



DOCTRINA Y OPINIONES

REFLEXIONES SOBRE EL PROYECTO DE TRATADO DE LA OMPI
SOBRE RADIODIFUSIÓN Y SU IMPACTO EN LA LIBERTAD DE
EXPRESIÓN

Thomas DREIER*

Índice

- I. El proyecto de Tratado de la OMPI sobre Radiodifusión (WBT por sus siglas en inglés)
- II. El WBT y la libertad de expresión y de acceso a la información
- III. Principales áreas de conflicto
 1. “Radiodifusión” y “Contenidos”
 2. Alcance de los derechos exclusivos de radiodifusión
 - a) Reutilización de material en el dominio público
 - b) Derechos “exclusivos” en lugar de derechos a autorizar o prohibir
 - c) Los “viejos” derechos y los nuevos derechos previstos en el WBT
 3. Sincronización de las excepciones
 4. Ajuste de la protección jurídica adecuada contra la acción de eludir medidas tecnológicas
- IV. Observaciones adicionales
 1. Posibles nuevos beneficiarios
 2. Duración de la protección
- V. Sumario

* Prof. Dr. iur.; M.C.J. (Universidad de Nueva York); Director, Instituto de Derecho de la Información, Universidad de Karlsruhe (TH), y Profesor Honorario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Friburgo, en Alemania.

I. El proyecto de Tratado de la OMPI sobre Radiodifusión (WBT por sus siglas en inglés)

Durante años, la OMPI ha llevado a cabo esfuerzos para la negociación y firma de un tratado sobre la protección a los radiodifusores. Más allá de la protección mínima prevista para los organismos de radiodifusión conforme al Artículo 14(3) del Acuerdo sobre los ADPIC¹, la protección contemplada en el proyecto de Tratado de la OMPI sobre Radiodifusión (WBT)² es paralela y complementaria a la protección legal otorgada por el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, Ginebra, 1996 (TOIEF o WPPT por su sigla en inglés) a los artistas intérpretes o ejecutantes y productores de fonogramas, es decir, los otros dos beneficiarios previstos por la Convención de Roma sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión.

Tal como las disposiciones de la Convención de Roma y del Acuerdo sobre los ADPIC relativas a los productores de fonogramas y organismos de radiodifusión, el proyecto de WBT es un instrumento jurídico que protege sobretudo la inversión y no las actividades creativas. La justificación subyacente es que en ausencia de protección legal, los que se aprovechan sin contrapartida (*free riders*) se apropiarían irrefrenablemente de las señales de radiodifusión. En tanto que a corto plazo, el uso no autorizado de las señales de radiodifusión incrementaría el acceso por parte de los usuarios, a largo plazo, la radiodifusión se volvería una actividad poco rentable. En consecuencia, la falta de protección jurídica para los organismos de radiodifusión daría como resultado una disminución en el acceso a materiales radiodifundidos. Un buen número de los Estados que apoyan activamente algún tipo de protección jurídica para los organismos de radiodifusión, parece compartir este punto de vista.

En 1961, la Convención de Roma sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, administrada conjuntamente por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), La Organización Internacional del Trabajo (OIT), y la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), reconoció en su Artículo 13, la necesidad legítima de protección para los organismos de radiodifusión. El Artículo 14(3) del Acuerdo sobre los ADPIC reforzó la protección mínima garantizada a los organismos de radiodifusión. De allí que el proyecto de WBT no añada, en el ámbito internacional, otro nivel en la protección de la propiedad intelectual al ya de por sí bastante escalonado sistema de propiedad intelectual. Más aún, debe destacarse que en muchos sentidos la protección otorgada por el WBT ya está prevista en muchas leyes nacionales, al menos en la Unión

¹ Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, Marruecos, 1994.

² WIPO Doc. SCCR/12/2 Rev. 2, 2 de Mayo de 2005), junto con el “Documento de Trabajo sobre Soluciones Alternativas y Facultativas para la Protección Relacionada con la Difusión por Internet”, en lo sucesivo “Documento de Trabajo sobre la Difusión por Internet”, Doc. OMPI SCCR/12/5 Prov.

Europea, en donde los organismos de radiodifusión gozan de un derecho de exclusivo de fijación, de reproducción, de distribución, un derecho limitado de comunicación al público y el derecho de puesta a disposición del público (Artículos 6(1), 8(1) y 9(1) de la Directiva de la Unión Europea sobre derechos de Alquiler y Préstamo (92/100/CEE),³ y los Artículos 2(e), 3(2)(d) de la Directiva de la Unión Europea sobre los Derechos de Autor en la Sociedad de la Información (2001/29/CE).⁴ Este nivel de protección tal como está establecido hoy en día al interior de la Unión Europea, es considerado por un número sustancial de países como el adecuado, si bien es cierto que se trata de países desarrollados.

Sin embargo, el proyecto de WBT, al prever un conjunto completo de derechos exclusivos relativos a la redifusión (por cualquier medio, incluido el alámbrico), comunicación al público, fijación, reproducción, distribución, transmisiones posteriores a la fijación, y a la puesta a disposición del público (Artículos 6-12), va claramente más allá de lo que hasta ese momento había sido aceptado como el estándar mínimo de protección para los radiodifusores en el ámbito internacional. Adicionalmente, aun en los casos en los que los derechos enlistados en el WBT ya hayan sido conferidos con anterioridad, el proyecto de WBT suprimirá algunas limitaciones (Artículo 14). Además, los miembros del futuro WBT deberán proveer protección jurídica para las señales anteriores a la radiodifusión (Artículo 13), y, conforme al proyecto de WBT, los beneficiarios no se limitarán a los organismos de radiodifusión, sino que incluirán a los difusores por cable y posiblemente a los difusores por Internet (Artículo 4). Finalmente, el proyecto de WBT prevé una protección jurídica adecuada contra la acción de eludir medidas tecnológicas y también para la información sobre la gestión de derechos (Artículos 16 y 17).

Esto origina la pregunta sobre si el nuevo tratado, tal como está proyectado hasta el momento, y en qué medida, entraría en conflicto con la libertad de expresión y de acceso a la información.

³ Directiva 92/100/CEE del Consejo de 19 de noviembre de 1992 sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual.

⁴ Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2001/29/CE de 22 de Mayo de 2001 sobre la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información.

II. El WBT y la libertad de expresión y de acceso a la información

La libertad de expresión, tal como está garantizada por la Declaración Universal de Derechos Humanos,⁵ el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁶ y la Convención Europea de Derechos Humanos,⁷ es una libertad fundamental que protege a los individuos contra la censura del Estado, estableciendo la base para una sociedad libre y democrática. Además, esta libertad no se limita a la expresión y concepción libre de las opiniones e ideas personales; en tanto que condición necesaria para la formación de tales opiniones personales, sino que también abarca el derecho de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas a través de cualquier medio y sin consideración de fronteras. No nos es posible en el presente artículo explorar en qué medida este derecho fundamental de la libertad de expresión es un derecho meramente defensivo contra las acciones del Estado tendientes a *impedir* la libertad de expresión o de acceso a la información, o si se trata asimismo de un derecho positivo que obliga a los Estados a promulgar legislación que *posibilite* la libertad de expresión y de acceso a la información. Además, debe subrayarse que a lo comúnmente denominado “derecho de acceso a la información” no significa acceso gratuito. Además, el objetivo consiste principalmente en impedir a los Estados que ejerzan un control o prohibición sobre la libertad de buscar, recibir y difundir la información y las ideas por parte de los individuos. Aun cuando los Estados están obligados a crear un ambiente en que existan fuentes de información, es probable que el derecho de acceso a la información vaya tan lejos como para imponer a los Estados la obligación de crear activamente o mejorar las posibilidades de acceso existentes.

⁵ Declaración Universal de Derechos Humanos, Artículo 19: “Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras por cualquier medio de expresión.”

⁶ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Artículo 19: “1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones. 2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. 3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.”

⁷ Convención Europea de Derechos Humanos, Artículo 10: “1 Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa. 2 El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.”

Evidentemente, por una parte existe un conflicto entre este principio fundamental de la libertad de expresión y la protección exclusiva para los organismos de radiodifusión por la otra. Debido a que ambas libertades se protegen al mismo nivel, de alguna forma tienen que organizarse, tal como establece el Artículo 19 (3)(a) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Artículo 10(2) de la Convención Europea de Derechos Humanos. Sin ahondar en los detalles de los estándares que deben aplicarse al organizar los dos derechos en conflicto, debe decirse de entrada que al organizarlos, sin que obste la envergadura del derecho a la libertad de expresión y de acceso a la información, el mero otorgamiento de derechos exclusivos para la protección de los organismos de radiodifusión, no constituye *per se* una violación a la libertad de expresión y de acceso a la información. Ciertamente, cualquier derecho exclusivo impacta en la libertad de expresión y de acceso a la información. Sin embargo, con toda probabilidad, una violación al derecho a la libertad de información requiere que los derechos en conflicto restrinjan esta libertad indebidamente. En la búsqueda de este equilibrio, debe tomarse en cuenta que se otorgan derechos exclusivos más bien con el fin de lograr un mayor acceso en lugar de restringirlo, así como el hecho anteriormente comentado de que la libertad de acceso a la información no significa necesariamente que los Estados deban proveer un acceso libre de costo.

En vista de la necesidad legítima de algún tipo de protección para los organismos de radiodifusión (adicional a la protección que tales organismos reciben con respecto a algunas partes de los contenidos de sus radiodifusiones), el asunto decisivo es si el alcance de la protección propuesta por el proyecto de WBT es igualmente apropiado bajo la perspectiva de los intereses legítimos de la libertad de expresión y de acceso a la información. Esta cuestión no debe tomarse a la ligera ya que el WBT propuesto incrementará de forma sustancial la protección mínima existente, de conformidad con la Convención de Roma y el Acuerdo sobre los ADPIC. Por supuesto, la cuestión de cuáles son las disposiciones del proyecto de WBT que ponen en peligro las “válvulas de seguridad” que garantizan el apropiado y necesario equilibrio entre los intereses de los titulares de derechos de propiedad intelectual por un lado y los de los usuarios en cuanto al acceso por otro, deberá examinarse con mucho mayor detalle de lo que es posible en el presente Artículo. Sin embargo, vale la pena llamar la atención sobre algunas de las características del proyecto del nuevo WBT que no deberán soslayarse al momento de la redacción final del texto de este nuevo Tratado.

III. Principales áreas de conflicto

Las disposiciones del proyecto de WBT revelan al menos cuatro principales áreas potenciales de conflicto respecto de la libertad de expresión y de acceso a la información. Estas áreas son: la necesaria distinción entre la “radiodifusión” como el objeto de protección previsto por el WBT, y los “contenidos” radiodifundidos (1); el alcance amplio de protección de los derechos de los radiodifusores (2); la necesaria sincronización entre las excepciones a los derechos exclusivos de los radiodifusores con las excepciones a los derechos exclusivos

sobre los contenidos radiodifundidos (3); y, finalmente, el (des)ajuste de la protección jurídica adecuada contra la acción de eludir medidas tecnológicas tanto respecto de los derechos de los radiodifusores como de los derechos existentes sobre el contenido radiodifundido (4).

1. “Radiodifusión” y “Contenidos”

Con miras a definir el objeto de protección de los derechos de los radiodifusores, es importante distinguir primeramente entre la *radiodifusión* por un lado, y el material que se difunde por la otra, es decir, los *contenidos* de la radiodifusión. Únicamente el primero es objeto de la protección de los derechos de los radiodifusores. Lo anterior, independientemente de que los radiodifusores pudieran efectivamente gozar de derechos sobre los contenidos radiodifundidos. Existen dos formas en que puede coincidir la titularidad de derechos sobre los contenidos radiodifundidos en la persona de los radiodifusores: (1) muchos países otorgan a los organismos de radiodifusión una protección a título de productores de las películas que han producido y radiodifundido. (2) en la práctica, los derechos de autor son con frecuencia cedidos o transmitidos a los organismos de radiodifusión que produjeron las películas. Sin embargo, ninguno de estos últimos derechos es objeto de la protección que brinda el WBT.

De ahí se concluye que la definición del objeto de protección del WBT debe redactarse de forma que la protección jurídica otorgada a los radiodifusores abarque únicamente la radiodifusión en sí, pero no el contenido radiodifundido. En otras palabras, debe dejarse claro que una vez que se radiodifunda una obra que está ya en el dominio público, únicamente la reutilización de tal radiodifusión en particular estará cubierta por el derecho exclusivo otorgado al radiodifusor, más no la utilización de la obra radiodifundida *per se*. Es posible el uso de la misma obra a partir de otra fuente. Por ejemplo, este objetivo puede lograrse si se establece que el objeto de la protección son las señales radiodifundidas (tal como se encuentra actualmente previsto en el nuevo párrafo (0) del Artículo 3 del proyecto de WBT).

En segundo lugar, la distinción entre “radiodifusión” como objeto de protección del proyecto de WBT por una parte, y los “contenidos” radiodifundidos por la otra, es de vital importancia para la adecuada limitación de los efectos negativos sobre la libertad de acceso y uso de los contenidos de las radiodifusiones, que pudieran derivarse del otorgamiento de los derechos exclusivos a los radiodifusores previstos en el WBT. Un usuario sólo podrá utilizar partes de una radiodifusión, si tanto los derechos que pesan sobre el contenido radiodifundido como los derechos sobre la radiodifusión, se lo autorizan. En otras palabras, aun cuando el derecho de autor permita un uso particular respecto de una determinada obra (primer nivel), el usuario no podrá llevar a cabo tal acto si al realizarlo infringe un derecho sobre la radiodifusión (segundo nivel). Por ello, debe ponerse extremo cuidado en la coordinación de las políticas subyacentes de ambos niveles de derechos exclusivos. Esto puede hacerse ya sea

limitando el alcance de los derechos otorgados a los organismos de radiodifusión en el proyecto de WBT, o proveyendo limitaciones y excepciones apropiadas (ver más abajo III.3), y una protección jurídica adecuada contra la acción de eludir medidas tecnológicas (ver más abajo III.4).

2. Alcance de los derechos exclusivos de radiodifusión

a) Reutilización de material en el dominio público

Con el fin de impedir un evidente conflicto con el derecho a la libertad de acceso y a la información, la protección exclusiva otorgada a los radiodifusores no debe extenderse a la reutilización de la obra radiodifundida que se encuentra en el dominio público, al menos no en tanto que la reutilización sea únicamente de esa obra en particular y no de las señales radiodifundidas. De esta forma, la protección exclusiva otorgada a los radiodifusores tendría una correspondencia con, por ejemplo, la protección exclusiva otorgada a los productores de fonogramas que realizan grabaciones de material en el dominio público. Allí también, la reutilización del fonograma protegido está sometido al derecho de autor, en tanto que la utilización independiente del material en el dominio público grabado en el fonograma, no. Un paralelismo similar se encuentra en el caso de las fotografías de material en el dominio público. Igualmente, el material en el dominio público fotografiado puede utilizarse independientemente del derecho de autor sobre la fotografía.

b) Derechos “exclusivos” en lugar de derechos “a autorizar o prohibir”

Contrariamente a lo establecido en la Convención de Roma, el WBT propone el otorgamiento de derechos verdaderamente exclusivos para los radiodifusores, en lugar de meros “derechos a autorizar o prohibir”. Sin embargo, esta diferencia de formulación entre un mero “derecho a autorizar o prohibir” y un “derecho exclusivo” tiene razones principalmente históricas. En el tiempo en que se firmó la Convención de Roma, el Reino Unido sólo otorgaba protección a los artistas intérpretes bajo la vía del derecho criminal. Más aún, en la práctica, difícilmente representa alguna diferencia con respecto a los fines de acceso a la información y libertad de expresión el sustento legal en el que se base el radiodifusor para impedir a otros la realización de ciertos actos respecto de su radiodifusión protegida. Por consiguiente, la adopción de derechos exclusivos a favor de los radiodifusores no tiene efectos negativos de importancia en la libertad de expresión y de acceso a la información.

c) Los “viejos” derechos y los nuevos derechos previstos en el WBT

Con respecto a los derechos previstos en el proyecto de WBT, es necesario distinguir entre los derechos que ya estaban establecidos en la Convención de Roma y en el Acuerdo sobre los ADPIC y aquellos que no. Resulta que el primer grupo, los “viejos” derechos, ya tienen una larga tradición en la legislación internacional del derecho de autor, por lo que requieren un escrutinio mucho menor respecto del impacto que pudieran tener sobre la libertad de expresión y de acceso a la información al requerido por el nuevo grupo de derechos a otorgarse.

Los “viejos” derechos incluyen el derecho de redifusión inalámbrica (retransmisión), que debe entenderse como el derecho a la retransmisión simultánea (ver las notas explicativas al Artículo 6 del proyecto de WBT), el derecho de fijación, el de reproducción y el de comunicación pública de las radiodifusiones protegidas (que, conforme a la Convención de Roma, está limitada a las comunicaciones realizadas en lugares accesibles al público mediante el pago de un derecho de entrada). Claro, en muchos casos el WBT va más allá en cuanto al alcance de esos “viejos” derechos tal como se formularon en la Convención de Roma y en el Acuerdo sobre los ADPIC, pero este aspecto no será abordado aquí. De igual forma, si bien el número de beneficiarios se amplió (ver más abajo IV.1), también el campo de aplicación de tales derechos se expandió, lo que en sí no implica un mayor problema respecto de la libertad de expresión. Esto es igualmente verdadero si la radiodifusión abarca también la transmisión por satélite (Artículo 2 (a) proyecto de WBT) y ya no se limita a la transmisión inalámbrica, sino que también abarca la difusión por cable (Artículo 3 (2) proyecto de WBT) y posiblemente las difusiones por Internet que hagan los difusores por Internet o las difusiones simultáneas (*simulcasts*) de los organismos de radiodifusión, como se plantea en el Documento de Trabajo.

Los nuevos derechos previstos por el proyecto de WBT que no están conferidos ni por la Convención de Roma ni por el Acuerdo sobre los ADPIC, son: la protección de las señales anteriores a la radiodifusión, el derecho de distribución, de puesta a disposición y el derecho sobre las transmisiones posteriores a la fijación. Estos derechos generan las siguientes observaciones:

- *Protección anterior a la radiodifusión* – A pesar de que la protección otorgada a los organismos de radiodifusión en virtud de sus radiodifusiones anteriores a la radiodifusión (es decir, la protección de las “señales anteriores a la radiodifusión”, que no están previstas para su recepción directa por el público sino que son utilizadas por los organismos de radiodifusión para transportar el material de un programa desde un estudio hasta el lugar donde está situado el transmisor como se explica en las Notas Explicativas del proyecto de WBT) es una característica nueva en el derecho internacional, tal protección se revela como el complemento lógico de la protección

legal a los organismos de radiodifusión y no debería de representar mayor problema para la libertad de expresión.

- *Derecho de distribución* – A pesar de que en el ámbito internacional, el derecho exclusivo de distribuir fijaciones de sus radiodifusiones es una novedad, debe decirse que tal derecho ya había sido conferido a los organismos de radiodifusión por el Artículo 9(1) de la Directiva de la Unión Europea sobre derechos de Alquiler y Préstamo (92/100/CEE). Adicionalmente, el derecho de distribución ha sido adoptado entretanto, tanto en el TODA o WCT⁸ como en el TOIEF o WPPT⁹ (Artículo 6 WCT; Artículos 8 y 12 WPPT). De ahí que parezca lógico el otorgamiento de un derecho de distribución a los organismos de radiodifusión en el futuro WBT.
- *Derecho de puesta a disposición* – Lo mismo aplica, *mutatis mutandis*, al derecho de puesta a disposición (ver Artículos 8 WCT, 10 y 14 WPPT, así como el Artículo 3(2)(d) de la Directiva de la Unión Europea sobre los Derechos de Autor en la Sociedad de la Información (2001/29/CE)).
- *Transmisión posterior a la fijación* – Contrastantemente, el derecho sobre las transmisiones posteriores a la fijación es probablemente el derecho previsto por el WBT que merece el escrutinio más cuidadoso desde el punto de vista de una posible interferencia con los principios de la libertad de expresión y de acceso a la información. Por una parte, tal cual está definido en el WBT, el derecho de redifusión (retransmisión) abarca únicamente actos de retransmisión *simultánea*, es decir, en los que las señales originales de la radiodifusión sean retransmitidas. De ahí que resulte lógico el otorgamiento de un derecho adicional a los organismos de radiodifusión para prohibir la retransmisión a partir de una fijación de señales radiodifundidas en lugar de utilizar las señales. Sin tal previsión, la protección legal en contra de la retransmisión no autorizada podría ser muy fácilmente evadida. Por otra parte, en vista de la noción amplia de “transmisión” existe el peligro de que este nuevo derecho de transmisión posterior a la fijación pueda emplearse para obstaculizar actos que de otra forma serían legales en relación con las obras individuales que son radiodifundidas (ya sea porque la obra radiodifundida esté en el dominio público, o porque el acto concreto de utilización de una obra que estaría protegida, está permitido por una excepción al derecho de autor. En vista de esto, el derecho de transmisión posterior a la fijación debería aplicar únicamente a la radiodifusión en cuanto que un todo y no a la radiodifusión de una obra individual. De otra forma, actos normalmente permitidos, como el uso de copias privadas por razones de programación diferida o de desplazamiento, no seguirían estando permitidos. Para evitar esto, parecen viables cuatro opciones. Una opción consiste en suprimir el derecho de transmisión posterior a la fijación totalmente. Otra opción sería limitar el derecho de retransmisión de radiodifusiones globales. Una tercera opción sería concebir una excepción obligatoria al derecho de transmisión posterior a la fijación para el efecto de que este derecho no tuviera aplicación en los casos en los que la utilización de una obra radiodifundida esté permitida desde el punto de vista de la

⁸ Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, Ginebra, 1996.

⁹ Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, Ginebra, 1996.

protección jurídica otorgada a la obra radiodifundida. Finalmente, una cuarta opción (mínima) consiste en la adopción de una Declaración Concertada, en el marco de una Conferencia Diplomática, que aclare el alcance del derecho de transmisión y los actos que, con respecto a los contenidos radiodifundidos, permanecen inalterados por tal derecho.

3. Sincronización de las excepciones

Más aún, con el fin de salvaguardar el derecho a la libertad de expresión y de acceso a la información, resulta esencial que los derechos otorgados a los organismos de radiodifusión conforme al futuro WBT sean consistentes con las políticas fundamentales del derecho de autor con respecto al contenido radiodifundido. En otras palabras, en cualquier caso en que la ley de derecho de autor permita el uso libre de la obra para un fin particular o bajo ciertas circunstancias (tal como, pero no limitativamente, la libertad de expresión o la copia privada por razones de programación diferida o de desplazamiento), esto también debería estar permitido si la obra en cuestión ha sido radiodifundida y si se utilizan las señales que difundieron esa obra. Este asunto es de particular importancia en vista de un adecuado equilibrio entre los intereses de los radiodifusores y los intereses en la libre expresión y libre acceso a la información. Podría alegarse que con respecto a la libertad de expresión y de acceso a la información, este punto es de mucha mayor trascendencia que cualquier otro relacionado con otros asuntos como el número de beneficiarios o el alcance de los derechos exclusivos a otorgarse por el futuro WBT.

Por ello, desde el punto de vista de la libertad de expresión y de acceso a la información, es recomendable que las limitaciones y excepciones a los derechos sobre los contenidos radiodifundidos se apliquen a los derechos exclusivos que pesan sobre la propia radiodifusión, en los casos en que la obra o el objeto protegido hayan sido radiodifundidos y en tanto que la utilización de una obra u objeto protegido en particular estén concernidos. Claro está, probablemente no es necesario extender todas las limitaciones al derecho de autor a toda la radiodifusión.

Con respecto a las excepciones, el *test* de las tres etapas es otro punto que amerita análisis. Hoy en día, este *test* se aplica uniformemente a todos los derechos otorgados por las principales convenciones internacionales en materia de derecho de autor (Artículos 9(2) del Convenio de Berna, 13 del Acuerdo sobre los ADPIC, 10 TODA o WCT y 16 TOIEF o WPPT). Por lo que parece lógico incorporarlo al futuro WBT también. No obstante, debe guardarse en mente que la protección jurídica de las radiodifusiones constituye un segundo nivel “sobrepuesto” al primer nivel de protección del derecho de autor en el material radiodifundido. De ahí se deriva que si el *test* de las tres etapas se aplica con el fin de determinar si una cierta limitación o excepción en la ley nacional: 1) constituye un caso especial; 2) afecta la normal explotación de la radiodifusión protegida; y 3) causa un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del organismo de radiodifusión, este análisis

si se enfoca únicamente en la situación económica del organismo de radiodifusión, podría arrojar excepciones más estrechas que las permitidas respecto de las obras individuales radiodifundidas. Una vez más, esto, entraría en conflicto con el principio de la libertad de expresión y de acceso a la información. También debe guardarse en mente que la interpretación del *test* de las tres etapas no es uniforme. En tanto que los titulares de derechos y algunos países con industrias del derecho de autor fuertemente orientadas hacia la exportación tienden a ver el *test* de las tres etapas como un medio para limitar las posibles excepciones en la legislación nacional, en su lugar, los usuarios y los países con industrias del derecho de autor orientadas hacia la importación, tienden a interpretar el *test* de las tres etapas como una cláusula que garantiza la suficiente flexibilidad del derecho interno como para derivar limitaciones y excepciones a partir de los derechos exclusivos obligatorios.

En tal virtud, parece aconsejable la adopción de una Declaración Concertada en el marco de una Conferencia Diplomática con el efecto de que la interpretación y aplicación del *test* de las tres etapas respecto de la protección jurídica otorgada a los organismos de radiodifusión por el WBT no afecte negativamente el ejercicio de cualquier limitación y excepción permitida con respecto a los contenidos protegidos por el derecho de autor que sean radiodifundidos.

4. Ajuste de la protección jurídica adecuada contra la acción de eludir medidas tecnológicas

En principio, pareciera no existir objeción en relación con la protección de las radiodifusiones contra la elusión de las medidas tecnológicas de protección efectivas que restrinjan los actos no autorizados por los correspondientes organismos de radiodifusión o permitidos por ley respecto de las radiodifusiones (Artículo 16 del proyecto de WBT). Una disposición en este sentido sería simplemente un reflejo de los Artículos 11 del TODA o WCT y 18 del TOIEF o WPPT.

No obstante, en virtud de la libertad de expresión y de acceso a la información, se requiere la sincronización de la protección jurídica adecuada contra la acción de eludir medidas tecnológicas con las excepciones y limitaciones a los derechos exclusivos de los radiodifusores. Esto puede lograrse si se retoman las fórmulas del WCT y del WPPT, es decir, restringiendo la limitación legal respecto de la acción de eludir medidas a “los actos que no estén autorizados por los autores respectivos o permitidos por la ley”. Se insiste en que la referencia a actos autorizados y actos permitidos por la ley debe hacer referencia a ambos actos con respecto a la radiodifusión y a las obras que son radiodifundidas. Si se sigue este enfoque, los futuros miembros del WBT no tendrán la obligación de garantizar una protección jurídica adecuada contra la acción de eludir medidas tecnológicas frente a actos de elusión que un usuario lleve a cabo respecto de material en el dominio público, o en ejercicio legítimo de las limitaciones y excepciones permitidas respecto de una determinada obra que ha sido radiodifundida. Claro está, la experiencia sobre la implementación de las fórmulas

contenidas en las provisiones correspondientes del WCT y del WPPT, ha demostrado que esto no impide que algunos Estados Miembros extiendan la protección jurídica contra la acción de eludir medidas tecnológicas a actos que de otra forma estarían permitidos por la ley (para un ejemplo de largo alcance en este sentido ver, p. ej. el Artículo 6(4) de la Directiva de la Unión Europea sobre los Derechos de Autor en la Sociedad de la Información, que establece que toda evasión es ilegal si las obras protegidas por el derecho de autor se pusieron a disposición del público en línea conforme a un contrato). Por ello, resulta necesaria una salvaguarda adicional para impedir que los Estados Miembros soslayen, a través de la extensión de la protección jurídica contra la acción de eludir, las limitaciones y excepciones a los derechos exclusivos de los radiodifusores cuya justificación está en la libertad de expresión y de acceso a la información.

Además, lo que se ha establecido respecto de la sincronización de las limitaciones y excepciones de los derechos de los radiodifusores por una parte, y las limitaciones y excepciones de los derechos sobre los contenidos radiodifundidos por la otra, aplica en principio, *mutatis mutandis*, también para la protección jurídica adecuada contra la acción de eludir medidas tecnológicas en relación con los contenidos radiodifundidos. En otras palabras, es necesario asegurar que la protección jurídica contra la acción de eludir medidas tecnológicas para la radiodifusión en sí, no pueda usarse con el fin de bloquear el acceso y la utilización de material incluido en la radiodifusión, en los casos en los que el uso de este material no esté sometido a la autorización de los radiodifusores.

Finalmente, otro punto de discusión es si la protección jurídica contra la acción de eludir medidas tecnológicas debería abarcar únicamente los *actos* de elusión o si también debería abarcar la producción, publicidad, comercialización, utilización y quizá hasta la sola posesión de *dispositivos* que permitan la elusión de medidas tecnológicas de protección legítimas. Este debate ya ha tenido lugar con respecto a la formulación e implementación de la protección jurídica contra la acción de eludir medidas tecnológicas, contenida en el WCT y WPPT. Sin proseguir más allá este debate, puede concluirse que desde el punto de vista de la libertad de expresión y de acceso a la información, la protección jurídica contra la acción de eludir debe limitarse a los actos; sin embargo, si se extendiera a los dispositivos, deberá limitarse a los dispositivos cuyo único o principal propósito sea la elusión de medidas tecnológicas de protección legítimas y efectivas.

IV. Observaciones adicionales

Otros dos aspectos del proyecto de WBT deben subrayarse: principalmente, el efecto de la posible extensión de los beneficiarios de la protección y la duración de la protección prevista en el proyecto de WBT.

1. Posibles nuevos beneficiarios

Hasta ahora, la protección conferida a los organismos de radiodifusión tanto por la Convención de Roma como por el Acuerdo sobre los ADPIC (La Convención de Bruselas es de menor importancia debido al número limitado de adherentes) únicamente abarca las radiodifusiones tradicionales. Asumiendo que la extensión de la protección a nuevos modos de transmisión de contenidos protegidos no pueden rechazarse *per se*, son necesarias las siguientes observaciones:

- *Transmisión por satélite* – Con el fin de crear una norma de neutralidad tecnológica, la distinción entre la transmisión inalámbrica de señales y la realizada por satélite (Artículo 2(a) proyecto de WBT) debe abandonarse, y por consiguiente, la protección a los radiodifusores debe otorgarse independientemente de los medios que utilicen para la transmisión de sus señales.
- *Difusores por cable* – Igualmente, la extensión de la protección a difusores por cable (Artículo 2 (c) proyecto de WBT) parece bastante lógica. Una vez más, muy difícilmente pueden hacer una diferencia los medios a través de los cuales un radiodifusor transmite sus señales (es decir, a través de la radiodifusión terrestre, por satélite o por cable).
- *Difusión simultánea* – Podría parecer apropiada la extensión de la protección legal de los organismos de radiodifusión a las señales simultáneas en vista del hecho de que con frecuencia los organismos de radiodifusión emiten sus señales ya sea inalámbricamente, por cable o por Internet.
- *Difusión por Internet* – En principio, este argumento también apoya la extensión de la protección jurídica a los difusores por Internet. Sin embargo, puede argumentarse que la difusión por Internet no requiere una inversión tan cuantiosa como la de una radiodifusión, y por consiguiente, se está en presencia de una menor necesidad de protección jurídica adicional. Pero si se extiende la protección a los difusores por Internet, tendrá entonces que asegurarse que no se traslapa la difusión por Internet y el derecho exclusivo de puesta a disposición de material protegido.
- *Redifusión simultánea* – Podría decirse que no es necesario un derecho exclusivo para la actividad consistente en la mera retransmisión simultánea de las señales de otro radiodifusor. Primero, podría argumentarse que la protección de la radiodifusión inicial se extiende también a las señales que se retransmiten simultáneamente. En

segundo lugar, la retransmisión simultánea usualmente requiere una inversión mucho menor que el acto inicial de radiodifusión. En vista de esto, muchos Estados no brindan protección legal a la retransmisión simultánea en sí (ver, ej. Artículo 6(3) de la Directiva de la Unión Europea sobre derechos de Alquiler y Préstamo, 92/100/CEE).

2. Duración de la protección

Al proponer un lapso mínimo de protección de 50 años para todos los beneficiarios conforme al WBT (Artículo 16 del proyecto de WBT), el proyecto de Tratado va bastante más allá del mínimo actual de 20 años de conformidad con la Convención de Roma y el Acuerdo sobre los ADPIC. Esto genera la duda sobre si el término de protección es demasiado largo desde la perspectiva de la libertad de expresión y de acceso a la información. Por una parte, podría alegarse que la justificación subyacente de la protección jurídica a los organismos de radiodifusión es la inversión más que la actividad creativa y que, consecuentemente, el plazo de protección debería calcarse del lapso de 15 años previsto en la Directiva de la Unión Europea sobre las Bases de Datos,¹⁰ en lugar del lapso de 50 años otorgado a los intérpretes. Por otra parte, el mismo argumento podría hacerse valer respecto de los productores de fonogramas, que actualmente gozan de una protección durante 50 años (Artículo 17(2) WPPT). Adicionalmente, la Unión Europea ya brinda una protección por 50 años a los organismos de radiodifusión (Artículo 3(4) de la Directiva del Plazo de Protección¹¹). Más aún, en los países en que se protege a los productores de fonogramas a través del derecho de autor y no mediante un derecho conexo, la protección podría llegar a ser todavía más prolongada. De lo que se desprende que a menos de que uno considere que el lapso de 50 años representa una invasión indebida e injustificada a la libertad de expresión y de acceso a la información, el plazo de 50 años de protección propuesto para los organismos de radiodifusión, no representa mayor problema.

V. Sumario

Los principales puntos de este Artículo se sintetizan en forma de recomendaciones para las partes que intervienen en la negociación del WBT:

- 1) el WBT debe distinguir claramente entre la “radiodifusión” y el “contenido” de una radiodifusión. Únicamente la primera es objeto de protección conforme al WBT.
- 2) El objeto de protección debe ser definido de forma minuciosa con el fin de que se

¹⁰ Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos.

¹¹ Directiva 93/98/CEE del Consejo, de 29 de octubre de 1993, relativa a la armonización del plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines.

abarque únicamente la radiodifusión en sí, y asegurar que la protección no se extienda indirectamente a los elementos radiodifundidos.

- 3) (Probablemente la recomendación más importante) las limitaciones y excepciones a los derechos exclusivos previsto por el WBT deben sincronizarse con las limitaciones y excepciones a los derechos exclusivos sobre los materiales radiodifundidos, con el fin de evitar la posibilidad de que los derechos exclusivos de los radiodifusores impidan actos respecto de los contenidos radiodifundidos que están permitidos por las excepciones y limitaciones a los derechos exclusivos respecto de tales contenidos.
- 4) La recomendación 3 (precedente) también aplica, *mutatis mutandis*, a la protección jurídica contra la elusión de medidas tecnológicas.