

# Cómo Proteger a los Artistas en el Ámbito Audiovisual: Consideraciones sobre el Tratado de Beijing

JOSÉ RAFAEL FARIÑAS DÍAZ

Abogado con estudios de postgrado en la Universidad Castilla de La Mancha, España, y Universidad Central de Venezuela. Profesor del Postgrado en Propiedad Intelectual de la Universidad de Los Andes, Mérida, y Universidad Metropolitana, Caracas. Consultor de la CISAC para América Latina en temas de Gestión Colectiva de Derecho de Autor. Director General de la Sociedad de Autores y Compositores de Venezuela, SACVEN. E-mail: rfarinas@sacven.org

Recibido: 20-05-14 Aprobado: 30-06-14

## Resumen

En junio de 2012 se aprobó el Tratado de Beijing Sobre Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales (BTAP). Acá nos referimos a sus normas más importantes y cómo ellas protegen a los artistas a propósito de las fijaciones audiovisuales de sus interpretaciones y ejecuciones. Así mismo, hacemos un análisis de algunas normas del proyecto de Ley para la Protección Integral del Artista y Cultor Nacional, de relevancia para el tema en estudio, el cual fue aprobado en primera discusión durante el año 2013 por la Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela. PALABRAS CLAVES: Tratado de Beijing, Artistas, Fijaciones Audiovisuales, Derechos Conexos.

## How to Protect Artists in the Audiovisual Areas: Considerations on the Beijing Treaty

### Abstract

The Beijing Treaty on Audiovisual Performances (BTAP) was approved in June 2012. In this study we refer to its most important standards and how they protect artists in the audiovisual fixations of their performances and productions. Also, we analyze some articles from the draft of the Law for Integral Protection of the Artist and National Cultivator, of relevance to the subject under study, which was approved in its first reading in 2013 by the National Assembly of the Bolivarian Republic of Venezuela.

KEYWORDS: Beijing Treaty (BTAP), Performers, Audiovisual Fixations, Neighboring Rights.

*Dedicatoria:* A la memoria de  
Ricardo Antequera Parilli, amigo y maestro

## INTRODUCCIÓN

En el ámbito de los derechos conexos, es decir, los que corresponden a los artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión, quedó desde diciembre de 1996 una tarea pendiente: incorporar en el sistema internacional de protección de los derechos conexos a los artistas respecto de sus interpretaciones y ejecuciones audiovisuales.

En ese entonces, año 1996, se aprobaron los llamados “*Tratados Internet*”<sup>1</sup>: el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, WCT o TODA por sus siglas en español, y el TOIEF/WPPT o Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (TOIEF). Este último, referido específicamente a la protección de los derechos de los artistas y productores de fonogramas respecto de sus prestaciones artísticas y producciones sonoras, respectivamente.

El 6 de Diciembre de 2001, treinta Estados completaron el depósito de sus instrumentos de ratificación o adhesión al TODA/WCT, de modo que conforme al artículo 20, entraría en vigencia este Tratado tres (3) meses después, justo el 6 de marzo 2002. Al momento en que se completó el depósito de los treinta instrumentos de ratificación al TODA/WCT, paralelamente se habían depositado veintisiete del TOIEF. Al completar los 30 requeridos por el artículo 29, éste último entró en vigencia también en 2002<sup>2</sup>.

### **La importancia del TOIEF para la protección internacional de los artistas intérpretes o ejecutantes en el ámbito digital**

De los dos Tratados ratificados en el 2002, tiene relevancia a los efectos de este estudio solo el TOIEF, pues el TODA será citado en la medida en que guarde relación con alguna de las disposiciones que comentemos durante la investigación.

El TOIEF tampoco será analizado en lo que tiene que ver con los productores de fonogramas, pues dada la naturaleza del ensayo nos concentraremos en el tema de estudio: los artistas. Por ejemplo, abordaremos

las normas referidas a la definición de “artista” en sentido amplio, y como esa definición varía para bien dependiendo de si se analiza la Convención Internacional sobre la Protección de los Artistas, Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión (CR), y se compara con el artículo 2 del TOIEF.

Otro aspecto importante que se incorpora en el TOIEF es el de las expresiones del folklore como ámbito de interpretación o ejecución, más allá de las obras literarias y artísticas. Ello significa que la definición “artista” de la CR, en lo que tiene que ver con el objeto de interpretación o ejecución, ha sido ampliado vía una norma convencional y no a través de una norma de remisión, como la consagrada el artículo 9 de dicha Convención.

En fin, a partir de su entrada en vigencia en el 2002, el TOIEF se convirtió en el instrumento internacional por excelencia para la protección de los artistas en el ámbito de las redes digitales. Normas como las referidas las obligaciones relativas a las medidas tecnológicas y a la información sobre la gestión de derechos han sido de gran utilidad y un avance. Sobre todo porque están dirigidas a consagrar protección al acto de eludir medidas que hayan sido puestas en práctica para proteger los derechos de los artistas.

Aplicando, *mutatis mutandis*, el espíritu de las normas contenidas en los artículos 11 y 12 del TODA, podríamos decir que las obligaciones que se derivan de los artículos 18 y 19 del TOIEF no pretenden cambiar de ninguna manera las normas sustantivas de los derechos conexos. Más bien, buscan garantizar la aplicación efectiva de esa clase de medidas tecnológicas, que son indispensables para la protección y ejercicio de tales derechos en el ámbito digital<sup>3</sup>.

Todo este recorrido previo es necesario para arribar luego al análisis de los antecedentes, circunstancias y contenido normativo del Tratado de Beijing Sobre Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales, BTAP por sus siglas en inglés, aprobado el 24 de junio de 2012, y firmado en la sesión final de la Conferencia Diplomática de Beijing el 26 de junio de 2012.

## LOS ARTISTAS Y LAS FIJACIONES SONORAS

El artículo 3.a) de la CR, establece la definición de artista en los siguientes términos:

Artista, intérprete o ejecutante: 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. (destacado añadido).

De esta definición se infieren, por lo menos, dos consideraciones: una respecto a la amplitud de los sujetos que abarca, y otra sobre el objeto de las interpretaciones o ejecuciones de que se trata.

### El alcance de la definición “artista” en cuanto a los sujetos

En el primer caso, podemos darnos cuenta que la CR abarca tanto a los artistas que interpretan, un cantante por ejemplo, como a los ejecutantes, personas que llevan a cabo una prestación artística consistente en tocar o ejecutar un instrumento en el caso de una obra musical, por ejemplo.

Ambas categorías de sujetos comprenden de manera amplia todo el espectro posible de titulares de derechos conexos en la categoría “artista”: desde los intérpretes principales sobre los cuales recae la responsabilidad primaria de la prestación artística, cantantes entre otros, hasta aquellos que coadyuvan con su esfuerzo profesional a redondear la faena, músicos ejecutantes. Esta división es solo nominal, pues cierto es que ambas categorías tienen un rol que jugar y se complementan. Por esa razón, ambos son titulares de derechos conexos sobre sus respectivos aportes: la interpretación en el caso de los intérpretes y las ejecuciones en lo que tiene que ver con los ejecutantes.

### Referencia al rol de los directores de orquesta o de coros

Como lo señala Ficsor<sup>4</sup>, un director de orquesta o de coro no representa un papel, ni canta ni recita, ni declama, ni interpreta una obra literaria o artística. Por esa razón, en el informe de la Conferencia Diplomática de Roma de 1961 figura una declaración concertada<sup>5</sup> que podría considerarse una interpretación ampliada del artículo 3.a) de la CR, en los siguientes términos:

Se convino que los directores de orquesta o de coro y los cantantes ***se consideran incluidos*** en la definición de los “artistas intérpretes o ejecutantes”. (destacado añadido).

La laguna o interpretación confusa de si el director de orquesta o de coro estaba incluido o no en la definición del artículo 3.a), ha quedado resuelta con base en por lo menos dos consideraciones:

En primer lugar, porque el propio artículo hace referencia a “interpretar o ejecutar” a través de cualquier forma, yendo más allá de las formas tradicionales de interpretar o ejecutar, y en segundo lugar, porque en el artículo 2.a) del TOIEF se expresa claramente cuando se incorpora el verbo “interpretar” en la definición.

### **El objeto de las interpretaciones o ejecuciones sonoras**

Esta definición del artículo 3.a) de la CR tiene, no obstante, una limitación: las prestaciones allí señaladas lo son a partir de la existencia previa de una obra del ingenio, con lo cual el ámbito de definición se reduce solo a aquellas personas físicas que de cualquier forma interpreten o ejecuten manifestaciones creativas<sup>6</sup>. Dicho artículo de la CR se refiere expresamente al alcance del objeto de las interpretaciones y ejecuciones protegidas: obras literarias y artísticas.

Eso significa, conforme a la Convención, que los derechos en ella consagrados a favor de los intérpretes y ejecutantes, lo serán en la medida en que las prestaciones de ellos guarden relación con obras literarias y artísticas en sentido estricto.

Eso nos plantea entonces la siguiente interrogante ¿Sólo podría considerarse “artista” a quien interprete o ejecute ***obras*** en sentido estricto, o puede ampliarse la definición a otras modalidades de interpretación o ejecución? La respuesta es que la definición sí puede ampliarse. Veamos por qué.

La propia CR, en su artículo 9, establece lo siguiente:

Cada una de las partes contratantes podrá, mediante su legislación nacional, ***extender la protección*** a artistas que no ejecuten obras literarias y artísticas. (destacado añadido).

Esto significa que cada país miembro de la CR puede ampliar la definición del artículo 3.a) *ejusdem*, mediante su ley interna, a modalidades de interpretación o ejecución que no guarden relación con obras literarias o artísticas. Estas modalidades adicionales podrían ser las de variedades o de circos, por ejemplo.

Como dice Delia Lipszyc, la Convención omitió incluir en su ámbito de protección a los artistas de variedades como los equilibristas, payasos, etc., porque no ejecutan “obras”. Sin embargo, de conformidad con el artículo 9 de la CR, los Estados no están obligados a limitar la protección solo a artistas que ejecuten obras literarias y artísticas<sup>7</sup>.

Por otra parte, y siguiendo con los argumentos que apoyan la ampliación del ámbito que abarca la definición de “artista” en la CR, el TOIEF, en el artículo 2.a), establece lo siguiente:

Artistas intérpretes o ejecutantes: todos actores, cantantes, músicos, bailarines u otras personas que representen un papel, canten, reciten, declamen, interpreten o ejecuten en cualquier forma obras literarias o artísticas o ***expresiones del folklore***. (destacado añadido).

Eso significa que también se considerará “artista” a quien no habiendo interpretado o ejecutado obras en sentido estricto, sin embargo sí lo hacen con expresiones del folklore. ¿Y qué ha de considerarse expresiones del folklore a los efectos de entender el alcance del artículo 2.a)?

La Ley Sobre Derecho de Autor de Paraguay, contiene una norma que se refiere a las expresiones del folklore, citada por Antequera Parilli<sup>8</sup>, en los siguientes términos:

Las expresiones de elementos característicos, del patrimonio cultural tradicional, constituidas por el conjunto de obras literarias o artísticas creadas por autores no conocidos o que no se identifiquen, ***que se transmiten de generación en generación*** y que respondan a las expectativas de la identidad cultural tradicional del país o de sus comunidades étnicas. (destacado añadido).

De dicha norma en la Ley Paraguaya vemos que cuando hablamos de expresiones del folklore también estamos hablando de obras literarias

o artísticas con unas características especiales: que se desconoce su autor o permanece sin identificar, y además, que van pasando de generación en generación esas expresiones materiales, lo que hace que puedan ser conocidas sin que pierdan su esencia cultural a lo largo del tiempo. Es más, las propias comunidades étnicas o grupos de interés cultural tradicional se encargan de moldearlas en la forma -no en el fondo- para que sean conocidas por todos y para preservarlas.

En esta misma línea Ricketson y Ginsburng<sup>9</sup>, amparándose en el modelo de normas para la protección de las expresiones del folklore, desarrolladas por la OMPI y la UNESCO, dicen que las expresiones del folklore han de ser entendidas como aquellas producciones consistentes de elementos característicos de la tradición artística heredada, desarrollada y mantenida por una comunidad o grupos de individuos, en tanto tales expresiones reflejan las expectativas y tradiciones artísticas de tales comunidades o grupos. Son ejemplos de estas manifestaciones: (i) expresiones verbales folklóricas tales como cuentos, poesía, adivinanzas, acertijos, etc., (ii) canciones folklóricas e instrumentos musicales, (iii) danzas folklóricas, formas artísticas de rituales, (iv) expresiones folklóricas plasmadas en objetos materiales, tales como pinturas, dibujos, terracota, mosaico, joyas, etc.

## LAS INTERPRETACIONES O EJECUCIONES AUDIOVISUALES: UNA TAREA PENDIENTE

El TOIEF resolvió parcialmente el tema de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes en el ámbito digital, pues sólo abarcó la protección de sus derechos respecto de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en un fonograma, tal como lo hace la CR. Es decir, fijaciones sonoras, pero no incluyó las audiovisuales.

Para destacar esta desigualdad respecto de los intérpretes del audiovisual que se mantuvo en el TOIEF/WPPT, Antequera Parilli hace mención al artículo 5 donde se deja claramente establecido que la norma se refiere a interpretaciones o ejecuciones sonoras *en directo* o interpretaciones o ejecuciones fijadas en *fonogramas*. (destacado añadido)<sup>10</sup>.

Un fonograma es toda fijación exclusivamente sonora de los sonidos de una ejecución o de otros sonidos. Como puede verse en los artículos 7, 8, 9 y 10 del TOIEF, referidos a los derechos patrimoniales de reproducción,

distribución, alquiler y puesta a disposición de los artistas intérpretes o ejecutantes, en todos los casos descritos se hace referencia a interpretaciones o ejecuciones *fijadas en fonogramas*<sup>11</sup>. (destacado añadido).

Y una fijación en un fonograma, conforme al artículo 2 del TOIEF, es la incorporación de sonidos, o la representación de éstos, a partir de la cual pueda percibirse, reproducirse o comunicarse mediante dispositivos. Téngase en cuenta que no necesariamente han de ser sonidos de una ejecución; puede tratarse de otros sonidos. En el informe de la Conferencia Diplomática se menciona el canto de los pájaros y otros sonidos de la naturaleza como ejemplos de sonidos distintos de los de las ejecuciones tradicionales<sup>12</sup>.

### **El artículo 7 de la CR y su no aplicabilidad en el ámbito de las fijaciones audiovisuales**

No obstante las disposiciones previstas en el artículo 7 de la CR, las cuales guardan relación con derechos económicos de los artistas intérpretes o ejecutantes, relativos a la radiodifusión y comunicación al público, fijación y reproducción de sus interpretaciones o ejecuciones, el artículo 19 *ejusdem*, establece una norma en los siguientes términos:

No obstante cualesquiera otras disposiciones de la presente Convención, una vez que un artista intérprete o ejecutante haya consentido en que se incorpore su actuación en una fijación visual o audiovisual, ***dejará de ser aplicable el artículo 7.*** (destacado añadido).

Eso implica entonces que las disposiciones del artículo 7 de la CR se aplican sólo en el ámbito de las fijaciones sonoras, quedando pendiente resolver a futuro lo relativo a las fijaciones audiovisuales. Como ya dijimos *ut supra*, el TOIEF tampoco lo resolvió en 1996<sup>13</sup>, pues desarrolla en un conjunto de normas los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes, pero sólo en lo que tiene que ver con fijaciones sonoras.

La consecuencia obvia de una norma como la prevista en el artículo 19, fue que las interpretaciones o ejecuciones fijadas en medios audiovisuales se vieron privadas de una protección efectiva en el ámbito internacional<sup>14</sup>.

Como dice Ficsor, esta disposición fue adoptada sobre la base de una propuesta de los EE.UU. y abarca todas las fijaciones visuales y audiovisuales. Por supuesto, interesaba a la Industria del Cine y tenía que ver con el

hecho de que las contribuciones de los actores se funden con muchas otras contribuciones creativas y técnicas que dan lugar a un nuevo elemento: la obra audiovisual<sup>15</sup>.

Era obvio que los EE.UU. propusiera una norma como ésta, pues desde el punto de vista de los ingresos económicos y posición de mercados, tiene la industria más grande del mundo. Por esa razón, tenía que impedir que vía la CR se pudiera poner algún “obstáculo” al desarrollo de esa industria. En su caso, muchos de los asuntos referidos a las fijaciones audiovisuales de las interpretaciones de los artistas, actores esencialmente, se rigen por las condiciones pactadas con los sindicatos en las contrataciones colectivas. En dichas contrataciones, no sólo se negocian con las asociaciones de productores las condiciones laborales, sino también la remuneración por los diferentes usos de las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales; V.gr. ScreenActorsGuild (SAG) y la Motion Picture Association of America (MPAA)<sup>16</sup>.

La industria del cine en los EE.UU., es la más antigua e importante del mundo en términos de ganancias, concentrando alrededor del 75% de los ingresos mundiales del sector. Según Ibis World, la industria generará \$31,47 mil millones dólares en el 2015, lo cual representa un crecimiento promedio anual del 1,1% durante los próximos cinco años, en gran parte por el lanzamiento de nuevas tecnologías digitales como lo son los Blu-rays en 3-D que probablemente aumentarán el gasto en entretenimiento en el hogar<sup>17</sup>.

### **Un compromiso demorado: La resolución de la Conferencia Diplomática de 1996, respecto de las interpretaciones y ejecuciones audiovisuales**

A pesar de que en 1996 se aprobaron los dos Tratados “Internet” que regulan en el ámbito digital los derechos de los autores (TODA), por un lado, y por el otro el TOIEF en materia de derechos conexos<sup>18</sup>, quedó pendiente como ya dijimos, respecto de los artistas, una solución para sus interpretaciones y ejecuciones audiovisuales. El TOIEF solo contempla disposiciones sobre fijaciones sonoras.

Por esa razón había que seguir buscando las formas de dar respuestas a estos otros temas no resueltos por los “Tratados Internet”. En ese sentido, la misma Conferencia Diplomática de la OMPI de 1996, adoptó como una especie de compromiso a futuro una resolución respecto de las interpretaciones y ejecuciones audiovisuales, en la que se destacaba:

- I. La gran importancia de asegurar y adecuar el nivel de protección para esas interpretaciones y ejecuciones, especialmente cuando ellas son explotadas en el ámbito digital.
- II. La urgencia de establecer un acuerdo respecto de nuevas normas para una adecuada protección legal internacional de las interpretaciones y ejecuciones audiovisuales.
- III. El hecho de que, a pesar de los esfuerzos de la mayoría de las delegaciones, los tratados "Internet" de la OMPI (TODA & TOIEF), no cubren los derechos de los artistas respecto de las fijaciones audiovisuales.
- IV. El llamado a una sesión extraordinaria del organismo competente de la OMPI para el primer trimestre de 1997 a fin de decidir una agenda de trabajos preparatorios, cuyo objetivo era la aprobación de un protocolo al TOIEF, relativo dicho protocolo a las fijaciones audiovisuales y con vista a su adopción no más allá del año 1998.

Cronológicamente, como ya dijimos, siguió la convocatoria de la Conferencia Diplomática del año 2000, en la cual no hubo consenso tampoco para la adopción de un protocolo al TOIEF o bien un nuevo tratado que resolviera los asuntos que habían quedado pendientes desde la Conferencia Diplomática de 1996, particularmente por el hecho de que las delegaciones no se pusieron de acuerdo fundamentalmente en el alcance que debía tener el artículo referido a la sesión de derechos, lo cual fue resuelto 12 años después, en los términos que han quedado previstos en el artículo 12 del BTAP.

## **EL TRATADO DE BEIJING (BTAP) Y LAS INTERPRETACIONES Y EJECUCIONES AUDIOVISUALES**

El camino ha sido largo<sup>19</sup>: desde la CR en 1961, pasando por el TOIEF en 1996, hasta llegar al BTAP en el 2012. Podríamos decir que esta tarea pendiente de aprobar el BTAP y dotar a los artistas intérpretes o ejecutantes de un instrumento internacional que les garantizara la protección de sus derechos en el ámbito audiovisual tuvo un final feliz, después de 50 años, porque ya era un despropósito seguir demorándolo y además injusto que se dotara de protección a las interpretaciones y ejecuciones en fijaciones sonoras, y no así en las fijaciones audiovisuales.

Por eso, después de la fallida Conferencia Diplomática del 2000, y habiendo transcurrido más de 10 años de lobby, el mandato era claro: se había

de aprobar el nuevo instrumento sin más dilación y para eso debían servir los trabajos ya consensuados en el 2000, particularmente los referidos a los 19 artículos donde todas las partes estuvieron de acuerdo en aquella ocasión, así como las recomendaciones a que hacía referencia la resolución de 1996, citada *ut supra*. De esa manera se evitaría comenzar desde cero y además se ganaba tiempo.

### **Reacción de los artistas ante la instalación de la Conferencia Diplomática de Beijing, 2012**

En mensajes difundidos por vídeo en la conferencia, actores y actrices de diferentes países hicieron un llamado para que se adoptara el Tratado: Meryl Streep, Ferne Downey, Mei Baojiu, Javier Bardem y Sonia Braga, entre otros, hicieron oír su voz en apoyo a la aprobación del Tratado. En palabras de ésta última, podría resumirse el espíritu de las expectativas de todos, así:

Es absolutamente necesario que los Estados miembros de la OMPI logren adoptar un tratado que conceda a los actores y actrices de todo el mundo el amparo de la propiedad intelectual para sus interpretaciones y ejecuciones audiovisuales. Confiamos en vosotros.<sup>20</sup>

### **Firma, ratificación y entrada en vigencia del Tratado de Beijing (BTAP)**

El Tratado de Beijing se aprobó el 24 de Junio de 2012. Al 11 de diciembre de 2013 han firmado el Tratado 72 países, de los cuales 10 son de América Latina<sup>21</sup>. Los países de América Latina firmantes del Tratado son: Chile (26/06/12), Colombia (26/06/12), Costa Rica (26/06/12), Perú (26/06/2012), México (26/06/12), Nicaragua (26/06/12), Haití (26/06/2012), Honduras (04/10/12), El Salvador (07/11/12) y Guatemala (27/05/2013).

EE.UU., históricamente el país que expresó mayor oposición a un Tratado de esta naturaleza, por las razones señaladas *ut supra*, lo firmó el mismo día 26 de junio de 2012.

De conformidad con lo establecido en el artículo 26 del Tratado, éste entrará en vigor tres (3) meses después de que 30 Partes que reúnan las condiciones mencionadas en el artículo 23 hayan depositado sus instrumentos de ratificación o adhesión.

## CONSIDERACIONES SOBRE ALGUNAS NORMAS DEL TRATADO DE BEIJING (BTAP)

En el Tratado hay varias normas que merecen una atención especial, a los efectos de este ensayo. Van desde el preámbulo mismo hasta artículos esenciales como el artículo 12 ya referido *ut supra*.

### Sobre el preámbulo

El preámbulo hace referencia a la importancia de las recomendaciones de la Agenda para el Desarrollo de la OMPI, adoptada en el 2007, en que los asuntos relativos al desarrollo forman parte integral de la labor de esa Organización.

En octubre de 2007, la Asamblea General de la OMPI, adoptó 45 recomendaciones para fomentar la dimensión de desarrollo en las actividades de la Organización. Estas recomendaciones<sup>22</sup> están repartidas en seis categorías, a saber:

- I. Categoría A: Asistencia técnica y fortalecimiento de capacidades.
- II. Categoría B: Fijación de normas, flexibilidades, política pública y dominio público.
- III. Categoría C: Transferencia de tecnología, tecnologías de la información y la comunicación (TIC) y acceso a los conocimientos.
- IV. Categoría D: Evaluaciones, apreciaciones y estudios de incidencia.
- V. Categoría E: Cuestiones institucionales, incluidos el mandato y la gobernanza.
- VI. Categoría F: Otras cuestiones.

El preámbulo del BTAP comienza precisamente recordando la importancia de estas recomendaciones y reconociendo, además, dos cosas claves para el objeto de este ensayo: (i) el profundo impacto que ha tenido el desarrollo y la convergencia de las tecnologías de la información y la comunicación en la producción y utilización de interpretaciones y ejecuciones audiovisuales, y (ii) que el Tratado de la OMPI sobre Interpretaciones o Ejecuciones y Fonogramas (TOIEF), aprobado en Ginebra el 20 de diciembre de 1996, no amplía la protección a los artistas intérpretes o ejecutantes con respecto a sus interpretaciones o ejecuciones en fijaciones audiovisuales.

## Extensión de la definición de “artistas” vía declaración concertada

Aunque la definición prevista en el artículo 2.a) del BTAP es similar a la contemplada en el artículo 2.a) del TOIEF, pues considera “artistas” a los actores, cantantes, músicos, bailarines u otras personas que representen un papel, canten reciten, declamen, interpreten o ejecuten en cualquier forma obras literarias o artísticas o expresiones del folklore, sin embargo, en el BTAP se concertó una declaración en estos términos:

**Declaración concertada relativa al artículo 2.a):** Queda entendido que la definición de “artistas intérpretes o ejecutantes incluye a aquellos que interpreten o ejecuten obras literarias o artísticas que han sido creadas o fijadas por primera vez durante la interpretación o ejecución.

De dicha declaración se desprenden dos consideraciones: (i) que también se incluyen en la definición a los intérpretes o ejecutantes que improvisan obras en el curso de sus actuaciones, y (ii) que dicha declaración concertada, siguiendo el espíritu de la definición y los trabajos preparatorios de su negociación, tal como ha quedado establecido en las actas de la Conferencia Diplomática del 2000, no contempla protección para los “extras”; es que éstos no están cubiertos por el BTAP<sup>23</sup>.

## Derechos morales

En el artículo 5 del BTAP se consagran tres disposiciones relativas a los derechos morales: una referida a los derechos otorgados a los “artistas”, otra a la duración de tales derechos, y finalmente una tercera a la legislación aplicable.

En el primer caso, los derechos conferidos a los “artistas”, son: (i) reivindicar el derecho de paternidad sobre sus interpretaciones o ejecuciones, salvo que la omisión venga dictada por la manera de utilizar la interpretación o ejecución, y (ii) oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de sus interpretaciones o ejecuciones que cause perjuicio a su reputación, tomando debidamente en cuenta la naturaleza de las fijaciones audiovisuales.

En ese sentido, de la Declaración Concertada del BTAP, relativa al artículo 5<sup>24</sup>, aclara lo siguiente:

- I. Las modificaciones derivadas de la edición, la compresión, el montaje, o el formateado no serán consideradas como modificaciones en el sentido del artículo 5.1.ii).
- II. Los cambios a que hace referencia el artículo 5.1.ii) han de ser objetivamente perjudiciales para la reputación del artista intérprete o ejecutante.
- III. El simple uso de tecnologías o medios nuevos o modificados, como tales, tampoco será considerado como modificación en el sentido del citado artículo 5.1.ii).

Nótese que el artículo 5.ii) exige como requisito para el otorgamiento del derecho a oponerse que haya habido un perjuicio a la reputación del artista, lo que implica que el acto a propósito del cual se ejerce la oposición ha de ser relevante y debe ser probado por el artista.

Un ejemplo, de este supuesto, es cuando se hace uso de las interpretaciones o ejecuciones y en el acto de producción y fijación se hacen modificaciones **sustanciales** por razones técnicas o de mercado o se les asocia con otras producciones que desvirtúan la esencia de la interpretación o ejecución original.

En este caso la oposición opera de parte del titular del derecho por el perjuicio causado a su reputación, cuando el público asocia con él una interpretación o ejecución así deformada o mutilada, o que induzca a asociarlo con un contenido que no se corresponde con la imagen profesional que de él han tenido siempre.

Respecto a la duración de los derechos morales, se establecen dos supuestos: (a) una duración después de la muerte del artista y por lo menos hasta la extinción de los derechos patrimoniales, (b) algunos de esos derechos pueden no ser mantenidos más allá de la muerte, en el caso de que alguna parte contratante del Tratado no lo tuviera previsto así en su legislación interna al momento de su ratificación o adhesión.

La ley aplicable respecto de los derechos reconocidos, será aquella de la parte contratante o país en la que se reivindique la protección (art. 5.3).

## **Derechos patrimoniales de los artistas intérpretes o ejecutantes**

Lo son de dos tipos: por sus interpretaciones o ejecuciones no fijadas, y derechos por las que sí lo han sido.

En el primer caso se encuentran el derecho de radiodifusión y comunicación al público de las prestaciones artísticas no fijadas, así como el derecho de fijación de las interpretaciones o ejecuciones no fijadas.

Los derechos patrimoniales sobre prestaciones en fijaciones audiovisuales son los de reproducción, distribución, alquiler, de puesta a disposición de interpretaciones y ejecuciones fijadas, así como el de radiodifusión y de comunicación al público, respectivamente (arts. 6, 7, 8, 9, 10 y 11).

En la Declaración concertada relativa al artículo 7 (derecho de reproducción), se hacen las siguientes precisiones:

1. El derecho de reproducción y las excepciones permitidas en el BTAP (arts. 8 al 13), se aplican plenamente en el entorno digital.
2. Queda entendido que, el almacenamiento de una interpretación o ejecución protegida, en formato digital en un medio electrónico constituye una reproducción en sentido de este artículo.

## **Especial referencia al artículo 12 del BTAP relativo a la cesión de derechos**

Este artículo es, a nuestro modo de ver, uno de los más importantes del BTAP dada la naturaleza del asunto que trata y de los matices e interpretaciones que de él se pueden hacer y que de hecho ya se hacen desde su aprobación en el 2012.

¿Y cuáles son las razones para que un artículo como éste pueda generar opiniones tan diversas y encontradas? (i) En primer lugar, porque se trata de tres disposiciones reunidas en el artículo 12 que refieren a la cesión de los derechos, es decir, a las reglas según las cuales los derechos conferidos en los artículos 7 al 11 del propio BTAP pueden ser cedidos a terceros, y (ii) porque deja en manos de la legislación de cada parte contratante el establecimiento de las condiciones de la cesión de tales derechos, los requisitos de forma para que

se lleve a cabo y las condiciones económicas que habría de cumplirse al operar la cesión. Veamos:

El artículo 12.1, establece lo siguiente:

Una parte Contratante podrá disponer en su legislación nacional que cuando el artista intérprete o ejecutante haya dado su consentimiento para la fijación de su interpretación o ejecución en una fijación audiovisual, los derechos exclusivos de autorización previstos en los artículos 7 a 11 del presente Tratado pertenecerán o serán cedidos al productor de la fijación audiovisual o ejercidos por éste, ***a menos que se estipule lo contrario en un contrato*** celebrado en el artista intérprete o ejecutante y el productor de la fijación audiovisual, conforme a lo dispuesto en la legislación nacional. (destacado añadido).

Este artículo establece una presunción legal de cesión de derechos a favor de los productores de la fijación audiovisual. Y no es raro que así sea, pues fueron precisamente estos asuntos relativos a la cesión de derechos -entonces recogidas preliminarmente como artículo 20- lo que demoró las discusiones y a la postre originó el fracaso de la Conferencia Diplomática del año 2000.

De la anterior norma transcrita, podemos inferir lo siguiente: (i) que no es una disposición *iuris convention*, sino de remisión a la legislación nacional de cada Parte Contratante del BTAP. Esto significa que no tiene aplicación directa vía el BTAP, el ejercicio de la presunción de cesión a favor de los productores, sino que se requiere previamente que tal presunción esté expresamente consagrada en la legislación nacional del país en que se reclama el ejercicio del derecho, (ii) que el artista intérprete o ejecutante ha de haber prestado su consentimiento para la fijación de su interpretación o ejecución en una fijación audiovisual, y (iii) que el artista intérprete o ejecutante, en vez de la cesión presunta a favor del productor, puede ejercer a su favor el derecho de "*pactar en contrario*".

El "*pacto en contrario*" es una vía de escape a la presunción legal que existe a favor de los productores. No es más que el ejercicio por parte del artista intérprete o ejecutante del derecho a pactar vía contractual unas condiciones de cesión diferentes, tanto respecto del alcance de la cesión, como de su duración y de la cuantía del pago que pudiera corresponderle. Tal como indica el propio artículo 12.1 del BTAP, el "*pacto en contrario*" ha de estar consagrado expresamente en la legislación nacional.

Es cierto que el “*pacto en contrario*” es una vía de escape, pero tampoco hay que hacerse muchas ilusiones con eso. Nadie desconoce el poder económico y de negociación que tienen los grandes grupos empresariales ligados al sector audiovisual, de modo que aunque existiere en la ley nacional una norma que consagre expresamente la posibilidad del “*pacto en contrario*”, lo cierto es que el artista intérprete o ejecutante, respecto de sus interpretaciones o ejecuciones audiovisuales, estará en la mayoría de los casos en una situación de minusvalía respecto del productor o de quien lo haya contratado o tenga bajo relación laboral<sup>25</sup>; por lo que terminará cediendo a la presunción legal y en muy pocos casos optará por ejercer el “*pacto en contrario*”, no porque no quiera, sino por temor a ser excluido de la producción audiovisual de que se trate y ser sustituido por otro artista intérprete o ejecutante que no lo haga.

El artículo 12.2 del BTAP, estipula lo siguiente:

Una Parte Contratante podrá exigir, respecto de las fijaciones audiovisuales producidas en el marco de su legislación nacional, que dicho consentimiento o contrato conste por escrito y éste firmado por ambas partes o por sus representantes debidamente autorizados.

Es un asunto de formalidad. La norma ha previsto, que en el caso de la presunción legal a favor del productor audiovisual, y habiendo sido otorgada la respectiva autorización para la fijación por parte del artista intérprete o ejecutante, que dicho consentimiento o contrato conste por escrito y que esté firmado por ambas partes o por sus representantes debidamente autorizados.

Por su parte, el artículo 12.3, reza:

Independientemente de la cesión de los derechos exclusivos descritos supra, en las legislaciones nacionales o los acuerdos individuales, colectivos o de otro tipo se podrá otorgar al artista intérprete o ejecutante el derecho a percibir ***regalías o una remuneración equitativa*** por todo uso de la interpretación o ejecución, según lo dispuesto en el presente Tratado, incluyendo lo relativo a los artículos 10 y 11. (destacado añadido).

Este último apartado del artículo 12 está referido a la remuneración o pago a los artistas intérpretes o ejecutantes por el uso de sus interpretaciones o ejecuciones, las cuales son de dos tipos: Las regalías que se reciben del

productor o del sindicato a través de los contratos colectivos, y los derechos de remuneración que se reciben directamente de los usuarios y se gestionan a través de las Entidades de Gestión Colectiva (EGC) que representen a los artistas intérpretes o ejecutantes<sup>26</sup>.

## **CONSIDERACIONES RESPECTO A LA PROTECCIÓN DE LAS INTERPRETACIONES Y EJECUCIONES AUDIOVISUALES EN LA LEGISLACIÓN VENEZOLANA**

### **Introducción**

Antes de entrar a analizar la situación de las interpretaciones y ejecuciones fijadas en producciones audiovisuales en Venezuela, veremos rápidamente cuál es el tratamiento que le da la legislación venezolana a las interpretaciones y ejecuciones en fijaciones sonoras.

De conformidad con el artículo 92 de la Ley Sobre el Derecho de Autor (LSDA), los artistas intérpretes o ejecutantes tienen el derecho exclusivo de autorizar o no la fijación, reproducción o la comunicación al público de sus interpretaciones o ejecuciones. Sin embargo -dice el mismo artículo- no podrán oponerse a la comunicación cuando ésta se efectúe a partir de una fijación hecha con su consentimiento, con fines comerciales.

A propósito de esta comunicación al público de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en un fonograma, los artistas intérpretes o ejecutantes y el productor del fonograma tienen el derecho a recibir una remuneración equitativa. Dicha remuneración la recibirán directamente de los usuarios, a través de las EGC que los represente<sup>27</sup>, y serán repartidas en una proporción de 50% para los artistas intérpretes o ejecutantes y 50% para el productor del fonograma (Art. 97 de la LSDA).

La parte correspondiente a los artistas intérpretes o ejecutantes se reparte, conforme a la Ley, en razón de dos terceras partes para los intérpretes y una tercera parte para los músicos ejecutantes, inclusive orquestadores y directores, salvo que a través de un arreglo particular distinto se fijen otros porcentajes.

Cabe destacar que la LSDA al referirse a las interpretaciones o ejecuciones no hace distinción entre las sonoras y las audiovisuales, con lo cual podría pensarse que los artistas de éstas últimas también podrían invocar en

Venezuela, y al amparo de la LSDA, un derecho de remuneración. No obstante, lo cierto es que solo pueden hacerlo los productores de fonogramas y los artistas intérpretes o ejecutantes cuyas obras están incluidas en el *fonograma*, todo ello conforme a lo previsto por la LSDA en sus artículos 96 al 100. De esta manera, se deja a los artistas intérpretes y ejecutantes, cuyas prestaciones han sido fijadas en producciones audiovisuales, sólo al amparo de lo que puedan establecer en un contrato como contraprestación económica.

De modo que el BTAP lo que pretende es precisamente eso: (a) por un lado, corregir y aumentar de manera general los niveles de protección internacional de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes respecto de sus correspondientes aportes fijados en producciones audiovisuales, minimizados por el artículo 19 de la CR, y (b) remitir a la legislaciones nacionales la obligación de incluir disposiciones que materialicen tanto sus derechos exclusivos como los de simple remuneración, y las formas en que tales derechos pueden ser ejercidos efectivamente.

### **El Proyecto de Ley de Protección Social Integral al Artista y Cultor Nacional (LPIA)<sup>28</sup>**

Durante todo el año 2013, se llevó a cabo en Venezuela un proceso de elaboración primero, y luego de consulta pública, de un proyecto de Ley de Protección Integral al Artista, cuya visión preponderante está enfocada hacia los asuntos relativos a la seguridad social y régimen laboral de los intérpretes o ejecutantes, tanto en lo que tiene que ver con las fijaciones sonoras como también con las audiovisuales. Es decir que no se estableció ninguna distinción entre las distintas categorías de artistas protegidos ni tampoco con respecto a las modalidades de prestación artística ni en su forma de fijación material.

Dicho proyecto de Ley se enmarca, fundamentalmente en dos normas, una de rango constitucional, y la otra de rango legal. Veamos:

El artículo 100 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV), establece lo siguiente:

...El Estado garantizará a los trabajadores y trabajadoras culturales su incorporación al sistema de seguridad social que les permita una vida digna, reconociendo el quehacer cultural de conformidad con la Ley.

Y el artículo 4 de la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social, reza:

La seguridad social es un derecho humano y social irrenunciable; garantizado por el Estado a todos los venezolanos residentes en el territorio de la República, y a los extranjeros residentes y extranjeros residiados legalmente en él, independientemente de su capacidad contributiva, condición social, actividad laboral (...).

Vista pues su orientación inicial hacia lo social y laboral, podría decirse que este proyecto estaba destinado a satisfacer parcialmente los anhelos de los intérpretes y ejecutantes que abarcan todas las manifestaciones artísticas, incluyendo aquellos que no están incluidos en la definición de “artista” del CR, TOIEF o BTAP, y que en este último caso el Proyecto de Ley de Protección Integral al Artista llama “cultor nacional”. Y decimos parcialmente porque, tratándose de una ley de protección al artista, el asunto referido a las fijaciones de las interpretaciones y ejecuciones audiovisuales -en tanto que tarea pendiente en el ámbito internacional- ha debido ser desde el inicio un asunto prioritario o por lo menos de tanta relevancia en la discusión como los relativos a la seguridad social y el régimen laboral.

Pero no fue así. En las primeras de cambio todo el esfuerzo de la comisión especial estuvo centrado en estos dos últimos temas: seguridad social y régimen laboral. Cuando la comisión lo consideró necesario, abordó los temas relativos a la Propiedad Intelectual y nos invitaron a participar con nuestras propuestas. Lo hicimos. Allí pudimos conocer, discutir y lograr consenso respecto de varios asuntos que nosotros consideramos relevantes y que habían de ser incorporados en el proyecto, como es el caso, por ejemplo, del régimen de protección a las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales de los artistas, pues eso no solamente mejoraba el alcance de la actual LSDA, sino también actualiza en Venezuela la protección internacional de los artistas intérpretes o ejecutantes, en correspondencia con el BTAP.

Previamente se dieron intensos debates acerca de la amplitud que debía tener el Proyecto de Ley. Especialmente fue animado el debate sobre el alcance de la definición “artista”. Por un lado estábamos los que, como yo, consideramos necesario y conveniente, por técnica legislativa, incluir como tales y a los efectos del proyecto, sólo a las categorías previstas en la definición del artículo 2.a) del TOIEF; y por otro lado, quienes sugirieron un paraguas más

amplio, sobre todo porque al limitarlo quedarían fuera del régimen laboral y de seguridad social muchos “cultores populares”. Optamos por esta última fórmula y de allí que el Proyecto se denomine Ley de Protección Integral al Artista y Cultor Nacional.

## **Los derechos de Propiedad Intelectual en el Proyecto de Ley de Protección Integral del Artista y Cultor Nacional (LPIA)**

El proyecto de LPIA contempla en el título III, un capítulo referido a los derechos de Propiedad Intelectual de los artistas.

Ese capítulo, que a grandes rasgos recoge las recomendaciones y propuestas que formulamos y que además se nutrieron de las observaciones de técnicos y artistas que participaron animosa y esperanzadamente en los trabajos preparatorios y jornadas de consulta pública, podemos resumirlo en cuatro temas de interés para los artistas intérpretes y ejecutantes respecto de sus derechos intelectuales: (i) Una cláusula de salvaguardia, (ii) Una norma referida a los derechos patrimoniales exclusivos, (iii) Una disposición que consagra un derecho de remuneración por comunicación al público, y (iv) Una norma sobre gestión de los derechos a través de Entidades de Gestión Colectiva (EGC).

En la primera se deja claro que las disposiciones del Proyecto de LPIA no afecta en modo alguno los derechos de los autores sobre las obras literarias, artísticas o científicas previstos en la LSDA. Así mismo, se ratifica que los derechos de los artistas y cultores nacionales se regirán por lo previsto en la LSDA, y las disposiciones especiales de esta Ley.

Por su parte, respecto de los derechos patrimoniales, el Proyecto de LPIA, establece en el artículo 11, lo siguiente:

Sin perjuicio de los derechos contemplados en el Ley Sobre el Derecho de Autor, los artistas y cultores nacionales tienen el derecho patrimonial exclusivo para realizar, autorizar o prohibir:

(1) La distribución al público del original o de los ejemplares de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en **soportes sonoros o audiovisuales**, mediante venta u otra transferencia de la propiedad, así como mediante alquiler, préstamo público o cualquier otra transferencia de la posesión efectuada a título oneroso.

(2) La puesta a disposición del público de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en soportes sonoros o audiovisuales, ***mediante transmisiones digitales interactivas***, ya sea por hilo o medios inalámbricos, de tal manera que el público pueda tener acceso a ellas desde el lugar y en el momento que elija. (destacado añadido).

Respecto a este artículo caben las siguientes observaciones: (i) Se establece en el proyecto de ley un derecho exclusivo de distribución respecto de las modalidades de transferencia de la propiedad, como la venta, y también de transferencia de la posesión, v.gr, alquiler, préstamo o cualquier otra a título oneroso, y (ii) un derecho de puesta a disposición, especialmente mediante transmisiones digitales interactivas.

Es importante destacar que ésta última disposición del proyecto de LPIA recoge totalmente el contenido y espíritu del artículo 10 del BTAP, en el sentido de que abarca tanto los medios alámbricos como los inalámbricos.

El artículo 12 del Proyecto de LPIA, por su parte, contempla el derecho de remuneración para los artistas intérpretes o ejecutantes en fijaciones audiovisuales. Dicha remuneración se otorgará a los artistas conforme a los siguientes parámetros: (a) el derecho de remuneración que se establece en su favor es inalienable e irrenunciable, (b) comprende obras, grabaciones o producciones audiovisuales, (c) corresponde 100% a los artistas intérpretes o ejecutantes y no se comparte con los productores ni está sujeta a una relación de proporcionalidad o de subordinación respecto de la que pudiera corresponderle a los autores por el mismo concepto, como lo prevé la LSDA para el caso de las fijaciones sonoras en el artículo 98<sup>29</sup>. Eso quiere decir que mientras en el artículo 98 de la LSDA, la remuneración debida a los artistas y productores, cuyas interpretaciones o ejecuciones han sido fijadas en fonogramas, es equivalente al 60% de la que pudiera haber correspondido a los autores de las obras por el mismo concepto, en el Proyecto de LPIA no se contempla esa fórmula para las fijaciones audiovisuales.

Finalmente, el proyecto encomienda la gestión de estos derechos de remuneración por comunicación pública de interpretaciones y ejecuciones audiovisuales a las EGC. Esta remuneración será exigida a cualquier persona que lleve a efecto, directa o indirectamente, el acto de comunicación pública que corresponda. (Art. 13 LPIA).

No obstante, se hace la salvedad en el Proyecto de LPIA, que los artistas intérpretes o ejecutantes cuyas presentaciones se incorporen a obras o producciones audiovisuales, podrán gestionar en forma individual dicho derecho de remuneración.

## A MANERA DE CONCLUSIÓN

Como lo dijo George Yudice, a propósito de los usos de la cultura en la era global, las industrias de la cultura masiva, sobre todo las concernientes al entretenimiento y al derecho de autor, que han integrado progresiva y verticalmente la música, el filme, el vídeo, la televisión, las revistas, la difusión satelital y por cable, son las que más contribuyen al producto bruto nacional de los Estados Unidos<sup>30</sup>.

Por lo que respecta a América Latina, la situación no es comparable, cuantitativamente con la de los EE.UU., pero sin duda nadie niega ya la importancia del sector audiovisual y de manera general del sector cultural en nuestra región y su preponderancia en las relaciones comerciales y el impacto y contribución que hacen al producto interno bruto de los países.

En Colombia, por ejemplo, una investigación emprendida por el Convenio Andrés Bello y el Ministerio de Cultura de ese país, estableció en el 2003, que el negocio de la cultura mueve anualmente 1,5 billones de pesos y participa con 2 puntos porcentuales del producto interno bruto, superando a industrias tradicionales como la hotelería y restaurantes (1,94%) y café sin tostar (1,77%), entre otras. Mientras que en México, por su parte, se determinó que el total de las industrias protegidas por el derecho de autor contribuyen de manera significativa a la economía y representan el 6.70%, apenas superada por industrias tradicionales como maquiladora, petróleo y turismo<sup>31</sup>.

Por otro lado, en el informe anual de la Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores (CISAC), correspondiente al año 2013, se destacan unas cifras significativas del 2011: (i) el total de los ingresos por derecho de autor recaudados durante el 2011 alcanzaron la suma de 7.600 billones de euros, (ii) 60% de esos derechos fueron generados en Europa, (iii) el 88% (6.700 millones) proceden de los repertorios musicales, (iv) de todos esos ingresos, el 4% (302 millones) fueron recaudados en América Latina. Como nota importante, se destaca que el 55% del aumento de las recaudaciones durante el año proceden de los canales digitales (205 millones de euros)<sup>32</sup>.

De la industria del entretenimiento en nuestro continente Latino Americano, podemos repetir acá lo que ya dijimos en otro trabajo: Nadie niega hoy la importancia de este continente en la industria del entretenimiento, con autores y artistas cuyas obras e interpretaciones y ejecuciones forman parte de los catálogos más difundidos a escala global, con un creciente posicionamiento en el sector audiovisual gracias al cine y las telenovelas, por ejemplo. Las telenovelas son hoy los programas más vendidos y vistos en múltiples países alrededor del mundo y se producen y proceden de países nuestros con gran tradición en este sector tales como: Argentina, Colombia, Brasil, México y Venezuela.

Pero ese auge del sector audiovisual y por ende de las posibilidades de acceso de los usuarios a las obras y prestaciones artísticas, tiene que implicar también mayores beneficios para los titulares de los derechos sobre tales obras y prestaciones artísticas. Y esos beneficios en modo alguno han de ser considerados obstáculos para el desarrollo de las industrias del entretenimiento, más bien son el estímulo necesario para que los autores sigan creando obras y las artistas intérpretes y ejecutantes continúen con el hermoso trabajo de expresarlas a través de su voz, de sus manos, de su cuerpo y de su alma.

Pues bien, eso es lo que viene a hacer el BTAP, poner fin a una desigualdad sin sentido que perjudica a los artistas y crear en el ámbito jurídico internacional de la Propiedad Intelectual mejores condiciones para que los artistas intérpretes y ejecutantes ejerzan de manera efectiva sus derechos, sobre todo en lo que tiene que ver con las fijaciones audiovisuales. Ojalá que las normas referidas a la presunción de cesión de derechos a favor de los productores audiovisuales no convierta este Tratado en un espejismo.

Concluimos este trabajo con una afirmación de la guía introductoria sobre economía creativa editada por el British Council conjuntamente con el Observatorio Iberoamericano de Derecho de Autor (ODAI): El deseo de crear cosas que trascienden su dimensión pragmática -que son bellas; que comunican un valor cultural a través de la música, el teatro, el entretenimiento y las artes visuales, o que comunican una postura social a través del estilo o la moda- es tan antiguo como la humanidad. Siempre han existido y existirán individuos con la imaginación y el talento para lograrlo, así como individuos que pagarán por ello. ¡Ésta es la base de la economía creativa!<sup>33</sup>.

## NOTAS

<sup>1</sup>V.: Mencionados así por Mihaly Ficsor, en su obra: *The law of copyright and the internet*. Oxford University Press, 2002. Obviamente, es una denominación informal, basado en la forma en que la prensa se refería a estos dos Tratados. Ambos tuvieron en su momento gran repercusión mediática. Era obvio: con ellos se venía a regular en el ámbito internacional, de manera más eficiente, el uso de obras y prestaciones en redes digitales como Internet.

<sup>2</sup> V.: Ficsor, Mihály: *The law of copyright and the internet. The 1996 WIPO treaties, their interpretation and implementation*. Oxford University Press. 2002. p. ix.

<sup>3</sup> V.: Ficsor, Mihály: ob.cit., p. 544.

<sup>4</sup> V.: Ficsor, Mihály: *Guía sobre los tratados de Derecho de Autor y Derechos Conexos administrados por la OMPI*. Ginebra, 2003, p. 142.

<sup>5</sup> V.: Las **declaraciones concertadas** son partes integrantes de los Tratados, tal como lo establece la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1980. En efecto, el artículo 31.1.a) de esta Convención reza: “Para los efectos de la interpretación de un tratado el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos: (a) todo acuerdo que se refiera al tratado y **haya sido concertado entre todas las partes** con motivo de la celebración del tratado” (destacado añadido). Mayor información sobre esta convención en el sitio Web: <http://bit.ly/1i6TJyt>. [Consulta: 2014, Marzo 3].

<sup>6</sup> V.: Fariñas, José Rafael: *Consideraciones para una armonización del Derecho de Autor y los Derechos Conexos en el MERCOSUR*. Caracas: Ediciones Academia de Ciencias Políticas y Sociales/ULA/UCAB, 2013, p. 485.

<sup>7</sup> V.: Lipszyc, Delia: *Derecho de Autor y Derechos Conexos*, Buenos Aires: Ediciones UNESCO/CERLALC/ZAVALIA, 1993. p. 818.

<sup>8</sup> V.: Antequera Parilli, Ricardo: *Estudios de Derecho de Autor y derechos afines*, Madrid: Ediciones REUS/AISGE, 2007, p. 511.

<sup>9</sup> Ricketson, Sam & Ginsburg, Jane: *Internacional copyright and neighbouring rights. The Berne Convention and beyond*. Oxford University Press, 2005. Volumen II. p.1238.

<sup>10</sup> Antequera Parilli, Ricardo: *El derecho de remuneración de los intérpretes audiovisuales por la comunicación al público de las fijaciones que contienen su Interpretación y su gestión colectiva, a la luz de la jurisprudencia comparada*. Editorial REUS/AISGE/ASEDA/, 2012, p. 221.

<sup>11</sup> V.: Tanto en la CR, como en el Convenio para la Protección de los Productores de Fonogramas Contra la Reproducción no Autorizada de sus Fonogramas (CG), y en el TOIEF, se define **fonograma**, con algunos matices sobre todo en este último, en los siguientes términos:

CR. art. 3.b): “Fonograma: toda fijación exclusivamente sonora de los sonidos de una ejecución o de otros sonidos”.

CG. art. 1.a): “Fonograma: toda fijación exclusivamente sonora de los sonidos de una ejecución o de otros sonidos”.

TOIEF. art. 2.b): “Fonograma: toda fijación de los sonidos de una ejecución o interpretación o de otros sonidos, o de una representación de sonidos que no sea en forma de una ejecución incluida en una obra cinematográfica o audiovisual”.

<sup>12</sup> Ficsor, Mihály: *Guía sobre los tratados de Derecho de Autor y Derechos Conexos administrados por la OMPI*. 2003. p. 144.

<sup>13</sup> V.: Hay un comentario similar de LIPSYC, Delia, en los siguientes términos: “*Al igual que la Convención de Roma (artículo 19), el TOIEF no cubre los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes respecto de las fijaciones audiovisuales de sus interpretaciones y ejecuciones*”, en *Nuevos temas de Derecho de Autor y Derechos Conexos*, Buenos Aires: Ediciones UNESCO/CERLALC/ZAVALIA, 2004. p. 236.

<sup>14</sup> V.: Vásquez López, Víctor: *La protección internacional de las interpretaciones y ejecuciones audiovisuales a nivel internacional como nacional*, en el Libro-Memoria del Congreso Internacional: *El derecho de autor y los derechos conexos ante las nuevas tecnologías ¿Intereses compatibles o contrapuestos?*, Homenaje a Carlos Alberto Villalba, Lima, Noviembre 2012, p. 302.

<sup>15</sup> Ficsor, Mihály: *Guía sobre los tratados de Derecho de Autor y Derechos Conexos administrados por la OMPI*. 2003. p. 161.

<sup>16</sup> V.: Vásquez López, Víctor: ob.cit., p. 302.

<sup>17</sup> V.: *Estudio de mercado servicios audiovisuales en los Estados Unidos*. Documento elaborado por la Oficina Comercial de ProChile en Nueva York, junio 2011. Disponible: <http://bit.ly/1lpm9UH>. [Consulta: 2014, Febrero 28].

<sup>18</sup> V.: Realmente, el TOIEF no se refiere a todos los titulares de derechos conexos. Abarca solo a los artistas intérpretes y ejecutantes, y a los productores de fonogramas. Y dentro de la categoría “artistas”, nada consagra respecto a las interpretaciones o ejecuciones de éstos en fijaciones audiovisuales.

<sup>19</sup> V.: Cincuenta y un años han transcurrido desde la entrada en vigencia de la Convención de Roma en el 61, hasta llegar a la aprobación del TOIEA en el 2012. El iter recorrido podría ser resumido así: (i) Se establecen en la CR los derechos económicos de los artistas intérpretes o ejecutantes; (ii) Se consagra en la propia CR una norma de inaplicabilidad respecto a las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales (art. 19). Se amparan en consecuencia solo las fijaciones sonoras; (iii) aprobación del TOIEF en 1996, en el que permanecen al margen y sin inclusión los artistas respecto de sus interpretaciones o ejecuciones audiovisuales; (iv) fracasan en la Conferencia Diplomática de la OMPI del año 2000, los intentos por aprobar un nuevo instrumento que regule en el ámbito internacional los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes respecto de sus interpretaciones o ejecuciones audiovisuales; (v) se aprueba en junio del 2012 el Tratado de Beijing Sobre Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales.

<sup>20</sup> V.: Más detalles de las actividades preliminares y discursos de apoyo al Tratado de Beijing por parte de personalidades, funcionarios gubernamentales y artistas, en el sitio oficial de la OMPI: <http://bit.ly/1obYGTP>. [Consulta: 2014, Febrero 28].

<sup>21</sup> V.: Más información sobre la firma del Tratado de Beijing (BTAP), en el sitio oficial de la OMPI: <http://bit.ly/1fQqhog>. [Consulta: 2014, Marzo 01].

<sup>22</sup> V.: Las cuarenta y cinco (45) recomendaciones contenidas en la Agenda para el Desarrollo de la OMPI, pueden ser consultadas en el sitio Web: <http://bit.ly/NIPDyB>. [Consulta: 2014, Marzo 02].

<sup>23</sup> V.: Ficsor, Mihály: *Beijing Treaty on audiovisual performances (BTAP): First assessment of the third Wipo internet treaty*, julio, 2012. Disponible: <http://bit.ly/1jK0Mu4>. [Consulta: 2014, Marzo 02].

<sup>24</sup> V.: Existe una **Declaración concertada** en el TBAP relativa al artículo 5, en los siguientes términos: “A los efectos del presente Tratado y sin perjuicio de lo dispuesto en cualquier otro Tratado, queda entendido que, habida cuenta de la naturaleza de las fijaciones audiovisuales y de su producción y distribución las modificaciones de una interpretación o ejecución que se efectúan durante la explotación normal de la interpretación o ejecución, tales como la edición, la compresión, el doblaje, o el formateado, en medio o formatos nuevos o existentes, y que se efectúan durante el uso autorizado por el artista intérprete o ejecutante, no serán consideradas como modificaciones en el sentido del artículo 5.1.ii). Los derechos contemplados en el artículo 5.1.ii) **guardan relación solamente con los cambios que sean objetivamente perjudiciales de manera sustancial para la reputación del artista intérprete o ejecutante**. Queda entendido también que el simple uso de tecnologías o medios nuevos o modificados, como tales, no será considerado como modificación en el sentido del artículo 5.1.ii)”. (destacado añadido).

<sup>25</sup> V.: En lo que tiene ver con el derecho de autor, en la legislación venezolana hay normas de presunción legal de cesión de derechos a favor del productor en el caso de las obras audiovisuales, como es, por ejemplo, el artículo 15 de la Ley Sobre el Derecho de Autor de 1993. Si bien es cierto que en virtud de esa norma existe la posibilidad del “*pacto en contrario*”, lo cierto es que en la práctica son muy pocos los casos en que los autores lo han ejercido, y cuando lo han hecho es para firmar unos contratos cuyas condiciones económicas tampoco los favorecen.

<sup>26</sup> Vásquez López, Víctor: ob.cit., p. 315.

<sup>27</sup> V.: En Venezuela, la entidad de gestión colectiva que representa a los artistas y productores de fonogramas es AVINPRO. Fue creada como entidad de gestión el 2 de Junio de 1993, y a diferencia de otros países donde ambas categorías de titulares de derechos conexos están representados por EGC diferentes, AVINPRO abarca ambas categorías. Más información en su sitio Web: <http://bit.ly/1gN3rAt>. [Consulta: 2013, Marzo 03].

<sup>28</sup> V.: Al momento de redactar este trabajo, dicho proyecto de ley ha cumplido los siguientes trámites: fue aprobado en primera discusión el 18 de junio de 2013 con moción de urgencia por la Asamblea Nacional, fue posteriormente objeto de un proceso de consulta pública, y luego enviado para su estudio y aprobación a una Comisión Mixta, la cual ha de preparar los informes correspondientes para elevarlos a la Plenaria de la Asamblea Nacional, donde se le dará la aprobación definitiva. El texto del proyecto está disponible en el sitio web: <http://bit.ly/1ksKkBu>. [Consulta: 2013, Marzo 03].

<sup>29</sup> V.: Artículo 98 de la LSDA: “La totalidad de las remuneraciones a que se refieren los artículos precedentes, no podrán exceder **sesenta por ciento (60%)** de aquellas que correspondan a los autores de las obras contenidas en el fonograma”. (destacado añadido).

<sup>30</sup>V.: Yúdice, George: *El recurso de la cultura: Usos de la cultura en la era global*. Barcelona: Editorial Gedisa. 2002. p. 16.

<sup>31</sup> V.: Fariñas, José Rafael: *La Protección Constitucional de la Propiedad Intelectual en Venezuela*. Revista de Estudios en Propiedad Intelectual. Año VIII. Número 12. Universidad de Los Andes, Mérida, Venezuela: Editorial Venezolana. p.12

<sup>32</sup> V.: Más información en el Informe Anual CISAC 2013, disponible en el sitio Web: [www.cisac.org](http://www.cisac.org). [Consulta: 2014, Marzo 04].

<sup>33</sup> V.: Newbiggin, John: *La economía creativa: Una guía necesaria*. Trad. Silva, Paula. Serie Economía Creativa y Cultural del British Council, 2010. p. 13.

## REFERENCIAS

- Antequera Parilli, Ricardo. (2012). *El derecho de remuneración de los intérpretes audiovisuales por la comunicación al público de las fijaciones que contienen su interpretación y su gestión colectiva, a la luz de la jurisprudencia comparada*. Madrid: Editorial Reus/Aisge/Aseda.
- Fariñas, José Rafael. (2013). *Consideraciones para una armonización del derecho de autor y los derechos conexos en el Mercosur*. Caracas: Ediciones Academia de Ciencias Políticas y Sociales/ULA/UCAB.
- Fariñas, José Rafael. (2009). *La protección constitucional de la Propiedad Intelectual en Venezuela*. Revista Propiedad Intelectual. Año VIII. Número 12. Universidad de Los Andes, Mérida, Venezuela: Editorial Venezolana.
- Ficsor, Mihály. (2013). *Guía sobre los tratados de Derecho de Autor y Derechos Conexos administrados por la OMPI*. Ediciones OMPI.
- Ficsor, Mihály. (2002). *The law of copyright and the internet. The 1996 WIPO treaties, their interpretation and implementation*. Oxford University Press.
- Ficsor, Mihály. (2003). *Beijing treaty on audiovisual performances (BTAP): First assessment of the third Wipo internet treaty*.
- Newbiggin, John. Trad. Silva, Paula. (2010): *La economía creativa: Una guía necesaria*. Serie Economía Creativa y Cultural del British Council.
- Lipszyc, Delia. (1993). *Derecho de Autor y Derechos Conexos*. Buenos Aires: Ediciones Unesco/Cerlalc/Zavalía.
- Ricketson, Sam & Ginsburg, Jane. (2005). *Internacional copyright and neighbouring rights. The Berne convention and beyond*. Oxford University Press.
- Vásquez Lopez, Víctor. (2012). *La protección internacional de las interpretaciones y ejecuciones audiovisuales a nivel internacional como nacional*. Libro Memoria del Congreso Internacional El Derecho de Autor y los Derechos Conexos ante las nuevas tecnologías. Lima, Perú.
- Yúdice, George. (2002). *El recurso de la cultura: Usos de la cultura en la era global*. Barcelona: Editorial Gedisa.