
DOCUMENTOS:

PROPIEDAD INTELECTUAL Y NUEVAS TECNOLOGIAS:

LOS DENOMINADOS "DERECHOS AFINES O CONEXOS"

ESTEBAN DE LA PUENTE GARCIA

I. PROPIEDAD INTELECTUAL Y NUEVAS TECNOLOGIAS

El derecho de autor clásico que desde hace un siglo viene siendo entendido sobre la idea del monopolio del derecho exclusivo del autor sobre su obra, sufre, en la actualidad una crisis evidente. No se trata de investigar ahora si esta crisis se debe, como asegura Kerever, "a vejez o decadencia" o si estamos, simplemente, ante un fenómeno periódico de paso de una situación a otra diferente (1). Lo que se trata es de constatar la realidad de un hecho: el área de la protección y, por supuesto, de los intereses que nacen en torno al derecho de autor ya no se acota por el autor *strictu sensu*, ni se circunscribe a las obras del ingenio humano, sino que se extiende a todas las manifestaciones de la creatividad humana y de los medios de comunicación pública de esa creatividad (2).

Desde 1886, fecha de la creación de la Unión de Berna hasta nuestros días se ha intentado actualizar, al amparo de su Convención mediante las sucesivas Actas de revisión, los aspectos del derecho de autor que, en mayor o menor grado, han sufrido el impacto de las transformaciones tecnológicas. A lo largo de todo un siglo se han ido resolviendo los problemas de adaptación planteados por las nuevas técnicas de difusión de las obras del ingenio: así, hasta la revisión de Bruselas de 1948 se han podido incorporar normas regulando la incorporación de las invenciones en materia de sonido grabado, cinematografía, radio y televisión. Pero el boom de los medios audiovisuales, durante la década de los 60, con sus manifestaciones inmediatas (grabaciones privadas... televisión por cable, comunicaciones vía satélite, reprografía, memorización sobre bancos de datos y programas de ordenador, etcétera) han planteado, en el campo de la propiedad intelectual, una serie de problemas cuya solución todavía está, en su mayoría, por alcanzar.

Entre la trilogía de problemas que, a juicio de Masouyé, acosan en nuestro tiempo el espacio propio del derecho de autor destacan los que se derivan del progreso de la tecnología (3). Las invenciones suponen, en el terreno de la propiedad intelectual, nuevas situaciones que exigen nuevos procedimientos. Normalmente el derecho va detrás de las situaciones que se crean y en el caso que nos ocupa no podía ser una excepción.

El campo de aplicación del derecho de autor no es algo rígido e inmutable sino que se encuentra en permanente evolución al compás de las transformaciones culturales y técnicas. Durante estos últimos años, se ha pasado de la "galaxia Gutenberg" en la que el protagonista ha sido el libro a la "galaxia Mac Luhan" en la que son los medios y técnicas audiovisuales los que imprimen el carácter o inician un nuevo modo de entender las formas de expresión y difusión de la cultura humana. Para David Ladd "el libro, como principal fuente de información, está cediendo el paso a las bases de datos y aquellos que forman una base de datos son considerados, cada vez más, como una especie de nuevos enciclopedistas" (4).

Una de las características más importantes de esta relación inevitable entre progreso tecnológico y propiedad intelectual es su dimensión internacional hasta el punto de que algunos expertos hablan de estas relaciones como "una amenaza de alcance internacional" (5). Esto tiene su explicación en el hecho primario de que las nuevas tecnologías aplicadas en la explotación o utilización de las obras protegidas por el derecho de autor alcanzan rápidamente una aceptación mundial. Si a esta realidad se une la internacionalización global de las transacciones sobre el derecho de autor se llegara lógicamente, a la tercera y última fase del proceso: la aparición de las organizaciones internacionales cuya doble tarea de velar por los intereses de los autores y titulares del derecho de autor y de abrir los cauces de regulación de las nuevas situaciones, es cada día más necesaria.

Precisamente fue una reunión internacional celebrada en Roma en 1961, la que puso sobre el tapete el tema de aquellos derechos de propiedad intelectual que, sin ser exactamente equiparables al de autor sí tenían, al menos, la importancia suficiente para ser tomados en consideración. Se trataba de regular una serie de situaciones nada nuevas, por otra parte, en el plano de la propiedad intelectual y que habían ido tomando carta de naturaleza gracias, precisamente, al desarrollo y avance de la tecnología.

Todos estaban de acuerdo en que la permanencia de la interpretación o ejecución de los artistas en un soporte determinado y la difusión pública del contenido de dicho soporte generaba una situación totalmente diferente de la época en que estas prestaciones eran efímeras. Todos coincidían en que estas interpretaciones grabadas, bien en un soporte de reproducción sonora o bien en una cinta para sonido e imagen, suponían la apertura de una actividad comercial de primer orden: la venta de fonogramas y la explotación de obras cinematográficas significaron en el ámbito de las industrias culturales un dilatado horizonte hasta entonces sólo limitado a la edición de libros. Finalmente, la aparición y desarrollo de la radio y la televisión no solamente ampliaron a escala planetaria las posibilidades de sus servicios, sino que al mismo tiempo, generaron tales derechos y obligaciones, tantas nuevas situaciones en el mundo de la propiedad intelectual que, obviamente, se imponía la necesidad de su regulación.

Han sido, por consiguiente, los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes, de los productores de fonogramas y de los organismos de radiodifusión, los nuevos protagonistas de la situación creada por las innovaciones de la tecnología. No son derechos de segundo grado, como algunos sectores los denominan, con intención peyorativa. Son, simplemente, "otros derechos de propiedad intelectual"

como la propia OMPI reconoce en su carta constitutiva (6).

II. LA CONVENCION DE ROMA

A) Antecedentes.

El movimiento favorable al reconocimiento de un determinado rango a los artistas intérpretes o ejecutantes dentro del ámbito de la propiedad intelectual ofrece dos etapas; de una parte, la época anterior a la II Guerra Mundial; de otra, las diferentes acciones realizadas con posterioridad a 1945, que culminarían en la Convención de Roma de 1961.

Hasta 1939 la tarea de buscar el marco apropiado para el reconocimiento y desarrollo de estos derechos correspondió tanto a la Organización Internacional del Trabajo como a los organismos internacionales gubernamentales o meramente privados. La O.I.T., consciente del papel que le correspondía como defensora de los intereses de estos trabajadores, trabajó intensamente en la búsqueda de soluciones para los problemas de orden económico y social. Al mismo tiempo, la necesidad de hallar fórmulas de protección a las creaciones e interpretaciones de los artistas, hizo que en diversas ocasiones (por ejemplo la revisión del Convenio de Berna, en la reunión de Roma de 1928) se pusiesen estos temas sobre la mesa de algunas reuniones internacionales.

También las organizaciones no gubernamentales y, con mayor acento, las específicas del sector profesional, trabajaban en la misma línea, iniciándose procesos de aproximación sectorial como lo demuestra la firma, en Stressa en 1934, de un acuerdo entre la Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores (CISAC) con la International Federation of Phonographic Industry (IFPI).

Estos contactos quedaron paralizados durante la II Guerra Mundial. Al terminar ésta, se reinició el interrumpido proceso de acercamiento entre los sectores interesados, a través de sus respectivos cauces institucionales: La OIT y la Unión de Berna. El nuevo punto de partida lo constituyó La Conferencia Diplomática de Bruselas en 1948, donde se verificó otra revisión del texto unionista. Aquí, mediante tres resoluciones, se trazaron los primeros cauces de un futuro entendimiento al invitarse a los gobiernos a que se estudiase la protección de los artistas, de los productores de fonogramas y los órganos de radiodifusión, pero dejando claro que el reconocimiento de sus derechos respectivos no debería menoscabar los derechos de los autores, a tal fin, se cuidaban en aplicar a estos derechos el calificativo de "derechos vecinos" (voisins, en el texto francés) al de autor (7).

La década comprendida entre 1950 y 1960, es testigo de un inusitado despliegue de intereses en torno a la regularización de los derechos de los artistas y a lo largo de estos diez años tienen lugar una serie de actos, reuniones y elaboración de proyectos de convenios cuya enumeración, aunque resumida, resulta necesaria para la comprensión del proceso que desembocará en la Convención de 1961.

a) 1951. La coordinación de actividades entre la Comisión Consultiva de Empleados y Trabajadores Intelectuales de la OIT y la Oficina Internacional de la Unión de Berna, da como fruto la reunión de expertos de Roma en 1951, donde fue elaborado un anteproyecto de Convenio Internacional destinado a proteger los tres sectores ya apuntados en Bruselas, en 1948, y que en lo sucesivo aparecerían siempre formando bloque en el planteamiento internacional de la protección a estos derechos. El anteproyecto de 1951, objeto de numerosas observaciones, no llegó a cuajar.

b) 1956. La Oficina Internacional del Trabajo, secretaría permanente de la OIT convocó en Ginebra una reunión de expertos procedentes de los medios o sectores interesados, que elaboró un proyecto de reglamentación detallada para la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, de los productores de fonogramas y de los organismos de radiodifusión.

c) 1957. Por su parte, entre tanto, la Unión de Berna ha proseguido sus actividades en el mismo sentido, pero tratando de interesar en esta tarea a la UNESCO. Efectivamente, desde 1952, fecha de la fundación de la Convención Universal sobre Derecho de Autor cuya administración fue encomendada a la UNESCO, esta Organización poseía "legitimación" suficiente para participar y hacer oír su voz en la búsqueda de soluciones para los derechos afines o conexos. De ahí que a partir de 1956, la colaboración Unión de Berna-UNESCO se haga más efectiva y cristalice en la reunión de Mónaco (1957), en que ambas Organizaciones, a través de un Comité de expertos gubernamentales, elaboraron un tercer proyecto cuyo texto estaba dirigido a "la protección de determinados derechos denominados vecinos del derecho de autor".

d) 1960. A simple vista, pudiera creerse que los textos o proyectos elaborados en 1951, 1956 y 1957 coincidían en sus puntos sustanciales, pero la realidad era otra, ya que entre ellos existían patentes diferencias (8). Con el fin de reducir dichas diferencias y con el inaplazable de coordinar las actuaciones de las tres organizaciones internacionales citadas, se reunió en La Haya, en 1960, un Comité de expertos.

La tarea de este Comité era la de preparar una Conferencia diplomática acerca de la protección de los derechos conexos, así como de elaborar un informe general que reflejase las opiniones expresadas en la reunión, sobre la base de la documentación facilitada a dicha reunión, por las tres organizaciones internacionales.

En la reunión de La Haya se obtuvo una cierta aproximación de los puntos de vista, y tras algunos forcejeos, resueltos a última hora, se logró redactar un proyecto definitivo único, denominado "proyecto de La Haya" y que sirvió de documentación-base y punto de arranque de las deliberaciones de la Conferencia Diplomática de Roma que desembocaron en la Convención de 1961.

B) Estructura de la Convención

La Convención de Roma de 1961, sobre protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, se compone de un texto de 34 artículos cuya naturaleza, según P. Masouyé, comprende dos categorías: las disposiciones de fondo (artículos 1 a 22) y las cláusulas administrativas finales (artículos 22 a 34) (9).

La parte relativa a las disposiciones que afectan al fondo de la Convención tiene las siguientes particularidades: Se inicia con una declaración acerca de la posición de los derechos afines con respecto al derecho de autor, cuya protección no podrá sufrir menoscabo alguno; acto seguido y siguiendo la técnica legislativa anglosajona, la Convención ofrece una serie de definiciones necesarias para la comprensión y aplicación de sus normas. Se define el "trato nacional" de algunos actos concretos que tienen especial significación en la esfera de la Convención (publicación, reproducción, emisión, reemisión, etcétera).

A continuación se ofrecen (artículos 8 al 22) una serie de disposiciones de diverso alcance: el mínimo que la Convención reconoce a los artistas, productores de fonogramas y entidades de radiodifusión; la duración mínima de la protección; las excepciones y las reservas que pueden oponerse, amén de otras normas,

colocadas de modo asistemático, sobre fijación de imágenes y sonidos, irretroactividad de la Convención, etcétera.

En cuanto a la segunda parte, que está referida a las cláusulas administrativas y finales, sigue el esquema tradicional de todo instrumento internacional: adhesión a la Convención, ratificación, entrada en vigor, aplicación interna, denuncia, revisión, recurso ante el Tribunal de La Haya y las clásicas cláusulas finales.

Características de la Convención

Con carácter general —ya que el estudio concreto de cada uno de los tres sectores esenciales que la Convención protege, será desarrollado más adelante— se puede afirmar que en su contenido se observan ciertas peculiaridades que la distinguen de otros Acuerdos internacionales. De un lado, hay que advertir que las garantías que se conceden a los distintos sectores para desarrollar la comunicación al público de sus prestaciones, no son las mismas e iguales para los tres: mientras los productores de fonogramas y las entidades de radiodifusión tienen el derecho de autorizar o prohibir determinados actos, a los artistas intérpretes o ejecutantes tan sólo se les reconoce la posibilidad de "impedir" la utilización de sus prestaciones.

Como característica de gran interés en el texto de la Convención se ha mostrado el principio del denominado "trato nacional" según el cual los Estados contratantes deben conceder a los tres sectores beneficiarios, pertenecientes a otros Estados ligados por la Convención, la misma protección que ellos conceden a sus propios nacionales. En realidad, esta característica no es nada novedoso en el derecho convencional, habida cuenta de su inserción en la Convención de Berna, pero extenderla a los tres grandes protagonistas de los derechos afines constituyó, evidentemente, una gran aportación para la garantía de los derechos que se pretenden proteger.

Además, la Convención de Roma, se caracteriza por su flexibilidad, que se traduce en las numerosas opciones que se ofrecen a los Estados signatarios a la hora de cumplir sus prescripciones. Como acertadamente comentaba el desaparecido Claude Masouyé, "además de imponer el 'menú básico' que constituye el mínimo convencional, este instrumento es un convenio 'a la carta' que permite a cada Estado contratante matizar el alcance del compromiso que ha adquirido al suscribirlo" (10).

Son, efectivamente, bastantes las medidas de cautela que el texto de la Convención reconoce a los Estados contratantes. —De un lado, las excepciones que autoriza el artículo 15 de la Convención— y que son aplicables a las tres categorías de beneficiarios de las mismas (11). De otro, son importantes asimismo las excepciones que el Estado contratante puede alegar en el momento de su adhesión o ratificación del Convenio, en relación con los criterios a seguir —criterios de la fijación, de la publicación y de la nacionalidad del productor— en el importante tema del trato a conceder a los productores de fonogramas. En cuanto a la duración de estos derechos, su protección queda fijada en un mínimo de veinte años (artículo 14) variando tan sólo en su punto de partida, según las diferentes categorías.

En relación con el mencionado tema de la aceptación —parcial o global— de las normas de la Convención, existe un número de reservas que, con respecto a ciertas disposiciones, pueden formular los Estados signatarios. En efecto, de los 29 Estados que en la actualidad forman parte de la Convención de Roma, 15 han formulado sus reservas en relación con determinadas disposiciones del acuerdo, cifra que, evidentemente, resulta elevada si tenemos en cuenta que significa más

del 50% de los actuales miembros (12).

La lectura de la relación de Estados que han firmado la ratificación de la Convención de Roma y los que han formulado alguna reserva, proporciona una curiosa constatación; la mayor parte de los países que no han hecho mención de reserva, pertenecen al bloque iberoamericano, al que hay que añadir Filipinas. Estos Estados consideran que la Convención debe ser aplicada en su totalidad, sin reserva alguna. ¿Acaso sus legislaciones en materia de propiedad intelectual contienen normas acordes con la disposiciones de la Convención? El examen de estas legislaciones no nos permite hallar esta correspondencia. Tal vez se deba a que, en la mayoría de estos países, el derecho convencional tiene fuerza de Ley interna y la ratificación de la Convención signifique, de modo automático, la incorporación de su cláusula al ordenamiento positivo de cada país.

Sobre el tema de las ratificaciones y el valor simbólico del número de países que han cumplimentado este trámite hay, naturalmente, variedad de opiniones. El hecho de que al cabo de 25 años, hayan ratificado la Convención de Roma 29 Estados, pueden parecer, a unos, demasiado poco y a otros, una cifra bastante aceptable, habida cuenta que el Convenio de Berna, al cabo de sus primeros veinticinco años había sido ratificado solamente por 15 países.

Son, así mismo conocidos los agravios comparativos suscitados por los autores, que según Fernández Shaw "no alcanzaron a comprender por qué si los titulares de los derechos conexos no son sino auxiliares de la creación literaria, habían obtenido en Roma algunos de ellos, derechos más fuertes que los de los propios autores" (13) y cita, en defensa de su tesis, la diferencia de trato que suponen los derechos exclusivos reconocidos en la Convención de Romá a los productores de fonogramas (artículo 10), y a los organismos de radiodifusión (artículo 13), con el régimen de licencia que el Convenio de Berna impone a los autores en sus artículos 13.2 y 11 bis, 2.

Otros puntos relacionados con la Convención de Roma y que han servido de plataforma coyuntural para defensores y críticos de la misma, los encontramos en la aparición —al cabo de una década de vigencia— de dos nuevos Convenios internacionales sobre temas específicos cuya protección estaba ya prevista en la Convención de Roma. El Convenio de Ginebra (1971) para la protección de los productores de fonogramas contra la reproducción no autorizada de sus fonogramas, y el Convenio de Bruselas (1974) relativo, a la distribución de señales portadoras de programas transmitidos por satélite. Lo que para unos resulta positivo, como lo es el desarrollo del Convenio de Roma a través de estos otros dos posteriores, otros, por el contrario, lo aprovechan para criticar la estrechez de la Convención de 1961, para contraponerla con el marco más amplio y flexible que ofrecen las Convenciones de Fonogramas y de Satélites.

Con independencia de las opiniones favorables, o contrarias a la Convención de Roma, resulta interesante anotar, finalmente, las acciones llevadas a cabo en este campo, tanto en lo referente al desarrollo y adaptación de los principios de la Convención como del seguimiento de su operatividad a lo largo de estos últimos años. En el primer caso, es importante destacar la elaboración de la denominada "Ley-Tipo sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los Organismos de radiodifusión" y de su Comentario anexo. Ambos fueron aprobados, en 1974, por el Comité Intergubernamental creado en virtud de lo dispuesto en el artículo 32 de la Convención.

Es precisamente a este Comité Intergubernamental, al que corresponde examinar las cuestiones relativas a la aplicación y al funcionamiento de la convención, así como reunir las propuestas y preparar la documentación para posibles revisio-

nes de la misma. Está formado por 12 miembros y se reúne, en sesión ordinaria, cada dos años, siendo la última, la X Reunión, celebrada en París entre el 26 y el 28 de junio de 1985.

III. DESCRIPCIÓN DE LOS DENOMINADOS "DERECHOS AFINES O CONEXOS"

A. Los artistas intérpretes o ejecutantes

a) En torno al concepto

El artículo 3, a) de la Convención de Roma, define lo que debe entenderse por "artista intérprete o ejecutante", y lo hace de manera bastante amplia:

"...todo actor, cantante, músico, bailarín u otra persona que represente un papel, cante, recite, declame, interprete o ejecute en cualquier forma una obra literaria o artística".

De la simple lectura de esta definición se pueden deducir varios aspectos que es importante tener en cuenta:

1) Las obras protegidas. Hay que precisar que el texto de la Convención al aludir a la "obra" no distingue si se trata de obras del ingenio protegidas por el derecho de autor o de aquellas obras que ya se encuentran en dominio público. Se limita a enunciar "una obra literaria o artística" (siguiendo aquí la clásica adjetivación hecha por el derecho unionista), sobre la cual, el artista, intérprete o ejecutante ofrece su actividad personal.

Parece, en consecuencia, que la Convención al disponer el género o naturaleza de las obras, ha excluido de la denominación de artistas intérpretes o ejecutantes a aquellas personas que, a pesar de ser considerados artistas en su actuación —por ejemplo, los trapeceistas, acróbatas, cómicos, etcétera, en general, los denominados artistas de variedades y de espectáculos circenses— no interpretan ni ejecutan obras literarias o artísticas (14).

Se puede afirmar que este tipo de manifestaciones no están enteramente desprovistas de protección, ya que en el caso de su fijación en un soporte material, tienen ya asegurada esta protección por la vía del derecho de autor. Sin olvidar los frecuentes casos en que autor y artista son una misma persona, como ocurre con esa figura característica del mundo del espectáculo, en la actualidad, que son los llamados "cantautores".

2) El sujeto activo. Las normas de la Convención se refieren a un protagonista de doble faceta: "artista intérprete" y el "artista ejecutante". En realidad la diferencia entre ambos no constituye elemento configurador alguno de situaciones concretas y, según parece, no existió en los expertos de Roma un excesivo interés en distinguirlos, tal vez guiados por el ejemplo del legislador sajón que utiliza una sola palabra (performer) para designar tanto a intérpretes como ejecutantes.

Para facilitar, no obstante, su comprensión se pueden atribuir a cada uno, determinadas características. Así la expresión "artista intérprete" se puede aplicar a los que desarrollan actividades individualizadas: los actores en una obra teatral, los solistas o músicos que actúan individualmente, mientras que bajo la denominación de "artistas ejecutantes" se encuentran los que participan en la ejecución colectiva de composiciones musicales.

3) El artista y su actuación: Su calificación. En la definición que nos ofrece el artículo 3 de la Convención se utiliza una expresión desconcertante al decir que

"...interprete o ejecute en cualquier forma...". Es probable que los redactores del texto se preocuparan más de ofrecer al legislador o al juez nacional una plataforma amplia, para aplicar con comodidad el criterio adecuado, que comprometerse en reseñar las características que hubiera debido poseer una determinada actuación —interpretación o ejecución— de un artista, para ser protegible (15).

No es fácil determinar cuándo y cómo un artista imprime a una interpretación de una obra ese sello distintivo de su personalidad que la diferencia de las demás de su entorno artístico. Pero ya no se trata de evaluar el mérito o la originalidad de la interpretación o de la ejecución sino de reconocer que el artista, al interpretar o ejecutar una obra, no es un elemento neutro, sino que comunica su propia personalidad. Como dice Plaisant "debe ser fiel a la obra, pero, sin embargo, su actuación refleja necesariamente su personalidad del mismo modo que la obra refleja la del autor" (16).

b) Los derechos del artista intérprete o ejecutante

Si una de las bases sustanciales del derecho de autor, particularmente cuándo se le considera bajo la óptica del derecho unionista, es el reconocimiento al autor de sus derechos morales y patrimoniales, en los últimos años se ha venido introduciendo y situándose en posiciones vecinas, la pretensión de extensión del derecho moral o los artistas intérpretes y ejecutantes.

Plaisant insiste en este aspecto moral que se contiene en la interpretación o ejecución del artista. "El derecho del artista es, como el del autor —afirma—, un derecho de la personalidad y ambos gozan de un derecho llamado moral" (17). Aunque este autor, a la hora de reducir las distancias entre el autor y el artista queda un tanto rezagado y no quiere ir más allá de lo permitido por el artículo 1º de la Convención, para otros, sin embargo, no debiera aceptarse supeditación alguna del artista en relación con el autor "Los derechos patrimoniales y morales del artista sobre su prestación, —sostiene A. Millé— que figura en la película que ha filmado o en el disco que ha grabado, no tienen su origen en el hecho de que haya interpretado la obra de otro sino del hecho de que ha fijado una parte de su personalidad y de su arte sobre un soporte que permite su explotación. El hecho de que la prestación del artista sea explotada conjuntamente con la obra de un autor no significa subordinación de un ámbito jurídico al otro" (18).

No es nueva ni reciente la postura de los que pretende obtener para el artista intérprete o ejecutante una consideración, con respecto al autor, de menor subordinación que la que se desprende de la Convención de Roma. En un marco tan poco sospechoso de actitudes antiautorales como es la legislación francesa, ya se presentó en 1977 una proposición de Ley relative a la protection des droits des artistes, intérpretes ou executants en cuya Exposición de motivos se puede leer: "No se trata de dar al artista un derecho de autor, en el sentido que lo aplica la ley de 11 de marzo de 1957, sobre la propiedad literaria y artística, sino de reconocer que (el artista intérprete o ejecutante) efectúa una prestación intelectual original de la que un tercero no puede apoderarse para explotarla a su capricho, sin solicitarle su autorización y, en consecuencia, remunerarle" (19).

Parece lógico admitir y justificar los diferentes intentos de "dignificación" que en el ámbito de la propiedad intelectual, se están llevando a cabo en favor de artistas intérpretes o ejecutantes por personas y organismos interesados. Sin embargo, sobre este punto nos encontramos —como en tantos otros aspectos del delicado entramado jurídico de los derechos de la personalidad— con la "picaresca" de aprovechar la flexibilidad de una norma del derecho convencional para trasladar a la le-

gislación interna de determinados países, situaciones, difícilmente encajables en la Convención de Roma. Tal es el caso de la utilización del portillo que supone el artículo 9 de la Convención cuando reserva a las leyes nacionales la facultad de extender su aplicación "a los artistas que no ejecuten obras literarias o artísticas". El célebre "derecho de arena" consagrado en la Ley brasileña del derecho de autor (20) y, más recientemente, a título meramente indicativo, la inclusión en la legislación francesa de las interpretaciones o ejecuciones, de variedades, circo o títeres, son otros tantos ejemplos ilustrativos, de una tendencia si no alarmante, sí, al menos, preocupante por lo que tiene de contribución a esta extraña ceremonia de la confusión en la que hoy parecen empeñados algunos teóricos del derecho de autor.

Con diversidad de matices es evidente que existe una tendencia en las distintas legislaciones a la admisión del derecho moral de los artistas intérpretes o ejecutantes, a pesar de que la Convención de Roma no reconoce este derecho a ninguna de las tres categorías de beneficiarios. De éstos, hay que reconocer que son solamente los artistas intérpretes o ejecutantes los únicos a los que puede atribuirse, con cierta lógica, un derecho moral. Sobre este punto ya es clásica la polémica que, con intermitencias, reverdece en el ámbito de la doctrina y de la jurisprudencia. El profesor Henri Desbois, poco propenso a reconocer este tipo de derechos fuera del ámbito estricto del derecho de autor, reconocía, sin embargo, a propósito del conocido *affaire* jurisprudencial Fürtwangler que es "tradicional y conforme a la experiencia decir que un actor es el creador de su papel en el que hace una manifestación de su personalidad" (21). En el mismo sentido se manifiesta Masouyé, para quien "el intérprete es el autor de su interpretación; eso representa el fundamento del reconocimiento de un derecho moral al artista intérprete o ejecutante" (22).

Se trata, en consecuencia, de un derecho moral que al estar unido a la persona del artista deberá abarcar el derecho al respeto de su nombre y el derecho al respeto de su interpretación, siendo la inalienabilidad y la imprescriptibilidad sus características más importantes. Es, en definitiva, el reconocimiento de un haz de atribuciones de orden moral y personalísimo que ciertos sectores se resisten a admitir por su peligrosa proximidad al área del derecho de autor, mientras en la jurisprudencia y en algunas legislaciones se va abriendo paso paulatinamente, el reconocimiento de este derecho a los artistas intérpretes o ejecutantes (23).

En cuanto a los derechos patrimoniales o pecuniarios, la Convención contiene una serie de normas un tanto complejas. El artículo 7, básico para la determinación de las normas convencionales aplicables, atribuye a los artistas intérpretes o ejecutantes, una modalidad bastante *sui generis*: se les reconoce solamente la facultad de impedir; cuando a los otros dos beneficiarios de la Convención se les reconocen los derechos de autorizar o prohibir.

¿Por qué esta diferencia de trato con los artistas intérpretes o ejecutantes? Plaisant arguye que los motivos por los que los plenipotenciarios reunidos en Roma no quisieron reconocer a los artistas un derecho exclusivo, son varios: para que no dificultasen la explotación de la obra; para no complicar la tarea de los organismos que recurren a los servicios de los artistas (productores fonográficos, radiodifusión, televisión, etcétera), y para no crear, arbitrariamente, remuneraciones suplementarias. Claude Masouyé, además de coincidir con las razones apuntadas considera que, en general, la adopción de este criterio con los artistas se debe al deseo de los legisladores de la Convención de "dejar a las legislaciones nacionales plena libertad de elección en lo que se refiere a los medios, con tal de que se logren los fines que la Convención persigue" (24).



El artículo 7 de la Convención confiere a los artistas intérpretes y ejecutantes las siguientes facultades:

a) Impedir la radiodifusión y la comunicación al público de sus actuaciones. Hay una excepción: la facultad de impedir desaparecer cuando la radiodifusión o la comunicación al público se hace a partir de una ejecución ya radiodifundida o de una fijación.

Para la comprensión de este párrafo conviene recordar que la palabra "radiodifusión" en los términos de la Convención de Roma, abarca también la televisión. Se necesita, pues, el consentimiento del artista cuando su interpretación directa o "en vivo", se transmite por radio o televisión y se comunica directamente al público. Ese consentimiento o, mejor, facultad de impedir, no ha lugar cuando la difu-

sión de la actuación de un artista a través de la radio o televisión, se efectúa utilizando una grabación realizada anteriormente por la emisora (grabación efímera), o un fonograma que haya a la venta en el comercio; tampoco podrá impedir el artista la difusión de su actuación cuando ésta se comunique al público mediante aparatos de radio y TV (hilo musical, aparatos en lugares públicos...) o cuando se hace a través de una fijación ya realizada (los tocadiscos automáticos que funcionan mediante monedas en lugares públicos).

b) Impedir la fijación (o sea, la grabación), que se pretende hacer de su interpretación o ejecución sin su consentimiento. Este derecho no está sujeto a restricción alguna.

c) Impedir la reproducción de la fijación de una actuación suya en los siguientes casos:

1) Cuando la fijación de su actuación, se ha hecho sin su consentimiento.

2) Cuando, dada la autorización para que la actuación sea fijada en un soporte, la reproducción es utilizada para fines distintos de los acordados.

3) Cuando, habiendo autorizado la fijación solamente para los fines establecidos en el artículo 15 de la Convención, se hubiera reproducido, después, para fines distintos de los previstos en dicho artículo (uso privado, revistas de prensa de actualidad, grabación efímera realizada por organismos de radiotelevisión y cuando se autoriza para fines docentes o de investigación científica).

El artículo 7, párrafo 2, se refiere a uno de los aspectos más candentes de las relaciones jurídicas que nacen de los acuerdos tomados entre los tres protagonistas de la Convención y que, en este caso concreto, se refieren a los artistas intérpretes y ejecutantes y a las entidades u organismos de radiodifusión. Se trata, en esencia, de regular la protección que se debe dispensar a las actuaciones del artista, cuando éste ha autorizado su difusión por una entidad de radio o televisión y se contempla el hecho de su retransmisión, de una fijación de esa retransmisión (grabación efímera) y de las utilidades posteriores de esa fijación.

Aquí, chocan los intereses de los artistas intérpretes y ejecutantes y los de los organismos de radiodifusión: unos y otros alegan argumentos explicables: estos últimos, aducen que las retransmisiones tanto directas como diferidas, son hoy objeto normal en la explotación de los derechos patrimoniales de autores, artistas y empresarios y que el intercambio de programas a escala intercontinental se produce con tanta habitualidad y rapidez que no cabe ofrecer a los artistas la posibilidad de oponerse a la difusión o retransmisión de sus actuaciones. Por su parte, los artistas, alegan que no se trata de paralizar la actividad de los organismos de radiodifusión prohibiendo las utilidades o impidiendo dichos intercambios, de sus actuaciones, sino que consideran que la ampliación del marco de difusión de sus interpretaciones o ejecuciones, con los efectos económicos que ello supone para dichos medios, bien merece a su juicio una remuneración adicional que estiman equitativa (25).

Sobre este tema, la Convención de Roma deja al legislador de cada Estado signatario, que valore el alcance que, en el espacio y en el tiempo, posee el consentimiento otorgado por el artista. No hay que olvidar que, en general, las relaciones entre los artistas y los organismos de radiodifusión se regulan por contratos y esta situación es recordada y respetada por la Convención, en su artículo 7, apartado 3, al disponer que las legislaciones nacionales no podrán privar a los artistas de su facultad de regular, por vía contractual, sus relaciones con los organismos de radiodifusión.

Hay que mencionar asimismo, la atención que la Convención presta a los supuestos de representación en el caso de interpretaciones o ejecuciones colecti-

vas. El artículo 8 remite a la legislación nacional la determinación de las modalidades de representación, pero no más. Nada se dice sobre las condiciones de ejercicio de los derechos de los artistas, sino tan sólo facultad (no obliga) a los Estados a establecer dichas modalidades. En la "Ley-Tipo de derechos conexos" se desarrolla esta facultad y se exponen diversas normas, interesantes por su carácter procedimental, para la elaboración de los acuerdos correspondientes. Pero la posibilidad de llevar a la práctica este tipo de normas, habida cuenta de la escasa proclividad de los artistas a constituir organizaciones o asociaciones profesionales, ya es otra historia (26).

B. Los Productores de Fonogramas

a) En torno a los conceptos

El artículo 3 de la Convención de Roma que, como se ha dicho, está dedicado a las definiciones, contempla en su apartado b) el concepto de fonograma que consiste en "toda fijación exclusivamente sonora de los sonidos de una ejecución o de otros sonidos". Es importante destacar que el momento a partir del cual se considera iniciada la protección es el de la "fijación", con independencia de si esta fijación va o no seguida de la fabricación de ejemplares. No obstante, es preciso tener en cuenta que esta protección, a partir de la fijación puede quedar atenuada o ser restringida por las excepciones contempladas en el artículo 12 (uso privado o grabaciones efímeras).

Siguiendo con las normas convencionales relativas al objeto de esta categoría de beneficiarios, el artículo 3 en su apartado d) define la "publicación" como "el hecho de poner a disposición del público, en cantidades suficientes, ejemplares de un fonograma", y como "reproducción" la realización de uno o más ejemplares de una fijación. Habida cuenta que ambos términos —publicación y reproducción— son frecuentemente utilizados en la nomenclatura de la propiedad intelectual con significados y, a veces, alcances diferentes, se ha querido dejar de manifiesto el contenido de ambos vocablos en la normativa convencional.

Tal vez sea conveniente incluir en esta breve relación de palabras más usuales en el mundo del fonograma, las que se contienen en el artículo 1 del Convenio de Ginebra de 1971, o "Convenio Fonogramas", y que se refieren a "copia" y "distribución al público". Copia, según dicho Convenio, es el soporte que contiene sonidos tomados directamente de un fonograma y que incorpora la totalidad o una parte sustancial de los sonidos fijados en dicho "fonograma"; por su parte, se entiende como distribución al público "cualquier acto cuyo propósito sea ofrecer, directa o indirectamente, copias de un fonograma al público, en general o a una parte del mismo" (artículo 1, d).

Hasta aquí, la exposición de los conceptos que, tanto en la Convención de Roma de 1961, como en la de Ginebra de 1971 ("Convención Fonogramas") acotan la realidad de ese vehículo de expresión de obras del ingenio que se denomina "fonograma" y sobre el cual se ha erigido una controvertida polémica acerca de su naturaleza y correcta calificación dentro del ámbito de la propiedad intelectual.

b) La naturaleza del fonograma

El fonograma ¿es una verdadera obra del ingenio humano o un simple soporte material donde queda fijada una obra? ¿Es una auténtica obra de creación o es, por el contrario, una mera reproducción técnica de una obra, expresada mediante

sonidos? Como en tantas ocasiones, en la esfera de la propiedad intelectual, aparecen defensores y detractores de ambas posiciones. Aquellos que consideran que el fonograma es una creación del ingenio humano, alegan que no se trata solamente de recoger por medios mecánicos los sonidos e incorporarlos a un soporte, sino que se necesita la utilización de unos medios técnicos y unas facultades humanas que, combinados adecuadamente, dan como resultado una creación artística.

Según estos defensores, existen claras analogías entre el trabajo de producción artística realizado por el creador de la obra fonográfica y el autor de la fotografía o el director cinematográfico. Todos ellos utilizan unos determinados medios técnicos, que sabiamente conjuntados determinan un resultado final —la obra fotográfica, fonográfica o cinematográfica— que se ha conseguido, no sólo por el manejo de una tecnología más o menos sofisticada, sino —lo que es más importante— por la aplicación de personales criterios de creatividad, estética y originalidad. Desde este punto de vista cabe pensar, pues, que las obras fonográficas serían las creaciones expresadas mediante una serie de sonidos asociados —partes musicales, textos literarios, efectos especiales, etcétera— fijadas en un soporte y que estuviesen destinadas a ser mostradas a través de aparatos capaces de lograr su comunicación pública (27).

Los oponentes afirman que el fonograma no es sino una fijación o reproducción de una obra a obras preexistentes realizadas con mayor o menor perfección técnica. No hay tal paralelismo con la obra cinematográfica, ya que normalmente en el fonograma, no existe —como en la obra cinematográfica— la persona del director—realizador que coordina y utiliza las aportaciones preexistentes infundiéndoles su personalidad. La figura del director—realizador, dicen, no se da en las obras fonográficas con la sustantividad que tiene en la creación cinematográfica; ni siquiera los ingenieros de sonido han llegado a jugar en la producción fonográfica el papel personalismo que ocupan los directores cinematográficos. Sostienen asimismo, que aun en el caso de darse la analogía entre obra fonográfica y cinematográfica, no se puede reconocer al productor la cualidad de autor, ya que al productor le corresponden, como máximo, facultades de orden económico—patrimonial.

Es aquí, exactamente, donde reside el núcleo del problema en torno a la naturaleza de la obra fonográfica; no se trata tanto de obtener un concepto de fonograma más adecuado a la realidad y a las necesidades actuales, ni tampoco lograr su equiparación con la obra cinematográfica o fotográfica, sino de determinar "quién" o "quiénes" habrán de ser reconocidos e investidos con los derechos de autor de la obra fonográfica.

La respuesta depende de la doctrina o rama convencional que se utilice: las normas de la Convención de Berna que siguen la doctrina latina o humanística del derecho de autor o, por el contrario, las directrices de la Convención Universal que inspiran las legislaciones sajonas, favorables a los derechos del productor. Una solución intermedia, la encontramos en la Ley portuguesa de 1985, para la cual son autores de la obra fonográfica "los autores del texto o de la música fijada" (artículo 24).

c) El productor fonográfico y sus derechos

Veamos ahora, el otro protagonista del mundo fonográfico sobre el que, verdaderamente, se ha edificado el complejo de intereses que se regulan en la Convención de Roma: El productor fonográfico. El artículo 3, apartado c) define al productor de fonogramas como "la persona natural o jurídica que fija por primera vez los

sonidos de una ejecución u otros sonidos". Se contienen en esta definición, dos aspectos claves: uno expreso: la prioridad en la operación de fijar los sonidos; significativa en muchos casos, a la hora de aplicar al fonograma una determinada norma en el ámbito internacional; otro, de carácter tácito: que lo verdaderamente sustantivo en la persona del productor es su dimensión industrial (28).

¿Cuáles son y en qué consisten los derechos del productor del fonograma? Existe una cierta confusión en la utilización de los términos que dan nombre a diversas y variadas operaciones en el mundo de los fonogramas y sus productores. La Convención de Roma los regula en sus artículos 10 y 12; mientras que en el artículo 10 se habla del "derecho de reproducción" de los productores de fonogramas, en el artículo 12 que trata de las "utilizaciones secundarias" no se menciona calificativo alguno para esos derechos: son derechos que, para entendernos, vamos a denominar: "derechos de ejecución o derivados de la comunicación pública" de los fonogramas.

El artículo 10 de la Convención de Roma dispone que "Los productores de fonogramas gozarán del derecho de autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta de sus fonogramas". Ya en las deliberaciones de 1961 quedó establecido lo que habría que entender por reproducción "directa" e "indirecta": por "directa", hay que entender la reproducción que consiste en la fabricación de una matriz y prensado (por ejemplo, la fabricación del disco). Reproducción "indirecta" comprende, en cambio, dos modalidades: a) la grabación de los sonidos contenidos en un fonograma, (por ejemplo, la grabación en una musicassette, de los sonidos que emite un tocadiscos en funcionamiento) y b) la grabación y difusión de los sonidos producidos por un aparato receptor que capta la emisión radiodifundida de un programa (por ejemplo, grabar en una musicassette una obra fonográfica que es difundida por una emisión de radio o televisión y reproducir dicha grabación mediante un aparato apropiado).

Estas situaciones, fueron reguladas a través de un entramado de normas que, en 1961, pareció a sus responsables como suficiente para que los derechos de los productores de fonogramas quedasen adecuadamente protegidos. Pronto se dieron cuenta que la Convención de Roma en su afán por regular las diversas posibilidades que se presentaban al trío de protagonistas en sus relaciones mutuas, había diseñado un esquema que resultaba estrecho para hacer frente al grave fenómeno que comenzaba a aparecer en el mundo fonográfico, en la década de los 60: la piratería fonográfica. A la vista de esta insuficiencia operativa de la Convención de Roma se consideró necesario arbitrar los procedimientos necesarios para hacer frente al problema de la piratería. Así, en 1971, se creó el Comité de Expertos que, tras largas deliberaciones, alumbró un documento, que, en octubre de ese mismo año firmaron en Ginebra 23 Estados bajo el nombre de "Convenio para la protección de los productores de fonogramas contra la reproducción no autorizada de sus fonogramas". En lo sucesivo se le conocerá con el nombre abreviado de "Convenio Fonogramas".

Tal vez no sea este el lugar más apropiado por las limitaciones de espacio inherentes a este estudio, para tratar con la suficiente profundidad el tema de la piratería fonográfica. Tan sólo podemos dar cuenta de que en el informe presentado por el Director General de la IFPI (Federación Nacional de Productores de Fonogramas y Videogramas) ante el Forum mundial, celebrado en Ginebra en 1981, se contienen cifras y datos realmente significativos. La piratería de las grabaciones sonoras, que comenzó a constituir una amenaza grave en el decenio de 1960, con la llegada al mercado de las cintas en cassettes y cartuchos que abarataron y facilitaron considerablemente la realización de copias, constituye hoy un verdadero

cáncer para la industria fonográfica. Aproximadamente se venden en el mundo más de 250 millones de musicassettes piratas (en esta cifra no se incluyen los discos). Hay países, como Grecia y Portugal, en los que se estima que casi un 80% del mercado de cintas grabadas es pirata (29).

El otro bloque de derechos del productor fonográfico que denominaremos de "derechos de ejecución o derivados de la comunicación pública de los fonogramas", se halla regulado por el artículo 12 de la Convención de Roma y comprende lo que en la nomenclatura convencional se denominan "utilizaciones secundarias de los fonogramas".

El artículo 12 establece que "cuando un fonograma publicado con fines comerciales o una reproducción de ese fonograma se utilice directamente para la radiodifusión o al público, el utilizador abonará una remuneración equitativa y única a los artistas intérpretes o ejecutantes, o a los productores de fonogramas, o a unos y otros. La legislación nacional podrá, a falta de acuerdo entre ellos, determinar las condiciones en que se efectuará la distribución de esa remuneración".

¿En qué se fundamenta el derecho a esa remuneración equitativa y única que se pretende en el artículo 12? Y se pudo comprobar en las deliberaciones iniciales de 1961 que, este tema sería arduo por los intereses encontrados de los distintos sectores. Al final, estos intereses elaboraron una fórmula de compromiso: establecer un principio de carácter general y permitir, al mismo tiempo, excepciones a dicho principio, mediante la formulación de las oportunas reservas. Como principio básico para justificar las remuneraciones que traen consigo las "utilizaciones secundarias" de los fonogramas no puede haber otro que el efecto positivo en todos los órdenes —pero sobre todo, en el económico— que supone en la actividad de dichos sectores (particularmente, en la radio y la televisión), la utilización constante de los contenidos de los fonogramas. "El razonamiento principal y más sencillo —afirmaba S. Stewart, Director General de la IFPI en 1969— es que nadie debería aprovechar, con fines lucrativos, los esfuerzos creadores de cualesquiera otras personas, sin efectuar un pago correspondiente. Esto no es meramente un principio de Ley común, sino también del sentido común" (30).

En general, el sustantivo y debatido artículo 12 del Convenio de Roma encierra los siguientes principios:

1) Que hay una remuneración única y equitativa, por las utilizaciones secundarias de los fonogramas, cuando éstos han sido fabricados con fines comerciales y son objeto de utilización directa tanto en emisiones de radiodifusión como a través de cualquier otra forma de comunicación al público.

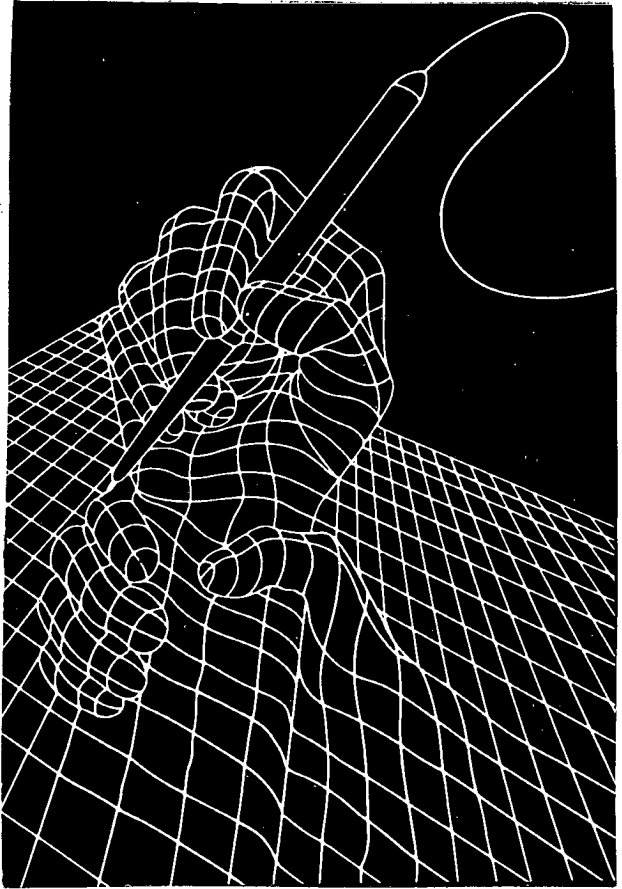
2) Que el derecho a percibir esta remuneración se determina por la Ley nacional del Estado contratante en que debe ser percibida.

3) Que los beneficiarios de esta remuneración equitativa pueden ser: o bien solamente los artistas, o bien solamente los productores de fonogramas, o bien aquéllos y éstos conjuntamente. En todo caso, la remuneración ha de ser única.

4) Que la manera más eficaz de llevar a cabo la recaudación de estas remuneraciones, es realizarla a través de los productores de fonogramas que, por su cuenta y la de los artistas, la harán efectiva y realizarán, asimismo, las tareas de distribución.

5) Que esta distribución se efectúa con arreglo a unas normas determinadas establecidas de común acuerdo por las partes.

Finalmente, queda por saber cómo se calculan estos pagos: o sea, cuáles son los criterios o baremos más usuales para fijar las tarifas correspondientes. Los procedimientos varían según se trate de ejecución de discos en público o se efectúe en la esfera de la radiodifusión:



A) En el campo de la ejecución de discos en público, a diferencia de la radio, el cálculo de las tarifas correspondientes está generalmente basado en la importancia del establecimiento de que se trata (teatro, hotel, discotecas) y en la frecuencia de las ejecuciones, cuyos factores determinan el número de personas que escuchan la música.

B) En la esfera de la radiodifusión, los procedimientos de cálculo se dividen en cuatro categorías.

1. Pago de un asuma global cuyo importe se negoció periódicamente (Reino Unido).
2. Pago con arreglo a una tarifa calculada por minuto o por hora de utilización de discos en emisiones (Países escandinavos).
3. Pago de un porcentaje fijo de los ingresos de la emisora (Francia).
4. Pago fijado según el número de receptores provistos de una licencia.

C) Los organismos de radiodifusión

a) Precisiones conceptuales

Es curioso anotar que de los tres grandes beneficiarios de la Convención de Roma solamente los organismos de radiodifusión carecen de concepto e definición en el texto de la Convención. ¿Se debe esta laguna terminológica a alguna postura preconcebida? En el informe general de la Conferencia diplomática de Roma se constata que la delegación de los Estados Unidos había propuesto una definición: "Por organismo de radiodifusión se entiende la persona jurídica que es el origen de una emisión radiodifundida".

No parece que la propuesta americana alcanzase mucho eco, ya que ni en el texto de la Convención, ni en la Ley-Tipo ni en su comentario se encuentra elemento definitorio alguno sobre estos organismos. Sí, en cambio, hallamos en la Convención la definición de "emisión" y de "retransmisión" (artículo 3, apartados f y g).

Se entiende por "emisión", la difusión inalámbrica de sonidos o de imágenes y sonidos para su recepción al público. En relación con la estructura formal de esta definición, hay que precisar: a) el término inalámbrica implica que, a efectos de la Convención, sólo se considera emisión la que se difunde a través de ondas horizontales, con lo que se excluye la difusión por hilo o cable; b) que, igualmente, en los límites de la Convención, siempre que se habla de "radiodifusión" hay que entender que se refiere tanto a la radio o emisión sonora, como a la televisión.

Por "retransmisión", hay que entender la "emisión simultánea por un organismo de radiodifusión, de una emisión de otro organismo de radiodifusión". Este aparente galimatías tiene como condición esencial la de que ambas emisiones, tanto la del organismo que emite como la del que reemite, sean simultáneas y no en diferido.

b) Contenido de la protección

El mínimo de protección que la Convención concede a los organismos de radiodifusión, viene establecido en el artículo 13, que dispone que estos organismos, gozarán del derecho de autorizar:

- a) La retransmisión de sus emisiones;
- b) La fijación sobre una base material de sus emisiones;
- c) La reproducción:
 - (i) de las fijaciones de sus emisiones hechas sin su consentimiento;
 - (ii) de las fijaciones de sus emisiones, realizadas con arreglo a lo establecido en el artículo 15, si la reproducción se hace con fines distintos a los previstos en dicho artículo;
- d) La comunicación al público de sus emisiones de televisión cuando éstas se efectúen en lugares accesibles al público mediante el pago de un derecho de entrada. Corresponderá a la legislación nacional del país donde se solicita la protección de este derecho determinar las condiciones del ejercicio del mismo.

Se observa que, en síntesis, la protección consiste en la capacidad, de autorizar o prohibir, que se otorga a los organismos de radiodifusión para las siguientes operaciones: retransmitir, fijar sus emisiones, reproducir esas fijaciones y comu-

nicar al público sus emisiones de televisión, siempre que éstas se realicen en lugares públicos mediante pago de una cantidad en concepto de entrada.

c) Las relaciones con otros derechos

Ya se vio, al comentar el contenido del artículo 12 y las denominadas utilizaciones secundarias de los fonogramas, que uno de los grandes temas de los derechos afines —las mutuas relaciones entre los beneficiarios— no había sido tratado con la suficiente delicadeza que evitase las fricciones entre ellos y se debe reconocer que donde la Convención dejó sin consolidar un terreno ya movedido fue, precisamente, en el de las relaciones entre los artistas y productores de fonogramas con las entidades de radio y televisión.

Patrick Masouyé ha trazado una breve pero atinada relación de "insuficiencias" o puntos débiles que presenta la Convención a este respecto (31). Además del ya examinado al principio de este epígrafe en relación con la ausencia de definición o concepto de organismos de radiodifusión, Masouyé, observa los siguientes:

1. La difusión por hilo o cable. Su tratamiento o regulación está ausente de la Convención, lo que significa que los Estados deben proveerse por sí mismos, de la normativa pertinente en su ámbito nacional.

2. La transmisión por satélite ya produjo numerosas discusiones en la fase de los trabajos preparatorios de la Convención. La transmisión por satélite ya produjo numerosas discusiones en la fase de los trabajos preparatorios de la Convención de Bruselas de 1974 o "Convención Satélites". El nudo de la cuestión reside en la interpretación dada a la definición de "emisión de radiodifusión" que se contiene en el párrafo f) del artículo 3 de la Convención de Roma.

Teniendo en cuenta que de los dos tipos de satélites actualmente en servicio (los de difusión directa, que emiten señales que son captadas directamente por el público, y los de telecomunicación o distribución, que necesitan de una estación distribuidora que transforma las señales y las emita a su punto de destino), solamente los de difusión directa cumplen técnicamente los requisitos formales de la definición de emisión ("...para su recepción por el público"), cabe pensar si no estamos ante algo más que una simple contradicción entre una frase y su aplicación técnica.

Burckhardt apunta una variante de esta aparente contradicción. Parte del principio de que la Convención de Berna se aplica por igual a los programas emitidos tanto por satélites de radiodifusión como por satélites de telecomunicación o distribución y que en el derecho unionista no se contiene ninguna definición de "radiodifusión". La definición más comúnmente utilizada es la que figura en el Reglamento de radiocomunicaciones de la U.I.T., según el cual, radiodifusión es la distribución de sonidos e imágenes por ondas radioeléctricas destinadas a su recepción directa por el público en general. La característica de ser recibida directamente por el público, sirve de base a los que pretenden dejar fuera de la aplicación de la Convención de Berna a los programas emitidos por satélite de telecomunicación o distribución. Pero tal actitud no ha tenido seguidores y el espíritu abierto de los unionistas, para los que los programas transmitidos por esta clase de satélites "están también destinados, a fin de cuentas, a la recepción por el público", ha prevalecido (32).

3) El criterio de la territorialidad. Del mismo modo que lo hicieron los artistas y los productores de fonogramas, la Convención de Roma concede "el mismo trato que a los nacionales" a los organismos de radiodifusión que tengan su domicilio legal en el territorio de dicho Estado, con respecto a las emisiones difundidas desde

emisoras situadas en su territorio (artículo 2,c). En virtud del artículo 6, párrafo 1, apartados a) y b) de la Convención, se supedita la protección a que o bien la sede social o bien las emisoras de esos órganos de radiodifusión se encuentran situados en el territorio de otro Estado contratante.

Pero la reserva que, a continuación, se contempla en el párrafo 2, de este mismo artículo 6, echa por tierra la facultad alternativa prevista en el párrafo 1. Proteger las emisiones, sólo en el caso de que ambas —sede social y emisoras— están en territorio del otro Estado contratante, equivale —aunque solamente se plantee bajo la posibilidad de "reserva"— a una limitación considerable.

4) El caso de las fotografías. Se refiere Patrick Masouyé, a las fotografías realizadas mediante fijación de imágenes de un programa de televisión. Ya en la discusión de la Conferencia en 1961 se planteó este problema: se acordó que los organismos de radiodifusión tenían el derecho de autorizar o prohibir la fijación no sólo de un programa sino también de partes del mismo. Ahora bien, no se supo o no se quiso aclarar si la fijación de "partes" de una emisión equivalía a fotografiar dicha emisión.

Se prefirió reservar la reglamentación de este tema a la legislación nacional de cada Estado contratante, lo que ha producido una cierta desorientación en el esquema de la protección de secuencias visuales emitidas por los organismos de televisión. Es el caso de imágenes ofrecidas por la noche, en pantallas de televisión, y reproducidas al día siguiente, en las primeras planas de la prensa de actualidad sin que haya mediado autorización alguna por parte del organismo de radiodifusión emisor de dicha imagen ni petición previa por parte de la Empresa periodística u suaria.

NOTAS

- (1) Kerever, André: "Le droit d'auteur, est-il, anachronique?", Rev. Le Droit d'Auteur, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Ginebra, diciembre, 1983, págs. 360-369.
- (2) Vid. "Les technologies nouvelles et les createurs", Dossier inserto en Politiques culturelles, del Consejo de Europa, número 1-2/84, Estrasburgo, 1984.
- (3) Masouye, Claude: "Problemes contemporains du Droit d'Auteur International", Rev. de l'UER, volumen XXIX, marzo, 1978, págs. 48 a 52. Las dos categorías de problemas restantes, según Masouyé, son la relativa a la necesidad de uniformar las legislaciones y la aplicación de los Convenios internacionales.
- (4) Ladd, David: "Copyright and International Technologies", Revista Internacional de Derecho de Autor, UNESCO, octubre, 1983.
- (5) Vide el trabajo de David Ladd. "Comment faire face au bouleversement du Droit d'auteurs dans le monde", Rev. Le Droit d'Auteur, OMPI, Ginebra, octubre, 1983, págs. 280-294. Aquí el autor insiste en este matiz: "No se puede esperar a dominar este fenómeno abordando el problema desde un punto de vista exclusivamente nacional, habida cuenta que se trata de problemas internacionales, a menudo ligados a actividades comerciales o a transmisión de carácter internacional; de ahí la necesidad de encontrar soluciones a escala mundial" (pág. 281).
- (6) Utilizamos la expresión de "derechos afines o conexos" como rótulo de este trabajo, al objeto de familiarizar su identificación sin que ello signifique valoración ni graduación alguna. Ver artículo 2 del Convenio de Estocolmo de 14 de julio de 1967 que establece la Organización Mundial de la Propiedad Inte-

lectual (OMPI).

- (7) Vide André Francón. "La protection internationale des droits voisins", *Revue Internationale du droit d'auteur*. UNESCO, número LXXIX, enero, 1974.
- (8) Cfr. Straschno, Georges. "Protection internationale des droits voisins" (en colaboración con Svante Bergström y Paolo Greco). *Etablissements E. Bruylant*, Bruxelles, 1958. Citado por Félix Fernández-Shaw, ob. cit., pág. 361.
- (9) Masouye, Patrick. "La Convención de Roma: realités et perspectives", *Rev. Le Droit d'Auteur*, septiembre, 1985, páginas 259-276. Este trabajo es el resumen de una Tesis doctoral defendida por su autor en febrero de 1985 en la Facultad de Derecho, Economía y Ciencias Sociales de París 2.
- (10) Masouye, Claude. *Introducción a la Guía de la Convención de Roma y del Convenio de Fonogramas*. Edición de la Organización Mundial de la Propiedad intelectual (en español), Ginebra, 1982.
- (11) El artículo 15, párrafo 1, que regula las limitaciones a la protección, establece que cada uno de los Estados Contratantes podrá establecer en su legislación excepciones a protección concedida por la presente Convención en los casos siguientes:
 - a) cuando se trate de una utilización para uso privado;
 - b) cuando se hayan utilizado breves fragmentos con motivo de informaciones sobre sucesos de actualidad;
 - c) cuando se trate de una fijación efímera realizada por un organismo de radiodifusión por sus propios medios y para sus propias emisiones.
 - d) cuando se trate de una utilización con fines exclusivamente docentes o de investigación científica.
- (12) Según datos suministrados por la OMPI, entidad administradora de la Convención de Roma, la relación de países signatarios de la Convención, en fecha 1 de enero de 1986, es la siguiente: República Federal de Alemania*, Austria*, Barbados, Brasil, Chile, Colombia, Congo*, Costa Rica, Dinamarca*, El Salvador, Ecuador, Fidji*, Finlandia*, Guatemala, Irlanda*, Italia*, Luxemburgo*, Méjico, Mónco*, Nigeria*, Noruega*, Panamá, Paraguay, Perú, Filipinas, Reino Unido*, Suecia*, Checoslovaquia*, Uruguay*. Total: 29 Estados. En esta relación, los Estados señalados con asterisco (*), son los que han formulado algún tipo de reservas.
- (13) Fernández-Shaw, Félix. "Derechos de autor y derechos conexos en la radiodifusión española", Madrid, Instituto de Estudios Jurídicos, *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XXVIII, abril-junio, 1976, págs. 337-422.
- (14) Francia, al introducir en su reciente Ley de 3 de julio de 1985 que modifica la de 11 de marzo de 1957, introduce en el ámbito de los artistas intérpretes o ejecutantes a los "números de variedades, de circo o de marionetas".
- (15) En este sentido la interpretación adecuada de los términos utilizados por la Convención, debería ser restrictiva y no considerar como "artista" a los que intervienen en la actuación, demodo secundario: por ej.: tramoyistas y decoradores, en una representación teatral; los comparsas, en obras musico-escénicas, etcétera.
- (16) Plaisant, Robert. "Los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes", *Revista Internacional del Derecho de Autor*, París, UNESCO, 1984, págs. 74-77.
- (17) *Ibidem*, pág. 76.
- (18) Mille, A.: "El derecho de los artistas: un nuevo ámbito autónomo de la propiedad intelectual", *Rev. Le Droit d'Auteur* (versión francesa), julio-agosto,

1984, págs. 277-279.

Este autor [secretario ejecutivo de la Federación Latino Americana de artistas intérpretes o ejecutantes (FLAIE)], adopta sobre este punto, posturas más radicales: "En mi opinión —agrega— ya es hora de comenzar a estudiar los derechos de los artistas y a legislar en este ámbito, partiendo del principio de que se trata de derechos que no son tributarios ni derivados de los derechos de los autores" (ob. cit., pág. 278).

- (19) Exposé des Motifs de la "Proposition de Loi relative a la protection des droits des artistes, interpretes ou executants". Assemblée Nationale; Seconde session ordinaire de 1977-1978. Presentada por el Diputado Robert-André Vivien.
- (20) Fernández-Shaw, nos narra su experiencia en este punto: "En la Ley brasileña de derechos de autor de 1973 y en tu Título V (derechos vecinos) se recoge, por primera vez en una legislación nacional o internacional el llamado derecho de arena (derecho de arena) (artículo 100) que protege al atleta (futbolista, etcétera) que actúa en espectáculo público, con pago de entrada, y del que se prevé una grabación, transmisión o retransmisión, salvo (artículo 101) que tales tomas no excedan de tres minutos (43) y estén dedicadas a la información de la prensa, cine y televisión. No es de extrañar que esta disposición haya surgido en la patria de Pelé quien, tanto luchó por una protección de este tipo: En el I Seminario Internacional de Legislación de Radiodifusión (Río de Janeiro, noviembre 1973) se tuvo oportunidad de conocer el proyecto de Ley brasileño. Los radiodifusores unánimemente señalaron el peligro que una norma como esta pudiera significar para la futura retransmisión internacional de eventos deportivos (Juegos Olímpicos, campeonatos mundiales de fútbol, ciclismo, etcétera). No obstante, la Ley fue sancionada" (ob. cit., pág. 368).
- (21) Desbois, Henri. *Le droit d'auteur en France*, París, Dalloz, 1978, (3ª edición), pág. 216. Cita el profesor Desbois el caso de los herederos del célebre director W. Furtwangler que se opusieron a la edición de discos, sobre una grabación de las sinfonías de Beethoven interpretadas por la Orquesta Filarmonica de Viena bajo la dirección del maestro alemán y hecha por una emisión radiofónica, no para ser reproducida en discos para su venta al público. El Tribunal Civil del Sena, en enero de 1956 dio la razón a los herederos de Furtwangler y al año siguiente, el Tribunal de Apelación de París, confirmó (13 de febrero, 1957) la sentencia: el artista había sido víctima de una violación de su derecho moral, al haberse puesto a la venta discos de interpretaciones musicales, que en el momento de su ejecución, solamente estaba prevista su difusión por radio.
- ¡Faltaba tan sólo un mes para la aprobación de la Ley francesa de Derechos de Autor! La sentencia cayó como una bomba e inmediatamente se inició una campaña de "moderación y apaciguamiento": "Señores —decía el Abogado general Lindon— no es posible asegurar o sobreentender que tal derecho existe para los intérpretes..." Por su parte Marcel Plaisant, en el Senado, se esforzaba por demostrar que el proyecto legal que allí se debatía, no acogería a estos derechos "vecinos" al de autor.
- (22) Masouye, Patrick: *La Convención de Roma...*, Ob. cit., pág. 77. Y la exposición de motivos de la proposición de Ley francesa sobre derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes (1978).
- (23) Ha sido la jurisprudencia francesa la que, a pesar de las reticencias de un sector no desdeñable de autores (entre ellos H. Desbois), ha ido admitiendo

la realidad de este tipo de derechos. Recientemente, la Ley francesa de 3 de julio de 1985 sobre los derechos de autor y los derechos de los artistas-intérpretes, los productores de fonogramas y videogramas y las empresas de comunicación audiovisual, ha reconocido el derecho moral del artista-intérprete (artículo 17).

- (24) Plaisant, Robert. Ob. cit., pág. 76. Masouye, Claude. Ob. cit., pág. 43.
- (25) En torno a este tema, de tanta trascendencia en el dominio de los derechos afines o conexos es interesante, por su actualidad, el trabajo de Ivonne Burckhardt: "Les satellites de television et les droits des artistes interpretes ou executants". Revue Le Droit d'Auteur, OMPI, julio-agosto, 1985, págs. 215-220.
- (26) Con cierta ironía dice Koumantos a propósito de estas dificultades que encuentra el artista "...cuando parecía que su eficacia (la de la Convención de Roma) iba a ser dudosa, se elaboraron dos nuevas Convenciones, una para los productores de fonogramas y la otra para las entidades de radiodifusión; la tercera categoría, la de los artistas ejecutantes, artísticamente más importante pero económicamente menos potente, no tuvo los honores de una convención suplementaria". G. Koumantos: "Defis et promesses des mass media pour le droit d'auteur", Rev. Le Droit d'Auteur 1981, pág. 16.
- (27) Acerca del concepto "obra fonográfica" como creación autónoma, recuérdese la anécdota de Orson Welles cuando al ser preguntado sobre de qué obra suya había quedado más satisfecho respondió: "Sin duda alguna de "La guerra de los mundos". Y agregó: "Si en la época de su realización (1938) hubiese estado desarrollada la industria del disco como ahora, esta obra, hubiera sido un auténtico hit del mercado fonográfico". La célebre obra de Welles, extraordinario conjunto de trazos literarios, partes musicales, efectos especiales, etcétera, todo ello coordinado y dirigido por su mano maestra, sería a estos efectos, una auténtica "obra fonográfica".
- (28) A este respecto, recuerda Claude Masouye que en el informe de la Conferencia diplomática de Roma se especificaba que cuando un operador empleado por un apersona jurídica fija sonidos en el desempeño de su empleo, debe considerarse productor a la persona jurídica (o sea, al empresario) y no al operador. Ob. cit., pág. 28.
- (29) En los primeros años de la actual década de los 80, el valor de los productos piratas vendidos en países respecto de los cuales la IFPI posee información es el siguiente:
- América del Norte: 560 millones de dólares.
 - Europa Occidental: 175 millones de dólares.
 - Países del Mediterráneo, Oriente Medio y Africa: 135 millones de dólares.
 - Asia y Australia; 120 millones de dólares.
 - América Latina: 86 millones de dólares.
- (30) "Como quiera que sea —afirmaba Stephen Stewart— el factor decisivo reside en la circunstancia de que la emisora no toca el disco para popularizarlo difundiénolo por sus antenas, sino también porque gusta al público y por consiguiente a sus clientes, de cuya publicidad se hace cargo, reportando así un proverbio a la emisora. Según dijo, hace más de cincuenta años, el Presidente del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, Holhes, al justificar el pago de los derechos de ejecución pública: "Si la música no fuese lucrativa, se renunciaría a ella... la finalidad de su uso, es el beneficio —y esto basta—. S. Stewart: Performance Rigths for Produces of Phonograms and Performers, abril, 1969, Conferencia pronunciada en Nassau (Bahamas), Edit. IFPI, London, 1970.
- (31) Ob. cit., págs. 269-272.
- (32) Y. Burckhardt. Ob. cit., pág. 219.