

EL PROYECTO DE TRATADO DE LA OMPI PARA LA PROTECCIÓN DE LOS ORGANISMOS DE RADIODIFUSIÓN. FOTOGRAFÍA DE UNA SINTONÍA INCONCLUSA

Graciela Melo Sarmiento*

Fecha de recepción: 24-09-2020

La actualización y modernización del sistema internacional de derecho de autor y derechos conexos del año 1996 mediante la adopción de los denominados Tratados Internet (WCT o TODA y WPPT o TOIEF) no incluyó de forma alguna a los organismos de radiodifusión, titulares estos de derechos conexos en los países signatarios de la Convención de Roma de 1961.

Desde el año 1998^{1, 2} la OMPI (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual), a través del Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos (SCCR por sus siglas en inglés), ha liderado reuniones, trabajos y discusiones en procura de lograr la adopción de un texto de tratado de protección que permita luego convocar una conferencia diplomática en la que se pueda discutir y

- 1 En el Informe de Secretaría del Comité Permanente de la OMPI de 23 de julio de 2007, documento WO/GA/34/8 se lee que para entonces la «cuestión relativa a la actualización de los derechos de los organismos de radiodifusión en respuesta a la evolución tecnológica y a la utilización cada vez mayor de redes de información y comunicación se ha examinado en el Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos (SCCR) durante 17 sesiones consecutivas, entre 1998 y 2007».
- 2 De hecho, la historia se remonta a 1997 como lo describe Schötz: «The first step towards the treatment of the subject at the international level was the Manila Symposium on Broadcasting, New Technologies and Intellectual Property, held in April 1997 with the participation of many major broadcasting organizations. World Intellectual Property Organization [WIPO], WIPO World Symposium on Phonograms, New Communication Technologies and Intellectual Property, WIPO/SYM/MAN/97 (Apr. 28-30, 1997), https://www.wipo.int/meetings/en/details.jsp?meeting_id=3095 [<https://perma.cc/RJ3RQC/NH>]». Schötz, Gustavo, «It's time for a new international treaty for broadcasters», *IDEA*, Volume 59, Number 2, 2019.

* *Abogada, doctoranda en la Universidad Austral de Argentina, especializada en Derecho Comercial y en Regulación de las Telecomunicaciones y Nuevas Tecnologías. Profesora de Propiedad Intelectual en la Universidad de la Sabana. Tutora de la Academia de la OMPI. Bogotá (Colombia). Agradecimiento especial a Fernando Zapata, Carolina Romero, Gustavo Schötz, Martín Massini, Marcelo García y Álvaro Díez por compartir sus luces en la preparación de este escrito.*

© De la obra: Graciela Melo Sarmiento.

© 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.

dar aprobación a este. Hasta el momento han sido infructuosos todos los esfuerzos en esta vía. Hasta la última reunión del Comité de 2019 no había sido posible lograr el consenso en un texto unificado.

Las diferencias son múltiples y versan sobre la mayoría (si no la totalidad) de los aspectos o partes de un eventual tratado, esto es, la definición de radiodifusión, la de retransmisión, objeto de protección, derechos a conceder, beneficiarios de la protección, limitaciones y excepciones, obligaciones relativas a las medidas tecnológicas de protección, obligaciones relativas a la información para la gestión de derechos y el plazo de protección.

El propósito de este escrito es mostrar un panorama resumido del estado de la cuestión, con una primera sección en la que se mostrará brevemente la evolución histórica de los derechos de los organismos de radiodifusión con expresa referencia a la Convención de Roma, una segunda sección en la que se detallará el foco de la divergencia en cada una de las partes del eventual tratado y finalmente algunas conclusiones.

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DE ORGANISMOS DE RADIODIFUSIÓN

Los organismos de radiodifusión (en adelante OR) adquirieron estatus de titulares de derechos conexos a nivel internacional con la adopción de la Convención de Roma de 1961, tratado internacional que creó la protección de los derechos conexos junto a otros dos titulares: los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas.

Conforme al artículo 13 de la Convención de Roma, los OR tienen el derecho de autorizar o prohibir, respecto de sus emisiones: la retransmisión, fijación, reproducción de fijaciones —I) de las emisiones hechas sin su consentimiento y II) de las emisiones realizadas con base en limitaciones y excepciones del artículo 15 si dicha reproducción excede los fines previstos por tal artículo— y la comunicación al público de sus emisiones de televisión cuando estas se efectúen en lugares accesibles al público.

En este tratado el objeto de protección respecto de los OR es la «emisión», definida en el artículo 3 apartado f) como «la difusión inalámbrica de sonido o de imágenes y sonidos para su recepción por el público»; el alcance del tratado se circunscribe a «la difusión por medio de ondas hercianas o de cualquier otro sistema inalámbrico... por consiguiente la transmisión alámbrica (radiodistribución, televisión por cable) queda excluida de ese concepto»³.

Habida cuenta de que la transmisión por cable «se ha convertido en una de las formas más comunes de explotación de los programas radiodifundidos» el alcance de la Convención de Roma resulta hoy en día «obsoleto»⁴, esto sin hablar de los servicios por demanda. Ciertamente, cabe anotar que estas definiciones adoptadas por la propiedad intelectual no son coincidentes o regidas por las regulaciones de telecomunicaciones, esto se puede explicar porque se trata de normativas paralelas con fines distintos⁵.

En la actualidad, 95 países⁶ son partes contratantes de la Convención de Roma, y en los países que no son miembros existe normativa que confiere algunos derechos a los OR conforme al *copyright*, pero el

3 Guía de la Convención de Roma y del Convenio de Fonogramas OMPI, Ginebra, 1982, p. 30.

4 Guía sobre los Tratados de Derecho de Autor y Derechos Conexos Administrados por la OMPI, Mihály Ficsor, OMPI, Ginebra, 2003, p. 159.

5 En efecto, según el Reglamento de Radiocomunicaciones de la UIT, la radiodifusión es entendida como un servicio que se transmite por aire. De ahí que bajo este reglamento hablar de «radiodifusión por cable» sea incorrecto, más bien estaríamos ante una forma o variedad de «telecomunicación»: art. 1.3 *telecomunicación*: toda transmisión, *emisión* o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos o informaciones de cualquier naturaleza por hilo, *radioelectricidad*, medios ópticos u otros sistemas electromagnéticos (CS).

6 Fuente OMPI: https://www.wipo.int/treaties/es/ShowResults.jsp?lang=es&treaty_id=17.

alcance y objeto de los derechos reconocidos es muy diverso⁷. Cabe destacar que casi la totalidad de países iberoamericanos forman parte de la Convención de Roma⁸. Para Schötz la diferencia de tratamiento en los dos sistemas legales, derecho de autor y *copyright*, es el principal obstáculo subyacente al tratado⁹.

La evolución de las tecnologías de comunicación desde la época de adopción de la Convención de Roma ha ido generando la creciente y acumulada necesidad de adecuar la normativa para procurar ofrecer solución al requerimiento de protección frente a los usos no autorizados de las emisiones de radiodifusión, concretamente la piratería de «señales portadoras de programas».

El Convenio sobre la Distribución de Señales Portadoras de Programas Transmitidas por Satélite, hecho en Bruselas el 21 de mayo de 1974, es un primer intento de modernizar y actualizar la protección de los OR. Este tratado no confiere derechos de propiedad intelectual, lo que establece es la obligación de los Estados contratantes de «tomar todas las medidas adecuadas y necesarias para impedir que, en o desde su territorio, se distribuya cualquier señal portadora de un programa, por un distribuidor a quien no esté destinada la señal, si esta ha sido dirigida hacia un satélite o ha pasado a través de un satélite»¹⁰.

Conforme a la definición de señal y de programa del Convenio de Bruselas y al informe de la Conferencia Diplomática correspondiente: «Mientras una señal tenga la capacidad potencial de transmitir programas, no importa el medio electrónico o la combinación de medios que se utilicen para generarla». «El Convenio de Bruselas trata sobre las señales, no sobre el mensaje que transportan dichas señales»; y que «que el programa puede ser en directo o grabado, o una combinación de ambos»¹¹. Es viable afirmar, de una parte, la característica de neutralidad tecnológica respecto de la señal y, de otra, dejar sentado que el objeto de protección no comprende al contenido de los «programas», contenido que puede ser tanto material protegido por derechos de autor o derechos conexos como material no protegido por la propiedad intelectual, como es el caso de las competencias deportivas. Ejemplos: el mundial de fútbol de la FIFA, o los Juegos Olímpicos¹².

7 «La ausencia de disposiciones específicas sobre protección por derecho de autor para los organismos de radiodifusión no significa necesariamente que no exista dicha protección. Puede existir, por ejemplo, mediante la interpretación del concepto general de “obra” protegida, o bien se puede considerar que las emisiones constituyen una compilación de obras o datos y que como tales están protegidos. En este último caso, sin embargo, la protección solo cubriría la utilización de una porción tan grande de emisiones que ello supondría una infracción de la compilación protegida. La ley de derecho de autor de los Estados Unidos de América constituye un ejemplo del primer caso, es decir, que las emisiones no están incluidas en el catálogo de obras protegidas pero la Sección 101 de la Ley dispone que “[una] obra compuesta por sonidos, imágenes o ambos, y que están siendo transmitidos, se considerará ‘fijada’ a los efectos de este título, si la fijación de la obra ocurre al mismo tiempo que su transmisión”. Ello significa que los organismos de radiodifusión pueden obtener protección por derecho de autor para toda la materia susceptible de ser protegida por derecho de autor que puedan producir y transmitir, incluso por transmisiones en vivo, siempre que se efectúe al mismo tiempo que una grabación de la emisión en vivo». Documento SCP/1/3 de 7 de septiembre de 1998. Legislación vigente a nivel internacional, regional y nacional en materia de protección de los derechos de los organismos de radiodifusión, preparado por la Oficina Internacional de la OMPI para la primera sesión del Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos.

8 Argentina, Bolivia, Belice, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, España, Guatemala, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

9 «However, in my opinion, currently the main obstacle lies in the different objectives and tools used by both systems: authors rights and copyright». Schötz, Gustavo, «It’s time for a new international treaty for broadcasters», *IDEA*, Volume 59, Number 2, 2019.

10 Artículo 2 Convenio sobre la Distribución de Señales Portadoras de Programas transmitidas por Satélite.

11 Guía sobre los Tratados de Derecho de Autor y Derechos Conexos Administrados por la OMPI, Mihály Ficsor, OMPI, Ginebra, 2003, p. 181.

12 Esto sin desconocer la relevante arista, que no se aborda en este escrito, de que distintos elementos presentes en tales competencias sean claramente objeto de protección de la propiedad intelectual, tales como marcas, diseños industriales, patentes, amén de las cuantiosas inversiones de parte de los titulares de tales categorías de protección y otros aspectos de no menor importancia como los contratos sobre la explotación del derecho de imagen de los jugadores involucrados, y sobre la exclusividad de las transmisiones de tales eventos, elementos todos que hacen que las entidades relacionadas con tales competencias deportivas se constituyan en agentes altamente interesados en la suerte de la protección de tales programas y de la transmisión de las señales que los portan.

Si bien los eventos deportivos en sí mismos no califican como objeto de protección por el derecho de autor las transmisiones televisivas de aquellos —que a la vez fueran grabadas—, sí podrían calificar para dicho amparo autoral. Esto bajo el criterio que la disposición y enfoques de las cámaras, efectos especiales, comentarios y demás componentes de una transmisión de acontecimiento deportivo (por supuesto, articulados con originalidad) son todos elementos concurrentes a la formación de una obra intelectual merecedora de protección¹³. El punto no es para nada pacífico y evidencia la perspectiva diversa entre los sistemas de derecho continental y anglosajón, pero también es una muestra de las dificultades de interpretación judicial de la materia en la diferenciación respecto del objeto de protección del derecho de autor y el de los derechos conexos¹⁴.

No obstante las buenas intenciones en relación con la lucha contra la piratería, el éxito del convenio de satélites es escaso si nos atenemos a la adhesión de solo 38 países desde su creación en 1974 hasta la fecha¹⁵, aun con la tarea de promoción realizada por parte de Estados Unidos, que ha incorporado la obligación de adherir o ratificar la adhesión al convenio en los tratados de libre comercio suscritos con varios países.

El capítulo ADPIC del Tratado de la OMC adoptado en 1994 confiere a los OR, en su artículo 14 numeral 3.º, el derecho de prohibir los actos de fijación, reproducción de fijaciones y la retransmisión por medios inalámbricos de las emisiones, así como la comunicación al público de sus emisiones de televisión. A diferencia del tratamiento que este tratado asume frente al Convenio de Berna al establecer en el artículo 9 la obligación de los Estados miembros de observar los artículos 1 al 21 del Convenio de Berna, en relación con los derechos de los OR, el acuerdo sobre los ADPIC no genera vínculo obligatorio con la Convención de Roma, pero sí establece que los países que no concedan tales derechos a los OR «darán a los titulares de los derechos de autor sobre la materia objeto de las emisiones la posibilidad de impedir los actos antes mencionados a reserva de lo dispuesto en el Convenio de Berna (1971)¹⁶».

En este punto conviene anotar que el Convenio de Berna establece en el artículo 11bis numeral 1.º el derecho de radiodifusión, concebido como una forma concreta de comunicación al público de las obras literarias y artísticas «por cualquier medio que sirva para difundir sin hilo los signos, los sonidos o las imágenes». A su vez, en el numeral 2.º de este artículo 11bis se consigna el derecho exclusivo de autorizar o prohibir «toda comunicación pública, por hilo o sin hilo, de la obra radiodifundida, cuando esta comunicación se haga por distinto organismo que el de origen». Esta puntualización importa porque deja ver que el concepto de «radiodifusión» bajo Berna solo comprende la difusión sin hilo, lo que no impide o interfiere con que a la luz de las nuevas tecnologías y a los efectos específicos de un tratado internacional que procure actualizar la protección respecto de las nuevas formas de difusión que utilizan las organizaciones de radiodifusión adopte, como se procura, una nueva definición más amplia en su comprensión del concepto de radiodifusión.

En el artículo 2 de definiciones, literal f) del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas TOIEF de 1996 contiene una nueva definición de radiodifusión: «Transmisión inalámbrica

13 En este sentido, *Baltimore Orioles Inc. vs. Major League Baseball Players*, 480 U. S. 941 (1987), citado por Chisum, D. y Jacobs, Michael A.: *Understanding intellectual property law*, Mathew Bender, 1992.

14 Bajo el criterio de la ausencia de protección de la grabación en directo de un partido de fútbol por la vía del derecho de autor, se pronunció en sede de casación el Tribunal Supremo de España en la sentencia de 25 de junio de 2013 en el caso iniciado por *Grupo Santa Mónica Sports vs. Bilbao Bizkaia Kutxa*: «En principio, la transmisión o grabación en directo de un partido de fútbol carece de la mínima originalidad y altura creativa necesarias para ser considerada como “obra” protegida por la propiedad intelectual». No obstante, su emisión sí es objeto de protección en virtud de los derechos conexos y la Convención de Roma. Consultado el 24 de septiembre en <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=match=TS&reference=6810924&links=&optimize=20130729&publicinterface=true>.

15 De estos 38 países en total, 11 son del continente americano: Chile, Colombia, Costa Rica, El Salvador, Estados Unidos de América, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá y Perú.

16 Artículo 14 numeral 3 del Acuerdo sobre los ADPIC (1994). Se comprende este tratamiento al considerar la manera en que legislaciones como la de Estados Unidos protegen a los OR no propiamente sobre sus emisiones, sino sobre las obras compuestas contenidas en las transmisiones, pero «a reserva» de Berna de donde se deriva la dificultad de disparidad latente de protección entre los países miembros de la Convención de Roma y ajenos: la ausencia de protección a las «emisiones» propiamente dichas.

ca de sonidos o imágenes y sonidos o de las representaciones de estos, para su recepción por el público; dicha transmisión por satélite también es una “radiodifusión”; la transmisión de señales codificadas será “radiodifusión” cuando los medios de descodificación sean ofrecidos al público por el organismo de radiodifusión o con su consentimiento», pero este tratado no comprende ni a los OR, sus derechos ni el objeto de protección de estos.

2. ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN

Este panorama de la normativa internacional respecto de los OR y la radiodifusión es el mismo desde el inicio de los trabajos del Comité Permanente de Derecho de Autor de la OMPI en noviembre de 1998. Mientras tanto, el desarrollo, evolución y transformación de las tecnologías de la comunicación y de la información han sufrido una variación drástica, no solo por la aparición y masificación de diversos dispositivos electrónicos, sino principalmente por Internet, su masificación y la expansión de la banda ancha, que ha conducido a la convergencia de los medios de comunicación con las tecnologías de la información, la digitalización de la radiodifusión, modificando todo el escenario de los medios, actores y modelos de negocio en la cadena de valor de producción, reproducción, difusión, distribución de obras y prestaciones protegidas por el derecho de autor y por los derechos conexos.

Cabe anotar que en la actualidad el panorama del mercado de la difusión de obras, especialmente el sector audiovisual, resulta altamente competido por distintas entidades (cableoperadores, radio en Internet, OTT entre otras), las cuales, sin calificar como OR y bajo diversos modelos de negocio, realizan los mismos actos que un OR, pero sin el sometimiento a la regulación de derecho público que en la mayoría de los países aplican para la radiodifusión. Entre ellos, los OTT, pero también distintos actores de diverso calado (desde clubes de fútbol) que difunden contenido en redes informáticas a la par de los OR.

En el transcurso de los 22 años de estudios y debates hasta ahora, hubo solo un intento preliminar y fallido de convocatoria a conferencia diplomática, mediante decisión adoptada por la Asamblea General de la OMPI, en su periodo de sesiones de septiembre/octubre de 2006, en la que se estableció que se trabajaría sobre la base de un enfoque centrado en la protección de la radiodifusión y la difusión por cable tradicionales, eliminando de la discusión la referencia a la difusión por Internet y a la difusión simultánea para dejar estos aspectos a una etapa ulterior, y centrarse en las señales. Pero en la segunda de las sesiones especiales celebradas en el 2007 conforme a lo ordenado por la asamblea del 2006 se concluyó que no era viable alcanzar un acuerdo sobre una propuesta básica de documento para la celebración de una conferencia diplomática, y así se informó para continuar en estudios y en la búsqueda de un documento de consenso¹⁷, como aún permanece la cuestión.

Esta decisión «conciliadora» si se quiere, más política que jurídica, que cierra los ojos a la realidad abrumadora del avance de la realidad tecnológica de la difusión de contenidos vía Internet, igual no ha logrado fructificar en la adopción de un tratado. El último texto consolidado y revisado sobre las definiciones, el objeto de la protección, los derechos que han de concederse y otras cuestiones está recogido en el documento SCCR/39/7 de 25 de octubre de 2019, que revisaremos siguiendo su mismo orden:

1. Preámbulo. Se parte del deseo de mantener la protección equilibrada y del reconocimiento, de un lado, del impacto del desarrollo y convergencia de las tecnologías de la información y la comunicación, y del objetivo de fomentar la protección internacional de los OR sin comprometer los derechos de autor sobre las obras y los derechos conexos, pero haciendo hincapié en los beneficios que tiene para autores y titulares de derechos de autor y derechos conexos la protección efectiva de los organismos de radiodifusión sobre las señales. El aspecto concernido al reconocimiento de derechos a los OR no logra aún consenso.

17 SCCR/17/INF/1, noviembre de 2008. Documento oficioso del presidente del Comité Permanente, p. 2.

Este preámbulo revela uno de los aspectos de permanente preocupación en los debates, esto es, la separación de las señales portadoras de programas respecto de los derechos de autor y derechos conexos, pero el beneficio mutuo de protección, y ciertamente no podría ser de otra forma bajo el entendimiento de que el contenido es materia y objeto de otras normas y titulares, los autores y titulares de las obras protegidas, los artistas intérpretes o ejecutantes partícipes en obras protegidas y los productores de fonogramas, cuyos derechos y objeto de estos no se confunden ni traslapan con las señales portadoras.

2. Los artículos de salvaguarda en relación con el derecho de autor y los derechos conexos, y de relación con otros convenios y tratados, de texto muy similar al numeral 2.º del artículo 1 de los tratados TOIEF y Beijing, no logran aún consenso. El texto propuesto establece que el tratado no constituye un acuerdo especial en virtud del artículo 22 de la Convención de Roma, pero como se mencionó atrás, habida cuenta de que un amplio número de países no son miembros de esta convención, este aspecto no ha logrado conciliación.
3. En el artículo de las definiciones se evidencia el consenso en la definición de señal portadora de programas, de programas y la comprensión de medios tanto alámbricos (cable) como inalámbricos, pero se revela también la ausencia de acuerdo respecto de las transmisiones por redes informáticas. El texto propuesto trae definiciones de retransmisión, transmisión casi simultánea, transmisión diferida y señal anterior a la emisión, abarcando así distintas modalidades de uso de la emisión por parte de los OR, pero no hay consenso en las definiciones de transmisión diferida equivalente y de versión almacenada de la señal portadora de programas. Una diversidad tan intrincada no resulta de fácil comprensión y tampoco permite avizorar una interpretación judicial pacífica.
4. Respecto del objeto de protección, bajo el enfoque en las señales portadoras de programas, aclarando que la protección no se extiende a los programas contenidos en ellas, el punto de discrepancia radica en el reconocimiento del derecho respecto de la fijación de la señal, sin cuya inclusión no es viable comprender las transmisiones diferidas dado que ellas implican el requerimiento técnico de la fijación¹⁸. Este es uno de los ítems más delicados y de importancia para una eventual utilidad del tratado, en el que Estados Unidos se resiste a reconocer el derecho del OR a autorizar y prohibir la fijación de la señal.
5. En cuanto a los derechos que han de concederse, existen aún dos variantes divergentes en el texto consolidado; aunque en ambas se confiere un derecho exclusivo de autorizar la retransmisión de una señal portadora de programas al público, la variante 1 cubre la interactividad bajo demanda, mientras que la variante 2 establece la posibilidad de limitar o excluir de la protección algunas retransmisiones a condición de que esa parte contratante conceda protección jurídica adecuada y efectiva a los OR. Esta variante, propuesta por la delegación de Estados Unidos, resulta muy poco pacífica y de difícil solución dada la inseguridad jurídica que genera, entre otros, por sujetar la protección según el territorio donde se deba reclamar la protección.

Los temas de los puntos 4) y 5) están muy entrelazados, los derechos posfijación están intrínsecamente vinculados a la evolución de los modelos de negocio que desarrollan actualmente los organismos de radiodifusión. En el caso de los servicios bajo demanda, en el marco del mismo comité diversos organismos de radiodifusión públicos (como la BBC) han manifestado con vehemencia la

18 «25. Otras delegaciones son de la opinión de que los derechos posteriores a la fijación son en efecto necesarios para que la protección de los derechos de los organismos de radiodifusión sea eficaz. Tanto la Convención de Roma como el Acuerdo sobre los ADPIC incluyen derechos posteriores a la fijación, como el derecho de reproducción de fijaciones de la emisión, y ese derecho, junto con los derechos relativos a las retransmisiones en diferido (es decir, una nueva transmisión que se realiza a partir de una fijación) y la puesta a disposición del público de una emisión fijada para que sea emitida de forma interactiva, son elementos fundamentales si se quiere proteger jurídicamente y de forma efectiva los intereses económicos legítimos de los organismos de radiodifusión. Para estas delegaciones, una “protección centrada en las señales” solo significa que, a diferencia de la protección del contenido transmitido, lo que da origen a la protección es la combinación del contenido de la emisión con la transmisión del mismo». SCCR/17/INF/1, noviembre de 2008. Documento oficioso del presidente del Comité Permanente, p. 7.

actualidad y necesidad de la comprensión de estos temas, lo cual deja en evidencia la justificación de la actualización de la protección en forma completa y adecuada.

6. El artículo de los beneficiarios de la protección se plantea bajo el criterio del trato nacional, pero no hay aún acuerdo respecto del cumplimiento (si concomitante o alternativo) de una de las dos condiciones respecto de la ubicación de la sede del OR: en otra parte contratante o en el origen de la señal portadora de programas desde una emisora situada en otra parte contratante. La redacción de la norma que establece los criterios de vinculación para los organismos de radiodifusión en la Convención de Roma (artículo 619) permite que países que no siendo parte contratante sí sean beneficiarios de la protección; este aspecto es visto en forma crítica (con justicia en nuestra opinión) por otro grupo de países y plantea la postura de la necesidad de corregirlo, de tal forma que se logre el verdadero propósito de un tratado: que consagre una protección internacional y una verdadera armonización en estas materias concretas, pero que si no se es parte del tratado, no sea beneficiario de la protección.
7. Las limitaciones o excepciones reciben un tratamiento igual al establecido en el TOIEF y Beijing, defiriendo en las partes contratantes la facultad de prever en su legislación los mismos tipos de limitaciones y excepciones contemplados para la protección del derecho de autor y los derechos conexos, con sujeción al cumplimiento de la regla de los tres pasos. Este ha sido uno de los temas de mayor interés a lo largo de los años de estudio. En el pasado, diversas ONG han presentado sus puntos de vista remarcando su importancia en propuestas tales como listados obligatorios de casos especiales para asegurar el cumplimiento uniforme por parte de todas las partes contratantes, pero en tales pronunciamientos se deja ver la confusión entre el objeto de protección del derecho de autor y el del derecho conexo o del OR. En nuestra opinión, y nuevamente bajo la consideración de las diferencias entre los sistemas de protección y de las particularidades de cada país, las limitaciones o excepciones deben recibir ser objeto de reglamentación en cada país.
8. En relación con las medidas tecnológicas de protección se establece la obligación de las partes contratantes de proporcionar protección jurídica, pero se agrega un párrafo, sobre el que no hay tampoco aún acuerdo, que consigna la obligación de asegurar que esta protección jurídica no impida a terceros disfrutar del contenido que no goce de protección o ya no esté protegido (dominio público) o se encuentre cobijado por limitaciones o excepciones. Llama la atención esta preocupación que parte de una falsa idea respecto de superposición de los derechos sobre las obras objeto de difusión y las señales objeto de la protección del nuevo tratado, cuando en verdad son dos aspectos distintos que no tienen por qué generar interferencia entre sí.
9. En el artículo correspondiente a las obligaciones relativas a la información para la gestión de derechos parece haber consenso en la norma con un tratamiento similar al que se observa en el TOIEF y en Beijing, con la inclusión de protección a la información que identifica al OR, a la radiodifusión, al titular de cualquier derecho sobre el programa, o la información sobre las cláusulas y condiciones de utilización de la señal portadora de programas, con lo que se defiere beneficio adicional a los titulares de derechos sobre el contenido protegido en la señal.
10. Es de relevar la declaración concertada propuesta al artículo sobre los medios de aplicación y relación con otros derechos, aunque aún sin armonía, en la que se adopta cláusula similar a la conocida

19 Artículo 6 de la Convención de Roma: «Emisiones protegidas: 1. Criterios de vinculación para los organismos de radiodifusión; 2. Facultad de formular una reserva 1. Cada uno de los Estados Contratantes concederá igual trato que a los nacionales a los organismos de radiodifusión, siempre que se produzca alguna de las condiciones siguientes: a) que el domicilio legal del organismo de radiodifusión esté situado en otro Estado Contratante; b) que la emisión haya sido transmitida desde una emisora situada en el territorio de otro Estado Contratante. 2. Todo Estado Contratante podrá, mediante notificación depositada en poder del Secretario General de las Naciones Unidas, declarar que solo protegerá las emisiones en el caso de que el domicilio legal del organismo de radiodifusión esté situado en el territorio de otro Estado Contratante y de que la emisión haya sido transmitida desde una emisora situada en el territorio del mismo Estado Contratante. La notificación podrá hacerse en el momento de la ratificación, de la aceptación o de la adhesión, o en cualquier otro momento; en este último caso, solo surtirá efecto a los seis meses de la fecha de depósito».

en el TOIEF de exigir el respeto por la autorización de unos y otros titulares de derechos sobre el contenido y del OR.

11. Finalmente, en relación con la duración de la protección, se mantiene el debate entre los extremos de 20 o 50 años; cabe anotar que una protección de término inferior a la conferida por los otros titulares de los derechos conexos bajo el TOIEF no resulta consistente.

3. CONCLUSIONES

Resulta incierto apostar por la viabilidad del tratado o la probabilidad de una pronta solución de los puntos de discrepancia o conflicto a juzgar por los varios aspectos sobre los que aún no se logra acuerdo después de tantos años de estudios, debates, reuniones, seminarios regionales y sesiones ininterrumpidas de discusiones.

Desde la perspectiva de los países miembros de la Convención de Roma la adopción del tratado resulta una extensión necesaria y pacífica a los derechos de los OR, pero en los países en los que hasta ahora la protección de las emisiones ha estado cobijada por el derecho de autor la cuestión genera importante tensión hasta el punto de llegar a plantearse en la doctrina que la concesión de protección a los OR sería inconstitucional²⁰.

La aspiración legítima de los OR a conseguir una protección internacional efectiva a la retransmisión de sus emisiones también vía Internet y al reconocimiento del derecho de puesta a disposición sobre sus emisiones aún no parece viable, con lo que el tratado parece perder vigencia y justificación a juzgar por el estado actual de la tecnología y el mercado de las tecnologías de la información y la comunicación.²¹

Es lamentable no lograr aún un consenso habida cuenta de que la adopción del tratado generaría beneficio a todo el ecosistema internacional del derecho de autor y los derechos conexos, pues redundaría en una observancia que favorece tanto a titulares del contenido como a los del contenedor, el OR.

De cualquier forma, y aunque pueda ser un tanto drástica la manifestación, el mercado sigue su curso, los nuevos actores que difunden contenido en redes informáticas o en Internet (OTT y similares) avanzan sin sujeción a las regulaciones de derecho público de las telecomunicaciones a las que sí están sometidos los OR, captando en forma creciente el favor de los consumidores. Los OR procuran adaptarse a las nuevas condiciones de las tecnologías sin lograr mejora de su protección legal internacional y todos siguen enfrentando o sorteando el uso no autorizado o la piratería de sus «señales portadoras de programas»: este no es un panorama equilibrado y menos alentador para los organismos de radiodifusión, en función de quienes se ha estudiado y negociado el tratado, menos aún si se considera que con la modernización de la protección de los OR se beneficiaría todo el ecosistema toda vez que las obras, aportes y prestaciones de los demás titulares de derechos de autor y derechos conexos van dentro de la «señal portadora de programas» de los organismos de radiodifusión.

20 Matthew D. Asbell, «Progress on the WIPO Broadcasting and Webcasting Treaty», 24 *Cardozo Arts & Ent. L.J.* 349, 366 (2006).

21 «28. Los que defienden estos derechos han argumentado que, a menos que se incluyan las transmisiones por Internet, habida cuenta de la enorme importancia que tiene en la infraestructura actual de la información y de las comunicaciones, no tendría sentido hacer el esfuerzo de actualizar los derechos de los organismos de radiodifusión. Algunos de los partidarios de los derechos han señalado que, si no se abarcan esos derechos, no merecería la pena llevar a cabo la tarea de elaborar un nuevo Tratado». SCCR/17/INF/1, noviembre de 2008. Documento oficioso del presidente del Comité Permanente, p. 8.