

LAS RELACIONES EXISTENTES ENTRE EL CONVENIO DE BERNA Y EL TODA

Delia Lipszyc*

Fecha de recepción: 25-08-2020

1. EL CONVENIO DE BERNA

Es el tratado multilateral más antiguo sobre derecho de autor. Desde el acta originaria (1886) se prevé la posibilidad de someterlo a revisiones periódicas con el objeto de introducir en él las mejoras que tiendan a perfeccionar el sistema de la Unión (art. 17, actualmente art. 27). Toda revisión del convenio, incluido el anexo, requiere la unanimidad de los votos emitidos (salvo para la modificación de los arts. 22 a 26 que, según esta última disposición, son adoptadas por la asamblea).

Hasta 1971 —año en que se concretó la vigente acta de París— esas revisiones se sucedieron cada veinte años aproximadamente (1908, 1928, 1948, 1967 y 1971). A través de estas y de tres complementos (1896, 1914 y 1979) se perfeccionó el sistema jurídico que se establece entre los Estados parte —constituídos en Unión— y se introdujeron diversas reformas para proteger nuevas maneras de creación (obras fotográficas y cinematográficas), ampliar los derechos específicos reconocidos a los autores —a medida que surgieron y se desarrollaron las nuevas técnicas de utilización y de difusión de las obras (reproducción mecánica, radiodifusión)—, elevar los criterios mínimos de protección (supresión de formalidades, duración de la protección), uniformar la reglamentación convencional, efectuar una reforma organizativa y estructural y establecer disposiciones particulares para los países en desarrollo.

2. LA GESTACIÓN DEL TODA

En 1989, la Asamblea y la Conferencia de Representantes de la Unión de Berna adoptaron la decisión de convocar a un comité de expertos para preparar un eventual protocolo al Convenio de Berna, el cual estaría esencialmente destinado a precisar las normas vigentes o a establecer nuevas

** Profesora consulta de Derecho Internacional Privado y titular de la Cátedra UNESCO de Derecho de Autor y Derechos Conexos en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Presidenta de la ALAI-Argentina (grupo nacional de la Association Littéraire et Artistique Internationale).*

© De la obra: Delia Lipszyc.

© 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.

normas cuando en el texto actual del Convenio de Berna pudieran existir dudas sobre su campo de aplicación. Era necesario, por un lado, acompañarlo a los importantes cambios ocurridos en los veinte años anteriores, pues el Acta de París (1971) refleja el estado del desarrollo de la tecnología durante la segunda mitad de la década de los sesenta y, por el otro, enfrentar la existencia de ciertas cuestiones sobre las que estaban divididas las opiniones de los especialistas y, lo que era aún más preocupante en las relaciones internacionales, algunos gobiernos ya habían legislado sobre estas cuestiones y otros preveían hacerlo interpretando en forma diferente sus obligaciones en virtud del Convenio de Berna. Así habían surgido, o podían surgir muy próximamente, diferencias de opiniones respecto de ciertos objetos de protección (por ejemplo, programas de ordenador, fonogramas, obras realizadas mediante ordenador), de ciertos derechos (por ejemplo, derecho de alquiler, derecho de préstamo público, derecho de puesta en circulación de ejemplares de obras de cualquier tipo, derecho de visualización en pantalla), de la aplicabilidad de los criterios mínimos de protección (ausencia de formalidades, duración de la protección, etc.) y de la obligación de conceder el trato nacional (sin reciprocidad) a los extranjeros¹.

La forma propuesta —un protocolo o tratado complementario del Convenio de Berna en los términos previstos por el art. 20 de este²— obedecía a que, como se dijo, para la revisión del convenio, según el art. 27.3, se requiere «la unanimidad de los votos emitidos» y se dudaba de poder obtenerla a tenor del programa de las modificaciones proyectadas.

Entonces comenzó la trabajosa gestión del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA o WCT según sus siglas en inglés —*WIPO Copyright Treaty*—) iniciada con la ya mencionada primera sesión del comité de expertos (4 a 8 de noviembre de 1991) para preparar un eventual protocolo al Convenio de Berna.

Entre noviembre de 1991 y mayo de 1996 tuvieron lugar en Ginebra, en la sede de la OMPI, siete sesiones del comité de expertos para preparar un eventual protocolo al Convenio de Berna y seis del comité de expertos sobre un posible nuevo instrumento sobre la protección de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas —independiente de la Convención de Roma—, en las cuales se consideraron los temas propuestos en los memorandos preparados por la Oficina Internacional de la OMPI³. Las últimas tres sesiones de los dos comités de expertos fueron convocadas en las mismas fechas y, parte de las sesiones, se celebraron en forma conjunta.

En el ínterin concluyó la Ronda Uruguay del GATT y se firmó en Marrakech, el 15 de abril de 1994, el Acuerdo de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y sus cuatro anexos, entre los que se encuentra el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (AADPIC). Las normas de este se tuvieron permanentemente en cuenta en las sesiones de los comités de expertos.

En mayo de 1996 se exteriorizó un cambio de criterio respecto del protocolo al Convenio de Berna: se había abandonado esta idea por la de un nuevo tratado sobre derecho de autor y, finalmente, en agosto de 1996, se convocó a una conferencia diplomática de la OMPI, que se celebró en Ginebra, del 2 a 20 de diciembre de 1996, y en la que se concluyeron el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT: *WIPO Performances and Phonograms Treaty*). A estos tratados se los suele denominar «tratados Internet» porque son instrumentos internacionales de vocación mundial que se refieren a la utilización en línea —en el entorno digital— y

1 Véase documento OMPI BCP/CE/I/2 de 18 de julio de 1991, p. 3.

2 De acuerdo al art. 20 del Convenio de Berna, los países de la Unión se reservan el derecho de adoptar entre ellos los arreglos particulares o uniones restringidas siempre que estos arreglos cumplan con alguna de las dos condiciones siguientes: conferir a los autores derechos más amplios que los concedidos por el convenio o contener otras estipulaciones que no sean contrarias a este.

3 En todos los temas hubo primero una propuesta de la Oficina Internacional en un memorándum preparado por esta para la sesión respectiva y luego un informe de cada sesión con una síntesis de los debates y un resumen del presidente del comité.

a lo que ocurre con las transmisiones digitales «a pedido» (o a la carta) de obras protegidas por el derecho de autor, de interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas y de fonogramas⁴.

3. EL TODA

Es un tratado autónomo y no una revisión del Convenio de Berna como se enfatiza en el art. 1.1.: «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 aclara a continuación que no deroga ninguna de las obligaciones existentes entre las partes contratantes en virtud del Convenio de Berna (§2). Se trata de una cláusula de salvaguardia del Convenio de Berna similar a la contenida en el art. 2.2 del AADPIC.

Asimismo, establece que las partes contratantes en el TODA darán cumplimiento a lo dispuesto en los arts. 1 a 21 y en el anexo del Convenio de Berna (§4), y que por Convenio de Berna se entenderá el Acta de París, 1971 (§3).

De modo que el TODA incorpora por referencia a los arts. 1 a 21 y el anexo del Convenio de Berna, reiterando así el método seguido en el AADPIC para evitar volver a legislar sobre las mismas cuestiones (pero, naturalmente, el TODA omite la exclusión del art. 6 bis del Convenio de Berna establecida en el art. 9.1 del AADPIC, es decir, el «Berna menos»).

Respecto del art. 1.4 del TODA, la conferencia diplomática aprobó la siguiente declaración concertada: «El derecho de reproducción, tal como se establece en el Artículo 9 del Convenio de Berna, y las excepciones permitidas en virtud del mismo, son totalmente aplicables en el entorno digital, en particular a la utilización de obras en forma digital. Queda entendido que el almacenamiento en forma digital en un soporte electrónico de una obra protegida constituye una reproducción en el sentido del Artículo 9 del Convenio de Berna». Esta es una respuesta al problema de las reproducciones provisionales —almacenamientos temporales, transitorios o accesorios— que son una característica necesaria del proceso de comunicación y que conlleva la realización de ciertas reproducciones de los contenidos en los servidores y enrutadores (*routers*) existentes en la cadena de transmisión entre el servidor de procedencia y el ordenador del usuario final, incluido este último. En otras palabras, las obras introducidas en la red de información digital se almacenan de forma provisional en la memoria RAM o en la memoria caché de los ordenadores de los servidores de los proveedores de servicios, de acceso, de los *proxy servers*, etcétera, y de los usuarios finales, como requisito técnico integrante y esencial para permitir una transmisión eficaz en una red y la presentación en pantalla. También permite, en los hechos, que el usuario realice, cuando ello es técnicamente posible, una copia permanente —para su uso personal— de la transmisión en línea. De este modo se confirma la aplicación del art. 9 del Convenio de Berna a los actos de reproducción, incluidos los almacenamientos transitorios o accesorios en memorias de ordenadores, llevados a cabo en el proceso de transmisión digital⁵, sometido al mismo tiempo explícitamente al derecho exclusivo de comunicación pública (art. 8 del TODA).

4 La conferencia también adoptó varias declaraciones concertadas relativas a diversos artículos de ambos tratados, la resolución relativa a las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales (que se concretó en un tratado en Beijing en 2012) y la recomendación relativa a las bases de datos.

5 En relación con los Estados Unidos de América, Jane C. Ginsburg («Chronique des États-Unis», *RIDA* 180, abril de 1999, p. 179), destaca que hace más de una década que los tribunales entendieron que en la definición legal de copia —o ejemplar— de una obra protegida establecida en el art. 101 de la *Copyright Act* de 1976, según el cual son los «soportes materiales [...] en los cuales se fija una obra por cualquier método conocido o por conocerse, y que permite que la obra pueda ser percibida, reproducida o bien directamente comunicada, ya sea en forma directa o bien con la ayuda de una máquina o dispositivo [...]», quedaban incluidas las efectuadas por máquinas de telefax, de modo que el envío no autorizado por ese medio de una fotocopia de un boletín daba lugar a una copia ilícita (véase *Pasha Pubs. Inc. vs. Enmark Gas Corp.*, 22 USPQ 2d 1076 – N.D. Tex. 1992). A partir de entonces —señala Ginsburg— quedó bien establecido que la noción de «copia» (o «ejemplar») incluye una fijación en la memoria temporaria de un ordenador (ver, por ejemplo, *MAI Sys. Corp. vs. Peak Computer, Inc.*, 991 F.2d 511 – 9th Cir. 1993).

La Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información⁶, se ha basado en la disposición transcrita para establecer una excepción al derecho de reproducción en favor de los actos de reproducción provisional, que sean transitorios o accesorios, de una obra o prestación protegidas, cuando ellos formen parte integrante y esencial de un proceso tecnológico (grabaciones técnicas), su única finalidad consista en facilitar una transmisión en una red entre terceras partes por un intermediario (*proxy caching*) o una utilización lícita de esa obra o prestación y no tengan por sí mismos una significación económica independiente (art. 5.1 de la Directiva citada). Naturalmente, por utilización lícita se entiende la autorizada por el titular del derecho exclusivo que la cubra o por la ley.

Más recientemente, la encontramos también en alguna legislación del área latinoamericana como en el art. 212, inc. 23 de la ley de Ecuador de 2016⁷.

Un segundo grupo de disposiciones del TODA incorpora el «plus Berna» y las disposiciones sobre observancia de los derechos que forman la Parte III del AADPIC, aunque mucho menos detalladas que en este. Está formado por los arts. 2 (ámbito de la protección del derecho de autor), 4 (programas de ordenador), 5 (compilaciones de datos —bases de datos—), 7 (derecho de alquiler), 10 (referido a limitaciones y excepciones, que en la primera establece una regla que reitera el art. 13 del AADPIC) y 14 (disposiciones sobre la observancia de los derechos) del TODA.

Hasta aquí encontramos cuestiones ya legisladas, pero las disposiciones del TODA que justifican su existencia son las que reconocen derechos exclusivos «plus Berna» y «plus AADPIC» y se pueden agrupar, por un lado, en los arts. 6 (derecho de distribución) y 9 (duración de la protección de las obras fotográficas) y, por el otro, en la «agenda digital» plasmada en los arts. 8, 10, 11 y 12. Estas últimas son las disposiciones realmente novedosas que aporta el TODA.

4. LA «AGENDA DIGITAL»

Se encuentra plasmada en los arts. 8, 10, 11 y 12 del TODA.

4.1 DERECHO DE COMUNICACIÓN PÚBLICA

El art. 8 reconoce de forma expresa el derecho exclusivo del autor a autorizar la comunicación pública de todas las categorías de obras, incluidas la comunicación por medios alámbricos (por cable, etcétera) e inalámbricos (por aire —como la radiodifusión herciana, incluida la satelital—), mencionando explícitamente los actos de transmisión digital: «Sin perjuicio de lo previsto en los Artículos 11.1) ii), 11 bis.1) i) y ii), 11 ter. 1 ii), 14.1) ii) y 14 bis.1) del Convenio de Berna, los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar cualquier comunicación

6 DOCE (Diario Oficial de las Comunidades Europeas) de 22 de mayo de 2001, L.167/10-19.

7 Código orgánico de la economía social de los conocimientos, creatividad e innovación. Art. 212: «Actos que no requieren autorización para su uso. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, de conformidad con la naturaleza de la obra, los instrumentos internacionales de los que Ecuador es parte y los principios de este Código, no constituirá violación de los derechos patrimoniales del titular de derechos, aquellos casos determinados en el presente artículo, siempre que no atenten contra la normal explotación de las obras y no causen perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular o titulares de los derechos. En este sentido, los siguientes actos no requieren la autorización del titular de los derechos ni están sujetos a remuneración alguna: [...] 23. La reproducción provisional de una obra que de manera que sea transitoria o accesorio, forme parte integrante y esencial de un proceso tecnológico y tener como única finalidad la transmisión lícita en una red entre terceros por parte de un intermediario, y que en ningún caso tenga una significación económica independiente».

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 en que cada uno de ellos elija».

De modo que este artículo reconoce expresamente, en la primera parte, el derecho exclusivo de comunicación al público de todas las categorías de obras, incluida toda comunicación por medios alámbricos e inalámbricos y, en la segunda parte, que la comunicación al público comprende «da 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 en que cada uno de ellos elija». Con ello no se dejan dudas, en el plano de la legislación internacional, acerca de que la puesta a disposición interactiva y previa solicitud en el mercado electrónico se encuentra cubierta por el derecho exclusivo del autor calificado como derecho de comunicación pública.

Es la forma de comunicación pública de obras característica o propia —pero no única— del entorno tecnológico digital y sus notas distintivas son:

- que consiste en un acto de puesta a disposición y que con la sola realización de este acto queda perfeccionada, razón por la cual antes de tal realización debe obtenerse la pertinente autorización;
- que la puesta a disposición es del público, y que ese público no está presente en el lugar en que tiene origen el acto;
- que las personas del público pueden tener acceso a las obras desde diferentes lugares y en diferentes momentos;
- que el acceso es de naturaleza interactiva, lo cual importa que la elección es individual y
- que la comunicación se logra y se hace efectiva (sin que, como en toda comunicación pública, de esta efectividad dependa la existencia del acto de explotación) previa solicitud y mediante las operaciones de transmisión en la red (alámbrica o inalámbrica) con la reproducción y ejecución del archivo que contiene la obra en el ordenador personal del solicitante.

Ahora bien, el acto de comunicación pública definido en el art. 8 del TODA también afecta al derecho de reproducción⁸. La puesta a disposición en línea de la obra comporta su reproducción permanente (aunque sea por tiempo limitado) en el sitio en el cual el proveedor de contenidos efectúa el acto de carga de esa información protegida por el derecho de autor. Una vez que el destinatario del servicio realice el pedido de esa obra y cumpla las condiciones exigidas para facilitársela, se pone en marcha (normalmente, de forma automática) el proceso de su transmisión al ordenador personal de ese destinatario. Pues bien, tanto en el curso de ese proceso como en el de ingreso de la obra en la memoria de dicho ordenador se producen indefectiblemente múltiples reproducciones (que se califican de provisionales, que pueden ser transitorios o accesorios) y todas ellas están cubiertas por el mencionado derecho de reproducción. Finalmente, cabe que el destinatario realice además una copia permanente de la obra en cuestión, bien en el disco duro de su ordenador, o bien en un soporte informático separable del equipo (una unidad extraíble, como un *pendrive*, etcétera). También esta copia, como es lógico, está sujeta al derecho de reproducción. Como lo están las que vienen realizando (de forma automática, provisional y temporal) —como se dijo anteriormente— los prestadores de servicios intermediarios a título de *caching* (*proxy*), es decir, con la única finalidad de hacer más eficaz la transmisión efectuada por un destinatario de su servicio (responsable de esa transmisión y de su contenido) a otros ulteriores destinatarios de este⁹. Ello es así porque —reiteramos— el almacenamiento en una memoria de ordenador es, *per se*, un acto de reproducción. Sin embargo, en el texto final del TODA no hay un artículo que trate específicamente del derecho de reproducción, como ocurría en el art. 7 de la *Propuesta básica del presidente de los comités de*

8 Véase *Propuesta básica del presidente de los comités de expertos sometida a la conferencia diplomática sobre las disposiciones sustantivas del TODA* (documento OMPI/CRNR/DC/4, de 30 de agosto de 1996), §10.14.

9 Véase Delgado Porras, «Los derechos que cubren la comunicación pública de las obras y prestaciones. La situación de estos derechos en el campo de las obras y prestaciones audiovisuales», IX Curso Académico Regional OMPI/SGAE sobre Derecho de autor y derechos conexos para países de América Latina, Ciudad de Panamá, 7-15 de octubre de 2002, §14.01-14.04.

expertos sometida a la conferencia diplomática (documento OMPI/CRNR/DC/4 de 30 de agosto de 1996), de modo que resulta menos explícito que esta, pese a lo cual los actos de reproducción permanente o temporal que se realizan en el proceso de una transmisión digital constituyen actos de reproducción protegidos por el art. 9.1, del Convenio de Berna (Acta de París, 1971), como se expresa —según se vio— en la declaración concertada relativa al art. 1.4 aprobada en la conferencia diplomática. Además, el texto de dicho art. 9.1 del Convenio de Berna forma parte del TODA porque este (en virtud del art. 1.4) incorpora los arts. 1 a 21 y el anexo del mencionado convenio.

4.2 LIMITACIONES Y EXCEPCIONES

El art. 10 del TODA está compuesto de dos partes.

En la primera se establece —como dijimos— una regla que reitera el art. 13 del AADPIC¹⁰ aclarando que, en el entorno digital, son aplicables las limitaciones establecidas en el Convenio de Berna, siempre que cumplan con la prueba de las tres condiciones (o pasos): que se trate de ciertos casos especiales, que no atenten contra la explotación normal de la obra y que no causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor: «1) Las Partes Contratantes podrán prever, en sus legislaciones nacionales, limitaciones o excepciones impuestas a los derechos concedidos a los autores de obras literarias y artísticas en virtud del presente Tratado 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».

La segunda parte del art. 10 del TODA extiende la prueba de las tres condiciones a todas las limitaciones o excepciones establecidas en el Convenio de Berna: «2) Al aplicar el Convenio de Berna, las Partes Contratantes restringirán cualquier limitación o excepción impuesta a los derechos previstos en dicho Convenio a ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor».

En la conferencia diplomática se aprobó la siguiente declaración concertada respecto del art. 10: «Queda entendido que las disposiciones del Artículo 10 permiten a las Partes Contratantes aplicar y ampliar debidamente las limitaciones y excepciones al entorno digital, en sus legislaciones nacionales, tal como las hayan considerado aceptables en virtud del Convenio de Berna. Igualmente, deberá entenderse que estas disposiciones permiten a las partes contratantes establecer nuevas excepciones y limitaciones que resulten adecuadas al entorno de red digital. También queda entendido que el Artículo 10.2) no reduce ni amplía el ámbito de aplicabilidad de las limitaciones y excepciones permitidas por el Convenio de Berna».

Cabe destacar, por un lado, que la declaración concertada dice: «Tal como las hayan considerado aceptables», de modo que la extensión admitida al entorno de la red digital es de las limitaciones o excepciones ya consagradas por la legislación nacional siempre que se ajusten a las admitidas en el Convenio de Berna; por el otro lado, actualmente se plantea que las limitaciones tradicionales del derecho de autor relativas al derecho de reproducción tienen un significado muy distinto en el entorno digital que en el entorno analógico, y su alcance debe ser evaluado mucho más estrictamente¹¹.

10 AADPIC, art. 13: «Limitaciones y excepciones. Los Miembros circunscribirán las limitaciones o excepciones impuestas a los derechos exclusivos a determinados casos especiales que no atenten contra la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos».

11 Es por ello por lo que en la Directiva 2001/29/CE se señala en el considerando 31, *in fine*, que «las actuales excepciones y limitaciones a los derechos previstas en los Estados miembros deben reevaluarse a la luz de los avances logrados en la era electrónica» y en el considerando 44, *in fine*, que «puede resultar necesario limitar aún más el alcance de determinadas excepciones o limitaciones en lo tocante a ciertas utilizaciones de obras protegidas por derechos de autor y prestaciones protegidas por derechos afines a los derechos de autor».

4.3 OBLIGACIONES RELATIVAS A MEDIDAS TECNOLÓGICAS Y A INFORMACIÓN PARA LA GESTIÓN ELECTRÓNICA DE DERECHOS

El art. 11 dispone que las partes contratantes «proporcionarán 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 el texto en inglés de los tratados se utiliza la expresión «*technological*» y en el francés «*techniques*»).

El TODA no identifica los medios para eludir, sino que se refiere a la acción de eludir, de modo que esta acción puede realizarse tanto mediante la introducción de dispositivos en las máquinas (*hardware*) como en los programas de ordenador (*software*) porque la expresión «la acción de eludir» es suficientemente amplia y comprensiva.

El objetivo básico de las medidas tecnológicas de protección es el de prevenir los ilícitos contra el derecho de autor y los derechos conexos. Esta noción surge, respecto de los derechos de los autores, del mencionado art. 11 del TODA, en el cual las medidas tecnológicas se definen como aquellas «que, respecto de sus obras, restrinjan actos que no estén autorizados por los autores concernidos o permitidos por la Ley» (la misma redacción —con cambios *mutatis mutandis*— encontramos respecto de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas en el art. 18 del TOIEF y de los artistas intérpretes o ejecutantes en obras audiovisuales en el art. 15 del BTAP).

4.4 LA ALTERACIÓN O REMOCIÓN DELIBERADAS DE INFORMACIONES PARA LA GESTIÓN ELECTRÓNICA DE DERECHOS

El art. 12.1, dispone que las partes contratantes proporcionarán «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 presente Tratado o en el Convenio de Berna: I) suprima o altere sin autorización cualquier información sobre la gestión electrónica de derechos; II) distribuya, importe para su distribución, emita o comunique al público, sin autorización, ejemplares de obras sabiendo que la información sobre la gestión electrónica de derechos ha sido suprimida o alterada sin autorización».

El art. 12.2, define la «información sobre la gestión de derechos» como «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 la obra, 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 con la comunicación al público de una obra».

Respecto del art. 12, en la conferencia diplomática se aprobó una declaración concertada que consta de dos partes. En la primera se expresa: «Queda entendido que la referencia a “una infracción de cualquiera de los derechos previstos en el presente Tratado o en el Convenio de Berna” incluye tanto los derechos exclusivos como los derechos de remuneración». En la segunda parte se reitera que la protección es automática, es decir, sin formalidades: «Igualmente queda entendido que las Partes Contratantes no se basarán en el presente Artículo para establecer o aplicar sistemas de gestión de derechos que tuvieran el efecto de imponer formalidades que no estuvieran permitidas en virtud del Convenio de Berna o del presente Tratado, y que prohíban el libre movimiento de mercancías o impidan el ejercicio de derechos en virtud del presente Tratado».

Hasta la adopción, en 2012, del Tratado de Beijing sobre Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales (BTAP), el TODA y el TOIEF eran los únicos tratados mundiales sobre derecho de autor y derechos conexos que se ocupaban de dos aspectos fundamentales para la vigencia efectiva de esos derechos: el control de la utilización de las obras, las interpretaciones o ejecuciones y los fonogramas y la gestión de esos derechos (arts. 11 y 12 del TODA y arts. 18 y 19 del TOIEF), lo cual es de por sí suma-

mente significativo y elocuente tanto de la creciente necesidad de medidas de control en la utilización de las obras y los bienes protegidos por los derechos conexos protegidos, particularmente en el entorno digital, como de la importancia de asegurar una gestión efectiva y eficiente de ellos. Dichos tratados no identifican —ni podrían hacerlo— el tipo de gestión de los derechos de autor y conexos.

5. CONCLUSIÓN

El Convenio de Berna continúa siendo el tratado mundial básico de protección del derecho de autor no solo por su nivel de protección, sino por el alto número de países donde se aplica¹². El TODA lo vigorizó al aportar las actualizaciones que necesitaba, aunque en un tratado independiente que incorpora por referencia al Convenio de Berna.

¿Será posible retomar las periódicas revisiones del Convenio de Berna? El tiempo lo dirá.

12 179 Estados al 02/08/2020 (<https://www.wipo.int/export/sites/www/treaties/fr/documents/pdf/berne.pdf>)