

# LOS PRINCIPIOS CLÁSICOS DEL DERECHO DE AUTOR Y LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS

© Ricardo Antequera Parilli, 2005

## I INTRODUCCIÓN

### **La evolución de las ideas.**

1.Si el derecho de autor tiene por objeto la protección de los autores de las obras que tengan originalidad y concreción de forma, es evidente que uno de los fines perseguidos con 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 novedosas formas de uso que surgen con el avance de la técnica, también producto del ingenio humano.

2.Por ello, cuando se plantea con temor la suerte del derecho de autor con el advenimiento de nuevas tecnologías, especialmente en el campo de la informática y las telecomunicaciones, se olvida que desde su reconocimiento expreso en el marco del derecho positivo hasta la fecha, el derecho de autor ha tenido que afrontar varios “*traumas*” con motivo del avance tecnológico, los cuales han sido superados, de una parte, 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 de la otra, cuando ha sido necesario, con las reformas legislativas adecuadas al avance de los tiempos.

3.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 o bienes 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 <sup>1</sup>.

### **De la imprenta a las primeras reproducciones sonoras.**

4. 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 Gutenberg; 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.

5. Los ejemplos no quedan allí: cuando se inventaron las cajas de música y las máquinas mecánicas de música, los autores reclamaron de las industrias una retribución por el uso de sus obras, en demanda que, al principio, no tuvo suerte en el plano internacional, pues el Acta originaria del Convenio de Berna (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.

6. Pero el evidente perjuicio que la exención anotada causaba a los creadores, hizo que la situación comenzara a revertirse cuando el Acta de Berlín (1908) derogó la disposición de 1886 y reconoció el derecho de los autores de obras musicales a autorizar la adaptación de sus composiciones a los instrumentos que sirvieran para reproducirlas mecánicamente, así como la ejecución pública de esas mismas obras por medio de tales instrumentos. <sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> 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.

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

### **De la fijación audiovisual a la obra cinematográfica.**

7. Nuevamente el avance tecnológico planteó otros retos al derecho de autor con el surgimiento de la cinematografía, en primer lugar, porque su mención como obra no aparecía de forma expresa en el Acta Originaria del Convenio de Berna (1886); en segundo lugar, porque las primeras fijaciones de imágenes en movimiento captaban simplemente sucesos callejeros, carentes de originalidad; y, en tercer lugar, porque, aun con posterioridad a esa etapa inicial, muchas filmaciones se limitaban a fijar las escenas captadas en el 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 por ello se ofuscaban al oír hablar de “*realizadores cinematográficos*”, a quienes tildaban de ser “*los que le dan vueltas a la manivela*”.<sup>3</sup>

8. Sin embargo, la incorporación de un conjunto de elementos creativos -en una evolución primaria que transcurre en las dos primeras décadas del Siglo XX-, con la aparición de 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, hicieron nacer al cine como obra cinematográfica.<sup>4</sup>

9. Es así como, si bien ya bajo la vigencia del Acta Originaria el Convenio de Berna se admitía la protección de las obras cinematográficas (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, ya en el Acta Adicional de París (1896) se declaraba la tutela, no solamente de las fotografías, sino también de “*las obtenidas por un procedimientos análogo*”, al tiempo que el Acta de Berlín (1908)

---

<sup>3</sup> 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.

<sup>3</sup> Sobre la evolución del arte cinematográfico: GERARD, Paul-Daniel: “*Los Derechos de Autor en la obra cinematográfica*”. Ed. Ariel. Barcelona, 1958, pp. 26-34.

aclaraba 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.

10. 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”*.

11. Hoy las modernas legislaciones prefieren emplear la denominación más breve y omnicompreensiva de *“obras audiovisuales”*, para designar a todas aquellas susceptibles de expresar 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 sonorización incorporada.

#### **Del espectáculo *“en vivo”* a la radiodifusión.**

12. También el advenimiento de la radiodifusión planteó nuevos desafíos a la protección de los creadores, si se toma en cuenta que el Convenio de Berna, 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”*.

13. Es más, las legislaciones de antigua data no reconocían expresamente un derecho general de comunicación pública, sino que, separadamente, incluían diversas facultades que conformaban el derecho exclusivo de explotación, por ejemplo, el de ejecución pública, el de representación dramática, etc., aunque ello no quería decir que tales modalidades integrantes del derecho patrimonial del autor fueran de interpretación restrictiva o limitativa.

14. En ese sentido se ha afirmado 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 solamente 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.)*”.<sup>5</sup>

15. En todo caso, ya en la Revisión de Roma del Convenio de Berna (1928) se incluyó de manera taxativa el derecho de los autores de obras literarias y artísticas de autorizar la comunicación de sus obras al público por la radiodifusión, y en los modernos textos legislativos se reconoce un derecho general de comunicación pública, entre cuyas modalidades 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.

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

17. En la esfera de los derechos conexos, las mejoras en las técnicas de grabaciones de sonidos, incluso en combinación con la radiodifusión de esas grabaciones, destacó el drama que comenzaban a sufrir los artista intérpretes y ejecutantes, en la década de los años 30, cuando se veían desplazados de sus fuentes de empleo, pues ya no eran necesarias sus actuaciones “*en vivo*” para que el público, a través de sus radioreceptores o mediante la ejecución de esas grabaciones en salas de baile u otros locales similares, pudiera disfrutar de las interpretaciones o ejecuciones artísticas.

18. Es así como, incluso sin norma expresa, la jurisprudencia argentina, por ejemplo, en 1930, a pesar de toda omisión en la ley de ese país de los derechos de los intérpretes, declaraba que la adquisición de discos fonográficos no autorizaba su difusión por radiofonía sin el consentimiento de los intérpretes<sup>6</sup>, y comenzaban a aprobarse las primeras reformas legales, antes de cualquier Convenio Internacional sobre “*derechos conexos*”, por las cuales se reconocía el derecho de los artistas intérpretes o ejecutantes a impedir la radiodifusión o comunicación al público no autorizada de sus interpretaciones o ejecuciones.

---

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> 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.

19. Y si bien es cierto que los intentos realizados para incorporar los derechos de los artistas en el Convenio de Berna, con motivo de la Conferencia Diplomática que aprobó 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 derechos conexos 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 (1961), la cual, en lo que se refiere a la radiodifusión o comunicación al público de grabaciones ya fijadas, reconoce un derecho de remuneración equitativa a los intérpretes o ejecutantes, a los productores fonográficos, o a ambos, en las condiciones que determine la legislación nacional aplicable.

### **La reprografía y el satélite.**

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

21. Así, la masificación de la reprografía destacó la importancia del artículo 9,2 del Convenio de Berna, 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.

22. En ese sentido, ya el Informe de la Conferencia Diplomática que aprobó la Revisión de Estocolmo (1967), contenía una declaración interpretativa del artículo 9,2 del Convenio, cuando afirmó:

*“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...”.<sup>7</sup>*

23. 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 los aparatos electro-domésticos (audio-grabadores y video-grabadores) diseñados para la grabación de sonidos y/o imágenes en esos soportes vírgenes, sea por el procedimiento “*back to back*” o bien a partir de una emisión de radio o televisión.

24. También acá la jurisprudencia en algunos países se adelantó al legislador, como el Tribunal Federal de Justicia de Alemania, cuando dictó una sentencia admitiendo 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<sup>8</sup>, que se inspira, evidentemente, en el carácter restrictivo de las excepciones permitidas por el artículo 9,2 del Convenio de Berna.

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

26. En los 70 las transmisiones por satélite no se limitaron a la divulgación de grandes hechos noticiosos -como había ocurrido con la llegada del Hombre a la luna-, sino que comenzaron a utilizarse para la comunicación a distancia de programas contentivos de obras protegidas por el derecho de autor (v.gr.: conciertos, festivales, etc.), lo que sugirió la pregunta: ¿están comprendidas las transmisiones por satélite entre los derechos exclusivos previstos en el Convenio de Berna?.

27. Y nuevamente 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 la Convención de Berna (art. 11, Bis1), incluso en una de menor nivel de protección, como la Universal (Revisión de París, 1971, art. IV bis, 1).

---

<sup>7</sup> 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.

<sup>8</sup> LIPSZYC, Delia: “*Derecho de Autor y Derechos Conexos*”. Ob. Cit. p. 241.

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

28. El desafío tecnológico continuó con la popularización de 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 Convenio de Berna.

29. En tal sentido el artículo 11,1,2 del Convenio 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* de la misma Convención.

30. En todo caso, la tendencia creciente en muchas legislaciones nacionales, como ha quedado dicho, es la de reconocer al autor 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 es el caso de las transmisiones alámbricas de la obra.

31. Y en el ámbito de los derechos conexos, los artistas intérpretes o ejecutantes y/o los productores de fonogramas, conforme al artículo 12 de la Convención de Roma, tienen derecho a una remuneración equitativa por la comunicación pública de tales fonogramas -como ocurre 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.**

32. La aparición posterior de las duplicadoras de alta velocidad -en el caso de los audiocassettes-, y más recientemente la aparición de la tecnología digital, que permite la rápida reproducción “*clónica*” de obras sonoras o audiovisuales contenidas 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 los actos que, como la “*piratería*”, lesionan gravemente el derecho de reproducción de autores, artistas y productores.



33. El mismo efecto se produce con la facilidad para la reproducción de los programas de ordenador o de computación.

### **De las grabaciones analógicas a la tecnología digital.**

34. El reto que hoy más preocupa al mundo autoral, está en enfrentar y ofrecer soluciones a los problemas que se generan con el uso combinado de la tecnología digital y las telecomunicaciones, tanto en lo que se refiere a los derechos de orden moral, especialmente en cuanto a las “*alteraciones digitales*” de las obras preexistentes, como a los de carácter patrimonial, por ejemplo, respecto al ejercicio de tales derechos y a la instrumentación de los controles que deberán implementarse, para que la “*navegación*” de las obras a través de las “*redes digitales interactivas*” que conducen a una “*sociedad de la información*”, no se realice en perjuicio del derecho de los autores a autorizar o prohibir la comunicación pública de sus obras por cualquier medio, ni en desmedro de la remuneración a que tienen derecho por esas comunicaciones, ni que tales formas de utilización afecten 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.**

35. 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.

36. Hoy existe un mercado universal de obras de consumo masivo que permite a millones de personas una mayor dedicación a la cultura y al esparcimiento, lo que para Bercovitz es un factor de influencia decisiva, por el extraordinario aumento de las relaciones económicas internacionales que dan lugar a la “*globalización de la economía*”, como interdependencia de

los mercados nacionales, cada vez más integrados a un mercado mundial.<sup>9</sup>

### **Nuevos géneros creativos.**

37. A pesar de las discusiones doctrinarias, resulta ya un hecho admitido que los programas de ordenador o de computación 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).

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

39. Queda por aclarar la protección de las bases de datos que, carentes de originalidad en la selección o disposición de su contenido, sean el producto de considerables inversiones pues, existiendo un importante consenso en cuanto a la necesidad de su tutela, se presentan diferencias, inclusive doctrinarias, respecto al marco adecuado para su regulación jurídica, es decir, si en el ámbito del derecho de autor o mediante una reglamentación "*sui generis*".

40. Así, la Directiva Europea 96/6/CE, del 11 de marzo de 1996, además de reconocer la protección por el derecho de autor a las bases de datos que por la selección o disposición de su contenido constituyan una creación intelectual (art. 3,1), dispone también una tutela "*sui generis*" en favor de los fabricantes de bases de datos, a los efectos de que puedan prohibir la extracción y/o reutilización de la totalidad o de una parte sustancial del contenido de ésta, "*evaluada cualitativa o cuantitativamente*", cuando la obtención, la verificación o la presentación de dicho contenido, "*representen una inversión sustancial desde el punto de vista cuantitativo o cualitativo*" (art. 7).

41. A los efectos de esa regulación particular, dicha Directiva establece entre sus "*considerandos*", que además de reconocer la protección por el derecho de autor respecto a la

---

<sup>9</sup> BERCOVITZ, Alberto: "*La importancia económica de los derechos de autor y de los derechos conexos. Planteamiento y líneas generales*", en el libro-memorias del I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual. Ed. Ministerio de Cultura. Madrid, 1991, pp. 323-329.

originalidad de la selección o disposición del contenido, se pretende tutelar a los fabricantes de la base contra la apropiación de los resultados obtenidos de las inversiones económicas y de trabajo hechas por quien buscó y recopiló ese contenido, ya que se protege el conjunto o las partes sustanciales de la base de datos contra determinados actos que pueda cometer un usuario o competidor (39); y que el objeto de ese derecho “*sui generis*” es el de garantizar la protección, por una duración más limitada (15 años), sobre la “*inversión*” realizada en la obtención, verificación o presentación del contenido de la base de datos, inversión que puede consistir en la aplicación de medios financieros y/o en el empleo de tiempo, esfuerzo y energía (40).

42. Por lo que se refiere a las producciones “*multimedia*”, que permiten reunir en un solo soporte digital textos, sonidos e imágenes fijas o en movimiento, permitiendo una relación interactiva con el usuario, son objeto de protección en tanto revistan características de originalidad, pero queda por determinar, en lo que todavía presenta discusiones, si son obras audiovisuales (por la expresión de imágenes en movimiento con o sin sonorización incorporada); se consideran bases de datos, siempre que por la selección o disposición de las materias (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 elemento predominante es el programa de ordenador que permite el funcionamiento y la interactividad de la multimedia.

43. En todo caso, en la medida en que una “*producción multimedia*” tenga originalidad en la forma de expresión o en la forma de seleccionar o disponer de la información, habrá una “*obra*” y, en consecuencia, 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.

44. La inteligencia artificial seguirá siendo motivo de debates, si bien hasta el momento se considera que la protección de los sistemas expertos existentes es posible mediante las normas relativas a los programas de ordenador y a las bases de datos, sin perjuicio de que la aparición de tipos de sistemas más recientes, tales como las “*redes neurales*” (supuestamente aptas para aprender por sí solas), que requieran de nuevos estudios para determinar si su tutela legal exige

una respuesta diferente.<sup>10</sup>

### **Nuevas formas de explotación.**

45. Sobre el derecho que corresponde a los autores de autorizar o no la utilización de su obra, debe recordarse que, como es tendencia cada vez más universal, ese derecho se entiende con carácter ilimitado, salvo excepción legal expresa.

46. Ahora bien, con la combinación de la tecnología digital y las telecomunicaciones a través de satélites geostacionarios y 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 (especialmente en cuanto a la integridad frente a su manipulación digital), como en el ámbito de los derechos de orden patrimonial.

47. Y el uso masivo se extiende con la “*sociedad de la información*”, lo que trae necesariamente como consecuencia (si se pretende que esa masificación, antes que perjudicar, beneficie a los autores), 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.

48. En cuanto a los mecanismos de “*autotutela*” dirigidos a impedir la utilización no autorizada de la obra, no puede soslayarse el hecho de que “*la técnica puede ayudar a burlar la técnica*”, de manera que pueden inventarse –y de hecho se inventan-, aparatos, dispositivos y otros sistemas dirigidos a neutralizar los controles aplicados por el titular del derecho para evitar el uso no consentido de su creación.

### **La grabación digital.**

49. 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.

---

<sup>10</sup> FERNÁNDEZ BALLESTEROS, Carlos: “*El derecho de autor y los derechos conexos en los umbrales del año 2000*”, en el libro-memorias del I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual. Madrid, 1991. Tomo I. p. 127.

50. Para procesarse electrónicamente, dichos datos se traducen en signos comprensibles por el ordenador, transformando los elementos convencionales (letras, números, colores, imágenes, sonidos, etc.), en signos binarios, lo que se simboliza en el lenguaje de la computación como "1" ó "0".

51. Así, la digitalización nace como la técnica adecuada para lograr que el computador pueda inteligir información y que la conversión de los signos convencionales en digitales permita que al ser leídos y procesados, la pantalla o la impresora nos devuelvan palabras, sonidos, colores o imágenes <sup>11</sup>.

52. A la fidelidad de los datos incorporados, se une la impresionante velocidad de respuesta y la masa enorme de información susceptible de almacenarse (por "*compresión digital*"), 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 costes, prácticamente imposible, al menos para el hombre común.

53. A ello se agrega el avance tecnológico en telecomunicaciones, lo que hace accesible al público toda esa información por medios inalámbricos (v.gr.: satélites), o a través de conductores físicos (v.gr.: fibra óptica) que transmiten los datos a distancia, de manera que al entrar en el sistema telemático no resulta necesario, siquiera, la posesión del soporte material ("*playback*") que sirve de intermediario entre la fuente y el usuario.

### **La transmisión digital.**

54. Si "*transmisión*" es la difusión a distancia de elementos de información (obras de diferentes géneros, noticias, datos), tanto por medios inalámbricos (radiodifusión) como a través de conductores físicos (hilo, cable, fibra óptica), "*transmisión digital*" significa la telecomunicación por medios digitales, desde la comunicación interpersonal -como en la telefonía celular y el correo electrónico-, hasta la difusión de la información (entre las cuales están las obras protegidas por el derecho de autor y las prestaciones artísticas, fonográficas y radiodifusoras tuteladas por los derechos conexos), a partir de su almacenamiento digital y su recepción por el usuario a través de medios digitalizados.

---

<sup>11</sup> MILLÉ, Antonio: "*Problemas de propiedad intelectual relacionados con la composición y ejecución musical con medios electrónicos*", en Derecho de la Alta Tecnología (DAT). Año V. Nro. 52/53. Buenos Aires, diciembre, 1992/enero, 1993.

55. Es así como la tecnología digital ha propiciado el desarrollo de “*software*” capaces de memorizar, clasificar y seleccionar la información que se le ha suministrado, así como la invención de soportes con la posibilidad de almacenar un sinnúmero de hechos, noticias, datos, obras o prestaciones preexistentes (v.gr.: CD ROM, DVD), cuyo contenido es además susceptible de ser transmitido a distancia.

56. Esa difusión digital de la información permite desde la transmisión y recepción de ofertas para la adquisición de bienes y servicios – “*comercio electrónico*”-, la promoción de tales bienes y servicios mediante experiencias de “*realidad virtual*” y la realización de operaciones financieras, hasta la comunicación de obras expresadas por escrito -a partir de verdaderas “*librerías electrónicas*”-, de muestras pictóricas, de composiciones musicales o de producciones audiovisuales, por ejemplo.

57. Las repercusiones de ese fenómeno obligan a revisar diversos conceptos, por ejemplo, en la defensa de los derechos de la personalidad (por la posibilidad de transmitir información confidencial); el derecho probatorio y de los contratos, pues muchas transacciones se realizan por transmisiones digitales sin que, necesariamente, la voluntad de las partes se materialice en un soporte tangible; en el derecho laboral, a través del “*tele-trabajo*”, que plantea dudas acerca de la existencia o no de los derechos y obligaciones que forman parte de la relación de dependencia, para el cálculo de las horas extras o para determinar si un accidente “*doméstico*” pero sufrido durante el trabajo “*en casa*”, puede calificarse o no como ocurrido en el marco de la relación laboral; en el derecho aduanero, por la posibilidad de que una “*mercancía*” (“*software*”, libros, grabaciones sonoras o audiovisuales), se “*introduzca en el país*” con fines comerciales, sin que el soporte físico transite por las aduanas; o en el marco del derecho de autor y los derechos conexos, tema que nos ocupa.

58. En la medida en que se amplían los elementos susceptibles de transmisión digital, se producen un conjunto de efectos, técnicos y jurídicos, entre otros, que:

a. Se sustituyan paulatinamente los diversos aparatos de trabajo o domésticos -el televisor, la radio, los equipos de sonido y video, el ordenador personal, el teléfono y el fax-, por un solo artefacto que funcione como un “*supercomputador*” dotado de una “*inteligencia central*”.

b. Si bien una gran parte de las transmisiones que se reciben por esos medios telemáticos son realizadas a partir del almacenamiento o la fijación de la información en un soporte material, la fidelidad de los signos, los sonidos y las imágenes que se logra a través de las comunicaciones a distancia efectuadas por medio de la tecnología digital, hace que cada vez el público necesitare menos del soporte físico contentivo de las obras, hechos o datos, emitidos desde la fuente de la transmisión hasta el usuario receptor.

c. Esa mejora cualitativa en la recepción de la información estimula su grabación privada -incluso la piratería-, mediante la posibilidad de realizar copias de la transmisión recibida con la misma calidad de imagen o sonido que la efectuada directamente a partir de un soporte digital.

d. Desde el punto de vista autoral y de manera general no exhaustiva, puede señalarse que una cuota importante del contenido de las grabaciones y de las transmisiones digitales está constituida por “*programas*” de alguna de estas clases:

- i. Obras expresadas en forma gráfica (libros, folletos, revistas, etc).
- ii. Programas de ordenador (“*software*”).
- iii. Vídeo-juegos.
- iv. Presentaciones en “*multimedia*”.
- v. Composiciones musicales, con o sin letra.
- vi. Obras audiovisuales (filmes, telenovelas, “*video clips*”).
- vii. Obras escénicas (dramáticas, dramático-musicales, coreográficas, pantomímicas).
- viii. Competencias deportivas y otros espectáculos de “*arena*” (v.gr.: competencias, circos, corridas de toros, etc.) durante los cuales se interpreten o ejecuten obras protegidas.
- ix. Reportajes y documentales periodísticos.

59. A la anterior enumeración tendrían que agregarse los bienes intelectuales protegidos por los derechos conexos, especialmente las prestaciones artísticas, las grabaciones sonoras y las emisiones de radiodifusión.

60. Pero la combinación de la tecnología digital con las modernas telecomunicaciones, hace que mientras la transmisión tradicional ha mantenido al usuario-receptor como un “*espectador*”

*pasivo*”, es decir, conformado con recibir la programación que resuelve el organismo de emisión, las transmisiones digitales permiten, además, una interacción entre quien suministra la información y quien la recibe, así como la interconexión directa de diversos usuarios.

61. Y esa tecnología constituirá el nervio central de las comunicaciones en materia de enseñanza, investigación, entretenimiento e información, y su verdadera dimensión estará unida al volumen del material disponible y autorizado que pueda ponerse en circulación, en buena parte por obras, interpretaciones y producciones protegidas por el derecho de autor o por los derechos conexos.

62. Toda la fenomenología digital, en concordancia con los intereses en juego y los derechos tutelados, impone la necesidad de analizar cuáles de esos intereses pueden verse vulnerados a través de las nuevas tecnologías y cuál el estado de la normativa aplicable, en función de ofrecer o no una adecuada protección a tales derechos, tanto a partir de los principios “*clásicos*” del derecho de autor, como de las actualizaciones normativas recientes.

### III

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

63. 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-germánica, el derecho de autor descansa sobre los principios siguientes:

a. El autor tiene un derecho moral, de carácter absoluto, que en muchas legislaciones, especialmente de tradición latina, tiene una naturaleza inalienable e irrenunciable, el cual está integrado, al menos como principio mínimo en el Convenio de Berna (art. *6bis*), 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 el de divulgación y al inédito, o el derecho 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 respectivo derecho, limitaciones que por su carácter excepcional 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.

64. 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.**

65. El derecho de autor tiene una estructura compleja, pues en él se integran, por una parte, facultades de orden moral que tutelan los intereses afectivos o personales del autor; y, por la otra, derechos patrimoniales, estos últimos que reconocen al creador la facultad exclusiva de autorizar el uso de su obra por cualquier medio o procedimiento y de obtener por ello un beneficio.

66. La moderna concepción del derecho moral nació con la doctrina judicial francesa durante la primera mitad del siglo XIX, cuando sus tribunales declararon, por ejemplo, que independientemente del interés pecuniario, "*existe para el artista un interés más precioso, el de la reputación*"; que la integridad de la obra debía respetarse, aun después de su cesión total; o que, a pesar de la transmisión más absoluta sobre la "*propiedad*" de la obra, el autor no abandonaba su derecho a corregirla <sup>12</sup>.

67. Y fue entonces la jurisprudencia la que influyó en las legislaciones nacionales, que incorporaron paulatinamente al derecho moral, recogido, por lo menos parcialmente, en la Revisión de Roma del Convenio de Berna (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*

---

<sup>12</sup> LIPSZYC, Delia: "*Derechos Morales*", en el Seminario sobre derecho de autor y derechos conexos en el área del sistema judicial de la República Oriental del Uruguay. OMPI, Suprema Corte de Justicia y Centro de Estudios Judiciales del Uruguay. Documento OMPI/DA/JU/MVD/96/6. Montevideo, 1993. pp. 5-8.

*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".*

68. En cuanto a las características del derecho moral, generalmente se reconocen las de ser *absoluto*, es decir, oponible “*erga omnes*”; *esencial*<sup>13</sup>, porque contiene un mínimo de derechos exigibles en virtud de la creación, sin los cuales la condición de autor perdería su sentido; *inalienable*, ya que las facultades que lo conforman permanecen con el autor aun cuando haya transferido, por acto entre vivos, total o parcialmente, el derecho patrimonial; *irrenunciable*, siendo nula cualquier cláusula contractual por la cual el autor se obligue a abstenerse de ejercerlo; *inembargable*, pues no tiene en sí mismo un contenido patrimonial -aunque sí derivaciones económicas- y, en consecuencia, no es susceptible de ejecución; *inexpropiable* -consecuencia de su inalienabilidad-, porque si no es posible su transmisión entre vivos de forma voluntaria, nada justifica que sea objeto de una transferencia forzosa; *imprescriptible*, porque no se adquiere por *usucapion* ni se pierde por prescripción extintiva; *transmisibile por causa de muerte*, a menos que la legislación aplicable disponga que alguna de sus facultades se extingue con la muerte del autor; y *perpetuo*, cuando muchas leyes disponen que, extinguido el derecho patrimonial, corresponde al Estado o a otras instituciones designadas, la defensa de los derechos de paternidad e integridad.

69. Finalmente, con relación a su contenido, además de los “*derechos mínimos*” de paternidad e integridad señalados en el artículo 6 *bis* del Convenio de Berna, 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*”.

70. Ahora bien, no ha faltado quien propugne -con una visión ligera de las cosas, a nuestro entender-, que el derecho moral del autor debe desaparecer con motivo de las nuevas tecnologías, tal la grabación digital.

71. Pensamos que quienes formulan esa afirmación no han examinado, por lo menos, el derecho moral del autor a la divulgación o al inédito, por el cual el creador tiene el derecho

---

<sup>13</sup> LIPSZYC, Delia: “*Derecho de Autor y Derechos Conexos*”. Ed. UNESCO/CERLALC/Zavalía. Buenos Aires, 1993, p. 156.

absoluto 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 hallará abrigo en el marco de los derechos de la personalidad, formando parte del “*derecho a la intimidad*”.

72. Por lo que se refiere a los derechos de orden moral reconocidos en el artículo 6bis del Convenio de Berna, no vemos el porqué deba suprimirse el derecho a la paternidad de la obra, ya que no existe ningún obstáculo para que la tecnología digital deba omitir el nombre del autor o que, en respeto a la voluntad del propio creador, la obra se divulgue como anónima. No entendemos cuál puede ser la diferencia, en torno al derecho de paternidad, entre una grabación musical analógica y una digital, o una obra audiovisual proyectada a partir de las técnicas convencionales o a través de su digitalización, a los efectos de que se indique o no en el soporte digital o en la exhibición del filme, por ejemplo, la identidad de los creadores.

73. De otro lado, si bien es cierto que en algunas obras surgidas con el advenimiento de las nuevas tecnologías es imposible la indicación de los creadores de las obras, como ocurre en la mayoría de los “*software standard*”, debido al sinnúmero de autores intervinientes, el carácter directo o indirecto de sus contribuciones, o la imposibilidad de identificarlos o de individualizar los respectivos aportes, también lo es que ello ya ocurría con otras “*obras colectivas*” tradicionales, como muchos diccionarios y enciclopedias, supuestos en los cuales las leyes nacionales admiten, incluso, la figura de la titularidad de los derechos en cabeza de la persona natural o jurídica que asume la responsabilidad en la publicación de la obra y que, como lo ha señalado la Oficina Internacional de la OMPI, “*las obras colectivas participan necesariamente de la situación jurídica de las obras anónimas ..*” de manera que “*como la identidad de los autores, en el caso de las obras colectivas, nunca puede revelarse -por ser imposible identificar sus aportes- las personas físicas o jurídicas que editan tales obras deben quedar en condiciones de ejercer todos los derechos ...*”.<sup>14</sup>

74. 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, el que autorice la divulgación con omisión de su identidad.

---

<sup>14</sup> Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI): “*Comentarios al proyecto de disposiciones tipo para leyes en materia de derecho de autor*”. Ginebra, 1989. Documento CE/MPC/I/2-III. p. 36.

75. Los anteriores comentarios son aplicables, *mutatis mutandis*, al derecho moral de paternidad de los artistas intérpretes o ejecutantes.

76. Salvadas entonces las objeciones al reconocimiento del derecho moral de paternidad, el que en verdad puede suscitar discusiones, a la luz de las nuevas tecnologías, como la digital, es en torno al derecho de integridad de la obra, por el cual, conforme al artículo 6bis del Convenio de Berna, 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*”.

77. En un análisis muy ligero del dispositivo, se ha llegado a afirmar que ya el almacenamiento de la música en forma digital comporta la eliminación de información que se considera inútil o redundante -como ocurre con la supresión de los “*ruidos de superficie*” o de sonidos que no los capta el oído humano-, y que tal técnica supondría “*transgredidos los derechos morales de los compositores*”.

78. Ello no es cierto, en primer lugar, porque no se produce mutilación o alteración a la “*obra*” en sí misma, sino a la grabación, con el objeto de mejorar la calidad del sonido, lo que en nada afecta a la integridad de la misma; y, en segundo lugar, porque en el supuesto negado de que esa supresión de “*distorsiones*” constituyera una transformación de la creación originaria, tendría que ser de tal magnitud que configurara un atentado que causara un perjuicio al decoro de la propia obra o a la reputación de su autor.

79. Es así como debe plantearse el tema del derecho moral de integridad, pues el comportamiento fáctico de los titulares de ese derecho demuestra que han sido excepcionales los casos de acciones intentadas en defensa del derecho moral, precisamente cuando se ha tratado de atentados verdaderamente graves, y no de aquellos supuestos donde se han realizado traducciones, adaptaciones o arreglos no autorizados, pero que no han supuesto una lesión al derecho moral de integridad, sino al derecho patrimonial de transformación de la obra, como se estudiará en su oportunidad.

80. Pero no puede ignorarse que también existen manipulaciones digitales que pueden atentar contra la integridad de la creación y no hay excusa para eludir el derecho moral al

respeto, pues tampoco es de olvidar que el derecho moral está constituido por facultades de orden personal (que como tales son inalienables e irrenunciables) y que en el respeto a la producción intelectual también entran en juego el derecho a la cultura y los valores culturales allí encarnados, los cuales se afectan cuando estos se desvirtúan con mutilaciones o deformaciones que lesionan el decoro o reputación de las obras o sus autores.

81. Así, 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*”.<sup>15</sup>

82. La excepcionalidad de los casos en que se ha invocado el derecho moral de integridad, no puede servir de excusa para su eliminación, en función de las nuevas tecnologías, porque no es de olvidar que el derecho de autor no puede divorciarse del derecho a la cultura, que las nuevas tecnologías también deben estar al servicio de la educación y la información, y que el derecho moral, antes que un obstáculo, constituye un incentivo para el desarrollo cultural, porque el autor, al alcanzar fama y prestigio, velará porque sus obras sean correctamente publicadas y esa misma notoriedad significará el compromiso de superarse en sus futuras creaciones<sup>16</sup>.

83. Las eventuales violaciones al derecho moral de integridad vinculadas a la tecnología digital se plantean, por ejemplo, con el tema de la colorización, pues si bien la colocación de colores en expresiones visuales se ha realizado desde hace muchos años, como en las fotografías, las nuevas tecnologías han facilitado de tal manera el procedimiento que, cada vez con más frecuencia, recibimos versiones digitalizadas de filmes originalmente realizados en blanco y negro, que en el proceso de digitalización han adquirido color y mejorado sustancialmente el sonido<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> “*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.

<sup>16</sup> ABADA, Salah: “*El derecho de autor, factor de desarrollo cultural*”, en el Boletín de Derecho de Autor. UNESCO. Vol. XVI. No. 4. pp. 6 a 13.

<sup>17</sup> Sobre el tema de la colorización de las películas en blanco y negro, es célebre el caso en que los descendientes de John Huston, realizador del filme “*Asphalt Jungle*”, demandaron a la sociedad Turner, titular de los derechos sobre la versión coloreada. El tema ha sido motivo de muchos comentarios doctrinales (BERTRAND, André: “*En la 'jungla' del derecho de autor internacional: ¿El derecho moral francés resultará inmoral en norteamérica?*”,

84. Tal constituye uno de los aspectos más preocupantes en relación con la tecnología digital y el arte cinematográfico, lo que ha puesto en el tapete judicial la discusión sobre la "autoría" y la "titularidad" en la obra audiovisual, así como el ejercicio de los derechos morales sobre la misma, especialmente en cuanto a la integridad de la creación.

85. Otro aspecto vinculado a la tecnología digital -pero que ya se planteaba con los medios técnicos tradicionales, aunque con menor intensidad-, es el del almacenamiento de resúmenes de textos en bases de datos, en el cual se desvirtúa el pensamiento de lo expresado originariamente por el autor, así como en las modificaciones digitales que se produzcan con obras musicales, donde no se trate de arreglos o transformaciones que se enmarquen dentro del derecho patrimonial de modificación, sino que resulten verdaderas aberraciones en desmedro del decoro de la obra o la reputación del creador.

86. Y lo que se encuentra en pleno desarrollo, es el tema de las llamadas producciones "multimedia", sistema interactivo que permite captar y combinar, en un único soporte y un solo lenguaje de signos de expresión, imágenes, colores, palabras y sonido, pues como señala Millé, ideas y expresiones que anteriormente tuvieron una base diferente, se registran hoy en soportes de una única clase, mediante un único sistema de signos expresivos. Hasta ahora, la obra pictórica se expresaba mediante el trazo del pintor y quedaba registrada en el lienzo; la musical, se manifestaba a través de la anotación del compositor y quedaba en el pentagrama; la literaria, mediante una sucesión de frases y quedaba en el texto: con la digitalización, todas estas obras comparten un único medio de soporte y un solo lenguaje de signos de expresión <sup>18</sup>.

87. Este sistema puede operar con la incorporación de obras preexistentes, por ejemplo, imágenes fijas (fotografías, pinturas, esculturas) o en movimiento (obras cinematográficas y otras fijaciones audiovisuales), en 2 y 3 dimensiones; expresiones gráficas (textos, signos, palabras); y sonidos (obras musicales, recitaciones, efectos sonoros), lo que tiene especial significación en el marco de los derechos de adaptación, arreglo, traducción y transformación.

---

en Derecho de la Alta Tecnología (DAT). Año I. No. 8. Buenos Aires, abril de 1989. pp. 1-8; y, POLLAUD-DULIAN, F.: "El derecho moral en Francia, a través de la jurisprudencia reciente" (traducción de Antonio Muñoz), en Revue Internationale du Droit D'Auteur. No. 145. París, julio de 1990, pp. 156-161).

<sup>18</sup> MILLE, Antonio: "El ambiente tecnológico de la sociedad de la información", en "Derechos Intelectuales". No. 6. Ed. Astrea. Buenos Aires, 1993. p. 83.

88. Pero la utilización de obras preexistentes en “*multimedia*” puede en algunos casos incidir en el derecho moral de integridad, si la interactividad permite, por ejemplo, “*capturar*” a uno de los personajes del filme para salvarlo del final trágico previsto en la película original, y esa posibilidad de “*adaptación*” ofrecida al usuario no haya sido autorizada por el titular del derecho sobre la obra, desvirtuando el concepto y la expresión originarias; o si una imagen fija preexistente (como una fotografía), es puesta en movimiento, creando efectos no deseados por el autor de la obra originaria.

89. Sin embargo, tales adaptaciones y transformaciones, con fundamento en el derecho patrimonial de modificación que le permite al creador autorizarlas, resolverán los conflictos sin fracturar el sistema. Pensamos por ello que buena parte de las controversias, en torno al derecho moral, se centrarán en aquellos casos en que la incorporación o transformación de las obras preexistentes en la presentación “*multimedia*” se realicen sin el consentimiento del autor, pues de estar autorizadas serían perfectamente lícitas.

90. Quedará, no obstante, el problema de determinar la “*autoría*” y la “*titularidad*” sobre las obras primigenias, de acuerdo al sistema de la ley aplicable, a los efectos de resolver sobre quién tiene la legitimidad para autorizar o para accionar en caso de infracción, es decir, si se considera autor y titular originario únicamente a la “*persona física*” que realiza la creación intelectual (como es la tendencia generalizada en la tradición latina); o si por el contrario una “*fictio iuris*” (en algunos supuestos, permitidos en leyes de la tradición “*angloamericana*”), permite reconocerle esas condiciones a otro sujeto, inclusive una persona moral (como lo sería, por ejemplo, el productor de la obra cinematográfica), por una parte; y, por la otra, si los derechos morales o de “*orden personal*” son irrenunciables e intransferibles o si, por el contrario, pueden ser relajados por contrato o incluso objeto de renuncia.

91. Sobre el ejercicio del derecho moral frente al avance tecnológico -reflexiona Uchtenhagen-, sólo en rarísimos casos el autor está en condiciones de descubrir e intervenir ante las transgresiones contra su derecho moral y las nuevas tecnologías, lo que conduce a la pregunta sobre si su tutela puede confiarse también a otras personas, en particular porque el elevado nivel de protección de ese derecho no es reclamado únicamente por los autores, sino también por los editores y productores ante la importancia económica que corresponde a la autenticidad de las obras en el mercado digital, razón por la cual manifiestan un interés

creciente en el ejercicio del derecho moral en nombre y por encargo de los autores, aunque faltan por precisar con mayor exactitud los intereses comunes entre ambos sectores <sup>19</sup>.

92. También Dietz señala que los intereses del autor en la integridad de la obra y aquellos de los editores o productores en sus productos inalterados, están empezando a acercarse en la era digital y se pregunta si ello no va a llevar a que el derecho moral, con su carácter rigurosamente enfocado desde el derecho de la personalidad, se vaya atenuando un poco, de modo que el editor o el productor puedan integrarse en el ejercicio de ese derecho moral <sup>20</sup>.

93. De allí que las grandes productoras cinematográficas y las de “*software standard*” (producidos a gran escala para su uso masivo), argumenten que, debido a su estructura técnico-organizativa extendida mundialmente, están en mejor posición que los propios autores para defender los derechos morales susceptibles de infracción (en particular por el volumen de utilidades que se realizan simultáneamente en todo el mundo, con mayor razón debido a las modernas tecnologías digitales y de las telecomunicaciones), sin perjuicio de que los creadores también puedan ejercerlos directamente.

94. Por ello no es de extrañar que en varias leyes latinoamericanas sobre derecho de autor, se presume la autorización otorgada por los autores al productor de la obra audiovisual o del programa de ordenador, para el “*ejercicio*” o la “*defensa*” del derecho moral, lo que no implica una transferencia de ese derecho por acto entre vivos, sino una legitimación para actuar, la cual generalmente admite prueba en contrario.

95. No obstante, es de destacar también la crítica que otro sector de la doctrina ha expresado a esas fórmulas (y a otras que presumen incluso la autorización de los autores para que el productor pueda ejercer esos derechos “*en nombre propio*”), por juzgarlas como desviaciones al sistema latino o continental, del “*más grueso calibre*” <sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> UCHTENHAGEN, Ulrich: “*El derecho moral y las nuevas tecnologías*”, en el libro-memorias del III Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos. Montevideo, 1997, pp. 125 y 130-131.

<sup>20</sup> DIETZ, Adolf: “*Moral rights and technological challenge*”, citado por UCHTENHAGEN, Ulrich: “*El derecho moral y las nuevas tecnologías*”. Ob. Cit. p. 129.

<sup>21</sup> DELGADO PORRAS, Antonio: “*La protección de las obras audiovisuales: la autoría y la titularidad en el sistema jurídico latino o continental*”. Conferencia publicada en el Libro-Memorias del III Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos. Ed. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)/Instituto Interamericano de Derecho de Autor (IIDA)/República Oriental del Uruguay. Montevideo, 1997, p. 489.



### **La tecnología digital y los derechos exclusivos de explotación.**

96. En la medida en que las grabaciones digitales contienen datos y otros elementos procesados que conforman bienes intelectuales protegidos por el derecho de autor o los derechos conexos, y 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 de los derechos patrimoniales de autores, artistas, productores y emisores.

97. Veamos entonces algunas incidencias de la tecnología y las transmisiones digitales en relación con los derechos de explotación.

### **El derecho de modificación o transformación.**

98. 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.

99. Así, por ejemplo, se viabiliza el acceso a numerosa documentación escrita, en especial la científica y la didáctica, incorporadas 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.

100. También el derecho de transformación tiene su incidencia con la aplicación de la tecnología digital a las composiciones musicales, como ocurre con la incorporación de este avance técnico a las consolas de los "*disc-jockeys*" en discotecas y salas de baile, que permite modificar el sonido original de la grabación de la obra, desde alteraciones menores (v.gr.: 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.

101. Asimismo se presenta el caso de las "*mezclas*" de diferentes grabaciones, que antes se realizaban por medios "*artesanales*", y que hoy pueden ser objeto de verdaderas "*producciones fonográficas*" ilícitas.

102. 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", con independencia de la violación concurrente respecto a los derechos morales de paternidad e integridad y del patrimonial de modificación o transformación.

103. También, como ya fue visto, las nuevas vías de la información con el uso de la digitalización facilita la comunicación de obras sonoras y audiovisuales con modificaciones, que si bien algunas existen desde hace bastante tiempo, se generalizan con la nueva tecnología, tales como la incorporación o supresión de notas, compases o instrumentos, o la colorización, el doblaje y el subtítulo, y en muchos de esos supuestos se encuentran presentes los derechos exclusivos de modificación o de traducción, según los casos.

104. Finalmente, las producciones "multimedia", como se ha dicho, permiten, entre otras cosas, la conversión de películas primigenias a ordenador, o la incorporación a un sistema informático de obras escritas, visuales, sonoras o audiovisuales también preexistentes, lo que plantea la adaptación de las creaciones originarias y el consentimiento de quienes ostenten la titularidad de los respectivos derechos de transformación.

### **El derecho de reproducción.**

105. La tecnología digital implica el almacenamiento de la obra en la memoria de un ordenador ("*in put*"), a los efectos de que la máquina pueda "*comprender*" y procesar esa información.

106. Esa tecnología ha permitido el desarrollo de "*software*" capaces de memorizar, clasificar y seleccionar la información que se le ha suministrado; la invención de soportes "*off line*" con la posibilidad de almacenar un sinnúmero de hechos, datos u obras preexistentes; y la telemática, para el acceso directo a bases centralizadas de información, desde simples receptores a distancia, en comunicación "*on line*", como ocurre en "*Internet*".

107. Ahora bien, si se supone que el uso digital implica el almacenamiento electrónico de la información, sea o no en una base de datos, cabe la pregunta: ¿ese proceso de fijación está o no sometido al derecho de explotación exclusivo del autor?.

108. La respuesta es fundamental porque de concluirse en la negativa, sería lícita entonces la fijación digital de las obras, inclusive en la base de datos que sirviera de intermediaria entre quien suministra la información (incluidas las obras y demás producciones protegidas) y quien la solicita y recibe.

109. Si analizamos el artículo 9,1 del Convenio de Berna, el derecho de reproducción se extiende a "*cualquier procedimiento y bajo cualquier forma*", al tiempo que el 9,3 del mismo instrumento internacional aclara que "*toda grabación sonora o visual será considerada como una reproducción*" en el sentido del Convenio.

110. Formulemos entonces otra pregunta: ¿es el almacenamiento electrónico una forma de reproducción?.

111. La respuesta también es afirmativa 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. Pero además, 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, como se ha dicho, porque el artículo 9,3 del Convenio de Berna 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*".

112. Como señala Delgado Porras, no hay dudas en que la incorporación de las obras a las redes digitales es una reproducción, sea en su fijación por un medio electrónico (un sitio en la red), o bien con la copia en dicho medio de una fijación preexistente y, en ambos casos, una operación realizada para hacer posibles la comunicación y la multiplicación de ellas por medio de los servicios que operan en la red, está sometida al derecho de reproducción del autor<sup>22</sup>.

---

<sup>22</sup> DELGADO PORRAS, Antonio: "*El futuro digital: la protección de los derechos en la red*". Ob. Cit. pp. 8-9.

113. Por lo demás, cualquier duda al respecto quedó aclarada con la "*Declaración Concertada*" al artículo 1,4 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (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).

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

115. Como puede verse, el derecho de reproducción, concebido en su momento para el "*entorno analógico*", es perfectamente aplicable al mundo digital, de modo que las "*declaraciones concertadas*" incorporadas a los nuevos Tratados de la OMPI, sólo tienen fines aclaratorios.

### **El derecho de distribución.**

116. El derecho de distribución puede verse desde dos ópticas: la primera, como un derecho de "*primera distribución*" (que para muchos ya está inmerso en el derecho de reproducción), 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.

117. Si partimos de un derecho de distribución en sentido estricto (dejando a los derechos de alquiler y préstamo como modalidades autónomas de explotación), lo primero que debe señalarse 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.

118. 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.

119. 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 almacenada incluso en la memoria "residente" de los destinatarios, o en algún dispositivo de almacenamiento asociado con cada uno de los aparatos que recibieron la transferencia, 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.

120. La cuestión fue muy debatida en el seno de la cuarta sesión de expertos para un eventual Protocolo al Convenio de Berna (Ginebra, 1994), aprobado luego como TODA/WCT, y la mayoría de las delegaciones concluyeron 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.

121. 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)".*<sup>23</sup>

---

<sup>23</sup> Una disposición similar figura como "Declaración Concertada" a los artículos 2.e), 8, 9, 12 y 13 del TOIEF/WPPT.

122. Pero esa declaración no impide concluir que:

a. La transmisión digital de una obra es un acto de comunicación pública, sometido al régimen de autorización, como se verá más adelante.

b. Si la reproducción comprende la "*fijación*" de la obra en cualquier soporte, el almacenamiento electrónico es una fijación y, en consecuencia, un acto de reproducción, como igualmente figura en la "*Declaración Concertada*" al artículo 1,4 del TODA/WCT, también transcrita.

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

123. 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 <sup>24</sup>.

---

<sup>24</sup> 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).

e. Es como en el caso del "*uso honrado*" permitido para el "*software*", en cuanto a considerar que es lícito su almacenamiento en la memoria RAM del equipo del usuario lícito, a los solos efectos de la utilización del programa informático.

f. Otra cosa es el uso abusivo que pueda hacer el usuario con ese almacenamiento -a partir de un soporte o de una transmisión digital-, lo que podría dar lugar a infracciones al derecho de reproducción o al derecho de comunicación pública, según los casos.

g. 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, como lo ha interpretado la jurisprudencia estadounidense.

### **El derecho de alquiler.**

124. 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 y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual.

125. Aunque el alquiler constituye una forma de utilización 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 coste, además de la posibilidad de realizar varias copias para fines de distribución a terceros.

126. Si bien esa y otras tantas modalidades de explotación que han surgido en años recientes forman parte del derecho patrimonial del autor, en la medida en que éste se concibe bajo el principio de que el creador tiene el derecho exclusivo de explotar su obra "*en cualquier forma*" y que la reproducción comprende cualquier procedimiento, de modo que la enumeración legislativa de las facultades reconocidas al titular tienen un carácter meramente enunciativo, la incorporación expresa del derecho de alquiler cobra importancia, muy

especialmente, en aquellas legislaciones donde el derecho patrimonial se concibe bajo el sistema del “*numerus clausus*”.

127. En cualquier caso, el derecho de alquiler se ha venido incorporando de modo expreso en muchos ordenamientos, así como en instrumentos comunitarios (como la indicada Directiva Europea y también en la Decisión 351 de la Comunidad Andina de Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos) y, al menos parcialmente, en varios de los instrumentos internacionales vinculados al libre comercio, como el Tratado de la OMC (a través de su Anexo ADPIC), los tratados de libre comercio celebrados por Estados Unidos con numerosos países (como el TLC/NAFTA y el CAFTA) y el Tratado del Grupo de los Tres (entre Colombia, México y Venezuela), así como en el TODA/WCT y en el TOIEF/WPPT.

### **El derecho de comunicación pública.**

128. El Convenio de Berna 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.

129. Ahora bien, tomando en cuenta los avances tecnológicos que hacen surgir nuevas formas de uso de las obras, las leyes nacionales, como lo hacen por ejemplo la mayoría de las latinoamericanas, reconocen al autor de manera expresa un derecho general 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.

130. También, con fines meramente 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.

131. De allí que la comunicación pública sea una modalidad distinta de explotación que la reproducción o la distribución y, conforme al principio de la “*independencia de los derechos*”, ya explicada, 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*”.

132. Aplicada la definición al tema que se comenta, el acceso público a las transmisiones digitales por aparatos receptores es un acto de comunicación pública, sometido en consecuencia a la autorización previa 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.

133. 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 determinado, haya solicitado el acceso y disfrute de un programa específico (una publicación, una obra musical o un filme) y se pregunte: ¿puede esa única persona calificarse como “*público*” y, por ende, afirmarse que existe allí una comunicación pública?.

134. La respuesta es afirmativa, porque el sistema pone a disposición de todo el público abonado a la red la posibilidad de acceder a esa programación, aunque una o pocas personas la soliciten en una determinada ocasión.

135. Pero, evidentemente, 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*”<sup>25</sup>.

136. En el artículo 8 del TODA/WCT (siguiendo lo que ya había sido recogido por 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*

---

<sup>25</sup> Delgado Porras, comentando la ley española de 1987 (que en ese sentido fue seguida por la mayoría de las leyes latinoamericanas promulgadas en la última década del siglo XX), afirma que el legislador hispano se anticipó al uso que había de darse a ese concepto en la más novedosa de las explotaciones ofrecidas a las obras por la tecnología digital, de la que entonces venía a ser un precedente el acceso público por telecomunicación a obras comprendidas en bases de datos (Ob. Cit. p. 11).

*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*"<sup>26</sup>.

137. Así, 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.

138. Por ello, el artículo 8 del TODA/WCT tiene como finalidad -señala Fícsor-, eliminar cualquier vacío interpretativo que pudiera existir en relación con los derechos susceptibles de aplicarse en materia de transmisiones digitales, porque la última frase ("*la puesta a disposición del público ...*") constituye una mera aclaración, pues una transmisión interactiva por demanda está cubierta por el derecho exclusivo de autorización<sup>27</sup>.

### **La tecnología digital y los derechos de remuneración.**

139. Es evidente que las modernas tecnologías han facilitado la "*copia privada*" y que la combinación de la digitalización de los signos, los sonidos o las imágenes, por una parte, y las "*redes digitales*" por la otra, estimularán todavía más ese fenómeno.

140. Es un hecho que la "*copia privada*", especialmente la digital, por ser un "*clónico*" del original, no puede considerarse formando parte de los "*usos honrados*", pero a su vez, parece poco realista el reconocimiento de un derecho exclusivo de autorizar o no la reproducción para "*uso personal*", porque su ejercicio práctico sería poco menos que imposible.

141. De allí la figura del "*derecho de remuneración*" aplicable en beneficio de los titulares de derechos sobre las obras, interpretaciones o ejecuciones artísticas y producciones fonográficas objeto de la copia privada, sobre los equipos y soportes materiales utilizados para tal reproducción, como ya fue explicado.

---

<sup>26</sup> 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*".

<sup>27</sup> FÍCSOR, Mihály: "*Nuevas orientaciones en el plano internacional: Los nuevos Tratados de la OMPI sobre derecho de autor y sobre interpretaciones o ejecuciones y fonogramas*", en el libro-memorias del III Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos. Montevideo, 1997. Tomo 1. p. 338.

142. No obstante, esa excepción al derecho exclusivo, sustituido por uno de remuneración, no debería aplicarse a los programas de ordenador -donde la única copia permitida es la que se realiza con fines de resguardo o seguridad, como lo establecen numerosas legislaciones nacionales-, dado que ninguna compensación sustitutiva podría equivaler a la pérdida sufrida por los titulares de derechos ante la disminución en la compra de los ejemplares originales -o en la adquisición de la respectiva licencia de uso-, dado el abismo existente entre la facilidad de la copia y el precio ridículo del soporte virgen, en comparación con la complejidad en la elaboración y los altísimos costos de producción de un “*software*” competitivo.

143. En cuanto a la remuneración compensatoria por la “*copia privada*” de grabaciones sonoras y audiovisuales, muchos delegados al segundo comité de expertos para el Protocolo al Convenio de Berna (Ginebra, 1992), apoyaron la propuesta de su incorporación, en el entendido que en modo alguno se pretendía legalizar con ello la copia con fines comerciales; pero en la cuarta reunión sobre un nuevo instrumento para la protección de los intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas (Ginebra, 1995), celebrada conjuntamente con la quinta sesión del comité para un Protocolo al Convenio de Berna, la Comunidad Europea manifestó que la copia privada no había sido objeto de armonización entre sus Estados miembros, por lo que se reservaba su opinión en relación con el tema, al tiempo que Estados Unidos propuso la inclusión de un derecho de remuneración compensatoria sobre los equipos y medios digitales vírgenes, pero únicamente sobre las grabaciones sonoras<sup>28</sup>.

144. En definitiva, la Conferencia Diplomática que aprobó los nuevos Tratados de la OMPI (TODA/WCT y TOIEF/WPPT), no incluyó norma alguna relativa a los derechos de remuneración compensatoria por copias para uso privado, de manera que el asunto queda diferido a las legislaciones nacionales.

### **La tecnología digital y el principio de la “*independencia de los derechos*”.**

145. Un principio tradicional y fundamental del derecho de autor es el de la “*independencia de los derechos*”, de modo que la cesión o la licencia para un determinado derecho no alcanza a los demás, ya que cada una de las modalidades de explotación de una obra es distinta de las demás y el uso de la misma por cualquiera de esas formas de utilización requiere de autorización expresa.

---

<sup>28</sup> Documento OMPI/BCP/V/3. pp. 5 y 9.

146. 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 la utilización de la misma por medio de las redes digitales interactivas, lo que ha generado decisiones judiciales declarando la ilicitud de esa extensión.

#### IV

### LAS EXCEPCIONES O LIMITACIONES AL DERECHO PATRIMONIAL EN EL ENTORNO DIGITAL

147. El artículo 9,2 del Convenio de Berna (por lo que se refiere al derecho de autor), es lo suficientemente amplio como para permitir limitaciones al derecho de reproducción siempre que se respeten los “*usos honrados*”, es decir, que se trate de “*casos especiales*” (o sea, expresamente tipificados y de interpretación restrictiva), que no atenten contra la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses del autor, en dispositivo recogido no solamente para el derecho de reproducción, sino también para todos los demás derechos protegidos, en el Acuerdo sobre los ADPIC (art. 13), en el TODA/WCT (art. 10) y en el TOIEF/WPPT (art. 16).

148. Una “*Declaración Concertada*” contenida en el TODA/WCT (la cual tiene su equivalente en el TOIEF/WPPT para los derechos de los intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas), es de importancia vital en torno al tema que nos ocupa y es la relacionada con el artículo 10 (atinente al principio de los “*usos honrados*”), cuando dispone que se permite a las partes contratantes “*aplicar y ampliar debidamente las limitaciones y excepciones al entorno digital*”, inclusive para “*establecer nuevas excepciones y limitaciones que resulten adecuadas al entorno de red digital*”.<sup>29</sup>

149. Un análisis superficial de esa declaración supondría que de acuerdo al TODA/WCT (como también conforme al TOIEF/WPPT), se estaría abriendo una brecha para tolerar, en el mundo digital, formas libres de uso que lesionaran sin justificación los derechos reconocidos a los autores (y, en su caso, a los intérpretes o ejecutantes y a los productores fonográficos), mediante la incorporación de nuevas excepciones o limitaciones.

---

<sup>29</sup> Una disposición similar figura como “*Declaración Concertada*” al artículo 16 del TOIEF/WPPT.

150. Pero debe advertirse que el principio de los “*usos honrados*” implica, como ya fue dicho, la prueba de los tres pasos o niveles, es decir, que:

- a. Se trate de casos especiales.
- b. No atenten contra la explotación normal de la obra,
- c. No causen un perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular del derecho.

151. Por tanto –apunta Fícsor-, si bien la tecnología digital puede cambiar las condiciones de uso de las obras (así como las interpretaciones o ejecuciones y fonogramas, añadimos nosotros, por lo que se refiere a los derechos conexos), el traslado al entorno digital de limitaciones o excepciones válidas en el mundo analógico, o el reconocimiento de nuevas excepciones o limitaciones en la era de la sociedad de la información, solamente son aceptables, en los términos del Tratado, en base a la comprobación de esos tres niveles<sup>30</sup>.

152. Así lo confirma la citada Directiva Europea sobre derecho de autor y afines en la sociedad de la información, cuando:

- a. Resalta en su considerandos 34 y 35 que debe ofrecerse a los Estados miembros la posibilidad de establecer determinadas limitaciones o excepciones en el entorno digital, pero que en ciertos casos deben implicar para los titulares el derecho a recibir una compensación equitativa para recompensarles adecuadamente por el uso que se haya hecho de sus obras y prestaciones.

- b. Contempla en su artículo 5 un conjunto de limitaciones que siguen muy de cerca (a veces casi textualmente), las que ya han sido incorporadas a numerosas legislaciones, inclusive para el “*entorno analógico*”, de modo que no existe ninguna verdadera “*novedad*” en comparación con lo que se ha tenido en cuenta en muchos textos nacionales, comprendidos muchos de los aprobados antes de la “*era digital*”.

---

<sup>30</sup> Ob. Cit. pp. 340-341.

## V

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

153. 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 y los derechos conexos, por considerar que han sido suficientes para resolver los casos controvertidos o, en todo caso, a falta de norma expresa, ha declarado la aplicación de los principios generales del derecho común.

154. Veamos algunos ejemplos:

### **Sobre el derecho moral.**

155. El Tribunal de Gran Instancia de París, en decisión del 9-6-1998, declaró fundada la reclamación intentada en defensa de los derechos morales de paternidad e integridad, en relación con unas obras fotográficas ilícitamente manipuladas y colocadas después en un sitio *web*, incluso con omisión del nombre de su autor<sup>31</sup>.

156. El Juzgado de Primera Instancia de Madrid, Sala 47ª, en fallo del 16-3-2001, con relación al plagio del contenido de una página “*web*” que ofrecía información, artículos y críticas sobre acontecimientos culturales y de ocio de diferentes ciudades españolas, resaltó 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”*.<sup>32</sup>

### **Sobre el derecho de reproducción.**

157. La Corte de Distrito de Virginia, ya en 1994, resolvió que *“la transmisión en red electrónica de un computador a otro, aunque solamente resida en la memoria RAM de cada ordenador, tiene la fijación suficiente”*.<sup>33</sup>

---

<sup>31</sup> GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio: “*El derecho de autor en Internet*”. Ed. Comares. Granada, 2001, p. 155.

<sup>32</sup> Texto del fallo, en [www.sgae.es](http://www.sgae.es)

<sup>33</sup> Advance Computer Serviv 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>

158. El Tribunal de Gran Instancia de París, en decisión del 14-8-1996, declaró infringido el derecho de reproducción en el caso de unos estudiantes universitarios franceses 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 París*, 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*”.<sup>34</sup>

159. 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”.*<sup>35</sup>

### **Sobre el derecho de comunicación pública.**

160. La Corte de Distrito de Florida, en 1993, con relación a la colocación de fotografías sin autorización en una página “*web*”, dijo que “*el derecho de exhibición impide la transmisión no autorizada de la exhibición de un sitio a otro, por ejemplo mediante un sistema de computadores ...*”.<sup>36</sup>

### **Sobre el derecho de “distribución por transmisión”.**

161. La Corte de Distrito de Florida, en sentencia del 9-12-1993, ante la colocación no autorizada de fotografías cuyos derechos correspondían a la demandante, mediante un servicio

<sup>34</sup> 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](http://www.foruminternet.org)

<sup>35</sup> Texto del fallo, en [www.laley.net](http://www.laley.net)

<sup>36</sup> Playboy Enterprises vs. George Frena 839 F. Sup. 1662. Texto del fallo, en [www.loundy.com/CASES](http://www.loundy.com/CASES).

de cartelera computarizada por suscripción operada a través de Internet, 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*”.<sup>37</sup>

162. La Corte de Distrito de California, en fallo del 27-4-1998, relativo a 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*”.<sup>38</sup>

### **Sobre el principio de la “*independencia de los derechos*”.**

163. El Tribunal de 1ª Instancia de Ámsterdam, en fecha 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.<sup>39</sup>

164. 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 ...*”.<sup>40</sup>

<sup>37</sup> Playboy Enterprises vs. George Frena 839 F. Sup. 1662. Texto del fallo, en [www.loundy.com/CASES](http://www.loundy.com/CASES).

<sup>38</sup> CV 98-0583 DDP. Michaels vs. Internet Entertainment Group y otros. Texto del fallo, en [www.kentlaw.edu/classes](http://www.kentlaw.edu/classes)

<sup>39</sup> HUGENHOLTZ, P. Bernt: “*Crónica de los Países Bajos*”, en *Revue Internationale du Droit D’Auteur*” (RIDA). No. 187. París, 2001, p. 152.

<sup>40</sup> 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](http://www.juriscom.net) y en [www.droit-technologie.org](http://www.droit-technologie.org)



165. La Suprema Corte de los Estados Unidos, en sentencia del 25-6-2001, también relacionada con la publicación en Internet de artículos autorizados para la edición de un periódico “*en papel*”, dijo a 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*”.<sup>41</sup>

### **Sobre la responsabilidad de los proveedores de servicios en la “*sociedad de la información*”.**

166. En 1995, la Corte de Distrito para el Distrito Sur de Nueva York, en relación al caso de un proveedor de servicios en línea que alojaba un sitio en cuya sección “*librería*” se accedía a un foro denominado “*Midi/Music*” a través del cual los usuarios podían “*subir*” y “*descargar*” obras musicales, consideró, antes de la aprobación de la Digital Millenium Copyright Act, que la libertad de circulación de la información que caracteriza a la red *Internet*, no debía ejercerse en detrimento del derecho de autor y que existían suficientes elementos para presumir que el proveedor había facilitado y participado en la acción ilícita.<sup>42</sup>

167. Con fundamento en las normas sobre responsabilidad en el 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 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”.*

*“... Esta responsabilidad dependerá de las funciones que el «actor de Internet» o usuario de la red se encuentre realizando al momento de producirse el hecho generador de ésta. Un usuario de la red puede, simultáneamente, desempeñar varias funciones,*

---

<sup>41</sup> 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](http://www.supremecourtus.gov)

<sup>42</sup> Frank Music Corp vs. Compuserve Inc., 93 Civ. 8153. Texto del fallo en <http://www.courtvt.com/archive/legaldocs/cyberlaw/compuserve1.html>

*radicándose las responsabilidades, normalmente en dos o más usuarios*".<sup>43</sup>

168. 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"*<sup>44</sup>.

169. El Tribunal de Gran Instancia de París, el 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 causar 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.<sup>45</sup>

## VI

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

170. 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 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*

<sup>43</sup> Recurso de Protección de Orlando F. vs. ENTEL. Rol 249-99.

<sup>44</sup> 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.

<sup>45</sup> KÉRÉVER, André: *"Crónica de Jurisprudencia"*, en Revue Internationale du Droit D'Auteur (RIDA). No. 185. París, 2000, p. 370.

*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”.*<sup>46</sup>

171. También cobra singular importancia la controversia surgida a raíz del “*Napster*”, sitio organizado por *Napster Inc.* con un programa que permite conectar a quienes lo visitan con archivos MP3, actuando como un servicio gratuito de información que opera como un motor de búsqueda y donde el usuario que se conecta puede utilizar una “*lista caliente*” (“*host list*”) para buscar a otros usuarios que tienen disponible en el archivo MP3 la grabación que desea “*bajar el visitante*”.

172. El Tribunal de Distrito de California (27-7-2000), ante la acción intentada contra *Napster Inc.* por titulares de varios de los derechos involucrados, declaró que “*cuando la infracción alcanza tal magnitud mayorista los demandantes tienen derecho a reclamar sus derechos de autor*”, ordenando como medida cautelar detener el intercambio de materiales protegidos.

173. Ante la apelación interpuesta por la demandada, la Corte de Apelaciones de San Francisco, en decisión del 12 de febrero de 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* infringían al menos dos de los derechos exclusivos, el de reproducción y el de distribución; si el operador de un sistema sabe de un material infractor específico disponible en su sistema y deja de purgarlo, dicho operador contribuye a una infracción directa; para escapar de una responsabilidad subsidiaria; el derecho reservado a vigilar debe ser ejercido en su máxima extensión, pues dejar de vigilar la conducta del infractor primario conduce a la imposición de esa responsabilidad por infracción del derecho de autor; *Napster* tenía el derecho y la capacidad de vigilar su sistema y falló en ejercer ese derecho para evitar el intercambio infractor de material protegido; *Napster* tenía la capacidad de localizar el material infractor listado en sus índices de búsqueda y el derecho a detener el acceso de los usuarios al sistema; *Napster*, por su conducta y con su conocimiento, alentaba y asistía la infracción del derecho de autor de los demandantes; y

---

<sup>46</sup> UMG Recordings Inc. y otros vs. MP3.Com. Inc, en [www.droit-technologie.org](http://www.droit-technologie.org)

que Napster se beneficiaba económicamente de la disponibilidad de obras protegidas en su sistema.

174. No obstante, 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 con composiciones musicales y grabaciones sonoras protegidas.

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

47.

175. Sin embargo, la industria del entretenimiento sufrió un serio revés 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 un importante grupo de 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*”.

176. La Corte de Apelaciones partió del principio ya recogido por la Suprema Corte en el caso “*Sony-Betamax*” (1984)<sup>48</sup>, al declarar que para descartar cualquier reclamo de infracción de derecho de autor por contribución, bastaba demostrar que el producto era capaz de usos significativos y sustancial o comercialmente 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.

177. 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 ordenadores

---

<sup>47</sup> Tribunal 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>

<sup>48</sup> Sony vs. Universal, 464 U.S. 417 (1984), en [http://www.eff.org/legal/cases/sony\\_v\\_universal\\_decision.html](http://www.eff.org/legal/cases/sony_v_universal_decision.html)

en la red, de manera 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 de la red, sin que los proveedores del “*software*” mantengan control sobre esos archivos o sus índices, ni operen reuniones de intercambio (“*swap meet*”) entre esos usuarios.

178. También consideró la Corte que los demandados no eran proveedores de acceso, sino que eran los usuarios quienes conectándose entre sí a través de Internet, creaban la red y proporcionaban el acceso, no regulado por los accionados, éstos que no estaban en capacidad de supervisar a los eventuales infractores o de bloquear el acceso a usuarios individuales, 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 de uso no autorizado no pasaba a través de los ordenadores de las empresas reclamadas<sup>49</sup>.

## V

### A MANERA DE CONCLUSIÓN

179. Si de una manera general se ha podido demostrar 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, a los efectos de la disciplina, 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?.

180. Veamos:

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

---

<sup>49</sup> En <http://www.techlawadvisor.com/docs/mgm-grokster.html>

182. También podría decirse que la circulación “*on line*” de las obras y prestaciones protegidas, inclusive 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.

183. Y el volumen de operaciones que se realizan a través de las redes digitales, de estar remuneradas, podrían 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 en casa desde un servicio en la red y recibe la autorización necesaria 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 una película “*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 contado a partir de la fecha del vencimiento de la licencia.

c. Un estudiante “*visita*” la biblioteca de su Universidad desde su habitación, fuera del “*campus*” 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 libros relacionados con los artículos descargados por el estudiante<sup>50</sup>.

184. Desde una óptica negativa, las redes digitales como “*Internet*” son básicamente “*inseguras*” (y no solamente 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

---

<sup>50</sup> 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.

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.

185. De allí que el “*Green Paper*” de los Estados Unidos sobre la Propiedad Intelectual y 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).<sup>51</sup>

186. Pero la “*inseguridad*” no es exclusiva de las redes digitales como *Internet*, pues ya existía en el mundo analógico, como en las emisiones de radiodifusión “*tradicional*” 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 (al menos en Tratados sub-regionales, como el de Libre Comercio para América del Norte y el del Grupo de los Tres), de tipificar como ilícita la acción de descodificar señales codificadas, ilicitud que también fue reconocida en la legislación interna de muchos países, miembros o no de los instrumentos internacionales que contenían ese compromiso.

187. Y a pesar de su “*inseguridad*”, las transmisiones a través de redes digitales dejan siempre “*huellas*”, a veces más detectables que las dejadas por algunas explotaciones efectuadas 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 musicales analógicas (“*en vivo*” o a partir de soportes sonoros), efectuadas 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 con miras a su distribución a los titulares del respectivo derecho.

188. La importancia de la “*inseguridad*” de las redes y las transmisiones digitales (en comparación con las del mundo analógico) se ubica, en primer lugar, en la misma complejidad

---

<sup>51</sup> “*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.

del sistema; y, en segundo lugar, en el volumen de las utilizaciones 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.

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