

OBLIGACIONES INTERNACIONALES EN MATERIA DE PROPIEDAD INTELECTUAL Y ESPACIOS PARA DISEÑOS DE POLÍTICAS NACIONALES EN AMÉRICA LATINA

por Juan José MARÍN LÓPEZ
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Castilla-La Mancha

RESUMEN: El presente informe tiene por objeto ofrecer una visión descriptiva de la situación en la que se encuentran los Estados de América Latina en relación con los distintos Tratados y Convenios internacionales en materia de derecho de autor y derechos conexos (Convenio de Berna, Convención de Roma, Acuerdo sobre los ADPI, Tratado OMPI sobre Derecho de Autor y Tratado OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas). Se analiza, en relación con cada uno de esos Tratados o Convenios, cuáles son las disposiciones imperativas, vinculantes para los Estados Parte, y cuáles son las disposiciones que permiten a los Estados una cierta libertad de actuación. Este análisis permite concluir con la exposición de algunos ejemplos «espacios libres» y «espacios vacíos» que permiten ciertas flexibilidades a los Estados de América Latina en el diseño de políticas nacionales propias en materia de derecho de autor y derechos conexos.

PALABRAS CLAVE: Derecho de autor; Derechos conexos; América Latina; Convenio de Berna; Convención de Berna; Acuerdo sobre los ADPIC; Tratado OMPI sobre Derecho de Autor (TODA); Tratado OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (TOIEF).

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: LA PLURALIDAD DE TRATADOS Y CONVENIOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS Y LA COORDINACIÓN ENTRE ELLOS. 1. LOS TRATADOS Y CONVENIOS EN MATERIA DE DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS Y SU RATIFICACIÓN POR LOS ESTADOS DE AMÉRICA LATINA. 2. LOS CRITERIOS DE COORDINACIÓN ENTRE LOS DISTINTOS TRATADOS Y CONVENIOS SOBRE DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS VIGENTES EN LOS ESTADOS DE AMÉRICA LATINA. II. LA NORMATIVA SOBRE DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS EN LOS ESTADOS DE AMÉRICA LATINA. III. LAS NORMAS IMPERATI-

* Inauguramos con este trabajo la sección «Informes y Documentos», en la que pretendemos dar cauce a la publicación de diversos materiales cuyo objetivo es sintetizar el estado de la cuestión sobre determinada materia, o documentar al práctico y al teórico dedicados a la propiedad intelectual sobre los temas que les interesan. Los trabajos publicados en esta sección, por su concepción y finalidad, serán predominantemente descriptivos, irán descargados de aparato bibliográfico y tenderán a ofrecer una visión panorámica de los problemas sobre los que traten. Esperamos que para los lectores de *pe. i.* todos estos materiales sean provechosos en sus respectivas áreas de actividad.

VAS O «MÍNIMOS CONVENCIONALES» EN MATERIA DE DERECHO DE AUTOR. 1. EN EL CONVENIO DE BERNA. 2. EN EL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC. 3. EN EL TRATADO SOBRE DERECHO DE AUTOR. IV. LAS NORMAS IMPERATIVAS O «MÍNIMOS CONVENCIONALES» EN MATERIA DE DERECHOS CONEXOS. 1. EN LA CONVENCION DE ROMA. 2. EN EL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC. 3. EN EL TRATADO SOBRE INTERPRETACION O EJECUCION Y FONOGRAMAS. V. LOS «ESPACIOS LIBRES» PARA EL DISEÑO DE POLÍTICAS NACIONALES PROPIAS. 1. EN MATERIA DE DERECHO DE AUTOR. 2. EN MATERIA DE DERECHOS CONEXOS. VI. LOS «ESPACIOS VACÍOS»: AUSENCIAS REGULATORIAS Y CAPACIDAD NORMATIVA PLENA DE LOS ESTADOS.

TITLE: INTERNATIONAL OBLIGATIONS IN MATTER OF COPYRIGHT AND SPACES FOR DESIGNS OF NATIONAL POLITICS IN LATIN AMERICA.

ABSTRACT: This work aims at presenting a descriptive view of the current state of Latin American States about to the several international Treaties and Conventions on copyright and related rights (such as the Berne Convention, Rome Convention, TRIPS Agreement, WIPO Copyright Treaty and WIPO Performances and Phonograms Treaty). It analyses which dispositions from each of these international conventions are prescriptive, thus entailed to the Contracting Parties, and which ones allow them a certain degree of actuation. The article concludes commenting on particular examples of «free spaces» and «empty spaces» that admit certain flexibility for Latin American States when determining their own national policies in relation to copyright and related rights.

KEYWORDS: Copyright; Related rights; Latin America; Berna Convention; Roma Convention; TRIPS Agreement; WIPO Copyright Treaty (WCT); WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT);

CONTENTS: I. INTRODUCTION: THE PLURALITY OF INTERNATIONAL TREATIES AND CONVENTIONS ON COPYRIGHT AND RELATED RIGHTS AND THE COORDINATION AMONG IT. 1. THE TREATIES AND CONVENTIONS ON COPYRIGHT AND RELATED RIGHTS AND ITS RATIFICATION BY LATIN AMERICA STATES. 2. THE CRITERIA OF COORDINATION BETWEEN THE SEVERAL TREATIES AND CONVENTIONS ON COPYRIGHT AND RELATED RIGHTS IN FORCE IN THE LATIN AMERICA STATES. II. THE REGULATION ABOUT COPYRIGHT AND RELATED RIGHTS IN LATIN AMERICA STATES. III. THE IMPERATIVE NORMS OR «MINIMUM CONVENTIONAL» IN COPYRIGHT. 1. IN THE BERNE CONVENTION. 2. IN THE TRIPS AGREEMENT. 3. IN THE WIPO COPYRIGHT TREATY. IV. THE IMPERATIVE NORMS OR «MINIMUM CONVENTIONAL» IN RELATED RIGHTS. 1. IN THE ROME CONVENTION. 2. IN THE TRIPS AGREEMENT. 3. IN THE WIPO PERFORMANCES AND PHONOGRAMS TREATY. V. THE «FREE SPACES» FOR THE DESIGN

OF OWN NATIONAL POLITICS. 1. IN COPYRIGHT. 2. IN RELATED RIGHTS. VI. THE «EMPTY SPACES»: REGULATORY ABSENCES AND FULL REGULATORY CAPACITY OF THE STATES.

I. INTRODUCCIÓN: LA PLURALIDAD DE TRATADOS Y CONVENIOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS Y LA COORDINACIÓN ENTRE ELLOS

1. LOS TRATADOS Y CONVENIOS EN MATERIA DE DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS Y SU RATIFICACIÓN POR LOS ESTADOS DE AMÉRICA LATINA

La finalidad de este trabajo es examinar el marco internacional en el que han de moverse los Estados de América Latina a la hora de diseñar sus políticas nacionales en materia de propiedad intelectual (derecho de autor y derechos conexos). En los últimos decenios del pasado siglo XX se ha asistido a una importante proliferación de los Tratados y Acuerdos internacionales multilaterales en el campo del derecho de autor y derechos conexos. En 1971 se realizó, mediante el Acta de París, la por ahora última actualización del Convenio de Berna (CB), cuya versión original data de 1886. En 1994 fue aprobado en Marrakech (Marruecos) el Acuerdo constitutivo de la Organización Mundial del Comercio (OMC), vigente en la actualidad en 149 Estados de la comunidad internacional, y cuyo Anexo 1 C contiene el Acuerdo sobre determinados aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (Acuerdo sobre los ADPIC). En 1996, y una vez desechada por la OMPI la posibilidad de actualizar el CB, o de añadirle algún nuevo apéndice o anexo, se aprobaron el Tratado sobre el Derecho de Autor (TODA) y el Tratado sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (TOIEF). En la actualidad se encuentran muy avanzados en el seno de la OMPI los trabajos para la aprobación, que parece inminente, de un Tratado para la Protección de los Organismos de Radiodifusión, que supondría la actualización y mejora, para estos titulares de derechos conexos, de las previsiones contenidas en la Convención de Roma (CR) de 1961 sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión. En fin, el hecho de que en diciembre de 2000 fracasara la Conferencia Diplomática de la OMPI para la aprobación del Tratado sobre Interpretaciones o Ejecuciones Audiovisuales no significa que esta materia haya desaparecido de la agenda de la OMPI, por lo que no es descartable que el asunto vuelva a plantearse dentro de algunos años.

A los Convenios internacionales acabados de citar hay que añadir otros tres estrictamente relacionados con el derecho de autor o los derechos conexos. En primer lugar, el Convenio de Bruselas sobre la distribución de señales portadoras de programas transmitidas por satélite, hecho en Bruselas el 21 de mayo de 1974; en segundo lugar, el Convenio de Ginebra para la protección de los productores de fonogramas contra la reproducción no autorizada de fonogramas, de 29 de octubre de 1971, y en tercer lugar, administrada por la UNESCO, la Convención Universal sobre los Derechos de Autor, firmada en Ginebra en 1952 y revisada en París en 1971. Estos tres Convenios quedan fuera del estudio que

se realiza en este trabajo. También queda extramuros de este estudio la Convención de la UNESCO para la salvaguardia del patrimonio cultural e inmaterial, hecha en París el 17 de octubre de 2003 y que entró en vigor el 20 de abril de 2006 (aunque sólo dos Estados latinoamericanos, Panamá y México, figuran entre los primeros treinta que han ratificado la Convención; con posterioridad también lo han hecho Nicaragua, Bolivia y Brasil). Esta Convención vino precedida de la Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural, aprobada por la 31.^a reunión de la Conferencia General de la UNESCO, celebrada en París el 2 de noviembre de 2001. La causa por la que se excluye de este estudio la mencionada Convención de 2003 es porque no contiene ninguna norma específica en materia de derecho de autor que obligue a los Estados parte a adoptar una concreta política interna en esta materia.

Los Convenios de Berna (Acta de París de 1971) y Roma, así como el Acuerdo sobre los ADPIC y los Tratados OMPI de 1996, se encuentran al día de hoy vigentes en la práctica totalidad de los Estados latinoamericanos. En el anexo final de este trabajo se ofrecen más detalles sobre el momento en que se produjo la ratificación y entrada en vigor de dichos Convenios y Tratados para cada uno de ellos. El examen de estos elementos permite realizar algunas apreciaciones sobre la política seguida por los Estados de América Latina en relación con los Convenios y Tratados multilaterales en materia de propiedad intelectual:

- i) La ratificación del CB ha tenido lugar en la década de los ochenta del siglo pasado (Venezuela en 1982; Colombia y Perú en 1988) y, ya de modo masivo, en la década de los noventa (en 1990 Honduras, en 1991 Ecuador, en 1992 Paraguay, en 1993 Bolivia, en 1994 El Salvador, en 1996 Panamá, en 1997 Cuba, Guatemala y República Dominicana, y en 2000 Nicaragua). Ello significa que la mayoría de los Estados de Latinoamérica se han incorporado sólo en época relativamente reciente al principal instrumento normativo internacional de protección del derecho de autor. La excepción a esta regla general está constituida por aquellos Estados que ratificaron el Convenio de Berna en fechas anteriores, como sucedió con Brasil (en 1922), Argentina, México y Uruguay (en 1967), Chile (en 1970) y Costa Rica (en 1978).
- ii) Es llamativo que en muchos Estados de América Latina haya adquirido vigencia la CR antes que el CB. Es decir, el sistema de protección internacional de los derechos conexos (artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión) ha adquirido vigencia en la mayor parte de los Estados latinoamericanos con anterioridad al sistema de protección internacional del derecho de autor. Esta situación no deja de ser francamente paradójica y suscitar sorpresa. Así ha sucedido en los casos de Colombia (ratificó la CR en 1976 y el CB en 1988), Costa Rica (en 1971 la CR y en 1978 el CB), Ecuador (en 1964 la CR y en 1991 el CB), El Salvador (en 1979 la CR y en 1994 el CB), Guatemala (en 1977 la CR y en 1997 el CB), México (1964 la CR y 1967 el CB), Panamá (1983 la CR y 1996 el CB), Paraguay (en 1970 la CR y en 1992 el CB), Perú (en 1985 la CR y en 1988 el CB) y República Dominicana (en 1987 la CR y en 1997 el CB). La situación más lógica, esto es,

la ratificación del CB antes que la CR, únicamente se ha producido en los casos de Argentina (que ratificó en 1967 el CB y en 1992 la CR), Brasil (en 1922 el CB y en 1965 la CR), Chile (en 1970 el CB y en 1974 la CR), Uruguay (en 1967 el CB y en 1977 la CR) y Venezuela (en 1982 el CB y en 1996 la CR). La misma secuencia temporal se produjo en España, que fue uno de los primeros Estados en ratificar el Convenio de Berna (en 1887), pero que ha hecho lo propio con la Convención de Roma muy tardíamente (en 1991). La ratificación de ambos Convenios ha sido simultánea en los casos de Bolivia (1993), Honduras (1990) y Nicaragua (2000). Cuba es el único Estado de América Latina que ha ratificado el Convenio de Berna pero no la Convención de Roma.

- iii) Los Tratados OMPI han sido rápidamente ratificados por los Estados latinoamericanos, de modo que en la mayoría de ellos se encuentran ya en vigor. De hecho, salvo Cuba y Brasil, que no lo han firmado, y Bolivia, Uruguay y Venezuela, que lo han firmado pero aún no se encuentran vigentes, en todos los restantes Estados de América Latina están ya en vigor los dos Tratados OMPI de 1996. Los Estados que los han ratificado lo han hecho simultáneamente respecto de ambos Tratados. En algunos Estados esta ratificación ha provocado la necesidad de reformar sus respectivas legislaciones internas de derecho de autor y derechos conexos para acomodarlas a las obligaciones internacionales derivadas de dicha ratificación.
- iv) No deja de causar sorpresa la rapidez con la que la mayor parte de los Estados latinoamericanos ha ratificado los Tratados OMPI, sobre todo si se compara con el tiempo que muchos de ellos, la mayoría, se demoraron en la ratificación del CB. También causa sorpresa si esa situación se compara con la de los países europeos, España entre ellos, que, si bien firmaron en su momento estos Tratados, no los han ratificado aún en el momento en que se escriben estas líneas. La extraordinariamente rápida ratificación de los Tratados OMPI por gran parte de los Estados de América Latina es reveladora de la decidida voluntad política de dichos Estados de establecer en sus leyes internas un elevado nivel de protección del derecho de autor y derechos conexos, aunque no siempre esa voluntad política va acompañada del éxito en el terreno de la práctica.
- v) Una situación similar se ha producido en relación con el Acuerdo constitutivo de la OMC que incorpora como anexo el Acuerdo sobre los ADPIC. Aprobado en 1994, fue ratificado en 1995 por todos los Estados latinoamericanos, con la salvedad de Ecuador y Panamá, que lo hicieron en 1996 y 1997, respectivamente. En algún Estado se ha dado incluso la curiosa situación de haber ratificado antes el Acuerdo sobre los ADPIC que el propio CB. Así ha sucedido concretamente con Cuba (ratificó el Acuerdo sobre los ADPIC en 1995 y el CB en 1997), Guatemala (en 1995 los ADPIC y en 1997 el CB), Nicaragua (en 1995 los ADPIC y en 2000 el CB) y República Dominicana (en 1995 los ADPIC y en 1997 el CB). A pesar de ello, y en virtud de lo establecido en el artículo 9.1 del Acuerdo sobre los ADPIC [«Los Miembros observarán los artículos 1 a 21 del Convenio de Berna (1971) y

el Apéndice del mismo. No obstante, en virtud del presente Acuerdo ningún Miembro tendrá derechos ni obligaciones respecto de los derechos conferidos por el artículo 6 bis del citado Convenio ni respecto de los derechos que se derivan del mismo», es obligatorio concluir que los 1 a 21 del CB —salvo el artículo 6 bis, relativo a los derechos morales— rigen en Cuba, Guatemala, Nicaragua y República Dominicana no desde el momento en que ratificaron el CB, sino desde el momento, anterior, en que ratificaron el Acuerdo constitutivo de la OMC. La pronta ratificación de este Acuerdo y de sus anexos ha sido la tendencia generalmente observada por la inmensa mayoría de todos los Estados de la comunidad internacional.

Además de los Convenios y Tratados multilaterales que se acaban de examinar, en determinados Estados de América Latina hay que tomar en consideración otros acuerdos internacionales, algunos de ellos también multilaterales y otros bilaterales. Entre estos se han de mencionar los siguientes:

a) En los Estados de la Comunidad Andina (Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela) rige la Decisión n.º 351, de 17 de diciembre de 1993, por la que se aprueba el Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos¹. Esta Decisión ha ejercido una influencia determinante sobre la reglamentación del derecho de autor y los derechos conexos en los mencionados Estados, a la vez que ha servido de orientación, en mayor o menor medida, para los restantes Estados latinoamericanos. Revisten del mismo modo gran interés las sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, con sede en Quito, en interpretación prejudicial de las leyes internas sobre derecho de autor y derechos conexos². La interpretación dada por el Tribunal a las disposiciones de la Decisión n.º 351 es vinculante para los tribunales de los Estados de la Comunidad Andina.

b) Sin embargo, los Convenios multilaterales que están llamados a tener una importancia práctica más relevante en el ámbito del derecho de autor y los derechos conexos son, sin duda los acuerdos comerciales celebrados por los Estados de América Latina. Siguiendo la senda marcada por el Acuerdo constitutivo de la Organización Mundial del Comercio, varios de esos Estados han concluido Tratados de Libre Comercio con los Estados Unidos de Norteamérica y con otros Estados u Organizaciones Internacionales. El más antiguo de ellos es el celebrado entre México, Estados Unidos y Canadá, firmado el 16 de noviembre de 1992 y en vigor desde 1 de enero de 1994, conocido como Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN, o NAFTA en su acrónimo inglés; *North American Free Trade Agreement*). Su Capítulo 17 contiene normas en materia de propiedad intelectual. Además del mencionado, México tiene firmados Tratados de Libre Comercio con Japón, Bolivia, Chile, Unión Europea, Costa Rica, Israel, Nicaragua, Centroamérica

¹ Una amplia referencia a los precedentes de la colaboración interamericana en materia de propiedad intelectual puede verse en D. LIPSZYC, *Derecho de autor y derechos conexos*, 1993, pp. 607 ss., así como, más detalladamente, en D. LIPSZYC/C. VILLALBA/U. UCHTENHAGEN, *La protección del derecho de autor en el sistema interamericano*, Universidad Externado de Colombia-Dirección Nacional de Derecho de Autor, 1998.

² Pueden consultarse esas sentencias en la web oficial de dicho Tribunal: www.tribunalandino.org.ec.

(El Salvador, Guatemala y Honduras) y Uruguay. No en todos ellos, sin embargo, existen disposiciones sobre derecho de autor y derechos conexos; cuando existen, su alcance es variable. Chile y Estados Unidos firmaron un Tratado de Libre Comercio el 6 de junio de 2003, y con vigencia desde el 1 de enero de 2004. El Capítulo 17 del Tratado se dedica a la propiedad intelectual. Además de con Estados Unidos, Chile tiene Tratados de Libre Comercio con China, Canadá, México, Corea, Centroamérica, la EFTA y Australia, así como un Acuerdo de Asociación con la Unión Europea. Cabe repetir respecto de estos otros Tratados la observación que realicé con anterioridad en relación con los firmados por México. Costa Rica, República Dominicana, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua firmaron con Estados Unidos un Tratado de Libre Comercio el 5 de agosto de 2004, conocido por sus abreviaturas CAFTA-DR (*Central America Free Trade Agreement-Dominican Republic*). Su Capítulo 15 se dedica a la propiedad intelectual. El Convenio entró en vigor para El Salvador el 1 de marzo de 2006, para Honduras y Nicaragua el 1 de abril de 2006, para Guatemala el 1 de julio de 2006 y para la República Dominicana el 1 de marzo de 2007. Colombia concluyó sus negociaciones con Estados Unidos para la firma de un Tratado de Libre Comercio en febrero de 2006. El Capítulo 16 del Tratado contiene normas sobre propiedad intelectual. Perú firmó un Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos el 12 de abril de 2006. El Capítulo 16 de este Tratado contiene normas sobre propiedad intelectual. En fin, Panamá se encuentra actualmente negociando un Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos de América esas características.

c) El tratado constitutivo del Área de Libre Comercio para las Américas (ALCA) pretende el establecimiento de un libre comercio entre todos los Estados de América, tanto del Norte como del Sur. Las negociaciones para su aprobación se encuentran actualmente paralizadas por la férrea oposición de algunos Estados. No obstante, el tercer borrador de ALCA, dado a conocer el 21 de noviembre de 2003, contiene en su capítulo XX una amplia regulación de los derechos de propiedad intelectual³.

2. LOS CRITERIOS DE COORDINACIÓN ENTRE LOS DISTINTOS TRATADOS Y CONVENIOS SOBRE DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS VIGENTES EN LOS ESTADOS DE AMÉRICA LATINA

Como fácilmente puede advertirse, la situación relativa a la protección supranacional del derecho de autor y los derechos conexos es muy compleja, dada la pluralidad de Convenios y Tratados aplicables en los distintos Estados de América Latina, su distinta procedencia temporal (aunque todos ellos ratificados por esos Estados en tiempos relativamente recientes) y su distinto alcance territorial, multilateral unas veces y bilateral otras. En mi opinión, la coordinación entre todos ellos debe de hacerse tomando en consideración los siguientes datos.

Primer criterio: los «arreglos particulares» entre los Estados parte del Convenio de Berna. El artículo 20 del CB establece que «los gobiernos de los países de la

³ Ese tercer borrador se encuentra disponible en www.ftaa-alca.org/FTAADraft03/Index_s.asp (última visita: 19 de mayo de 2006).

Unión se reservan el derecho de adoptar entre ellos Arreglos particulares, siempre que estos Acuerdos confieran a los autores derechos más amplios que los concedidos por este Convenio o que comprendan otras estipulaciones que no sean contrarias al presente Convenio. Las disposiciones de los Arreglos existentes —continúa el precepto— que respondan a las condiciones antes citadas continuarán siendo aplicables»⁴. Los TLC concertados por algunos Estados de América Latina son «arreglos particulares» en el sentido del artículo 20 del CB. La misma calificación merece la Decisión de la Comunidad Andina n.º 351. También son «Arreglos particulares» los muchos Tratados bilaterales celebrados por los Estados latinoamericanos durante los siglos XIX y XX con España. En efecto, las publicaciones oficiales sobre la normativa española en materia de propiedad intelectual, realizadas por la editorial del *Boletín Oficial del Estado*, incluyen en anexo una relación de los convenios bilaterales vigentes en España, en la que figuran los Tratados celebrados entre España y muchos Estados de América Latina a finales del siglo XIX o a lo largo del siglo XX. De su inclusión en el mencionado anexo se deduce que son Tratados vigentes —al menos formalmente vigentes, sin prejuzgar ahora cuál pueda ser su eficacia real— al no haber sido denunciados por ninguno de los Estados contratantes⁵.

⁴ Existe otra mención a los «Arreglos particulares existentes o que se establezcan» entre los Estados parte del CB en su artículo 10.2, en relación con la excepción o limitación de ilustración para la enseñanza.

⁵ Estos Tratados celebrados con España son los siguientes:

- *Argentina*: Convención de Montevideo de 4 de enero de 1889.
- *Bolivia*: Decreto de 13 de junio de 1936, aprobando Acuerdo sobre propiedad intelectual de 13 de marzo de 1936 entre España y Bolivia.
- *Colombia*: Convenio bilateral de 28 de noviembre de 1885 entre España y Colombia sobre propiedad intelectual, que entró en vigor el 1 de enero de 1887; Convenio de 11 de abril de 1953, entre España y Colombia.
- *Costa Rica*: Convenio de 14 de noviembre de 1893, entre España y Costa Rica.
- *Cuba*: Convenio bilateral de 29 de diciembre de 1903, entre España y Cuba.
- *Chile*: Convenio cultural de 5 de octubre de 1966, entre España y Chile (art. 7); Convenio cultural de 18 de diciembre de 1967, entre España y Chile (art. 5).
- *República Dominicana*: Convenio bilateral de 4 de noviembre de 1930, entre España y la República Dominicana, aprobado por Ley de 28 de marzo de 1933; Convenio cultural de 27 de enero de 1953, entre España y la República Dominicana.
- *Ecuador*: Convenio de 30 de junio de 1900, entre España y Ecuador; Convenio cultural de 5 de mayo de 1953, entre España y Ecuador.
- *El Salvador*: Convenio de 23 de junio de 1884, entre España y El Salvador.
- *Guatemala*: Convenio de 25 de mayo de 1893, entre España y Guatemala; Convenio cultural de 27 de abril de 1964, entre España y Guatemala.
- *Honduras*: Tratado de intercambio cultural de 12 de junio de 1967, entre España y Honduras.
- *México*: Convenio bilateral de 21 de marzo de 1924, entre España y México, sobre propiedad intelectual.
- *Nicaragua*: Convenio bilateral de 20 de noviembre de 1934, entre España y Nicaragua, sobre propiedad intelectual.
- *Panamá*: Convenio de 25 de julio de 1912, entre España y Panamá.
- *Paraguay*: Convenio de 8 de julio de 1925, entre España y Paraguay; Convenio cultural de 26 de marzo de 1957, ratificado por Decreto de 6 de diciembre de 1957. También se aplica a ambos países la Convención de Montevideo de 11 de enero de 1889, ratificada por Paraguay el 2 de septiembre de 1889, y a la que España se adhirió el 29 de diciembre de 1889.
- *Perú*: Convenio de 26 de febrero de 1924, entre España y Perú. También Perú ratificó la Convención de Montevideo mencionada más arriba.
- *Uruguay*: Convención de Montevideo de 11 de enero de 1889.

Todos los «Arreglos particulares» que se acaban de mencionar son eficaces entre los Estados que los han celebrado siempre que no confieran a los autores una protección inferior a la prevista en el CB, ni comprendan estipulaciones que sean contrarias al CB. Las disposiciones de los «Arreglos particulares» que concedan a los autores una protección inferior a la establecida en el CB (es decir, inferior al «mínimo convencional» del CB) no se aplicarán y serán sustituidas por las disposiciones pertinentes del propio CB.

Segundo criterio: la pérdida de efectividad real de la Convención Universal de 1952. La Convención llamada «Universal» establece expresamente la salvaguarda de las disposiciones del CB. En efecto, su artículo XVII, apartado 1, dispone que «la presente Convención no afectará en nada a las disposiciones del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas ni al hecho de pertenecer a la Unión creada por este Convenio». En coherencia con este precepto, la Declaración Anexa relativa al citado artículo XVII, letra c) —que constituía la letra b) en la redacción originaria de la Convención de 1952—, agrega que «la Convención Universal sobre Derechos de Autor no será aplicable en las relaciones entre los Estados ligados por el Convenio de Berna, en lo que se refiera a la protección de las obras que, de acuerdo con dicho Convenio de Berna, tengan como país de origen uno de los países de la Unión de Berna». Tanto el artículo XVII, apartado 1, como la letra c) de la Declaración Anexa a dicho artículo constituyen un expreso reconocimiento por parte de la Convención Universal de la superioridad del CB. En lo que se refiere en concreto a América Latina, puesto que todos los Estados parte de la Convención Universal son también Estados parte del CB, las relaciones entre los Estados latinoamericanos en materia de derecho de autor y derechos conexos se rigen por las disposiciones del CB, que ha acabado por desplazar la aplicación de la Convención Universal.

Tercer criterio: la «incorporación por remisión» del Convenio de Berna al Acuerdo sobre los ADPIC y la consideración de dicho Acuerdo como «arreglo particular». La relación entre el Acuerdo sobre los ADPIC y el CB no plantea problemas de alcance, a la vista del tenor literal del artículo 9.1 del Acuerdo sobre los ADPIC, reproducido con anterioridad, y del cual se obtiene que el Acuerdo asume como propias las disposiciones contenidas en los artículos 1 a 21 del CB —con excepción de su artículo 6 bis— y en el Apéndice del mismo. Esta asunción ha provocado, según se ha señalado, que para determinados Estados de América Latina la vinculación al CB se haya producido no como consecuencia de la ratificación de dicho Convenio, sino como consecuencia de la ratificación del Acuerdo constitutivo de la OMC y, por ende, del anexo que contiene el Acuerdo sobre los ADPIC. En estos Estados, que no eran parte del CB cuando ratificaron el Acuerdo de la OMC, la vinculación a las disposiciones contenidas en los artículos 1 a 21 del CB se ha producido desde el mismo momento de la ratificación del Acuerdo de la OMC, y no cuando, con posterioridad, ratificaron el CB. Ahora bien, desde la perspectiva del CB, el Acuerdo sobre los ADPIC no es sino un «Arreglo particular» en el sentido del artículo 20 del CB, aunque con la importante particularidad de que dicho «Arreglo particular» sí desconoce

uno de los elementos importantes del derecho de autor (los derechos morales, que quedan excluidos del ámbito del Acuerdo sobre los ADPIC).

Además del ya mencionado artículo 9.1, otros preceptos del Acuerdo sobre los ADPIC garantizan la primacía del CB. Manifestaciones de esta naturaleza se encuentran en el artículo 2.1 del Acuerdo, que establece que «ninguna disposición de las Partes I a IV del presente Acuerdo irá en detrimento de las obligaciones que los Estados miembros puedan tener entre sí en virtud del Convenio de París, el Convenio de Berna, la Convención de Roma y el Tratado sobre la Propiedad Intelectual respecto de los Circuitos Integrados»; en el artículo 3.1, que impone la regla de trato nacional aunque salvaguardando («a reserva de» es la locución empleada) «las excepciones ya previstas en, respectivamente, el Convenio de París (1967), el Convenio de Berna (1971), la Convención de Roma o el Tratado sobre la Propiedad Intelectual respecto de los Circuitos Integrados»; y, por último, en el artículo 4, letra b), que salvaguarda el régimen de la cláusula de nación más favorecida incluida en el CB, lo que viene a constituir una nueva manifestación del reconocimiento que el Acuerdo sobre los ADPIC hace en favor del CB de su condición de Tratado multilateral básico en materia de derecho de autor.

Por otro lado, la «incorporación por remisión» al Acuerdo sobre los ADPIC de los artículos 1 a 21 del CB, con la ya señalada excepción del régimen de los derechos morales de su artículo 6 bis, significa que tales preceptos del CB «forman parte» del contenido del Acuerdo, «son» Acuerdo sobre los ADPIC. Ello tiene como consecuencia que el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC (regulado en el artículo 64 de dicho Acuerdo) tiene competencia para interpretar y aplicar los artículos 1 a 21 del CB siempre que dicha interpretación y aplicación sea necesaria para resolver una controversia entre los Estados parte de la OMC. Se trata de una consecuencia del máximo interés, puesto que, por primera vez en la historia de la protección internacional del derecho de autor, existe un órgano de carácter internacional que tiene competencia para interpretar y aplicar el CB. Así ha sucedido ya en el caso que enfrentaba a la Comunidad Europea y a los Estados Unidos en relación con el artículo 110 (5) de la *Copyright Act* norteamericana. En su conocida resolución de 27 de julio de 2000, el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC ofreció una interpretación de los artículos 11.1, inciso segundo, y 11 bis.1, inciso tercero, del CB, así como de la regla de los tres pasos recogida en su artículo 9.2 y extendida a todos los derechos patrimoniales —y no únicamente al de reproducción— por el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC. En definitiva, la incorporación al Acuerdo sobre los ADPIC de los artículos 1 a 21 del CB, salvo el régimen de los derechos morales de su artículo 6 bis, hace posible una interpretación «internacional» de esas disposiciones del CB, realizada por el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC⁶.

⁶ Aunque la decisión del Órgano de Solución de Diferencias de la OMC que pone fin al mencionado conflicto entre la Comunidad Europea y los Estados Unidos es el más notorio de ellos, no se trata del único supuesto en el que dicho Órgano ha sido llamado a intervenir. Un elenco de los casos planteados ante el Órgano de Solución de Diferencias en materia de propiedad intelectual puede verse en www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispu_subjects_index_s.htm#adpic.

Cuarto criterio: la salvaguarda del Convenio de Berna frente al Tratado sobre el Derecho de Autor y la consideración del Tratado como un «arreglo particular». No plantea ningún problema grave la coordinación entre el CB y el TODA dada la claridad con la que se pronuncia este último. En efecto, ya en el mismo inicio del TODA queda bien establecido que «el presente Tratado es un arreglo particular en el sentido del artículo 20 del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, en lo que respecta a las Partes Contratantes que son países de la Unión establecida por dicho Convenio», y que «el presente Tratado no tendrá conexión con tratados distintos del Convenio de Berna ni perjudicará ningún derecho u obligación en virtud de cualquier otro Tratado» (art. 1.1), así como que «ningún contenido del presente Tratado derogará las obligaciones existentes entre las Partes Contratantes en virtud del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas» (art. 1.2). El corolario de todo ello es que «las Partes Contratantes darán cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 1 a 21 y en el Anexo del Convenio de Berna» (art. 1.4), en el bien entendido de que el almacenamiento en forma digital en un soporte electrónico de una obra protegida constituye una reproducción en el sentido del artículo 9 del CB (Declaración concertada relativa al artículo 1.4 del TODA). Adviértase cómo, a diferencia de lo que sucede en el Acuerdo sobre los ADPIC, el artículo 6 bis del CB también queda incluido en la remisión que el artículo 1.4 del TODA hace al CB, por lo que todos los Estados parte del TODA se comprometen a respetar las exigencias en materia de derechos morales contenidas en el artículo 6 bis del CB.

Quinto criterio: los Convenios y Tratados sobre derecho de autor no se ven afectados por los Convenios y Tratados sobre derechos conexos. La coordinación entre el CB y los Tratados y Convenios internacionales relativos a los derechos conexos es más sencilla en la medida en que entre el CB y dichos Tratados no existe una coincidencia en las materias reguladas: el derecho de autor en el caso del CB; los derechos conexos en el caso de esos otros Tratados y Convenios. Ello impide la existencia de contradicciones entre las disposiciones del CB y los instrumentos internacionales sobre derechos afines.

En todo caso, determinadas disposiciones de la CR ponen de relieve la estrecha interdependencia entre este Convenio, de un lado, y el CB y la Convención Universal, de otro. Para empezar, la ratificación o adhesión a la CR sólo es posible para aquellos Estados parte en el CB o en la Convención Universal (cfr. arts. 23 y 24.2 de la CR). Del mismo modo, el abandono de la entonces llamada Unión Internacional para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, o la denuncia de la Convención Universal, implican automáticamente dejar de ser parte de la CR (art. 28.2 de la CR; también sus arts. 27.1 y 28.5). Sin embargo, esa interdependencia no es fuente de conflictos dada la diferente naturaleza jurídica de los derechos contemplados por cada uno de los instrumentos internacionales. Y así, como expresamente señala la CR, la protección que en ella se establece «dejará intacta y no afectará en modo alguno a la protección del derecho de autor sobre las obras literarias y artísticas», por lo que «ninguna de las disposiciones de la presente Convención [de Roma] podrá inter-

pretarse en menoscabo de esa protección» (art. 1 de la CR). Ello significa que la protección dispensada al derecho de autor por el CB no se ve afectada —disminuida, perjudicada— por la protección dispensada a los artistas, a los productores de fonogramas y a los organismos de radiodifusión por la CR.

Una disposición análoga se contiene en el TOIEF, cuyo artículo 1.2 establece que la protección concedida en virtud de ese Tratado a las interpretaciones o ejecuciones sonoras y a los productores de fonogramas «dejará intacta y no afectará en modo alguno a la protección del derecho de autor en las obras literarias y artísticas», por lo que «ninguna disposición del presente Tratado podrá interpretarse en menoscabo de esta protección». Este precepto no impide que una Parte Contratante prevea derechos exclusivos para un artista intérprete o ejecutante o productor de fonogramas que vayan más allá de los que deben preverse en virtud del TOIEF (Declaración concertada relativa al artículo 1 del TOIEF).

Sexto criterio: los «acuerdos especiales» entre los Estados parte de la Convención de Roma. La coordinación entre la CR y los demás instrumentos internacionales que contienen normas de protección de los derechos conexos no debe suscitar tampoco graves problemas. El artículo 22 de la CR permite a los Estados parte «concertar entre sí acuerdos especiales, siempre que tales acuerdos confieran a los artistas intérpretes o ejecutantes, a los productores de fonogramas y a los organismos de radiodifusión derechos más amplios que los reconocidos por la presente Convención y comprendan otras estipulaciones que no sean contrarias a la misma». Este artículo 22 de la CR cumple para los derechos conexos la misma función que el artículo 20 del CB cumple para el derecho de autor, pues en ambos casos se trata de permitir «acuerdos especiales» (en la denominación del art. 22 de la CR) o «arreglos particulares» (en la denominación del art. 20 del CB) entre Estados siempre que proporcionen una protección más elevada a los titulares de los derechos (la CR opera en este punto como un «mínimo convencional» para los derechos conexos) y, a la vez, sean respetuosos con las disposiciones de la CR y del CB, respectivamente.

Pues bien, cabe afirmar que el TOIEF es uno de esos «acuerdos especiales», por más que en él no se emplee en ningún momento esa denominación, ni se mencione siquiera el artículo 22 de la CR. Así se deduce de su artículo 1.1, conforme al cual «ninguna disposición del presente Tratado irá en detrimento de las obligaciones que las Partes Contratantes tienen entre sí en virtud de la Convención Internacional sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, hecha en Roma el 26 de octubre de 1961 (denominada en adelante la «Convención de Roma»)». Este precepto del TOIEF garantiza su carácter subordinado y complementario respecto a la CR, a la vez que permite considerar, como se ha indicado, que el TOIEF es un «acuerdo especial» respecto de la CR. En el caso del Acuerdo sobre los ADPIC, su artículo 2.1, reproducido más arriba, aclara que ninguna disposición de las Partes I a IV del Acuerdo irá en detrimento de las obligaciones que los miembros puedan tener entre ellas en virtud de, *inter alia*, la CR. Lo que significa que la protección dispensada a los artistas intérpretes o

ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión por la CR no se ve afectada —disminuida, perjudicada— por el Acuerdo sobre los ADPIC. También es posible concluir, en consecuencia, que el Acuerdo sobre los ADPIC es un «acuerdo especial» en el sentido del artículo 22 de la CR.

II. LA NORMATIVA SOBRE DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS EN LOS ESTADOS DE AMÉRICA LATINA

Puesto que el objeto de este trabajo es examinar los «espacios libres» de los que disponen los Estados de América Latina para diseñar sus propias políticas nacionales en materia de derecho de autor y derechos conexos, conviene conocer cuáles son las leyes y demás normas (normalmente decretos de desarrollo) en los que se contiene la legislación actualmente vigente en dichos Estados:

- *Argentina*: Ley n.º 11.723, de 1933, modificada desde entonces en diversas ocasiones (por ejemplo, Leyes n.º 23.741, de 1989; n.º 24.249, de 1993; n.º 24.870, de 1997; n.º 25.036, de 1998, y n.º 25.847, de 2003). El Reglamento general de la Ley fue aprobado por el Decreto 41.233, de 1934; también son de tener en cuenta los Decretos n.º 8.748, de 1965 (ejecución pública de música); n.º 16.697, de 1959 (obligaciones de los editores); n.º 746, de 1973 (derechos de los intérpretes); n.º 1.670, de 1974 (reproducciones fonográficas) y n.º 165, de 1994 (protección del software).
- *Bolivia*: Ley n.º 1.322, de 13 de abril de 1992.
- *Brasil*: Ley n.º 9.610, de 19 de febrero de 1998, modificada por Ley n.º 10.695, de 1 de julio de 2003.
- *Chile*: Ley n.º 17.336 sobre Propiedad Intelectual, de 28 de agosto de 1970, modificada por las Leyes n.º 18.443, de 1985; n.º 18.957, de 1990; n.º 19.166, de 1992; n.º 19.912, de 2003 (adecuación a los Acuerdos de la Organización Mundial de Comercio suscritos por Chile); n.º 19.914, de 2003 (adecuación al TLC con los Estados Unidos de América), y n.º 19.928, de 2004, sobre Fomento de la Música Chilena. La Ley 19.889, de 2003, regula el contrato de los artistas en los espectáculos públicos. El Reglamento de la Ley de Propiedad Intelectual fue aprobado por el Decreto del Ministerio de Educación n.º 1.122, de 17 de mayo de 1971.
- *Colombia*: Ley n.º 23, de 1982, sobre Derechos de Autor, modificada por la Ley n.º 44, de 1993. El Decreto n.º 1.360, de 1989, regula la inscripción del software en el Registro Nacional del Derecho de Autor; el Decreto n.º 460, de 1995, reglamenta el mencionado Registro, y el Decreto n.º 162, de 1996, se refiere a la gestión colectiva de derechos de autor y derechos conexos.
- *Costa Rica*: Ley n.º 6.683, de 19 de octubre de 1981, de Derecho de Autor y Derechos Conexos, modificada por la Ley n.º 7.979, de 22 de diciembre de

1999. El Reglamento de desarrollo de la Ley n.º 6.683 fue aprobado por un Decreto de 4 de septiembre de 1995. Hay que tener también en cuenta la Ley de 12 de diciembre de 2001, de procedimientos de observancia de los derechos de propiedad intelectual.
- *Cuba*: Ley n.º 14, Ley del Derecho de Autor, de 28 de diciembre de 1977, modificada por el Decreto Ley n.º 156, de 28 de septiembre de 1994, y completada por numerosas Resoluciones dictadas por el Ministerio de Cultura.
 - *Ecuador*: Ley n.º 83, Ley de Propiedad Intelectual, de 22 de abril de 1998, (en concreto los arts. 4 a 119, que reglamentan el derecho de autor y derechos conexos); Decreto Ejecutivo n.º 508, de 25 de enero de 1999, Reglamento a la Ley de Propiedad Intelectual (en concreto los arts. 7 a 35, relativos al derecho de autor y derechos conexos).
 - *El Salvador*: Decreto Legislativo n.º 604, de 1993, por el que se aprueba la Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Intelectual, desarrollado por Decreto n.º 35, de 28 de septiembre de 1994, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley.
 - *Guatemala*: Decreto n.º 33-1998, de 28 de abril de 1998, por el que se aprueba la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos, modificada por Decreto n.º 56-2000 y por el Decreto n.º 11-2006, de 26 de mayo de 2006, este último de reformas legales para la implementación del Tratado de Libre Comercio República Dominicana-Centroamérica-Estados Unidos de América.
 - *Honduras*: Ley de Derecho de Autor y de los Derechos Conexos, de 2 de diciembre de 1999, aprobada por Decreto n.º 4-99-E, reformada por la Ley de Implementación del Tratado de Libre Comercio República Dominicana-Centroamérica-Estados Unidos, aprobada por Decreto n.º 16-2006, de 15 de marzo de 2006.
 - *México*: Ley Federal del Derecho de Autor, de 24 de diciembre de 1996, modificada por el Decreto de 30 de abril de 2003; Reglamento de la Ley Federal del Derecho de Autor de 1998, modificado por el Decreto de 9 de septiembre de 2005.
 - *Nicaragua*: Ley n.º 312, Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos, de 6 de julio de 1999, modificada por la Ley n.º 577, de 16 de marzo de 2006, Ley de Reformas y Adiciones a la Ley n.º 312, con la finalidad de adecuar la normativa en la materia al Tratado de Libre Comercio República Dominicana-Centroamérica-Estados Unidos. El Reglamento de desarrollo de la Ley fue aprobado por el Decreto n.º 22-2000.
 - *Panamá*: Ley n.º 15, Ley de Derecho de Autor, de 8 de agosto de 1994, modificada por Ley n.º 1, de 5 de enero de 2004. El Reglamento de la Ley fue

aprobado por el Decreto n.º 261, de 3 de octubre de 1995, aunque algunos aspectos están contemplados en los Decretos ejecutivos n.º 123, de 26 de noviembre de 1996, y n.º 79, de 1 de agosto de 1997.

- *Paraguay*: Ley n.º 1.328, de 1998, de Derecho de Autor y Derechos Conexos, desarrollada por el Reglamento aprobado por el Decreto n.º 5.159, de 1999.
- *Perú*: Decreto Legislativo n.º 822, de 23 de abril de 1996, aprobatorio de la Ley sobre Derecho de Autor, modificada por la Ley n.º 27.861, de 2002; Ley n.º 28.131, Ley del Artista Intérprete y Ejecutante, de 18 de diciembre de 2003. El Reglamento del Registro Nacional del Derecho de Autor y Derechos Conexos fue aprobado por Resolución Jefatural de la Oficina de Derecho de Autor-Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (ODA-INDECOPI) n.º 0276-2003.
- *República Dominicana*: Ley n.º 65-00, Ley sobre Derecho de Autor, de 24 de julio de 2000, desarrollada por el Reglamento aprobado por el Decreto n.º 362-01. El Reglamento n.º 548-04, de 17 de julio de 2004, contiene la normativa sobre la remuneración compensatoria por copia privada.
- *Uruguay*: Ley n.º 9.739, sobre Propiedad Literaria y Artística, de 17 de diciembre de 1937, ampliamente modificada por la Ley n.º 17.616, de Derecho de Autor y Derechos Conexos, de 10 de enero de 2003; Decreto n.º 154, de 3 de mayo de 2004, por el que se dictan normas para la protección de los derechos patrimoniales de los titulares de derechos de autor y derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y empresas de radiodifusión.
- *Venezuela*: Ley sobre el Derecho de Autor de 14 de agosto de 1993.

Si hemos de realizar una valoración conjunta de las leyes actualmente vigentes en América Latina en materia de derecho de autor y derechos conexos, su característica más llamativa es su modernidad. Se trata de leyes muy modernas, aprobadas en su mayor parte en la década de los noventa del pasado siglo XX o en los primeros años de este siglo XXI. Incluso las leyes más antiguas, como es el caso de Argentina (Ley n.º 11.723, de 1933), Chile (Ley n.º 17.336, de 1970) y Uruguay (Ley n.º 9.739, de 1937), han sido modificadas con mayor o menor alcance en tiempos recientes. Aunque no es posible examinar individualizadamente en este momento cada una de estas leyes, puede afirmarse, en términos generales y sin entrar en detalles, que se trata de leyes con una sistemática adecuada y con una técnica legislativa correcta, aunque a veces resultan excesivamente prolijas y reglamentistas. Entre las razones que explican esa modernidad de las leyes latinoamericanas cabe apuntar las siguientes.

En primer lugar, la muy visible influencia de la legislación española en la materia, concretamente de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual, actualmente integrada en el texto refundido aprobado por el Real

Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril. Esta influencia queda patentemente demostrada en la frecuente transcripción casi literal de determinados preceptos de la ley española, así como en una ordenación sistemática de las materias que sigue muy de cerca la establecida por la ley española⁷. No es sin embargo claro si esa patente influencia de la legislación española sobre propiedad intelectual ha resultado en todo caso beneficiosa para las legislaciones latinoamericanas, dado que el contexto y las necesidades sociales, culturales y económicas de los Estados de América Latina no son similares a los de Europa.

En segundo lugar, otra explicación a la modernidad de las leyes latinoamericanas radica en la necesidad de adaptar las respectivas legislaciones nacionales a los compromisos internacionales derivados de la adhesión a los Tratados y Convenios, así como la celebración de TLC con Estados Unidos. Como hemos comprobado con anterioridad, la inmensa mayoría de los Estados de América Latina se han adherido a dichos Tratados y Convenios, o han firmado TLC, en tiempos bien recientes. Pues bien, una de las consecuencias derivadas de dicha adhesión o firma ha sido la revisión de sus respectivas leyes internas en materia de derecho de autor y derechos conexos con la finalidad de adecuarlas a esos Tratados y Convenios. Tarea de adaptación que aún no ha concluido en todos los casos.

III. LAS NORMAS IMPERATIVAS O «MÍNIMOS CONVENCIONALES» EN MATERIA DE DERECHO DE AUTOR

Los Tratados y Convenios en materia de derecho de autor y derechos conexos incluyen determinadas disposiciones imperativas que vinculan a los Estados parte. Se trata de reglas de protección del derecho de autor y los derechos conexos que necesariamente han de ser respetadas por los Estados parte, aunque pueden conceder una protección mayor si así lo desean. Estas disposiciones integran el denominado «mínimo convencional». Se examina en las páginas siguientes cuál es ese «mínimo convencional» en los distintos Tratados y Convenios sobre derecho de autor.

1. EN EL CONVENIO DE BERNA

El CB constituye el principal y más antiguo acuerdo internacional en materia de derecho de autor. Su carácter de «mínimo convencional» se desprende, si quiera sea indirectamente, de su artículo 19, conforme al cual «las disposiciones del presente Convenio no impedirán reivindicar la aplicación de disposiciones más amplias que hayan sido dictadas por la legislación de alguno de los países de la Unión». Las disposiciones del CB que integran el «mínimo convencional» son las siguientes:

⁷ En el caso concreto de Cuba, hay que destacar además que, hasta la aprobación de la actualmente vigente Ley n.º 14, de 1977, estuvo en vigor en ese territorio la venerable Ley española de Propiedad Intelectual de 10 de enero de 1879.

- El concepto de obras literarias y artísticas, que comprende todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión tales como los libros, folletos y otros escritos; las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza; las obras dramáticas o dramático-musicales, las obras coreográficas y las pantomimas; las composiciones musicales, con o sin letra; las obras cinematográficas a las cuales se asimilan las expresadas por procedimiento análogo a la cinematografía; las obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado, litografía; las obras fotográficas a las cuales se asimilan las expresadas por un procedimiento análogo a la fotografía; las obras de artes aplicadas; las ilustraciones, mapas, planos, croquis y obras plásticas relativas a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias (art. 2.1 del CB).
- La protección como obras originales, sin perjuicio de los derechos de autor de la obra original, de las traducciones, adaptaciones, arreglos musicales y demás transformaciones de una obra literaria o artística (art. 2.3 del CB).
- La protección como obras originales de las colecciones de obras literarias y artísticas tales como las enciclopedias y antologías que, por la selección o disposición de las materias, constituyan creaciones intelectuales, sin perjuicio de los derechos de los autores sobre cada una de las obras que forman parte de estas colecciones (art. 2.5 del CB).
- El reconocimiento del autor y sus causahabientes como titulares que se benefician de la protección convencional (art. 2.6 del CB).
- La exclusión del ámbito de protección del derecho de autor de las noticias del día y de los sucesos que tengan el carácter de simple informaciones de prensa (art. 2.8 del CB).
- El derecho exclusivo del autor de reunir en colección sus discursos políticos y los pronunciados en los debates judiciales, así como sus conferencias, alocuciones y otras obras de la misma naturaleza pronunciadas en público (art. 2 bis.3 del CB).
- Los criterios de protección internacional del autor (arts. 3 a 6 del CB).
- La no subordinación del goce y el ejercicio de los derechos de autor a ninguna formalidad y la independencia de ambos de la existencia de protección en el país de origen de la obra (art. 5.2 del CB).
- La garantía, independientemente de los derechos patrimoniales e incluso después de la cesión de estos derechos, de los derechos morales de reivindicar la paternidad de la obra y de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la misma o a cualquier atentado a la misma que cause perjuicio a su honor o a su reputación (art. 6 bis.1 del CB).

- El mantenimiento de los mencionados derechos morales después de la muerte del autor y, por lo menos, hasta la extinción de sus derechos patrimoniales (art. 6 bis.2 del CB).
- La protección del derecho patrimonial durante toda la vida del autor y cincuenta años *post mortem* (art. 7.1 del CB).
- La protección de las obras anónimas o seudónimas durante cincuenta años después de que la obra haya sido lícitamente hecha accesible al público, aunque el plazo de protección será el generalmente establecido en el CB (toda la vida del autor y cincuenta años *post mortem auctoris*) si el seudónimo adoptado por el autor no deja dudas sobre su identidad o si el autor de una obra anónima o seudónima revela su identidad durante el expresado periodo (art. 7.3 del CB).
- El cálculo de los plazos de protección a partir del primero de enero del año siguiente que siga a la muerte del autor o al hecho que constituya el momento inicial del cómputo del plazo (art. 7.5 del CB).
- La aplicación de la normativa sobre plazo de protección a los supuestos en que el derecho de autor pertenece en común a los colaboradores de una obra, si bien en tal caso el periodo consecutivo a la muerte del autor se calculará a partir de la muerte del último superviviente de los colaboradores (art. 7 bis del CB).
- El reconocimiento del derecho exclusivo de los autores de obras literarias y artísticas de hacer o autorizar la traducción de sus obras mientras duren sus derechos sobre la obra original (art. 8 del CB).
- El reconocimiento del derecho exclusivo de los autores de obras literarias y artísticas de autorizar la reproducción de sus obras por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma (art. 9.1 del CB).
- La consideración de toda grabación sonora o visual de una obra como una reproducción (art. 9.3 del CB).
- La licitud de las citas tomadas de una obra que se haya hecho accesible al público, a condición de que se haga conforme a los usos honrados y en la medida justificada por el fin que se persiga, comprendiéndose las citas de artículos periodísticos y colecciones periódicas bajo la forma de revistas de prensa (art. 10.1 del CB), si bien deberá mencionarse la fuente y el nombre del autor, si éste figura en la fuente (art. 10.3 del CB).
- El reconocimiento a los autores de obras dramáticas, dramático-musicales y musicales del derecho exclusivo de autorizar: 1.º, la reproducción y la ejecución pública de sus obras, comprendidas la representación y la ejecución pública por todos los medios o procedimientos, y 2.º, la transmisión, por

- cualquier medio, de la representación y de la ejecución de sus obras (art. 11.1 del CB).
- El reconocimiento de idénticos derechos a los acabados de mencionar a los autores de obras dramáticas y dramático-musicales en lo que se refiere a la traducción de sus obras (art. 11.2 del CB).
 - El reconocimiento a los autores de obras literarias y artísticas del derecho exclusivo de autorizar: 1.º, la radiodifusión de sus obras o la comunicación pública de estas obras por cualquier medio que sirva para difundir sin hilo los signos, los sonidos o las imágenes; 2.º, toda comunicación pública por hilo o sin hilo, de la obra radiodifundida, cuando esta comunicación se haga por distinto organismo que el de origen; y 3.º, la comunicación pública mediante altavoz o cualquier otro instrumento análogo transmisor de signos, sonidos o de imágenes de la obra radiodifundida (art. 11 bis.1 del CB).
 - El reconocimiento a los autores de obras literarias y artísticas del derecho exclusivo de autorizar: 1.º, la recitación pública de sus obras, comprendida la recitación pública por cualquier medio o procedimiento, y 2.º, la transmisión pública, por cualquier medio, de la recitación de sus obras (art. 14 ter.1 del CB).
 - El reconocimiento de los mismos derechos a los autores de obras literarias en lo que concierne a la traducción de sus obras (art. 14 ter.2 del CB).
 - El reconocimiento a los autores de obras literarias y artísticas del derecho exclusivo de autorizar las adaptaciones, arreglos y otras transformaciones de sus obras (art. 12 del CB).
 - El reconocimiento a los autores de obras literarias y artísticas del derecho exclusivo de autorizar: 1.º, la adaptación y la reproducción cinematográficas de estas obras y la distribución de las obras así adaptadas o reproducidas; y 2.º, la representación, ejecución pública y la transmisión por hilo al público de las obras así adaptadas o reproducidas (art. 14.1 del CB).
 - El sometimiento a autorización de los autores de las obras originales de la adaptación, bajo cualquier forma artística, de las realizaciones cinematográficas extraídas de obras literarias o artísticas, sin perjuicio de la autorización de los autores de la obra cinematográfica (art. 14.2 del CB).
 - La protección de la obra cinematográfica como obra original, sin perjuicio de los derechos de autor de las obras que hayan podido ser adaptadas o reproducidas (art. 14 bis.1 del CB).
 - El reconocimiento al titular del derecho de autor sobre la obra cinematográfica de los mismos derechos que al autor de una obra original a que se refiere el artículo 14 del CB (art. 14 bis.1 del CB).

- La imposibilidad, en los países cuya legislación reconoce entre los titulares del derecho de autor sobre la obra cinematográfica a los autores de las contribuciones aportadas a la realización de la obra cinematográfica, de que éstos, una vez que se han comprometido a aportar tales contribuciones y salvo estipulación en contrario o particular, puedan oponerse a la reproducción, distribución, representación y ejecución pública, transmisión por hilo al público, radiodifusión, comunicación al público, subtítulo y doblaje de los textos de la obra cinematográfica [art. 14 bis.2.b) del CB]. A tales efectos se entiende por «estipulación en contrario o particular» toda condición restrictiva que pueda resultar de dicho compromiso [art. 14 bis.2.d) del CB].
- El reconocimiento a favor del autor de obras de arte originales y de manuscritos originales de escritores y compositores —o, después de su muerte, de las personas o instituciones a las que la legislación nacional confiera derechos— del derecho inalienable a obtener una participación en las ventas de la obra posteriores a la primera cesión operada por el autor (art. 14 ter.1 del CB), aunque esta protección no será exigible en los países de la Unión mientras la legislación nacional del autor no admita esta protección y en la medida en que la permita la legislación del país en que esta protección sea reclamada (art. 14 ter.2 del CB)⁸.
- La suficiencia del nombre del autor estampado en la obra en forma habitual para que los autores de las obras literarias y artísticas protegidas por el CB sean, salvo prueba en contrario, considerados como tales y admitidos, en consecuencia, ante los Tribunales de los países de la Unión para demandar a los defraudadores; esta misma previsión se aplicará cuando el nombre del autor sea un seudónimo que por lo conocido no deje la menor duda sobre la identidad del autor (art. 15.1 del CB).
- La presunción de que es productor de la obra cinematográfica, salvo prueba en contrario, la persona física o moral cuyo nombre aparezca en dicha obra en la forma usual (art. 15.2 del CB).
- La consideración del editor de obras anónimas y seudónimas (salvo, para estas últimas, que se trate de un seudónimo conocido y no deje dudas acerca de la identidad del autor) cuyo nombre aparezca estampado en la obra como representante del autor sin necesidad de otras pruebas, por lo que, con dicha cualidad, estará legitimado para defender y hacer valer los derechos del autor, si bien esta disposición dejará de ser aplicable cuando el autor haya revelado su identidad y justificado su calidad de tal (art. 15.3 del CB).

⁸ Puesto que el reconocimiento del *droit de suite* se abandona en última instancia a la legislación nacional del autor y a la legislación del país en que se reclame la protección, cabe afirmar que este derecho forma parte del «espacio libre» del que disponen los Estados parte del CB.

2. EN EL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC

En el caso del Acuerdo sobre los ADPIC, las normas imperativas para los Estados miembros son las siguientes:

- La exclusión de la protección por el derecho de autor de las ideas, procedimientos, métodos de operaciones o conceptos matemáticos en sí (art. 9.2 del Acuerdo).
- La protección como obras literarias en virtud del CB de los programas de ordenador, sean programas fuente o programas objeto (art. 10.1 del Acuerdo).
- La protección por el derecho de autor de las compilaciones de datos o de otros materiales que por razón de la selección o disposición de sus contenidos constituyan creaciones de carácter intelectual, si bien esta protección no abarcará los datos o materiales en sí mismos y se entenderá sin perjuicio de cualquier derecho de autor que subsista respecto de dichos datos o materiales (art. 10.2 del Acuerdo).
- El reconocimiento a los autores de programas de ordenador y obras cinematográficas del derecho de autorizar o prohibir el arrendamiento comercial al público de los originales o copias de sus obras, aunque con excepciones (art. 11 del Acuerdo).
- El establecimiento de un plazo de duración no inferior a cincuenta años contados desde el final del año civil de la publicación autorizada o, a falta de tal publicación autorizada dentro de un plazo cincuenta años a partir de la realización de la obra, de cincuenta años contados a partir del final del año civil de su realización, cuando la duración de la protección de una obra que no sea fotográfica o de arte aplicado se calcule sobre una base distinta de la vida de una persona física (art. 12 del Acuerdo).

3. EN EL TRATADO SOBRE DERECHO DE AUTOR

En el caso del TODA, las normas imperativas para los Estados miembros son las siguientes:

- La exclusión de la protección por derecho de autor de las ideas, procedimientos, métodos de operaciones o conceptos matemáticos en sí (art. 2 del TODA).
- La protección como obras literarias de los programas de ordenador, cualquiera que su modo o forma de expresión (art. 4 del TODA).
- La protección como obras de las compilaciones de datos o de otros materiales que por razón de la selección o disposición de sus contenidos consti-

tuyan creaciones de carácter intelectual, si bien esta protección no abarca los datos o materiales en sí mismos y se entiende sin perjuicio de cualquier derecho de autor que subsista respecto de dichos datos o materiales (art. 5 del TODA).

- El reconocimiento a los autores de obras literarias o artísticas del derecho exclusivo de distribución, definido como derecho de autorizar la puesta a disposición del público del original y de los ejemplares de sus obras mediante venta u otra transferencia de propiedad (art. 6.1 del TODA). A los efectos de este precepto, las expresiones «copias», «ejemplares» y «originales y copias» se refieren exclusivamente a las copias fijadas que se pueden poner en circulación como objetos tangibles (Declaración concertada respecto de los arts. 6 y 7 del TODA).
- El reconocimiento a los autores de programas de ordenador, obras cinematográficas y obras incorporadas en fonogramas —estas últimas tal como establezca la legislación nacional— del derecho exclusivo de autorizar el alquiler comercial al público del original o de los ejemplares de sus obras (art. 7.1 del TODA), aunque existen determinadas excepciones a este respecto (véase el art. 7.2 del TODA)⁹. A los efectos de este precepto, las expresiones «copias», «ejemplares» y «originales y copias» se refieren exclusivamente a las copias fijadas que se pueden poner en circulación como objetos tangibles (Declaración concertada respecto de los arts. 6 y 7 del TODA). Pero el artículo 7.1 del TODA no exige que una Parte Contratante prevea un derecho exclusivo de alquiler comercial a aquellos autores que, en virtud de la legislación de la Parte Contratante, no gocen de derechos respecto de los fonogramas (Declaración concertada respecto del art. 7 del TODA).
- La garantía a los autores de obras literarias y artísticas del derecho exclusivo de autorizar cualquier comunicación al público de sus obras por medios alámbricos o inalámbricos, comprendida la puesta a disposición del público de sus obras, de tal forma que los miembros del público puedan acceder a estas obras desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija (art. 8 del TODA).
- La no aplicación a las obras fotográficas de las disposiciones del artículo 7.4 del CB (art. 9 del TODA).

⁹ Además, conforme al artículo 7.3 del TODA, «no obstante lo dispuesto en el párrafo 1 [del artículo 7 del TODA], una Parte Contratante que al 15 de abril de 1994 aplicaba y continúa teniendo vigente un sistema de remuneración equitativa de los autores en lo que se refiere al alquiler de ejemplares de sus obras incorporadas en fonogramas, podrá mantener ese sistema a condición de que el alquiler comercial de obras incorporadas en fonogramas no dé lugar al menoscabo considerable del derecho exclusivo de reproducción de los autores».

IV. LAS NORMAS IMPERATIVAS O «MÍNIMOS CONVENCIONALES» EN MATERIA DE DERECHOS CONEXOS

Hasta este momento se ha analizado cuál es el «mínimo convencional» en materia de derecho de autor, a la luz del CB, del Acuerdo sobre los ADPIC y del TODA. Procede ahora hacer lo mismo en relación con los derechos conexos, atendiendo a lo establecido en los Tratados y Convenios internacionales relativos a estos derechos: la CR, el Acuerdo sobre los ADPIC y el TOIEF.

1. EN LA CONVENCIÓN DE ROMA

Las disposiciones de la CR que integran el «mínimo convencional» de protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión son las siguientes:

- Los criterios de protección internacional de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión (arts. 2, 4, 5 y 6 de la CR).
- La facultad de los artistas intérpretes o ejecutantes de impedir la radiodifusión y la comunicación al público de sus interpretaciones o ejecuciones para las que no hubieran dado su consentimiento, excepto cuando la interpretación o ejecución utilizada en la radiodifusión o comunicación al público constituya por sí misma una ejecución radiodifundida o se haga a partir de una fijación [art. 7.1.a) de la CR]¹⁰.
- La facultad de los artistas intérpretes o ejecutantes de impedir la fijación sobre una base material, sin su consentimiento, de su ejecución no fijada [art. 7.1.b) de la CR].
- La facultad de los artistas intérpretes o ejecutantes de impedir la reproducción, sin su consentimiento, de la fijación de su ejecución: i) si la fijación original se hizo sin su consentimiento; ii) si se trata de una reproducción para fines distintos de los que habían autorizado; o iii) si se trata de una fijación original hecha con arreglo al artículo 15 que se hubiera reproducido para fines distintos de los previstos en ese artículo [art. 7.1.c) de la CR].
- El derecho de los productores de fonogramas de autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta de sus fonogramas (art. 10 de la CR).

¹⁰ Las previsiones del artículo 7 de la CR se completan con el artículo 19 de la misma Convención, conforme al cual, «no obstante cualesquiera otras disposiciones de la presente Convención, una vez que un artista intérprete o ejecutante haya consentido en que se incorpore su actuación en una fijación visual o audiovisual, dejará de ser aplicable el artículo 7». Téngase en cuenta que esta previsión del artículo 19 de la CR, que se refiere a la fijación «visual o audiovisual», y no a la sonora, vale para todos los apartados del artículo 7 de la CR, y no únicamente para la letra a) de su apartado 1 transcrita en el texto.

- La consideración de que las formalidades eventualmente exigidas por un Estado para la protección de los derechos de los productores de fonogramas, de los artistas intérpretes o ejecutantes, o de unos y de otros, se considerarán satisfechas si todos los ejemplares del fonograma publicado en el comercio, o sus envolturas, llevan una indicación consistente en el símbolo è acompañado del año de la primera publicación, colocados de manera y en sitio tales que muestren claramente que existe el derecho de reclamar la protección (art. 11 de la CR)¹¹.
- El derecho de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas, o ambos, a percibir una remuneración equitativa y única cuando un fonograma publicado con fines comerciales o una reproducción de ese fonograma se utilice directamente para la radiodifusión o para cualquier otra forma de comunicación al público (art. 12 de la CR)¹².
- El derecho de los organismos de radiodifusión de autorizar o prohibir la retransmisión de sus emisiones [art. 13.a) de la CR].
- El derecho de los organismos de radiodifusión de autorizar o prohibir la fijación sobre una base material de sus emisiones [art. 13.b) de la CR].
- El derecho de los organismos de radiodifusión de autorizar o prohibir la reproducción: (i) de las fijaciones de sus emisiones hechas sin su consentimiento; y (ii) de las fijaciones de sus emisiones, realizadas con arreglo a lo establecido en el artículo 15, si la reproducción se hace con fines distintos a los previstos en dicho artículo [art. 13.c) de la CR].
- El derecho de los organismos de radiodifusión de autorizar o prohibir la comunicación al público de sus emisiones de televisión cuando éstas se efectúen en lugares accesibles al público mediante el pago de un derecho de entrada [art. 13.d) de la CR]¹³.

¹¹ Este precepto prosigue del siguiente modo: «Cuando los ejemplares o sus envolturas no permitan identificar al productor del fonograma o a la persona autorizada por éste (es decir, su nombre, marca comercial u otra designación apropiada), deberá mencionarse también el nombre del titular de los derechos del productor del fonograma. Además —agrega— cuando los ejemplares o sus envolturas no permitan identificar a los principales intérpretes o ejecutantes, deberá indicarse el nombre del titular de los derechos de dichos artistas en el país en que se haga la fijación».

¹² No obstante, el artículo 16.1 de la CR permite a los Estados parte modular la aplicación en su territorio de las prescripciones del artículo 12 de la CR. En efecto, un Estado podrá indicar en cualquier momento, en relación con este último precepto, que no aplicará ninguna disposición de dicho artículo; que no aplicará las disposiciones de dicho artículo con respecto a determinadas utilidades; que no aplicará las disposiciones de dicho artículo con respecto a los fonogramas cuyo productor no sea nacional de un Estado contratante; o, en fin, que, con respecto a los fonogramas cuyo productor sea nacional de otro Estado Contratante, limitará la amplitud y la duración de la protección prevista en dicho artículo en la medida en que lo haga ese Estado contratante con respecto a los fonogramas fijados por primera vez por un nacional del Estado que haga la declaración.

¹³ Téngase en cuenta, sin embargo, que el artículo 16.1 de la CR permite a un Estado indicar en cualquier momento que no aplicará la letra d) del artículo 13 de la CR. Si un Estado contratante hace esa declaración, los demás Estados Contratantes no estarán obligados a conceder el derecho previsto en la letra d) del artículo 13 de la CR a los organismos de radiodifusión cuya sede se halle en aquel Estado.

- El establecimiento de la duración de la protección en un plazo de veinte años, contados a partir del final del año de la fijación, en lo que se refiere a los fonogramas y a las interpretaciones o ejecuciones grabadas en ellos; del final del año en que se haya realizado la actuación, en lo que se refiere a las interpretaciones o ejecuciones que no estén grabadas en un fonograma; y del final del año en que se haya realizado la emisión, en lo que se refiere a las emisiones de radiodifusión (art. 14 de la CR).

2. EN EL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC

En el caso del Acuerdo sobre los ADPIC, las normas imperativas para los Estados miembros son las siguientes:

- La facultad de los artistas intérpretes o ejecutantes de impedir la fijación de sus interpretaciones o ejecuciones no fijadas y la reproducción de dicha fijación, así como la de impedir la difusión por medios inalámbricos y la comunicación al público de sus interpretaciones o ejecuciones en directo, siempre que tales hechos se produzcan sin autorización del artista afectado (art. 14.1 del Acuerdo).
- El reconocimiento al productor de fonogramas del derecho de autorizar o prohibir la reproducción no autorizada de sus fonogramas (art. 14.2 del Acuerdo).
- El reconocimiento al productor de fonogramas y a los demás titulares de derechos sobre los fonogramas del derecho de arrendamiento comercial al público del original o copias del fonograma (art. 14.4 del Acuerdo, en relación con su art. 11)¹⁴.
- El establecimiento de la duración de la protección concedida a los artistas intérpretes o ejecutantes y a los productores de fonogramas en un plazo no inferior a cincuenta años, contados a partir del final del año civil en que se haya realizado la fijación o haya tenido lugar la interpretación o ejecución (art. 14.5 del Acuerdo).
- El establecimiento de la duración de la protección concedida a los organismos de radiodifusión —o, eventualmente, a los titulares de los derechos de autor sobre la materia objeto de las emisiones— en un plazo no inferior a veinte años contados a partir del final del año civil en que se haya realizado la emisión (art. 14.5 del Acuerdo).

¹⁴ Pero, prosigue el mencionado artículo 14.4 del Acuerdo sobre los ADPIC, «si, en la fecha de 15 de abril de 1994, un Miembro aplica un sistema de remuneración equitativa de los titulares de derechos en lo que se refiere al arrendamiento de fonogramas, podrá mantener ese sistema siempre que el arrendamiento comercial de los fonogramas no esté produciendo menoscabo importante de los derechos exclusivos de reproducción de los titulares de los derechos».

3. EN EL TRATADO SOBRE INTERPRETACIÓN O EJECUCIÓN Y FONOGRAMAS

Las normas imperativas contenidas en el TOIEF son las siguientes:

- El reconocimiento al artista intérprete o ejecutante, con independencia de sus derechos patrimoniales, e incluso después la cesión de esos derechos, en lo relativo a sus interpretaciones o ejecuciones sonoras en directo o sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en un fonograma, del derecho a reivindicar ser identificado como el artista intérprete o ejecutante de sus interpretaciones o ejecuciones excepto cuando la omisión venga dictada por la manera de utilizar la interpretación o ejecución, y el derecho a oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de sus interpretaciones o ejecuciones que cause perjuicio a su reputación (art. 5.1 del TOIEF)¹⁵.
- El mantenimiento de los derechos morales de los artistas intérpretes o ejecutantes después de su muerte por lo menos hasta la extinción de sus derechos patrimoniales (art. 5.2 del TOIEF)¹⁶.
- El reconocimiento a los artistas intérpretes o ejecutantes del derecho de autorizar, en lo relativo a sus interpretaciones o ejecuciones, (i) la radiodifusión y la comunicación al público de sus interpretaciones o ejecuciones no fijadas, excepto cuando la interpretación o ejecución constituya por sí misma una ejecución o interpretación radiodifundida, y (ii) la fijación de sus interpretaciones o ejecuciones no fijadas (art. 6 del TOIEF).
- El reconocimiento a los artistas intérpretes o ejecutantes del derecho exclusivo de autorizar la reproducción directa o indirecta de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en un fonograma, por cualquier procedimiento o bajo cualquier forma (art. 7 del TOIEF).
- El reconocimiento a los artistas intérpretes o ejecutantes del derecho exclusivo de autorizar la puesta a disposición del público del original y de los ejemplares de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas, mediante venta u otra transferencia de propiedad (art. 8.1 del TOIEF).
- El reconocimiento a los artistas intérpretes o ejecutantes del derecho exclusivo de autorizar el alquiler comercial al público del original y de los

¹⁵ Téngase en cuenta, no obstante, que el artículo 22.2 del TOIEF permite que una Parte Contratante limite la aplicación del artículo 5 «a las interpretaciones o ejecuciones que tengan lugar después de la entrada en vigor del presente Tratado respecto de esa Parte».

¹⁶ Sin embargo, añade el precepto, «las Partes Contratantes cuya legislación en vigor en el momento de la ratificación del presente Tratado o de la adhesión al mismo, no contenga disposiciones relativas a la protección después de la muerte del artista intérprete o ejecutante de todos los derechos reconocidos en virtud del párrafo precedente, podrán prever que algunos de esos derechos no serán mantenidos después de la muerte del artista intérprete o ejecutante».

ejemplares de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas, incluso después de su distribución realizada por el artista intérprete o ejecutante o con su autorización (art. 9.1 del TOIEF)¹⁷.

- El reconocimiento a los artistas intérpretes o ejecutantes del derecho exclusivo de autorizar la puesta a disposición del público de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas, ya sea por hilo o por medios inalámbricos 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 (art. 10 del TOIEF).
- El reconocimiento a los productores de fonogramas del derecho exclusivo de autorizar la reproducción directa o indirecta de sus fonogramas, por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma (art. 11 del TOIEF).
- El reconocimiento a los productores de fonogramas del derecho exclusivo de autorizar la puesta a disposición del original y de los ejemplares de sus fonogramas mediante venta u otra transferencia de propiedad (art. 12.1 del TOIEF).
- El reconocimiento a los productores de fonogramas del derecho exclusivo de autorizar el alquiler comercial al público del original y de los ejemplares de sus fonogramas incluso después de su distribución realizada por ellos mismos o con su autorización (art. 13.2 del TOIEF)¹⁸.
- El reconocimiento a los productores de fonogramas del derecho exclusivo a autorizar la puesta a disposición del público de sus fonogramas ya sea por hilo o por medios inalámbricos, de tal manera que los miembros del público puedan tener acceso a ellos desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija (art. 14 del TOIEF).
- El reconocimiento a los artistas intérpretes o ejecutantes y a los productores de fonogramas del derecho a una remuneración equitativa y única por la utilización directa o indirecta para la radiodifusión o para cualquier comunicación al público de los fonogramas publicados con fines comerciales (art. 15.1 del TOIEF). A los fines de ese artículo, los fonogramas puestos a disposición del público, ya sea por hilo o por medios inalámbricos de tal manera que los miembros del público puedan tener acceso a ellos desde el

¹⁷ No obstante, «una Parte Contratante que al 15 de abril de 1994 tenía y continúa teniendo vigente un sistema de remuneración equitativa para los artistas intérpretes o ejecutantes por el alquiler de ejemplares de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas, podrá mantener ese sistema a condición de que el alquiler comercial de fonogramas no dé lugar a un menoscabo considerable de los derechos de reproducción exclusivos de los artistas intérpretes o ejecutantes» (art. 9.2 del TOIEF).

¹⁸ No obstante, «una Parte Contratante que al 15 de abril de 1994 tenía y continúa teniendo vigente un sistema de remuneración equitativa para los productores de fonogramas por el alquiler de ejemplares de sus fonogramas, podrá mantener ese sistema a condición de que el alquiler comercial de fonogramas no dé lugar a un menoscabo considerable de los derechos de reproducción exclusivos de los productores de fonogramas» (art. 13.2 del TOIEF).

lugar y en el momento que cada uno de ellos elija, serán considerados como si se hubiesen publicado con fines comerciales (art. 15.4 del TOIEF)¹⁹.

- El establecimiento de la duración de la protección concedida a los artistas intérpretes o ejecutantes en no menos de cincuenta años, contados a partir del final del año en el que la interpretación o ejecución fue fijada en el fonograma (art. 17.1 del TOIEF).
- El establecimiento de la duración de la protección concedida a los productores de fonogramas en no menos de cincuenta años, contados a partir del final del año en que se haya publicado el fonograma o, cuando tal publicación no haya tenido lugar dentro de los cincuenta años desde la fijación del fonograma, cincuenta años desde el final del año en el que se haya realizado la fijación (art. 17.2 del TOIEF).
- La no subordinación del goce y del ejercicio de los derechos previstos en el TOIEF a ninguna formalidad (art. 20 del TOIEF).

V. LOS «ESPACIOS LIBRES» PARA EL DISEÑO DE POLÍTICAS NACIONALES PROPIAS

Hasta este momento he expuesto el contenido del «mínimo convencional» en materia de derecho de autor y derechos conexos, esto es, las normas contenidas en los Tratados y Convenios internacionales que imperativamente se imponen a los Estados. Sin embargo, respecto de otros determinados aspectos, los Tratados y Convenios no imponen a los Estados una concreta solución material, sino que les dejan libertad para que sean ellos quienes adopten la regulación que más convengan a sus intereses, respetando siempre y en todo caso ese «mínimo convencional». Son los denominados «espacios libres», entendiendo por tales aquellas materias contempladas en los Tratados y Convenios pero respecto de las cuales no se ha adoptado una solución normativa que se impone —y que vincula— a los Estados,

¹⁹ A semejanza de lo que sucedía con el artículo 12 de la CR, también el TOIEF permite que toda Parte Contratante pueda, mediante una notificación depositada en poder del Director General de la OMPI, declarar que aplicará las disposiciones del apartado 1 del artículo 15 del TOIEF (esto es, el derecho de los artistas intérpretes o ejecutantes y de los productores de fonogramas a percibir una remuneración equitativa y única por la comunicación pública de sus fonogramas) «únicamente respecto de ciertas utilidades o que limitará su aplicación de alguna otra manera o que no aplicará ninguna de estas disposiciones» (art. 15.3 del TOIEF). La existencia de dos Declaraciones concertadas respecto del artículo 15 del TOIEF pone de relieve el carácter problemático de este precepto. Según la primera de ellas, «queda entendido que el artículo 15 no representa una solución completa del nivel de derechos de radiodifusión y comunicación al público de que deben disfrutar los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas en la era digital. Las delegaciones —prosigue esta Declaración concertada— no pudieron lograr consenso sobre propuestas divergentes en lo relativo a la exclusiva que debe proporcionarse en ciertas circunstancias o en lo relativo a derechos que deben preverse sin posibilidad de reserva, dejando la cuestión en consecuencia para resolución futura». Conforme a la segunda Declaración concertada, «queda entendido que el artículo 15 no impide la concesión del derecho conferido por este artículo a artistas intérpretes o ejecutantes de folclore y productores de fonogramas que graben folclore, cuanto tales fonogramas no se publiquen con la finalidad de obtener beneficio comercial».

sino que se ha preferido abandonar su regulación a la libertad de éstos, para que sean ellos las que adopten las determinaciones normativas que prefieran. En las materias que integran los «espacios libres» los Estados gozan de un margen de libertad para el diseño de sus propias políticas nacionales sobre derecho de autor y derechos conexos. Examinamos a continuación cuáles son los «espacios libres» en materia de derecho de autor (a tenor del CB, el Acuerdo sobre los ADPIC y el TODA) y de derechos conexos (en la CR, el Acuerdo sobre los ADPIC y el TOIEF).

1. EN MATERIA DE DERECHO DE AUTOR

A. *En el Convenio de Berna*

En el marco del CB, los Estados gozan de libertad para:

- Exigir la fijación de la obra como requisito de protección de las obras literarias y artísticas o de algunos de sus géneros (art. 2.2 del CB).
- Decidir el régimen de protección de los textos oficiales de orden legislativo, administrativo o judicial y de las traducciones oficiales de los mismos (art. 2.4 del CB).
- Establecer el régimen de protección, y en su caso requisitos de protección, de las obras de arte aplicadas y de los dibujos y modelos industriales (art. 2.7 del CB).
- Excluir, total o parcialmente, de la protección a los discursos políticos y los pronunciados en los debates judiciales (art. 2 bis.1 del CB).
- Fijar las condiciones en las que las conferencias, alocuciones y otras obras de la misma naturaleza, pronunciadas en público, pueden ser reproducidas por la prensa, radiodifundidas, transmitidas por hilo al público y ser objeto de las comunicaciones públicas a las que se refiere el artículo 11 bis.1 del CB, cuando tal utilización esté justificada por el fin informativo que se persigue (art. 2 bis.2 del CB).
- Designar las personas o instituciones a las que corresponde la protección *post mortem* de los derechos morales de paternidad o autoría y de integridad (art. 6 bis.2 del CB).
- No proteger las obras anónimas o seudónimas cuando haya motivos para suponer que su autor está muerto desde hace cincuenta años (art. 7.3 del CB).
- Establecer que el plazo de protección de las obras cinematográficas expire cincuenta años después de que la obra haya sido hecho accesible al público con el consentimiento del autor o que, si tal hecho no ocurre durante los cincuenta años siguientes a la realización de la obra, la protección expire al término de esos cincuenta años (art. 7.2 del CB).

- Determinar el plazo de protección para las obras fotográficas y para las artes aplicadas protegidas como obras artísticas, aunque dicho plazo no podrá ser inferior a veinticinco años contados desde la realización de tales obras (art. 7.4 del CB).
- Conceder plazos de protección a las obras más extensas que los previstos en los apartados 1 a 5 del artículo 7 del CB (art. 7.6 del CB).
- Mantener plazos más breves de protección del derecho de autor, cuando se trate de países vinculados por el Acta de Roma del CB y cuya legislación nacional en vigor en el momento de ratificar dicho Acta establece plazos de duración menos extensos (art. 7.7 del CB).
- Adoptar una norma interna que impida la aplicación de la regla de comparación de plazos del artículo 7.8 del CB, de tal modo que el autor pueda aprovecharse en el país donde reclama la protección de un plazo de protección más largo que el previsto en el país de origen de la obra.
- Permitir la reproducción de las obras en determinados casos especiales, con tal que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor (art. 9.2 del CB).
- Permitir la utilización lícita, en la medida justificada por el fin perseguido, de las obras literarias y artísticas a título de ilustración de la enseñanza por medio de publicaciones, emisiones de radio o grabaciones sonoras o visuales, con tal de que esa utilización sea conforme a los usos honrados (art. 10.2 del CB), si bien deberá mencionarse la fuente y el nombre del autor, si este nombre figura en la fuente (art. 10.3 del CB).
- Permitir la reproducción por la prensa o la radiodifusión o la transmisión por hilo al público de los artículos de actualidad de discusión económica, política o religiosa publicados en periódicos o colecciones periódicas u obras radiodifundidas que tengan el mismo carácter en los casos en que la reproducción, la radiodifusión o la expresada transmisión no se hayan reservado expresamente (art. 10 bis.1 del CB).
- Establecer las condiciones en que, con ocasión de las informaciones relativas a acontecimientos de actualidad por medio de la fotografía o de la cinematografía o por radiodifusión o transmisión por hilo al público, puedan ser reproducidas y hechas accesibles al público, en la medida justificada por el fin de la información, las obras literarias o artísticas que hayan de ser vistas u oídas en el curso del acontecimiento (art. 10 bis.2 del CB).
- Establecer las condiciones para el ejercicio de los derechos de radiodifusión y comunicación pública del artículo 11 bis.1 del CB, si bien esas 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 (art. 11 bis.2 del CB).

- Determinar el régimen de las grabaciones efímeras realizadas por un organismo de radiodifusión por sus propios medios y para sus emisiones, así como autorizar la conservación de esas grabaciones en archivos oficiales en razón de su excepcional carácter de documentación (art. 11 bis.3 del CB).
- Establecer reservas y condiciones en lo relativo al derecho exclusivo del autor de una obra musical y del autor de la letra, cuya grabación con la obra musical haya sido ya autorizada por este último, para autorizar la grabación sonora de dicha obra musical, con la letra, en su caso, si bien estas reservas y condiciones no tendrán más que un efecto estrictamente limitado al país que las haya establecido y no podrán, en ningún caso, atentar al derecho que corresponde al autor para obtener una remuneración equitativa fijada, en defecto de acuerdo amistoso, por la autoridad competente (art. 13.1 del CB). Las grabaciones hechas en virtud de esta reserva e importadas, sin autorización de las partes interesadas, en un país en que estas grabaciones no sean lícitas podrán ser decomisadas en este país (art. 13.3 del CB).
- Determinar los titulares del derecho de autor sobre la obra cinematográfica [art. 14 bis.2, letra a), del CB].
- Exigir que el compromiso de aportación de contribuciones para la realización de una obra cinematográfica, celebrado entre los autores de dichas contribuciones y el productor de la obra, conste en el contrato escrito o en un acto escrito equivalente [art. 14 bis.2, letra c), del CB]²⁰.
- Aplicar las disposiciones del apartado 2.b) del artículo 14 bis del CB —en cuya virtud los autores de las contribuciones aportadas a la realización de una obra cinematográfica, una vez que se han comprometido a aportar tales contribuciones, no pueden, salvo estipulación en contrario o particular, oponerse a la reproducción, distribución, representación y ejecución pública, transmisión por hilo al público, radiodifusión, comunicación al público, subtítulo y doblaje de los textos de la obra cinematográfica— a los autores de los guiones, diálogos y obras musicales creados para la realización de la obra cinematográfica, así como al realizador principal de ésta (art. 14 bis.3 del CB)²¹.

²⁰ El precepto agrega que «los países que hagan uso de esta facultad deberán notificarlo al Director general mediante una declaración escrita que será inmediatamente comunicada por este último a todos los demás países de la Unión».

²¹ El precepto añade que «los países de la Unión cuya legislación no contenga disposiciones que establezcan la aplicación del párrafo 2.b) citado a dicho realizador deberán notificarlo al Director general mediante declaración escrita, que será inmediatamente comunicada por este último a todos los demás países de la Unión».

- Determinar las modalidades de la percepción del *droit de suite* y el monto a percibir (art. 14 ter.3 del CB).
- Designar a la autoridad competente para representar al autor de una obra no publicada, y defender y hacer valer sus derechos, cuando dicho autor sea desconocido pero se pueda suponer que es nacional de un país de la Unión [art. 15.4, apartado a), del CB]²².
- Regular el comiso de las obras falsificadas que cuenten todavía con protección legal, o de las reproducciones procedentes de un país en que la obra no esté protegida o haya dejado de estarlo (art. 16 del CB).

B. *En el Acuerdo sobre los ADPIC*

El Acuerdo sobre los ADPIC contiene algunas normas específicas en materia de derecho de autor (véanse sus arts. 10 a 13), pero la mayoría de ellas son disposiciones que imperativamente se aplican a los Estados y que constituyen el «mínimo convencional» impuesto por dicho Acuerdo. Esas disposiciones ya han sido examinadas precedentemente. La única norma que deja «espacios libres» a los Estados es el artículo 13 del Acuerdo. Este precepto parte de la base de que los Estados son libres para imponer excepciones o limitaciones a los derechos exclusivos de autor, pero siempre que respeten la regla de los tres pasos. De hecho, y como antes notamos, el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC supone la generalización de dicha regla a todos los derechos exclusivos de los autores, a diferencia de lo que sucedía con el artículo 9.2 del CB, que únicamente la establecía respecto del derecho de reproducción.

Sin embargo, la mayor novedad del Acuerdo sobre los ADPIC radica en el régimen de observancia de los derechos de propiedad intelectual establecido en sus artículos 41 a 61. Se trata de una materia que había quedado sin regulación en el CB y en la CR por considerarse que era una cuestión propia del Derecho nacional de cada Estado. El Acuerdo sobre los ADPIC supone un cambio de perspectiva en esta cuestión, de manera que, por exigencias derivadas del comercio internacional, a partir de este momento los Estados están obligados a establecer en su legislación nacional «procedimientos de observancia de los derechos de propiedad intelectual conforme a lo previsto en la presente Parte [se trata de la Parte III del Acuerdo] que permitan la adopción de medidas eficaces contra cualquier acción infractora de los derechos de propiedad intelectual a que se refiere el presente Acuerdo, con inclusión de recursos ágiles para prevenir las infracciones y de recursos que constituyan un medio eficaz de disuasión de nuevas infracciones» (art. 41.1 del Acuerdo). En coheren-

²² La letra b) del citado artículo 15.4 establece que «los países de la Unión que, en virtud de lo establecido anteriormente, procedan a esa designación lo notificarán al Director general mediante una declaración escrita, en la que se indicará toda la información relativa a la autoridad designada. El Director general comunicará inmediatamente esta declaración a todos los demás países de la Unión».

cia con esta premisa, el Acuerdo sobre los ADPIC regula cuestiones que hasta este momento habían permanecido inéditas en el ámbito internacional de los mecanismos de protección de los derechos de autor y derechos conexos, tales como las pruebas (art. 43), la indemnización de perjuicios al titular (art. 45), el derecho de información para la persecución de las conductas infractoras (art. 47), las medidas provisionales (art. 50), el control en frontera de los productos fabricados con infracción de un derecho de propiedad intelectual (arts. 51 a 60) o la tipificación penal de delitos relativos a la propiedad intelectual (art. 61). Se trata de disposiciones que obligan a los Estados parte del Acuerdo a adoptar en sus legislaciones internas normas procesales y penales para garantizar la adecuada y eficaz protección del derecho de autor y los derechos conexos reconocidos en el Acuerdo sobre los ADPIC.

C. En el Tratado sobre Derecho de Autor

Los «espacios libres» que el TODA deja a los Estados parte significa que dichos Estados gozan de libertad para:

- Determinar las condiciones, si las hubiera, en las que se aplicará el agotamiento del derecho de distribución después de la primera venta o transferencia de la propiedad del original o de un ejemplar de la obra con autorización del autor (art. 6.2 del TODA).
- Prever limitaciones o excepciones a los derechos concedidos a los autores por el TODA en ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor (art. 10.1 del TODA). Queda entendido que las disposiciones del artículo 10 del TODA permiten a las Partes Contratantes aplicar y ampliar debidamente las limitaciones y excepciones al entorno digital, en sus legislaciones nacionales, tal como las hayan considerado aceptables en virtud del CB, y que estas disposiciones permiten a las Partes Contratantes establecer nuevas excepciones y limitaciones que resulten adecuadas al entorno de red digital (Declaración concertada respecto del artículo 10 del TODA).
- Proporcionar protección jurídica adecuada y recursos jurídicos efectivos contra la acción de eludir las medidas tecnológicas efectivas que sean utilizadas por los autores en relación con el ejercicio de sus derechos en virtud del TODA o del CB y que, respecto de sus obras, restrinjan actos que no estén autorizados por los autores concernidos o permitidos por la Ley (art. 11 del TODA).
- Proporcionar recursos jurídicos efectivos contra cualquier persona que, con conocimiento de causa, realice cualquiera de los siguientes actos sabiendo o, con respecto a recursos civiles, teniendo motivos razonables para saber que induce, permite, facilita u oculta una infracción de cualquiera de los

derechos previstos en el TODA o en el CB: (i) suprima o altere sin autorización cualquier información electrónica sobre la gestión de derechos; o (ii) distribuya, importe para su distribución, emita, o comunique al público, sin autorización, ejemplares de obras sabiendo que la información electrónica sobre la gestión de derechos ha sido suprimida o alterada sin autorización (art. 12.1 del TODA)²³. Queda entendido que la referencia a una infracción de cualquiera de los derechos previstos en el TODA o en el CB incluye tanto los derechos exclusivos como los de remuneración (Declaración concertada respecto del artículo 12 del TODA).

- Asegurarse de que se establezcan procedimientos de observancia de los derechos que permitan la adopción de medidas eficaces contra cualquier infracción de los derechos a que se refiere el presente Tratado, con inclusión de recursos ágiles para prevenir las infracciones y de recursos que constituyan un medio eficaz de disuasión de nuevas infracciones (art. 14.2 del TODA).

2. EN MATERIA DE DERECHOS CONEXOS

A. *En la Convención de Roma*

En el marco de la CR, los Estados gozan de libertad para:

- Regular la protección contra la retransmisión, la fijación para la difusión y la reproducción de esa fijación para la difusión, cuando el artista intérprete o ejecutante haya autorizado la difusión [art. 7.2.1) de la CR], aunque dicha regulación no podrá privar a los artistas intérpretes o ejecutantes de su facultad de regular mediante contrato sus relaciones con los organismos de radiodifusión [art. 7.2.3) de la CR].
- Determinar las modalidades de la utilización por los organismos radiodifusores de las fijaciones hechas para las emisiones radiodifundidas [art. 7.2.2) de la CR)], aunque también aquí con la salvedad de que dicha determinación no podrá privar a los artistas intérpretes o ejecutantes de su facultad de regular mediante contrato sus relaciones con los organismos de radiodifusión [art. 7.2.3) de la CR].
- Determinar el modo según el cual los artistas intérpretes o ejecutantes estarán representados para el ejercicio de sus derechos, cuando varios de ellos participen en una misma ejecución (art. 8 de la CR).

²³ Según el artículo 12.2 del TODA, «a los fines del presente artículo, se entenderá por «información sobre la gestión de derechos» la información que identifica a la obra, al autor de la obra, al titular de cualquier derecho sobre la obra, o información sobre los términos y condiciones de utilización de las obras, y todo número o código que represente tal información, cuando cualquiera de estos elementos de información estén adjuntos a un ejemplar de una obra o figuren en relación con la comunicación al público de una obra».

- Extender la protección a artistas que no ejecuten obras literarias o artísticas (art. 9 de la CR).
- Determinar las condiciones en que, a falta de acuerdo entre ellos, se efectuará la distribución entre los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas de la remuneración equitativa y única pagada por quien utilice directamente un fonograma publicado con fines comerciales, o una reproducción de dicho fonograma, para la radiodifusión o para cualquier otra forma de comunicación al público (art. 12 de la CR).
- Determinar las condiciones de ejercicio del derecho de los organismos de radiodifusión de autorizar o prohibir la comunicación al público de sus emisiones de televisión cuando éstas se efectúen en lugares accesibles al público mediante el pago de un derecho de entrada [art. 13.d) de la CR].
- Fijar un plazo de duración de los derechos conexos de los artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión, aunque respetando en todo caso el plazo mínimo de veinte años establecido en el artículo 14 de la CR.
- Establecer excepciones a los derechos conexos de los artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión cuando se trate de una utilización para uso privado; cuando se hayan utilizado breves fragmentos con motivo de informaciones sobre sucesos de actualidad; cuando se trate de una fijación efímera realizada por un organismo de radiodifusión por sus propios medios y para sus propias emisiones, y cuando se trate de una utilización con fines exclusivamente docentes o de investigación científica (art. 15.1 de la CR).
- Establecer, respecto de la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, limitaciones de la misma naturaleza que las establecidas en la legislación nacional con respecto a la protección del derecho de autor, si bien no podrán establecerse licencias o autorizaciones obligatorias sino en la medida en que sean compatibles con las disposiciones de la CR (art. 15.2 de la CR).

B. *En el Acuerdo sobre los ADPIC*

El Acuerdo sobre los ADPIC dedica su artículo 14 a la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión. En dicho artículo 14 se mezclan disposiciones imperativas para los Estados con otras que dejan a éstos ámbitos de libertad para el diseño de políticas propias. Entre estas últimas se encuentran las siguientes:

- Los Estados podrán no conceder a los organismos de radiodifusión el derecho de prohibir la fijación, la reproducción de las fijaciones y la retrans-

misión por medios inalámbricos de las emisiones, así como la comunicación al público de sus emisiones de televisión, aunque en ese caso 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 CB (art. 14.3 del Acuerdo).

- Los Estados podrán establecer condiciones, limitaciones, excepciones y reservas a los derechos reconocidos a los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión en la medida permitida por la CR (art. 14.6 del Acuerdo).

C. *En el Tratado sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas*

Los «espacios libres» dejados por el TOIEF permiten a los Estados:

- Designar las personas o instituciones autorizadas para la protección *post mortem* de los derechos morales de los artistas intérpretes o ejecutantes (art. 5.2 del TOIEF).
- Prolongar la duración de los derechos morales de los artistas intérpretes o ejecutantes más allá de la duración de sus derechos patrimoniales (art. 5.2 del TOIEF).
- Determinar los medios procesales para la salvaguardia de los derechos morales de los artistas intérpretes o ejecutantes (art. 5.3 del TOIEF).
- Establecer las condiciones, si las hubiere, en las que se aplicará el agotamiento del derecho de distribución de los artistas intérpretes o ejecutantes después de la primera venta u otra transferencia de propiedad del original o de un ejemplar de la interpretación o ejecución fijada con autorización del artista intérprete o ejecutante (art. 8.2 del TOIEF).
- Determinar las condiciones del derecho de alquiler comercial reconocido a los artistas intérpretes o ejecutantes (art. 9.1 del TOIEF).
- Establecer las condiciones, si las hubiere, en las que se aplicará el agotamiento del derecho de distribución de los productores de fonogramas después de la primera venta u otra transferencia de propiedad del original o de un ejemplar de la interpretación o ejecución fijada con autorización del artista intérprete o ejecutante (art. 12.2 del TOIEF).
- Establecer que la remuneración equitativa y única a la que tienen derecho los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas por la comunicación pública de sus fonogramas deba ser reclamada al usuario por el artista intérprete o ejecutante, por el productor del fonograma o por ambos (art. 15.2 del TOIEF).

- Fijar, en ausencia de un acuerdo entre el artista intérprete o ejecutante y el productor del fonograma, que la remuneración equitativa y única por la comunicación pública de fonogramas sea compartida entre los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas (art. 15.2 del TOIEF).
- Prever, respecto de la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas, los mismos tipos de limitaciones o excepciones que contiene la legislación nacional respecto de la protección del derecho de autor de las obras literarias y artísticas (art. 16.1 del TOIEF).
- Establecer limitaciones o excepciones en ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la interpretación o ejecución o del fonograma ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del artista intérprete o ejecutante o del productor de fonogramas (art. 16.2 del TOIEF).
- Ampliar la duración de la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes y de los productores de fonogramas más allá de los plazos establecidos por el artículo 17 del TOIEF.
- Proporcionar protección jurídica adecuada y recursos jurídicos efectivos contra la acción de eludir las medidas tecnológicas efectivas que sean utilizadas por artistas intérpretes o ejecutantes o productores de fonogramas en relación con el ejercicio de sus derechos en virtud del TOIEF y que, respecto de sus obras, restrinjan actos que no estén autorizados por los artistas intérpretes o ejecutantes o los productores de fonogramas concernidos o permitidos por la Ley (art. 18 del TOIEF).
- Proporcionar recursos jurídicos efectivos contra cualquier persona que, con conocimiento de causa, realice cualquiera de los siguientes actos sabiendo o, con respecto a recursos civiles, teniendo motivos razonables para saber que induce, permite, facilita u oculta una infracción de cualquiera de los derechos previstos en el TOIEF: (i) suprima o altere sin autorización cualquier información electrónica sobre la gestión de derechos; o (ii) distribuya, importe para su distribución, emita, o comunique al público, sin autorización, ejemplares de obras sabiendo que la información electrónica sobre la gestión de derechos ha sido suprimida o alterada sin autorización (art. 19.1 del TOIEF). El concepto de «información sobre la gestión de derechos» del artículo 19.2 del TOIEF coincide sustancialmente con el del artículo 12.2 del TODA.
- Asegurarse de que se establezcan procedimientos de observancia de los derechos que permitan la adopción de medidas eficaces contra cualquier infracción de los derechos a que se refiere el presente Tratado, con inclusión de recursos ágiles para prevenir las infracciones y de recursos que constituyan un medio eficaz de disuasión de nuevas infracciones (art. 23.2 del TOIEF).

VI. LOS «ESPACIOS VACÍOS»: AUSENCIAS REGULATORIAS Y CAPACIDAD NORMATIVA PLENA DE LOS ESTADOS

En las páginas anteriores de este trabajo hemos comprobado cómo los Tratados y Convenios internacionales multilaterales en materia de derecho de autor y derechos conexos imponen un «mínimo convencional» a los Estados, los cuales se encuentran vinculados por las disposiciones que integran dicho «mínimo convencional». También hemos podido constatar que, respecto de otras materias, los Tratados y Convenios dejan «espacios libres» a los Estados, que pueden tomar las determinaciones propias que tengan por conveniente en dichos espacios, sin vinculación alguna a las disposiciones internacionales. Se trata de materias que son conscientemente abandonadas por los Tratados y Convenios a la libre determinación de los legisladores internos.

Sin embargo, junto a los «espacios libres» que se acaban de examinar, existen también en el ámbito internacional «espacios vacíos». Con la expresión «espacios vacíos» quiero hacer referencia a aquellos aspectos del régimen del derecho de autor y los derechos conexos respecto de los cuales los Tratados y Convenios internacionales no contienen ninguna disposición, ni siquiera a los efectos de remitir su regulación a los legisladores nacionales. Dicho en otras palabras, son aspectos sobre los cuales no existe ninguna previsión de carácter internacional, ni siquiera de carácter remisorio, de tal modo que los Estados son absolutamente libres para, si así lo desean, regular en su ordenamiento jurídico interno el aspecto de que se trate y, en el caso en que decidan hacerlo, dotar a esa regulación del contenido material que estimen conveniente.

Los «espacios libres» y los «espacios vacíos» presentan el rasgo común de permitir una amplia libertad de configuración normativa del legislador nacional, el cual no se encuentra obligado a respetar ninguna disposición material impuesta por los Tratados y Convenios internacionales. Sin embargo, los «espacios libres» y los «espacios vacíos» presentan un rasgo diferenciador que no cabe ignorar: mientras que en el caso de los «espacios libres» existe una disposición contenida en un Tratado o Convenio que remite al legislador nacional la reglamentación de un determinado aspecto normativo, en los «espacios vacíos» no existe ninguna disposición de esa naturaleza. Los «espacios vacíos» son, pues, aspectos del régimen del derecho de autor y los derechos conexos sobre los cuales los Tratados y Convenios internacionales guardan un completo silencio. Los «espacios vacíos» son «espacios de silencio» en la reglamentación internacional. Algunos ejemplos de «espacios vacíos» son los que a continuación se señalan:

- (i) La transmisión contractual de los derechos patrimoniales. Los Estados son enteramente libres para regular el régimen de transmisión del derecho de autor y de los derechos conexos, o, dicho de manera más precisa, de las facultades patrimoniales que los integran. No hay ninguna restricción internacional en el denominado «Derecho contractual de autor», de tal manera que instituciones de tanta importancia en el orden práctico como la cesión de derechos en el marco de un contrato de trabajo

o el régimen de la obra por encargo quedan en manos de los legisladores nacionales.

- (ii) El elenco de derechos conexos reconocidos por los Tratados y Convenios internacionales no es cerrado, de manera que los Estados pueden establecer en sus leyes nacionales otros derechos conexos diferentes de los previstos en el ámbito internacional. Los Tratados y Convenios exigen que los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión sean titulares de un derecho conexo. Pero el estudio de las legislaciones nacionales demuestra que los Estados reconocen también como titulares de un derecho conexo a los productores de grabaciones (o de obras) audiovisuales o de videogramas; a los editores —bien a cualquier editor, bien a determinado tipo de ellos (p.ej., a los de obras inéditas que se encuentren en el dominio público)—; a los autores de una fotografía que no alcanza el rango de obra fotográfica (la denominada comúnmente «mera fotografía» o «simple fotografía»), etc.
- (iii) El Derecho de autor internacional impone un plazo mínimo de protección del derecho de autor y los derechos conexos, pero se abstiene de reglamentar el régimen de la obra o prestación una vez que dicho plazo ha transcurrido. Los Estados son libres para establecer en esa situación un régimen de dominio público gratuito o de dominio público remunerando (o pagante)²⁴.
- (iv) Los Tratados y Convenios internacionales exigen que el programa de ordenador sea protegido como obra, pero los Estados son libres para dispensar al programa una protección suplementaria por la vía de la propiedad industrial permitiendo su registro como patente.
- (v) El Derecho de autor internacional impone a los Estados la protección como obra de las bases de datos originales, entendiendo por tales aquellas que sean originales en el criterio utilizado para la selección o disposición de sus contenidos. Sin embargo, los Estados son libres para proteger, si así lo desean, las bases de datos no originales en cuya elaboración el productor de la misma haya realizado una inversión sustancial, evaluada cuantitativa o cualitativamente, ya sea de medios financieros, esfuerzo, energía u otros de similar naturaleza, para la obtención, verificación o presentación de su contenido.
- (vi) En el estado actual del Derecho de autor internacional no hay ninguna restricción a los Estados en lo que se refiere a la regulación del régimen

²⁴ Con ocasión de la reforma de la Ley Federal mexicana del Derecho de Autor en 2003, uno de los temas discutidos fue precisamente la posible incorporación de un sistema de dominio público remunerado, si bien al final esta propuesta no se incorporó al texto definitivo. Sobre este aspecto, cfr. E. DE LA PARRA TRUJILLO, «Comentarios a las reformas a la Ley Federal del Derecho de Autor», *Revista de Derecho Privado*, 8 (2004), p. 109.

de responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet, en sus diversas modalidades, de manera que éstos gozan de entera libertad para la regulación de este aspecto.

- (vii) Las entidades de gestión de derechos de autor y derechos conexos presentan una importancia incuestionable y constituyen de hecho unos actores insustituibles en el mercado de la propiedad intelectual. Pero no hay ninguna restricción internacional en esta materia, por lo que los Estados son libres para establecer el régimen jurídico de dichas entidades, así como el de sus relaciones internas (con sus socios y, más en general, con los titulares de los derechos, aunque no sean socios suyos) y externas (con los usuarios de las obras o prestaciones que integran el repertorio de la entidad). Son también libres para establecer si y en qué medida el derecho de la competencia rige para las entidades de gestión.
- (viii) Íntimamente relacionado con el punto anterior, los Estados no tienen ninguna restricción derivada de los Convenios y Tratados internacionales para disponer que determinados derechos patrimoniales, bien de remuneración, bien, incluso, derechos exclusivos, sean derechos de gestión colectiva obligatoria.
- (ix) Los Estados tienen libertad para reconocer a los titulares un derecho de préstamo en relación con determinadas obras o prestaciones, así como las excepciones o limitaciones a ese derecho. El derecho de préstamo se diferenciaría del derecho de alquiler —ya establecido en los Convenios y Tratados internacionales— en que sería un arrendamiento gratuito.
- (x) Si bien el Acuerdo sobre los ADPIC ha supuesto un importante avance en la previsión de mecanismos procesales y sustantivos para la protección de los derechos de autor y conexos (p.ej, su art. 61 en materia penal), no existe ninguna determinación internacional sobre mecanismos de solución extrajudicial de controversias, por lo que los Estados son libres para prever comisiones o tribunales arbitrales de la más variada naturaleza que resuelven los conflictos entre titulares y usuarios, o de aquéllos entre sí.

ANEXO: VIGENCIA EN LOS ESTADOS LATINOAMERICANOS DE LOS PRINCIPALES CONVENIOS Y ACUERDOS INTERNACIONALES MULTILATERALES SOBRE DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS

Este Anexo recoge la situación en la que se encuentran los Estados latinoamericanos en relación con los más importantes Convenios y Acuerdos internacionales multilaterales en materia de derecho de autor y derechos conexos. Refleja la situación existente el 24 de abril de 2006, según los datos obrantes en los sitios web oficiales de la OMPI y de la OMC. En relación con cada uno de dichos Estados se señala la fecha en que entró en vigor cada uno de dichos Convenios y Acuerdos; o bien si están firmados pero todavía sin vigor, o bien, finalmente, si no están firmados.

	Convenio de Berna (1886)	Convención de Roma (1961)	Acuerdo sobre los ADPIC (1994)	Tratado sobre derecho de autor (1996)	Tratado sobre interpretación o ejecución y fonogramas (1996)
Argentina	1967	1992	1995	2002	2002
Bolivia	1993	1993	1995	Firmado pero no vigente	Firmado pero no vigente
Brasil	1922	1965	1995	No firmado	No firmado
Chile	1970	1974	1995	2002	2002
Colombia	1988	1976	1995	2002	2002
Costa Rica	1978	1971	1995	2002	2002
Cuba	1997	No firmado	1995	No firmado	No firmado
Ecuador	1991	1964	1996	2002	2002
El Salvador	1994	1979	1995	2002	2002
España	1887	1991	1995 ²⁵	Firmado pero no vigente ²⁶	Firmado pero no vigente ²⁷
Guatemala	1997	1977	1995	2003	2003
Honduras	1990	1990	1995	2002	2002
México	1967	1964	1995	2002	2002
Nicaragua	2000	2000	1995	2003	2003
Panamá	1996	1983	1997	2002	2002
Paraguay	1992	1970	1995	2002	2002
Perú	1988	1985	1995	2002	2002
República Dominicana	1997	1987	1995	2006	2006
Uruguay	1967	1977	1995	Firmado pero no vigente	Firmado pero no vigente
Venezuela	1982	1996	1995	Firmado pero no vigente	Firmado pero no vigente

²⁵ La Unión Europea también firmó el 1 de enero de 1995 el Acuerdo constitutivo de la Organización Mundial del Comercio con todos sus anexos.

²⁶ La Unión Europea ha firmado igualmente este Tratado sobre Derecho de Autor, pero no está en vigor en ninguno de sus Estados miembros.

²⁷ La Unión Europea ha firmado igualmente este Tratado sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, pero no está en vigor en ninguno de sus Estados miembros.

