

# Internet y derechos de autor

Agustín Grijalva\* \*\*

La tesis central del ensayo es la de que el Derecho de Autor, al menos en su versión clásica, no constituye un sistema del todo adecuado para la protección de la propiedad intelectual en internet. Esta inconveniencia viene dada, tanto por las características sociales y tecnológicas de internet como por la distorsión misma que sufre el Derecho de Autor al aplicarse a la era digital. Veremos que desprotección y protección excesiva son dos extremos que nos alejan de los verdaderos objetivos de la Propiedad Intelectual. Estos extremos son también perjudiciales para un uso socialmente beneficioso de la Red. En consecuencia, deberían diseñarse nuevas instituciones jurídicas que respondan mejor a un uso social del entorno digital. Existen marcos jurídicos e institucionales que permiten a los países en desarrollo negociar normas y políticas de difusión del conocimiento, para ello también es necesario un activo papel de la sociedad civil.

*The main thesis of this essay is that Copyright, at least in its classic version, does not constitute an adequate system for the protection of intellectual property on the internet. This unsuitability comes as a given, as much for the social and technological characteristics of the internet, as for the same distortion that Copyright suffers when it is applied in the digital age.*

*We will see that excessive 'lack of protection' and protection are two extremes that move us away from the two true objectives of Intellectual Property. These extremes are also harmful to a socially beneficial function of the network. Consequently, new legal institutions that respond better to a social use of the digital environment should be designed. Legal marks and institutions exist that allow those countries in development to negotiate the norms and politics of the diffusion of knowledge; this also necessitates an active role of civil society.*

SUMARIO: 1. Las dos caras de las NTIC y de la Propiedad Intelectual. / 2. Aproximación a la Propiedad Intelectual. / 3. Propiedad Intelectual y Nuevas Tecnologías de la Información. / 4. Derechos de Autor e Internet. / 5. La Red y el derecho a la integridad de la obra. / 6. Reproducción y comunicación. / 7. Autores y productores. / 8. La red y la originalidad de las obras. / 9. Bases de datos. / 10. Páginas de internet. / 11. Copia privada y copia no autorizada. / 12. Derechos conexos e internet. / 13. Tecnologías contra la copia no autorizada. / 14. El problema de la jurisdicción. / 15. Comercio electrónico de Derechos de Autor. / 16. Conclusiones. / Bibliografía.

## 1. Las dos caras de las NTIC y de la Propiedad Intelectual

El hombre tiene una inagotable capacidad de enamorarse y aterrorizarse de sus creaciones. Lo desconcertante es que a veces nues-

tra fuente de fruición y miedo es la misma. Las nuevas tecnologías de la información y

\* Abogado y magister en Ciencias Políticas, docente de la Maestría en Derecho Económico. Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador.

\*\* Se publica con autorización de Marcela Bonilla y Gilles Cliche, Internet y Sociedad en América Latina, Quito, FLACSO-Sede Ecuador.

la comunicación (NTIC), y particularmente Internet, integran una de estas fuentes de paradojas.

Internet, o mejor dicho la Red, es vista por unos como una escalera mágica para ascender a sus utopías: una posibilidad de democratizar el conocimiento, la educación, la cultura, las decisiones; hay quienes la ven como un mundo fluido y sin cadenas, inasible para los estados, donde al final seamos libres; otros la perciben como un mercado sin límites, sin fronteras, aduanas, horarios y ni siquiera dinero, al menos en su forma convencional.

En contraste, hay una visión de la Red como una escalera hacia abajo, algo que nos envuelve y deshumaniza marcando el descenso a un mundo irreal, sin relaciones personales, un mundo de solitarios compradores que han relegado al mundo real a cambio de otro caótico, hecho sólo de evanescentes imágenes y sonidos, que devoran distancias y que sacrifican la intimidad hasta lo asfixiante.

Curiosamente, la Propiedad Intelectual también es objeto de este juego de antipatías y apologías. Anteriormente relegada a la condición de disciplina jurídica menor, tiene hoy gran importancia por obra de la economía y la sociedad de la información. Igual que la Red, cosecha elogios y diatribas. Hay quienes la erigen en derecho humano inviolable, incentivo perfecto o único para la creatividad, la inversión y la innovación. En ojos de otros, la propiedad intelectual consagra la expropiación, el monopolio y la mercantilización del conocimiento, de la cultura y de la información por parte del poder económico.

Estas visiones sobre la Red y sobre la propiedad intelectual parecerían provenir más de nuestra imaginación mítica o utópica, la cual por cierto tiene un profundo valor y

sentido humano. Empero, es necesario también un ejercicio analítico, una representación de claros y oscuros construida sobre un esfuerzo de objetivación que, aunque siempre relativo, alumbró algo nuestras ideas y nuestras acciones.

Aquí hacemos un pequeño ejercicio de este tipo, bajo la forma del ensayo y con relación a un tema específico: los vínculos entre la Red y los derechos de autor. Expondremos conceptos jurídicos, pero para analizarlos y discutirlos críticamente desde nuestra realidad, la de países agobiados por la pobreza y la desigualdad social, pero ricos en culturas, en biodiversidad y también en miedos y en sueños.

Se realiza primero una aproximación conceptual a la propiedad intelectual en general y en particular al Derecho de Autor. Luego se hace una relación de ésta con las nuevas tecnologías de la información en torno a ciertos conceptos centrales: autor y productor, originalidad, reproducción y comunicación, usos honrados y copia privada. Finalmente, se formulan algunas hipótesis sobre las posibilidades de apropiación y difusión por la Red que permite el Derecho de Autor.

La tesis central del ensayo es la de que el Derecho de Autor, al menos en su versión clásica, no constituye un sistema del todo adecuado para la protección de la propiedad intelectual en internet. Esta inconveniencia viene dada, tanto por las características sociales y tecnológicas de internet como por la distorsión misma que sufre el Derecho de Autor al aplicarse a la era digital.

Veremos que desprotección y protección excesiva son dos extremos que nos alejan de los verdaderos objetivos de la Propiedad Intelectual. Estos extremos son también perjudiciales para un uso socialmente beneficioso de la Red. En consecuencia, deberían diseñarse nuevas instituciones jurídicas que

respondan mejor a un uso social del entorno digital. Existen marcos jurídicos e institucionales que permiten a los países en desarrollo negociar normas y políticas de difusión del conocimiento, para ello también es necesario un activo papel de la sociedad civil.

## 2. Aproximación a la Propiedad Intelectual

La Propiedad Intelectual, como el dios Jano, tiene dos rostros: el de la apropiación, la exclusividad, la exclusión, por un lado, y el de la socialización y la difusión, por el otro.

La Propiedad Intelectual consiste en un complejo de diversas instituciones jurídico-económicas orientadas a amparar la explotación exclusiva de bienes intangibles. Así como una empresa es dueña de sus instalaciones o vehículos, puede ser en alguna manera “propietaria”<sup>1</sup> del invento que supone un nuevo artefacto y de la marca que coloca sobre él. Si alguien publica un libro narrando la historia del invento, el escritor podría tener derechos de autor sobre el texto de dicho libro.

En líneas generales, la propiedad intelectual se divide en tres grandes áreas:

- Derechos de Autor, área que comprende la protección de obras literarias, artísticas y científicas, así como contenidos de las nuevas tecnologías de la información. Esta es la materia principal del presente ensayo.

- Derecho Industrial, esta área incluye la protección de invenciones (el derecho exclusivo sobre ella se denomina patente), marcas y otros signos distintivos.
- Derechos de obtentores de nuevas variedades vegetales.

Hay otras creaciones intelectuales, a veces de significativo valor económico, que no ajustan claramente en ninguna de estas categorías, tales como los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas y para los que se discute regímenes sui-géneris.

El núcleo de la propiedad intelectual es el *ius excluendi*, es decir la posibilidad de que el titular de estos derechos de propiedad excluya a otros del uso o de la explotación económica de una obra, un invento o una marca.

De esta forma sólo tal titular o los por él autorizados pueden producir, usar, reproducir, transformar y, en general, comercializar estos intangibles.

Empero, por otro lado, los derechos intelectuales exclusivos “nunca son absolutos” pues existen una serie de excepciones y limitaciones en función del interés social, entre las cuales destacan el “carácter temporal” de estos derechos y los llamados “usos honrados”.<sup>2</sup>

Hay también limitaciones propias de cada régimen; así por ejemplo, aunque una obra literaria esté protegida por los derechos del autor, ésta puede ser citada e incluso reproducida, dentro de ciertos parámetros, para fines informativos, educativos o culturales. Aunque en principio no puede fabricarse legalmente un invento patentado, salvo por el titular o los por él autorizados, existen licencias obligatorias mediante las cuales el

<sup>1</sup> El símil es relativo y por tanto discutible porque hay importantes diferencias entre la propiedad común y la propiedad intelectual, tales como la temporalidad, limitaciones propias y objetos intangibles que caracterizan a la segunda.

<sup>2</sup> Es el llamado *fair use* en el Derecho de copyright, equivalente del Derecho de Autor en los países de Common Law.

Estado, en condiciones excepcionales, puede obligar al titular de la patente a transferir temporalmente y a cambio de un pago, su derecho exclusivo.

Por otra parte, en un Estado en que otros derechos constitucionales están garantizados a más del de propiedad intelectual, ésta tiene que hacerse compatible, antes que imponerse, en su relación con otros valores constitucionales tales como el derecho a la cultura, a la información, a la educación, al desarrollo científico y tecnológico, a la libertad de expresión. Esto es algo frecuentemente olvidado por quienes se dedican más a la apología que al estudio crítico de los derechos intelectuales.

En un estado de Derecho, la propiedad intelectual se ejerce, como todo derecho, en el marco constitucional. Los sistemas constitucionales modernos buscan activamente el balance y mutua limitación, cuando sea necesaria, entre derechos constitucionales, antes que la exclusión o negación de unos por otros. Se aspira a lograr así el ejercicio simultáneo del mayor número de derechos posible.

Desde el punto de vista económico, las limitaciones a la propiedad intelectual adquieren pleno sentido y necesidad al estar inscritas en una economía de mercado. La propiedad intelectual, como derecho exclusivo y excluyente, es algo igual o al menos cercano a un monopolio<sup>3</sup> y, por tanto, relativamente contrario a la libertad para producir o comercializar los bienes o servicios que incorpora esta información.

Por esta razón, el Derecho y las políticas de la competencia económica han sido vis-

tas como una contraparte indispensable a la propiedad intelectual. Una contraparte destinada a impedir que se pase del uso al abuso de derechos de propiedad intelectual. Si los derechos de propiedad intelectual fueren absolutos, la innovación y el intercambio de ideas se esfumarían.

Lamentablemente, el predominio de los intereses económicos de los países industrializados tanto en las negociaciones internacionales sobre esta materia, como en numerosas legislaciones nacionales, viene desvirtuando progresivamente el equilibrio entre exclusión y difusión en la propiedad intelectual, al inclinar cada vez más la balanza hacia la protección de los intereses de los titulares, a veces hasta el punto de perjudicar los intereses sociales (Buydens, M. 1999).

Así por ejemplo, los intereses de las industrias biotecnológicas presionan por ampliar la posibilidad de obtener patentes sobre elementos clásicamente excluidos, tales como los seres vivos y los descubrimientos. Las industrias de software, en cambio, han presionado para proteger los programas de computación bajo el régimen de derechos de autor, asimilándolos a las obras literarias de una forma claramente forzada. Se busca así mismo proteger ya no sólo la selección y disposición de elementos de una base de datos sino su contenido. Hay, en general, una tendencia a aumentar excesivamente los plazos de protección de la propiedad intelectual, a aplicar ésta a nuevos ámbitos antes excluidos y a eliminar o disminuir excepciones y en general posibilidades de “usos honrados” de los bienes intelectuales protegidos.

En contraste, formas de información económicamente valiosas generadas en los países en desarrollo se hallan desprotegidas e incluso son, con frecuencia, objeto de apropiación, mediante la propiedad intelectual, por parte de empresas de los países indus-

<sup>3</sup> Esta afirmación debe ser matizada por el hecho de que para que haya monopolio el derecho exclusivo que concede el derecho intelectual debería eliminar la competencia en un mercado específico de producto o servicio (mercado relevante), no existiendo productos o servicios sustitutos.

trializados. Ejemplos de tal información son los conocimientos ancestrales de comunidades indígenas o la información genética de países megadiversos, información sumamente útil para transnacionales farmacéuticas, de insumos agrícolas o biotecnológicos. Las producciones culturales de países en desarrollo, tales como la artesanía y el folclore, se hallan en situación similar.

La presión de los países desarrollados, especialmente Estados Unidos, para aumentar la protección a la propiedad intelectual en los países en desarrollo, se ha traducido en reformas jurídicas e institucionales en estos últimos países. Sin embargo, la efectividad de estas reformas, y por tanto el aumento del nivel de protección, ha sido más bien limitado. Paradójicamente, esta situación podría atribuirse a esta presión puramente externa y a la falta de grupos de interés, al interior de los países en desarrollo, que presionen por una protección efectiva<sup>4</sup> (Sell, S. 1998).

Todas estas críticas a los excesos y abusos de la propiedad intelectual no implican, por cierto, desecharla como institución socialmente útil. Hay mucha información, obras e invenciones que no se producirían sin esta protección, muchas industrias culturales y autores que la merecen y la requieren.

Sin protección muchas inversiones y transacciones no se realizarían. En una economía de mercado es poco realista pretender que las empresas propietarias de información gasten ingentes cantidades para luego ser desplazadas del mercado por competidoras que inmediatamente ofrezcan copias mucho más baratas de sus productos.

Los Derechos de Autor están incluidos en las declaraciones de derechos humanos y esto

no por mera coincidencia. Las creaciones intelectuales están vinculadas a los derechos de la personalidad y a los derechos laborales, ambos tocan directamente la dignidad de la persona. El trabajo intelectual puede y debe ser reconocido social y económicamente. Lo contrario sería apoyar un régimen de explotación de esta forma de trabajo humano que, probable y paradójicamente, nos llevaría a formas absolutas de monopolio (Lévy, M. 1999). No es, por tanto, el reconocimiento de derechos a los creadores intelectuales, sea mediante un profundamente renovado Derecho de Autor o nuevas instituciones, lo que aquí discutimos, sino su alcance, su estructura, las formas de remuneración y excepciones aplicables en la Red. En definitiva, su relación con los intereses públicos en juego.

De hecho, cuando en los países en desarrollo han surgido industrias nacionales productoras de bienes con alto valor agregado de propiedad intelectual, también ha aumentado el interés por protegerla efectivamente, como lo demuestran los casos de productores de video y música en Brasil, Corea, México, las Filipinas y Singapur, la industria informática de Tailandia y Malasia y la farmacéutica de la India. (Sell, S. 1998).

Dentro de esta economía política de la propiedad intelectual, la relativa a la Red muestra destacadas particularidades. La alta capacidad de comunicación y reproducción de obras colocadas en Internet hace especialmente necesario y complejo este balance no sólo legal sino real entre exclusión y difusión.

Una protección excesiva de las obras que circulan en la Red dificultaría o haría imposible el aprovechamiento creativo de las mismas. Escribir un libro, componer una obra musical o gráfica utilizando la Red, requeriría una autorización tras otra para utilizar textos, sonidos o gráficos protegidos. Esto volvería muy oneroso y complejo el proceso.

<sup>4</sup> Según Susan Sell, esto contrasta con la comparativamente mayor efectividad, derivada del mayor interés de sectores nacionales, en la aplicación de legislación de protección de la competencia ("antitrust").

Una protección muy débil o ineficiente desmotivaría la colocación en la Red de obras de autores o productores que desean protegerlas y explotarlas económicamente. La fácil, y a veces incontrolable, reproducción de obras que la Red permite combinada con una ausencia de protección la convertiría en una zona sin derechos en la que muchos no querrían ingresar.

El mecanismo por el que los países desarrollados, y especialmente Estados Unidos, vienen presionando para mayor protección de la propiedad intelectual consiste en vincularla con el comercio. Se afirma que un país no puede exportar o invertir de forma rentable en otro en el cual sus productos van a ser falsificados y vendidos a precios muy inferiores. Por tanto, Estados Unidos, por ejemplo, ha tomado retaliaciones comerciales contra los países que no protejan la propiedad intelectual.

El Acuerdo de Aspectos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) es justamente la institucionalización, mediante un mecanismo multilateral negociado en el marco del GATT, de estándares internacionales mínimos de propiedad intelectual. El ADPIC no contiene ninguna disposición *ad-hoc* para medios digitales en red, pero universaliza la protección de software vía derechos de autor. Además, los ADPIC permiten, mediante las excepciones a los derechos exclusivos, desarrollar políticas de información para la docencia, la investigación y el uso privado (Correa, C. M. 1996).

La desterritorialización de internet, empero, vuelve relativa esta vinculación entre propiedad intelectual y comercio internacional. El comercio electrónico vía internet, por ejemplo, permite transacciones inmediatas en que incluso las mercancías adquiridas y el pago del precio pueden ser virtuales, y por tanto muy diversas, a las de una importación

o una inversión internacional convencional. Por supuesto, quien vende por internet puede proteger formalmente, mediante derechos de autor, su información, pero no puede discriminar siempre entre los países de mayor o menor protección.

### 3. Propiedad Intelectual y Nuevas Tecnologías de la Información

Hay un vínculo directo entre propiedad intelectual y las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (NTIC). De entre las instituciones jurídicas tradicionales, ha sido la propiedad intelectual la preferentemente seleccionada, sobre todo por los países desarrollados, para proteger su producción y comercialización de bienes informacionales o bienes con valiosa información incorporada.

En una economía en que un alto componente del valor agregado está dado por la tecnología y en general la información incorporada, el carácter de bien público propio de la información se vuelve evidentemente problemático. El producir información requiere con frecuencia significativas inversiones, como en el caso de un nuevo programa de computación, una base de datos, obras multimedia, grabaciones musicales o cinematográficas. Paradójicamente, con las nuevas tecnologías, reproducir esa información resulta fácil y barato, como bien lo muestra la amplia reproducción ilegal de software, videos o libros.

Si producir información es caro y difícil, mientras que copiarla es barato y fácil, ¿por qué entonces una empresa, por ejemplo de programas de computación, va a realizar inversiones para producir nuevo software? Las respuestas son variadas: puede ser que de todas maneras, la empresa que produce los

originales se beneficie de ser la primera en el mercado, puede ser que cuente con subsidios estatales o que, de todas formas, siempre existan consumidores que prefieran los productos originales. Otra respuesta se halla, justamente, en la propiedad intelectual. Al asegurarle, en un grado aceptable, el Estado a la empresa la exclusividad en la producción del programa, la competencia basada en la copia puede al menos ser disminuida o controlada (Cooter y Ulen 1998).

Para los países en desarrollo, como predominantemente importadores y consumidores de la información transmitida mediante estas nuevas tecnologías, los problemas y desafíos son complejos. Pese a que aún hay escasez de estudios empíricos, puede arriesgarse la afirmación de que la propiedad intelectual es más importante para los intereses de un país en el comercio internacional mientras mayor sea su producción de bienes vinculados a las nuevas tecnologías (Correa, C. M. 1999). Para los países que principalmente las importan o consumen, lo fundamental es asegurar que los niveles de protección de la propiedad intelectual no inhiban el comercio, la transferencia tecnológica y la producción e innovación nacional.

Un desafío más profundo, para los países en desarrollo, consiste en convertirse ellos mismos en innovadores productores de estos bienes de la información. Ello es complejo pero no imposible, como lo ha demostrado un adecuado papel estatal en el desarrollo de la industria informática en países como Brasil, India, Corea o Costa Rica. En América Latina como conjunto, los derechos de autor sobre programas de computación corresponden en su mayoría a empresas extranjeras. La producción propia de la región se concentra más bien en la industria editorial, la creación musical y obras televisivas (Correa, C. M. 1999).

## 4. Derechos de Autor e Internet

Entre las NTIC la Red plantea a la propiedad intelectual problemas complejos y a la vez fascinantes. En la relación específica con la propiedad intelectual, la Red impacta especialmente sobre los regímenes de derechos de autor y marcas (y la relación de estas últimas con los nombres de dominio). En este ensayo, como hemos dicho, atendemos exclusivamente a la primera de estas relaciones, la relativa a Derechos de Autor.

Los Derechos de Autor consisten básicamente en la facultad exclusiva del titular de tales derechos para explotar económicamente una obra, entendida ésta como una creación artística o literaria, un texto científico o contenidos de nuevas tecnologías de la información. En otras palabras, el Derecho de Autor es la facultad legal de excluir a otros de tal aprovechamiento económico de la obra. Empero, como veremos, incluye también otro tipo de derechos, llamados derechos morales.

Desde el punto de vista económico, el titular de los derechos de autor puede realizar, autorizar o prohibir la reproducción, comunicación, distribución, importación y traducción de las obras bajo su derecho. La relación de los Derechos de Autor con internet es entonces directa, pues en la Red circulan numerosas obras, tales como textos, imágenes, música, programas de computación, bases de datos, planos, diseños, etcétera.

El problema central en la relación entre Derechos de Autor e internet viene dado, como en la propiedad intelectual en general, por la búsqueda del balance entre exclusión y difusión. Es cierto que los autores y productores deben tener derecho a que se reconozca su esfuerzo creativo y su inversión económica, pero la cultura y las ideas

no pueden ser monopolizadas sino al costo de suprimir la vida cultural y educativa de la comunidad.

Por ejemplo, quienes escriben y publican libros para el sistema escolar deben tener derechos de autor, pero si tales derechos llevan a fijar precios monopólicos que los vuelvan inaccesibles, se plantea un problema de política educativa más allá de los derechos de autor, que sin embargo los incluye. En esta línea, el Apéndice del Convenio de Berna establece a favor de los países en desarrollo licencias obligatorias para traducción de obras para uso escolar, universitario y de investigación. Tales licencias vuelven disponibles ciertas obras para responder a necesidades del público o del sistema educativo a un precio comparable al de sus países de origen. La evaluación del papel social e importancia de los derechos de autor, entonces, no debe ni puede hacerse aislándolo de otras consideraciones sociales.

En general, para evitar abusos en el ejercicio de los Derechos de Autor, éstos se conceden de forma temporal y se hallan limitados por excepciones y “usos honrados”. La existencia y ejercicio de “usos honrados” son fundamentales para que los derechos de propiedad intelectual no devengan obstáculos a la difusión del conocimiento y la competencia económica.

En la teoría de Derechos de Autor son “usos honrados” aquellas excepciones que no atentan a la normal explotación de la obra, ni perjudican al titular de los derechos, causando perjuicio a sus legítimos intereses. A más de la posibilidad de hacer citas, otros ejemplos de “usos honrados” son la difusión de artículos o comentarios de medios de comunicación, citando la fuente; la difusión por la prensa de conferencias y discursos, el uso personal de anotaciones de conferencias, entre otros.

La iniciativa internacional de carácter legislativo más amplia sobre Derechos de Autor e Internet es la de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI).<sup>5</sup> Esta organización de las Naciones Unidas ha propuesto, para la ratificación de al menos 30 Estados, el Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor-WCT (1996). Este tratado junto con el de Intérpretes y Ejecutantes, considerado más adelante, forman los llamados “tratados Internet de OMPI”.

Según el artículo primero del WCT, es fundamentalmente un arreglo particular del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (1971). Su orientación básica es hacer extensiva la protección clásica de los Derechos de Autor a las obras en entornos digitales y redes. Nosotros expresamos reservas, a lo largo de este artículo, sobre el éxito real de tal empresa, puesto que la Red remueve las bases conceptuales de múltiples aspectos del Derecho de Autor.

Estas reservas son compartidas por varios autores. En relación a la aplicación de los Derechos de Autor a entornos digitales en red se ha señalado que “la revisión que se efectúe debería conllevar un análisis más profundo sobre la naturaleza misma de los derechos, y particularmente sobre la posibilidad de mantener, en algunos casos, la formulación tradicional de derechos exclusivos frente a un fenómeno de creciente colectivización que podría ser mejor atendido mediante derechos de remuneración u otras fórmulas jurídicas” (Correa, C. M. 1996).

En todo caso, en la declaración concertada sobre el artículo 10 del WCT se determina justamente que los estados contratantes pueden “aplicar y ampliar debidamente las

<sup>5</sup> Otros importantes documentos al respecto son: el Informe Bangemman, el Libro Verde de la Comunidad Europea, las conclusiones del Grupo de Estocolmo, entre otros.

limitaciones y excepciones al entorno digital, en sus legislaciones nacionales, tal como las haya considerado aceptables en virtud del Convenio de Berna. Igualmente, deberá entenderse que estas disposiciones permiten a las partes contratantes establecer nuevas excepciones y limitaciones que resulten adecuadas al entorno de red digital” (OMPI 1997).

Existe entonces, incluso en el marco de estas negociaciones multilaterales, un margen o espacio para las políticas legislativas de los estados sobre esta materia. En el diseño de tales normas y políticas debería considerarse que la Red puede constituir igual un instrumento de concentración como de democratización de la información, la educación y la riqueza.

En las sociedades latinoamericanas, ya de por sí inequitativas, los Estados deberían desarrollar políticas tecnológicas y educativas tendientes a la difusión del conocimiento. Es en el marco de estas políticas democratizadoras donde deben protegerse y regularse los derechos de propiedad intelectual en la Red y también sus “excepciones y usos honrados”. Es en el marco de estas políticas donde el Derecho de Autor debe rediseñarse para adaptarse a la era digital. Los derechos de autor deben contener los equilibrios y alcances que permitan hacer de ellos reales incentivos a la producción y difusión de conocimiento y riqueza, mas nunca barreras a tales procesos.

## 5. La Red y el derecho a la integridad de la obra

Los autores no sólo tienen derechos económicos o patrimoniales sobre sus obras. Existen además, como ya mencionamos, —en los sistemas romanogermánicos— los llamados

“derechos morales de autor”. Estos derechos protegen la personal relación del autor con su obra. Los principales son el de que se los mencione como autores (paternidad de la obra), mantenerla inédita (derecho al inédito) y oponerse a toda deformación (derecho de integridad de la obra).

Los derechos morales, a diferencia de los patrimoniales, son intransferibles e imprescriptibles. Estos derechos revelan que el Derecho de Autor no es un asunto puramente mercantil, sino que está vinculado también a los llamados derechos de la personalidad, es decir a aquéllos que nacen de la condición de las personas en cuanto tales.

El derecho moral a la integridad de la obra se relaciona directamente con el derecho patrimonial a la transformación de la obra. Podemos entonces prever que una vez que el autor transfiera sus derechos patrimoniales, podrían eventualmente surgir conflictos entre las transformaciones que los nuevos titulares quieran hacer a la obra y los derechos morales del autor a impedir que se la deforme (derecho a la integridad de la obra). Una situación así, por ejemplo, podría surgir fácilmente entre quien diseña una página web y quien la contrata.

La Red, empero, plantea otras situaciones inéditas para el Derecho de Autor y los derechos de integridad y transformación en particular. Una obra puede ser colocada en un servidor y actualizada infinidad de veces por múltiples personas (es el caso de Linux). Ésta, ciertamente, es una situación distinta a la del libro, el cuadro o el video cuya reproducción requiere un soporte material sobre el cual ya ha sido fijada una versión de la obra. Es decir, la tecnología digital en red genera tal versatilidad sobre las obras, que no puede dejar de apreciarse su impacto sobre el derecho de transformación y en particular el derecho a la integridad de la obra.

A diferencia de la televisión y la radio, cuyas posibilidades de reproducción se reducen a la grabación de un video o de audio, la Red ofrece muchas más alternativas en cuanto al tipo de obras que pueden ser transmitidas, y mayor capacidad en cuanto a la reproducción y transformación de las mismas. Lo que es más importante: mientras las actividades de una estación de televisión o radio pueden ser más fácilmente controladas por las autoridades del país en que opera, el acceso a y la extracción y transformación de información en la Red escapan más fácilmente a tal control.

## 6. Reproducción y comunicación

Entre los derechos económicos de los autores (“derechos patrimoniales”) destacan los de controlar la reproducción, comunicación y distribución pública de sus obras. Se entiende por “reproducción” la réplica de la obra en cualquier medio o por cualquier procedimiento, incluyendo su almacenamiento digital. La “comunicación”, en cambio, consiste en hacer la obra asequible a una pluralidad de personas reunidas o no, como en una representación teatral, la proyección de una película o la transmisión de un programa de radio. “Distribución”, sin embargo, es poner a disposición del público el original o copias de la obra, mediante venta, arrendamiento o cualquier otra forma.

Internet remueve las estructuras tradicionales de estos conceptos porque parece superponerlos hasta hacer difícil su diferenciación. Cuando nuestro computador se conecta a internet podemos acceder a obras protegidas por el Derecho de Autor. Esta conexión implica por tanto una “reproducción” automática de obras protegidas, puesto que la Red técnicamente requiere que nuestra com-

putadora realice una copia parcial y temporal de las páginas de internet que visitamos. Al mismo tiempo hay un acto de “comunicación”, aunque aquí no es claro si éste es público o privado. En cierta forma, hay también una “distribución”, tanto por las copias que nuestra computadora obtiene como por las múltiples posibilidades que tenemos de obtener una “copia privada”, imprimiendo o grabando la información.

Otro derecho patrimonial del autor o titular es el de “adaptar o modificar la obra”, pero las capacidades de edición que los actuales programas nos ofrecen permiten que, al menos en nuestro entorno privado, modifiquemos la obra que hallamos en internet. Lo que es más: si se nos permite acceso, podemos modificar la obra en línea. Podemos modificar cuadros, obras musicales, textos literarios o programas de computación, transformándonos así de público en coautores, resquebrajando así también los conceptos de integridad de la obra y los de autor, productor y público.

Esta superposición de derechos patrimoniales puede incluso coincidir con otro derecho patrimonial: el de “importación”. Los autores, si producen su obra fuera de su país, tienen el derecho de importarla a éste, salvo que ya la hayan comercializado en el extranjero (agotamiento de derechos). Empero, en el caso de la Red puede ser que, por ejemplo, mediante mi tarjeta de crédito yo adquiera desde el extranjero y en línea una obra, un texto, una foto o música. ¿Es este acto una importación?

Así, la tecnología en la Red ha desbordado los linderos conceptuales entre los derechos patrimoniales de autor. Ella ejecuta copias automáticas y nos comunica de una forma inédita, barriendo fronteras en segundos. Las tecnologías de reproducción digital superan en mucho a las analógicas en

capacidad de volumen, velocidad y calidad, haciendo posible la reproducción masiva a nivel doméstico (Marks y Turnbull 1999).

Estas características tecnológicas y sociales de la Red hacen que, para efectos del Derecho de Autor, su función de difusión salga, de hecho, fortalecida con relación a la de exclusión. Prueba de ello son fenómenos como el de Napster, las bibliotecas virtuales que ofrecen información gratuita, las ediciones virtuales de los periódicos, los programas de computación que se pueden bajar libremente y, en general, el gran número de servicios gratuitos públicos y privados, ofrecidos en la Red. En muchos de estos casos, el financiamiento no proviene del “internauta” sino de la publicidad colocada en los sitios a los que accede y en la información económicamente valiosa que la navegación proporciona (Lévy, P. 1999).

Por supuesto, otros intereses presionan en sentido contrario tratando de regular o proteger los derechos de autor en la Red. El caso Napster y las exigencias de las industrias discográficas es igualmente un claro ejemplo en este sentido. Otros fenómenos como el registro de derechos de autor de la información colocada en *websites*, el pago para acceder a ella, la identificación de quienes acceden o la determinación contractual de condiciones de acceso son expresiones de esta reivindicación de la protección a tales derechos.

## 7. Autores y productores

Hay que hacer una necesaria distinción entre autores y productores. El autor es el creador intelectual de la obra, el productor toma la iniciativa económica de producción de la obra mediante su financiamiento y colocación en el mercado. El autor puede negociar

o ceder sus derechos económicos al productor, como sucede cuando el autor es un empleado del productor.

El Derecho de Autor revela últimamente una tendencia a fortalecer los derechos de productores incluso a costa de los autores. Las facultades legales de quien invierte en un programa de computación son hoy mayores que las del que lo diseña. Algo similar sucede con los “derechos conexos”<sup>6</sup> de organismos de radiodifusión y de productores de fonogramas. Las actividades de inversión y técnicas de éstos vienen siendo protegidas de forma similar a la actividad creativa de autores y artistas.

Juristas y economistas partidarios de intensificar la protección de los derechos de autor con frecuencia esgrimen el argumento de que los beneficios económicos que esta suerte de monopolio produce actúan como un incentivo a la creatividad de los autores. Esta afirmación, discutible cuando se aplica a los autores, parecería reeditarse y volverse hoy más admisible en el caso de inversionistas y productores.

En una economía de mercado la protección de la inversión vía propiedad intelectual, deseable o no, es real y plantea la necesidad de políticas, de regulaciones, limitaciones o exclusiones que atiendan a otros valores o intereses públicos. Estas políticas y regulaciones, para cumplir con estos intereses sociales, no pueden ser idénticas para todos los países. Mientras que los países en que predomine la producción de información protegida o protegible bregarán por una mayor protección, los países consumidores de tal información

<sup>6</sup> Los derechos conexos son aquellos vinculados a la comunicación de obras protegidas por derechos de autor. Se trata de derechos económicos y morales por comunicación pública de interpretaciones, de actuaciones de artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión.

buscarán, o deberían buscar, una adecuada flexibilidad. Empero, en tanto estos países se convierten también en productores de información, por ejemplo mediante el desarrollo de sus industrias culturales, la conveniencia puede apuntar también a un aumento de los umbrales de protección.

En todo caso, la Red lanza sobre las instituciones del Derecho de Autor una serie de preguntas: ¿puede y debe el internet convertir a cualquiera en autor?, ¿puede mediante la eliminación de editores y productores dar nueva voz y nuevos derechos a los autores o convertir a éstos en autores y productores a la vez?, ¿cuáles son los balances entre apropiación y difusión socialmente deseables y tecnológicamente posibles?

La dificultad de apropiación privada de la información en general, su carácter de bien público y realidad necesitada, en todo caso, de alguna forma de soporte material, su condición de proceso o acontecimiento antes que de objeto (Lévy, P. 1999) llegan a una situación extrema en el caso de internet.

Son éstas, entre otras, las peculiaridades que siembran dudas sobre la idoneidad del Derecho de Autor para regular la circulación de obras en internet. Parecería más razonable un profundo rediseño del Derecho de Autor o crear nuevas instituciones jurídicas que no sólo preserven el potencial difusor de la Red, reconociendo a los autores, cuando así lo quieran, un nuevo tipo de derechos.

Aunque la sintamos burda, la comparación de internet con un sistema de agua potable es suficientemente didáctica para hacernos a la idea de que al utilizar, por ejemplo, una fotografía o al bajar música de la Red, estamos abriendo un grifo de información antes que reproduciendo un producto (Levy, P. 1999). Al igual que pagamos por el uso de un poco de agua, podríamos pagar por el uso de un poco de esta información, incluso

para que se siga produciendo. Empero, en este punto estamos ya bajo una lógica normativa que redimensiona fuertemente la del Derecho de Autor.

Alternativas de esta índole podrían ser adecuadas y convenientes para los países en desarrollo, en cuanto preservan la difusión de información en la Red, reconociendo ciertos derechos a los generadores privados interesados en o necesitados de un ingreso. Ésta parece ser, por cierto, la alternativa que se estaría barajando en el caso Napster.

En las áreas del Derecho de Autor que lindan con el Derecho Penal pueden descubrirse problemas como los de la originalidad y las nuevas posibilidades tecnológicas de acceso a obras literarias, visuales, musicales, etc. Colocadas en la Red “obras en colaboración” en las que la Red ha sido utilizada. Si un grupo de autores escribe, por ejemplo, un libro utilizando la Red, es técnicamente posible capturar esta información y plagiarla. Ello podría exigir pruebas relacionadas con esta tecnología, antes inimaginables en los procedimientos propios de un juicio de propiedad intelectual.

## 8. La red y la originalidad de las obras

La “originalidad” es un concepto clave en Derechos de Autor. Pensemos en lo que implicaría que alguien pretendiese que se proteja el libro o el cuadro que ha copiado a otro. Igualmente, un simple listado como una guía telefónica o información que por su propia naturaleza no puede ser exclusiva, como los textos legales, mal podrían ser concebidas como creaciones originales, como obras y por tanto protegibles por derechos de autor.

Generalmente las leyes no definen qué se entiende por “originalidad”, así que han sido

jueces y tratadistas del Derecho los que han ido definiéndola. Mientras que en los países con sistemas de *Common Law* prevalece la visión de la “obra original” como un trabajo único, que no resulta de copiar a otro, en los sistemas de Derecho romano-germánico se ha insistido en que la “obra original” es una proyección de la personalidad del autor, una materialización de su creatividad (Rengifo, E. 1996).

Hoy, como resultado de la confluencia de las dos tendencias antes señaladas, comienza a prevalecer una concepción de originalidad que requiere algún grado de creatividad, de esfuerzo, por parte del autor, el cual ha generado su obra mediante un esfuerzo independiente, sin copiar, abierta o disimuladamente, obras preexistentes (Rengifo, E. 1996).

El Derecho de Autor es heredero del espíritu renacentista y por tanto enfatiza en el aporte individual en el proceso creativo. Bajo otros lentes culturales, como el de muchos pueblos indígenas, el autor es siempre colectivo. El artesano, por ejemplo, es un artista que expresa la tradición de la comunidad. En efecto, es conveniente que la contribución individual no opaque injustamente la dimensión social en la creación de una obra. La historia de las artes y las ciencias aportan innumerables ejemplos de la fuente social de la cual se alimenta hasta el creador más genial.

Siendo la creación un proceso individual, pero también social, el Derecho de Autor debe igualmente buscar un equilibrio entre ambos intereses. Una concepción muy laxa o amplia de “originalidad” hace que casi se considere como obra protegible cualquier tipo de información. De hecho, hay cierta tendencia a proteger por Derechos de Autor toda obra en la que se haya invertido algo de tiempo y dinero: programas de computación con estructura obvia, contenidos de bases de

datos, hipertextos en la Red, páginas de la Red de formato muy común. De esta forma lo que en realidad comienza a protegerse exclusivamente es la inversión económica, no la creatividad.

Una concepción muy estrecha o muy exigente de ‘originalidad’, en cambio, da como resultado que muchos trabajos que representan una innovación, un aporte, queden desprotegidos. Esta situación desalienta las pequeñas pero valiosas innovaciones y transformaciones, fortaleciendo el monopolio de quienes sí alcanzan protección.

La Red plantea cuestionamientos al concepto de “originalidad”, como los que han generado ciertas versiones de *net.art*, las cuales permiten una suerte de Linux artístico, pues en la Red es posible no sólo ver un cuadro, oír una melodía o leer un texto literario sino transformarlos, ser al tiempo espectador y co-creador. El ciberespacio en algunos casos permite participar en una creación estética colectiva abierta a todo aquel que tiene acceso, en la que no sólo la dicotomía autor-productor sino también la de autor-público parecen difuminarse.

No vamos a entrar a reflexiones de orden estético sobre esta posibilidad, pero sí queremos anotar el resquebrajamiento que produce tal tecnología en los andamiajes jurídicos del Derecho de Autor, en los cuales conceptos como “autor”, “originalidad” o ‘integridad de la obra’ dependen de una clara diferenciación entre autores y público.

### *Protección de programas en línea*

La alta interactividad de la Red tiene también complejas implicaciones sobre la producción y comercialización de programas de computación en línea. De por sí los programas de computación son problemáticos

para el Derecho de Autor, pues aunque las estructuras de dos programas sean idénticas, la copia puede ser disimulada mediante modificaciones que alteren los elementos perceptibles (Sarra, A. V. 2000).

En principio, los programas de computación que circulan por la Red están protegidos por derechos de autor. Paradójicamente, en ciertos casos, la Red puede aumentar los niveles de protección. Una respuesta tecnológica para evitar la copia y la falsificación ha sido la utilización de técnicas de criptografía (Sarra, A. V. 2000). Por otra parte, la comercialización de estos programas mediante la Red ofrece interesantes oportunidades a pequeñas empresas y profesionales independientes que difícilmente pueden competir con los grandes productores mediante formas de comercialización convencionales (Sarra, A. V. 2000). Esta opción podría aumentar el potencial económico de los productores de software de países en desarrollo.

Pese a la criptografía, las dificultades legales con la determinación de cuándo un programa es original o no y cuál es el alcance de la protección, siguen latentes. Así por ejemplo, si alguien ingresa a la estructura interna de un programa de computación bajado de la Red (código fuente) pero no para copiarlo sino para, inspirándose en él, crear un nuevo programa, nos hallamos frente a la denominada ingeniería inversa (*reverse engineering*). ¿Es la ingeniería inversa ilegal, contraria a los derechos de autor?

Un principio básico en Derechos de Autor es el de que éste protege la forma, la expresión de las ideas, no las ideas en sí mismas. Se protege el cuadro específico que representa un bosque, o el texto que explica una teoría científica, no la idea de pintar bosques o la teoría científica en sí misma. Igualmente, no se pueden proteger las ideas matemáticas subyacentes a un programa de computación,

sino la forma como éstas han sido usadas para diseñar un programa específico. Lo contrario sería como prohibirle a un novelista que lea otras novelas para escribir las suyas.

La posibilidad de realizar ingeniería inversa se acrecienta con la mayor accesibilidad y circulación de programas que la Red hace posible. Es necesario que, conforme lo ha hecho parte de la jurisprudencia en Estados Unidos y Japón, así como la directiva del Consejo de la Comunidad Europea sobre programas de computación, las legislaciones y autoridades de los países en desarrollo admitan la realización de ingeniería inversa en cuanto no constituya un paso hacia el plagio. La ingeniería inversa no debe ser concebida como una copia sino como una investigación de las ideas del programa, en términos jurídicos: un “uso honrado”, es decir una actividad que al menos por sí misma no interfiere con la normal explotación de la obra, ni con los derechos del autor.

La ingeniería inversa es indispensable para el desarrollo tecnológico y económico de las industrias de software en los países en desarrollo y constituye una necesidad técnica para lograr interoperabilidad entre programas. La aclaración es necesaria, pues algunos ordenamientos jurídicos, como el de la Decisión Andina 351, podrían ser interpretados en el sentido de que prohíben la ingeniería inversa.

La Decisión Andina 351, al igual que varias legislaciones nacionales, autoriza a quien adquiere un programa de computación exclusivamente su fijación en el disco duro de la computadora con el propósito de utilizar el programa y una copia de resguardo o seguridad. Esta normativa insiste, inconvenientemente para los intereses de los países en desarrollo, en que éstas son las únicas excepciones permitidas al Derecho de Autor (Álvarez y Restrepo 1997).

Sin embargo, la ingeniería inversa adecuadamente practicada no sólo es necesaria sino compatible con los principios fundamentales del Derecho de Autor, esto es: proteger al autor o al titular de los derechos de autor, pero logrando un balance con las necesidades sociales de difusión de las ideas, la cultura, la ciencia y la tecnología. Prohibir la realización de ingeniería inversa equivaldría a proteger las ideas, lo cual, como hemos visto, es contrario a principios básicos del Derecho de Autor.

## 9. Bases de datos

El problema de la originalidad se evidencia también en materia de bases de datos. Internet contiene infinidad de bases de datos a los cuales se puede acceder mediante una computadora conectada y/o autorizada desde cualquier parte del mundo. Estas bases de datos pueden ser rápida y perfectamente reproducidas. Se plantea entonces el problema de qué es lo que queda protegido por Derechos de Autor en una base de datos colocada en internet. Al respecto habría que distinguir como partes distintas de una base de datos: el programa o software que la opera, el contenido o los datos y la propia base de datos o contenedor.

Todas estas partes de las bases de datos estarían protegidas por el Derecho de Autor. Empero en cuanto a los datos o contenidos hay que aclarar que lo que se protege es la “selección y disposición u ordenación creativa de contenidos” en cuanto constituyen creaciones intelectuales. No se protegen los datos o materiales en sí mismos cuando han sido tomados del dominio público.<sup>7</sup> Este es

<sup>7</sup> En efecto, sobre estos datos puede o no haber derechos de autor anteriores. Si no los hay es porque los datos han sido tomados del dominio público; por ejemplo, al

el sentido del artículo 5 del Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor y el art. 10.2 de los ADPIC, así como la interpretación que ha hecho el Tribunal Andino de Justicia de los artículos 4, 28 y 58 de la Decisión Andina 351 sobre Derechos de Autor.

La aclaración de qué es lo protegido es también fundamental en materia de bases de datos para mantener el equilibrio entre exclusión y difusión del que hemos venido hablando. Pensemos que los derechos de autor derivados de la creatividad, el trabajo y la inversión de quien construye una base de datos tienen que ser balanceados con las necesidades, beneficios y usos honrados de los usuarios (Sarra, A. V. 2000). En efecto, científicos, investigadores, educadores y público en general tienen también derechos e intereses en cuanto al acceso a la información.

De esta forma, al elaborar una base de datos y ponerla en la Red, el autor de dicha compilación o quien tiene derechos sobre ella debe, por un lado, respetar los derechos de autor de quienes elaboraron los datos y, por otro lado, permitir un acceso y uso adecuado de la información por parte del público, el cual puede extraer esos datos libremente si fueron tomados del dominio público y son utilizados dentro de los usos honrados.

El mantener este equilibrio, aunque difícil, es importante. Hay cierta tendencia, especialmente en la Comunidad Europea,<sup>8</sup> a una suerte de sobreprotección de las bases de datos o, más exactamente, una ampliación del concepto legal de “base de datos”

coleccionar fragmentos de leyes. Si hay derechos de autor anteriores, tales datos están protegidos con relación a estos autores anteriores. Por ejemplo, una base de datos en base a fragmentos de enciclopedias.

<sup>8</sup> Nos referimos a la posición común de la Comisión Europea (EC) nro. 20-95 para una Directiva comunitaria sobre protección de bases de datos. OMPI también ha planteado, con similar orientación, una propuesta de Tratado para la Protección de Bases de Datos Sui Géneris.

a cualquier compilación que haya significado inversión económica. Se pretende aplicar los derechos de autor, ya no sólo a la selección o disposición creativa de datos sino a los contenidos mismos (Buydens, M. 1999), bajo el argumento de que hay ciertas bases de “datos sui géneris” para las que sería necesario proteger la inversión realizada en obtener, verificar y presentar dichos contenidos (Sarra, A. V. 2000). Así, la extracción no autorizada de datos de estas bases sería un hecho violatorio de los derechos de autor, aunque esos datos hayan sido tomados del dominio público antes de ser compilados.

Tal planteamiento, ciertamente, sobredimensiona los derechos de los autores de bases de datos hasta el punto de romper el equilibrio con los derechos e intereses sociales de acceso a la información y con los usos honrados por parte del público. Contrariamente, en *Feist Publications, Inc. V Rural Telephone Service*, en 1991, la Corte Suprema de los Estados Unidos negó el derecho de copyright sobre recopilaciones como listas de nombres, de direcciones y de números telefónicos en orden alfabético. La Corte consideró estos datos obvios, sin el nivel de creatividad necesario para ser protegidos.

Una de las riquezas de internet radica justamente en la posibilidad de acceder y utilizar ampliamente información de bases de datos. Así por ejemplo, los propios enlaces de hipertexto pueden ser vistos como una base de datos y sabemos que ellos son una de las claves para el desarrollo de la Red. Proteger los enlaces de hipertexto aduciendo que hay inversión o creatividad en su recopilación en una página web, inhibiría más que facilitaría el uso y crecimiento de la Red.

La simple agregación de datos, por más extensa o laboriosa que haya resultado, no puede ser protegida en sí misma sino sólo la selección original y disposición creativa

de la información. Lo contrario es consagrar una suerte de privatización o apropiación legalizada de información que se halla en el dominio público, lo cual es contrario a principios básicos de derechos humanos y a derechos constitucionales a la información, la cultura y la educación.

Otras restricciones al desarrollo tecnológico vinculado al uso de bases de datos consisten en la “prohibición de” o “sanción por” la importación de instrumentos o tecnología que pueda ser utilizada para copiar bases de datos también se plantea la imputación de responsabilidad a proveedores de internet por violaciones cometidas por los usuarios. Tales medidas pueden fácilmente devenir en una radicalización de la protección de la propiedad intelectual que la deforma, convirtiéndola en un sistema de abusos monopólicos.

## 10. Páginas de Internet

Otro problema, relacionado directamente con el de la originalidad, hace relación a la protección de las páginas en la Red o páginas web. Estas páginas pueden incluir y combinar textos, fotos, música, video y otras obras protegidas por Derechos de Autor. En esta medida los autores de las páginas deberán obtener las correspondientes autorizaciones. A su vez, la nueva página estará protegida como una nueva obra. Esto es más o menos similar a lo que sucede al realizar una película, en la que estando la música, los textos o las imágenes utilizados protegidos por Derechos de Autor anteriores, queda protegida también la producción cinematográfica en sí, como una nueva obra.

El problema aflora, con relación a la originalidad, ante la necesidad de diferenciar

páginas creativas que forman parte incluso de la estrategia comercial de las empresas, de otras páginas creadas mediante software aplicativo y de diseño estándar, similares a miles de otras que circulan en la red (Sarra, A. V. 2000). Otro problema se refiere a la determinación de quién tiene los derechos de autor, pues frecuentemente las empresas contratan a otras que desarrollan páginas web. En este caso, salvo pacto en contrario, los derechos corresponderán a la empresa que ha contratado la elaboración de la página (Sarra, A. V. 2000).

## 11. Copia privada y copia no autorizada

Cuando en nuestro hogar grabamos en un casete una obra musical o audiovisual e incluso cuando fotocopiamos parte de uno de nuestros libros, no violamos los derechos de autor. En efecto, esto es lo que se denomina “copia privada”. Consiste en una reproducción de la obra para fines puramente personales, es decir para su uso en el ámbito privado, sin que haya de por medio afán de lucro. Se diferencia de la “copia no autorizada”, la cual generalmente tiene carácter masivo y fin de lucro, y para la cual no hay medidas compensatorias.

En general, las leyes de propiedad intelectual permiten la “copia privada” y establecen pagos compensatorios por la pérdida económica que en algún grado sufren los titulares de derechos de propiedad intelectual. Estos pagos compensatorios suelen financiarse imponiendo, a su vez, ciertos pagos a los importadores de las máquinas reproductoras, tales como fotocopiadoras, grabadoras, etcétera.

Surge entonces la pregunta de si la reproducción que podamos hacer de obras puestas

en internet para fines personales constituye o no una “copia privada”. En principio, no hay grandes diferencias entre fijar una obra en un casete de audio o video, en el disco duro de nuestra computadora o en un disquete. En todos estos casos el problema surge si realizamos numerosas copias para lucrar mediante su comercialización.

Sin embargo, a diferencia de las copias privadas de audio o video, no existe actualmente en las legislaciones un mecanismo de compensación económica por la pérdida que la copia privada de una obra en internet pueda infringir. No se realizan pagos compensatorios por la importación de computadoras, pues éstas no tienen una función de mera reproducción. Por otra parte, al menos la copia automática de la obra en internet que realiza la computadora, a diferencia de la copia privada, es involuntaria y temporal. Responde muchas veces más a una necesidad técnica que personal.

En cuanto a la impresión o grabación voluntaria que realicemos de una obra colocada en la Red, ésta parece corresponder más claramente al concepto de “copia privada”. Empero, algunas conductas como el colocar dicha obra en una página web distinta a aquella en la que la hallamos o el reenviarla mediante correo electrónico, constituyen usos que sin ser necesariamente comerciales rebasan el ámbito privado y podrían violar derechos de autor.

En la Red algunas obras serían o no susceptibles de comunicación más allá del ámbito personal según el contexto en que se usen. El texto de un correo electrónico, por ejemplo, es natural que sea difundido cuando se participa en una lista de discusión, pero si es una comunicación personal hay derecho a la privacidad y, eventualmente, podría haber derechos de autor involucrados.

## 12. Derechos Conexos e Internet

Los “derechos conexos” son aquellos que protegen intereses patrimoniales y morales de quienes contribuyen a hacer accesibles al público obras protegidas por Derechos de Autor. Pensemos, por ejemplo, en cómo un cantante difunde una obra musical o en cómo la radio la transmite. Uno es el derecho de autor sobre la composición musical y otros los derechos conexos sobre la interpretación o la transmisión de la misma. Aunque relacionados, son derechos distintos. Se denominan “conexos” justamente por su relación directa con los Derechos de Autor.

Los “derechos conexos” protegen intereses patrimoniales y morales de artistas, intérpretes o ejecutantes, de los productores de fonogramas y de organismos de radiodifusión. Notemos cómo, en la línea de proteger la inversión, se tiende a fundir en una sola categoría actividades artísticas como las de los intérpretes con procesos técnicos de fijación y transmisión de sonidos.

En todo caso, la relación de los derechos conexos con la Red viene dada por el hecho de que en ella muchas de estas interpretaciones y grabaciones están ampliamente difundidas. De esta forma, la reproducción ilegal afecta no sólo a los Derechos de Autor sino también a los conexos.

Los derechos patrimoniales de los titulares de derechos conexos se refieren a la autorización o prohibición de reproducir, distribuir, alquilar y en general comunicar al público sus interpretaciones o ejecuciones y de percibir una remuneración por tal comunicación.

La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual ha elaborado, no sólo un Tratado sobre Derechos de Autor-WCT (1996) sino, además, otro sobre Interpretación o Ejecu-

ción y Fonogramas-WPPT (1996). Dicho tratado, en general, extiende los derechos y protección de la Convención de Roma de 1961 sobre derechos conexos al entorno digital.

Empero, llama la atención en dicho tratado la declaración concertada respecto del artículo 15. En tal declaración, se aclara que las delegaciones diplomáticas que adoptaron el acuerdo no pudieron llegar a un consenso con relación al alcance exacto del derecho de remuneración a artistas, intérpretes y órganos de radiodifusión por la comunicación al público de los fonogramas publicados con fines comerciales en medios digitales.

Otro aspecto a destacar es la disposición del artículo 16 del WPPT, que establece que las partes contratantes pueden prever en sus legislaciones nacionales limitaciones y excepciones a los derechos conexos en entorno digital, tales limitaciones deberán estar a su vez enmarcadas en los usos honrados permitidos en el Convenio de Berna.

Los artículos 15 y 16 del WPPT ratifican la idea que hemos expuesto: los Derechos de Autor, y también los Derechos Conexos, deben ser redimensionados significativamente para poder responder a los desafíos de la era digital.

## 13. Tecnologías contra la copia no autorizada

No sólo se ha buscado en la ley, sino también en nuevas tecnologías, mecanismos para evitar la violación de derechos de autor sobre obras en la Red. De hecho, la *Millenium Act* de los Estados Unidos y el artículo 11 del Tratado de 1996 de la OMPI sobre Derechos de Autor, otorgan protección jurídica a los autores y productores contra las acciones para eludir estas medidas tecnológicas.

Estas medidas tecnológicas son diversas y complejas. Van desde el encriptamiento de la información hasta mecanismos por los cuales se advierte de la existencia de derechos de autor justo antes de reproducir una obra. En otros casos, se impide realizar más de una copia, se desarrollan diversos sistemas de identificación del usuario o errores voluntarios e inoocuos que permiten identificar cuándo, por ejemplo, una base de datos ha sido copiada.

Estas tecnologías han estado también en el centro del debate. Para quienes quieren protección, ellas son mecanismos idóneos para asegurar sus derechos sin necesariamente limitar los de los usuarios. Para los críticos, tales tecnologías limitan el derecho a la información, a los usos honrados de las copias privadas y en algunos casos incluso el derecho a la intimidad.

Algunas de estas tecnologías ya están en uso, con resultados desiguales, pero es claro que su aplicación indiscriminada podría ciertamente atentar contra derechos legítimos de los usuarios. Además, como las propias compañías lo reconocen, tales tecnologías adolecen de una serie de limitaciones técnicas y son por sí solas insuficientes para otorgar efectiva protección (Marks y Turnbull 1999).

## 14. El problema de la jurisdicción

Internet es global y las leyes de propiedad intelectual, pese a su internacionalización mediante tratados bilaterales y multilaterales, siguen teniendo a los Estados nacionales, sus leyes y autoridades como base fundamental. Este desfase da lugar a complicados problemas jurisdiccionales. Cuando se pro-

duce una violación internacional al Derecho de Autor mediante uso de internet, ¿quién puede o debe reclamar?, ¿el afectado debe comparecer ante un juez de su domicilio o ante el del proveedor de internet o, quizá, ante el del que violó sus derechos?

El Derecho Internacional Privado regula las relaciones jurídicas entre nacionales de distintos estados. Es claro que los esquemas de este tipo de Derecho resultan insuficientes en cuanto también se basan en la territorialidad como referente (Sarra, A. V. 2000). La fugaz fluidez de la información en la Red, la posibilidad de que una misma página o portal se halle en distintos servidores ubicados en varios países y de que los consumidores realicen transacciones desde cualquier parte del mundo desde donde hay acceso, complica los aspectos jurisdiccionales en internet.

De hecho, hay quienes ven justamente en esta ausencia de un control central y de normas y autoridades definidas o únicas un aspecto revolucionario de internet. Nos hallaríamos frente a una nueva realidad social bajo un gobierno global y sistemas de autorregulación. Empero, ello no elimina las relaciones de poder en el sistema. Así, por ejemplo, serán las sociedades más informatizadas las que dominen, pues será en aquéllas en las que se ubiquen las empresas, instituciones y servidores que controlen el flujo de información clave, tales como los nombres de dominio (Simon, C. 1998).

Una respuesta a la falta de definición de normas, autoridades y jurisdicciones ha sido el surgimiento de sistemas de arbitraje y de mecanismos de autorregulación. Este fenómeno apoya las llamadas teorías del “pluralismo jurídico”, que sostienen que existen múltiples órdenes jurídicos a más de los creados por el Estado.

## 15. Comercio electrónico de Derechos de Autor

Internet está generando nuevas formas de comercio. Las transacciones comerciales en la Red no son, como algunos afirman, simplemente un “acompañamiento” del comercio tradicional, nacional e internacional, por medios de telecomunicación (Bertrand y Piette Coudol 1999). Estas transacciones, al menos en internet, no siempre son meramente complementarias, pues se aplican muchas veces a bienes informacionales y su pago se realiza también mediante el envío de información (especialmente tarjetas de crédito). Tales transacciones son además casi instantáneas, lo cual problematiza la determinación del consentimiento jurídico en las partes que contratan. Consideremos, al respecto, que en la Red el consumidor no tiene muchas veces contacto directo con la mercancía o con frecuencia concierta la transacción con o mediante un servidor (Barbieri, P. 1998).

En la Red, el “contrato de adhesión”, aquel por el cual el consumidor simplemente acepta o “se adhiere” a las condiciones de contratación del proveedor, constituye el formato jurídico más común. Aunque el contrato de adhesión es una modalidad jurídica ampliamente difundida en el comercio en masa de hoy, en internet tal modalidad prolifera y las formas de control legal diseñadas para tales contratos —como los registros públicos y listas de cláusulas abusivas prohibidas— parecen no aplicarse fácilmente.

Es justamente en tales contratos de adhesión donde las empresas podrían incluir cláusulas abusivas en cuanto a sus Derechos de Autor. Así por ejemplo, si una empresa proveedora de información mediante bases de datos, establece una prohibición contrac-

tual para reutilizar datos que pueden haber sido extraídos del dominio público.

El impacto de la Red sobre el comercio redimensiona el significado económico de la información misma. Hoy, la información es riqueza y las posibilidades técnicas empresariales de mantener registros de los datos, hábitos de consumo e intereses de los compradores hacen que el consumidor, por el solo acto de buscar información en la Red, produzca esa riqueza (Lévy, P. 1999). Bajo esta lógica, como lo planteó Bof Metcalfe, mientras más computadoras se hallen conectadas y más información circule, más riqueza se generará. Nos hallamos entonces frente a un nuevo tipo de externalidades, las externalidades digitales (Simon, C. 1998). Se han hecho otras muchas observaciones respecto de la desaparición de intermediarios comerciales en la Red, el surgimiento del dinero digital o la producción en base a la demanda, entre otros.

Son justamente estas marcadas diferencias entre el comercio convencional y el electrónico las que han dado lugar a toda una normativa e institucionalidad nuevas orientadas al comercio electrónico. En estas leyes se privilegia la regulación de sistemas de identificación de los usuarios y se busca dar a los contratos electrónicos igual valor que a los convencionales.

En materia de Derechos de Autor, un problema central es el del registro de las obras protegidas. Los Derechos de Autor nacen al momento de la creación, no requieren ningún registro legal y si éste se realiza es simplemente para efectos declarativos o probatorios, en caso de surgir un litigio. Las oficinas nacionales de registros de derechos de autor mantienen esta información, la cual es además útil para saber quién es el titular de qué obra. En internet el volumen, velocidad y carácter transna-

cional de la circulación de estas obras exige nuevas formas de registro.

Una crítica a la exigencia de requerir licencias convencionales para el uso de obras colocadas en la Red y protegidas por Derechos de Autor, es la de la dificultad de identificar las obras protegidas y a sus titulares. La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual ha planteado, en respuesta, la conformación de una red global de registros nacionales y regionales, públicos y privados, de Derechos de Autor (WIPONet). Mediante esta red sería posible, para quien se halle interesado en usar obras protegidas en cualquier parte del mundo, obtener ágilmente información sobre titulares, condiciones de licenciamiento y el licenciamiento mismo (Koskinen, T. 1999).

Al respecto, debemos reiterar nuevamente que el registro, al menos en la teoría clásica del Derecho de Autor, no es constitutivo sino meramente declarativo del derecho. Tradicionalmente se ha establecido que el derecho de autor nace con la creación, no con el registro. Un registro global de Derechos de Autor, por tanto, proveería información sólo de aquellas obras registradas, pero no de todas las obras legalmente protegidas. Para ser efectivo, sólo las obras inscritas en dicha red de registros deberían estar protegidas. De esta forma, se plantea otra modificación estructural al Derecho de Autor, pues éste nacería, al menos en cuanto a su circulación en la Red, una vez registrado en alguna oficina local o regional conectada a la red global de registro.

## 16. Conclusiones

El Derecho y los juristas parecen no estar adaptándose con suficiente agilidad a los desafíos de la economía y la sociedad de la

información. Una respuesta a ello ha sido justamente la autorregulación de internet.

En la relación entre la Red y los Derechos de Autor este desfase resulta patente. Las categorías tradicionales de autor, originalidad, reproducción, comunicación, importación, integridad, usos honrados o copia privada, no se sostienen conceptualmente al ser aplicadas a obras en internet.

Algunas de las respuestas a tal desfase han sido el diseño de sistemas tecnológicos de protección contra la copia, redes globales de registro de Derechos de Autor, criminalización de la piratería y discusión o expedición de nueva normativa, como por ejemplo los Tratados Internet de OMPI o la *Millenium Act* de los Estados Unidos.

Estas respuestas, empero, no atienden al centro del problema: la naturaleza de la información digital y las implicaciones tecnológicas y sociales de su circulación en la Red. Se pretende forzar a instituciones jurídicas diseñadas para la información analógica y aplicarlas a la información digital. El resultado es, con frecuencia, la inaplicabilidad o distorsión de tales instituciones.

Es necesario entonces rediseñar o crear instituciones jurídicas que atiendan a los derechos de autores, intérpretes y productores buscando un equilibrio con los derechos de los usuarios de la Red, los “usos honrados” y los derechos a la información y la cultura que la Red permite.

En este proceso habrá que asegurar ante todo los usos educativos de la Red por parte de bibliotecas e investigadores, permitir “usos honrados” de las bases de datos, ingeniería inversa de software en la Red para fines investigativos, desarrollo de nuevos sistemas de registro y remuneración de derechos que, adecuándose al entorno digital en la Red, permitan un desarrollo y uso democrático de la misma.

Quienes trabajan en proyectos democratizadores en el uso de la Red, así como educadores e investigadores en general, en América Latina, deben concertar posiciones y buscar alianzas para lograr tales políticas legislativas. Los Tratados Internet OMPI, los esquemas de integración subregional y ALCA, son escenarios en los que se debe actuar. Las organizaciones que protegen derechos a la información, la privacidad o la expresión en la Red en Estados Unidos y otros países industrializados, por ejemplo, pueden ser interesantes aliados.

## Bibliografía

- ÁLVAREZ, M. Y. y L. M. Restrepo, *El Derecho de Autor y el software*, Medellín, Biblioteca Jurídica, 1997.
- DIKE BARBIERI, P., *Contratos de empresa*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1998.
- BERTRAND, A. y T. Piette-Coudol, *Internet et le Droit*, París, Presses Universitaires de France, 1999, 127 p.
- BUYDENS, M., *Uso y Abuso de la Propiedad Intelectual*, en UNESCO, *El Correo de la Unesco*, París, septiembre de 1999.
- COOTER, R. y T. Ulen, *Derecho y Economía*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998.
- CORREA, C. M., *Acuerdos TRIP—Régimen Internacional de la Propiedad Intelectual*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1996.
- , *Metodologías para la medición de la importancia económica del Derecho de Autor y Derechos Conexos en América Latina*, Santiago de Chile: CEPAL.
- EVANS, P., *Embedded Autonomy—States and Industrial Transformation*, Princeton: Princeton University Press, 1995, 323 p.
- KORSKINEN, T. *et al.*, “Electronic Commerce and Copyright”, en *Key Role for WIPO*, 4 p. Geneva: WIPO, 1999.
- LÉVY, P., *¿Qué es lo virtual?* Barcelona: Editorial Paidós, 1999, 141 p. 475 Internet y derechos de autor.
- Marks, D. y B. Turnbull, *Technical Protection Measures: The Intersection of Technology, Law and Commercial Licenses*. Geneva: World Intellectual Property Organization, 1999.
- OMPI, *Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor—WCT 1996*, Ginebra: OMPI, 58 p., 1997.
- , *Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas—WPPT 1996*. Ginebra: OMPI, 1997, 30 p.
- RENGIFO, E., *Propiedad Intelectual*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.
- SARRA, A. V., *Comercio electrónico y Derecho*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2000, 443 p.
- SELL, S., *Power and Ideas: North South Politics of Intellectual Property and Antitrust*. Albany: State University of New York Press, 1998, 289 p.
- SIMON, C., “Internet Governance Goes Global”, en Kubáková, V. *et al.* (editors), *International Relations in a Constructed World*, New York, M. E. Sharpe, s/f.