

DEL “ENTORNO ANALÓGICO” A LA TECNOLOGÍA DIGITAL

© Ricardo Antequera Parilli, 2007

I

INTRODUCCIÓN

La evolución de las ideas.

Si el derecho de autor tiene por objeto la protección de las obras que tengan originalidad y concreción de forma, resulta que uno de los fines de la tutela es el *“estimulo a la creatividad”*, concepto dinámico que impone la necesidad de producir e interpretar las normas con un sentido *“vivencial”*, a la par de las nuevas formas creativas que nacen con el talento del hombre y de las nuevas formas de uso que surgen con el avance de la técnica, también producto del ingenio humano.

Por ello, al plantearse con temor la suerte del derecho de autor ante las nuevas tecnologías digitales, se olvida que desde su reconocimiento expreso en el derecho positivo hasta la fecha, el derecho del autor ha tenido que afrontar varios *“traumas”* con motivo del avance tecnológico, los cuales han sido superados con una interpretación judicial basada en el espíritu y los propósitos que fundamentan la protección y no solamente en la letra fría y estática de la norma; y, cuando ha sido necesario, con las reformas legislativas adecuadas al avance de los tiempos.

En ese sentido -señala Delgado Porras-, la consecución de todas las predicciones actuales y futuras sobre el *“negocio”* que ofrece la infraestructura global de la información a los profesionales de la composición, la interpretación o ejecución musical, la edición de las obras de este género y la producción fonográfica -y a otras obras y demás intelectuales

susceptibles de transitar por las “redes digitales”, agregamos nosotros, depende de dos factores fundamentales:

a. El acierto con que el Derecho ampare, al nivel más elevado posible, los intereses de los nombrados profesionales en la explotación de sus obras y prestaciones, especialmente en su forma de transmisión “punto a punto” y a solicitud del destinatario de la misma (“transmisión digital interactiva”) por intermedio de una “red digital” del tipo de la “Internet”.

b. El grado de protección efectiva de los derechos que, para la tutela de los mencionados intereses, se reconozca y conceda a dichos sujetos ¹.

De la imprenta a las primeras reproducciones sonoras.

No puede olvidarse que el derecho de reproducción sobre la obra, inicialmente bajo la forma de un “privilegio”, nació con motivo de un impacto tecnológico: la imprenta de tipos móviles de Gutemberg; y que la modernización de las vías y de los medios de comunicación facilitó el desplazamiento de los ejemplares de las obras de un territorio a otro, lo que reclamó una protección internacional, no ya a través de simples tratados bilaterales, sino por medio de instrumentos con vocación mundial.

Los ejemplos continuaron: cuando se inventaron las cajas de música y las máquinas mecánicas de música –informa Lipszyc-, los autores reclamaron de las industrias una retribución por el uso de sus obras, lo que al principio, no tuvo suerte en el plano internacional, pues el Acta originaria del Convenio de Berna (CB), de 1886, incorporó en el Protocolo Final un dispositivo según el cual la fabricación y la venta de instrumentos idóneos para reproducir mecánicamente piezas musicales en dominio privado, no debían ser considerados como uso ilícito de obras musicales.

Pero el perjuicio que la exención anotada causaba a los creadores, comenzó a revertir la situación cuando el Acta de Berlín (1908) derogó la

¹ DELGADO PORRAS, Antonio: “El futuro digital: la protección de los derechos en la red”. Seminario sobre “El entorno profesional y legal del músico”. Fundación Autor y SGAE, con la colaboración de AIE. Madrid, 2000, p. 1.

disposición de 1886 y reconoció el derecho de los autores de obras musicales a autorizar o no su adaptación a instrumentos que sirvieran para reproducirlas mecánicamente, así como su ejecución pública por medio de tales instrumentos.²

De la fijación audiovisual a la obra cinematográfica.

La tecnología planteó nuevos retos al aparecer la cinematografía, en primer lugar, porque su mención como obra no aparecía de forma expresa en el Acta Originaria del CB (1886); luego, porque las primeras fijaciones audiovisuales captaban simples sucesos callejeros, carentes de originalidad; y, por último, porque, aun con posterioridad a esa etapa inicial, muchas filmaciones se limitaban a fijar las escenas tomadas del teatro, razón por la cual los creadores del argumento se oponían al reconocimiento de un nuevo género, al estimar que el aporte original estaba en la obra literaria, y se ofuscaban al oír hablar de "*realizadores cinematográficos*", a quienes tildaban de ser "*los que le dan vueltas a la manivela*".³

Con posterioridad, se incorporaron a los filmes diversos elementos creativos, como la escenografía creada especialmente para la obra, el seguimiento a los intérpretes en sus movimientos ("*cine persecución*"), la alternancia de acciones desarrolladas en sitios distintos, la combinación de decorados naturales con artificiales, la estilización de los personajes, la elaboración de argumentos creados específicamente para la realización del filme y el abandono de los convencionalismos teatrales, lo que convirtió al cine en arte cinematográfico.⁴

Y es así como, si bien ya bajo la vigencia del Acta Originaria el CB se admitía por vía interpretativa la protección de las obras cinematográficas

² LIPSZYC, Delia: "*Derecho de Autor y Derechos Conexos*". Ed. UNESCO/ CERLALC/ ZAVALÍA. Buenos Aires, 1993. pp. 353-354.

³ MATTYSENS, Jean: "*Gestión y control de los derechos sobre las obras audiovisuales*". Informe al XXXV Congreso de la Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores (CISAC). Documento AG/86/992. Madrid, 1986.

⁴ Sobre la evolución del arte cinematográfico: GERARD, Paul-Daniel: "*Los Derechos de Autor en la obra cinematográfica*". Ed. Ariel. Barcelona, 1958, pp. 26-34

(porque el catálogo enunciativo de las obras finalizaba con la expresión: *"en fin, toda producción literaria, científica o artística que podría ser publicada por cualquier forma de impresión o de reproducción"*) siempre que, como en toda obra, estuviera presente la originalidad en la forma de expresión, el Acta de Berlín (1908) aclaró expresamente que quedaban protegidas como obras literarias y artísticas las producciones cinematográficas cuando, por las disposiciones escenográficas o combinaciones de incidentes representados, el autor hubiera dado a su obra un carácter personal y original.

A su vez, el Acta de Roma (1928) simplificó las cosas, al disponer que se protegían como obras literarias y artísticas las producciones cinematográficas cuando el autor hubiere dado a la obra carácter original, y a partir del Acta de Bruselas (1948) se incluyó en el catálogo ejemplificativo de las creaciones protegidas a *"las obras cinematográficas y las obtenidas por un procedimiento análogo a la cinematografía"*.

Hoy las modernas legislaciones prefieren emplear la denominación más amplia de *"obras audiovisuales"*, o sea, las que expresan imágenes sucesivas y en movimiento, al ser proyectadas o exhibidas por cualquier medio o procedimiento y con independencia del soporte material que las contiene, haya o no sonido incorporado.

Del espectáculo "en vivo" a la radiodifusión.

También la radiodifusión planteó nuevos desafíos a la protección de los creadores, si se toma en cuenta que el CB, en su Acta Originaria (1886), estaba concebido, fundamentalmente, en lo que se refiere a la comunicación pública, en torno a los derechos de representación, entendida ésta como *"espectáculo viviente"*.

Es más, las leyes de antigua data no reconocían expresamente un derecho general de comunicación pública, sino que sólo reconocían de modo expreso algunas de sus modalidades, por ejemplo, la ejecución pública, la representación dramática, la recitación, etc., aunque ello no quería decir que tales formas de explotación, como derechos exclusivos, fueran de interpretación restrictiva o limitativa.

Pero se afirma desde antaño que el derecho de ejecución pública *"comprende todos los sonidos y ejecuciones que se hacen audibles para el público en cualquier lugar dentro del territorio en que actúa cada una de las sociedades contratantes"*, y que el concepto no sólo alcanza a los modos de ejecución tradicional, sino que la noción de *"derechos de ejecución"* abarca también *"el derecho de radiodifusión y el de transmisión al público en general (por cable, altavoces, etc.)"*.⁵

En todo caso, ya en la Revisión de Roma del CB (1928) se incluyó de manera taxativa el derecho de los autores de autorizar la comunicación de sus obras al público por la radiodifusión, y en los modernos textos legales se reconoce un derecho general de comunicación pública, entre cuyos modos se encuentran, por ejemplo, la ejecución de obras musicales, la representación de obras escénicas, la transmisión y retransmisión de las obras literarias o artísticas, la exposición de obras de arte, etc.

Y como quiera que por radiodifusión se entiende la transmisión, a través del espacio radio-eléctrico, de sonidos o imágenes, dicha expresión comprende tanto las emisiones sonoras como las de televisión.

En la esfera de los derechos conexos, las mejoras en las técnicas de las fijaciones sonoras, incluso en combinación con su radiodifusión, destacó el drama que sufrían los artistas, a partir de los años 30, cuando se vieron desplazados de sus trabajos, pues ya no eran necesarias sus actuaciones *"en vivo"* para que el público, a través de sus radio-receptores o mediante la ejecución de esas grabaciones en salas de baile u otros locales similares, pudiera disfrutar de las interpretaciones artísticas.

Es así como la jurisprudencia argentina (1930), por ejemplo, sin disposición en la ley de la época sobre los derechos de los artistas, declaró que la adquisición de discos fonográficos no autorizaba su difusión por radiofonía sin el consentimiento de los intérpretes⁶, y ya en esos tiempos

⁵ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI): *"Administración Colectiva del Derecho de Autor y los Derechos Conexos"* (autor: Mihály Ficsor). Ginebra, 1991. p.p. 12-13.

⁶ VILLALBA, Carlos y LIPSZYC, Delia: *"Derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión"*. Ed. Víctor P. de Zavalía. Buenos Aires, 1976. p.79.

comenzaron las primeras reformas legislativas en varios países, antes de cualquier Convenio Internacional sobre la materia, donde se reconoció el derecho de los intérpretes o ejecutantes a impedir la radiodifusión o comunicación al público no autorizada de sus interpretaciones o ejecuciones.

Y si bien es cierto que los intentos realizados para incorporar los derechos de los artistas en el CB, con motivo de la Revisión de Bruselas (1948), no dieron resultado, ello no se debió a una indiferencia en torno a esos trabajadores intelectuales, sino a la necesidad de elaborar un instrumento internacional distinto, para la protección de los intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, lo que ocurrió con la aprobación de la Convención de Roma (CR) de (1961), la cual, en lo que se refiere a la radiodifusión o comunicación al público de grabaciones ya fijadas, reconoció un derecho de remuneración equitativa a los intérpretes o ejecutantes, a los productores fonográficos, o a ambos, en las condiciones diferidas a las legislaciones nacionales.

La reprografía y el satélite.

La década de los años 60 también planteó nuevos desafíos tecnológicos: la popularización de la fotocopiadora y la aparición de las transmisiones por satélite.

Así, la masificación de la reprografía destacó la importancia del artículo 9,2 del CB, ya que las reproducciones que en supuestos especiales pueden estar permitidas por las leyes nacionales, son aquellas que no atenten contra la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

Ya el Informe de la Conferencia Diplomática que aprobó la Revisión de Estocolmo (1967), contenía la siguiente declaración interpretativa del artículo 9,2 del Convenio:

“Si se considera que la reproducción es contraria a la explotación normal de la obra, el paso siguiente consistiría en determinar si causa o no un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del

autor. Únicamente si ello no ocurre sería posible, en ciertos casos, admitir un licencia obligatoria o establecer una utilización sin remuneración. Un ejemplo práctico puede ser el de la fotocopia para diversos fines. Si consiste en la producción de un número muy grande de copias, no puede permitirse porque es contraria a la explotación normal de la obra. Si supone un número relativamente crecido de copias para uso en empresas industriales, puede no causar un perjuicio injustificado a los intereses del autor siempre que, conforme a la legislación nacional, se pague una remuneración equitativa...".⁷

Y ese derecho de remuneración equitativa por las reproducciones privadas se hizo más necesario con la aparición, en la década de los 70, del "audiocassette" y el "videocassette", y de aparatos electro-domésticos (audio-grabadores y video-grabadores) diseñados para la grabación de sonidos y/o imágenes en esos soportes vírgenes, sea "back to back" o bien a partir de una emisión de radio o televisión.

Acá la jurisprudencia en algunos países se adelantó al legislador, como el Tribunal Federal de Justicia (Alemania), cuando admitió la procedencia de la demanda de remuneración a los titulares del derecho por las grabaciones privadas de obras protegidas, decisión que fue el origen del artículo 53,5 de la ley alemana sobre el Derecho de Autor sancionada en 1965 ⁸, inspirado, evidentemente, en el carácter restrictivo de las excepciones permitidas por el artículo 9,2 del CB.

Hoy vemos cómo numerosas leyes en el mundo adoptan el derecho de remuneración por copia privada, tanto de la reproducción reprográfica, como de las grabaciones sonoras y audiovisuales.

En los 70 las transmisiones satelitales no se limitaron a la divulgación de grandes hechos noticiosos -como la llegada del Hombre a la Luna-, sino que comenzaron a utilizarse para la comunicación a distancia de programas contentivos de obras protegidas (v.gr.: en conciertos, festi-

⁷ OMPI: "Comentarios al proyecto de disposiciones tipo para leyes en materia de derecho de autor". Documento CE/MPC/I/2-III. Ginebra, 1989. p. 24.

⁸ LIPSZYC, Delia: "Derecho de Autor y Derechos Conexos". Ob. Cit. p. 241.

vales, etc.), lo que sugirió la pregunta: ¿están comprendidas las transmisiones por satélite entre los derechos previstos en el CB?

Y el instrumento ofreció una respuesta afirmativa, pues si al utilizarse el espacio hertziano hay radiodifusión -y es lo que ocurre con las transmisiones a través de satélites-, ese derecho aparece en el CB (art. 11, *bis*1), incluso en una convención de menor nivel de protección, como la Universal (Revisión de París, 1971, art. IV *bis*, 1).

De las transmisiones por cable a las redes de fibras ópticas.

El desafío tecnológico continuó con las transmisiones y retransmisiones a través del cable, especialmente con el surgimiento de un nuevo y veloz conductor físico: la fibra óptica, y de nuevo se planteó la interrogante acerca de si esa forma de explotación de las obras encontraba suficiente tutela a la luz del CB.

En tal sentido el artículo 11,1,2 del CB reconoce el derecho exclusivo de autorizar la transmisión pública, “*por cualquier medio*”, de la representación o de la ejecución de la obra, expresión que comprende, sin lugar a dudas, a la comunicación por cable, ya que la radiodifusión, es decir, la difusión inalámbrica, está regulada por el artículo 11 *bis* del mismo Convenio.

En todo caso, la tendencia creciente en muchas leyes, como se ha dicho, es a reconocer un derecho general de comunicación pública, que comprenda cualquier forma de difusión, por todo o medio o procedimiento, de los signos, las palabras, los sonidos o las imágenes, como en las transmisiones alámbricas de las obras.

Y en el ámbito de los derechos conexos, los intérpretes o ejecutantes y/o los productores de fonogramas, conforme al artículo 12 de la CR, tienen derecho a una remuneración equitativa por la comunicación pública de tales fonogramas -como cuando dichas fijaciones se difunden por medio de satélites-, al tiempo que los organismos de radiodifusión, también de acuerdo a esa Convención, tienen el derecho de autorizar o prohibir la retransmisión de sus emisiones (art. 13,a).

La duplicación masiva y el incremento de la piratería.

La aparición de las duplicadoras de alta velocidad y luego el surgimiento de la tecnología digital, que permite la rápida reproducción "clónica" de obras sonoras o audiovisuales en soportes digitales (especialmente con la invención de los discos borrables y grabables), viene a reforzar la necesidad de establecer la remuneración compensatoria por la copia privada y la sanción penal para la "piratería", que lesiona gravemente el derecho de reproducción de autores, artistas y productores, y nada distinto ocurre con la reproducción de los programas de ordenador o computación.

De las grabaciones analógicas a la tecnología digital.

El reto que hoy más preocupa es el de enfrentar y ofrecer soluciones a los problemas que surgen con el uso combinado de la tecnología digital y las tele-comunicaciones, tanto en relación a los derechos morales, especialmente por las "alteraciones digitales" de las obras, como a los patrimoniales, por ejemplo, respecto al ejercicio de esos derechos y a la aplicación de controles para que la "navegación" de las obras a través de las "redes digitales interactivas" no se realice en perjuicio del derecho de los autores a autorizar la comunicación pública de sus obras por cualquier medio, o en desmedro de su remuneración por esas comunicaciones, ni que tales formas de uso afecten tampoco los respectivos derechos de los intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión.

II

LAS REPERCUSIONES DEL AVANCE TECNOLÓGICO EN EL DERECHO DE AUTOR Y LOS DERECHOS CONEXOS

Introducción.

Las transformaciones fundamentales que está viviendo el mundo en el campo de la tecnología, las comunicaciones y las relaciones comerciales, imponen también un proceso evolutivo en la protección de los

bienes intelectuales que son objeto del derecho de autor y de los derechos conexos.

Nuevos géneros creativos.

Resulta ya un hecho admitido que los programas de ordenador han encontrado protección en el ámbito del derecho de autor y, además, en los mismos términos que las obras literarias como lo disponen, por ejemplo, el Acuerdo sobre los ADPIC (art. 10,1) y el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA/WCT, art. 4).

A su vez, las bases o compilaciones de datos también encuentran abrigo dentro de la tutela por el derecho de autor, dado su carácter de compilaciones, siempre que por la selección o disposición de las materias constituyan creaciones intelectuales, como se encuentra previsto en el ADPIC (art. 10,2) y en el TODA/WCT (art. 5).

Por lo que se refiere a las *“multimedia”*, son objeto de protección por el derecho de autor en tanto revistan originalidad, pero queda por determinar, en lo que todavía presenta discusiones, si son obras audiovisuales; se consideran bases de datos, siempre que por la selección o disposición de sus elementos (textos, palabras, sonidos, imágenes), constituyan creaciones intelectuales, sin perjuicio, por lo demás, de los derechos existentes sobre las obras que hayan sido incorporadas a la compilación; o si el factor predominante es el programa de ordenador que permite el funcionamiento y la interactividad de la multimedia.

En todo caso, si una *“multimedia”* tiene originalidad en la forma de expresión o en la forma de seleccionar o disponer de la información, hay una *“obra”* y, por tanto, está protegida por el derecho de autor, aunque su calificación como obra audiovisual, base de datos o programa de ordenador pueda plantear diferencias, de acuerdo a la ley aplicable, en torno a la autoría y a la titularidad de los derechos.

Nuevas formas de explotación.

Con la combinación de la tecnología digital y las telecomunicaciones por satélite y/o redes de fibra óptica, comenzaron a producirse un

sinnúmero de nuevas formas de explotación de las obras, que repercuten tanto en la esfera de los derechos morales, como en el ámbito de los derechos de orden patrimonial.

Y el uso masivo se extiende con la *"sociedad de la información"*, lo que trae necesariamente como consecuencia la necesidad de instrumentar mecanismos técnicos que permitan, por una parte, evitar la reproducción, la comunicación pública o el acceso no autorizado a las obras; y, por la otra, el control de las utilidades que conduzca a una efectiva recaudación y distribución de las remuneraciones correspondientes a esas explotaciones.

La grabación digital.

La grabación digital es un medio tecnológico mediante el cual los datos (v.gr.: signos, palabras, sonidos, imágenes), se registran en forma procesable por un computador, de modo que se garantizan reproducciones idénticas.

A ello se une la velocidad de respuesta y la masa enorme de información que puede almacenarse, de modo que a la facilidad en el acceso se une la economía del sistema, ya que la entrada a todos esos datos por métodos tradicionales sería, en razón de volumen y costos, prácticamente imposible, al menos para el hombre común.

Y ese avance tecnológico permite que toda esa información sea accesible (por vía inalámbrica y/o a través de conductores físicos), de modo tal que al entrar en el sistema telemático no resulte necesario, siquiera, la posesión del soporte material (*"playback"*) que sirve de intermediario entre la fuente y el usuario.

La transmisión digital.

Si *"transmisión"* es la difusión a distancia, tanto por medios inalámbricos (radiodifusión) como por guías artificiales (cable, fibra óptica), *"transmisión digital"* es la telecomunicación a partir del almacenamiento digital de la información y su recepción por el usuario a través de medios digitalizados.

De forma no exhaustiva, entre los elementos protegidos por el derecho de autor susceptibles de transmisión digital están los “programas” de alguna de estas clases:

- a. Obras expresadas en forma gráfica (libros, folletos, revistas, etc).
- b. Programas de ordenador (“software”).
- c. Bases de datos.
- d. Vídeo-juegos.
- e. Presentaciones en “multimedia”.
- f. Composiciones musicales, con o sin letra.
- g. Obras audiovisuales (filmes, telenovelas, “vídeo clips”).
- h. Obras escénicas (dramáticas, coreográficas, pantomímicas).
- i. Competencias deportivas y otros espectáculos de “arena” (v.gr.: competencias, circos, corridas de toros, etc.) durante los cuales se interpreten o ejecuten obras protegidas.
- j. Reportajes y documentales periodísticos.

Al anterior listado deben agregarse los bienes protegidos por los derechos conexos, como las prestaciones artísticas, los fonogramas y las emisiones de radiodifusión.

Pero la combinación de la tecnología digital con las modernas telecomunicaciones, hace que mientras la transmisión tradicional mantiene al usuario-receptor como un “espectador pasivo”, que recibe la programación resuelta por el organismo de emisión, las transmisiones digitales permiten, además, una interacción entre quien suministra la información y quien la capta, así como la interconexión directa de diversos usuarios.

Todos esos fenómenos imponen un análisis acerca de cuáles de los intereses involucrados se ven vulnerados con las nuevas tecnologías y cuál es el estado de la normativa para ofrecer o no una adecuada protección, tanto a partir de los principios “clásicos” del derecho de autor, como de los avances legislativos más recientes.

III

LA TECNOLOGÍA DIGITAL Y LOS PRINCIPIOS BÁSICOS DEL DERECHO DE AUTOR Y LOS DERECHOS CONEXOS

A los solos efectos de una exposición sistemática del contenido de los derechos intelectuales, en su vinculación con las nuevas tecnologías -en este caso, la digital-, baste recordar que, al menos en el sistema de tradición jurídica latino o continental, el derecho de autor descansa sobre los principios siguientes:

- a. El autor tiene un derecho moral que está integrado, al menos como principio mínimo en el CB (art. 6*bis*), por los derechos de paternidad del autor y de integridad de su obra, sin perjuicio del reconocimiento en las leyes nacionales de otros derechos de "orden personal", como los de divulgación y al inédito, o el de retracto o de "arrepentimiento".
- b. El autor tiene el derecho exclusivo de explotar su obra por cualquier medio o procedimiento.
- c. Las excepciones a ese derecho exclusivo deben limitarse a casos especiales, que no atenten contra la explotación normal de la obra, ni causen un perjuicio injustificado al titular del derecho, límites que por ser excepcionales deben ser objeto de interpretación restrictiva.
- d. Cada modalidad de explotación es independiente de las demás y cada una de ellas requiere del consentimiento expreso del titular del respectivo derecho.

A todo lo anterior tendrían que agregarse los principales atributos que, con las variantes propias de cada legislación, son reconocidos a los artistas intérpretes o ejecutantes, a los productores de fonogramas y a los organismos de radiodifusión.

La tecnología digital y el derecho moral.

La moderna concepción del derecho moral nació con la doctrina judicial francesa, en la primera mitad del siglo XIX, seguida luego por otros tribunales nacionales, de modo que la jurisprudencia influyó en los legisladores nacionales para que incorporaran paulatinamente el derecho moral, recogido luego, por lo menos parcialmente, en la Revisión de Roma

del CB (1928), mediante la introducción de un artículo *6bis*, cuyo párrafo 1) en el texto de la Revisión de París (1971), reza:

"Independientemente de los derechos patrimoniales del autor, e incluso después de la cesión de estos derechos, el autor conservará el derecho de reivindicar la paternidad de la obra y de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la misma o a cualquier atentado a la misma que cause perjuicio a su honor o a su reputación".

Además de esos *"derechos mínimos"* de paternidad e integridad, existe la tendencia bastante generalizada en el derecho continental a reconocer otros atributos personales del autor, como el derecho a la divulgación de la obra, el derecho a modificarla y el llamado *"derecho de retracto"* o de *"retiro de la obra del comercio"*.

Sin embargo, no ha faltado quien propugne -con una visión ligera de las cosas-, que el derecho moral del autor debe desaparecer con motivo de las tecnologías digitales, pero quienes formulan esa afirmación no han examinado, por lo menos, el derecho moral del autor a la divulgación, por el cual el creador tiene el derecho de resolver si su obra se da o no a conocer al público, pues sería francamente aventurado propugnar por la supresión de esa facultad, que incluso no estando consagrada expresamente en algunos textos nacionales sobre derecho de autor, siempre halla abrigo en el marco de los derechos de la personalidad, formando parte del *"derecho a la intimidad"*.

En cuanto a los derechos morales reconocidos en el artículo *6bis* del CB, no vemos la razón para suprimir el derecho a la paternidad de la obra, ya que no existe obstáculo para que la tecnología digital omita el nombre del autor o que, en respeto a la voluntad del propio creador, la obra se divulgue como anónima. No hay diferencias, en torno al derecho de paternidad, entre una grabación musical analógica y una digital, o entre una obra audiovisual proyectada a partir de técnicas convencionales y la exhibida por medios digitalizados, a los efectos de que se indique o no en el soporte digital o en la exhibición del filme la identidad de los creadores.

Y aunque en algunas obras surgidas con las nuevas tecnologías es imposible la indicación de sus creadores, como en la mayoría de los *"software standard"*, debido al sinnúmero de intervinientes, el carácter directo o indirecto de sus contribuciones o la imposibilidad de identificarlos o de individualizar sus respectivos aportes, también ocurría con *"obras colectivas"* tradicionales, como muchos diccionarios y enciclopedias, supuestos en los cuales las leyes nacionales admiten, incluso, la figura de la titularidad (o la cesión presunta) de los derechos a favor de la persona natural o jurídica que asume la responsabilidad en la publicación de la obra.

Por lo demás, no puede olvidarse que el *"derecho a la paternidad"*, tiene como contrapartida el *"derecho al anónimo"*, de suerte que nada impide al autor, en aquellas obras donde incluso no existen obstáculos para que su nombre sea indicado, autorizar la divulgación de la obra con omisión de su identidad.

Salvadas las objeciones al reconocimiento del derecho de paternidad, el que en verdad puede suscitar discusiones, a la luz de las nuevas tecnologías, es el derecho de integridad, por el cual, conforme al artículo 6bis del CB, el autor tiene el derecho de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la obra o a cualquier otro atentado a la misma *"que cause perjuicio a su honor o a su reputación"*.

En un análisis muy ligero de las cosas, se ha afirmado que ya el almacenamiento digital de la música comporta la eliminación de información inútil o redundante -como la supresión de *"ruidos de superficie"* o de sonidos que no capta el oído humano-, y que tal técnica supondría *"transgredidos los derechos morales de los compositores"*.

Ello no es cierto, porque no se produce mutilación o alteración a la *"obra"* en sí misma, sino a la grabación, lo que en nada afecta a la integridad de la misma; y, además, porque en el supuesto negado de que esa supresión de *"distorsiones"* constituyera una transformación, tendría que ser de tal magnitud que configurara un atentado capaz de perjudicar el decoro de la obra o la reputación de su autor.

Es así como debe plantearse el derecho moral de integridad, pues la conducta fáctica de los titulares de ese derecho demuestra que han sido

excepcionales los casos de acciones intentadas en su defensa, y sólo precisamente en supuestos de atentados verdaderamente graves, y no de aquellos donde se han realizado traducciones, adaptaciones o arreglos no autorizados, donde se han ejercido acciones fundadas en el derecho patrimonial de transformación de la obra, a estudiarse más adelante.

Aún así, no puede ignorarse que también existen manipulaciones digitales capaces de atentar contra la integridad de la creación y no hay excusa para eludir el derecho moral al respeto de la obra, pues tampoco es de olvidar que el derecho moral está constituido por facultades personales (inalienables e irrenunciables) y que en el resguardo a la producción intelectual, también entran en juego el derecho a la cultura y a los valores culturales allí encarnados, los cuales se pueden ver desvirtuados cuando lesiona el decoro o la reputación de las obras o sus autores.

El propio “*Green Paper*” estadounidense sobre la Propiedad Intelectual y la Infraestructura Nacional de la Información elaborado por encargo de la Secretaría de Comercio de los Estados Unidos, destacó en su momento que el éxito de las “*superautopistas de la información*” estaba supeditado, necesariamente, al volumen de obras que circularan, a que se garantizara una efectiva protección de los respectivos derechos y se asegurara de alguna forma, “*la integridad de tales obras*”.⁹

En todo caso, las adaptaciones y transformaciones digitales de las obras, pueden plantearse también con fundamento en el derecho patrimonial de transformación, que el autor puede autorizarlas, lo que resolverá muchos conflictos sin fracturar el sistema.

La tecnología digital y los derechos exclusivos de explotación.

En la medida en que las grabaciones digitales contienen datos y otros elementos que conforman bienes intelectuales protegidos por el derecho de autor o los derechos conexos, y dado que la infraestructura global de la información permite que las obras y demás prestaciones así almacenadas circulen por las redes digitales interactivas, se producen en conjunto de efectos que repercuten directamente en el goce y el ejercicio

⁹ “*Intellectual Property and the National Information Infrastructure*”, en Derecho de la Alta Tecnología (DAT). Año VII. N° 76/77. Buenos Aires, 1994-1995. pp. 25-26.

de los derechos patrimoniales de autores, artistas, productores y emisores.

El derecho de modificación o transformación.

La tecnología digital permite que la información recibida por el usuario pueda ser, a su vez, procesable a través del computador, facilitando la posibilidad de realizar copias, modificaciones, arreglos, supresiones, adiciones y adaptaciones.

Así, por ejemplo, se viabiliza el acceso a numerosa documentación escrita e incorporada a bases de datos que proporcionan, no solamente el texto íntegro, sino a veces, versiones o resúmenes de las obras, que pueden afectar el derecho de modificación o transformación de las creaciones protegidas y así modificadas.

También en las obras musicales, como ocurre con la incorporación de las mismas en las consolas de los *"disc-jockeys"* en discotecas y salas de baile, lo que permite modificar el sonido original, desde alteraciones menores (como la incorporación de ruidos o efectos sonoros), hasta transformaciones importantes, como cambios en la melodía, la armonía o el ritmo, hasta llegar a la combinación simultánea o alternativa de dos o más fijaciones sonoras.

Si todas esas *"versiones"* son fijadas (con la alta fidelidad de la grabación digital) y reproducidas (sin *"ruido de superficie"*), para su distribución al público, estamos en presencia de una clásica modalidad de *"piratería"*, infractora de los derechos de reproducción y distribución, con independencia de la violación concurrente de los derechos morales de paternidad e integridad y del patrimonial de transformación.

Este derecho también se puede ver afectado en el caso de la colorización de las obras audiovisuales o con la incorporación de obras preexistentes en *"multimedias"*.

El derecho de reproducción.

Si el uso digital de una obra, prestación artística o producción fonográfica implica su almacenamiento electrónico, cabe la pregunta: ¿ese

proceso de fijación está o no sometido al derecho de explotación exclusivo del autor?.

La respuesta es fundamental porque si la respuesta es negativa, sería lícita la fijación digital de las obras, inclusive en la base de datos que sirviera de intermediaria entre quien suministra la información y quien la solicita y recibe.

Si analizamos el artículo 9,1 del CB, el derecho de reproducción comprende *"cualquier procedimiento y bajo cualquier forma"*, al tiempo que el 9,3 del mismo Convenio aclara que *"toda grabación sonora o visual será considerada como una reproducción"*, de modo que el almacenamiento electrónico es una forma de reproducción, si partimos de dos premisas básicas, a saber:

- a. Aunque se acogiera la interpretación restrictiva, en cuanto a limitar el concepto de reproducción a la realización de, por lo menos, una copia, lo cierto es que al almacenarse la obra electrónicamente se obtiene un ejemplar más, de manera que ese almacenamiento está sometido al régimen de la autorización previa.
- b. Es incierto que la reproducción esté supeditada, necesariamente, a la obtención de una copia, no solamente porque las disposiciones citadas extienden la reproducción a cualquier forma o procedimiento, sino también porque el artículo 9,3 del CB se refiere a la *"grabación"*, que es sinónimo de *"fijación"*, de lo que no hay dudas que comprende su almacenamiento electrónico, independientemente de que la fijación sea *"efímera"* o *"permanente"*.

El documento preparatorio de la Oficina Internacional de la OMPI para la segunda sesión del Comité de Expertos para el estudio de un eventual Protocolo al CB (aprobado luego como TODA ó WCT), planteó que conforme al artículo 9,1 del CB, el derecho de reproducción alcanzaba a *"cualquier procedimiento y bajo cualquier forma"* y que *"aun cuando la reproducción, para ser perceptible, requiera la utilización de una máquina o de cualquier otro dispositivo"*, existe *"un consenso cada vez mayor en los círculos profesionales en el sentido de que el almacenamiento de obras en memorias de ordenador debería*

considerarse como una reproducción en el sentido del Artículo 9 del Convenio de Berna",¹⁰ y así dicha Oficina propuso la incorporación de una estipulación expresa en el eventual Protocolo.

Los debates del comité reflejaron tres posiciones que, sin embargo, no eran en lo esencial contradictorias: la de reconocer, en forma expresa, que el almacenamiento de obras en sistemas de ordenador era reproducción en el sentido del artículo 9,1 del Convenio de Berna; la de considerar innecesaria una disposición sobre el tema, admitiendo, sin embargo, la posibilidad de incorporarla siempre que se expresara claramente que representaba una mera aclaración de las disposiciones ya existentes en dicho Convenio; y la de incluir una disposición interpretativa, en el sentido ya expresado, por considerarla útil para eliminar cualquier duda.¹¹

Ante las diferentes posturas asumidas por las delegaciones, tanto en el Comité de Expertos como en la Conferencia Diplomática convocada posteriormente (ya que algunas consideraban que la disposición era innecesaria, otras que debía ser meramente aclaratoria y también había las que apoyaban la propuesta de la Oficina Internacional), la Conferencia, como fórmula conciliatoria, aprobó una "*Declaración Concertada*" al artículo 1,4 del TODA/WCT, que reza:

"El derecho de reproducción, tal como se establece en el Artículo 9 del Convenio de Berna, y las excepciones permitidas en virtud del mismo, son totalmente aplicables en el entorno digital, en particular a la utilización de obras en forma digital. Queda entendido que el almacenamiento en forma digital en un soporte electrónico de una obra protegida, constituye una reproducción en el sentido del artículo 9 del Convenio de Berna". (hemos destacado).

¹⁰ Documento preparatorio de la Oficina Internacional de la OMPI para la segunda sesión del Comité de Expertos sobre un eventual Protocolo relativo al Convenio de Berna, en "*Derecho de Autor*". OMPI. Ginebra, 1992. Año IV. No. 4. p. 63.

¹¹ Acta de la Segunda Sesión del Comité de Expertos sobre un eventual Protocolo al Convenio de Berna, en "*Derecho de Autor*". OMPI. Ginebra, 1992. Año IV. N° 5. p. 91.

Un dispositivo similar, con las adecuaciones del caso, se aprobó como “*Declaración Concertada*” a los artículos 7, 11 y 16 del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (TOIEF/WPPT).

Así, el derecho de reproducción, concebido en su momento para el “*entorno analógico*”, es perfectamente aplicable al mundo digital, y las “*declaraciones concertadas*” incorporadas a los nuevos Tratados sólo tienen fines aclaratorios.

El derecho de distribución.

El derecho de distribución puede verse desde dos ópticas: la primera, como un derecho de “*primera distribución*”, por el cual el autor tiene el derecho exclusivo de autorizar o no la “*primera venta*” (u otra forma de transferencia de la propiedad), del ejemplar o copias de su obra; y la segunda, como un derecho amplio o “*general*” de distribución, por el cual, si bien la primera venta agota el derecho del autor a autorizar o no la reventa de tales ejemplares, no extingue, por el contrario, el derecho de permitir o no el alquiler o el préstamo de los mismos.

Si partimos de un derecho de distribución en sentido estricto (dejando al alquiler y al préstamo como modalidades autónomas de explotación), lo primero a señalar es que la transmisión digital recibida por el usuario es almacenada de forma “*efímera*” en la memoria RAM de su ordenador, como también puede fijarse en la memoria permanente del equipo receptor.

Ante esas posibilidades cabe preguntarse si la transmisión digital, además del derecho de reproducción implícito en el almacenamiento en el servidor central, constituye o no también una distribución de ejemplares de la obra, interpretación o producción (pues se dice que en cada fijación, efímera o permanente, hay otro ejemplar) y, de ser el caso, si concurre o no con el derecho de distribución.

Y el asunto va más allá, porque siendo posible la transferencia electrónica, también lo es que la información, transmitida desde un computador que sirve de “*emisor*” a otros que hacen de “*receptores*”, quede incluso almacenada en la memoria “*residente*” de los

destinatarios, o en algún dispositivo de almacenamiento asociado, con lo cual se producen varias copias de la programación transmitida, y que con cada una de ellas pueden realizarse, a su vez, nuevas transmisiones y más copias.

La cuestión fue muy debatida en las sesiones de expertos para un eventual Protocolo al CB y la mayoría de las delegaciones concluyó en que el derecho de distribución (como obligación convencional mínima), debía limitarse a la distribución de copias físicas y tangibles, y no a las transmisiones digitales en las que la obra es comunicada con un almacenamiento de camino al receptor.

Así quedó plasmado en la "Declaración Concertada" a los artículos 6 y 7 del nuevo Tratado, la cual reza:

"Tal como se utilizan en estos Artículos las expresiones «copias» y «originales y copias» sujetas al derecho de distribución y al derecho de alquiler en virtud de dichos Artículos, se refieren exclusivamente a las copias fijadas que se pueden poner en circulación como objetos tangibles (en esta declaración concertada, la referencia a «copias» debe ser entendida como una referencia a «ejemplares», expresión utilizada en los Artículos mencionados)".¹²

Pero esa declaración no impide concluir que:

- a. La transmisión digital es un acto de comunicación pública.
- b. Si la reproducción comprende la "fijación" en cualquier soporte, el almacenamiento electrónico es una fijación y, en consecuencia, un acto de reproducción.
- c. Si a partir de una transferencia electrónica se retransmiten las obras a terceros, y éstos hacen sus propias fijaciones, hay nuevamente actos que constituyen una modalidad de reproducción (por el

¹² Una disposición similar figura como "Declaración Concertada" a los artículos 2.e), 8, 9, 12 y 13 del TOIEF/WPPT.

almacenamiento electrónico), sin perjuicio del derecho de comunicación pública por la transmisión y/o retransmisión.

En consecuencia:

- a. Para el almacenamiento electrónico de las obras, interpretaciones o ejecuciones protegidas en la base centralizada de datos, el "proveedor del contenido" y, en su caso, el "proveedor de alojamiento", han debido obtener la autorización de los titulares del respectivo derecho, según fue analizado.
- b. Para la transmisión de los programas así almacenados, también dichos "operadores" han tenido que lograr la anuencia correspondiente, por tratarse de un acto de comunicación pública, como se verá posteriormente.
- c. Las situaciones planteadas con motivo del almacenamiento digital y de la transmisión de la programación así fijada, pueden resolverse, en consecuencia, mediante la aplicación de los principios atinentes a los derechos de reproducción y comunicación pública, según los casos.
- d. No parecería lógico que si el titular de los derechos autoriza el almacenamiento de la obra en la base centralizada de datos, así como su transmisión a los usuarios solicitantes, impida la fijación "efímera", cuando ella resulte necesaria, desde el punto de vista técnico, para que dichos receptores capten la información cuya comunicación ha sido consentida ¹³.
- e. Otra cosa es el uso abusivo que pueda hacer el usuario con ese almacenamiento, lo que podría dar lugar a infracciones al derecho de reproducción o al derecho de comunicación pública, según los casos.

Nada impide que, además, una legislación considere a los actos mencionados como formas de "distribución por transmisión", independientemente de calificarlos también como modos de reproducción y de comunicación pública de las obras.

¹³ La Directiva Europea sobre la protección jurídica de las bases de datos (96/6/CE del 11/3/96), por ejemplo, dispone que el usuario legítimo de una base de datos o de copias de la misma puede efectuar, sin la autorización de la base de datos, todos los actos que sean necesarios para el acceso al contenido de la base y a su normal utilización (art. 6,1).

El derecho de alquiler.

Sea formando parte de un derecho general de distribución o bien como una modalidad autónoma de explotación, el autor (y, en su caso, los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas), tiene el derecho de autorizar o no el alquiler de los ejemplares que contienen su obra, derecho que se extiende también al préstamo público, al menos en los países de la Unión Europea, conforme a la Directiva 92/100/CEE sobre derechos de alquiler y préstamo.

Aunque el arrendamiento constituye una forma de uso de las obras, prestaciones artísticas y producciones fonográficas que data de la era analógica, esa forma de transferencia de la posesión de los ejemplares, facilitada por la tecnología digital, permite al arrendatario del ejemplar obtener una reproducción idéntica del mismo, antes de reintegrarlo al arrendador, con suma rapidez y bajo costo, además de la posibilidad de realizar varias copias para fines de distribución a terceros.

Si bien esa y otras tantas modalidades de uso que han surgido en años recientes forman parte del derecho patrimonial, en la medida en que éste comprende el de explotar la obra "*en cualquier forma*" y que la reproducción incluye cualquier medio o procedimiento, la incorporación expresa del derecho de alquiler cobra importancia, especialmente, en aquellos ordenamientos donde el derecho patrimonial se concibe bajo el sistema del "*numerus clausus*".

En cualquier caso, el derecho de alquiler se ha venido incorporando de modo expreso en muchos ordenamientos, así como en instrumentos comunitarios y, al menos parcialmente, en varios de los instrumentos internacionales vinculados al libre comercio, así como en el TODA/WCT y en el TOIEF/WPPT.

El derecho de comunicación pública.

El CB contempla un conjunto de modalidades de difusión de las obras que están sometidas al derecho exclusivo de autorizar o prohibir (v. gr.: representación, ejecución, recitación, radiodifusión, transmisión,

retransmisión por cable, etc., arts. 11, 11*bis*, 11*ter*, 14), y que configuran todas ellas formas de comunicación pública.

Pero muchas leyes nacionales, como lo hacen casi todas de las latinoamericanas, reconocen al autor de manera expresa un derecho de comunicación pública que comprende la difusión, por cualquier medio o procedimiento, de los signos, las palabras, los sonidos o las imágenes, sin perjuicio de que se indiquen, además, a título enunciativo, algunos de los modos de utilización que configuran ese derecho.

También, con fines aclaratorios, varios de esos textos nacionales disponen que la comunicación pública es todo acto por el cual una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar, puede tener acceso a la obra, independientemente del momento o el sitio elegido por cada uno de esos individuos para acceder a la misma.

De allí que la comunicación pública sea una modalidad distinta de la reproducción o la distribución y, conforme al principio de la *"independencia de los derechos"*, la autorización para reproducir o distribuir la obra no implica que se haya consentido en que se comunique al público, ni que una licencia expedida para el uso de la obra en el mundo *"analógico"* se extienda a su utilización en el *"entorno digital"*.

Así, las transmisiones digitales son un acto de comunicación pública, sometido en consecuencia a la autorización de los titulares de derechos sobre la programación emitida, sea que esa telecomunicación se realice por vía inalámbrica, a través de conductores físicos o por medio de una combinación de ambos sistemas.

Podría no obstante plantearse la interrogante de lo que debe calificarse como *"público"* si las transmisiones digitales permiten, gracias a los sistemas interactivos, que un solo usuario, en un momento y lugar determinados, haya solicitado el acceso y disfrute de una publicación, una obra musical o un filme, por ejemplo, y se pregunte: ¿puede esa única persona calificarse como *"público"* y, por ende, afirmarse que existe allí una comunicación pública?.

La respuesta es afirmativa, porque el sistema pone a disposición de todo el público abonado a la red la posibilidad de acceder a esa progra-

mación, aunque una o pocas personas la soliciten en una determinada ocasión y/o lugar.

Pero la interpretación se facilita con la definición recogida en muchas legislaciones, incluida la española, por la que basta que el público "*pueda*" tener acceso a la obra, aunque no acceda efectivamente a ella, a lo que se agrega que, entre los modos de comunicación pública se encuentre, por ejemplo, el "*acceso público a bases de datos de ordenador por medio de telecomunicación, cuando éstas incorporen o constituyan obras protegidas*".

El artículo 8 del TODA/WCT (siguiendo lo que ya se recogía en muchas leyes nacionales para el "*entorno analógico*"), incluye expresamente entre las modalidades de comunicación pública como derecho exclusivo del autor, "*la puesta a disposición del público de sus obras, de tal forma que los miembros del público puedan acceder a estas obras desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija*"¹⁴.

El TODA/WCT no hace otra cosa que aclarar lo que, conforme a los principios ya anotados, era asunto resuelto, sea por disposición expresa de las leyes o bien a través de la interpretación jurisprudencial y de la doctrina. **La tecnología digital y el principio de la "*independencia de los derechos*".**

Un principio fundamental del derecho de autor es el de la "*independencia de los derechos*", de modo que la cesión o la licencia para un determinado uso no alcanza a los demás y cada una de las modalidades de explotación de una obra es distinta de las otras, de modo que cada utilización requiere de autorización expresa.

Ese principio, reconocido desde siempre por el sistema latino o continental, ha tenido gran relevancia en el entorno digital, especialmente cuando autorizaciones expedidas para el uso de la obra por un medio analógico, se han pretendido extender a su utilización por medio de las

¹⁴ En lo que se refiere a los artistas intérpretes o ejecutantes y a los productores de fonogramas, como se analizará en las unidades 2 y 3 del módulo IV, los artículos 10 y 14 del TOIEF/WPPT le reconocen el derecho de autorizar la "*puesta a disposición del público*" de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas, o de los fonogramas, según corresponda, ya sea por hilo o por medios inalámbricos, "*de tal manera que los miembros del público puedan tener acceso a ellas desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija*".

redes digitales interactivas, lo que ha generado decisiones judiciales declarando la ilicitud de esa extensión.

IV

LOS PRINCIPIOS BÁSICOS DEL DERECHO DE AUTOR Y LA EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA EN RELACIÓN A LAS TECNOLOGÍAS DIGITALES

Acerca de la utilización de las obras en el entorno digital, le ha tocado a la jurisprudencia basarse en los principios “clásicos” del derecho de autor, por considerarlos suficientes para resolver las controversias o, a falta de norma expresa, mediante la aplicación de los principios generales del derecho común.

Veamos algunos ejemplos:

El derecho moral.

El Tribunal de Gran Instancia de París (9-6-1998), declaró fundada la reclamación intentada en defensa de los derechos morales de paternidad e integridad, con relación a unas obras fotográficas ilícitamente manipuladas y colocadas después en un sitio *web*, incluso con omisión del nombre de su autor ¹⁵.

El Juzgado de Primera Instancia de Madrid, Sala 47ª (16-3-1001), con relación al plagio del contenido de una página “*web*” que ofrecía información, artículos y críticas sobre acontecimientos culturales y de ocio de las ciudades españolas, dijo que “*aun siendo cierto que las fuentes de información pueden ser las mismas, la elaboración, diseño y presentación de esos contenidos, configuran y diferencian la obra de una y otro dentro de las pautas del artículo 10 de la Ley de Propiedad Intelectual*”. ¹⁶

El derecho de reproducción.

La Corte de Distrito de Virginia (1994), resolvió que “*la transmisión en red electrónica de un computador a otro, aunque solamente resida en*

¹⁵ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio: “*El derecho de autor en Internet*”. Ed. Comares. Granada, 2001, p. 155.

¹⁶ Texto del fallo, en www.sgae.es

la memoria RAM de cada ordenador, tiene la fijación suficiente".¹⁷

El Tribunal de Gran Instancia de París (14-8-1996), declaró infringido el derecho de reproducción en el caso de unos estudiantes universitarios que digitalizaban y colocaban obras musicales en sus páginas *web* personales, albergadas en los servidores de la *Ecole Nationale Supérieure des Télécommunications* y de la *Ecole Central de Paris*, donde los usuarios podían descargar copias a su gusto, señalando que "... *quien memoriza sin autorización en su computadora personal conectada a Internet una obra protegida, la reproduce y propicia su utilización colectiva*".¹⁸

La Audiencia Provincial de Barcelona, el 27-6-2002, en relación a la digitalización de las obras de modo que permiten su comunicación, dijo que:

"Reproducir la obra es, por lo tanto, fijarla o incorporarla a una base material o soporte físico, que meramente posibilite aquellos fines".

"En la sociedad de la información, las modalidades tradicionales de reproducción coexisten con un gran número de medios que son el resultado de los avances tecnológicos. Para comprenderlos, a fin de no dejar indefensos a los titulares de derechos protegibles, el artículo 9,1 del Convenio de Berna ... se refiere a la reproducción por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma".¹⁹

El derecho de comunicación pública.

La Corte de Distrito de Florida (9-12-1993), ante la colocación no autorizada en una página *web* de fotografías pertenecientes a la demandante, mediante un servicio de cartelera computarizada por suscripción operada a través de Internet, dijo que "*el derecho de*

¹⁷ Advance Computer Servis of Michigan Inc. vs. MAI Systems Corp. 845 F. supp. 356, 363, E.D. Va. 1994, en "*Intellectual Property and the National Information Infrastructure*", primera entrega, en Derecho de la Alta Tecnología (DAT). Año VII. N° 76/77 y en <http://cyber.law.harvard.edu/metaschool/fisher/ISP/cachec1.html>

¹⁸ Pouchenel, Warner Chappell France, MCA Caravelle vs. Ecole Centrale de Paris (ECP), Jean-Philippe R., Guillaume V. y Ecole Nationale Supérieure des Télécommunications (ENST). Texto del fallo, en www.foruminternet.org

¹⁹ Texto del fallo, en www.laley.net

exhibición impide la transmisión no autorizada de la exhibición de un sitio a otro, por ejemplo mediante un sistema de computadores²⁰

La Corte de Apelaciones del Cuarto Circuito, Estados Unidos (23-1-2002), en relación al acto de sustraer una fotografía del autor (*Kelly*) ubicada en su sitio en la *web*, con el fin de colocarla en otra página de la red (*Arriba*), partió de los principios generales del derecho de autor y dijo que *“la exhibición de las obras de «Kelly» por parte de «Arriba» no es un uso honrado y por ende viola los derechos exclusivos de «Kelly» a exhibir sus obras”*.²¹

El derecho de “distribución por transmisión”.

La Corte de Distrito de Florida (9-12-1993), señaló que la *“Copyright Act”* de los Estados Unidos, otorga al titular de un derecho de autor como derecho de distribución el *“exclusivo de vender, regalar, alquilar o prestar cualquier implementación física material de su obra”* y que en ese sentido el demandado *“proporcionó un producto que contenía copias no autorizadas de una obra protegida por derechos de autor”*.²²

La Corte de Distrito de California (27-4-1998), con motivo de la comunicación no autorizada de una grabación audiovisual a través de Internet, dijo que *“la distribución de la cinta en Internet entra en conflicto con los derechos exclusivos del demandante de distribuir copias de la grabación al público”*.²³

La “independencia de los derechos”.

El Tribunal de 1ª Instancia de Ámsterdam (29-9-1997), resolvió que el editor de un periódico debe obtener la autorización de los periodistas independientes antes de utilizar sus artículos en información para publicarlos en forma de CD-Rom.²⁴

²⁰ Playboy Enterprises vs. George Frena 839 F. Sup. 1662, en www.loundy.com/CASES.

²¹ Kelly vs. Arriba Soft Corp. Sumario y texto del fallo, en www.argentinajuridica.com

²² Playboy Enterprises vs. George Frena 839 F. Sup. 1662, en www.loundy.com/CASES.

²³ CV 98-0583 DDP. Michaels vs. Internet Entertainment Group y otros, en www.kentlaw.edu/classes

²⁴ HUGENHOLTZ, P. Bern: *“Crónica de los Países Bajos”*, en *Revue Internationale du Droit D’Auteur* (RIDA). No. 187. París, 2001, p. 152.

La Corte de Apelaciones de Lyon, el 9-12-1999, en relación a la autorización otorgada por periodistas para la publicación de sus artículos *en papel*" y la utilización de los mismos por el periódico en su edición por Internet, dijo:

"... la transmisión de los derechos de autor está subordinada a la condición de que cada uno de los derechos cedidos sea objeto de una mención distinta en el documento de cesión y que el dominio de la explotación de los derechos cedidos queda limitada en cuanto a su extensión y su destino, en cuanto a lugar y en cuanto a su duración".

*"... la edición telemática y el archivo en un servidor no pueden ser considerados como una extensión de la difusión sobre un soporte en papel ...".*²⁵

La Suprema Corte de los Estados Unidos (25-6-2001) en el conocido caso *"Tasini"*, también relacionado con la publicación en Internet de artículos autorizados para la edición de un periódico *"en papel"*, dijo que la *"Copyright Act"* de 1976 *"rechazó la doctrina de la indivisibilidad, reformulando el derecho de autor como un mazo de «derechos exclusivos», ... cada uno de los cuales «puede ser traspasado» ... y poseído separadamente"*.²⁶

La responsabilidad de los proveedores de servicios en la "sociedad de la información" y la aplicación de las normas del derecho común.

La Corte de Apelaciones de Concepción (Chile), el 6-12-1999, resolvió que:

" ... los problemas originados en la red deben ser resueltos conforme a las ... reglas generales sobre responsabilidad civil y penal, pues en un sitio web pueden publicarse y divulgarse contenidos ilícitos o nocivos, sean mensajes, avisos o bienes protegidos por propiedad intelectual que no cuentan con

²⁵ Tribunal de Apelaciones de Lyon (9-12-1999). Sindicato Nacional de Periodistas y otros vs. Soc. Grupo Progrès. Texto del fallo, en www.juriscom.net y en www.droit-technologie.org

²⁶ Jonathan Tasini y otros vs. New York Times Co. Inc. y otros. No. 00-201. 533 U.S. (2001). Texto del fallo, en www.supremecourtus.gov

*autorización, cuya utilización cause daño a la honra y bienes de terceros, invadiendo su vida privada, intimidad, vulnerando su honra o atentando contra su patrimonio o incluso ser contrarios a la ley, al orden público, a la seguridad nacional o a la moral o a las buenas costumbres”.*²⁷

También en 1999, la Corte de Distrito de La Haya declaró la responsabilidad de un proveedor de servicios en Internet, *“sobre la base del cuidado que corresponde en aras de una adecuada conducta social”,* siempre que *“uno de los usuarios de su sistema informático esté infringiendo un copyright o de otra manera actúe ilícitamente a través de su home page”*²⁸.

El Tribunal de Gran Instancia de París (22-5-2000), declaró que el proveedor de alojamiento tiene una obligación general de prudencia y de diligencia, que consiste en tomar las precauciones necesarias para evitar perjuicios a los derechos legítimos de terceros, con la responsabilidad de poner en aplicación medios razonables de información, de vigilancia y de acción frente a contenidos no autorizados.²⁹

V

LA JURISPRUDENCIA Y LA APLICACIÓN DE NORMAS LEGALES ESPECÍFICAS ACERCA DEL ENTORNO DIGITAL

La responsabilidad de los proveedores en la “*sociedad de la información*”.

El 4-5-2000, la Corte de Distrito de Nueva York, en relación a la tecnología *“MP3”*, que permite la conversión rápida y eficiente de las grabaciones en discos compactos a archivos de computación fácilmente accesibles por Internet, y el uso por parte del demandado (mp3.com), de

²⁷ Recurso de Protección de Orlando F. vs. ENTEL. Rol 249-99.

²⁸ Church of Spiritual Scientology vs. Dataweb B.V. et al. 96/1048, en LIPSZYC, Delia: *“La responsabilidad del proveedor de servicios y del proveedor de acceso”*. Documento OMPI-SGAE/DA/COS/00/26-b. San José de Costa Rica, 2000. p. 3.

²⁹ KÉRÉVER, André: *“Crónica de Jurisprudencia”*, en Revue Internationale du Droit D’Auteur (RIDA). No. 185. París, 2000, p. 370.

esa tecnología para que sus abonados pudieran almacenar, adaptar y escuchar las grabaciones contenidas en sus CDs desde cualquier lugar donde tuvieran una conexión a la red, declaró:

*“El derecho de autor no está diseñado para proporcionar protección o conveniencia a los consumidores sino, más bien, para proteger los intereses de los titulares de derechos de autor. Más aún, como un asunto práctico, los demandantes no han indicado ninguna objeción en principio a licenciar sus grabaciones a compañías como MP3.com; simplemente desean asegurarse de obtener la remuneración que la ley les reserva como titulares de derechos de autor en obras creativas. Llevado a su esencia, el argumento de «protección a los consumidores» del demandado no es más que un alegato vacío de que el demandado debiera estar entonces en capacidad de usurpar la propiedad de los demandantes simplemente porque hay una demanda de los consumidores por los mismos. Esto difícilmente es un llamado a la conciencia de la equidad”.*³⁰

En el conflicto planteado contra *Napster Inc.*, cuyo sitio operaba con un programa que permitía conectar a quienes lo visitaban con archivos MP3, actuando como un servicio gratuito de información con un motor de búsqueda a través del cual el usuario conectado podía entrar a una “lista caliente” (“host list”) para buscar a otros usuarios con archivos MP3 y hacer la grabación que deseaba “bajar el visitante”.

El Tribunal de Distrito de California (27-7-2000), declaró que “cuando la infracción alcanza tal magnitud mayorista los demandantes tienen derecho a reclamar sus derechos de autor”, y ordenó una medida cautelar para detener el intercambio de elementos protegidos.

Ante la apelación interpuesta por la demandada, la Corte de Apelaciones de San Francisco (12-2-2001), aunque ordenó modificar en algunos aspectos la providencia cautelar dictada por el Tribunal de Distrito, también señaló, entre otras cosas, que los usuarios de Napster

³⁰ UMG Recordings Inc. y otros vs. MP3.Com. Inc, en www.droit-technologie.org

infringían al menos dos derechos exclusivos, el de reproducción y el de distribución; que si el operador de un sistema sabía de un material infractor específico disponible en su sistema y dejaba de purgarlo, contribuía a una infracción directa; que para escapar de una responsabilidad subsidiaria, la vigilancia debía ser ejercida en su máxima extensión, pues no vigilar la conducta del infractor primario conducía a una responsabilidad por infracción del derecho de autor; que Napster tenía el derecho y la capacidad de inspeccionar su sistema y falló en hacerlo para evitar el intercambio infractor; que Napster tenía la capacidad de localizar el material listado en sus índices de búsqueda y el derecho a detener el acceso ilícito de los usuarios al sistema; que Napster, por su conducta y con su conocimiento, alentaba y asistía la infracción del derecho de los demandantes; y que Napster tenía beneficios económicos con la disponibilidad de obras protegidas a través de su sistema.

Sin embargo, la Corte consideró que la *“responsabilidad negligente”* solamente podía ser impuesta en la medida en que Napster:

- a. Tuviera conocimiento razonable de ficheros infractores específicos.
- b. Supiera o debiera saber que tales ficheros estaban disponibles en el sistema.
- c. Dejara de actuar para evitar la distribución de las obras y grabaciones protegidas ³¹.

En 2003, la Corte de Distrito de Columbia debió resolver el caso donde la *“Recording Industry Association of America”* (RIAA), legitimada para representar los derechos intelectuales de sus miembros, emplazaba a *“Verizon Internet Services”* para que le ofreciera la identificación de un usuario anónimo que, por conducto de sus servicios, había violado los derechos de los asociados a la reclamante, ofreciendo cientos de grabaciones musicales para su descarga de Internet.

El Tribunal, entre otras cosas, dijo:

“Verizon mantiene que será dañada irreparablemente con la revelación de la identidad de un usuario, porque esto

³¹Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos de América para el Noveno Circuito. Caso 00-16401: A&M Records vs. Napster, en <http://www.ce9.uscourts.gov>

afectaría negativamente el prestigio y buen nombre que Verizon ha desa-rrollado con sus suscriptores y podría espantar futuros negocios. La palabra clave en esta consideración es «irreparable». Los simples daños, aunque sustanciales, en términos de dinero, tiempo y energía necesariamente gastados en la ausencia de una suspensión no son suficientes".

"Verizon no demuestra que el cumplimiento de este emplaza-miento, o aún de una serie de emplazamientos para identidades de suscriptores, durante procedimientos de apelación en curso amenazaría la existencia misma de su negocio".

"... es difícil reconocer cualquier daño irreparable a Verizon por tener que revelar, bajo orden judicial, las identidades de unos pocos de sus suscriptores. Cualquier daño a su prestigio es especulativo e insignificante. Evaluar los factores para la suspensión en una escala guían poderosamente contra otorgar la solicitud de Verizon de suspensión cuando sólo puede demostrar una mínima amenaza de daño irreparable".

El daño para RIAA, y a los titulares de derechos de autor que representa, de una suspensión, es comparativamente mayor que cualquier daño para Verizon en ausencia de suspensión. La extensión de las infracciones de derecho de autor y piratería de grabaciones musicales en Internet se han disparado, dando como resultado enormes pérdidas para la industria. Más importante, si la Corte emite una suspensión, la infracción aparente de numerosas obras protegidas por derecho de autor puestos a disposición en Internet para descarga universal podrían continuar incólumes. Hace tiempo que se presume que usos no autorizados de obras protegidas por derecho de autor constituyen un daño irreparable. El valor de estas obras podría caer en picada, al hacerse disponibles (con apretar un botón) para tomarlos. Dadas las extensas pérdidas por piratería en Internet, el

daño relativo a RIAA y a los titulares de derechos de autor es significativo y más que contrapeso para el daño reclamado por Versión".³²

No obstante las decisiones anteriores, los titulares de derechos sufrieron un revés temporal en el caso MGM y otros vs. Grokster y otros, donde la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito de los Estados Unidos (2004), confirmó la decisión del Tribunal de Distrito y rechazó la demanda presentada por productoras cinematográficas y fonográficas, contra distribuidores de "software" gratuito para permitir a los usuarios compartir archivos directamente entre ellos, incluyendo música digitalizada y obras audiovisuales, por considerarlos responsables por "contribución y hecho de otro" en relación al intercambio de obras y producciones protegidas por la "Copyright Act".

La Corte de Apelaciones partió del principio ya recogido por la Suprema Corte en el caso "Sony-Betamax" (1984)³³, al declarar que para descartar cualquier reclamo de infracción por contribución, bastaba demostrar que el producto era capaz de usos significativos y sustancialmente lícitos y que, en este nuevo caso, los demandados habían comprobado que el "software", así distribuido, había sido utilizado por muchos usuarios para intercambiar obras autorizadas para esa difusión y también otras que se encontraban en dominio público.

Resolvió igualmente la Corte de Apelaciones que en esta forma de intercambio o de distribución "puerto a puerto" (p2p) o "peer to peer", la información disponible no reside en un servidor central, sino que cada ordenador pone información a disposición de otros en la red, de modo que en este sistema cada ordenador es a la vez servidor y cliente, pues cada usuario mantiene un índice de aquellos archivos que desea poner directamente a disposición de otros usuarios, sin que los proveedores del "software" mantengan control sobre esos archivos o sus índices, ni operen reuniones de intercambio ("swap meet") entre esos usuarios.

También consideró la Corte que los demandados no eran proveedores

³² En <http://www.dcd.uscourts.gov/03-ms-0040.pdf>

³³ Sony vs. Universal, 464 U.S. 417 (1984), en http://www.eff.org/legal/cases/sony_v_universal_decision.html

DEL "ENTORNO ANALÓGICO" A LA TECNOLOGÍA DIGITAL

de acceso, sino que eran los usuarios quienes conectándose entre sí, creaban la red y proporcionaban ese acceso no regulado por los accionados, u que éstos no estaban en capacidad de supervisar a los eventuales infractores o bloquear el acceso a los usuarios, pues ninguna de las comunicaciones entre los demandados y los usuarios proporcionaba un punto de acceso para filtrar o buscar archivos infractores, siendo que el material no autorizado no pasaba por los ordenadores de las accionadas ³⁴.

Esta decisión fue dejada sin efecto por la Suprema Corte (2005), cuando declaró, entre otras cosas, que el caso "*Sony-Betamax*" había sido mal aplicado en este nuevo asunto, pues en aquél se había determinado que las "*videocaseteras*" grabadoras Betamax eran susceptibles de "*usos legítimos significativos*" (razón por la cual esa defensa se había desechado en el caso Napster), mientras que en Grokster la distribución de obras protegidas vulneraba más que nunca al derecho de autor, debido a que cada copia era idéntica a su original, que copiarla era sencillo y que muchas personas utilizaban dicho software para infringir esos derechos.

Agregó la Corte que aunque Grokster no cobraba por sus servicios, vendía espacios publicitarios y podía exigir más a los anunciantes, de acuerdo al número de usuarios del sistema, y que cuando un producto era usado para cometer infracciones a gran escala, el distribuidor podía ser demandado por "*infracción contributiva*" o por "*responsabilidad derivada del hecho de terceros*".

V

A MANERA DE CONCLUSIÓN

Si se ha demostrado que los principios del derecho de autor vigentes desde la "*era analógica*", han servido para resolver muchos de los problemas surgidos con la tecnología digital: ¿qué hace distinta la grabación y la transmisión digital e interactiva de contenidos protegidos, en relación con las otras formas de explotación que ya habían surgido en el tiempo con la tecnología tradicional?.

³⁴ En <http://www.techlawadvisor.com/docs/mgm-grokster.html>

En el ángulo positivo, se trata de un medio masivo de utilización mundial de las obras (así como de prestaciones artísticas y producciones fonográficas) como nunca antes se había visto, de modo que si dichos usos causan –como deben causar- una remuneración a favor de los titulares de derechos, y esa retribución se hace efectiva en proporción a su explotación, lo que debe avizorarse es una *“era de prosperidad”* para los autores, los artistas y las industrias culturales.

También podría decirse que la circulación *“on line”* de los bienes intelectuales protegidos, incluso en forma gratuita, siempre *“potencia”* su valor económico, pero lo cierto es que ese valor se quedaría en un mero ejercicio teórico si sólo se traduce en prestigio, pero no en ganancias.

Y el volumen de operaciones que se realizan a través de las redes digitales, de estar remuneradas, podría significar nuevas oportunidades y modelos de negocios, como los que se ejemplifican en el trabajo sobre *“la evolución reciente en el campo de la gestión de los derechos digitales”*, a saber:

- a. Un consumidor descarga música desde un servicio en la red y recibe la autorización para escucharla por un período determinado (en el ejemplo, 12 meses), cuantas veces desee hacerlo, pero también queda autorizado para transferir esos archivos a un número preciso de personas, quienes sólo pueden oír las piezas musicales por una vez, salvo que adquieran la licencia correspondiente.
- b. Un usuario descarga un filme *“de estreno”*, mediante licencia que sólo lo autoriza para verla un determinado número de veces durante el período autorizado (en el ejemplo, 1 mes), transcurrido el cual el archivo se hace inaccesible, pero ese usuario recibe una entrada gratuita para asistir a la proyección de la película en una sala de cine, dentro de un plazo a partir de la fecha del vencimiento de la licencia.
- c. Un estudiante *“visita”* la biblioteca de su Universidad desde su casa y descarga unos artículos de su interés, bajo una licencia que le permite un *“préstamo”* a corto plazo (en el ejemplo, 5 días), pero la biblioteca tiene un acuerdo con un vendedor de libros electrónicos

que ofrece descuentos sobre una gama de obras relacionadas con los artículos descargados por el estudiante ³⁵.

Desde una óptica negativa, las redes digitales son básicamente "inseguras" (y no sólo para los derechos de "propiedad intelectual", sino también para otros campos como el financiero, el de la confidencialidad de los datos o el de la seguridad pública), de manera que, como nunca antes, el "auxilio tecnológico" resulta fundamental para que esa "inseguridad" no se revierta en contra de los titulares de derechos sobre las obras y prestaciones que circulan a través de las redes digitales.

De allí que el "Green Paper" de los Estados Unidos sobre la Infraestructura Nacional de la Información, haya destacado en su momento que el éxito de las "superautopistas de la información" está supeditado, necesariamente y entre otras cosas, al "volumen de obras que circulen a través de ellas" y a que "se garantice una efectiva protección de los respectivos derechos" (hemos destacado). ³⁶

Pero la "inseguridad" no es exclusiva de las redes digitales, pues ya existía en el mundo analógico, como en las radio-emisiones "tradicionales" y las efectuadas a través de satélites con destino a numerosos países, efectuadas desde territorios que no reconocen protección a la programación contenida en la señal (contribuyendo a la impunidad del emisor) y que generaron la invención de los codificadores de señales y la obligación impuesta a los estados (en algunos Tratados bilaterales o multilaterales sobre libre comercio), de tipificar como ilícita la descodificación de señales codificadas, ilicitud que también fue recogida en las leyes internas de muchos países.

Y a pesar de su "inseguridad", las transmisiones a través de redes digitales dejan siempre "huellas", a veces más detectables que las de ciertos usos efectuados en el mundo analógico, porque más "inseguras" son, por ejemplo, las escenificaciones teatrales realizadas desde siempre por pequeños grupos artísticos en poblaciones lejanas o las ejecuciones

³⁵ CUNARD, Jeffrey, HILL, Keith y BARLAS, Chris: "Evolución reciente en el campo de la gestión de los derechos digitales". Documento SCCR/10/2, para el Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos. OMPI, Ginebra, 2003, pp. 13-14.

³⁶ "Intellectual Property and the National Information Infrastructure" (primera entrega), en Derecho de la Alta Tecnología (DAT). Año VII, No. 76/77. Buenos Aires, 1994-1995, pp. 25-26.

musicales analógicas (*“en vivo”* o a partir de soportes sonoros), realizadas en modestos lugares públicos situados en lugares apartados, a pesar de lo cual la gestión colectiva tradicional ha sido eficiente, en muchos países, para localizar la explotación y sus responsables, así como para recaudar allí las remuneraciones correspondientes para su distribución a los titulares de derechos.

La importancia de la *“inseguridad”* de las redes y las transmisiones digitales (en comparación con las analógicas) se ubica, en primer lugar, en la misma complejidad del sistema; y, en segundo lugar, en el volumen de las utilidades que pueden realizarse con las nuevas tecnologías y las importantes sumas que los titulares de derechos pueden ganar o perder con esas nuevas modalidades de explotación.

Una *“efectiva protección”* de los derechos intelectuales en el mundo de la puesta a disposición de obras y prestaciones a través de las transmisiones digitales, pasa entonces por varios objetivos básicos, en especial que:

- a. Los titulares de derechos instrumenten dispositivos técnicos de *“autotutela”*, necesarios para impedir o restringir utilidades no autorizadas de sus obras o prestaciones a través de las *“redes digitales”*.
- b. Las legislaciones contemplen como ilícito cualquier acto dirigido a eludir esos sistemas de *“autoprotección”*, incluyendo la fabricación, importación, exportación, comercialización o puesta en servicio de los dispositivos o mecanismos dirigidos a soslayar los sistemas de *“autotutela”*.
- c. La gestión colectiva se adecue al *“mundo digital”*, para controlar el uso que se haga de sus repertorios por medio de las *“transmisiones digitales”* e instrumentar sistemas seguros de información, dirigidos a identificar las obras y prestaciones efectivamente utilizadas a los fines de una eficaz distribución de las remuneraciones percibidas de los usuarios.
- d. Se tipifique como ilícito cualquier acto destinado a suprimir o alterar la información electrónica dispuesta por las sociedades de gestión colectiva, para la administración de sus repertorios en el ciberespacio.
- e. Se establezcan y apliquen normas especiales sobre la responsabilidad de los proveedores de servicios en Internet, tanto a los de

DEL "ENTORNO ANALÓGICO" A LA TECNOLOGÍA DIGITAL

contenido y de alojamiento, como a los demás prestadores de servicios en la sociedad de la información, estos últimos en las condiciones y con las exenciones establecidas en la ley respectiva.