 18 y 19 del TOIEF, 15 y 16 de Beijing y 7 de Marrakech¹⁴⁰. Sin embargo, en el debate de este nuevo tratado, el asunto ha presentado dificultades adicionales¹⁴¹.

Las primeras son dispositivos o archivos electrónicos que incorporan o utilizan los titulares de derecho en sus obras, fonogramas, videogramas y todo tipo de archivos digitales o señales, para evitar la copia y otras conductas que infringen sus derechos o no cuenten con su autorización. En la industria audiovisual y musical (contenidos) y en la televisión, estas medidas son de uso corriente, como por ejemplo la emisión encriptada y la provisión de decodificadores por parte de los radiodifusores¹⁴².

El documento SCCR34/4 prevé que “1) Las Partes Contratantes proporcionarán una protección jurídica adecuada y medios jurídicos eficaces contra la acción de eludir las medidas tecnológicas efectivas que empleen los organismos radiodifusión [o difusión por cable] en relación con el ejercicio de sus derechos en virtud del presente Tratado y que, respecto de sus emisiones, restrinjan actos que no estén autorizados por los organismos de radiodifusión [o difusión por cable] de que se trate, o que no estén permitidos legalmente.” Es una redacción ya tradicional en el ámbito del derecho de autor y derechos conexos. Se trata de prevenir contra

¹⁴⁰ Cfr. Lipszyc, “Nuevos temas...”, p. 145 y ss. También Sam Ricketson y Jane Ginsburg, *International Copyright and Neighbouring Rights*, Volume II, Oxford University Press, 2010, p. 966 y ss. Ficsor, “Guía sobre los Tratados ...”, p. 221. En el caso de Marrakech, se indica que las TPM no deberán ser un obstáculo para la vigencia de los beneficios establecidos en el Tratado.

¹⁴¹ Cfr. Documento SCCR/17/INF/1, noviembre de 2008, documento oficioso preparado por el Presidente, p. 9.

¹⁴² Cfr. Ilinova-Hoffmann y Matzneller, pp. 18 y 19.

la elusión de tales medidas, de acuerdo a la reglamentación interna de cada Estado.

El segundo párrafo es más específico para la protección de la señal portadora de programas: “2) Sin limitar lo dispuesto en el párrafo anterior, las Partes Contratantes concederán protección jurídica adecuada y eficaz contra el acto de descodificar sin autorización una señal portadora de programas codificada.” Aquí se justifican disposiciones como las que prohíben la fabricación, venta, importación, arrendamiento o circulación de cualquier aparato o dispositivo destinado a descifrar las señales codificadas o burlar cualquiera de los TPM o RMI que utilice el titular del derecho¹⁴³. Es el caso de los decodificadores y otros dispositivos que permiten la elusión de las medidas. La finalidad de este párrafo es adaptar las medidas a la señal portadora de programas, porque las TMP y RMI, en su concepción original en los TODA y TOIEF estaban pensadas para las fijaciones en cualquier tipo de soporte, y en las negociaciones se trata de evitar toda referencia al derecho de fijación.

Como se puede ver, no es una norma de aplicación directa, ya que requiere en ambos casos una implementación “adecuada” y medios “eficaces”¹⁴⁴. Es razonable porque en la amplia diversidad internacional, dependerá del grado de madurez y sofisticación de cada comunidad cómo se determina esa adecuación y eficacia. Entran en juego todos los elementos del sistema nacional de observancia de la propiedad intelectual, como las reglas procesales y la

¹⁴³ Cfr. Ricardo Antequera Parilli, “Estudios de derecho de autor y derechos afines”, Editorial Reus, Madrid, 2007, pp. 422 y 423.

¹⁴⁴ Cfr. Horacio Fernández Delpech, “Medidas Tecnológicas de Protección de la Propiedad Intelectual en Internet - Los Actos Elusivos - La Protección Jurídica contra la Elusión”, Congreso MERCOSUR de Derecho Informático, Córdoba, agosto de 2006. En igual sentido, Federico P. Vibes, “Iniciativas de reforma de la Ley de Propiedad Intelectual”, Diario La Ley, Buenos Aires, 18 de octubre de 2017. Sin embargo, algunos autores consideran que sería de aplicación directa: “Existiendo una medida tecnológica, utilizada para restringir actos no autorizados por los autores o permitidos por la Ley, su elusión pasa a ser ilícita bajo el citado artículo 11”. Guillermo Cabanellas, “Propiedad intelectual sobre programas de computación”, Heliasta, Buenos Aires, 2011, p. 191 y ss.

capacidad de investigación de los fiscales y las fuerzas de seguridad. Dependiendo de las circunstancias de cada sociedad, el costo de la persecución podría ser mayor a los resultados obtenidos¹⁴⁵.

Estimo que en la redacción actual, por la semejanza del texto en relación a los tratados internacionales referidos a los otros derechos, no deberían presentarse inconvenientes. Sí será importante aclarar cómo actúan las TPM y RMI en relación a las limitaciones y excepciones, para evitar situaciones de “esquizofrenia jurídica”.

Capítulo V. Conclusiones

Al final del camino recorrido, se puede confirmar la necesidad de actualizar el régimen normativo internacional para el derecho conexo de los organismos de radiodifusión, amén de la actualización del derecho interno, por lo menos para Argentina. También se puede confirmar que por la importancia que adquirieron los medios de comunicación como difusores de las obras y de las fijaciones de las interpretaciones de los artistas, son la principal fuente de ingresos para los autores e intérpretes. Y en muchos casos también para los productores cinematográficos y fonográficos.

En este sentido se deben coordinar los derechos de los creadores junto con el de quienes utilizan los derechos y de quienes median para que las obras estén disponibles para el público usuario. Debe quedar claro y distinto que la protección de la señal no abarca los contenidos transmitidos por ella. En definitiva, fortalecer los derechos conexos no significa igualarlos con los derechos de autor. De aquí que parece lógico que la regulación del derecho conexo del organismo de radiodifusión sea efectiva de modo paralelo al de los autores cuyas obras son radiodifundidas, es decir que cubra tanto las transmisiones alámbricas, inalámbricas o de cualquier tipo.

En este sentido, la definición de radiodifusión que contenga el futuro tratado, a mi parecer, no debería ser dependiente del

¹⁴⁵ Cfr. Bates y Scott Wells, “Are Broadcaster Rights in the Public Interest?...”, pp. 12 y 13.

medio de transmisión sino de la actividad objetiva, donde la iniciativa, la responsabilidad editorial y la organización de una programación son los actos más relevantes. Todos los medios por los que la señal portadora de programas llega al público deberían ser considerados por el Tratado bajo discusión, de modo neutral. Lo relevante no es el elemento técnico, sino el modo en que se distribuyen esos contenidos.

La protección tampoco debería ser dependiente de la autorización estatal, que podrá o no existir, dependiendo del régimen de derecho público de cada país respecto de las licencias o autorizaciones para el uso del espectro radiofónico. Las licencias sin duda implican obligaciones que deben tener sus correspondientes derechos, pero es la inversión del radiodifusor la que justifica su control sobre el uso de la señal, de tal modo que pueda capturar los flujos de fondos derivados de esos usos. Un sistema imperfecto, con evidentes “fallas de mercado”, desalienta sin duda las inversiones de la industria. El principal interés del radiodifusor no está en la prohibición, que reduce su audiencia, pero sí le resulta relevante que esos usos estén autorizados y que quienes se benefician con nuevos modos y lugares de acceso retribuyan el servicio recibido.

Entre los derechos a conceder al organismo de radiodifusión no se debería olvidar el derecho exclusivo a la fijación de su señal portadora de programas, sin que este derecho afecte de ningún modo los derechos de otros titulares. Otro tanto se puede decir de los actos de comunicación al público y puesta a disposición de las señales portadoras de programas, que siempre deberían requerir la autorización del organismo de radiodifusión, además de la correspondiente de los otros titulares de derechos. Respecto de la protección de la señal en los momentos previos a su emisión, se trata de proteger la señal desde el momento de su creación y antes de que sea destinada al público.

Un efecto inmediato de la protección actualizada de los organismos de radiodifusión es la extensión indirecta a los titulares de los contenidos emitidos, como los titulares de derecho de autor y otros derechos conexos, patrocinantes de los eventos deportivos o de otro tipo. Así, un derecho más acorde por parte de los orga-

nismos de radiodifusión permitirá a los demás titulares negociar mejor o de modo más amplio los contratos de licencia o cesión que tengan con el organismo de radiodifusión. A su vez, el organismo de radiodifusión podrá colaborar con los demás titulares de derechos respecto de la observancia, cuando ambos derechos sean infringidos conjuntamente, o bien cuando el organismo de radiodifusión reciba autorización de los demás titulares para perseguir infractores, además de velar en forma independiente por su propio derecho. El resguardo de estos derechos permitirá a los organismos de radiodifusión mejorar su posición negociadora frente a las plataformas de alojamiento y distribución de contenidos, e indirectamente a los otros titulares de derechos.

Pero la protección que tenga el organismo de radiodifusión sobre su señal emitida, no implica ninguna protección mayor o menor sobre el contenido ni genera ninguna protección adicional para ese contenido. Tampoco genera ningún efecto sobre los contenidos en dominio público, que por ser transportados por una señal radiodifundida no pasarían al dominio privado. Esos contenidos quedarían libres para ser emitidos por otros. Lo mismo puede decirse del ejercicio de limitaciones y excepciones sobre los contenidos, estén o no protegidos por derecho de autor. Se trata de un problema de coordinación, y una vez identificados los puntos de contacto o solapamiento, se deberán prever las articulaciones, algunas ya muy claras en otros instrumentos internacionales. Estos derechos tampoco son un problema para la educación, la cultura y otros bienes sociales. Lo que el radiodifusor desea es aumentar la audiencia, no restringirla. El sistema de limitaciones y excepciones, con los resguardos que puse a consideración, resulta adecuado para aumentar la eficiencia dinámica del bienestar de la sociedad.

Finalmente, un agradecimiento a todos los que están bregando desde hace 19 años en el SCCR de la OMPI para avanzar en esta tupida selva de expectativas, intereses y derechos. No son sinónimos, y el desafío es determinar cuáles de esas expectativas pueden considerarse legítimos intereses para que luego sean reconocidos como derechos en la comunidad internacional. Esta comunidad tiene su propio bien común, el que debe guiar el trabajo de los negociadores.