



iberIUS | Red Iberoamericana de Documentación
e Información Judicial

Revista **iberIUS**

Estudios sobre el tratamiento de la Documentación Judicial

derechos de autor en internet

Escriben:

Hernán L. Elman (ARGENTINA) | José Luis Barzallo (ECUADOR)
Yasmín Ester Avila Santos (EL SALVADOR) | Joaquín Silguero Estagnan (ESPAÑA)
Angel Gilberto Castillo (GUATEMALA) | Patricia Stanley (PARAGUAY)
Christian Stanley (PARAGUAY) | Yadira De Moya Kunhardt (REPÚBLICA DOMINICANA)

Editorial de la Secretaría Técnica de la Red





ÍNDICE

Editorial Página 4



Editorial de la Secretaría
De la Red IberIUS
Secretaría Técnica de la Red

Argentina Página 5



Derechos de Autor en la red
acciones y omisiones
Hernán Lionel Elman

Ecuador Página 21



Derechos de Autor
y Comercio Electrónico
Dr. José Luis Barzallo

El Salvador Página 28



Protección legal de los
derechos de Autor en Internet
Yasmin Ester Ávila Santos



España Página 44



Los Derechos de Autor

en Internet

Joaquín Silguero Estagnan

Guatemala Página 61



Derechos de Autor

En la Internet

Ángel Gilberto Castillo

Paraguay Página 70



De la imprenta

a Internet

Patricia Stanley y Christian Stanley

República Dominicana Página 76



La explotación de las obras

en el entorno digital

Magistrada Yadira De Moya Kunhardt



Editorial de la Secretaría de la Red IberIUS

La masiva incorporación de los distintos actores sociales a la red de redes ha generado enormes oportunidades en múltiples aspectos. No solo ha dado lugar a una economía que le es propia, sino que muy especialmente ha permitido una excepcional generación y difusión de conocimientos. La producción intelectual y artística encontró en Internet un canal simple, económico y efectivo para ser transmitida.

De igual modo, los distintos Gobiernos del mundo, a través de sus distintos Poderes y organismos descentralizados, han encontrado en la red un importante un canal de comunicación con sus ciudadanos. Este hecho no resulta menor para nuestra red y los Centros Documentales que la conforman, lo cual nos motivó a examinar en primer término el "Acceso a la Jurisprudencia en el marco de Internet", para estudiar luego la situación y perspectiva de la "Firma Digital y Gobierno Electrónico", en los números uno y tres respectivamente de nuestra Revista IberIUS.

Como sabemos, Internet no sólo ha generado oportunidades sino también ciertos riesgos. Fue en ese entendimiento que elegimos revisar en el segundo número de nuestra publicación electrónica la situación relativa a la "Protección de datos personales", una de las cuestiones más controversiales y de mayor actualidad en distintos ámbitos.

Continuando con esta serie de debates, y como resultado del temario aprobado en el II Encuentro Iberoamericano de Centros de Documentación Judicial de la Red Iberius, dedicamos este nuevo número al estudio de una materia de gran relevancia e impacto directo en la actividad de los miembros de Iberius, como lo es el análisis de los "Derechos de Autor en Internet", con la confianza de que esta publicación significará un valioso ejercicio para el continuo funcionamiento de nuestra red, y un provechoso aporte a la comunidad en general.

Secretaría Técnica de la Red



Argentina

Derechos de Autor en la red, acciones y omisiones

Hernán L. Elman*

Internet no es solo un medio de difusión y comunicación, sino un entorno caracterizado por cierta cultura que le es propia y la cual no considera como un valor especialmente relevante el respeto por los derechos de autor tradicionales, el que parecería encontrarse jerárquicamente por detrás de la libre circulación de información.

1. Internet y la Propiedad

Hace pocos días participé de un debate entre amigos que resultó de lo más interesante. La pregunta central en cuestión, formulada con la mayor inocencia, generó una verdadera controversia, y podríamos resumirla en los siguientes términos: ¿a quien pertenece internet? Rápidamente se conformaron dos grupos, por un lado quienes sostenían que Internet es de todos, por otro, quienes entendían que Internet no es de nadie. Paradójicamente, por antagónicas que parecían las posiciones iniciales, en ambos lados subyacía la misma idea, aquella que descansa sobre la creencia de que Internet es algo abstracto, que se encuentra en el aire, como el oxígeno o el viento, ausente de regulación y derechos de propiedad, inventada por alguna entidad extraordinaria, y, digamos mas, quizás con fines eminentemente altruistas. La diferencia básica de entender a la

red como un objeto propiedad de todos, o como una propiedad de nadie, residía en la responsabilidad del usuario en uno y otro escenario. Para los primeros, las obligaciones individuales parecían diluirse en la masa, más aún cuando no es ningún secreto que en la red el anonimato es perfectamente posible. Para los segundos, ya no sólo no había obligaciones por parte de los usuarios individuales, sino que además no parecía visible un tercero imparcial ante quien reclamar por los derechos implicados, ni tampoco algo así como un gobierno o administración de la red. Intenté mantenerme como observador, ya que me resultaban fascinantes los argumentos a favor de ambas posturas, y las insospechadas consecuencias para cada una de ellas. Finalmente, alguien me pidió que dirimiera la contienda, dejándome sin opción.

Lo cierto es que Internet no es una herramienta etérea que flota en la atmósfera. Aunque resulte obvio decirlo, debemos recordar que no es más que un producto tecnológico, desarrollado y sostenido por personas de carne y hueso. Si bien las aproximadamente 5000 redes en todo el mundo que se encuentran interconectadas en esta super red lo hacen voluntariamente, hecho que puede llevar a la confusión de pensar que no tiene un cuerpo que lo coordine o lo gobierne, Internet se encuentra controlado o coordinado por una organización privada no lucrativa con sede y participación del gobierno de los Estados Unidos conocida por sus siglas ICANN (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers). Internet es de hecho un invento norteamericano originado en la Agencia de Investigación de Proyectos Avanzados de Defensa (DARPA), que surge como respuesta a eventuales necesidades de comunicación que pudieran originarse ante potenciales ataques masivos, especialmente a partir del Sputnik, primer satélite artificial de la historia creado y lanzado por la Unión Soviética, y es aún administrado por organismos bajo la supervisión del gobierno de los Estados Unidos. Es decir, tiene dueño, pero debemos decir que este dueño no ejerce ningún tipo de control sobre los contenidos de la red.

Como decíamos, Internet no es un fenómeno abstracto, sino un producto tecnológico. Puede resultar fantástico el hecho de consultar un servidor ubicado físicamente en Australia, desde mi escritorio en Buenos Aires. Pero no hay misterios detrás de esa transacción de información sino solo protocolos de

comunicación diseñados por personas, que son transmitidos a través de redes construidas y mantenidas por personas. No se trata de magia sino de uno de los desarrollos intelectuales más fantásticos de los últimos siglos.

La gran libertad en el acceso y en la publicación de información de cualquier tipo y calidad, en diversos formatos e idiomas, sin la existencia de censura o de control (excepto en algunos países como es el caso Chino) y su disponibilidad potencialmente gratuita en la mayor parte de los casos, ha llevado a distintos autores y filósofos a hablar de una verdadera democratización en la información, algunos incluso del triunfo del anarquismo, al menos en este campo.

Es posiblemente ésta la filosofía de muchos usuarios de Internet, la de una red abierta, descentralizada, gratuita y libre, y la enorme posibilidad de difusión que hace posible, lo que ha motivado una verdadera explosión en materia de contenidos.

Un estudio realizado por la Corporación EMC en el año 2006 bajo el título “La expansión del Universo Digital: Un pronóstico del crecimiento mundial de la información al año 2010”, intentó medir la cantidad de información anual creada y copiada a escala global, produciendo una proyección en relación a su crecimiento vegetativo hasta el año 2010. Más allá de las dificultades para medir con exactitud esta información que cambia miles de veces por segundo, sus conclusiones son un indicio de la

situación actual. Hecha la salvedad, observamos que ellos llegaron a la conclusión de que en el 2006 el universo digital había alcanzado la dimensión de 161.000 millones de gigabytes (161 exabytes), un número que posiblemente no le diga mucho. Para graficarlo, se ha provisto de un ejemplo impactante. “Este universo digital equivale aproximadamente a 3 millones de veces la cantidad total de libros escritos en la historia de la humanidad o el equivalente a 12

“Internet no es una herramienta etérea que flota en la atmósfera. Aunque resulte obvio decirlo, debemos recordar que no es más que un producto tecnológico, desarrollado y sostenido por personas de carne y hueso”.

pilas de libros, cada una ellas extendiéndose a 93 millones de millas desde la Tierra al Sol, proyectando además un crecimiento de hasta seis veces en la cantidad de información creada y copiada desde la actualidad hasta el 2010, alcanzando la cifra de 988 exabytes, lo que significará un crecimiento anual compuesto del 57%”.

Estimaron asimismo que mientras que casi el 70% del universo digital será generado por individuos para el 2010, las organizaciones serán responsables de la seguridad, privacidad, confiabilidad y acceso de por lo menos el 85% de esa información.

Aquí se plantea una segunda cuestión, algo más difícil de responder que la anterior. Sabemos de quién es Internet, qué cantidad aproximada de información se ha producido, y cuanta otra se estima que se producirá en los siguientes años; debemos preguntarnos ahora ¿de quién es esa información?

Esta no es una pregunta menor, porque golpea en lo más profundo del espíritu de la red, una comunidad internacional que tiene sus propios códigos y costumbres, y dispara otra cantidad de preguntas ¿es Internet la expresión colectiva de un ideal altruista en el que no existe la propiedad?, ¿es un espacio para la creación y difusión de creatividades individuales y colectivas, que por el hecho de hacerlo posible a través de un nuevo medio electrónico, no implica alternación alguna en relación a los derechos de sus autores, interpretes y productores, debiendo ser protegidas?, ¿o es simplemente un poco de ambas cosas?. Es curioso y oportuno señalar que esta discusión nos llevó sin quererlo al eje central de debate del pensamiento político, social y económico del último siglo entre las dos ideologías dominantes, marxismo y capitalismo, ya que no estamos discutiendo otra cosa que la concepción de la propiedad.

Finalmente, no podemos dejar de mencionarlo, todo este debate teórico, posiblemente tenga poco correlato con la realidad ya que, al menos hasta ahora, parecería que no están dadas las condiciones para un efectivo cumplimiento de políticas en materias de propiedad a nivel global, situación compleja que intentaremos describir brevemente.

1. Propiedad Intelectual y Derechos de Autor en la Argentina.

El derecho de autor y los derechos conexos son conceptos e instrumentos jurídicos a través de los cuales se respetan y protegen los derechos de los creadores sobre sus obras. El derecho de autor es un término jurídico que describe los derechos concedidos a los creadores por sus obras literarias y artísticas.

El artículo 17 de la Constitución Nacional de la Argentina, protege la propiedad intelectual, al expresar que “Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que acuerde la ley”. Esta restricción temporal tiene su justificación, “porque se entiende que las obras del intelecto no son nunca exclusivas de su autor, sino que él las crea en un contexto cultural del cual es tributario. A ese dominio público se aplican los frutos de la propiedad intelectual

cuando vence el término legal a favor de su titular”¹ dispuesto por ley.

La ley 11.723 de Septiembre de 1933 (y sus modificatorias), que establece el régimen de Propiedad Intelectual en la Argentina, reconoce entre las obras protegidas numerosos elementos que habitualmente están presentes en Internet. Entre ellos:

- Las **obras literarias** –las que pueden ser de carácter literario, científico, técnico o práctico, siendo estas originales- constituyen un material central de consulta y difusión en la red, no sólo como creaciones literarias clásicas, sino además por otras constituidas por variados elementos que van desde manuales de uso hasta índices.
- **Bases de Datos.** Son compilaciones sistemáticas de elementos, los que pueden o no estar protegidos por derechos de autor. El caso de la Jurisprudencia es un claro ejemplo. Los fallos son públicos, sin embargo la originalidad radica en el método de selección de la jurisprudencia y en el modo de organizarla, son materia prima de los sitios dinámicos.

¹ Quiroga Lavié, Humberto, “Constitución de la Nación Argentina Comentada”, Tercera Edición, Editorial Zavallía, Buenos Aires, 2000, página 107.



- **Software:** Se describe taxativamente como protegidos “los programas de computación fuente y objeto”. Existe un sinnúmero de programas de estas características disponibles en la web.
- **Creaciones multimedia:** son aquellas que incorporan a través de un medio digital a no menos de dos géneros distintos (considerando como tales a textos, imágenes, sonidos, videos, etc.). Cabría preguntarse incluso si una página web, su estructura y funcionalidad, incluida su estética, no estaría comprendida por esta categoría.
- **Fotografías:** una importante porción de la información que se encuentra almacenada o viajando por internet está constituido por fotografías. No solo de las empresas especializadas en el arte, sino de imágenes de todo tipo que ilustran sitios web, álbumes familiares, catálogos, etc.
- **Obras Audiovisuales:** son genéricamente imágenes en movimiento, incluyéndose videos, publicidades, etc.
- Finalmente, existen obras protegidas por **derechos conexos** al derecho de autor, fundamentalmente el derecho de los interpretes (aquellos que interpretan o ejecutan obras artísticas), y el derecho de

los productores de fonogramas (relacionado al beneficio económico por los usos del fonograma y su ejecución pública).

La legislación argentina no prevé la posibilidad de citar obras de arte, fotografías o demás ilustraciones, lo cual sería una excepción al derecho de autor, sea en Internet o por cualquier otro medio². En principio, no pueden ser reproducidas sin consentimiento, salvo que ello sea indispensable para ilustrar una exposición de orden artístico o para explicar un texto del que las mismas forman parte, la explicación de una teoría o un método³, argumento que además fue confirmado a lo largo del tiempo por la jurisprudencia⁴.

Por supuesto que no se pone en cuestión la utilización de obras protegidas por el derecho de autor para ser utilizados con ciertos fines como planes educativos, o la utilización de obras musicales en actos oficiales. Del mismo modo, usualmente ha sido considerada como lícita la reproducción de obras literarias para su

² El Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT 1996), ratificado por nuestro país dispuso que el derecho de reproducción, tal como se establece en el art. 9 del Convenio de Berna, y las excepciones permitidas en virtud del mismo, son aplicables en el entorno digital, en particular respecto de la utilización de las obras en forma digital.

³ Conf. Carlos Mouchet y Sigfrido Radaelli en “Los Derechos del Escritor y del Artista”, pag. 161, Editorial Sudamérica, 1957.-

⁴ La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala “I”, en ocasión de resolver sobre la ilegitimidad de la reproducción de imágenes recopiladas en un libro, rechazó el argumento de que las copias de escudos y camisetas para incorporarlo a un libro sobre la historia del fútbol amateur “...puedan ser publicados con los alcances previstos en el art. 10 de la ley 11.723, pues no se advierten fines didácticos o científicos en la reproducción” (Fallo del 19 de agosto de 1993, publicado en la revista de La Ley del 29 de julio de 1994).

uso personal, sin fines de lucro, en tanto no se intente sustituir al ejemplar colocado en el comercio. Es este el argumento más extendido para la difusión de software que facilitan la piratería, bajo el argumento de que son creados para la elaboración de copia de resguardo de los originales, de modo de conservarlos intactos, mientras se utiliza una segunda copia sin otro fin que el de resguardar el primero.

Se suele aceptar, por otro lado, que una obra colocada en Internet por parte de su autor, conociendo la inmensa posibilidad de difusión y reproducción que implica, se encuentra implícitamente autorizada por el titular de la obra para esos fines, en tanto sea para uso personal y sin vocación de ser comunicado a terceras personas. Así, y en virtud del principio de libertad de formas que rige nuestro ordenamiento (art. 974 del Código Civil), en el acto de colocar voluntariamente una obra en el ciberespacio, se infiere una licencia gratuita de uso de la aquélla ya que se trata de una declaración tácita de voluntad, entendiéndose por tal la que resulta de aquellos actos por los cuales se puede conocer con certidumbre la existencia de la voluntad (art. 918 del Código Civil)⁵. Sin embargo, claramente

⁵ “Según Llambías, la manifestación tácita de la voluntad es el resultado de la conexión de diversos actos cumplidos por el sujeto que por su trabazón lógica, muestran la existencia de una determinada voluntad del agente con independencia de la intención de exteriorizarla que éste haya tenido (Conf. Llambías, Jorge Joaquín en “Tratado de Derecho Civil, Parte General, T° II, pág. 270) Se llama manifestación tácita a la que surge de la conducta clara e inequívoca de una persona que, empero, no ha dado un consentimiento escrito o verbal (Conf. Borda, Guillermo A en “Tratado de Derecho Civil Parte General, T° II, pág.76) Según Cifuentes se requieren tres elementos para considerar la existencia de la voluntad tácita en el acto. 1) la certidumbre, que proviene de las características del acto

muy pocas veces el usuario puede tener certeza de cual es la fuente originaria de un contenido en la red; éste puede entender de buena fe que detrás de un contenido publicado se encuentra el titular del derecho de propiedad sobre la obra, cuando la misma puede haber sido tomada sin consentimiento de otro sitio, o incluso, y mas usualmente, puede haber sido publicada sin el conocimiento de su autor.

2. Intentos de control judicial.

En noviembre del año 2005, un título periodístico recalentó los foros locales de Internet: “Argentinos deben pagar fuertes multas por bajar música ilegal de Internet”⁶. La noticia, reproducida en todos los medios locales, daba cuenta de una demanda iniciada por CAPIF (Cámara Argentina de Productores de Fonogramas y Videogramas), asociación que representa a las productoras de música locales, contra 20 titulares de servicios de Internet (aunque mayormente los usuarios del servicio fueron sus hijos, jóvenes entre 15 y 25 años), por ser considerados grandes uploaders (sujetos que ponen a disposición de los demás contenidos para ser descargados) de música

mismo y de las circunstancias de la realización, 2) que no se exija una expresión positiva y 3) que al realizarse no haya una protesta o declaración expresa contraria. (Conf. Santos Cifuentes, en “Negocio Jurídico”, pág. 69), en ALGUNOS ASPECTOS SOBRE LOS DERECHOS DE AUTOR EN INTERNET”, por Federico Andrés Villalva Díaz.

<http://www.infobae.com/notas/nota.php?Idx=256127&IdxSeccion=100796>

ilegal, a través de distintos programas de intercambio de archivos en la red.

Expliquemos brevemente esto. Como sabemos, la red es un canal de difusión de toda clase de contenidos, muchos de los cuales violan o pueden parecer violar derechos de autor. De todas las clases de obras que se encuentran en la red mencionadas previamente y que están protegidas por derechos de autor, sin dudas las que han recibido mayor atención tanto de los damnificados como del periodismo en general, no sólo por el volumen de la información sino por el perjuicio económico implicado, tiene que ver con el software, la música, y más recientemente, las películas.

Las primeras páginas web que permitían encontrar esta clase de información y descargarla (es decir, transferirla desde el lugar en la red donde está alojada, y guardarla en la propia pc), simplemente hospedaban los archivos en un servidor (o indistintamente el servidor de un tercero) al que accedían los usuarios (como clientes del servidor), con lo cual su propietario era responsable por la difusión de contenidos protegidos. Con el tiempo el proceso se ha ido complejizando, con el surgimiento de servicios que ofrecen streaming (la transmisión en línea) de audio y música, de modo que el usuario no copia la obra sino que solo la reproduce, y muy especialmente con la aparición de sistemas denominados P2P o peer to peer (punto a punto, o puerto a puerto). A diferencia del mencionado en primer lugar, aquí no hay un

servidor al que se conectan múltiples clientes, sino que el programa no hace más que permitir a usuarios en todo el mundo compartir sus archivos. De manera que un usuario puede estar bajando o descargando archivos alojados en la PC de uno o varios usuarios a los que no conoce, al mismo tiempo que uno o varios usuarios pueden descargar información desde su propia pc, que funciona entonces como servidor y como cliente simultáneamente.

Sabemos de quién es Internet, qué cantidad aproximada de información se ha producido, y cuanta otra se estima que se producirá en los siguientes años; debemos preguntarnos ahora ¿de quién es esa información?

El P2P se basa principalmente en la filosofía e ideales de que todos los usuarios deben compartir. Conocida como filosofía P2P, es aplicada en algunas redes en forma de un sistema enteramente meritocrático en donde el que más comparte, más privilegios tiene y más acceso dispone de manera más rápida a más contenido. Esta selección y asignación de



velocidad de transferencia la hace el sistema. Con éste, se pretende asegurar la disponibilidad del contenido compartido, ya que de lo contrario no sería posible la subsistencia de la red.

Aquellos usuarios que no comparten contenido en el sistema y con ello no siguen la filosofía propia de esta red, son los denominados "leechers"; los cuales muchas veces representan una amenaza para la disponibilidad de recursos en una red P2P debido a que únicamente consumen recursos sin reponer lo que consumen; por ende podrían agotar los recursos compartidos y atentar contra su estabilidad.

Esta forma de transferencia de información comenzó a ser especialmente viable con la expansión de la banda ancha, y gracias al desarrollo de formatos de compresión de audio (mp3) y luego de video (divx), que permitieron reducir drásticamente el tamaño de los archivos conservando aceptablemente la calidad, lo que redundó en la posibilidad de descargar gran cantidad de contenidos en un tiempo mínimo.

El primer sistema de estas características que significó una verdadera explosión fue el servicio de distribución de archivos de música en mp3 denominado Napster. Uno de los casos más famosos fue el altercado judicial que tuvo el baterista de la banda Metálica, Lars Ulrich, contra el referido programa de intercambio de archivos Napster. El músico declaró en julio de 2000 ante el Congreso estadounidense acusando abiertamente a Napster de robo. El

denunciado, por su parte, argumentaba que no violaba ningún derecho, sino que simplemente propiciaba el intercambio. La gran difusión de estos sistemas ha impactado fuertemente en la industria del entretenimiento en todo el mundo.

En el caso de la acción judicial iniciada por CAPIF que comentábamos al comienzo de este apartado, y de acuerdo los trascendidos periodísticos, se había seleccionado a estos 20 sujetos entre la inmensa cantidad de usuarios del sistema, no por haber descargado información, sino por haberla difundido. De acuerdo a lo informado oportunamente por el demandante, cada uno de estos usuarios ponía a disposición de la comunidad más de 5000 temas protegidos, a los que se denunciaba por daños y perjuicios. Finalmente, luego de la mediación, se acordó una indemnización por usuario de hasta 15.000 pesos (unos cinco mil dólares).

Además, entre los vinculados al caso se dijo que había empresas que debían responder por el mal uso de Internet de que sus empleados hacen al intercambiar archivos desde las máquinas corporativas.

Fueron entonces muchas las voces que se alzaron para denunciar que se trataba sólo de una campaña de prensa, y que no existían tales demandas. Debemos decir que hasta ahora no se ha conocido a ninguno de los demandados, ni se han producido nuevos incidentes similares, lo que podría hacer

pensar que quizás no estaban tan equivocados.

Campaña de prensa o realidad, Gabriel Salcedo, titular de la entidad, destacó por entonces que durante el 2004 se observaron 231 millones de canciones bajadas de la red en la Argentina. "En lo que va de 2005 esa cifra aumentó a 412 millones que equivalen a 31 millones de discos. Mientras que en el país se venden tan solo 14 millones de copias al año". Esta sí es una realidad innegable.

Internet permite un acceso generalizado a la información, lo cual motiva un conjunto de efectos positivos que incluyen la eliminación de las distancias geográficas y la democratización del acceso a obras de diverso tipo. Pero a la vez, constituye un formidable canal de difusión de contenidos sin autorización de sus autores.

En diciembre de 1999, varias empresas discográficas iniciaron a través de la Asociación de la Industria Discográfica de Estados Unidos (RIAA, por sus siglas en Inglés, la asociación que representa la industria musical de los Estados Unidos, mercado que se estima que factura alrededor de 15 billones de dólares al año) un juicio en contra de Napster en una corte federal de San Francisco, por violación de los derechos de autor.

Los representantes de Napster argumentaban que sus clientes hacían un uso justo del material (según la Copyright Law, art. 107: El uso justo de una obra protegida no es una infracción del derecho de autor), ya que los

usuarios del sistema utilizaban el servicio con un objeto distinto al presumido por el denunciante: 1) realizando una copia temporaria de la música (sampling) para preservar el CD original que antes habían comprado, y sin fines comerciales, 2) realizando descargas de los temas en mp3 para poder transportarlos cómodamente, pero lógicamente, para producir un mp3 hay que tener el CD, el que según los letrados, ya había sido comprado (lo que se denomina space-shifting), y 3) accediendo a la distribución de temas en dominio público, es decir, sin protección patrimonial de derechos de autor. Argumentos que no conformaron al Jurado.

Esto trajo a Napster una enorme popularidad y varios millones de nuevos usuarios. Napster alcanzó su pico con 13,6 millones de usuarios hacia febrero del año 2001. Se estima que se realizaba un promedio de 250 millones de descargas al mes, y 12.000 millones de descargas en el mes de febrero del 2001, mes en que se dictó el fallo.

Para los seguidores de Napster el juicio fue algo confuso. Para ellos la habilidad de compartir archivos era una característica propia de Internet, y no de Napster, el cual actuaba simplemente como un motor de búsqueda. Muchos argumentaban que de cerrar Napster sólo se conseguiría que sus usuarios emigraran hacia otros sistemas de intercambio de archivos, como finalmente ocurrió, surgiendo luego múltiples servicios

con similares características que incluso ampliaron sus funcionalidades, como el eMule, Ares, BearShare, WinMx, FastTrack, Audiogalaxy, Morpheus, Gnutella, Kazaa, LimeWire, eDonkey, y Ants, solo por nombrar los mas difundidos.

En julio de 2001 un juez ordenó el cierre de los servidores Napster para prevenir más violaciones de derechos de autor. Meses mas

"Se suele aceptar, por otro lado, que una obra colocada en Internet por parte de su autor, conociendo la inmensa posibilidad de difusión y reproducción que implica, se encuentra implícitamente autorizada por el titular de la obra para esos fines".

tarde, Napster aceptó pagar a las empresas discográficas 26 millones de dólares por daños y otros 10 millones de dólares por futuras licencias, y luego de varios intentos por migrar su servicio a otro de distribución legal y autorizada de música, terminó por cerrar su site, el que actualmente sigue infructuosamente intentando distribuir música de forma legal, previo pago, pero el viejo Napster mostró un

camino, y sus seguidores posiblemente no acepten la idea de pagar por lo que siguen consiguiendo por otros medios en forma gratuita.

3. Regulación y otros intentos.

El derecho de autor, como hemos dicho, se encuentra regulado por un conjunto de normas y principios que protege los derechos morales y patrimoniales de los autores, y tiene su origen en el derecho francés. En el derecho anglosajón por su parte, se utiliza la noción de copyright (traducido literalmente como derecho de copia) que, por lo general, comprende la parte patrimonial de los derechos de autor (derechos patrimoniales), dejando de lado los denominados derechos morales.

Una obra pasa al dominio público cuando los derechos patrimoniales han expirado. Esto sucede habitualmente trascurrido un plazo desde la muerte del autor. Por ejemplo, en el derecho europeo, 70 años desde la muerte del autor. Dicha obra pasa entonces al dominio público, y puede entonces ser utilizada en forma libre, respetando los derechos morales.

El fenómeno de Internet, y el gran volumen de información que es accesible a través de ella, ha generado un nuevo debate, respecto a la vigencia de la concepción tradicional de los derechos de autor. La primera reacción de las organizaciones formales se dio hacia 1996, con la celebración de dos tratados en el



marco de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), en Ginebra, que usualmente reciben el nombre de Tratados de Internet. Uno de ellos, el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT), se ocupa de la protección de los autores de obras literarias y artísticas, como escritos, programas informáticos, bases de datos originales, obras musicales, obras audiovisuales, obras de arte y fotografías. En segundo lugar, el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT), protege ciertos "derechos conexos" (esto es, derechos relacionados con el derecho de autor), a saber, según el WPPT, los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes y de los productores de fonogramas.

A través de ellos, la OMPI no hace más que reconocer una realidad casi obvia, que desde la aprobación del Convenio de Berna y la Convención de Roma, revisadas hace más de 25 años, han surgido nuevos métodos de utilización y difusión de la información, y que resulta necesario un nuevo marco normativo para enfrentar este hecho.

Estos Tratados, que aún no han entrado en vigencia, exigen a los países el desarrollo de un marco legal para permitir el respeto de los derechos de autor, intentando cierto limitado margen de flexibilidad para alcanzar un equilibrio entre el derecho de los autores a recibir un pago por su creación, y el de los usuarios a acceder a la misma, cuando se consideren de interés público. Requieren a los

países, asimismo, medidas concretas contra la piratería, y la alteración de la información que acompaña la obra, permitiendo identificar la obra, su autor, su propietario y las condiciones de uso.

Sin embargo, no existen hasta ahora medios para evitar la proliferación de servicios y alternativas que sistemáticamente burlan los controles y derechos tradicionales. Ello ha llevado no sólo a la elaboración de propuestas como la previamente mencionada, en relación a la sanción de nuevas reglamentaciones, sino a un cambio más profundo aún, y es el de quienes proponen alternativas al derecho de autor tradicional, agrupadas en el concepto de copyleft, y que en rasgos generales, se basan en dos conceptos. Por un lado, y aunque no se encuentra expresamente reconocido, entienden que la realidad ha superado al derecho de autor tradicional, y que no es posible, al menos hasta ahora, revertir técnicamente lo que las normas intentan controlar. Por otro lado, y a un nivel filosófico, consideran que la información debe circular libremente y que existe la posibilidad de que no todos los titulares de propiedad intelectual quieren ejercer todos sus derechos sobre ella. Así las cosas, una obra que cuenta con una licencia de estas características, se encuentra a disposición de toda la comunidad, pudiendo ser copiada, modificada y redistribuida siempre y cuando la nueva versión garantice las mismas libertades a los demás y reconozca a los autores originales o anteriores, por lo tanto, seguirá siendo libre para siempre y puede ser

utilizada por cualquier persona sujeta a ciertas restricciones, la mayoría de los cuales sirven para garantizar la libertad.

Esto no significa que los autores deban vivir de buenas intenciones, sino que deben buscarse fuentes alternativas de financiamiento de su actividad, no basadas en derechos de uso sobre su creación, que debe ser distribuida e incluso editada libremente, sino de alguna otra forma creativa

Así nace el concepto de copyleft (por oposición al copyright) o copia permitida, y que, como decíamos, comprende a un grupo de derechos de propiedad intelectual caracterizados por eliminar las restricciones de distribución o modificación de las que adolece el copyright, con la condición mencionada de que el trabajo derivado se mantenga con el mismo régimen de propiedad intelectual que el original. Este se basa entonces en un sistema de licencias a través del cual, en mayor o menor medida, se renuncia a ejercer derechos sobre la propiedad intelectual en favor de la libre circulación de ideas y saberes.

Sus partidarios la proponen como alternativa a las restricciones que imponen las normas planteadas en los derechos de autor, a la hora de hacer, modificar y distribuir copias de una obra determinada.

De este modo, este debate derivó nuevamente en un conflicto ideológico. El copyleft designa a un marco legal que garantiza que cualquier

derivado de una obra autorizada a ser distribuida mediante esta licencia, permanece libre, al igual que el original. Es decir, cualquier persona puede tomar una obra autorizada, e alterarla creando así una nueva obra, bajo la condición de que continúe siendo libre para que otra persona pueda hacer lo mismo con ella. Nace libre, y no puede ser convertida en un producto comercialmente protegido.

Es así que supone un efecto denominado “vírico” o viral, en el sentido que una obra registrada con una licencia de copyleft produce un efecto multiplicador, propagándose como un virus en un organismo vivo, calificativo rechazado por los partidarios del copyleft, y que genera otra serie de debates de orden técnico, que no resulta oportuno discutir en este momento.

El copyleft se ha instalado en distintos ámbitos, y permite la registración de prácticamente todo tipo de obras digitales, como la licencia artlibre⁷, aplicable a cualquier obra de arte, las licencias Creative Commons y la Licencia de Documentación Libre GNU. Debemos decir que el copyleft es especialmente útil para información digital que puede replicarse y reutilizarse, como es prácticamente toda aquella que circula por la red, e incluso para obras que se encuentran fuera del mundo de Internet, pero resulta claramente inútil para otro tipo de obras, como por ejemplo una escultura. Para ilustrar el

⁷ <http://artlibre.org>

concepto, si el David de Miguel Ángel estuviera protegido por una licencia copyleft, deberíamos aceptar que alguna persona tome la obra, y pueda mejorarla según su interpretación personal del arte, incorporándole nuevas ideas, o eliminando los atributos que no considera adecuados, en tanto no pretenda registrar la obra con una licencia distinta del copyleft.

Algunos artistas aplican el copyleft con el objeto de lograr una difusión de su arte, y suponiendo además que quienes utilicen su trabajo lo reconocerán como padre inicial de la obra.

Tal lo señalado previamente, el concepto mismo del copyleft requiere que el autor encuentra formas alternativas de financiamiento de su trabajo, generalmente a través de un modelo de servicios, es decir que el producto es de libre circulación y utilización, pero nadie lo conoce como su autor, de modo que aquellos que requieran de su obra pueden requerir su servicio de consultoría, asesoría y soporte.

Por su lado, y como es de esperar, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), desconoce este tipo de movimientos, haciendo en su sitio web el siguiente descargo: "A la Secretaría de la OMPI le ha llamado la atención el hecho de que ciertos organismos expiden certificados a través de los cuales se pretende conferir una protección de derecho de autor. Es de hacer notar que estos certificados no crean ningún derecho. La Secretaría recuerda que, según las disposiciones del Convenio de Berna para la

protección de las Obras Literarias y Artísticas, las obras se encuentran protegidas sin ninguna formalidad en todos los países partes de este Convenio. Ello significa que la protección internacional del derecho de autor es automática, nace en el momento de la creación de la obra y este principio se aplica a todos los países Parte del Convenio de Berna"⁸.

Como síntesis de este debate, Antonio Córdoba en su artículo "Reescribiendo la propiedad intelectual", publicado en el Diario el Mundo, nos dice: "A fin de cuentas, esta perversión del concepto del copyright viene desde su origen. En las dos últimas décadas los historiadores han demostrado con claridad que la propiedad intelectual y el copyright no surgen como una afirmación de los derechos individuales de los creadores sobre sus obras. Se trata, por contra, del resultado de una campaña de la Industria del libro para asegurar sus privilegios de explotación comercial. La defensa del autor es puramente táctica".

4. A modo de conclusión.

El fenómeno de Internet es tan extenso y complejo, que en algún punto ha forjado una cultura propia, con ciertos códigos o patrones de conducta distintivos, con una vaga pero compartida visión de lo que está bien visto, y ciertas costumbres aceptadas, sin mayor

⁸ www.wipo.int

reflexión, por la inmensa mayoría de los usuarios, entre las que se encuentran la libre circulación de contenidos sin consideración alguna por los derechos de autor. Lo significativo es que en general, y sobre una presunción absolutamente carente de información fáctica, vamos a reconocerlo, no parecería existir algún sentimiento parecido a la culpa por esta abierta violación, sino que incluso surgen posiciones ideológicas que entienden la libertad de circulación de la misma como un bien superior al derecho de propiedad, y tantos otros argumentos que justifican estas actividades. Algunos recursos tan utilizados por la inmensa mayoría de los usuarios, como el “copiar y pegar” (o copy-past), están socialmente aceptados; otros servicios que se encuentran ampliamente difundidos, como los p2p, suelen contar con millones de usuarios que en algunos casos parecerían ser más conscientes de estar haciendo uso de contenidos protegidos, aceptando tal realidad –al menos cuando no parece haber penalidad por su goce-, o argumentando que es de ese modo que debe circular la información. Sin embargo, aún si reconocemos que su actividad es antijurídica, no lo hacen escondidos, refugiados en el anonimato, incluso cuando ello es posible, no se conectan desde terminales públicas sino desde su PC personal o desde sus puestos de trabajo; el software necesario no es clandestino, sino que se encuentra verdaderamente por todas partes, de hecho, solo para ratificarlo, acabo de hacer una prueba sencilla, e invito a realizarla. Al escribir la palabra “emule” en el buscador Google, han surgido nada menos que

44.900.000 resultados, probé luego con la palabra “torrent” (un sistema similar, con algunas particularidades técnicas), y encontré otros 125.000.000 de resultados.

Las normas vigentes, mas allá de que requieran de cierta interpretación, parecerían ser suficientes para abarcar las cuestiones vinculadas al derecho de autor en la red. Pero claramente no es este el nudo del debate, o no

Durante el 2004 se observaron 231 millones de canciones bajadas de la red en la Argentina. "En lo que va de 2005 esa cifra aumentó a 412 millones que equivalen a 31 millones de discos. Mientras que en el país se venden tan solo 14 millones de copias al año"

debería serlo. El formalismo legal del derecho de autor choca contra ciertos elementos a los que no se había enfrentado en el pasado, y a los que aún no ha sabido dar respuesta.

Por un lado, ya lo hemos dicho, la red tiene una filosofía propia, un espíritu de libertad y libre circulación de contenidos e información, que no

ha podido ser limitada. Sólo pensemos en el surgimiento del copyleft, un verdadero movimiento ideológico, que ha puesto en duda ciertos preconceptos del derecho de autor tradicional, discutiendo y disputando el marco regulatorio vigente, o como mínimo, proponiendo una alternativa.

En segundo lugar, debemos decir algo que resulta obvio, y es que se trata de una lucha desigual, ya que por cada organización dedicada a desarrollar mecanismos de control para evitar eventuales violaciones a los derechos de autor (más allá del poderío económico de estos grupos), hay cientos de desarrolladores independientes, altamente motivados y altamente calificados, en todo el mundo, intentando burlarlos, hasta ahora, con éxito.

Por otra parte, la cuestión de la territorialidad parecería perecer frente a la dimensión global de Internet. Esto lo decimos porque es tan sencillo para un usuario entrenado esconder su ip (algo así como la dirección que identifica a una PC dentro de la red), como para un servicio que reconoce su actividad como ilícita, alojarse en países con escasa regulación o control.

En relación con los usuarios, claramente no tienen interés en pagar por lo que se consigue gratis, y en todas partes. Imaginemos que nadie controla los parquímetros de estacionamiento, que no hay quien verifique quien es infractor y quien no lo es, que no exista ninguna sanción, ni siquiera la social, y que este hecho fuera conocido por todos, ¿por que razón alguien iría

voluntariamente a introducir una moneda? Si no existen sanciones, aún cuando las herramientas son mundialmente conocidas y se encuentran por todas partes, parecería que esta actividad no está prohibida. Sabemos que la realidad, los hechos, suelen llegar antes que el derecho. Sin embargo, si estamos de acuerdo con el derecho de autor tradicional, hay pocas dudas de que existen los medios legales para proteger estos derechos. Por supuesto que no estuvo en el espíritu de sus redactores proteger los derechos en la red, que no existía por entonces, pero los elementos considerados en la normativa vigente, no son en su naturaleza distintos de los que se encuentran en Internet, y que son burlados cotidianamente. Otra es la realidad si entendemos que el copyleft es el camino a seguir, y quizás aún debemos esperar que se agote este debate.

Finalmente, debemos decir que no hemos visto una reacción masiva suficientemente notable de damnificados por violaciones a los derechos de autor, más allá de algunos casos aislados como los que hemos mencionado, aún reconociendo que estos han sido muy resonantes. Y este es posiblemente el punto más curioso de todos. Si legalmente existen los instrumentos para accionar ante la Justicia ¿por qué razón los interesados no accionan de acuerdo a la protección que les corresponde no sólo amparados en la Constitución Nacional y la Ley, sino incluso en los acuerdos internacionales vigentes?, ¿es que en algún punto comparten la filosofía liberal de la red?,

¿será que desconocen sus derechos?, ¿entienden que es legalmente o técnicamente improbable obtener un fallo favorable, o mejor dicho, hacerlo ejecutivo?, ¿o será que las pérdidas sufridas por la piratería electrónica son compensadas con otros beneficios, por ejemplo, gracias a la difusión que estos mecanismos aseguran?

Seguramente aún no podemos responder esa pregunta, pero esperamos tener la respuesta para cuando algún debate que nos tenga como espectadores exija nuestra participación, y seamos nuevamente llamados a dirimir. ✧

El Lic. Hernán L. Elman es Director del Centro Digital de Documentación Judicial (CENDDOJ) del Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación.



Ecuador

Derechos de Autor y Comercio Electrónico

Dr. José Luis Barzallo *

El comercio electrónico es un mecanismo de alta penetración en las transacciones comerciales por esto hay que tener una alta preocupación por los derechos de propiedad intelectual.

Una de las formas en las cuales se manifiesta la influencia de la tecnología en los derechos de autor, está en el comercio electrónico, por su representación y uso de los diferentes bienes y servicios que se pueden comercializar, entre los que se encuentran los intangibles que están sujetos a los derechos de propiedad intelectual y específicamente de los derechos de autor.

Son justamente los bienes incorporeales, que presentando características propias a su naturaleza, son comercializados de manera predominante en la red y justamente por esa naturaleza incorporal conllevan una facilidad en cuanto a la violación de los derechos que representan sus titulares.

El comercio electrónico tiene la finalidad de poner en la red, diferentes bienes y servicios, a título gratuito y oneroso. Esta disposición se logra mediante el acceso desde servidores distribuidos alrededor el mundo,

interconectados en la red mundial de la internet transmitiendo la información desde cualquiera de los sistemas informáticos que componen la red mundial.

El comercio electrónico ha facilitado los negocios en un mundo globalizado que cada vez exige un mayor rendimiento de los avances tecnológicos, contando con el acceso a esos avances en cuestión de segundos.

El comercio electrónico no es un fenómeno reciente y encuentra novedosos campos en los cuales se está desarrollando, en especial aprovechando la gran penetración alcanzada por la internet, que ha expuesto las formas de hacer negocios, logrando un interés y crecimiento acelerado de los negocios en la red.

También es cierto que la contratación electrónica aún no es una generalidad en los países europeos y latinoamericanos, pero debemos tomar en cuenta las previsiones hechas por los expertos, quienes consideran



que en la primera década del nuevo milenio el comercio electrónico habrá tenido una alta penetración en todos los países.

Es por esto que en la mayoría de países existe la preocupación por preparar la legislación que regule el comercio electrónico, sea mediante la implantación de normas sobre las herramientas que se utilizan o directamente al comercio

El esfuerzo "invertido en el diseño estético y funcional de la web debe ser protegido jurídicamente, no sólo porque constituye una creación intelectual, sino también porque representa una estrategia comercial de la empresa que puede ser copiada o imitada por la competencia".

electrónico como tal. De hecho la Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional, presentó su Ley modelo, considerándola como un verdadero esquema que ha sido seguido por los países del mundo. Así tenemos que los Estados Unidos de América expidió la Digital Millenium Act, la comunidad Europea también dictó su directiva sobre el comercio electrónico, exigiendo a sus

miembros, la pronta incorporación de legislaciones sobre comercio electrónico, Latinoamérica no ha sido la excepción y casi todos sus países tienen una legislación sobre comercio electrónico, incluido el Ecuador, que cuenta con una ley de comercio electrónico de avanzada y que servirá con unos pequeños ajustes para el futuro, para el futuro próximo y lejano.

En este contexto encontramos que los contenidos protegidos por los derechos de autor, tanto por su naturaleza como por sus características son objeto del comercio electrónico y justamente en torno a estos contenidos gira gran parte del comercio electrónico actual. Estos contenidos que se convierten en protagonistas del comercio electrónico y entonces también de la propiedad intelectual, esto lo podemos notar en el intenso tráfico comercial generado por los contenidos y por la preocupación que estos origina en cuanto al acceso, adquisición, intercambio y manipulación de la información, signos, noticias, publicaciones, música, videos, películas y demás géneros de radio, televisión, prensa, cine protegidos por la propiedad intelectual.

Estas formas de comercio electrónico en el cual se pone especial atención a los contenidos protegidos, como lo hemos señalado, se manifiestan mediante lo que se conoce como el comercio electrónico directo y el comercio electrónico indirecto. En el comercio electrónico directo, la promoción, comercialización, pago y entrega de los bienes o servicios tienen lugar a



través de la transmisión electrónica, es decir completamente por medios electrónicos. En el comercio electrónico indirecto, la promoción, comercialización y hasta el pago se los efectúa por medios electrónicos, pero la entrega del bien o servicio se la realiza por medios tradicionales.

En lo que respecta a la propiedad intelectual en la internet, existen dos cuestiones que particularmente son tomadas en cuenta para su estudio, por las implicaciones que conllevan. La primera, tiene relación con las herramientas utilizadas para el desarrollo y aplicación del comercio electrónico, como son las plataformas tecnológicas desarrolladas para mejorar el uso del comercio electrónico y que tiene directa relación con las patentes y, también como herramienta de ubicación e identificación, encontramos a los nombres de dominio que encuentran conflicto con las marcas y también caen en la propiedad industrial. La segunda cuestión está directamente relacionada con los contenidos y el objeto mismo de los contratos o cuasicontratos celebrados en internet, con especial atención al uso de las obras y las prestaciones protegidas por la propiedad intelectual.

Ya particularmente en los derechos de autor podemos destacar tres aspectos que merecen especial atención en la internet, sin que esto signifique una limitación a los derechos de autor. “ Un primer aspecto relativo a la protección de los programas de ordenador o software, con especial referencia a los medios

de comercialización de los mismos. Un segundo relativo a la protección de los sitios web como obra intelectual, y un tercero relativo a la protección de las obras que circulan en internet, es decir de los contenidos en internet, con especial referencia a su control”⁹.

Sitios web y comercio electrónico.-

En el comercio convencional, se trata de atraer a los compradores mediante estrategias de mercado, haciendo atractiva la oferta, con la ventaja de tener el objeto o servicio de manera presencial.

Es por esto que se deben destacar los siguiente elementos que forman parte del comercio electrónico:

- Al no tener presencia física, el sitio web constituye la imagen corporativa de la empresa.
- La imposibilidad de apreciar directamente la calidad de los productos, razón por la cual se debe tomar como referencia fundamental las fotografías y descripciones de los objetos.
- La facilidad, rapidez y comodidad de los usuarios al momento de acceder al sitio web. Esto amplía su campo de acción a los mecanismos propios de la interface del programa de la web para que su

⁹ Cremades, Javier., Régimen Jurídico de Internet. Tratado por Marta Pons de Vall Alomar. Propiedad Intelectual e internet. Edit. La Ley. Madrid España. Edición: Enero 2.002. Pág. 1.405.

desplieguen los menús adecuados y que estos sean de fácil utilización por parte de los interesados.

El esfuerzo “ invertido en el diseño estético y funcional de la web debe ser protegido jurídicamente, no sólo porque constituye una creación intelectual, sino también porque representa una estrategia comercial de la empresa que puede ser copiada o imitada por la competencia”¹⁰.

El sitio web como tal, es una forma de recopilación de texto, imágenes, sonidos, gráficos que son ordenados de manera sistemática que les permite alcanzar un nivel estético y de organización entendibles por el ser humano. Esto se logra mediante órdenes de programación desde simples hasta complicadas que le permiten una mejor comprensión y atracción del destinatario de la obra.

Este ensayo de definición nos lleva a pensar que el sitio web, por las necesidades modernas, debe cumplir con ciertas características básicas que la hagan interesante, práctica y sencilla frente al usuario y a la tecnología empleada para visualizar la obra. Así una combinación necesaria será la rapidez que tiene la página web para desplegarse en el ordenador del usuario y la estética que debe resultar atractiva para recordarla al momento de necesitar

¹⁰ Ribas Alejandro, Javier., Aspecto jurídicos del Comercio Electrónico en Internet. Editorial Aranzadi, S.A. Pamplona, España. 1.999. Pág. 19.

nuevamente la información¹¹. A esto debemos añadir la utilidad de los contenidos enmarcados en el sitio web que son la razón fundamental para identificar y buscar en la web. Como vemos esto implica que el sitio web de contar con una originalidad tanto en lo estético, como en lo tecnológico y por ende este sujeto a la protección de los derechos de autor.

La elaboración de un sitio web puede provenir de la selección de creaciones preexistentes o de creaciones nuevas por el desarrollo mismo del sitio web. En el caso de las creaciones preexistentes, la protección de la originalidad del sitio web vendrá de “la selección y combinación de éstas, otras veces la originalidad surgirá como consecuencia de la propia creación de obras exnovo incardinables en las categorías tradicionales”¹².

Vemos entonces que el sitio web, no sólo es protegido por los elementos que los componen individualmente, sean estos textos, imágenes, gráficos, audiovisuales, sino también por la disposición propia que tienen estos elementos en su versión final y fundamentalmente por el resultado final, perfectamente capaz de ser

¹¹ Barzallo, José L., El comercio electrónico y la propiedad intelectual en el Ecuador: Situación actual y perspectivas. Seminario Regional de la OMPI sobre Propiedad Intelectual y Comercio Electrónico en América Latina. Quito, Ecuador. 7 de Noviembre de 2.001.

¹² Bercovitz, A., Riesgos de la nuevas tecnologías en la protección de los derechos intelectuales. La quiebra de los conceptos tradicionales de propiedad intelectual, El derecho de Propiedad Intelectual y las nuevas tecnologías. Número 10, Ministerios de Cultura. España. Colección análisis y documentos 1.996.

considerado como una obra independiente original y creativa que la hace susceptible de la protección de los derechos de propiedad intelectual.

Existen algunas propuestas para considerar a los sitios web dentro de una nueva categoría de obras. Esto se debe a que las diferentes creaciones en texto, imágenes, sonidos y otros que son incluidas dentro de las obras encuentran una clasificación ya tradicional, mientras que la conjunción de éstas no forman parte de una nueva definición o clasificación¹³.

Sin embargo no vemos la necesidad de establecer una nueva categoría de obras, ya que las obras combinadas implican una protección de la obra, sea por la protección individual que tienen las creaciones que forman parte del sitio web, sea por la selección y disposición de las obras o sea por los nuevos elementos incluidos en la obra. Además las obras digitales, por el hecho de estar formadas por bits, no implican el apareamiento de un nuevo tipo de obra, sino que son encajadas naturalmente en las categorías ya existentes. Además por el hecho de utilizar medios o formatos diferentes para acceder a las obras tampoco implica la existencia de una nueva categoría inmaterial, sino frente a nuevas formas para materializar y comunicar las obras.

¹³ Delgado Porras, A., Esteve Pardo., Ma. A, Citado por Gabeiras Patricia. Protección de los sitios web., en Régimen Jurídico de Internet. Edit. La Ley. España. Edición Enero 2.002. Pág. 1428.

Esta comunicación de las obras también presenta formas u opciones de acuerdo a la tecnología existente.

Fruto de ese esfuerzo, que es objeto de protección, el sitio web alcanza los derechos de autor desde una óptica jurídica, considera a la web como una creación que puede estar, en mayor o menor grado, basada en programas de ordenador, base de datos u obras audiovisuales

Internet como tal se ha convertido en el medio masivo de comunicación, más grande del mundo, con un crecimiento exponencial que se presenta como un avance revolucionario que ha cambiado la manera tradicional de obtener la información

entre sus formas más importantes:

Programa de ordenador: Los sitios web, siempre tienen como uno de sus componentes fundamentales, al programa de ordenador, ya que la página web siempre será un conjunto de órdenes que la ponen en funcionamiento.

El programa de ordenador con el cual se logra el funcionamiento del sitio web también tiene una protección propia de derechos de autor.

Base de Datos: En los sitios web también encontramos una disposición de elementos y datos que por su organización, funcionan permitiendo el acceso individual para su consulta y revisión.

Obra Audiovisual: Existen diferentes formas de presentación de un sitio web, así tenemos aquellos que llevan una combinación de imágenes, sonido, texto e interactividad con la participación de varios autores que conforman una obra multimedia que puede llegar a considerarse como una obra audiovisual¹⁴, mientras que en otras obras, existe una presentación multimedia, sin movimiento y sin un enlace entre los movimientos que se presentan la página web. Esto nos da la pauta para encontrar en una página web diferentes tipos de obras, sean estas multimedia, audiovisual, programas de ordenador, bases de datos y otras obras que pueden ser combinadas.

Entre las obras que usualmente forman parte de un sitio web y que son objeto de atención desde una visión comercial son:

- Texto: Con parcialidad o totalidad de Obras literarias, obras científicas, descripciones, definiciones, artículos de prensa e internet, entre otros.
- Fotografías: Con parcialidad o totalidad de personas, animales, objetos, monumentos, paisajes, fotografías de terceros, etc.
- Video: Con parcialidad o totalidad de obras cinematográficas, televisivas, investigaciones, audiovisuales, personales, etc.
- Sonido: Con parcialidad o totalidad de música, voz, efectos especiales, sonidos naturaleza, etc.
- Gráficos: Con parcialidad o totalidad de Diseños, dibujos, mapas, diagramas, trazados, impresiones, etc.
- Animaciones: Con parcialidad o totalidad de Dibujos animados, esquemas de animación, equipos de animación, mapas animados, gráficos interactivos, etc.

Protección sitios web

La internet como tal se ha convertido en el medio masivo de comunicación, más grande del mundo, con un crecimiento exponencial que se presenta como un avance revolucionario que ha cambiado la manera tradicional de obtener la información. Este cambio va desde la lectura de libros en formato digital en el ordenador, pasando por el uso de herramientas informáticas que mejoran las creaciones hasta

¹⁴ Delgado. Antonio., La propiedad intelectual ante la tecnología digital: las obras multimedia, Los derechos propiedad intelectual en la nueva sociedad de la información; perspectivas de derecho civil, procesal, penal e internacional privado. Edit. Comares, Granada, 1.998. Pág. 45

llegar a los novedosos formatos que permiten leer y transmitir música.

Esto necesita de una protección ya que la internet abre este nuevo mundo y sus formas pueden verse materializadas en los sitios web, por lo que se requiere nuevas recomendaciones para lograr que los autores ejerzan sus derechos como lo venían haciendo en el ya difícil mundo real o material de los derechos de propiedad intelectual.

Como ya hemos visto, el sitio¹⁵ web es un conjunto de aplicaciones de todo tipo de obras protegidas¹⁶, empezando por la programación

¹⁵ Debemos diferenciar entre los conceptos de página web y la de sitio web. Entendiéndose a la primera como una creación individual que lleva todas la características de originalidad, selección, disposición de elementos que hacen que sea protegida por los derechos de autor. Mientras que la segunda será el conjunto de páginas web. Es la estructura superior en la cual se ubica en primera instancia a través del nombre de dominio y que contiene las diferentes obras o conjunto de obras que son susceptibles de protección. Para efectos del presente trabajo, podemos considerar a los dos conceptos como sometidos a las normas de propiedad intelectual, sin que dicha confusión voluntaria quite fuerza a los derechos que ambas llevan.

¹⁶ En la protección otorgada por el Convenio de Berna, con el acta de revisión de París de julio de 1971, que en su artículo 2.1 dice textualmente “ Los términos obras literarias y artísticas comprenden todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión, tales como libros, folletos y otros escritos; las conferencias, alocuciones, sermones y otras palabras de la misma naturaleza; las obras dramáticas o dramático musicales; las obras cinematográficas, a las cuales se asimilan las obras expresadas por procedimiento análogo a la cinematografía; las obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado, litografía; las obras fotográficas; las obras de arte aplicadas; las instrucciones, mapas, planos croquis y obras

de sus tablas, frames, órdenes, tarjetas de programas, pasando por la organización y disposición de la información recopilada de otras obras y autores, que enriquecen la obra llevándola por el campo de la multimedia basada en todo tipo de creaciones anteriores, hasta llegar a la propia creación de la página web como tal, con toda la creatividad que se necesita para que la página web sea funcional, atractiva y con un buen sentido de comprensión y coherencia de la información incluida. Desde este punto de vista del diseño de la creación, José Carlos Erdozain nos dice que, “lo que más no debe interesar es el alcance de la protección jurídica respecto del como el propietario diseñador de la página web la ha desarrollado expresivamente. En definitiva, una página web estará protegida jurídicamente en la medida en que el formato o forma de la misma puedan ser considerados como originales”¹⁷ ✨

*** El Dr. José Luis Barzallo es Presidente de la Asociación Ecuatoriana de Derecho Informático, Redactor del Proyecto de Ley de Comercio Electrónico del Ecuador, Autor del libro “La Propiedad Intelectual en Internet”, Maestría en Derecho Informático en la Universidad Complutense de Madrid, Profesor de la Cátedra de Derecho Informático de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.**

plásticas relativas a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias”.

¹⁷ Erdozain, José Carlos. Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S.A) 2.002. Madrid, España. Pág. 93.



El Salvador

Protección legal de los derechos de Autor en Internet

Yasmin Ester Ávila Santos *

Sumario: I) INTRODUCCIÓN; II) DESARROLLO HISTÓRICO; III) INTERNET Y DERECHO DE AUTOR. CONTENIDO; IV) DERECHOS CONEXOS; V) LOS NOMBRES DE DOMINIO; VI) EL SOFTWARE LIBRE; VII) EL CASO DE EL SALVADOR; VIII) CONCLUSIÓN.

I) INTRODUCCIÓN

El entorno que vive la humanidad cambia en forma acelerada; los avances llevados a cabo en las últimas décadas generan una serie de transformaciones políticas, económicas y científicas, las cuales a su vez se han acompañado de la creciente necesidad de mecanismos de control y regulación. Con el surgimiento de las nuevas tecnologías y sus múltiples beneficios, aparecen también una gran cantidad de riesgos que deben tenerse en consideración para que sea posible combatirlos.

Las creaciones del ingenio humano, van desde lo más tradicional como una obra literaria, hasta la más alta tecnología, ejemplo de ello los programas de computadora, internet, bases de datos etc.; dada esta diversidad a través de los tiempos y desde que el hombre comercia sus creaciones, nos hemos visto en la necesidad de buscar mecanismos para proteger aquellas

invenciones que son de la propiedad intelectual de su autor.

Tomando en cuenta ideas dispersas en el léxico jurídico de autores sobre el tema de propiedad intelectual, se define como el derecho o facultad temporal que tiene una persona o el autor de una invención de poseerla y poder disponer de ella dentro de los límites legalmente establecidos; es un derecho de propiedad especial en favor de un autor u otros titulares de derechos, sobre las obras del intelecto [humano](#).

La propiedad intelectual como tal, se puede dividir en dos áreas: a) la propiedad industrial, que incluye invenciones, patentes, marcas, dibujos y modelos industriales e indicaciones geográficas de origen; y b) el derecho de autor, que abarca obras literarias y artísticas (películas inclusive), obras musicales, obras de arte, tales como dibujos, pinturas, fotografías y esculturas, y diseños arquitectónicos; tenemos también los derechos conexos que son derechos directamente relacionados con el derecho de

autor, son derechos de los artistas, intérpretes o ejecutantes sobre sus interpretaciones o ejecuciones, los derechos de los productores de fonogramas sobre sus grabaciones y los derechos de los organismos de radiodifusión sobre sus programas de radio y de televisión.¹⁸

El presente estudio se centrará específicamente

Siendo que "el derecho de autor encuentra su objeto de protección en la forma de expresión formal de una creación artística, literaria o científica"¹, actualmente estamos llamados a ampliar nuestras perspectivas sobre estos temas en general y especialmente sobre el internet"

en los derechos de autor y derechos conexos en relación al proceso innovador que generan las nuevas tecnologías y muy en particular el internet, que marca un nuevo hito en relación a la protección de tales derechos en esta red mundial.

¹⁸ Cfr. F. A. Villalba Díaz. *ALGUNOS ASPECTOS SOBRE LOS DERECHOS DE AUTOR EN INTERNET*, en http://www.justiniano.com/revista_doctrina/LOS_DERECHOS_DE_AUTOR_EN_INTERNET.htm

II) DESARROLLO HISTÓRICO

De acuerdo con Robert M. Sherwood, la voluntad pública de otorgarles propiedad a las creaciones del ingenio humano se remonta a tiempos muy antiguos, aunque tal voluntad no ha podido ser rastreada totalmente.¹⁹ El surgimiento histórico del derecho de autor o derecho de copia podemos encontrarlo ligado al de la imprenta (inventada por Gutenberg en el siglo XV) lo cual hizo posible la reproducción íntegra de copias múltiples; aunque el antecedente más antiguo, se remonta a Cicerón en su obra "Los tópicos", donde se hablaba de la "cosa incorpórea"²⁰.

En los países de Oriente, la reproducción de copias se consideraba una especie de halago para enaltecer a los autores de grandes obras escritas, siempre y cuando tales copias no fueran realizadas con un afán de comercializarlas y lucrarse con ellas. En el siglo XIV, los soberanos otorgaban derechos exclusivos de publicación, pagando a los editores de las obras por el privilegio concedido. Alemania dictó leyes al respecto en 1686, posteriormente en el siglo XVII en Inglaterra se dieron los primeros intentos de reconocimiento del derecho de copia, como un derecho propio inherente a las creaciones literarias y a las obras del intelecto, por lo que en 1710 se creó una ley (Estatuto de la reina Ana) que contenía limitantes al derecho de copia, reconociendo a los autores la titularidad primera del derecho, llegando a la conclusión que la

¹⁹ Cfr. R. M. Sherwood. *PROPIEDAD INTELECTUAL Y DESARROLLO ECONÓMICO*, pp 35.

²⁰ Cfr. M. Goldstein. *DERECHO DE AUTOR*, pp. 31



fuelle original del derecho de autor era el derecho común y no la ley.

En el siglo XVIII, en los Estados Unidos se dio protección a este derecho en la Constitución de 1787. En varios países mas se dictaron leyes, tales como: Prusia en 1794, España en 1762 y Rusia en 1830²¹. En el siglo XIX comenzó la internacionalización del derecho de autor, concibiéndose el escenario jurídico para su respeto a nivel internacional, en ese sentido el primer Convenio multilateral que se dio fue el Convenio de Berna sobre la protección de las obras literarias y artísticas, Tratado que se encuentra al mismo nivel de la Convención de París que es el cimiento, sobre el cual se desarrolla la protección intelectual a nivel internacional.

Dentro de todo este contexto histórico, merecen especial atención para el desarrollo de nuestro estudio tres normativas internacionales administradas por la Organización mundial de la propiedad intelectual (OMPI): el Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas y los llamados tratados Internet que son el [Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor](#) (WCT) y el [Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas](#) (WPPT), estos dos último fueron concertados en [1996](#) y su función es complementar al Convenio de Berna, puesto que hacen una referencia específica y concreta a las nuevas tecnologías que se desarrollan en el entorno digital,

²¹ Cfr. M. Goldstein. *DERECHO DE AUTOR*, pp. 33

programas de computadora, bases de datos, nombres de dominio, etc., y a la circulación del material de propiedad intelectual que se divulga en el Internet, haciendo énfasis en la protección de esta clase de obras del ingenio humano.

Como ya se dijo la protección al derecho de autor originalmente comprende obras literarias, musicales y de arte, pero con las nuevas tecnologías y la constante evolución de las nuevas creaciones, esta no es una enumeración taxativa, se encuentra en constante evolución y abierta a incluir en su catálogo recientes innovaciones, incluyendo los programas de computación, bases de datos, obras audiovisuales, creaciones multimedia, nombres de dominio e incluso en algunos países. Los derechos de autor establecen la protección en cabeza del autor de la publicación de las misivas enviadas por correo electrónico²², por lo que se debe entender que de acuerdo a las nuevas tendencias, dentro de este rubro de salvaguardia de derechos, se incluye la actividad intelectual en el terreno de la nueva tecnología, pues todas estas nuevas invenciones creativas son dignas de protección.

Siendo que “el derecho de autor encuentra su objeto de protección en la forma de expresión formal de una creación artística, literaria o

²² Cfr. F. A. Villalba Díaz. *ALGUNOS ASPECTOS SOBRE LOS ERECHOS DE AUTOR EN INTERNET*, en http://www.justiniano.com/revista_doctrina/LOS_DERECHOS_DE_AUTOR_EN_INTERNET.htm

científica”²³, actualmente estamos llamados a ampliar nuestras perspectivas sobre estos temas en general y especialmente sobre el internet, pues hoy en día, es el medio por el cual se manifiestan y ponen en circulación millones de creaciones protegidas por el derecho de autor.

El derecho de autor, no protege en sí las ideas que aún no han sido plasmadas en algún tipo de soporte; para su protección estas deben de materializarse, ya sea en un soporte físico, lo mas común es el papel, o en algún medio intangible, el caso de los soportes informáticos que se dan en programas de computadora.

III) INTERNET Y DERECHO DE AUTOR. CONTENIDO

Una definición bastante general que proporciona la Real Academia Española acerca del internet manifiesta que es la Red informática mundial, descentralizada, formada por la conexión directa entre computadoras u ordenadores mediante un protocolo especial de comunicación²⁴; es la red de redes de computadoras que implica a su vez la interconexión de redes grandes y pequeñas a nivel mundial.

El internet se ha convertido en uno de los instrumentos de comunicación por excelencia a nivel global, pero lo importante más que una

²³ R. Antequera Parilli. *LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN SUS DIVERSAS FACETAS*, pp. 9

²⁴ Real Academia Española. *DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA*, en <http://www.rae.es/>

definición científica o técnica del concepto es tener muy en claro, que si bien la creación y acelerado desarrollo de esta nueva tecnología ha traído aparejados múltiples beneficios por todos los servicios que ofrece, estas grandes ventajas pueden también convertirse en desventajas que menoscaben los derechos de los autores, puesto

¿Cuáles son las obras que se resguardan dentro de este mundo de redes de información? la respuesta no es tan sencilla, ya que si se analiza desde una perspectiva global debido al impacto mundial que tiene el internet, obtendremos por respuesta que no hay una lista de números "clausus", en la cual podamos considerar todas las obras o invenciones protegidas

que no existe al momento un mecanismo de protección eficaz en su totalidad y como se descubrirá a lo largo de este artículo no es imposible, pero si bastante complicado encontrar ese mecanismo perfecto de salvaguardia de estos derechos.

Sin el ánimo de ser demasiado conceptuales, ni exhaustivos, definiremos al derecho de autor en dos sentidos, el primero como la denominación de la materia o la ciencia que estudia los derechos del creador de las obras del intelecto (sentido objetivo); y el segundo, como una facultad del autor en cuanto a su creación única y personal (sentido subjetivo). Con tal definición como marco es necesario tener en cuenta los dos aspectos que se encuentran indefectiblemente incluidos en el derecho de autor: el derecho moral y el derecho patrimonial.

El derecho moral tiene como una de sus características la de ser irrenunciable y las facultades que otorga en principio ilimitadas, por lo que se dice que su transferencia solo puede ser por causa de muerte, y se encuentran incluidos dentro de los derechos de reconocimiento de la paternidad de la obra, conservación de su integridad y a su modificación, a la conservación del nombre del autor y de la obra, el de divulgación (por cualquier medio entienda escrito, impreso o electrónico), retractarse o cambiar las opiniones que se encuentran en la obra e incluso la de retirarla permanentemente de circulación.

El derecho patrimonial, goza de independencia de otros derechos y puede ser transferido por cualquier mecanismo legalmente establecido de acuerdo a la legislación de que se trate, ya que sus características son las de cualquier otro derecho económico. Son derechos de explotación de las obras de cuantas formas le sea posible hacerlo e incluyen en el caso del

derecho de autor, el derecho de reproducción, de representación, de difusión por cualquier medio entre otros, ya que en el caso de estos derechos no puede haber una enumeración taxativa.

Los contenidos incluidos en el derecho de autor actualmente, deben ser considerados en forma mucho mas extensa ampliando su cobertura, ya que es claro que son derechos no enumerados en su totalidad en ninguna legislación o tratado internacional, tampoco han podido lograr esta tarea los doctrinarios del derecho, consintiendo la incorporación de novedosas formas de protección de las creaciones en contextos que aún no han sido creados o que existen pero no se han descubierto y tomando en cuenta el gran avance de las nuevas Tecnologías de la Información y Comunicación y la difusión de las obras dentro de la sociedad de la información.

La pregunta que gira en torno al tema y que muchos pueden hacerse es qué es lo que esta o no protegido dentro del internet, ¿Cuáles son las obras que se resguardan dentro de este mundo de redes de información? la respuesta no es tan sencilla, ya que si se analiza desde una perspectiva global debido al impacto mundial que tiene el internet, obtendremos por respuesta que no hay una lista de números "clausus", en la cual podamos considerar todas las obras o invenciones protegidas, ya que tal inventario varía de acuerdo a cada país y a su legislación y en algunos ni siquiera existe tal enumeración.

A nivel mundial, se protegen en general: obras literarias que desde la perspectiva del derecho

de autor incluyen escritos originales no solo literarios, sino también científicos y técnicos entre otros²⁵; fotografías difundidas en la red, ya sean de personas, pinturas, paisajes o cualquier otro objeto físico que pueda ser captado por este medio; el software, que se refiere a programas de ordenador en general, aplicaciones, juegos, sistemas operativos, utilitarios, antivirus, etc., lo que se pueda ejecutar en la computadora²⁶; bases de datos, que son conjuntos de datos que conciernen al mismo contenido y son guardados en forma sistemática utilizándolos para la consulta de información; creaciones multimedia, que contienen información digitalizada que combina texto, gráficos, video y audio, a modo de ejemplo se tienen los métodos de aprendizaje de idiomas, libros interactivos de toda clase, etc.; creaciones audiovisuales como obras cinematográficas, anuncios comerciales, videos musicales entre otros y por último tenemos el e-mail, el concepto del correo electrónico no varía mucho del correo común que es enviado por vía terrestre, aérea o marítima y su diferencia básica está en la posibilidad de la pérdida de la integridad del documento enviado al viajar por la vía electrónica, situación que no sucede al existir un soporte físico como lo es el papel.²⁷

²⁵ Cfr. F. A. Villalba Díaz. *ALGUNOS ASPECTOS SOBRE LOS DERECHOS DE AUTOR EN INTERNET*, en

http://www.justiniano.com/revista_doctrina/LOS_DERECHOS_DE_AUTOR_EN_INTERNET.htm

²⁶ Glosario de Informática e Internet, en

<http://glosario.panamacom.com/letra-s.html#Software>

²⁷ Cfr. A.A. Pardíni. *DERECHO DE INTERNET*, pp. 54

Es interesante observar que la autoría y la titularidad de una obra no siempre son coincidentes en el caso de los derechos de autor, puesto que la titularidad de una obra puede pertenecer a su creador (autor) o a otra persona, sea natural o jurídica, ejemplo muy claro es el de los empleados quienes crean obras en el rubro de sus labores.

Queda claro que la autoría de una obra de cualquier naturaleza, recae siempre sobre una persona natural, sin excepción alguna convirtiéndose en producto de su labor intelectual, es un derecho que jamás prescribe y en cuanto a su duración tiene un carácter perpetuo, se encuentra referido al aspecto moral del derecho de autor.

Por otra parte, tenemos la titularidad de la obra que se vuelve una creación jurídica para otorgar facultades de explotación de las obras a otras personas naturales o jurídicas diferentes de su autor, son derechos patrimoniales, implican la propiedad de la obra y responde a intereses económicos, lo cual puede darse porque la ley lo determina, para el caso de los empleados asalariados, que en general sus creaciones son parte de sus obligaciones laborales, de la misma manera que los programas para computadora, cuya autoría pertenece a su creador, pero la titularidad de la misma (explotación de derechos patrimoniales), la ostentan grandes corporaciones que manejan este negocio a nivel mundial e igualmente por un acto de voluntad de



cesión de estos derechos por un tiempo determinado.

El problema se da precisamente cuando los derechos de los autores o de los titulares de las obras se ven afectados en sus derechos morales y patrimoniales y se cae en la cuenta que con

La copia de resguardo es un tema frecuente y de contenido jurídico en lo que respecta al tema de derechos de autor en internet, consiste en extraer información de internet, sin modificarla y guardarla en el ordenador (...) El problema es que generalmente estas copias de resguardo son a su vez obtenida de otros sitios de internet que no están autorizados, para publicar, reproducir o divulgar su contenido y los usuarios se convierten en receptores de material adquirido ilícitamente y publicado en estos sitios o páginas Web.

todos estos avances tecnológicos, no existen mayores dificultades para el intercambio y transferencia sin autorización legal alguna de las obras pues quienes son los propietarios del derecho original, por ley o algún título lícito han

adquirido este derecho, dejan de percibir aquello que naturalmente, legalmente o por un acuerdo de voluntades les pertenece, pues no son ni el autor, ni el titular de la obra quienes ejercen los derechos de divulgación publicación y reproducción de la misma.

El derecho de divulgar una obra, trae consigo una serie de consecuencias, pues a partir del momento en que se hace viable el acceso del público por cualquier medio a su contenido, es cuando el resto de derechos que componen la esfera del derecho de autor pueden ser exigibles a terceros. El poner a disponibilidad del público una obra hace latente la necesidad de defenderla de posibles afectaciones.

La publicación de una obra se ejerce a través de la aplicación de este derecho e implica poner en manos del público cierta cantidad de copias de su creación y lo hace mediante determinados medios que pueden ser físicos o intangibles como un soporte informático.

El internet es una red que está conformada por universidades, empresas nacionales e internacionales, empresas y organismos gubernamentales, organizaciones no gubernamentales, bibliotecas virtuales y una serie de servicios de comercio e intercambio de información, con decenas de millones de usuarios alrededor de todo el mundo y no es desconocido para quien por lo menos alguna vez a ingresado en esta red, que basta con digitar una dos palabras en un buscador y dar un "click", para que al instante aparezca una gran



cantidad de documentos, imágenes y creaciones atinentes al tema de que se trate, lo que facilita la trasgresión a los derechos de autor de las obras que se encuentran en el ciberespacio, con una incontrolada permisividad para la realización de copias ilimitadas, modificaciones que no pueden ser fiscalizadas por el autor de la obra o su titular y la transferencia de la información en forma gratuita e ilegal a cualquier otro usuario de internet reproduciendo cualquier creación protegida por el derecho de autor, ya sea digitalizándola, efectuando copias (*caching*), descargándola, visualizándola y guardándola en cualquier computadora u ordenador.²⁸

La reproducción de las obras publicadas en internet es de bajo costo y si a ello sumamos, que la calidad de las reproducciones es tan idéntica que la información no sufre ninguna afectación y que no es posible distinguir el original de su copia, nos damos cuenta que es un entorno facilitador para realizar cualquier plagio o reproducción ilegal, para muestra solo debemos observar la cantidad de programas de los cuales pueden “bajarse” películas, archivos de audio y videos musicales, libros completos y muchas más creaciones, por medio de programas como el Ares (programa de intercambio de información de música, documentos, etc.), son puestos a disposición de cualquier persona sin ningún tipo de limitación.

Una cuestión no menos lamentable es el fenómeno permisivo del “*cut and paste*” (corte y

pegue) que tolera la toma de información de Internet con la excusa por parte de los usuarios (estudiantes, trabajadores asalariados e incluso profesores) que realizan trabajos académicos o investigaciones técnicas y científicas accediendo a Internet y extrayendo información, con total irrespeto de los derechos de los autores de libros, revistas, artículos y otros documento, apropiándose de la expresión de ideas realizadas en soporte digital y las hacen parecer como propias, sin respetar el derecho de cita; en muchos casos ni siquiera se toman la molestia de extraer las ideas de los escritos y plasmarlas en forma diferente, incentivando a la práctica colectiva de este tipo de ilegalidades y haciendo creer a los usuarios que en Internet existe una libertad irrestricta que les permite copiar, en este punto se genera otra discusión en cuanto a la legalidad de la copia de resguardo.

La copia de resguardo es un tema frecuente y de contenido jurídico en lo que respecta al tema de derechos de autor en internet, consiste en extraer información de internet, sin modificarla y guardarla en el ordenador, laptop, PC, Computadoras de bolsillo, diskettes, o cualquier otro dispositivo de almacenamiento masivo para esta clase de información. Cuando tal procedimiento se hace por medios propios y para la seguridad de un documento, obra literaria u otra creación adquirida lícitamente es perfectamente legal e igualmente sucede con el software, la música y bases de datos contenidas o no en programas de computadora. El problema es que generalmente estas copias de resguardo son a su vez obtenida de otros sitios de internet

²⁸ Cfr. J.A. Gómez Segade. *EL DERECHO DE AUTOR EN EL ENTORNO DIGITAL*, pp. 16



que no están autorizados, para publicar, reproducir o divulgar su contenido y los usuarios se convierten en receptores de material adquirido ilícitamente y publicado en estos sitios o páginas Web.

Si bien es cierto, una serie de creaciones son puestas en la red de forma ilícita, también existe igual cantidad de obras que son digitalizadas y difundidas en internet legalmente, por lo que debe tenerse en cuenta a los usuarios que ingresan a un sitio Web o por medio de la búsqueda en varios sitios que ofrecen estos servicios, se tiene la posibilidad casi ilimitada de acceso a documentos publicados y difundidos en Internet. Aunque muchos entienden que la publicación de una obra en internet, sea cual sea su naturaleza, implica el deseo del autor de la misma, de compartir sus contenidos, situación que pone de manifiesto una especie de autorización o licencia tácita, el sentido de tal acción no debe entenderse como un permiso irrestricto, puesto que las obras se vuelven vulnerables a plagios, modificaciones, copias y en el peor de los casos, a la explotación económica de ideas que han sido materializadas por sus creadores.

En relación a lo anterior, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, - OMPI -, en el Tratado de sobre Derecho de Autor (WCT 1996 Artículo 1.4) manifiesta: *“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”.

El Artículo 9 del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas dispone el derecho de reproducción, sus generalidades, posibles excepciones y lo relativo a las grabaciones sonoras y visuales en los siguientes términos: *“1) Los autores de obras literarias y artísticas protegidas por el presente Convenio gozarán del derecho exclusivo de autorizar la reproducción de sus obras por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma. 2) Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras en determinados casos especiales, con tal que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor. 3) Toda grabación sonora o visual será considerada como una reproducción en el sentido del presente Convenio”.*

Con este marco normativo como referente, se discute que clases de reproducción o para que fines no se considera ilícito el extraer de Internet las creaciones protegidas por el derecho de autor, lo cual es complejo porque a pesar que la legislación internacional, para el caso la administrada por la OMPI manifiesta que las legislaciones de los diferentes países que se han adherido a los tratados deben estar en sintonía con esta regulación internacional y modificarse a efecto de no generar

desavenencias, en la práctica falta un largo camino por recorrer.

El Convenio de Berna antes citado como ejemplo, posee un anexo que contiene las disposiciones relativas a los países en desarrollo, que con la finalidad de llevar cultura y progreso a estas economías emergentes, permiten algunas ventajas o beneficios que consisten en licencias de traducción y reproducción de libros y documentos que contienen material educativo para escuelas, universidades e investigación, con la condición de recibir de la Organización de las Naciones Unidas el calificativo de país en desarrollo.

IV) DERECHOS CONEXOS

De acuerdo con Delia Lipszyc, los derechos no gozan de gran reconocimiento en la doctrina pues su contenido resulta vago e indeterminado, pero se ha generalizado su uso por costumbre²⁹. En realidad, aquellos derechos se han transformado en una novedosa forma de proteger, el derecho de otras personas naturales o jurídicas que no son los creadores o autores originales de los objetos de protección del derecho de autor, pero que se encuentran directamente vinculados con estos últimos, es una salvaguardia a los que vinculan su labor, sobre aspectos relacionados a las creaciones de otros, para el caso artistas, intérpretes, traductores, editores, productores, etc.

En general se encuentran dentro de esta categoría los derechos de los artistas intérpretes

y ejecutantes, productores de fonogramas, productores de grabaciones audiovisuales, entidades de radiodifusión, difusión de fotografías y producciones editoriales, hablamos de una adquisición “ex lege” que no se da debido a la autoría de la creación, se da por ley, por cesión o por adquisición de estos derechos.

Debe tenerse en cuenta que a través de los nombres de dominio es posible vulnerar otros bienes jurídicos que gozan de salvaguardia a nivel de propiedad intelectual, para el caso, los derechos de autor.

En el ámbito del Internet se publica, divulga y reproduce una gran cantidad de información: artículos, libros, revistas, trabajos de investigación, música, películas, videos musicales, en fin toda una gama de creaciones y al igual que sucede con los derechos de autor se da una serie de violaciones de la más diversas categorías.

²⁹ Cfr. D. Lipszyc. *DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS*, pp. 347

Las creaciones cuya titularidad patrimonial o derechos de explotación han sido adquiridos por una persona diferente de su autor, por ejemplo, editoriales que adquieren derechos exclusivos sobre la explotación de determinadas obras literarias, enfrentan grandes pérdidas monetarias, debido a una serie de vulneraciones que se dan en la Internet, veamos los ejemplos: programas de intercambio de información como Napster, Ares y muchos otros más, permiten la descarga de música, revistas, libros completos y videos.

Todo comienza con un intercambio de información entre usuarios de la red quienes “suben” la información y la comparten con otras personas, a su vez otros hacen lo mismo; ingenuamente se cree que si no persigue un lucro patrimonial con esta actividad, tampoco hay violación a los derechos conexos, quizá una canción, un libro, o un artículo no tengan un impacto gigantesco, pero si se piensa a gran escala en los millones de usuarios que sin ningún costo pueden ingresar en esta red, ello implica pérdidas económicas incalculables. Cada canción, libro, revista o video, que se “sube” a estos sitios implica a su vez un disco, una publicación, una película que no fue vendida lícitamente.

El daño se da como un efecto dominó, una pieza bota la otra; autores, músicos, arreglistas, actores, no perciben el fruto de su trabajo, incluso quienes fabrican los materiales físicos para reproducción de las creaciones tienen pérdidas, hasta que caemos en la cuenta que se

genera una terrible desmotivación, pues no se reconoce el fruto del esfuerzo intelectual, ni la inversión realizada por personas diferentes de los autores en la adquisición de la titularidad de las obras.

El fenómeno se vuelve difícil de fiscalizar, incluso en algunas legislaciones penales se advierte la falta de control hacia estas actividades ilícitas. Algunas figuras descritas en las normas para el caso de la piratería requieren para su efectiva adecuación a los tipos descritos, probar un ánimo de comercio y lucro, y quienes las promulgan parecen no darse cuenta, que aunque no exista tal ánimo de beneficiarse económicamente, el perjuicio se da porque el plagio de estas creaciones, no obstante no exista el lucro, generan a quien roba las ideas de otros algún prestigio por atribuirse estas creaciones.

V) LOS NOMBRES DE DOMINIO

Especial atención merecen en todo este entorno los nombres de dominio, que se definen como *“un bien de registro necesario, distintivo, compuesto por una sucesión alfanumérica cuya tecnología subyacente vincula a una dirección IP”*³⁰ (Protocolos de Internet o Internet Protocols: Protocolos de red que admiten que las redes de [computadoras](#) se puedan comunicar entre si) y cuya finalidad es la de identificar niveles de dominio en internet; se encuentran protegidos como parte de la propiedad intelectual. Debe

³⁰ A.A. Pardíni. *DERECHO DE INTERNET*, pp. 80

tenerse en cuenta que a través de los nombres de dominio es posible vulnerar otros bienes jurídicos que gozan de salvaguardia a nivel de propiedad intelectual, para el caso, los derechos de autor.

La apertura o de un sub-dominio se encuentra en manos de asignadotes nacionales por ejemplo “.net”, “.com”, “.org”; los identificativos de país: “mx” para México, “sv” para El Salvador, “es” para España, estos generan algún nivel de protección para cuentas radicadas en cada región, teniendo en cuenta que desde el levantamiento de una página Web hasta la asignación de una cuenta de correo electrónico, poseen parámetros en materia de propiedad intelectual que deben ser respetados.

En el caso del correo electrónico o “e-mail”, sobra decir que en la actualidad es uno de los medios mas utilizado por ser eficaz y rápido para el envío y recepción de cualquier documento, mensajes, fotografías, artículos o cualquier clase de escrito y es mucho más veloz que el correo tradicional. Este medio ofrece mayor protección porque en teoría solo puede ingresar a cada cuenta su propietario, debido a que exige una contraseña de usuario para tal efecto y además requiere un servidor determinado que esta protegido por un dominio; pero también se puede volver un terrible enemigo para los derechos de autor; siempre existe un alto riesgo y no es cien por ciento seguro; los denominados “hackers” roban la información y desmantelan sitios de Internet, interceptan e-mails, creando programas para acceder a cuentas de correo electrónico

ajenas, valiéndose de las más variadas herramientas para cometer ilícitos en la red.

VI) EL SOFTWARE LIBRE

El hecho de colocar y comercializar bienes jurídicos protegidos por el derecho de autor en Internet generan discusiones comerciales y legales íntimamente vinculadas al derecho de



autor; el libre acceso a una gran cantidad de documentos protegidos por estos derechos traen implicaciones de carácter moral y económico, convirtiéndose en una reyerta entre los derechos

de los usuarios a la de la red, y los derechos de quienes ostentan la propiedad intelectual de los bienes protegidos.

Si bien es cierto se vuelve necesario los usuarios puedan tener acceso a la información es difícil equilibrar estas necesidades, con las de los propietarios de estos contenidos; porque económicamente no todos tienen la posibilidad de obtener determinada información que beneficia a la cultura y al desarrollo de la humanidad en general.

El intercambio de información abre puentes por medio de los cuales quienes los utilizan, intercambian conocimientos que favorecen a la cultura y al progreso, favoreciendo a la democracia otorgando posibilidad a todos por igual el acceso a información para todos, sin ninguna clase de diferenciación³¹; el problema es que aunque todo esto sea de gran beneficio, también tiene que tenerse en cuenta el interés de los titulares de los derechos de autor y derechos conexos.

El tema de los derechos de autor es un asunto complejo en el que se plantean varias soluciones, se ha promulgado legislación; la OMPI con sus tratados Internet ha realizado una labor interesante y prometedora; otros documentos como el Libro Verde y el Libro

Blanco que son antecedentes de legislación norteamericana, así como el libro Verde de la Unión Europea también han brindado aportes relevantes al tema.

En el entorno digital se proyecta la creación de programas de resguardo de la información para el controlar la situación por medio de sistemas de seguridad y dispositivos que controlan el acceso y el manejo de las creaciones publicadas en Internet, que van desde lo más sencillo como un documento no modificable en formato PDF, hasta la más sofisticada tecnología: información encriptada y contraseñas (*password*) para ingresar a determinadas páginas o cierta información contenida en ellas, marcas de agua, sobreimpresión, identificación contenido y de autor e información oculta.

La Free Software Foundation's GNU, General Public License, es una institución que promueve el acceso libre a los contenidos en Internet, su tarea es la búsqueda y creación de licencias para que todo aquello que se publica en la red pueda ser extraído, copiado, reproducido o modificado sin ninguna restricción, basándose en el "*copyleft*".

El "*Copyleft*" (derecho de copia), que es lo contrario al "Copyright" (derecho de autor en el sistema continental y derecho de copia para el sistema anglosajón) dicha expresión es utilizada dentro del ámbito del software libre; por medio de éste, el inventor, creador o autor de un programa lo hace del dominio de todo el público, sus características es que cualquiera puede

³¹ Cfr. H. Bravo. ¿CONTENIDOS LIBRES O PROPIETARIOS?, en <http://maestrosdelweb.com/editorial/%C2%BFcontenidos-libres-o-propietarios>

hacer uso de los programas, copiarlos, modificarlos, etc

También se tiene el “*Creative Commons*”, que toma como modelo a la Free Software Foundation y es una entidad creada en el año 2001 con la ayuda económica de la Universidad de Stanford y la Sociedad del Dominio Público e instituida por James Boyle, Michael Carroll, Lawrence Lessing, Hal Abelson, Eric Saltzman y Eric Eldred; implica la protección de obras pero no de los programas de software, consisten en determinadas licencias que permiten la utilización generalmente sin ninguna restricción, la reproducción y distribución sin límite y la posibilidad de modificar los programas sin ninguna consecuencia legal³².

Aunque el Creative Commons tenga una aplicación real, su uso se limita al sistema anglosajón; ya que, el derecho de copia o copyright está referido a los derechos patrimoniales, pero en el sistema continental, los derechos de autor protegen los derechos morales que son irrenunciables y solo se transfieren por causa de muerte.

VII) EL CASO DE EL SALVADOR

El Salvador como muchos países latinoamericanos, calificados como países en vías de desarrollo con sus economías que

intentan emerger, no es ajeno al fenómeno de Internet, muchas empresas efectúan comercio a través de la red, instituciones educativas, de gobierno, privadas y organizaciones no gubernamentales publican sus documentos páginas Web, sin dejar de lado que un gran elevado número de ciudadanos, por lo menos en teoría tiene o pueden llegar a tener acceso a esta red sin mayores costos ni restricciones.

La salvaguardia de los derechos de autor y derechos conexos en Internet, tienen en el país un asidero común con la protección de estos derechos en general y es que la información que se encuentra contenida en esta red, queda protegida desde el momento de su creación, lo cual significa que no requiere de un registro o depósito para ser acaparada por la ley; el problema radica en que al igual que en el resto de regiones a nivel mundial, no se escapa de fenómenos permisivos como el del “Cut and paste”, la copia de resguardo, la usurpación de nombres de dominio, la piratería o el intercambio de información subida por los usuarios a Internet.

Existen leyes salvadoreñas, tales como la Ley de propiedad intelectual, la Ley de Registro de Comercio, la Ley del libro, Ley de marcas y otros signos distintivos y el Código penal, que si bien es cierto refieren expresamente disposiciones para la protección de la propiedad intelectual y en particular los derechos de autor, nada dicen en concreto en cuanto al tema de derechos de autor en Internet.

³² Cfr. H. Bravo. ¿CONTENIDOS LIBRES O PROPIETARIOS?, en <http://maestrosdelweb.com/editorial/%C2%BFcontenidos-libres-o-propietarios>

Se da un fenómeno y es que la política en cuanto a Internet, es la de no establecimiento de normas restrictivas, basándose en su mayoría en parámetros amplios y generales a nivel internacional. El Salvador ratificó en diciembre del año 1993 el Convenio de Berna sobre la Protección de Obras Literarias y Artísticas, así como también los tratados Internet, [Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor](#) (WCT) y el [Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas](#) (WPPT), aunque en la práctica dichos tratados no han tenido mayor relevancia, son leyes vigentes en el país pero hasta fecha, no se ha efectuado ningún reclamo a nivel judicial invocando la normativa mencionada.

De acuerdo a lo expresado por Carlos Enrique Castillo García, experto salvadoreño en el tema, en El Salvador no se ha dado ningún reclamo a nivel jurisdiccional invocando los tratados Internet, y las escasas disputas suscitadas, han sido en cuanto a nombres de dominio y fueron dirimidas por la vía alterna de resolución de conflictos.³³

En consonancia con lo anterior, parece ser que en la actualidad la tendencia moderna sobre las violaciones en línea respecto de la propiedad intelectual, se resuelve bajo una perspectiva no judicial de métodos alternos a la solución de conflictos tales como mediación, conciliación y

³³ Entrevista personal realizada a las 17:00 horas del día 17 de enero de 2008 con el Licenciado Carlos Enrique Castillo García. Socio y Gerente de Romero Pineda y Asociados, Compañía de Abogados

arbitraje; la OMPI posee un sistema para dirimir los conflictos de violaciones a los derechos de propiedad intelectual en línea, siendo este un ejemplo claro de lo apuntado.

VIII) CONCLUSIÓN

Al parecer no hay una premisa general que apunte a la uniformidad de criterios en cuanto a los derechos de autor en Internet, muchos consideran que la Información publicada en la red debería ser gratuita y accesible sin restricción alguna, pero los creadores y los titulares de los derechos de explotación de las creaciones apoyan la tesis contraria. En realidad, ninguna entidad es dueña exclusiva de Internet, por lo que el control sobre lo que allí se encuentra no es propio de un sujeto u organización en particular, lo que añade un alto grado de complejidad al problema.

Las grandes compañías poseen altas tecnologías de protección, pero no son infalibles, de modo que con este marco de referencia se debe hacer un esfuerzo conjunto en cuanto a la legislación nacional e internacional; por el momento las organizaciones como la OMPI a nivel internacional, parecen realizar el mejor intento de agrupar a las diferentes naciones para discutir el asunto, buscar soluciones y promulgar normativas que amparen esta clase de propiedad intelectual, pero no debería dejarse de un lado a los gobiernos de cada nación, para que internamente generen leyes de protección que estén en sintonía con los tratados internacionales.

Como se suele decir: La información es poder y progreso, beneficia el desarrollo de la sociedad; además, de un derecho de todos los seres humanos, pero obtenerla colaborando con prácticas como el plagio, la piratería y muchas más de carácter ilegal, detenemos el progreso y el desarrollo de todas las naciones. Si se tiene en claro también que la explotación lícita de las creaciones del intelecto, generan impuestos que se traducen en ingreso a las arcas del Estado, cuando se reproduce ilícitamente material de propiedad intelectual o se compra, se generan pérdidas que no se reflejarán en obras de inversión social.

Mientras existan productos del ingenio humano, siempre habrá quien busque lucrarse del fruto del esfuerzo ajeno, pero siempre existe también, quienes honestamente buscan su protección y tratan de evitar que otros realicen estas prácticas deshonestas ✦.

BIBLIOGRAFÍA

GOLDSTEIN, M., *Derecho de autor*, Buenos Aires, Argentina, Ed. La Rocca, 1995.

SHERWOOD, R.M., *Propiedad Intelectual y desarrollo económico*, Buenos Aires, Argentina, Ed. Heliasta, 1992.

LIPSYC, D., *Derechos de autor y derechos conexos*, UNESCO, 1993.

PALACIOS, M.A.- A. RICARDO, *Propiedad Intelectual. Temas relevantes en el escenario internacional*, SIECA-USAID, 2000

PARDINI, A.A., *Derecho de Internet*, Buenos Aires, Argentina. Ed. La Rocca, 2002

PÁGINAS WEBB

BRAVO, H., ¿CONTENIDOS LIBRES O PROPIETARIOS?, en <http://maestrosdelweb.com/editorial/%C2%BFcontenidos-libres-o-propietarios>

GÓMEZ SEGADE, J.A., *EL DERECHO DE AUTOR EN EL ENTORNO DIGITAL*, en <http://www.intercodex.com/ficharticulo.php?ID=2>

Real Academia de la Lengua Española, *Diccionario de la Lengua Española*, en <http://www.rae.es/>

VILLALBA DÍAZ, F.A., *ALGUNOS ASPECTOS SOBRE LOS DERECHOS DE AUTOR EN INTERNET*, en [http://www.justiniano.com/revista_doctrina/LOS_DERECHOS_DE_AUTOR_EN_INTERNET .htm](http://www.justiniano.com/revista_doctrina/LOS_DERECHOS_DE_AUTOR_EN_INTERNET.htm)

* YASMIN ESTER ÁVILA SANTOS es colaborador jurídico del Centro de Documentación Judicial de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador.



España

Los Derechos de Autor en Internet

Joaquín Silguero Estagnan *

1. SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN Y PROPIEDAD INTELECTUAL.

Los servicios y actividades propios de la Sociedad de la Información suponen un reto importante para la protección de los derechos de autor. Nos encontramos ante un fenómeno sin precedentes, con implicaciones económicas importantes y en el que las redes de comunicación –tanto Internet como otras redes ICT- permiten el tratamiento y almacenamiento masivo de datos, así como la búsqueda, acceso y recopilación de contenidos de forma prácticamente ilimitada.

Junto a los efectos positivos que se derivan de la facilidad de conservación, consulta o reproducción de las creaciones, así como de la integración o modificación de sus contenidos y de su explotación directa en la Red, coexisten riesgos evidentes para los derechos de los autores. Pensemos que la libertad que se deriva de la explotación de sus obras en Internet, supone al mismo tiempo la deslocalización, la ruptura de barreras y, en suma, la superación de la protección territorial que el Derecho tradicionalmente les ha venido prestando. Esta situación facilita la proliferación de

actuaciones ilícitas, como las que afectan a la denominada “piratería” musical.

De ahí que se hace preciso alcanzar un equilibrio entre los distintos intereses que confluyen en la protección de la propiedad intelectual, sean autores, productores, prestadores de servicios de la sociedad de la información o internautas. Dentro de este equilibrio es preciso huir de posiciones extremas, ya que el objetivo de los autores y artistas pasa por dar a conocer su obra obteniendo una remuneración adecuada, pero no el de cercenar el acceso a la cultura. No estamos pues, ante una contradicción entre la defensa de los autores o de sus obras y el respeto hacia la comunicación libre de contenidos, sino ante un reto para el desarrollo ordenado de esta última.

2. MARCO NORMATIVO.

Desde la perspectiva española, cabe distinguir tres ámbitos distintos que inciden en la protección de los derechos de autor en Internet: internacional, europeo y nacional.

- Normativa internacional:

Desde el primero de ellos, es preciso tener en cuenta que en España resultan aplicables las normas del Convenio de Berna de 1866 para la protección de las obras literarias y artísticas, así como la Convención de Roma de 26 de octubre de 1961 sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutores, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión. A todos estos sujetos se les reconoce derechos afines al autor.

Tienen también importancia los Tratados de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre Derecho de Autor y sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas –llamados coloquialmente Tratados “de Internet”–, ambos de fecha 20 de diciembre de 1996. El marco internacional se completa con el Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio –ADPIC–, que el 15 de abril de 1994 firmaron en Marrakech los Estados participantes en la 8ª Ronda de negociaciones comerciales multilaterales del GATT (Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio), sustituido por la actual Organización Mundial del Comercio (OMC).

- Normativa europea:

Aunque la preocupación de la Unión Europea por la protección de los derechos de autor en Internet se remonta al denominado Libro Verde sobre Derecho de autor y derechos

afines en la sociedad de la información, publicado el 19 de julio de 1995, ha sido en la regulación posterior contenida en diversas Directivas, la que ha supuesto una decidida intervención normativa en la materia que nos ocupa.

Así, cabe citar la Directiva 2006/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 diciembre 2006 sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual, la Directiva 2004/48/CE, de 29 abril 2004, sobre el respeto de los derechos de propiedad intelectual y, sobre todo, la Directiva 2001/29/CE, de 22 mayo 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información.

También inciden en esta problemática la Directiva 1996/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 marzo 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos, así como la Recomendación 2005/737/CE, de la Comisión, de 18 octubre 2005, sobre gestión colectiva transfronteriza de los derechos de autor y derechos afines en el ámbito de los servicios legales de música en línea.

- Normativa española:

La regulación fundamental se encuentra contenida en el Real Decreto Legislativo

1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual y que ha sido modificado por la Ley 23/2006, de 7 de julio, a fin de incorporar al ordenamiento jurídico español las disposiciones de la Directiva 2001/29/CE, así como los Tratados de la OMPI de 1996.

También deben tenerse en cuenta la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, el Real Decreto 281/2003, de 7 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Registro General de la Propiedad Intelectual y el Real Decreto 1228/2005, de 13 de octubre, por el que se crea y regula la comisión intersectorial para actuar contra las actividades vulneradoras de los derechos de propiedad intelectual.

Desde el punto de vista de la protección de los derechos de autor en nuestro país, es preciso citar también la Ley 19/2006, de 5 de junio, por la que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y se establecen normas procesales para facilitar la aplicación de diversos reglamentos comunitarios. Finalmente, para la protección penal de los derechos de autor, es preciso tener en cuenta que mediante la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, se modificaron los arts. 270 y siguientes de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

3. LOS DERECHOS DE AUTOR AFECTADOS POR INTERNET.

La propiedad intelectual de una obra corresponde al autor por el hecho de su creación, siendo indiferente a estos efectos el medio o soporte en que se materialice, o su carácter tangible o intangible (arts. 1 y 10 LPI). El hecho por tanto, de que la obra se encuentre digitalizada no afecta a la **titularidad** del derecho o a su esencia de producto de la actividad creadora, ni menos aún al propio objeto protegido ya que también en estos casos, la obra puede ser de pura creación o colecciones de obras ajenas, webs, bases de datos, etc.

Tampoco hay inconveniente para reconocer, en el caso de un portal de Internet, que estamos ante una obra en colaboración, siempre que la aportación de cada autor sea necesario para el resultado y no se trate de meras colaboraciones o actos de ejecución del proyecto. Al respecto, cabe recordar la doctrina contenida en la STS 11 julio 2000 (STS 5717/2000).

Ello sin perjuicio de que, en el caso de Internet, el concepto de obra pierde consistencia, resultando difícil determinar su localización o incluso de asegurar la protección de la integridad de la obra de la misma forma que respecto a otros soportes.

No han faltado casos en que se ha pretendido obtener el reconocimiento del derecho de



autor por aquella persona que consta como contacto a efectos del registro del nombre de dominio. Los Tribunales rechazan esta asimilación, ya que el autor lo es por su actividad creativa, mientras que en el segundo de los casos se trata de identificar al contacto administrativo para la gestión del dominio utilizado para la actividad de la web.

Nos encontramos ante un fenómeno sin precedentes, con implicaciones económicas importantes y en el que las redes de comunicación – tanto Internet como otras redes ICT- permiten el tratamiento y almacenamiento masivo de datos, así como la búsqueda, acceso y recopilación de contenidos de forma prácticamente ilimitada

En este sentido se pronuncian la SAP Madrid, 12 mayo 2006 (SAPM 5625/2006) y la SAP Vizcaya 5 enero 2001 (SAPBI 62/2001).

Por lo que respecta al **contenido** de los derechos de autor, también en este punto la protección en Internet no implica cambios

sustanciales frente a la regulación general de los derechos que pueden verse afectados. Así corresponden al autor, tanto los derechos de carácter personal o moral como los derechos de carácter patrimonial.

- Derechos de carácter moral:

Son derechos morales del autor y, por tanto, irrenunciables e inalienables, los de divulgación de la obra, paternidad, integridad, de modificación y retirada de la obra del comercio y de acceso al ejemplar único o raro de la obra. También aquí los derechos permanecen aunque con alguna matización derivada de las características de Internet.

El *derecho de divulgación* supone que es el autor el que decide si su obra ha de ser divulgada y en qué forma (art. 14.1 LPI); en este caso, a través de una red de comunicación como es Internet. También incluye la posibilidad de que la divulgación o publicación de la obra se haga con su nombre, bajo seudónimo o incluso de forma anónima, lo que entendemos que permitiría por ejemplo, acudir a técnicas de encriptación.

En virtud del *derecho de paternidad*, el autor puede exigir el reconocimiento de su condición de autor de la obra (art. 14.3 LPI), lo que puede sustentar una acción declarativa en el ámbito de Internet, dada la frecuente falta de cita del autor de los contenidos que

se incorporan vía web o en los casos de sindicación de contenidos ajenos, banners, etc.

Un aspecto que puede resultar especialmente problemático, es el correspondiente al *derecho a la integridad*, que la legislación española establece como respeto a la integridad de la obra e impeditivo de cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra aquella, en caso de que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación (art. 14.4 LPI). Al menos es preciso asegurar en las mejores condiciones la difusión de la obra y garantizar la autenticidad de las copias o reproducciones.

En cuanto al *derecho de modificar y retirar la obra* del comercio y al *derecho de acceso al ejemplar único*, las características de la explotación de las obras en Internet llevan a que puedan ser poco efectivos. Pensemos por ejemplo, en que la retirada de la obra de Internet no impide que pueda haberse almacenado en la memoria “caché” por los motores de búsqueda como por ejemplo, Google o como sucede con Internet Archive, o lo difícil, por no decir imposible, que resulta considerar dónde radica el ejemplar único teniendo en cuenta la frecuente utilización de sitios espejo (“Mirror Site”) que almacenan contenidos que provienen de otro ordenador que actúa como servidor principal, todo ello a fin de optimizar la navegación por la Red.

- Derechos de carácter patrimonial:

Se incluyen aquí tanto los derechos de explotación propiamente dichos, así como el derecho de participación en determinadas reventas o el derecho por copia.

En el ámbito internacional coexisten dos concepciones distintas sobre el derecho de autor. De un lado, la protección al inversor, más propia del Derecho de los negocios y que caracteriza al “copyright” anglosajón. Y de otro, la tendencia europea a considerar el derecho de autor como derecho de la persona o, más exactamente, como un híbrido entre el derecho de propiedad y el derecho de la persona. Siendo esto así, no es menos cierto que la tendencia a la equiparación se afianza en el plano internacional; pensemos por ejemplo que Inglaterra reconoce desde el año 1988 el derecho moral de autor, mientras que las últimas reformas llevadas a cabo en los demás países europeos –por ejemplo, la protección de la propiedad intelectual de los programas de ordenador en España (arts. 96 y 97 LPI)- tienden a preservar el aspecto económico de la inversión. En realidad, como se deriva del propio Convenio de Berna, resulta compatible la protección de los derechos de autor con asegurar el retorno de la inversión llevada a cabo en la producción de la obra, mediante su posterior explotación y divulgación.

En todo caso, corresponde al autor el ejercicio exclusivo de los derechos de

explotación, en la forma que considere oportuna y, en especial, los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación que no podrán ser realizados sin su autorización, excepto en los casos previstos en la propia ley (art. 17 LPI).

En la aplicación de estos derechos de carácter patrimonial reside la principal problemática a la que se enfrenta la protección de los derechos de autor en Internet. Para ello es preciso establecer la distinción entre los derechos que lo componen, sin olvidar que la forma en que Internet afecta a cada uno de ellos es diversa.

Así, se entiende por *reproducción* la fijación de la obra en un medio que permita su comunicación y obtención de copias de toda o parte de ella (art. 18 LPI). Por *distribución*, la puesta a disposición del público del original o copias de la obra mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma (art. 19 LPI). Y, por *comunicación pública*, todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas (art. 20 LPI). Por último, conforme a la normativa española, la *transformación* de la obra comprende su traducción, adaptación y cualquier otra modificación en su forma de la que se derive una obra diferente (art. 21 LPI).

Con independencia de los derechos del autor, también existen **otros derechos de propiedad intelectual** en los que Internet puede tener incidencia. Así, por ejemplo, se reconocen en la legislación española los derechos de los *artistas, intérpretes o ejecutantes* (arts. 105 a 113 LPI), de los *productores de fonogramas* (arts. 114 a 117 LPI), de los *productores de las grabaciones audiovisuales* (arts. 120 a 123 LPI), de las *entidades de radiodifusión* (arts. 126 y 127 LPI) o de los autores de *meras fotografías* (art. 128 LPI). La posibilidad de que las obras sean objeto de comunicación a través de Internet, mediante el ofrecimiento de descargas de música, vídeos o canales de radio disponibles en la Red, hace que también sus derechos deban ser tutelados desde esta perspectiva.

4. INTERNET Y LA COMUNICACIÓN PÚBLICA DE LAS OBRAS.

Conforme al Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, ratificado por España, y la Declaración concertada respecto de su art. 1.4, es preciso entender que el almacenamiento en forma digital de una obra protegida, constituye una reproducción en el sentido del art. 9 del Convenio de Berna.

Aunque aquel Tratado no cuenta aún con el depósito de adhesiones suficientes para entrar en vigor, permite considerar una tendencia a la interpretación del Convenio de

Berna con respecto a la aplicación de las nuevas tecnologías. Esta interpretación llevaría a considerar que tanto el derecho de reproducción como las excepciones permitidas en virtud del mismo, serían aplicables en su totalidad al ámbito de Internet.

Sin embargo, esta conclusión no es válida para todas las actividades que se derivan de la utilización de Internet. En efecto, pese a los términos amplios en que se expresa el Convenio de Berna – en sus arts. 8 y 12 se concede al autor el derecho exclusivo de hacer o autorizar la traducción, la adaptación, el arreglo u otras transformaciones de sus obras, mientras que en el art. 9 se hace referencia a la reproducción provisional-, pretender desde esta base normativa tratar aspectos derivados de la utilización de Internet como la transformación de la obra o las descargas de contenidos, resulta más que discutible.

En realidad, el derecho exclusivo de reproducción permite explicar tanto la digitalización como la introducción en la Red de la información protegida por el derecho de autor. En cambio, es preciso reconducir al derecho exclusivo de comunicación, tanto la puesta a disposición del público –lo que constituye un aspecto determinante del acceso vía Web- como el acceso a la obra por cualquier particular.

Por otra parte, el término de derecho de distribución, como puesta a disposición del público del original o copias de la obra mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma (art. 19 LPI), es más adecuado para las obras distribuidas bajo

*El hecho por tanto, de que la obra se encuentre digitalizada no afecta a la **titularidad** del derecho o a su esencia de producto de la actividad creadora, ni menos aún al propio objeto protegido ya que también en estos casos, la obra puede ser de pura creación o colecciones de obras ajenas, webs, bases de datos, etc*

soporte material, ya que implica el reparto de ejemplares, pero no para las transmisiones digitales. En Internet el concepto de copia es muy relativo ya que no puede determinarse cuál es la original y cuál la copia. A estos efectos, la obra digital se comunica simultáneamente y de forma virtual. En todo

caso, esta cuestión queda zanjada por el Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor, según el cual el derecho de distribución era factible siempre y cuando se tratase de una fijación en soportes públicos y tangibles, excluyendo a las transmisiones digitales en las que el almacenamiento se realiza en la transmisión al equipo informático del receptor.

Por todo ello y, en un esfuerzo de adaptación a la realidad que plantea Internet, se ha promovido desde el ámbito de la Directiva europea 2001/29/CE la distinción de la puesta a disposición de las obras en Internet frente al derecho de comunicación pública.

En aplicación de este criterio, también en España se regula de forma expresa la *puesta a disposición interactiva* como modalidad del *derecho de comunicación pública*. Así lo establece el vigente art. 20.2.i) LPI, tras la reforma llevada a cabo por la Ley 23/2006, de 7 de julio.

Con anterioridad a dicha modificación, ya tenía aplicación el mismo criterio en la jurisprudencia. Así cabe citar la SAP Barcelona 27 junio 2002 en la que se destaca la puesta a disposición al público como una especie de comunicación pública, lo que supone superar la doctrina de la distribución en aplicación del criterio contenido en la Directiva 2001/29/CE.

Análogamente corresponde mantener esta conclusión en lo que hemos denominado derechos afines a los del autor. Por ejemplo, corresponde a los artistas, intérpretes o ejecutantes, a los que legalmente se asimilan los directores de escena y de orquesta (art. 105 LPI), el derecho exclusivo de autorizar la fijación de sus actuaciones, de autorizar la reproducción directa o indirecta de las mismas y de autorizar la comunicación pública de sus actuaciones, salvo que dicha actuación constituya una actuación transmitida por radiodifusión o se realice a partir de una fijación previamente autorizada (arts. 106 a 108 LPI). También tienen el derecho de autorizar la distribución, en su caso, concediendo las oportunas licencias contractuales, así como derechos patrimoniales de explotación.

No obstante, algunos de estos supuestos pueden resultar problemáticos ante la insuficiente regulación legal. Este es el caso de los derechos de los artistas, intérpretes, respecto de la comunicación al público de obras ya grabadas o, como señala el art. 108.1 LPI, de fijación previamente autorizada. Respecto de ellos, los derechos morales –que incluyen según lo dicho, el de comunicación pública- se reconocen para los artistas en obras sonoras, pero con menos claridad para las audiovisuales. Tampoco se regula por la legislación española, las prácticas contractuales en ejercicio de los derechos de autor y de los señalados artistas, por lo que la

eficacia de las prescripciones legales puede verse reducida en la práctica.

5. MECANISMOS DE PROTECCIÓN.

Para la protección de los derechos de autor en Internet puede acudir a cualquiera de los **medios jurídicos de tutela** que se admiten para la protección general de los derechos de autor:

- a) El art. 270 Cp castiga con penas de seis meses a dos años y multa de 12 a 24 meses, a quien comunique una obra o transforme su interpretación o ejecución, cualquiera que sea el soporte de fijación o el modo de su comunicación –incluido obviamente Internet- cuando lo haga sin autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios. De este modo se consideran infractoras de la propiedad intelectual no sólo las actividades de reproducción, distribución y comunicación pública, sino también el almacenamiento, la importancia o incluso la tenencia de cualquier medio destinado a suprimir o neutralizar los dispositivos de protección de programas de ordenador u otras obras, interpretaciones o ejecuciones.

Como se encarga de destacar la jurisprudencia, la aplicación del art. 270 Cp requiere tanto la existencia de un perjuicio para tercero, como el ánimo de lucro, ya que la falta de éste determinará la existencia del ilícito penal, así como la falta de autorización del autor, elemento determinante del tipo. Además es preciso que exista denuncia (287.1 Cp).

De ahí que no falten pronunciamientos contrarios a la aplicación de este tipo delictivo en ausencia de alguno de dichos elementos. Incluso en algún caso, como el resuelto por la SJPenal nº 3 Santander 14 julio 2006, se entiende que no se está ante una acción punible en el marco del art. 270 Cp sino ante el ejercicio del derecho de copia. Por su parte, la SAP Asturias 8 abril 2003 (SAPO 1377/2003) rechaza la existencia de error de prohibición en quien reprodujo y distribuyó grabaciones musicales obtenidas a través de Internet.

- b) Los arts. 138 a 140 LPI permiten instar el cese de la actividad ilícita del infractor de los derechos de autor y exigir la indemnización de los daños materiales y morales causados. En lo que respecta a esta indemnización



incluye tanto la pérdida como la ganancia que se haya dejado de obtener, lo que lleva a establecer la posibilidad de optar entre el beneficio que habría obtenido el legítimo titular de los derechos afectados, o la remuneración que habría dejado de percibir.

- c) Los arts. 141 y 143 LPI permiten solicitar medidas cautelares que sean precisas para asegurar el ejercicio de las acciones civiles y penales. Estas medidas cautelares pueden decretarse contra el prestador de servicios de acceso a Internet, ya que como señala el AJMer nº 2 Madrid 10 noviembre 2004, existe un deber de colaboración del prestador de servicios de acceso a Internet, pese a que exista la exención de responsabilidad por la información transmitida.
- d) También es posible solicitar la aplicación de las normas de competencia desleal en este ámbito – por ejemplo, por tratarse de actos de imitación (art. 11 Ley 3/1991, de 10 enero, de Competencia Desleal)- o de las que regulan la propiedad industrial –cuando el autor ha autorizado la inscripción de su obra como marca puede prohibir que se use el signo en

redes de comunicación telemáticas y como nombre de dominio (art. 34.3 Ley 17/2001, de 7 diciembre, de Marcas)-.

No en vano la competencia desleal debe extenderse también a los actos de comunicación pública, bien sea por aprovechar indebidamente el esfuerzo ajeno para concurrir en el mercado – fonogramas ya existentes a través de Internet en el caso resuelto por la SAP Madrid (Secc. 8ª) 16 julio 2004-, o bien por la infracción de norma –en este caso, la propia LPI como señala la SAP Barcelona (Secc. 15ª) 27 junio 2002-.

Más recientemente y en el ámbito comunitario, la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 17 septiembre 2007 (Case T-464/04), por abuso de posición dominante contra Microsoft, rechaza el argumento utilizado por esta empresa para considerar que los protocolos de comunicación son innovaciones y, como tales, están protegidas por derechos de propiedad intelectual. Como señala este Tribunal, rechazando el argumento, en situaciones excepcionales hasta el ejercicio de derechos exclusivo del titular de la propiedad intelectual podría constituir un abuso.

Para dotar de una mayor eficacia a todas estas previsiones legales, es preciso determinar cuál es el ámbito de responsabilidad que corresponde a cada uno de los intervinientes o agentes que actúan en Internet, en base a las actividades que llevan a cabo. Entre los primeros se distinguen los suministradores de contenido (“content

*Para la protección de los derechos de autor en Internet puede acudir a cualquiera de los **medios jurídicos de tutela** que se admiten para la protección general de los derechos de autor*

providers”), los prestadores de servicios como los que facilitan el espacio en un servidor o permiten el acceso a servicios de terceros (“service providers”), los proveedores de instalaciones de

comunicaciones (“communications providers”) y los que facilitan el acceso a la Red (“access providers”). Y entre las actividades, las de mero transporte (“routing”), almacenamiento (“caching”) o alojamientos de datos (“hosting”). En España, la responsabilidad general de los prestadores de los servicios de la sociedad de la información, no es obstáculo para admitir, bajo ciertas condiciones, la exención de la misma para los operadores de redes y proveedores de acceso, los prestadores de servicios que realicen copia temporal de los datos solicitados por los usuarios, los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos, o aquellos que faciliten enlaces a instrumentos de búsqueda (arts. 13 a 17 Ley 34/2002, de 11 julio).

Sin perjuicio de las vías legales de protección, pueden establecerse **medidas técnicas de protección** de las obras, las cuales resultan admitidas por el art. 160 LPI. Entre ellas debe destacarse el desarrollo de mecanismos de información sobre la gestión de derechos –“Digital Rights Management” (DRM)- que limitan la posibilidad de que los usuarios se transfieran grabaciones de música o de llevar a cabo copias. En otros casos, se acude a técnicas de “streaming” sobre audio y vídeo, que permiten escuchar o ver temporalmente sin guardar en el equipo informático del usuario el correspondiente archivo. Con ello se logra mantener la acumulación de información de la obra como

previa a la comunicación pública propiamente dicha y, lo que es más importante, hacerlo de forma temporal y únicamente para lograr dicha finalidad, por lo que no existe como tal una copia de la que pueda hacer uso el internauta.

El hecho de transgredir cualquiera de estas medidas técnicas (“craquear”) constituye una infracción (art. 102 LPI), si bien no consta que existan decisiones judiciales que hayan aplicado esta previsión legal.

Quizás el punto más débil para la exigencia de responsabilidades radica en la **territorialidad** de buena parte de las medidas protectoras frente a la infracción de los derechos de autor en Internet. Siendo esto así, resulta comprensible que las violaciones más flagrantes, por ejemplo en el campo de la piratería musical en Internet, se lleven a cabo desde países como Rusia –el caso de la web Allofmp3.com es sumamente ilustrativo- o China –donde, como señala el Informe Especial 301 (2004) de la International Intellectual Property Alliance, más del 90% de CD, DVD y software infringen la normativa sobre derechos de autor-. De ahí que, a falta de una deseable armonización al menos en el ámbito europeo, la protección de los derechos morales de los autores como establece el art. 14 PLI en España, no dejan de ser una enumeración de escasa eficacia práctica frente a las

violaciones internacionales de los derechos de autor.

Como lo es también la solución adoptada en la Directiva de e-comercio –Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 junio 2000-, por la que se reconduce la competencia a la Ley del Estado miembro en cuyo territorio se encuentre establecido el prestador de servicios, solución que se adopta en la legislación española (art. 2 Ley 34/2002, de 11 julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico). Hubiera sido mejor adoptar una solución más flexible y acudir al foro de real y sustancial unión con los actos de infracción. Probablemente, veremos en el futuro una solución en este sentido, sobre todo si se tiene en cuenta que los litigios internacionales sobre propiedad intelectual se orientan cada vez más hacia las personas o empresas que facilitan medios para la infracción, más que a los actos del usuario o infractor directo.

6. LAS DESCARGAS DE CONTENIDOS A TRAVÉS DE INTERNET.

Del mismo modo en que la decisión de “subir” una obra protegida a Internet corresponde al autor y requiere su autorización o la de sus cesionarios o causahabientes (arts. 42 y siguientes LPI), la descarga de la obra por parte del usuario implica una reproducción o copia de la

misma. El acceso a la obra a través de Internet puede hacerse de forma que la obra se ve según se va recibiendo (“streaming”), sin que quede copia en la memoria del ordenador, lo que no deja de ser un acto de comunicación pública, o bien mediante una copia temporal por la que se accede a una obra situada en otro ordenador (“browsing”), pero es posible acudir a la copia o descarga de un fichero de modo permanente (“download”) y es aquí donde surge el riesgo que para los derechos de autor pueden entrañar las descargas de contenidos a través de Internet.

Conforme al art. 31 LPI, las obras ya divulgadas podrán reproducirse sin autorización del autor, para uso privado del copista, siempre que la copia no sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa. Precisamente esta previsión de la Ley española procede también del ámbito europeo, en el que se ha promovido un concepto extenso de reproducción, situando como excepción posible al derecho de reproducción precisamente el caso de las copias –analógicas o digitales- efectuadas para uso de una persona física, si bien en estos casos debe mediar compensación equitativa a favor del autor. La copia privada debe, en todo caso, ser diferenciada de la copia ilícita.

En España, el derecho a compensación por copia privada se encuentra establecido en el

art. 25.5 LPI y procede su exigencia, siendo irrelevante el destino dado al soporte digital a efectos del abono del canon por copia privada -en este sentido, se pronuncia la SJMer nº 1 Bilbao 16 marzo 2007 (SJM 9/2007)- que el CDR sea o no “informático” ya que constituye un medio idóneo para la reproducción de fonogramas para uso privado –SJ Primera Instancia nº 22 Barcelona 2 enero 2002-.

La regulación legal es también aquí insuficiente en lo que se refiere a las reproducciones de los intermediarios, es decir, aquellas copias técnicas de carácter temporal sobre las que no se aclara si deben asimilarse a la puesta a disposición del público, o se trata de reproducción para la comunicación de la obra, conforme a los arts. 20 y 18 LPI respectivamente.

Al menos y, en esto sí debe ser valorada positivamente la regulación española, la puesta a disposición al público –por ejemplo, de fonogramas- a través de descargas de Internet queda configurada como una especie de comunicación pública y no, como un supuesto de distribución. Y ello con una importante consecuencia práctica, ya que si bien es necesaria la autorización del titular o titulares del derecho de autor para la reproducción de fonogramas (art. 115 LPI), dicha autorización no será precisa para su comunicación pública.



Fuera de estos límites, es decir, si se lleva a cabo cualquier copia de una obra protegida sin autorización de su titular, dará lugar a una copia ilícita. Su realización o distribución, con los elementos ya señalados de ánimo de lucro y perjuicio de tercero, supondrá la comisión del delito previsto en el art. 270 Cp.

El problema práctico que se plantea en Internet, sobre todo en materia de obras musicales en formato digital, es la frecuente infracción de los derechos no sólo de los autores, sino también de los productores de fonogramas y de los intérpretes ejecutantes. En ausencia de un sistema de control de las autorizaciones de los autores, mediante los mecanismos de descarga de contenidos, todo internauta puede guardar los contenidos existentes y aun distribuirlos de forma ilícita. Los suministradores de contenido MP3, formato de compresión de música que facilita su distribución, copia y comunicación en la Red –con el precedente del caso Napster, sustituido por el actual sistema de Itunes que supone un mayor respeto internacional a los derechos de autor - constituyen un claro ejemplo de lo que aquí se señala.

En la jurisprudencia española, no faltan casos en que se aplican las normas ya señaladas, en atención a las descargas de los contenidos.

Sobre la aplicación de los derechos morales de autor al ámbito de Internet, se ha pronunciado la SJMer nº 2 Valencia 20 junio 2007 (SJM 74/2007) en un supuesto de plagio en Internet de la biografía escrita por el demandante y de partes de su libro en un programa de ópera, destacando que la existencia de una licencia “copyleft” –lo que permite la circulación de una obra sin restricciones favoreciendo la propagación de la cultura- no supone ni la renuncia a la obra ni a los derechos morales que de ella se derivan, ni tampoco renuncia a la exclusividad. Todo ello aunque las obras se hubieran incluido en una página web de las denominadas “free software” o software libre.

De los derechos de explotación se ocupa la SAP Alicante (Secc.8ª) 9 enero 2007 (SAPA 470/2007), que estimando parcialmente el recurso de apelación, estima la demanda interpuesta por una editorial por infracción de los derechos de explotación sobre un libro por su inclusión no autorizada en la web de la demandada. El interés de esta sentencia, así como la recurrida dictada por el JMer nº 1 Alicante 14 julio 2006 radica en la fijación de la indemnización en base a criterios hipotéticos del número de descargas efectuadas. Según la citada SAP de Alicante del número real de consultas valorables debe detraerse aquellas que se estiman exploratorias de los internautas, sin que la naturaleza no lucrativa del infractor, la función social que pueda desempeñar y la buena fe

que pretenda demostrar –en el caso las codemandadas eran la Universidad de Alicante y la Fundación Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes Saavedra, que habían ofrecido libre y gratuitamente la obra sin autorización de la editora titular de los derechos de explotación ni de los herederos del autor- puedan considerarse más que meras alegaciones sin virtualidad para disolver la infracción a los derechos de autor.

Ante la falta de prueba en cuanto al número de descargas, también acude al cálculo estimativo de la indemnización la SAP Barcelona 29 septiembre 2006 (SAPB 7038/2006), en un caso en que se plantea la reproducción y comercialización no autorizada de fonogramas a través de Internet.

7. LA PROTECCIÓN DE LAS PÁGINAS WEB.

Un supuesto que puede darse cada vez con más frecuencia, debido a la proliferación de dispositivos de apropiación (“spiders”) y de otros decodificadores de software, es el de la apropiación de contenidos de otras páginas webs.

La página web resulta en sí misma protegida, al igual que cualquier otra propiedad intelectual, en lo que se refiere a su estructura general y a la forma en que se enlazan los distintos contenidos desde su página de inicio (“home”). Es precisamente

su forma de exteriorización en donde radica la originalidad, así como la creatividad propia del orden, relaciones y configuración de su contenido. De ahí que también respecto de las páginas webs deba propugnarse la defensa frente a copias ilícitas o falsa atribución de autoría.

Cuestión distinta es la atinente al grado de complejidad que pueda suponer la acreditación de dicha originalidad. Máxime si se tiene en cuenta que la protección de la página, como tal, es independiente de la que pueda corresponder al programa informático utilizado para el diseño de aquella y que recaerá sobre el autor del mismo. Con frecuencia, distintas webs realizadas por medio de la misma aplicación podrán tener un aspecto o funcionalidades similares por lo que puede resultar más difícil establecer la originalidad reveladora de la existencia de una creación susceptible de amparo.

Menos problemática resultará esta cuestión respecto a los contenidos de la página web. Estos se encuentran protegidos por el derecho a la integridad de la obra de modo que toda modificación o alteración podría generar daños indemnizables. Las condiciones de autorización respecto a los contenidos suelen constar normalmente a través de un hiperenlace en la misma página, a modo de aviso legal. En estas condiciones se suele indicar que el uso de la obra es prueba de la aceptación de las mismas. Con

todo, este tipo de advertencias propias de las denominadas licencias “browse-wrap” puede ser revisadas, a efectos de su validez, mediante la consideración de la legislación sobre condiciones abusivas y demás normas protectoras de los consumidores y usuarios, a fin de determinar si concurre o no un consentimiento válido del internauta.

A estos efectos, cabe defender la existencia de una licencia implícita cuando se autorizan determinadas funcionalidades por el titular del contenido. Por ejemplo, si se permite al usuario copiar o distribuir la información – funcionalidades tipo a “e-mail this” o “printer-friendly” o la generación de “links” directos al contenido.

8. CONCLUSIONES.

La protección que se brinda a los derechos de autor es plenamente aplicable al ámbito de Internet, aunque algunas de sus manifestaciones deban ser adaptadas a la nueva realidad que se deriva de la Sociedad de la Información.

Para ello es importante coordinar la legislación española con las demás normas, europeas o internacionales. Sin duda, el desarrollo de las Directivas europeas y, especialmente de la Directiva 2001/29/CE, ha tenido importancia para clarificar buena parte de los problemas que plantea Internet

para la protección de los derechos de autor. Sin embargo, existen cuestiones que todavía no han alcanzado una regulación adecuada, sobre todo, por el excesivo carácter territorial de las soluciones adoptadas. La responsabilidad de los distintos prestadores de servicios de la sociedad de la información o los derechos afines de los artistas

Quizás el punto más débil para la exigencia de responsabilidades radica en la territorialidad de buena parte de las medidas protectoras frente a la infracción de los derechos de autor en Internet.

intérpretes, son claros ejemplos de esta situación.

En realidad, Internet no plantea especiales dificultades respecto de la titularidad o del contenido de los derechos de autor, pero sí plantea una tensión evidente entre el acceso

libre a la cultura y la protección de la decisión del autor respecto a la explotación de la obra de forma digital. La regla general es que se precisa la autorización para reproducir las obras, pero no para su comunicación pública, habiéndose establecido legalmente excepciones a la necesidad de autorización como la del art. 18 LPI. El reconocimiento de la puesta a disposición interactiva, en el marco de la comunicación pública y no del derecho de distribución, ha supuesto un cambio de tendencia favorable a la adecuada tutela de los derechos de autor en Internet.

Frente a las eventuales infracciones que puedan producirse en este ámbito, la legislación española contempla una pluralidad de remedios tanto jurídicos como técnicos, destinados con frecuencia a luchar contra los frecuentes fenómenos de piratería. En este sentido, es importante clarificar la distinción entre la copia privada, como limitación de los derechos de autor que lleva la existencia de una remuneración

compensatoria a favor de éste, de la copia ilícita, esto es, de la realizada sin autorización. Esta última, en caso de realizarse en perjuicio de tercero y con ánimo de lucro, supone la comisión del delito establecido en el art. 270 Cp.

En todo caso y como consecuencia de la propia evolución de los recursos de la Web, es preciso continuar adaptando la protección de los derechos de autor en los entornos de las redes de comunicación. La protección de las propias páginas web, mediante la proliferación de dispositivos de apropiación, constituye un claro exponente de esta evolución. ✧

- **Joaquín Silguero Estagnan es Letrado del Consejo General del Poder Judicial CENDOJ (España)**



Guatemala

Derechos de Autor en la Internet

Ángel Gilberto Castillo*

I. Introducción

Para iniciar y ubicar el tema de los Derechos de Autor en la Internet, se parte de dos notas recientes aparecidas en Guatemala y España:

1) Guatemala: En Internet, ¿Quién podrá defendernos? (El Periódico, 13.05.07:21). Piratería, pérdidas en software, por US\$26 millones en 2006. Negocio de copias ilegales aumentó (Prensa Libre, 16.05.07:19). En el primer tema, y ante la pregunta formulada por Mirja Valdés de Arias (autora del artículo): ¿Está preparado el sistema de justicia para recibir y tramitar una denuncia de alguien que es difamado por Internet? La Abogada Ada Redondo, quien ha sido panelista del Centro de Arbitraje y Mediación de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OPMI), responde, "...el sistema de justicia nacional no está preparado para estos casos". Y agrega: "no existen leyes o términos entre las ya existentes para pelear en ese campo". El segundo tema relacionado con la piratería de programas de software, se basa en el informe

de Business Software Alliance (BSA), en donde se consigna que la tasa de piratería de software para computadoras personales en Guatemala, alcanzó el 81 por ciento, idéntico al año 2005, pero muy por encima del promedio latinoamericano que es 66 por ciento. Un sondeo efectuado a 6,700 empresas, mostró que el 81 por ciento de éstas utilizan software ilegal. De ese total de empresas, aproximadamente 300 legalizaron su situación, y alrededor de 250 están en proceso de hacerlo. Los programas más copiados son Windows y Office, ambos de Microsoft. Además de las pérdidas afrontadas por estos diseñadores de programas, el fisco de Guatemala, también dejó de percibir US\$3.1 millones en impuestos por las copias ilegales durante el año 2006. El año 2005, en este rubro las pérdidas ascendieron a US\$1.68 millones. Boris Cabrera, Gerente de la Gremial de Informática de la Cámara de Industria, afirmó que en un país como Guatemala es difícil controlar el tema de la piratería.



2) España: En el mes de marzo del presente año, durante la celebración del I Foro Iberoamericano de la Propiedad Intelectual, en Madrid, la pregunta principal ante los participantes, fue: ¿Cómo se pueden defender los derechos de autor en Internet? Algunas de las respuestas fueron: “Internet supone un cambio cultural y de civilización tan grande que

*Para la protección de los derechos de autor en Internet puede acudir a cualquiera de los **medios jurídicos de tutela** que se admiten para la protección general de los derechos de autor*

no lo podemos entender... No se puede responder a los retos que plantea la red con criterios del mundo analógico. Quien dicta las normas en Internet no son los juristas, sino el software, afirmó Juan Luis Cebrián, consejero

delegado de Prisa, grupo editor de Cinco Días, medio de Madrid, y fuente directa de esta información (10.03.07:1). Por su parte, el presidente de [WIS@Key](#), empresa suiza de seguridad electrónica, expresó que Internet es el peor enemigo para los derechos de autor. Eduardo Bautista, presidente de la Sociedad General de Autores y Editores (SGAE), comparó la situación actual en la red con el origen de los automóviles, cuando no había ni carnets, ni códigos de circulación. Internet, enfatizó, está en esa etapa inicial que carece y precisa de normas. En una segunda mesa de discusión se defendió con fervor, “que quien debe velar por los derechos de autor en el futuro son los mismos que lo han hecho hasta ahora: las asociaciones de autores”. Esta idea unió a Antonio Hidalgo, director de los servicios jurídicos de SGAE en la cultura, aunque reconoció que no siempre logran transmitir la labor que realizan.

Hasta ahí, este planteamiento introductorio para ubicarse dentro de una parte de la problemática que en el tema de los Derechos de Autor en la Internet, y otros temas afines, implica el desarrollo e impacto de la tecnología digital en el mundo. De todo ello tratará este artículo breve, con el objetivo único de reflexionar ante la nueva cultura y manera de comportamiento que demanda el uso de la Internet, para quienes vivimos e interactuamos dentro de la sociedad de la información.

II. ¿Qué son los Derechos de Autor?



Como derecho de autor debe entenderse la protección jurídica que se otorga al titular del derecho de una obra original del que es creador. El objeto de esa protección es la creación resultante de la actividad intelectual de una persona, en los campos literario, artístico y científico. Para que una obra quede protegida por el derecho de autor debe reunir las características siguientes: 1. Creación formal, lo que significa que la protección no se concede a las ideas que se manifiestan en la obra, sino a su expresión formal. 2. Creación original, en el sentido de que la obra debe ser la expresión individual de su autor; y 3. Creación susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma. El derecho de autor comprende dos categorías principales de derechos: los derechos patrimoniales y los derechos morales. Por derechos patrimoniales se entienden los derechos de reproducción, radiodifusión, interpretación y ejecución públicas, adaptación, traducción, recitación pública, exposición pública, distribución, otros. Por derechos morales se entiende el derecho del autor a oponerse a cualquier deformación, mutilación o modificación de su obra que pueda ir en detrimento de su honor o reputación. Otra categoría de derechos en este campo, lo constituyen los derechos conexos. Mientras que los derechos que comprende el derecho de autor se refiere a los autores, los derechos conexos se aplican a otras categorías de titulares de derechos, los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión. Para la legislación de Guatemala, autor es la persona

física que realiza la creación intelectual, y por lo mismo, sólo las personas naturales pueden ser autoras de una obra. Sin embargo, el Estado, las entidades de derecho público y las personas jurídicas pueden ser titulares de los derechos previstos en la Ley, que específicamente se denomina Derecho de Autor y Derechos Conexos, Decreto 33-98 del Congreso de la República, y sus Reformas.

En lo referente a los programas de ordenador, la ley guatemalteca presume, salvo pacto en contrario, que el o los autores de la obra han cedido sus derechos patrimoniales al productor, en forma ilimitada y exclusiva, lo que implica la autorización para divulgar la obra y ejercer la defensa de los derechos morales en la medida en que sea necesario para la explotación del programa de ordenador. Aquí se presume, salvo prueba en contrario, que es productor del programa la persona natural o jurídica que aparezca indicada como tal en el mismo. Los programas de ordenador, estipula la Ley, se protegen en los mismos términos que las obras literarias. Esa protección se extiende tanto a los programas operativos como a los programas aplicativos, ya sea en forma de código fuente o código objeto, y cualquiera que sea su forma o modo de expresión. La documentación técnica y los manuales de uso de un programa gozan de la misma protección prevista para los programas de ordenador. Para las obras derivadas se considera autor quien con la autorización del titular, hace la adaptación, traducción o transformación de la obra originaria, debiendo figurar el nombre o seudónimo del autor original. Es importante

resaltar la normativa con relación al derecho moral del autor, el que en dado caso podrá conservar su obra inédita o anónima y disponer en testamento que así se mantenga después de su fallecimiento. En ese sentido, el aplazamiento para la divulgación de la obra sólo podrá hacerse hasta por setenta y cinco años después del fallecimiento del autor. En lo que respecta al caso de los derechos patrimoniales o pecuniarios del autor, la legislación de Guatemala protege esos derechos durante toda la vida del autor y setenta y cinco años después de su muerte. Si se tratare de obras creadas por dos o más autores, el plazo principiará a contarse después de la muerte del último coautor.

III. El porqué de la protección a los Derechos de Autor

El reto que más preocupa al mundo de los autores, está en enfrentar y ofrecer soluciones a los problemas que se generan con el uso combinado de la tecnología digital y las telecomunicaciones en cuanto a las “alteraciones digitales” de las obras preexistentes. Por ejemplo, respecto del ejercicio de tales derechos y la instrumentación de los controles que deberán implementarse para que la navegación de las obras en las “superautopistas 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. (Antequera Parilli, citado por Agüero, D. (2003:3-4)

Esos aspectos preocupantes dentro de los derechos de autor tienen que ver necesariamente con la regulación jurídica, que para muchos se ha quedado a la zaga, dada la velocidad vertiginosa de la tecnología digital; y para otros, es un reto más para esos derechos, concretamente para los juristas, que siempre han sorteado las crisis y actualmente también construyen el camino para lograr esa protección globalizada, dentro de un terreno diferente y complejo como lo es el ciberespacio. Al respecto de las posiciones anteriores, un párrafo concluyente importante de Redondo Aguilera: “El derecho de autor, tal y como está actualmente concebido, como un derecho nacional o territorial, no se ajusta totalmente a las necesidades que impone la Internet. Sin embargo, en la medida en que se incrementa el uso de la red para la creación, comercialización y distribución de obras protegidas, se ve más la necesidad de unir los principios jurídicos concebidos por el derecho de autor, las medidas tecnológicas, los esquemas de mercado y cualquier medio que se tenga disponible con el fin de proteger, tanto las obras como los intereses de los autores y los titulares del derecho de autor”.

Pero, ¿Cuáles son algunos de los factores que propician la intrusión de personas en la Internet para infringir los derechos de autor?

- ◆ La copia digital.



- ◆ La reducción de los costos marginales para la producción, reproducción, comercialización, promoción y distribución de obras protegidas por derechos de autor en la Internet.
- ◆ El anonimato en la Internet.
- ◆ La falta de conciencia de los usuarios frente a los derechos de autor.
Y, ¿Cuáles son otros factores que han contribuido a que las obras se comercialicen masivamente en la Internet?
- ◆ El precio de algunas obras en la Internet.
- ◆ Los costos marginales. (Redondo Aguilera).

Las causas anteriores, unidas al uso de ordenadores o computadoras (como se les llama en Guatemala), permiten interactuar con las obras, y cualquier usuario que cuente con esa tecnología, desde su casa puede acceder a un número ilimitado de éstas e incluso transmitir las a terceros casi de manera instantánea y también modificarlas. He ahí lo peligroso al utilizar la Internet, ya que en algún momento puede cometerse una violación al derecho de uno o varios autores (Javalois Cruz:2005:43-44). El dolo aquí no es indispensable para perjudicar u ocasionar daños a terceros, y como afirma Alfaro Prieto: "... se une la facilidad de ocultar la identidad en la red, lo que contribuye a dificultar el encontrar y sancionar a los violadores de derechos de autor y derechos conexos. Nuestra sociedad, agrega, ha dejado de ver estas violaciones como delitos hasta el punto de avalar dicho

comportamiento y destipificarlos socialmente, pese a que la conducta sigue siendo típica y antijurídica"(2004:4). Es así como los legítimos poseedores de los derechos de autor y conexos, ven cómo se violentan sus derechos al ser copiadas y distribuidas en Internet sus obras de manera ilícita, con los perjuicios consabidos, por lo que es necesario mejorar la protección de tales derechos.

Sin embargo, el panorama no es oscuro del

*Para la protección de los derechos de autor en Internet puede acudirse a cualquiera de los **medios jurídicos de tutela** que se admiten para la protección general de los derechos de autor*

todo, porque los usuarios también tienen derechos en la Internet, pero todavía hay mucho desconocimiento de las legislaciones nacionales y tratados que persiguen encauzar

el nuevo rumbo del derecho informático. La parte total del asunto es encontrar el justo medio, el punto de equilibrio entre los derechos del autor y los derechos del usuario. Las legislaciones actuales sobre derechos de autor difieren en cuanto a esa flexibilidad, por ejemplo, en Estados Unidos, se autoriza todo uso considerado legal. Aquí se aplica la doctrina del uso legal, siempre que no se afecte a terceros. En ese sentido, el usuario puede utilizar la información obtenida. Es el caso típico del estudiante universitario que para fines didácticos, puede disponer de un trabajo en la Internet, excepción que redundará positivamente en las entidades académicas y culturales. Una firma comercial, por su carácter lucrativo, está excluida de tal beneficio. (Copyright Act., 1947, Art. 107). A la inversa de la legislación estadounidense, las legislaciones europeas y del Canadá no son flexibles como la primera, aunque sí permiten copias para uso privado o particular, sin embargo, técnicamente, el derecho europeo no permite la copia de software ni bases de datos encontradas en la Internet, ni siquiera para uso privado. (Oliver Hance, citado por Javalois Cruz: 2005:44-45).

Para cerrar este apartado: La protección de los derechos de autor se justifica porque son propiedad inherente de quien crea la obra, y vista desde otros ángulos, esa protección es imperativa dentro de los aspectos morales, éticos, económicos y sobre todo, jurídicos.

IV. La legislación de los Derechos de Autor

A manera de reseña histórica, la trayectoria de las normativas con relación a los derechos de autor, puede resumirse así:

Posterior a la imprenta de Gutenberg, surgieron los llamados “privilegios”, que eran monopolios de explotación que cada gobierno otorgaba a impresores y libreros. Los privilegios más antiguos que se conocen son los concedidos por el gobierno de Venecia en el año 1469, por el término de 5 años, a Giovanni da Spira, introductor de la imprenta en territorio veneciano. (Agüero, D.: 2003:1). En el año 1710, en Inglaterra, el Parlamento promulga la primera ley de Derecho de Autor, también denominada Ley o Estatuto de la Reina Ana. Esta ley es considerada como el primer cuerpo legal del mundo, la que sustituye a los “privilegios”, y establece el derecho de autor como derecho de copia (copyright), reconoce además la existencia de un derecho individual del autor a la protección de su obra impresa. La legislación estadounidense en la Constitución de 1787, y la primera Ley Federal de 1790, consignan que “no hay propiedad más particular ni más legítima al hombre que aquella que es producto de su trabajo y de su mente”; asimismo, la Asamblea Constituyente de la Revolución Francesa consagró este derecho en el Decreto 13-19 del mes de enero de 1791.

Las nuevas tecnologías y su impacto en el mundo creativo, implicaron que se reclamara internacionalmente la normativa jurídica para la



protección de los derechos de los autores, y fue así que en el año 1886, en la ciudad de Berna, Suiza, se promulga el Convenio para la Protección de las obras Literarias y Artísticas, es el denominado Convenio de Berna. Éste ha sido revisado y enmendado conforme el avance tecnológico, y su última revisión fue en el año 1971. En 1908, los autores musicales lograron el reconocimiento de sus derechos; en el año 1948, se incluyó la protección de las obras cinematográficas obtenidas por un proceso análogo a la cinematografía y en el año 1967, se estableció quienes serían los titulares de derechos en dichas obras. Ya en la era de los ordenadores, en el año 1996, se promulgan los nuevos tratados de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, OMPI. Estos Tratados, también denominados Tratados Internet, son: El Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor y el relativo a Interpretación y Ejecución de Fonogramas. Hoy, el derecho de autor es universalmente reconocido y considerado como derecho humano y así se estableció en la Declaración Universal de los Derechos Humanos en el año 1948. La Convención de Washington, en el año 1946, sustituyó los términos de propiedad literaria y artística, y propiedad intelectual, por la denominación Derechos de Autor; y en el año 1952, se suscribió en Ginebra, Suiza, la Convención Universal de los Derechos de Autor. (Arango Zimeri: 2004:4-5).

Para cerrar este artículo, se hace referencia a la legislación penal guatemalteca que en la

temática que nos ocupa y otros temas conexos, se ha actualizado como producto del fenómeno digital y globalizador que así lo demanda. Los delitos informáticos se encuentran regulados dentro del capítulo VII, título VI, bajo la denominación “De los delitos contra el derecho de autor, la propiedad industrial y delitos informáticos”. El artículo 274a, se refiere a la destrucción de registros informáticos y establece sanciones como la prisión de seis meses a cuatro años y multa de doscientos a dos mil quetzales. El artículo 274b, comprende la alteración de programas que utilizan las computadoras, y establece las mismas sanciones del ilícito anterior. El artículo 274c, hace referencia a la reproducción de instrucciones o programas de computación, no autorizadas por el autor, y contempla sanciones que van de prisión de seis meses a cuatro años y multa de quinientos a dos mil quetzales. En el caso de registros prohibidos, las sanciones son prisión de seis meses a cuatro años y multa de doscientos mil quetzales, al que creare un banco de datos o un registro informático con datos que puedan afectar la intimidad de las personas, Art.274d. En el caso de manipulación de información, las sanciones comprenden, prisión de uno a cinco años y multa de quinientos a tres mil quetzales. También se contempla prisión de seis meses a dos años y multa de doscientos a mil quetzales, a las personas que destruyan registros, programas o equipos de computación, Art.274g.



Conclusiones

1. Las notas introductorias del tema abordado en este artículo, tienen un trasfondo pesimista

Para la protección de los derechos de autor en Internet puede acudir a cualquiera de los medios jurídicos de tutela que se admiten para la protección general de los derechos de autor

con relación a los derechos de autor y su protección efectiva en la Internet. Y hay muchos expertos que sostienen esa posición. También hay muchos otros que son los optimistas y ven esa situación compleja, como un reto más. Se considera que el panorama no

es tan negativo, y precisamente por ello, juristas, organizaciones, estados y personas individuales muestran su preocupación y trabajan intensamente, en este momento, en cualquier parte del mundo, para contrarrestar legalmente los abusos y delitos informáticos dentro del entorno digital.

2. Los derechos de autor, inherentes al ser humano, se han ido construyendo pese a muchas adversidades; y podría decirse que “se han forjado en las crisis”. La nueva tecnología de la información dentro de los retos, también facilita masivamente el conocimiento y normativas que comprenden esos derechos. Ello implica que cada vez serán menos los usuarios que desconocerán esas normativas y legislaciones.

3. La justificación para la protección de los derechos de autor resulta obvia. Es un derecho humano, pilar fundamental en la construcción y perpetuidad de la cultura universal. Visto desde otro ángulo, la obra, producto de la creación del autor representa para éste, valores morales y patrimoniales que deben respetarse.

4. Autores y usuarios deben aprender a coexistir en la nueva cultura que se crea en las denominadas superpistas de la Sociedad de la Información, en donde el conocimiento, respeto y aplicación de la Ley y los valores éticos, aun con todas las tecnologías y avances digitales, deben ser preeminentes ✧



Referencias

Agüero, Dolores (2003) Las Nuevas Tecnologías y el Derecho de Autor. En Razón y Palabra, No. 31. México, D.F.

Alfaro Prieto, Oscar (2004). Los Derechos de Autor y Derechos Conexos en el Ciberespacio. En Revista de Derecho Informático Alfa-Redi, No.72

Arango Zimeri, Miriam (2004). La Regulación del Derecho de Participación o "Droit de Suite" en el Derecho Guatemalteco. Universidad Rafael Landívar, Instituto de Investigaciones Jurídicas. En Cuaderno de Estudio No.50.

Javalois Cruz, Andy (2005). El Delito Informático. Universidad Rafael Landívar, Instituto de Investigaciones Jurídicas. En Cuaderno de Estudio No.59.

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). Documentos y legislación.

Redondo Aguilera, Ada (s.f.). El Renacimiento del Derecho de Autor en Internet. En Revista de Derecho Informático Alfa-Redi.

Registro de la Propiedad Intelectual de Guatemala. Documentos y legislación.

Secretaría de Integración Económica Centroamericana, SIECA (2002). El Derecho de Autor.

*** Sobre el Autor: Docente Coordinador de la Unidad de Capacitación Institucional, Escuela de Estudios Judiciales.**



Paraguay

De la imprenta a Internet

Patricia Stanley y Christian Stanley *

El fenómeno de la Internet representa hoy día, un fenómeno comparable con el de la creación de la imprenta en su tiempo, pues al igual que esta, ayuda a la difusión masiva de las obras protegidas por el derecho de autor y los derechos conexos.

Hoy día gracias a las nuevas Tecnologías de la Información, no existe obra que no pueda ser digitalizada y subida a la Internet, una canción puede almacenarse en un ordenador, y convertir el formato de archivo de la música extraída del CD, por ejemplo a un formato mp3 o WMP, lo mismo pasaría con un DVD, que puede ser almacenado en un ordenador y luego pasarlo a un formato comprimido, como sería el caso de un formato DIVX o XVID, en el caso de las obras literarias, estas son escaneadas y subidas como imagen o digitalizadas en su totalidad gracias a algún programa de OCR. Todas las facilidades se encuentran al alcance de quien posea un ordenador, un scanner y acceso a Internet, y de ahí los archivos digitalizados se hacen esta accesibles a millones de personas.

La comparación con el fenómeno de la imprenta resulta obvia, pero cabe acotar que este fenómeno (la imprenta) fue el responsable indirecto de la elaboración de toda la legislación

referente a derechos de autor, la cual permaneció casi inalterada por el lapso de alrededor de dos siglos. Muchas de las reglas de juego están cambiando y con ello los conceptos de reproducción, difusión, y comunicación pública están en constante modificación por lo cual por ello el marco normativo debería mudar de aires y acompañar estos avances tecnológicos.

Decimos que los conceptos se modifican, a modo de ejemplo los cambios del sistema de reproducción en el entorno digital, al referirnos a un video en streaming, en el que no se almacena en el ordenador, mal podría este hecho encuadrarse dentro del concepto clásico de reproducción, pues no puede accederse en cualquier momento, ni se realiza una copia de este, se podría adaptar este hecho a un medio de comunicación pública de la obra.



En principio establecido por el Estatuto de la Reina Ana que se repite en la Convención de Berna, y el Acuerdo sobre los TRIPS, es que nadie puede reproducir una obra sin la previa autorización de su autor, y estos derechos incluyen las reproducciones, incluso aunque sean temporales, realizadas mediante sistemas

*Es muy importante
señalar que los
derechos conferidos
por la ley no son
taxativos sino
meramente
enunciativos por lo que
cualquier otra forma de
explotación que surja
en el futuro estará
cubierta por la Ley para
los Autores*

digitales y es lo que se buscó clarificar en los llamados Tratados Internet de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.

El Derecho de Comunicación pública, entendida como la puesta a disposición del público de obras sin previa distribución de ejemplares, es

sin lugar a dudas el derecho más utilizado en un entorno digital con o sin autorización de los autores o titulares de Derechos de Autor o Derechos Conexos.

La puesta a disposición es una nueva modalidad del derecho de comunicación pública, que debe ser contemplada pues hay un cambio de paradigma en la comunicación, la obra está en el ciber espacio y la disposición consiste en que cualquier persona puede acceder a las obras desde el lugar y el momento que elija.

La explotación de obras mediante su comunicación pública ha sido tradicionalmente ajena a las obras literarias que se difundían únicamente a través de ejemplares físicos. Ahora, en Internet, el ejemplar tangible desaparece y se lleva a cabo un acto de puesta a disposición de esos textos al público, que puede acceder a ellos cuando y desde donde quiera.

La legislación Paraguaya otorga a los autores los siguientes derechos patrimoniales establecidos en el Artículo 25 de la Ley 1328/1988 dice: *“El derecho patrimonial comprende, especialmente, el exclusivo de realizar, autorizar o prohibir:*

- 1. la reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento;*
- 2. la comunicación pública de la obra por cualquier medio;*



3. *la distribución pública de ejemplares de la obra;*

4. *la importación al territorio nacional de copias de la obra;*

5. *la traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra; y,*

6. *cualquier otra forma de utilización de la obra que no esté contemplada en la ley como excepción al derecho patrimonial, siendo la lista que antecede meramente enunciativa y no taxativa.”*

Es muy importante señalar que los derechos conferidos por la ley no son taxativos sino meramente enunciativos por lo que cualquier otra forma de explotación que surja en el futuro estará cubierta por la Ley para los Autores.

Los avances tecnológicos son utilizados como herramientas de copia masiva y empleadas por organizaciones criminales, que encontraron en la Internet un canal de distribución perfecto y utilizado en muchos casos por los piratas como medio de obtención de las obras protegidas, las cuales son subidas por usuarios alrededor del globo, así un disco musical de un artista o un programa de ordenador puede descargarse en cuestión de horas de la Internet, y realizarse miles de copias del mismo, para su posterior distribución, no viéndose el pirata siquiera con la necesidad de comprar el disco para realizar copias masivas de la obra.

Muchos sitios Web, con la pobre excusa de que no suben los archivos de obras protegidas con “ánimo de lucro”, obvian que si bien la descarga

de contenido de su sitio, por si sola no trae beneficio económico, este es obtenido por la publicidad existente en dichos sitios, la cual tiene en cuenta el número de visitas recibidas por el sitio Web, no contemplando el daño económico que sufre el titular del derecho, por las descargas no autorizadas de su obra.

A modo de ejemplo ya se ha contemplado en la legislación paraguaya que no sea requisito el ánimo de lucro directo o indirecto para que sea pasible de sanción la comunicación pública no autorizada de la obra. El Artículo 39 de la Ley 1328/1988 De Derecho de Autor y Derechos Conexos, en su ultima parte establece: *“Las reproducciones admitidas en este artículo serán permitidas en tanto no atenten contra la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.”*

Con ello la legislación paraguaya, se enmarca en la doctrina del triple criterio establecida por el Convenio de Berna, puesto que cualquier comunicación no autorizada constituye un perjuicio a la comercialización posterior de cualquier obra, no se encuentra permitida.

En este punto nos encontramos con las diferencias de criterio: el llamado Derecho Continental y el Copyright; este último permitiría la copia integra de las obras obteniendo una copia digital de todas ellas amparándose en la excepción del la excepción del *fair use* (uso legal) que impera en el sistema americano del copyright, por el

que no necesita el consentimiento de los titulares de derechos, y que deja patente un problema de legislación aplicable al tratarse, en primer lugar, de la puesta a disposición de una obra en Internet, red que no conoce fronteras, y en segundo lugar, porque el límite del fair use no existe en el sistema de derechos de autor continental.

Un porcentaje significativo de las conductas delictivas llevadas a cabo en Internet, y entre ellas algunas lesivas de la propiedad intelectual, tienen origen distinto del país de donde se produce el resultado de esta. Con la experiencia existente hasta la fecha, podemos afirmar que la vigencia de principios procesales referidos a la aplicación de la ley penal en el espacio, y el clásico celo que la mayoría de los países tienen antes de autorizar que un tercer país juzgue a un ciudadano propio, está complicando sobremanera la persecución del delito cometido utilizando como medio Internet.

El llamado Derecho de Autor en el entorno Digital busca armonizar los llamados derechos patrimoniales básicamente los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública. Cabe destacar que los derechos morales deberían permanecer invariables, es decir dependiendo de si se sigue la Doctrina del Derecho Continental o del Copyright no tendría porqué sufrir ningún cambio ni alteración como consecuencia del nuevo entorno digital. Esta armonización se va logrando con los llamados Nuevos Instrumentos de la Organización Mundial

de la Propiedad Intelectual, también llamados Tratados Internet.

El Paraguay ha suscrito los llamados Tratados Internet, y en relación a lo que nos

Los avances tecnológicos son utilizados como herramientas de copia masiva y empleadas por organizaciones criminales, que encontraron en la Internet un canal de distribución perfecto y utilizado en muchos casos por los piratas como medio de obtención de las obras protegidas, las cuales son subidas por usuarios alrededor del globo

compete por LEY N° 1.582 del año 2000, se aprueba el "Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre Derecho de Autor", adoptado en la Conferencia Diplomática realizada en Ginebra, Suiza, el 20 de diciembre de 1996,



conocido como TODA (Tratado Ompi Derecho de Autor).

En relación a los derechos patrimoniales reconocidos por este Tratado amplia las disposiciones contenidas en el Convenio de Berna en relación a los mismos y define en los artículos 6, 7 y 8, los alcances de los derechos patrimoniales como lo son el derecho de Distribución, Alquiler, Comunicación Pública.

El derecho de Comunicación Pública establece que en el Artículo 8: *“Sin perjuicio de lo previsto en los Artículos 11.1) ii), 11bis.1) i) y ii), 11ter.1) ii), 14.1) ii) y 14bis.1) del Convenio de Berna, los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar cualquier comunicación al público de sus obras por medios alámbricos o inalámbricos, comprendida la puesta a disposición del público de sus obras, de tal forma que los miembros del público puedan acceder a estas obras desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija.”*

Como puede apreciarse la comunicación pasa al ámbito privado o si se quiere doméstico al establecer que *“puedan acceder a estas obras desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija”*, con lo cual varía el concepto de Comunicación Pública.

Esta posibilidad de acceder al instante desde cualquier lugar del mundo, desde una computadora u ordenador, da la extraterritorialidad casi ilimitada en la posibilidad de comisión de violaciones a los Derechos de

Autor y Derechos Conexos hace que la determinación de la ley aplicable y cual será el tribunal competente sean cuestiones de difícil armonización y no vemos a corto plazo un marco normativo común a nivel mundial. Cuestiones de Derecho Internacional Privado que interesan y afectan a las empresas de forma decisiva al momento de querer hacer valer los derechos.

La determinación del tribunal competente en casos de litigio que, dependiendo de la norma aplicable, podrían ser el Foro del domicilio del demandado (el tradicional *forum rei*), el foro del lugar donde se produce el daño (*forum delicti commisi*), que a su vez se desdobra en la posibilidad de demandar en el lugar donde se realiza el acto dañino o el lugar en el que efectivamente se produce el daño.

La posibilidad ofrecida para demandar en diferentes estados, a elección de quien interponga la demanda es conocida como *forum shopping* y permite a las empresas evaluar los requisitos y compensaciones que presenta cada una de las jurisdicciones a fin de demandar en aquella que le pueda ser más beneficiosa.

Lo cierto es que, por la especificidad de los problemas creados por Internet, han de establecerse algunos criterios correctores de la competencia judicial a fin de evitar que un tribunal se arroge competencia en litigios en los que un tribunal de otro estado esté en mejores condiciones para conocer.



El problema del tribunal competente trae la determinación del derecho aplicable a la controversia en cuestión, que dependerá de la norma de conflicto que sea aplicable en cada caso. Habitualmente, la ley aplicable será bien la ley del tribunal competente, bien la ley del país donde se produzca el daño.

Esta posibilidad de acceder al instante desde cualquier lugar del mundo, desde una computadora u ordenador, da la extraterritorialidad casi ilimitada en la posibilidad de comisión de violaciones a los Derechos de Autor y Derechos Conexos hace que la determinación de la ley aplicable y cual será el tribunal competente sean cuestiones de difícil armonización y no vemos a corto plazo un marco normativo común a nivel mundial

Finalmente, y respecto al reconocimiento de sentencias como tercer problema de Derecho Internacional Privado, dependerá de la existencia

de convenios aplicables de no existir dichos tratados habrá que acudir a la figura tradicional del *exequatur* para el reconocimiento de una sentencia de cualquier sentencia que venga de país tercero que no cuenta con un convenio bilateral o multilateral aplicable.

El Código Penal Paraguayo establece en el Artículo 32 que el criterio de que serán competentes los *mismos* “a los hechos punibles cometidos en el Territorio de la Republica, a los que produzcan los efectos en el o en los lugares sometidos a su jurisdicción, y los establecidos expresamente en la Ley.” , con ello se extiende la competencia de hechos ilícitos ocurridos fuera del territorio nacional pero que produzcan sus efectos en el mismo.

OBSERVACIÓN: Paraguay ha suscripto todos los tratados en materia de Derecho de Autor y Derechos Conexos, en tal sentido se encuentra adherido a los siguientes Convenio y Tratados Internacionales: el Convenio de Berna, la Convención Universal de Derechos de Autor, el Anexo C de la OMC, Acuerdo sobre los Aspectos de la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, y los Nuevos Tratados de Derecho de Autor y Derechos Conexos de la OMPI.

*** Los autores son Abogados, especializados en Derechos de Autor.**



REPÚBLICA DOMINICANA

La explotación de las obras en el entorno digital

Magistrada Yadira De Moya Kunhardt *

El Derecho de Autor forma parte de la Propiedad Intelectual, y se encuentra estrechamente vinculado al desarrollo de las tecnologías, lo cual a través de todas las épocas ha constituido un verdadero reto para el estímulo y desarrollo de la Propiedad Intelectual en todas sus vertientes. La Propiedad Intelectual se desarrollo como consecuencia de un avance tecnológico, que fue la Imprenta.

La presencia del Internet en la vida diaria es cada vez más frecuente y su utilización se extiende cada día más. En la actualidad muchas empresas y organizaciones dependen casi de manera exclusiva del Internet, otras han ingresado al comercio por esta vía debido a sus bajos costos, y porque las transacciones se realizan de manera más fácil y rápida. Este entorno se permite que empresas pequeñas puedan competir con grandes emporios, sin tener que realizar grandes inversiones económicas. En el se pueden realizar un sin fin de actividades, financieras, de marketing, búsqueda de información, correo electrónico, juegos, conversaciones de texto o de voz, convirtiendo el mundo en la denominada "aldea global". Las transmisiones de contenidos

protegidos por el Derecho de Autor ofrecen grandes posibilidades a los autores, pero también plantean nuevos inconvenientes para el Derecho de Autor que deben ser solucionados.

El Derecho de Autor conforme a criterio de Ricardo Antequera es "(...) el sistema normativo, integrado en el marco de la "Propiedad Intelectual", que atribuye derechos subjetivos al autor sobre sus creaciones intelectuales con características de originalidad en el dominio literario, artístico o científico." (2001:16).

Este derecho está centrado como parte de la Propiedad Intelectual conjuntamente con el Derecho Marcario y el Derecho Invencional.

La legislación nacional agrupa sus categorías en dos leyes, por un lado la Ley 65-00 del 21 de Agosto del año 2000, y sus modificaciones con motivo de la Implementación del Tratado de Libre Comercio, que regula el Derecho de Autor y los Derechos Conexos y por el otro la Ley 20-00 de fecha 10 del mes de Mayo del año 2000, que regula la Propiedad Industrial.



Conforme a la clasificación bipartita, a la cual nos adherimos, se sostiene que la Propiedad Intelectual se clasifica en: 1. Derecho de Autor y Derechos Conexos; 2. Derecho de Propiedad Industrial, que a su vez se clasifica en Derecho Marcario y Derecho Invenional.

Esta posibilidad de acceder al instante desde cualquier lugar del mundo, desde una computadora u ordenador, da la extraterritorialidad casi ilimitada en la posibilidad de comisión de violaciones a los Derechos de Autor y Derechos Conexos hace que la determinación de la ley aplicable y cual será el tribunal competente sean cuestiones de difícil armonización y no vemos a corto plazo un marco normativo común a nivel mundial

Este derecho tiene por objeto la protección de las obras de índole artística, literarias y científicas, equiparando a estos derechos los derechos de los artistas, intérpretes y

ejecutantes como derechos conexos al derecho de autor.

El Derecho de Autor no protege las ideas en sí misma, sino que regula su forma de expresión, siempre que sean de naturaleza artística, literaria o científica, que tengan características de originalidad, que permitan individualizarla y distinguirla de otra.

Las diferentes formas de expresión de la obra, contenidas en las leyes, así como en los convenios y tratados, no son limitativas y por tanto deben considerarse como meramente enunciativas.

La protección de la obra surge tan pronto nace, sin que el autor tenga que cumplir con ninguna formalidad, por eso la Ley Dominicana No. 65-00 en su artículo 2 expresa: "(...) el derecho de autor comprende la protección de las obras literarias y artísticas, así como la forma literaria o artísticas de las obras científicas, incluyendo todas las creaciones del espíritu en los campos indicados, cualquiera que sea el modo o forma de expresión, divulgación, reproducción o comunicación, o el género." (2000:1); por su parte el artículo 3 del Reglamento No 362-01 del 14 de marzo del año 2001, para la aplicación de la Ley 65-00, dispone que: "Son obras protegidas por la Ley, tanto las originarias indicadas en el artículo 2, como las derivadas mencionadas en el artículo 6, así como toda otra producción del dominio literario, artístico o científico susceptible de divulgarse,



fijarse o reproducirse mediante cualquier medio o procedimiento, conocido o por conocerse." (2001:60).

CONTENIDO DEL DERECHO DE AUTOR EN EL ENTORNO DIGITAL

El Derecho de Autor está integrado por dos facultades exclusivas a favor del autor, que guardan estrecha relación entre sí, pero con destinos independientes y que se pueden regular y proteger de manera independiente. Uno de índole personal, que guarda estrecha relación con la personalidad del autor, denominado Derecho Moral; y otro de naturaleza económica, que es el Derecho Patrimonial o de explotación.

En el entorno digital, gracias a la tecnología digital y las telecomunicaciones, se pueden contemplar otras formas de protección, como son la protección con mecanismos técnicos de autotutela y el establecimiento de sanciones efectivas para aquellos que importen, vendan o fabriquen dispositivos que permitan violar o eludir dichos mecanismos; en ese sentido la Ley 65-00, en sus artículos 186 y 187 establece que: "(...) **Artículo 186.-** *Para los fines de la presente ley, medida tecnológica efectiva significa cualquier tecnología, dispositivo o componente que, en el curso normal de su operación, controla el acceso a una obra, interpretación o ejecución, fonograma u otra materia protegida, o que protege cualquier derecho de autor o cualquier derecho conexo al*

derecho de autor. "Artículo 187.- La evasión no autorizada de cualquier medida tecnológica efectiva que controle el acceso a una obra, interpretación, ejecución o fonograma protegido, u otra materia objeto de protección, queda prohibida. "

El Derecho Moral del autor en el mundo digital es perfectamente protegible y no tiene por que desaparecer, aunque en algunos aspectos garantizar su protección resulte un tanto difícil, caso del derecho de arrepentimiento. El derecho moral del autor es inherente a su persona, y como tal protege la personalidad del mismo respecto de la obra; es un derecho absoluto, inalienable, irrenunciable, inembargable, inexpropiable e imprescriptible.

Este derecho se encuentra consagrado en el artículo 6 bis del Convenio de Berna, en el cual específicamente se estipula el derecho a la paternidad y el derecho a la integridad de la obra, como protección mínima, y la Ley 65-00 lo establece en sus artículos 17 y 18, ampliando su alcance y consagra además el derecho al inédito o anonimato, el derecho a la divulgación de la obra.

En cuanto al **Derecho Patrimonial** en el entorno digital, es obvio que se producen nuevas formas de explotación, que aunque no estén expresamente contenidas ni enunciadas en las leyes y los tratados internacionales, deben recibir una adecuada y eficaz protección



del Derecho de Autor, por aplicación de los principios generales de esta disciplina.

En el entorno digital, al igual que en el mundo analógico, el autor conserva y debe garantizársele el privilegio del Derecho Moral y del Derecho Patrimonial.

Se pretende que en el entorno digital el derecho moral debe desaparecer, pero no hay motivos suficientes para que esto se produzca, ya que no hay ningún impedimento ni dificultad para que en el entorno digital no figure el nombre del autor, o se respete la integridad de la obra.

A este respecto el Tribunal de Gran Instancia de París en una decisión de fecha 9 de junio del año 1998, señala que: "(...) Se declara procedente la reclamación fundada en los derechos morales de paternidad e integridad del autor, en relación con unas obras fotográficas ilícitamente manipuladas y colocadas después en un sitio Web." (Jurisprudencia CERLALC, compilación y selección de Ricardo Antequera Parilli).

EL DERECHO DE EXPLOTACION EN EL ENTORNO DIGITAL

Es un derecho de contenido económico, que comprende las diferentes formas de utilización o explotación de la obra; es un derecho

exclusivo del autor a autorizar o no la explotación de su obra.

No está sujeto a *numerus clausus*, pues las diferentes formas de explotación que se incluyen en las leyes nacionales, así como en los tratados no son limitativas; de ahí que por ejemplo, en el caso de la Ley Dominicana No. 65-00, en su artículo 19, inciso 7), refiriéndose al derecho exclusivo de que goza el autor para autorizar o prohibir su obra, señala: "(...) *Cualquier otra forma de utilización de la obra, conocida o por conocerse, salvo disposición expresa de la ley o estipulación contractual en contrario.*" (2.000.11), de todo lo cual se advierte que los derechos de explotación del autor son ilimitados y por ende cualquier forma de explotación se encuentra protegida, por los Tratados y la ley nacional.

El derecho patrimonial es transmisible por mandato o presunción, por cesión entre vivos o por causa de muerte.

No puede ser embargable por terceras personas, aunque los beneficios obtenidos por la explotación si, y además no se pierde ni se adquiere por prescripción.

Este derecho puede fraccionarse en el ámbito espacial, es decir en cuanto al espacio territorial, y en el ámbito temporal, lo cual equivale a decir que el autor puede ceder su derecho por un tiempo y espacio determinado.

Es un derecho limitado en el tiempo, pues solo se le otorga la protección por tiempo determinado, equivalente dicha protección a toda la vida del autor más 70 años después de su muerte.

No es absoluto, toda vez que por razones de orden público, o de interés público, o por razones de interés humano, como una forma de facilitar el acceso a la cultura, a la educación y a la información, los países a través de los tratados, convenciones y leyes nacionales establecen límites a ese derecho, supeditados los mismos a que se cumplan los "usos honrados y la norma de los tres pasos", que conforme al Tratado de Berna, en su artículo 9 literal 2 se dispone que: "(...) se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras en determinados casos especiales, con tal que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor." (OMPI. 1998. Convenio de Berna: 12). Este derecho sólo tiene como límites o excepciones aquellos consagrados en la misma ley. (Ley Dominicana artículos 30 al 44).

Con el surgimiento de la tecnología digital se observa una gran preocupación de los autores de que no pueda obtenerse una protección efectiva de sus derechos, pues es sabido que la tecnología genera nuevas formas de explotación que no están contenidas expresamente en las leyes; sin embargo el

Derecho de Autor a través de los siglos ha ido superando los embates de las tecnologías, y salido fortalecido, solo hay que recordar cuando se creó la imprenta de tipos móviles, posteriormente la radiodifusión, el fonograma, el cinematógrafo, entre otros, medios que han permitido que las obras sean difundidas ampliamente.

No obstante, la realidad nos dice que es

*La protección de la
obra surge tan
pronto nace, sin que
el autor tenga que
cumplir con ninguna
formalidad*

necesario que las normas jurídicas y los tratados sean adecuados a las necesidades y realidades de la era digital. Consciente de ello se han dado pasos importantes con el nacimiento del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA) y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución Fonogramas (TOIEF), denominados también

Tratados Internet, los cuales han sido ratificados en el año 2005 por nuestro país.

El Internet ha venido a modificar las formas habituales de explotación de las obras, hasta tal punto que afecta de manera positiva o negativa la economía de los países, pues permite un sinnúmero de explotaciones de obras, mediante procedimientos y formas anteriormente desconocidas y que podrían, con la debida protección, generar ganancias para los autores; pero para que ello sea beneficioso para los autores es necesario que el entorno digital sea seguro, que se adecuen los tratados y normas internacionales a esta realidad, así como que se implementen medidas tecnológicas de protección, con sanciones efectivas para los violadores y para quienes eluden los dispositivos técnicos, todo lo cual es uno de los objetivos esenciales de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI).

El Convenio de Berna contiene diferentes modalidades de explotación de la obra; en su artículo 9 inciso 1, consagra el **derecho de reproducción** al establecer: "(...) *Los autores de obras literarias y artísticas protegidas por el presente Convenio gozarán del derecho exclusivo de autorizar la reproducción de sus obras por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma*" (Berna. 1971:12), de lo cual se advierte que tal disposición también alcanza la explotación de las obras en el mundo digital.

Asimismo en los artículos 11, 11bis, 11ter y 14, hace referencia al **derecho de comunicación pública**, cuando señala en el 11bis, por ejemplo: "(...) *Los autores de obras literarias y artísticas gozaran del derecho exclusivo de autorizar: 1, la radiodifusión de sus obras o la comunicación pública de estas obras...; 2, toda comunicación pública, por hilo o sin hilo de la obra radiodifundida...*"; artículo 11ter.: "(...) 1, *los autores de obras literarias gozaran del derecho exclusivo de autorizar la recitación pública de sus obras...*"; artículo 14: "(...) 1, *Los autores de obras literarias y artísticas gozaran del derecho exclusivo de autorizar: 1, la radiodifusión de sus obras o la comunicación pública de estas obra*".

En igual medida el artículo 2 de la Ley 65-00, relativo a las obras susceptibles de protección, establece en su literal 13: "(...) En fin, toda producción del dominio literario o artístico o expresión literaria o artística del dominio científico, susceptible de divulgarse, fijarse o reproducirse **por cualquier medio o procedimiento, conocido o por conocerse.**" (2000:2).

Lo mismo se advierte en el artículo 128 relativo a la comunicación pública de las obras musicales, cuando expresa: "(...) la comunicación pública **por cualquier medio, inclusive por transmisión alámbrica o inalámbrica**, de una obra musical con palabras o sin ellas, habrá de ser previa y expresamente autorizada por el titular del derecho o sus representantes." (2000:32)



De lo que se advierte que el interés del legislador fue que el autor conserve el derecho

Con el surgimiento de la tecnología digital se observa una gran preocupación de los autores de que no pueda obtenerse una protección efectiva de sus derechos, pues es sabido que la tecnología genera nuevas formas de explotación que no están contenidas expresamente en las leyes

de autorizar o prohibir la explotación de su obra, independiente de la forma y el medio a través del cual se realice la explotación de la misma, lo que incluye las explotaciones en el Internet.

Los principios y conceptos básicos del Derecho de Autor son aplicables en el entorno digital, lógicamente estos deben adecuarse a las características especiales que este entorno posee, y a las nuevas formas de explotación que surgen con la combinación de las TIC y las transmisiones a través del Internet, para que los autores tengan la certeza de que sus derechos serán respetados en dicho entorno, lo cual le permitirá percibir los recursos económicos adecuados por su creación, beneficiándose tanto los autores como la economía, la cultura, la educación y la información, renglones que reciben una alta incidencia del Derecho de Autor.

A juicio de Mihaly Ficsor mediante las "transmisiones digitales" se rompe con algunos esquemas relativos a la puesta a disposición del público de la obra o contenido protegido; esto así porque la disponibilidad de obras con la adecuada protección, a través de la red dependerá de los medios técnicos de protección y de que se defina si en las transmisiones digitales se esta en presencia de figuras o formas híbridas de la puesta a disposición, comunicación pública o una distribución.

Es indudable que el Derecho de Autor en el entorno digital se enfrenta a grandes retos, se teme que los derechos de los autores, en dicho entorno, puedan ser vulnerados con mayor facilidad, de ahí que la falta de protección técnica y de seguridad, son causas



de que los autores aún no se decidan a autorizar la transmisión digital de obras a través del Internet.

EL DERECHO DE REPRODUCCIÓN EN LA ERA DIGITAL

El Derecho de Reproducción permite al autor autorizar o prohibir la fijación de la obra por cualquier medio o procedimiento. El ejercicio de este derecho constituye el derecho de explotación por excelencia y el mismo hace posible el ejercicio de los demás derechos.

En el mundo analógico, en principio para que haya comunicación pública de la obra debe existir primero un ejemplar de esta, y para que exista el ejemplar, es necesario que se haya ejercido el derecho de reproducción. Igual sucedería con el Derecho de Distribución, para que se realice la distribución de la obra, es necesario que previamente el autor haya autorizado el ejercicio del Derecho de Reproducción.

Nuestra Ley 65-00, en su artículo 16, inciso 28) define como Reproducción la:

*"(...) Fijación por cualquier procedimiento de la obra o producción intelectual en un soporte o medio físico que permita su comunicación, incluyendo su almacenamiento electrónico, así como la realización de una o más copias de una obra o fonograma, directa o indirectamente, temporal o permanentemente, en todo o en parte, **por cualquier medio y en***

cualquier forma conocida o por conocerse." (2000:8).

El Convenio de Berna en su artículo 9 hace referencia de manera general al Derecho de Reproducción, al expresar que el autor tiene el derecho exclusivo de autorizar la reproducción de sus obras **por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma**; entendiéndose que cualquier forma o procedimiento, incluye también la digitalización de la obra o cuando una obra analógica es convertida en digital, esa digitación constituye una forma de reproducción incorporándola de alguna manera ya no en un soporte físico, sino en un soporte digital, lo cual deberá estar previamente autorizado por el autor, de no hacerse se estaría violando derechos protegidos por el Derecho de Autor.

A juicio de Antequera Parilli debe entenderse como Reproducción: *"(...) La fijación de la obra en un medio que permita su comunicación y la obtención de copias de toda o parte de ella, por cualquier medio o procedimiento."* (2001:162).

Agrega Antequera que: *"(...) 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 otro ejemplar, de manera que queda sometido a su autorización previa. Pero además, es incierto que la reproducción esté supeditada, necesariamente, a la obtención de una copia, no solamente*

porque las disposiciones citadas entienden la reproducción a cualquier forma o procedimiento, sino también 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." (2001:301)

El concepto tradicional del Derecho de Reproducción implica de por sí un soporte material, pero en el mundo digital el soporte es una ficción, ya que no existe, los contenidos digitalizados no se encuentran guardados en un soporte material, estos se guardan en soportes digitales para luego ser transmitidos a través de la red. De ahí que el término "soporte físico", en el entorno digital se denomine más bien "soporte digital". (Zamora Delgado.2001:3).

La reproducción en el entorno digital es el derecho de explotación de mayor relevancia ya que para las transmisiones de la red se hace necesaria una serie de reproducciones del contenido de la obra a transmitir.

La reproducción por excelencia en el entorno digital, lo constituye la carga de un contenido en un computador y luego su descarga, y además cuando se descarga y se imprime desde la impresora que esta conectada al mismo. Cuando la obra es almacenada en un computador esta operación constituye una

reproducción, el acto de cargar o descargar de una obra en un servidor es también reproducción. El almacenamiento en un soporte digital de la obra constituye también un derecho de reproducción; a este respecto el Comité OMPI/UNESCO estableció en el año 1982 que el almacenamiento de obras en soporte electrónico es un acto de reproducción, y por tanto debe estar autorizado por el autor.

Otros actos que en el entorno digital constituye también reproducción y que requiere autorización del autor es cuando se fija la obra en un soporte electrónico (DVD, disquete, disco compacto, etc.), y cuando se hace una copia impresa en el papel a través de la impresora conectada al computador.

Pero esa fijación puede tener excepciones, tal es el caso de cuando se cumplen los requisitos de que sea parcial, de que sea sin fines de lucro, si es para uso estrictamente personal, o para fines ilustrativos para la enseñanza, siempre que se cite la fuente, en esos casos la descarga a un medio electrónico del contenido podría ser legítima, pero algunos autores sostienen que este criterio es atentatorio contra el derecho de reproducción del autor, pues de aceptarse la misma, estaría en contradicción con el artículo 9 inciso 2, del Convenio de Berna que establece los límites a la protección en relación con el derecho de reproducción, indicando que para admitir esas excepciones estas deben ser solo en casos especiales, que no atenten contra la explotación normal de la



obra y que no causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

Mediante la Declaración Concertada del artículo 1.4 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA) se acordó que: *"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."*(1996:2).

De ahí la necesidad de que los Estados definan cuáles fijaciones son necesarias para que los procedimientos se puedan realizar y cuáles constituirían reproducciones, para lograr una protección adecuada al medio y se permita además el desarrollo permanente de la red.

La situación se complica cuando se trata de almacenamientos temporales o almacenamientos técnicamente necesarios para agilizar las consultas que se hagan (copia caché, mirror site), o cuando se requiere una copia para seguridad, previendo el daño o la destrucción de esta.

En cuanto a las reproducciones efímeras, es necesario determinar si son o no reproducciones que ameriten la autorización de

los autores de las obras, a este respecto la ley dominicana incluye como actos de reproducción, y por tanto sujetos a la autorización del autor, las copias tanto temporales como permanentes.

La Directiva 2001/29-CE del Parlamento Europeo y del Consejo en su artículo 2, en relación al Derecho de Reproducción, establece que: *"(...) los Estados miembros establecerán el derecho exclusivo a autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de la totalidad o parte"* (Diario Oficial.2001:10). Al hacer referencia a las copias "directas o indirectas, provisional o permanente", parecería que las mismas están comprendidas en el Derecho de Reproducción aunque sean temporales, no obstante lo anterior en el artículo 5 la referida directiva consagra como un límite al derecho de reproducción aquellos actos de reproducción provisional que sean transitorios o accesorios y formen parte integrante y esencial de un proceso tecnológico y que facilite cualquier proceso.

En las negociaciones que se realizaron para la concertación de los Tratados Internet, se pretendía que la reproducción en el entorno digital incluyera también las copias que se hacen de manera directas o indirectas, las permanentes y las efímeras, pero eso trajo como consecuencia las protestas de las compañías de telecomunicaciones y de

Internet, las cuales consideraban que no constituye una reproducción las copias intermedias que se suelen producir durante el proceso y que se producen sin que el operador tenga intervención alguna.

Algunos expertos entienden que las copias que se realizan para agilizar o prevenir una destrucción, constituyen reproducciones se estaría obstaculizando no solo el avance de las tecnologías, sino también procesos que son necesarios y propios de la red; de ahí que los representantes de los países participantes en las negociaciones del TODA no pudieron ponerse de acuerdo en relación a cuales copias constituyen reproducción o no.

Existen una serie de servicios en el entorno digital que están vinculados al acto de reproducción, que son:

"(...) el servicio de alojamiento: que consiste en ofrecer un espacio para que el usuario pueda realizar un emplazamiento en la Web; el servicio de almacenamiento: que le permite al usuario guardar o almacenar contenidos en un servidor de la red; el servicio de archivos de navegación o browsing, que consiste en realizar una copia temporal o parcial del contenido para facilitar el acceso a la misma, y por último el servicio de caching, que requiere una reproducción en la memoria cache de un proveedor de acceso." (Schuster. 1999: 14 y 15).

EL DERECHO DE COMUNICACIÓN PÚBLICA Y LAS TELECOMUNICACIONES

De acuerdo a Lipszyc este derecho lo constituye:"(...) todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a todo o parte de ella, en su forma original o transformada, por medios que no consisten en distribución de ejemplares" (1993:183).

Este derecho exclusivo está contenido en el Convenio de Berna, atribuido solo a algunas categorías de obras, tales como las disposiciones del artículo 11, inciso 1, literal 2, que indica que se le concede el derecho exclusivo de **transmisión pública** a los autores de obras dramáticas. Asimismo el artículo 11 bis del referido Convenio establece que, los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de la **comunicación pública** de estas y así otras categorías de obras.

La Ley 65-00 en su artículo 19 inciso 6, consagra como un derecho exclusivo del autor el autorizar o prohibir la "**comunicación pública**", por cualquier procedimiento o medio conocido o por conocer.

Al igual que en el caso de la reproducción por cualquier procedimiento, indica que el alcance de nuestra ley también protege la comunicación pública que se lleva a cabo digitalmente a través del Internet, contrario al Convenio de

Berna nuestra ley consagra este derecho para toda las categorías de obras.

En el artículo 16, literal 5, de la referida Ley, se define la comunicación al público como: "*(...) Difusión, por cualquier procedimiento que sea conocido o por conocerse, de los signos, las palabras, los sonidos o las imágenes, de tal manera que puedan ser percibidas por una o más personas, independientemente que la persona o las personas, puedan recibirlos en el mismo lugar y al mismo tiempo, o en diferentes sitios y/o en diferentes momentos*". (2000.6).

El TODA al igual que la Ley Dominicana extiende el derecho de comunicación pública a todas las categorías de obras, por lo que se entiende que los autores de obras literarias y artísticas gozan del derecho exclusivo de autorizar cualquier comunicación al público de sus obras.

Este derecho tan importante en el mundo analógico, no deja de serlo en el entorno digital, pues para la transmisión y fijación de los contenidos digital es necesaria la autorización del autor; es indudable que en el entorno digital se juega con obras y contenidos que están protegidos por el Derecho de Autor, la comunicación pública puede producirse aún sin la distribución física de la obra basta con que la obra sea puesta a disposición de los usuarios, y estos puedan acceder a ella desde cualquier lugar.

Conforme a la naturaleza de las transmisiones digitales a través del Internet para que haya comunicación pública no interesa el lugar que el público esté ubicado, o el momento en que éste decide acceder al entorno, es suficiente que el contenido de la obra este accesible para



que exista una comunicación pública de la obra, la cual requiere de autorización previa de autor.

La transmisión de una obra en el entorno digital constituye un acto de comunicación pública, tan pronto el contenido de la obra se pone a disposición del público; las comunicaciones en línea constituyen un acto de comunicación pública, pues una vez que la obra, se transmite en la red, esta está a disposición de los usuarios los cuales, no importa el lugar donde se encuentren, pueden "capturar" la obra, por lo que esas transmisiones, deben estar debidamente autorizadas por el autor, de lo contrario constituyen un acto ilícito, ya que este es un derecho exclusivo del autor.

Cuando se realizaron los trabajos preparatorios de los Tratados Internet, se consideró que si bien las transmisiones digitales constituyen un derecho exclusivo del autor, cuando se decidió determinar cual figura jurídica o derecho de autor intervenía en estas, los comités de la OMPI no pudieron ponerse de acuerdo ya que algunos países a través de sus representantes consideraron que las transmisiones digitales eran comunicación pública y otros pretendían que era una distribución. De ahí se decidió buscar una solución señalando que: "el acto de transmisión digital se describiera de forma neutral, sin una tipificación jurídica específica.....que tal descripción fuera específicamente tecnológica, y al mismo tiempo reflejase la naturaleza interactiva de las transmisiones digitales... que se otorgase libertad suficiente y que las diferencias existentes en el Convenio de Berna en cuanto

al alcance de los derechos pertinentes se subsanen". (OMP1.2000:6).

El TODA amplió el alcance que tenía este Derecho en el Convenio de Berna, y lo aplicó a toda categoría de obras, como se aprecia en su artículo 8 que consagra:

"(...) Sin perjuicio de lo previsto en los Artículos 11.1) ii, 11 bis. 1)i) y i i), 11 ter.1)jj), 14.1) ii y 14 bis.1) del Convenio de Berna, los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar cualquier comunicación al público de sus obras por medios alámbricos o inalámbricos, comprendida la puesta a disposición del público de sus obras, de tal forma que los miembros del público pueden acceder a estas obras desde el lugar y el momento que cada uno de ellos elija". (TODA. 1996:7)

Para que la comunicación sea pública debe tener un alcance mayor que el ámbito doméstico; en el entorno digital una vez que se transmite una obra en el Internet, el contenido llega a un sinnúmero de usuarios, independientemente del derecho de reproducción, que se produce en el momento en que uno de los usuarios haga una "fijación" del contenido. No puede considerarse que si el usuario que accede a la obra se encuentra en su espacio familiar esto no constituye comunicación pública, ya que antes del usuario acceder a la misma ya esta se había comunicado públicamente.

A juicio de Castro Bonilla, con la cual coincidimos, la comunicación al público en el mundo analógico puede realizarse de

diferentes formas, pues cada nuevo grupo al que comunica es una forma nueva, pero si la comunicación se hace a través del Internet esta se produce: "(...) una sola vez que se produzca a esa comunidad virtual que ya dispone de la obra, aún si esa misma obra es luego cargada en otro portal o a través de otro hort". (2002:15).

En esa comunicación o transmisión hay acceso directo de los usuarios al contenido protegido, de ahí que se considera dicha transmisión como comunicación pública.

Transmitir un contenido a través de las redes del Internet puede implicar otros tipos de actuaciones como son la digitalización del contenido, el almacenamiento en soportes electrónicos o en el computador, copias intermedias que facilitan la transmisión digital, la incorporación de la obra en la base de datos, la visualización en la pantalla del computador, la descarga a otro computador, la puesta a disposición en línea y su impresión a través de la impresora conectada al computador.

La Directiva 2001/29/CE, en relación con la comunicación pública, establece que: "(...) *debe armonizarse en mayor medida el derecho de autor de la comunicación al público. Este derecho debe entenderse en un sentido amplio que incluya todo tipo de comunicación al público no presente en el lugar que se origina la comunicación. Este derecho debe abarcar tipo de transmisión o retransmisión de una de*

obra al público, sea con o sin hilos, incluida la radiodifusión" (Diario Oficial. 2001:10-19).

EL DERECHO DE DISTRIBUCIÓN

Este derecho se lleva a cabo a través de la venta, alquiler o arrendamiento de la obra. Tiene su mayor vigencia definitivamente en el mundo analógico, en donde las obras se distribuyen en soporte material físico pues este supone la distribución de copias del original de la obra, y en el entorno digital el concepto de "copias" como consecuencia de la existencia de la reproducción del original no existe, pues ante el avance de las tecnologías de la información y la comunicación, la denominada copia y el llamado original no existen, pues la tecnología permite que todas posean la misma calidad y fidelidad, con la imposibilidad de que no se puede saber cual es la copia y cual el original; de ahí que en el entorno digital es más adecuado hablar de comunicación pública y no de distribución.

Nuestra Ley 65-00 sobre Derecho de Autor, define la Distribución Pública como: "(...) *puesta a disposición del público el original o una o más copias de la obra en fonograma o una imagen permanente o temporaria de la obra, mediante venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma, conocida o por conocerse"*. (2000:6).

El TODA en su artículo 6 referente al Derecho de Distribución expresa que: "Los *autores de obras literarias y artísticas gozarán del Derecho*

exclusivo de autorizar la puesta a disposición del público del original y de los ejemplares de sus obras mediante venta u otra transferencia de propiedad." (1996:5).

La declaración concertada respecto a los artículos 6 y 7 del TODA aclara que:

"(...) tal como se utiliza 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 puedan 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 mencionadas)." (1996.5).

Sin embargo, como en el entorno virtual la mayoría de las reproducciones de contenidos protegidos por el Derecho de Autor cumple con estos requisitos, permitirlos como un uso libre en dicho entorno sería perjudicial para el autor.

LAS EXCEPCIONES AL DERECHO DE EXPLOTACIÓN EN LAS TRANSMISIONES DIGITALES

Evidentemente que la consecución de la protección del Derecho de Autor debe ir de la mano con los principios de carácter universal relativos al derecho a acceder a la educación y a la cultura, principios consagrados en los tratados internacionales relativos a los derechos fundamentales. Establecer límites a los derechos constituye una Potestad del Estado, para poder lograr un equilibrio entre el interés público y el interés particular. De ahí

que el derecho de explotación del autor respecto de su obra no es absoluto, sino que se establecen límites y excepciones, con la finalidad de que el individuo tenga acceso a la cultura, la educación y a la información.

El Convenio de Berna establece los límites y excepciones al derecho de reproducción, los cuales se extienden a los demás derechos, al consagrar los denominados "Usos honrados", en su artículo 9 inciso 2: *"(...) Se reserva a las legislaciones de los Países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras en **determinados casos especiales**, con tal que esa reproducción **no atente a la explotación normal** de la obra **ni cause un perjuicio injustificado** a los intereses legítimos del autor."* (1971: 5).

Las mayorías de las legislaciones nacionales, acogiéndose a las disposiciones contenidas en el Convenio de Berna en el artículo 9 inciso 2, han establecido excepciones y limitaciones acorde con los "Usos honrados".

El TODA por su parte en su artículo 10, prácticamente transcribe el referido artículo 9 inciso 2), del Convenio de Berna, pero en la Declaración concertada respecto del artículo 10, se acuerda que las disposiciones de dicho artículo *"(...) permiten a las partes contratantes aplicar y ampliar debidamente las limitaciones y excepciones al entorno digital en sus legislaciones nacionales, tal como las haya considerado aceptable 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. (1998:8). Pero advierte la declaración concertada que "el artículo 10.2 no reduce ni amplía el ámbito de aplicabilidad de las limitaciones y excepciones permitidas por el Convenio de Berna".

De lo anterior se advierte que con dicha declaración se pretende permitir otros tipos de limitaciones del Derecho de Autor acorde con las características propias del entorno digital, pero siempre respetando los usos honrados consagrados en el artículo 9 del Convenio de Berna.

La Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de fecha 22 de mayo del 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información, contiene una serie de excepciones y limitaciones a los derechos de reproducción y de comunicación pública en su artículo 5, estos incluyen los actos de reproducción provisional a que se refiere el artículo 2, cuando estos sean transitorios o accesorios y formen parte integral y esencial de un proceso tecnológico y cuya única finalidad consista en facilitar una transmisión en una red entre terceras partes por un intermediario, una utilización ilícita de una obra o prestación protegida, y que no

tengan por si mismos una significación económica independiente.

La misma Declaración Concertada referente al

Es indudable que el Derecho de Autor en el entorno digital se enfrenta a grandes retos, se teme que los derechos de los autores, en dicho entorno, puedan ser vulnerados con mayor facilidad, de ahí que la falta de protección técnica y de seguridad, son causas de que los autores aún no se decidan a autorizar la transmisión digital de obras a través del Internet.

artículo 10 del TODA dispone que el artículo 10.2, no amplía el ámbito de aplicabilidad de las limitaciones y excepciones permitidas por el Convenio de Berna.

Cuando la Directiva se expresa sobre actos temporales, se refiere a los que sean técnicamente indispensables para la ejecución de un acto de explotación de la obra.

En cuanto al derecho de reproducción, la citada Directiva incluye como excepciones la reproducción en soporte papel o similares en que se utilicen las técnicas fotográficas, siempre que los titulares reciban una compensación equitativa, reproducciones en cualquier soporte efectuadas por una persona física para uso personal, reproducciones para el uso de personas minusválidas, reproducciones para la ilustración con fines educativos; reproducciones realizadas por bibliotecas; las grabaciones consideradas efímeras.

Todas estas excepciones que pertenecen al mundo analógico también están contenidas con algunas variaciones para el entorno digital en el TODA, de ahí que tal y como expresa Antequera "(...) Ninguna verdadera novedad en comparación con lo que se ha tenido en cuenta en muchos textos nacionales, incluso por aquellos aprobados antes de la era digital". (2001. 1).

En la sociedad de la información con el uso de las Tic se posibilita la existencia de nuevas limitaciones, las cuales deben ser debidamente establecidas a fin de que no perjudiquen el interés de los autores, pero que tampoco impidan el acceso del usuario a la cultura y a la información buscando el justo equilibrio.

La posición de la European Copyright Users Platform (ECUP) indica que: "(...) *bibliotecas, archivos y músicos son conscientes de la*

necesidad de proteger adecuadamente los derechos de autor en el entorno digital. Sin embargo, la nueva legislación debería proporcionar un acceso a la información en condiciones aceptables. Desafortunadamente, la tendencia es abandonar el futuro del acceso a la información en manos de los mecanismos de licencias que establecerán sus propias reglas. En un entorno en donde la información puede estar monopolizada, ciudadanos, bibliotecas, archivos y museos podrían quedar en una posición de negociación prácticamente nula". (1998:24).

De ahí que la ECUP, propugna que para que haya un acceso a la cultura, los países admitan como excepciones en el mundo digital las siguientes:

- 1) La visualización, la consulta, y la copia de material para fines privados, educativos e investigación en bibliotecas, archivos y museos.
- 2) La realización de una copia digital para fines de archivo y conservación por bibliotecas, archivos y usos para sus usuarios.
- 3) La copia de un número limitado de páginas en papel de una obra digital por bibliotecas, archivos y museos para sus usuarios.
- 4) La realización de una copia en un soporte audio, visual o audio-visual hechos por individuos particulares para uso personal y para fines no comerciales.

De las anteriores propuestas por la ECUP, las tres primeras se consideran que cumplen con los criterios de "usos honrados", pero en cuanto

a la cuarta, de aceptarse como excepción se atendería contra la explotación normal de la obra, ya que en el entorno digital en sentido general la reproducción de la copia de un contenido protegido por el Derecho de Autor, casi siempre la realiza un individuo o particulares y normalmente la usa para fines personales no comerciales, por lo que si cada usuario de la red reproduce el contenido de una obra, bajo el argumento de que es para su uso personal, se harían millones y millones de copias sin que el autor reciba ningún beneficio económico.

MECANISMOS DE AUTOTUTELA O MEDIDAS TECNOLOGICAS EFECTIVAS

El Internet es un medio de comunicación masiva, en donde con mucha frecuencia se utilizan y transmiten contenidos protegidos por el Derecho de Autor, de ahí que lograr la protección de los derechos del autor debe ser una política pública de prioridad.

Los Estados tienen la obligación de definir políticas de protección, a fin de ofrecer a los autores la seguridad adecuada en la red, con la finalidad de que esta se convierta en un medio seguro que garantice a los autores de contenidos que recibirán beneficios económicos por la explotación de sus obras. Ahora bien, la realidad ha demostrado que para lograr una protección adecuada en el entorno digital no es suficiente una legislación efectiva, sino que es necesario también que se utilicen

medidas de protección técnicas, y se armonicen las legislaciones nacionales.

La protección legislativa la establece el Estado a través de la ratificación de los Tratados y Acuerdos Internacionales y de la promulgación de leyes nacionales; pero los propios interesados deben proveerse de medidas técnicas de protección, con la finalidad de hacer más efectiva la protección que le presta el Estado.

En los últimos años con el apoyo de la tecnología se han desarrollados sistemas técnicos de protección para los contenidos y obras o informaciones que circulan a través de la red, que van desde requerirle al usuario una clave para poder acceder al contenido hasta el encriptamiento del mismo.

Estos dispositivos técnicos o denominados también como de "autotutela" tienen por objetivo impedir o restringir el acceso a los contenidos o a las obras que se transmiten en el entorno digital.

Para lograr esa protección es necesario que los autores utilicen sistemas de protección de autotutela, pero a la vez que las legislaciones también prevean que la violación o elusión de los dispositivos técnicos se considere un acto ilícito por las legislaciones de Derecho de Autor. Caso de la Ley dominicana que en sus artículos 186 y 187 establece: (...) "**Artículo 186.-** Para los fines de la presente ley, medida tecnológica efectiva



significa cualquier tecnología, dispositivo o componente que, en el curso normal de su operación, controla el acceso a una obra, interpretación o ejecución, fonograma u otra materia protegida, o que protege cualquier derecho de autor o cualquier derecho conexo al derecho de autor. “Artículo 187.- La evasión no autorizada de cualquier medida tecnológica efectiva que controle el acceso a una obra, interpretación, ejecución o fonograma protegido, u otra materia objeto de protección, queda prohibida. “

En relación con estas medidas el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, en su artículo 11 establece que los estados: "(...) Proporcionarán protección jurídica adecuada y recursos jurídicos efectivos contra la acción de eludir las medidas tecnológicas efectivas que sean utilizadas por los autores en relación con el ejercicio de sus derechos en virtud del presente Tratado o del Convenio de Berna, y que respecto de sus obras, restrinjan actos que estén autorizados por los autores concernidos o permitidos por la Ley". (1996:8).

Como se advierte el TODA establece la necesidad de que concurren varias condiciones para que el Derecho del Autor tenga una protección eficaz en el entorno digital. Esas condiciones, conforme al referido artículo son:

- La protección legislativa,
- Medidas tecnológicas, y
- La sanción a la violación de esas medidas.

Esta disposición viene a ser una novedad en la protección del Derecho de Autor, en la cual se reconoce que la protección jurídica no es suficiente para proteger adecuadamente las obras en el entorno digital, y establece la necesidad de las medidas tecnológicas para una protección eficaz en las transmisiones digitales.

A juicio de Kamil J. Koelman, citado por Agustín González, se pueden diferenciar 5 categorías de medidas técnicas: "(...) 1) Las destinadas a impedir el acceso a los contenidos, por ejemplo el encriptamiento del contenido. 2) Las que impiden el acceso a algunos usos o sistemas anticopias. 3) Las medidas que protegen la integridad de la obra. 4) Las que permiten la gestión electrónica de los derechos de autor sobre las obras, para controlar su uso. 5) Las que identifican el número de acceso o tipo de uso". (González. 2002:82).

A este respecto indica Antequera que los dispositivos de "Autoprotección", pueden ser de varias clases: "(...) mediante sistemas de "Codificación", "Encriptamientos" y "Huellas digitales", aplicadas sobre los mismos soportes... A través de un control de acceso a las obras y prestaciones en el "Server" sea como una limitación parcial que exija el cumplimiento de determinados procedimientos de identificación, lo que permitiría reconocer al usuario... y por medio de controles "de segundo nivel"; de manera que estos puedan ser

ejecutados para un fin específico, como sería el de su visión o audición." (2000:28).

La Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo contiene disposiciones relativas a las medidas tecnológicas, y en su artículo 6.3 las define como: "(...) *Toda técnica, dispositivo o componente que, en su funcionamiento normal este destinado a impedir o restringir actos referidos a obras o prestaciones protegidas que no cuenten con la autorización del titular de los derechos de autor o de los derechos afines a los derechos de autor*". (Diario Oficial. 2001:13).

Las medidas de carácter técnico que se le adicionan a los contenidos y a los servidores de contenidos no son suficientes para ofrecer una adecuada protección al derecho del autor en el entorno digital, pues como señala Antequera "*la técnica también ayuda a burlar la técnica*", de ahí que sea imprescindible que las medidas técnicas de protección se conjuguen con las garantías legales, como serían disposiciones legislativas efectivas, y disposiciones que sancionen adecuadamente las violaciones a las medidas tecnológicas.

Los países deben abocarse a armonizar sus legislaciones, en razón de que con el uso del Internet el mundo se convierte en una "Aldea Global", en donde circulan obras y contenidos de innumerables países, de ahí la importancia que tienen los tratados o acuerdos internacionales en el entorno digital.

REPUBLICA DOMINICANA

En nuestro país, la Ley 65-00 del año 2002, sobre Derecho de Autor, establece en su artículo 2 que:

"(...) El Derecho de Autor comprende la protección de las obras literarias y artísticas, así como la forma literaria o artística de las obras científicas, incluyendo todas las creaciones del espíritu en los campos indicados, cualquiera que sea el modo o forma de expresión, divulgación reproducción o comunicación, o el género, mérito o destino, **incluyendo pero no limitadas.**(2000: 1 y 2).

Aunque la ley dominicana contiene un catalogo de obras protegidas, esa lista no es limitativa, sino que la protección se extiende a cualquier producción artística o literaria o expresión literaria y artística del dominio científico, que sean susceptible de divulgarse, fijarse, reproducirse **por cualquier medio o procedimiento, conocido o por conocerse.** De ahí que la ley dominicana protege las obras que se transmiten en el Internet.

Como una forma de complementar la anterior disposición, la Ley dominicana contempla procedimientos en materia civil, penal y administrativa, que permiten a los autores obtener protección cuando entienden que existen posibilidades de violación o cuando se ha consumado el ilícito.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

- La Internet es un medio de comunicación de acelerado crecimiento, que permite a los autores transmitir y comunicar sus creaciones a un número ilimitado de usuarios, lo que hace pensar que los autores obtendrán grandes beneficios económicos por la explotación de sus obras en el entorno digital, pero la realidad es que la Internet ofrece grandes retos que podrían, ser perjudiciales para el Derecho de Autor. Sin embargo si se aplican protecciones legislativas, nacionales e internacionales, así como las medidas técnicas de protección, la Internet puede convertirse en la vía más rápida y fácil para difundir las obras, y a la vez el autor poder percibir mayores beneficios, pero para ello es necesario que:
- Los estados se aboquen a fijar políticas públicas de protección para el derecho de autor en las transmisiones y uso de obras protegidas en el entorno digital.
 - La legislación nacional de cada país sea precisa y acorde con la realidad del entorno digital, y perfile su actualización con el interés de armonizarlas, incluyendo las fijaciones que resulten necesarias para que los procedimientos técnicos se puedan realizar y cuáles constituirían reproducciones, para lograr una protección adecuada en el entorno digital y que permita además el desarrollo de la red.
 - Se incluya en todas las legislaciones como acto ilícito la violación o la elusión de las medidas técnicas de protección, estableciendo y aplicando sanciones adecuadas a la magnitud de las violaciones.
- Se establezca en todas las legislaciones como acto ilícito la importación, venta, arrendamiento de dispositivos técnicos que se utilicen para violar y eludir los dispositivos técnico de protección.
 - La adopción, de los Tratados de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA) y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o ejecución y Fonogramas (TOIEF), ya que esto contribuiría a armonizar las legislaciones y otorga mayor seguridad jurídica para los autores.
 - Se determine la responsabilidad de cada uno de los agentes que intervienen en las transmisiones digitales de contenidos protegidos a fin de incluirlas en las leyes nacionales.
 - Se reglamente la denominada “copia de uso privado” en las transmisiones digitales, para que no sea considerada como una excepción al derecho de explotación.
 - Se establezcan en las legislaciones nacionales como lícitas las copias que se realizan con la finalidad de agilizar o de prevenir una destrucción, pues constituyen procesos necesarios y propios de la red.
- El Derecho de Autor en el entorno digital es un asunto estratégico relacionado directamente con políticas públicas, que impacta la actividad humana, cultural, social y económica, por eso es un reto crear políticas que garanticen la protección efectiva de las obras y contenidos que se transmiten por la Internet. ✧**

El Comité de Redacción de la Revista Iberius agradece la generosa
y desinteresada colaboración de todos aquellos que han hecho posible
esta nueva edición.

Por mas información sobre la Revista:

Red Iberius:

www.iberius.org

gestión.iberius@cgpj.es

Comité de Redacción:

Argentina

(Coordinación)

Hernán L. Elman

cenddoj@pjn.gov.ar

Colombia

Mariana Gutierrez

mgutierd@cendoj.ramajudicial.gov.co

España

Iñigo Sáenz

inigo.sanz@cgpj.es

Guatemala

Pavel Matute

imatute@oj.gob.gt