

AVANCES EN LA AGENDA DIGITAL DE AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE: LA PROPUESTA DEL GRULAC DE ANÁLISIS DE LOS DERECHOS DE AUTOR EN EL ENTORNO DIGITAL

Fernando Zapata López*

Fecha de recepción: 16-09-2020

1. INTRODUCCIÓN

No es una exageración señalar que, entre las muchas aproximaciones de América Latina y el Caribe al mundo del derecho internacional y a la formación y desarrollo de los organismos internacionales, la manera como se ha desarrollado la protección de los autores y artistas la define y la hace merecedora de elogios y reconocimientos.

Varios aspectos ilustrativos, de manera breve y sucinta, podríamos mencionar: (I) la temprana expedición de normas nacionales sobre derecho de autor una vez que los países se organizaron como repúblicas independientes; (II) los tratados interamericanos sobre derecho de autor de Montevideo (1886), México (1902), Río de Janeiro (1906), Buenos Aires (1910), La Habana (1928) y Washington (1946), que contribuyeron a crear un puente hacia una protección más universal del derecho de autor a través de la Convención Universal sobre Derecho de Autor (Ginebra 1952); (III) la masiva adhesión a la Convención de Roma para la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión (1961), con un solo país formulando reservas; (IV) la pronta adhesión al Convenio de Estocolmo que estableció la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, OMPI (1967); (V) su participación decisiva en los comités de expertos y en la conferencia diplomática que adoptó los Tratados de la OMPI sobre Derecho de Autor y sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (1996); (VI) su entusiasta participación en la conferencia diplomática que adoptó el Tratado de Beijing sobre Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales (2012); (VII) su decisiva

** Abogado colombiano. Exdirector de la Dirección Nacional de Derecho de Autor de Colombia y del Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe, CERALC. Profesor universitario y socio de Zapata&Ríos, Abogados Asociados.*

© De la obra: Fernando Zapata López.

© De la edición: Instituto de Derecho de Autor, 2020.

Reservados todos los derechos. El editor no se hace responsable de las opiniones, comentarios y declaraciones vertidas por el autor como manifestación de su derecho de libertad de expresión.

va contribución a la formación —y a su vigencia— del Tratado de Marrakech para facilitar el acceso a las obras publicadas a las personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso (2013); (VIII) a este rico inventario podemos agregar una avanzada codificación nacional sobre el derecho de autor y los derechos conexos.

Completa esta panorámica la total pertenencia de la región al Convenio de Berna, al Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, ADPIC (1994), y la suscripción en los últimos tiempos de acuerdos de promoción comercial con Estados Unidos, la Unión Europea y un cúmulo de países de la región y de fuera de ella, que contienen densas regulaciones sobre el derecho de autor y los derechos conexos; todo lo cual hace pensar y permite afirmar respecto de la existencia de un derecho de autor latinoamericano que, aunque con notas de armonización y universalización, ofrece singularidades propias y aportaciones valiosas a la codificación internacional.

2. LOS TRATADOS DE LA OMPI DE 1996¹

La opinión pública internacional y los diferentes sectores de la propiedad intelectual en el ámbito mundial habían visto concluir en Marrakech, el 15 de abril de 1994, la octava ronda de las Negociaciones Comerciales Multilaterales (MTN por sus siglas en inglés), llevadas a cabo en el marco del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT por sus siglas en inglés), bautizada como la «Ronda Uruguay», y que se había iniciado ocho años antes en la República Oriental del Uruguay e involucrado a 123 países como «partes contratantes».

Las negociaciones habían logrado —pese a la resistencia de los países en desarrollo— introducir normas, principios y disciplinas sobre propiedad intelectual, algo nunca visto en las rondas precedentes, configurando el Acuerdo sobre los ADPIC, hoy materia de competencia de la Organización Mundial de Comercio.

El proceso de discusión y el ADPIC mismo provocaron no pocas incomodidades en el marco de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, OMPI, que veía pasivamente cómo tradicionales temas de su competencia se trasladaban a otros foros —en esta ocasión de índole económica— así no fuera para producir normas sustantivas, aunque sí mecanismos para reducir las distorsiones del comercio de mercancías protegidas por propiedad intelectual y los obstáculos a este.

Bajo un no disimulado sentimiento de que la OMPI estaba dejando pasar el tren de la historia para impulsar una adecuación normativa en materia de derecho de autor, que básicamente brindará a los autores de obras literarias y artísticas la posibilidad de su control en un entorno digital, quizá determinada por la imposibilidad cada vez más acentuada de lograr la unanimidad exigida por el mismo Convenio de Berna para su revisión, en septiembre de 1989 la Asamblea y la Conferencia de Representantes de la Unión de Berna adoptaron un plan de trabajo en virtud del artículo 20 del Convenio de Berna, consistente en preparar un protocolo que básicamente definiera si (I) las normas vigentes eran suficientes para atender los retos de las nuevas tecnologías o (II) si era necesario crear normas que fueran lo suficientemente comprensivas de las nuevas realidades tecnológicas en el uso y explotación de las obras literarias y artísticas.

El resultado fue la convocatoria de dos comités de expertos, uno que se ocuparía de las cuestiones de derecho de autor (1989), y otro de las cuestiones de los artistas intérpretes o ejecutantes y productores de fonogramas (1992); comités que, tras seis años de ricas deliberaciones, permitieron convocar en Ginebra del 2 al 20 de diciembre la Conferencia Diplomática que en la madrugada del 20 de diciembre de 1996 adoptó el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, conocidos por la opinión pública mundial como los «tratados Internet de la OMPI».

1 CECOLDA, Centro Colombiano de Derecho de Autor, *El Derecho de Autor-Estudios*, Fernando Zapata López, n.º 6, Los tratados de la OMPI de diciembre de 1996, diciembre de 1997, pp. 5 a 32.

2.1 LA PARTICIPACIÓN DE AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE

Como ya lo señalamos párrafos atrás, esta región tuvo una participación decisiva en la formación y en la adopción de los tratados de la OMPI de 1996, sin duda expresión de su larga tradición político-legal en la protección de sus autores, artistas intérpretes e industrias culturales.

Sin embargo, hoy es largamente sabido que la «Propuesta Básica de los Tratados²», preparada por el presidente de ambos comités, no logró el consenso necesario para hacer realidad la totalidad de las propuestas tal y como se habían examinado y aprobado en el marco de los comités de expertos, lo que supuso un enorme esfuerzo por parte de algunas delegaciones que participaron en la conferencia diplomática de 1996, en donde, por demás, convergía una nutrida participación de expertos en negociación y en asuntos comerciales mucho mayor que la de los sectores de interés en el objeto de los tratados.

Tampoco puede perderse de vista que, desde el inicio de la Conferencia Diplomática, los países asiáticos presentes manifestaron no querer «otorgar nada más de lo ya concedido en ADPIC». En referencia a ello, el maestro Ricardo Antequera, participante activo en los comités, parodiando un famoso bolero, solía decir que la Conferencia Diplomática podía resumirse como «lo que pudo haber sido y no fue».

Dentro de este contexto, los países de América Latina y el Caribe se movieron diplomáticamente con destreza, y, por ello, es pertinente recordar que ante la propuesta de un nuevo párrafo para el preámbulo de ambos tratados en donde se ponía en un mismo nivel los intereses de los autores, de los artistas intérpretes y productores de fonogramas y del público en general, el GRULAC se opuso y la logró corregir argumentando que «los autores no tienen intereses, los autores tienen derechos, y son esos derechos los que precisamente estarían en examen, y sobre los que girarían las discusiones en este foro, como derechos exclusivos que constituyen a favor de los autores un monopolio³», logrando consagrar «la necesidad de mantener un equilibrio entre los derechos de los autores y los intereses del público en general», tal como aparece en el preámbulo del TODA/WCT.

De la misma manera, con una férrea y cerrada posición, el Grupo de países de América Latina y el Caribe (en adelante GRULAC), arguyendo que era imposible para los países latinoamericanos adoptar un tratado si este no reconocía derechos morales a los artistas intérpretes o ejecutantes, generó una negociación que terminó con dicho reconocimiento en el WPPT/TOIEF⁴ en los mismos términos del derecho moral reconocido a los autores en el artículo 6 bis del Convenio de Berna.

La inclusión de una norma que permitiera asegurar la observancia de los derechos reconocidos en ambos tratados ocasionó largas discusiones sobre si aplicar *mutatis mutandis* las disposiciones de los artí-

2 OMPI, Conferencia Diplomática sobre ciertas Cuestiones de Derecho de Autor y Derechos Conexos, Propuesta básica de las disposiciones sustantivas del tratado sobre ciertas cuestiones relativas a la protección de las obras literarias y artísticas para consideración por la conferencia diplomática, Ginebra, 2 a 20 de diciembre de 1996, CRNR/DC/4, 30 de agosto de 1996.

3 CECOLDA, Centro Colombiano de Derecho de Autor, El Derecho de Autor-Estudios, Fernando Zapata López, n.º 6, Los tratados de la OMPI de diciembre de 1996, diciembre de 1997, pp. 5 a 32.

4 Artículo 5. Derechos morales de los artistas intérpretes o ejecutantes. (1) Con independencia de los derechos patrimoniales del artista intérprete o ejecutante, e incluso después de la cesión de esos derechos, el artista intérprete o ejecutante conservará, en lo relativo a sus interpretaciones o ejecuciones sonoras en directo o sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas, el derecho a reivindicar ser identificado como el artista intérprete o ejecutante de sus interpretaciones o ejecuciones excepto cuando la omisión venga dictada por la manera de utilizar la interpretación o ejecución, y el derecho a oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de sus interpretaciones o ejecuciones que cause perjuicio a su reputación. (2) Los derechos reconocidos al artista intérprete o ejecutante de conformidad con el párrafo precedente serán mantenidos después de su muerte, por lo menos hasta la extinción de sus derechos patrimoniales, y ejercidos por las personas o instituciones autorizadas por la legislación de la Parte contratante en que se reivindique la protección. Sin embargo, 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. (3) Los medios procesales para la salvaguardia de los derechos concedidos en virtud del presente artículo estarán regidos por la legislación de la Parte contratante en la que se reivindique la protección.

culos 41 a 61 del Acuerdo sobre los ADPIC, o considerar un extenso anexo de la Propuesta Básica sobre el Ejercicio de los Derechos como parte integrante de los Tratados; por fortuna Jamaica —en nombre de CARICOM (Caribbean Community)— propuso en el último minuto de manera inteligente y muy atinada que no era necesario introducir medidas de esa naturaleza, y que más bien se incluyera un texto similar al del artículo 36.1 del Convenio de Berna, que es lo que *mutatis mutandis* contienen los artículos 14⁵ y 23 del WCT/TODA y WPPT/TOIEF, respectivamente.

Los textos de los tratados, como ha quedado dicho, ciertamente no colmaron entre los autores, artistas intérpretes o ejecutantes y productores de fonogramas, las expectativas generadas durante las numerosas y largas sesiones de los comités de expertos que admitían creer que en la Conferencia Diplomática se adoptarían normas que permitieran interpretar el Convenio de Berna de manera uniforme⁶.

3. EL GRULAC Y EL ANÁLISIS DE LOS DE DERECHOS DE AUTOR Y LOS DERECHOS CONEXOS EN EL ENTORNO DIGITAL 20 AÑOS DESPUÉS

Antes del vigésimo aniversario de adopción de los Tratados de la OMPI de 1996, el grupo de países de América Latina y el Caribe (GRULAC) llevaron a la trigésima primera sesión del Comité Permanente de derecho de Autor y Derechos Conexos⁷ (en adelante SCCR, por su sigla en inglés), celebrada en Ginebra del 7 al 11 de diciembre de 2015, una Propuesta de Análisis de los Derechos de Autor en el Entorno Digital (SCCR/31/4), que fue recibida con interés tanto por las delegaciones de los países miembros como por la secretaría de la OMPI.

Básicamente, el GRULAC proponía que en el marco del Comité Permanente de derecho de Autor y Derechos Conexos (SCCR) de la OMPI, se debatieran los tres puntos siguientes:

1. Análisis y debate de los marcos jurídicos utilizados para la protección de las obras en los servicios digitales.
2. Análisis y debate del papel de las empresas que hacen uso en el entorno digital de obras protegidas y su modo de actuación, incluyendo la verificación del nivel de transparencia en los negocios y la cuantía de la remuneración correspondiente a los derechos de autor y derechos conexos a los distintos titulares de esos derechos.
3. Logro de un consenso acerca de la gestión de los derechos de autor en el entorno digital, para abordar los problemas que plantea esa cuestión, que incluyen desde la baja remuneración de los autores y artistas hasta las limitaciones y excepciones de los derechos de autor en el entorno digital⁸.

5 Artículo 14. Disposiciones sobre la observancia de los derechos: (1) Las Partes Contratantes se comprometen a adoptar, de conformidad con sus sistemas jurídicos, las medidas necesarias para asegurar la aplicación del presente Tratado. (2) Las Partes Contratantes se asegurarán de que en su legislación nacional se establezcan procedimientos de observancia de los derechos, que permitan la adopción de medidas eficaces contra cualquier acción infractora 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.

6 CECOLDA, Centro Colombiano de Derecho de Autor, El Derecho de Autor-Estudios, Fernando Zapata López, n.º. 6, Los Tratados de la OMPI de diciembre de 1996, diciembre de 1997, pp. 5 a 32.

7 OMPI. www.wipo.int/policy/es/sccr/. El Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos (SCCR) fue constituido en el bienio de 1998-1999 para examinar cuestiones de derecho sustantivo o de armonización en el campo del derecho de autor y los derechos conexos. El Comité está integrado por todos los Estados miembros de la OMPI y/o de la Unión de Berna, y, en calidad de observadores, por determinados Estados miembros de las Naciones Unidas que no son miembros de la OMPI y/o la Unión de Berna, así como algunas organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales. El Comité Permanente formula recomendaciones que se someten a la consideración de la Asamblea General de la OMPI o de una conferencia diplomática.

8 OMPI, SCCR/31/4, diciembre 1 de 2015.

El documento reflexiona sobre aspectos sustantivos de la discusión de hoy en torno a la utilización de las obras literarias y artísticas en el entorno digital, como el tema de los derechos, la brecha de valor entre lo que reciben y lo que reconocen a los autores y artistas intérpretes las plataformas digitales, y las limitaciones y excepciones, dejando de lado dos aspectos —igualmente fundamentales— como son las prácticas contractuales a partir de las cuales desplazan a autores y a artistas intérpretes del control de obras y prestaciones, vaciando de contenido los derechos reconocidos, y la gestión colectiva, instrumento insustituible de garantía para la debida y oportuna gestión y administración de las obras y prestaciones artísticas.

a) Los derechos

Ya lo hemos señalado, pero muchos han abundado en ello desde el momento mismo en que la Conferencia Diplomática del año 1996 bajó el telón, que las soluciones alcanzadas a través de ambos tratados no fueron suficientes para colmar las expectativas de todos ni para pensar que el vigor y la amplitud de lo obtenido eran como para durar cien años —como ha pasado con el Convenio de Berna—, pero sí fueron soluciones de compromiso que, por lo menos, garantizaron el inicio de un comercio electrónico seguro de bienes protegidos por el derecho de autor y los derechos conexos. Tal mérito no se les puede desconocer, además de darle un aire de optimismo y esperanza a los titulares de derechos que tenían que escuchar cosas como que el derecho de autor era un «cadáver viviente», como lo alcanzó a decir un alto funcionario de la administración estadounidense por esas épocas.

Mas allá de haber sido la solución definitiva, los Tratados de la OMPI de 1996 respondieron a los encargos de 1989 y 1992 de parte de la Asamblea y la Conferencia de Representantes de la Unión de Berna de crear nuevas normas o de reinterpretar las existentes en el ánimo de comprender las nuevas realidades que a las obras literarias y artísticas les imponía el desarrollo tecnológico.

Es cierto que no se consideró un derecho de reproducción como lo proponía la propuesta básica, que pusiera de manifiesto que la reproducción directa o indirecta de las obras, tanto permanente como provisional, por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma, estaba sometida a un derecho de exclusiva, pero la declaración concertada al artículo 1.4 del TODA ha sido la base para que al menos 56 Estados⁹ miembros de la OMPI hayan previsto específicamente un derecho de reproducción en relación con el almacenamiento digital.

El derecho de comunicación pública vio ampliar su espectro al comprender todas las obras literarias y artísticas, y explicitó la puesta a disposición como una forma de comunicación, permitiendo entender que el acceso a las obras desde el lugar y en el momento que cada miembro del público elija es una forma de comunicación al público. Así lo han entendido 51 Estados¹⁰ miembros de la OMPI que han introducido disposiciones para adaptar el derecho de comunicación al público al entorno digital.

El derecho de distribución, que llega al TODA en el artículo 6 incluyendo todas las categorías de obras literarias y artísticas más allá del tradicional entendimiento de que solo cubría la adaptación y la reproducción cinematográfica de las obras literarias y artísticas, es otro derecho que se ha venido introduciendo en las legislaciones nacionales, al punto que según el mismo estudio de la OMPI a cargo de Guilda Rostama se identifican 33 Estados¹¹ miembros que han adaptado el derecho de distribución y/o alquiler.

La cuestión es que, como lo demuestran elocuentemente las cifras del estudio de Rostama, los países han avanzado lentamente en adecuar las legislaciones nacionales a los Tratados de la OMPI de 1996 (en donde se destaca que algunas lo han efectuado por la necesidad de cumplir los compromisos adquiridos en el marco de acuerdos comerciales o de apoyo a las inversiones); aun así, servicios digitales

9 Guilda Rostama, OMPI, Estudio Exploratorio sobre la Repercusión del Entorno Digital en la legislación de Derecho de Autor promulgada entre 2006 y 2016, Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos, SCCR/35/4, 26 de octubre de 2017.

10 *Ibid.*

11 *Ibid.*

desconocidos para la época en que fueron adoptados, como el préstamo digital, la televisión satelital, la impresión bajo demanda, la minería de textos y datos, las licencias transfronterizas o el *streaming*, se han podido desarrollar y afianzar gracias a las soluciones nacionales construidas al amparo del WCT/TODA y WPPT/TOIEF.

El corolario de este asunto de los derechos en el documento del GRULAC, nos permite hacer estas reflexiones. 1. Que es cierto que las soluciones de los Tratados de la OMPI de 1996 no fueron tan comprensivas ni profundas como se hubiera querido, ni como hoy se reclama, pero que no es menos cierto que han brindado un marco de seguridad exitoso a autores, artistas intérpretes y productores fonográficos y demás titulares de derecho de autor y derechos conexos, fundamento de ponderadas y aquilatadas soluciones a nivel nacional a través de nuevas o modificadas leyes sobre derecho de autor. 2. Que es labor de los Estados miembros impulsar modificaciones de las legislaciones nacionales, tal como lo pone de relieve el estudio de la OMPI¹², señalando que 94 Estados miembros hicieron tales reformas entre 1996 y 2016. 3. Que la flexibilidad y el margen de acción que ofrecen los Tratados de la OMPI de 1996 son lo suficientemente amplios como para que las legislaciones nacionales logren las mejores soluciones en procura de mantener los niveles de protección adecuados de los derechos de los creadores y productores de contenido frente al masivo uso de obras y prestaciones que hoy las tecnologías de la comunicación y la información permiten, tal como lo han evidenciado muchas de las legislaciones referidas por G. Rostama, y como recientemente lo ha logrado la Unión Europea al expedir las directivas 789 y 790 de 2019 con el fin de garantizar un elevado nivel de protección a los titulares de derechos de autor y conexos dentro de un mercado único digital. 4. Que altos niveles de protección aseguran el necesario balance entre los derechos de los autores, artistas y productores con los intereses de la educación, la investigación y el acceso a la información. 5. Que la transparencia en los contratos celebrados entre titulares de derechos y usuarios de las obras y prestaciones solo puede ser resultado de un buen derecho nacional sustantivo y estándares legales en materia contractual como los diseñados por la Directiva europea 2019/790 en sus artículos 18 ss. bajo el epígrafe «Remuneración equitativa de los autores y artistas intérpretes o ejecutantes en los contratos de explotación».

b) Los contratos

Quizá una debilidad que pudiéramos señalar a la propuesta del GRULAC es la de que, a pesar del énfasis que pone en la falta de equilibrio y en la falta de transparencia existente en los nuevos modelos de negocio, en la brecha de valor existente entre los pagos a los autores y artistas por los servicios de *streaming* y en el desplazamiento de autores y artistas del control de sus obras y prestaciones, no invoca que el Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos de la OMPI (SCCR) se ocupe de los contratos y de la gestión colectiva (como sí lo ha hecho la Unión Europea). Estas cuestiones debieron definirse tempranamente después de la adopción de los Tratados de la OMPI de 1996, pues son su gran hándicap y, además, tampoco hicieron parte del encargo de los órganos rectores de la OMPI en 1989.

Los llamados contratos *Buy Out*, no fueron analizados dentro del documento como la práctica contractual que provocan el desplazamiento del titular originario de los derechos sobre la obra, y entrañan la imposibilidad de vincular al autor a la suerte de la obra, disminuyendo notablemente los derechos sobre los cuales las sociedades de gestión colectiva pueden recaudar regalías dejando prácticamente al derecho de autor sin autores, lo que constituye una seria amenaza contra toda la cadena de valor. La ausencia del autor o del artista en el control de su obra o prestación —como práctica contractual reiterada— disuade a los legisladores de mejorar la protección de estos derechos con el compromiso y entusiasmo que ocurría en el pasado, por lo que es oportunidad propicia para quienes ideológicamente le oponen al derecho de autor y a los derechos conexos el uso libre o la libertad de expresión.

Otra fórmula reiterada en los acuerdos contractuales que suelen firmar los autores de obras literarias y artísticas en América Latina y el Caribe tiene que ver con lo que se conoce como la «inversión de la cláusula general», que consiste en que en vez de declararse que el autor controla la obra a través de cualquier medio o forma de explotación conocido o por conocer, lo que se escribe es que este transfiere

12 *Ibid.*

todas las formas en que se pueda explotar la obra, sean estas conocidas o por conocer, por un territorio universal y por el tiempo que establezca la ley, esto es, por la vida del autor y el plazo *post mortem* que consagre la ley nacional. Esta fórmula contractual depreda los derechos de autores y artistas y deja sin piso exhaustivas legislaciones consagrando derechos y prerrogativas.

c) Las limitaciones y excepciones

El inventario de las cuestiones resueltas por el SCCR desde su creación en 1998 no exhibe una mínima propuesta para fortalecer los derechos sustantivos o adjetivos del derecho de autor y los derechos conexos, y, por el contrario, la agenda del Comité desde 2004 hasta la fecha ha estado copada por propuestas que en su conjunto limitan y debilitan los derechos reconocidos.

El examen de esta realidad, lamentablemente, no se revela en el documento del GRULAC; en cambio, concluye destacando «que las limitaciones y excepciones son de interés público e indispensables para salvaguardar otros derechos fundamentales como la libertad de expresión y el acceso a la cultura, al conocimiento y a la información».

Lo cierto es que si reiteradamente se disminuye la protección, se menoscaba la garantía, que no es otra que la obra o prestación, con lo que se afecta todo el ecosistema desde el creador hasta el fondo de inversión que se interesa en la industria cultural.

En suma, se reitera que aun cuando el documento encarna el mérito de ser el primero en el marco del SCCR que plantea de manera descarnada y precisa las dificultades que el entorno digital depara a los autores y artistas para reivindicar sus derechos y lograr de la explotación de las obras y prestaciones la garantía del mínimo vital, lo que le da un enorme valor —y así lo reconocemos—, guarda silencio sobre las prácticas contractuales a través de las cuales despojan a los autores y a artistas intérpretes de sus derechos, y sobre la gestión colectiva como instrumento que les garantiza el recaudo de sus derechos en un contexto mucho más universal de explotación de las obras y prestaciones.

4. LA OMPI Y EL DOCUMENTO DEL GRULAC¹³

Una vez que la OMPI recibe una versión preliminar del «Estudio exploratorio sobre la repercusión del entorno digital en la legislación de Derecho de Autor promulgada entre 2006 y 2016», solicitado por el GRULAC a la Secretaría de la OMPI en la 33.^a sesión del SCCR, llevada a cabo entre el 14 al 18 de noviembre de 2016, organiza en Ginebra una reunión de expertos académicos¹⁴ entre el 6 y 7 de abril de 2017.

En ese marco, los expertos tratan de desentrañar por qué la propuesta del GRULAC trata de insuficiente —a la fecha— las soluciones adoptadas por los Tratados de la OMPI de 1996.

En aras de condensar en un contexto amplio pero preciso las conclusiones a que llegó el susodicho Comité, hago una presentación de algunas de ellas con un mínimo de reflexión como contexto:

1. Lo primero que formula el Comité es un llamado a la prudencia, por cuanto en relación con dichos tratados hay que entender mejor las situaciones particulares en cada país, comprender mejor los fenómenos que se describen y, finalmente, hay que evitar que se actúe de forma precipitada y se rompan los frágiles equilibrios alcanzados con los Tratados del 96.
2. Que las soluciones por venir no se limitan al derecho de autor, por cuanto otras disciplinas contribuyen a ellas como los derechos fundamentales, el derecho de la competencia o las normas de responsabilidad establecidas para regular el comercio electrónico.
3. Que, efectivamente, las fronteras entre los derechos más representativos reconocidos en el derecho comparado, como el de reproducción, comunicación pública y distribución, ya no son tan claras como cabría pensar.

13 OMPI, Sirinelli Pierre (preparado), Resumen de la sesión de intercambio de ideas organizadas por la OMPI, 6/7 abril de 2017, Ginebra.

14 El autor de este texto fue uno de ellos.

Este pasaje de la discusión de los expertos académicos convocados por la OMPI no fue tan unánime como pudieron ser los otros temas considerados, puesto que, por ejemplo, aun cuando se citó que el derecho de reproducción se ejerce hoy en día con menos frecuencia que en el pasado, por cuanto es posible poner a disposición las obras a través de las redes digitales, se puso presente que la tecnología digital no se limita a hacer que las obras estén disponibles en línea, por lo que aún existe un espacio suficientemente amplio para comprender de forma completa el ámbito de aplicación del derecho de reproducción.

En tanto que respecto del derecho de comunicación al público, coincidieron en que la interpretación de este derecho ha aumentado la incertidumbre sobre su alcance, haciéndolo particularmente complejo como ha sucedido con la interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asimismo, cabe preguntar «si la mera puesta a disposición del público de una obra materializa por sí misma el derecho de comunicación al público o si, además, se necesita de un acto de transmisión real¹⁵», pues de una lectura detenida del artículo 8 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, se infiere que de la expresión «puedan acceder» se desprende claramente que el derecho exclusivo abarca tanto a la puesta a disposición potencial como efectiva. No obstante, quedó dicho que el entendimiento que hace la «Guía sobre los tratados de derecho de autor y derechos conexos administrados por la OMPI» de esta disposición del WCT/TODA reduce la carga de la interpretación, y así lo pone de manifiesto el estudio de la OMPI cuando indica que 51 Estados miembros han introducido disposiciones para adaptar el derecho de comunicación y/o puesta a disposición del público al entorno digital.

Con relación al derecho de distribución, y más allá de que, como dicen algunos, durante una descarga el derecho de comunicación al público se ve cada vez más suplantado por el derecho de distribución¹⁶, lo que hay que considerar es que, a diferencia de lo que pasaba relativamente hace poco, hoy el derecho de distribución excede el entendimiento de que su aplicación se restringe a la circulación de copias tangibles, debiendo cubrir actos que ponen a disposición las obras mediante las redes digitales, con lo que se supone que entonces cabría preguntarse si este derecho de distribución se agota después del primer uso cuando una obra o prestación se distribuye por medios digitales, tal y como lo formula el documento del GRULAC.

4. Que los autores ya no ocupan un lugar central ni en la formación como en la aplicación del régimen de derecho de autor, en particular porque las tecnologías de la comunicación y la información —al ampliar exponencialmente el uso, goce y disfrute de las obras y prestaciones— han traído consigo nuevos actores al ecosistema de creación y distribución o, lo que es lo mismo, a la cadena de valor. Tal sería el caso de la protección de las publicaciones de prensa en línea (Directiva europea 2019/790, art. 15).

La anterior consideración requiere reconocer que el derecho de autor se legitima como derecho positivo en tanto que hay un creador, persona física que realiza la creación intelectual, origen de las obras literarias y artísticas. Plantearlo de manera distinta sería tanto como pensar en un «derecho de autor sin autores» o en un «derecho de tierras sin tierra».

5. Los expertos, más allá de las cuestiones propuestas en el documento del GRULAC, consignaron algunas sugerencias en relación con el Estudio Exploratorio de la OMPI, tales como las siguientes: «I) Examinar con mayor detenimiento la jurisprudencia y la interpretación judicial. II) Considerar y analizar el impacto sobre el derecho de autor y los derechos conexos por parte de los acuerdos de promoción comercial (los llamados TLC, tratados de libre comercio) y de protección a las inversiones que contienen regulaciones sobre estos derechos. III) Estudiar la contribución de la gestión colectiva, prestando una atención especial al entorno digital. IV) Considerar el agotamiento de los derechos en el entorno digital. V) Y, aun cuando, esta cuestión no solo es del ámbito del derecho de autor, sino también de las normas del consumo y la competencia, algunos

15 *Ibid.*

16 *Ibid.*

expertos se manifestaron sobre un “segundo nivel de interoperabilidad”; es decir, ya no solo entre dos componentes de *software*, sino también entre los dispositivos de reproducción de contenidos o los dispositivos de reproducción de *software* y el *software*, o, como mínimo, los archivos almacenados en estos dispositivos. Si no hay interoperabilidad, el dispositivo —pero también el titular del derecho— queda preso de sistemas de propiedad exclusiva¹⁷». VI) Además, se sugirió que se examinen los procedimientos de notificación y contra notificación establecidos por los Estados miembros para limitar la responsabilidad de los intermediarios.

Párrafos atrás poníamos de relieve los atributos del documento del grupo de países de América Latina y el Caribe, no obstante hay que señalar el tiempo transcurrido desde la adopción de los Tratados de la OMPI de 1996 y la ausencia en él a referencias específicas de prácticas contractuales y a la gestión colectiva; lo que, sin duda, llevó a los expertos a sugerir tres ideas que debieran ser consideradas en etapas posteriores del proceso de adecuación del derecho de autor y los derechos conexos en un entorno digital:

- a) Actualizar la «Guía sobre los tratados de derecho de autor y derechos conexos administrados por la OMPI», publicada en el 2003¹⁸, y fuente valiosa para lograr un apropiado cumplimiento del trato nacional.
- b) Preparar un inventario de equilibradas estipulaciones contractuales, que podrían servir de herramientas a los titulares de derechos para la preparación de sus contratos de cesión de derechos de autor o de concesión de licencias, y para garantizar que se beneficien de una mejor distribución de los ingresos.
- c) Reflexionar sobre los medios de elaborar un inventario fiable y fácilmente accesible de información relacionada con la propiedad de los derechos, similar a los sistemas voluntarios de catalogación, documentación y registro en los niveles nacional, regional e internacional.

Aun cuando los expertos convocados por la OMPI no tenían ninguna atribución pública, sí cargaban con una dilatada experiencia académica en la esfera del derecho de autor y los derechos conexos en el marco de las distintas tradiciones jurídicas que infunden el derecho de autor, además, de provenir de diferentes regiones geográficas y, naturalmente, con opiniones y posturas diferentes sobre estas cuestiones.

17 OMPI, Sirinelli Pierre (preparado), Resumen de la sesión de intercambio de ideas organizadas por la OMPI, 6/7 abril de 2017, Ginebra.

18 http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/copyright/891/wipo_pub_891.pdf.