

LOS DERECHOS DE AUTOR EN INTERNET (*)

por

*Marcelo Bauzá (**)*

1. UN PUNTO DE PARTIDA: PRUDENCIA E INTERROGANTES

El Derecho de Internet y del Comercio Electrónico nos plantea una serie de enormes desafíos, entre los cuales encontramos tres grandes áreas que pueden catalogarse como fundamentales en su afectación: seguridad, privacidad y respeto de la propiedad intelectual.

La anteriormente nombrada exhibe poca regulación jurídica de peso o envergadura hasta el presente, de tipo internacional o regional. Apenas un par de Tratados, y una Directiva Europea específica (más algunas otras que lateralmente se ocupan del tema), si vamos a los textos llamados a tener influencia real en la materia. Textos que han merecido pláceme pero también críticas, estas últimas fundamentalmente derivadas de la generalidad de sus contenidos.

Ante este panorama un tanto “frugal” en materia jurídica (por llamarlo de algún modo), cabe interrogarse si acaso podría aspirarse a más en estos momentos, en cuanto a regulaciones más precisas o detalladas. ¿No es acaso Internet el reino de la “autorregulación”, y no solamente porque se le haya ocurrido tal fórmula a ciertos libertarios utópicos sino por restricciones a una “invasión jurídica” derivadas de la propia arquitectura de la red?

Como sea, somos de la idea de que, en el estadio actual de aconteceres y posibilidades, no cabe asumir posiciones o aspiraciones maximalistas. Pero asimismo pensamos, sin entrar en contradicción con la afirmación anterior, que tampoco podemos resignarnos a que Internet se constituya en un ámbito apartado del Derecho. Por lo que debemos, como corolario y de todos modos, trabajar para construir un común denominador jurídico mínimo. Una forma de lograrlo, o al menos intentarlo, es transitar por algunas de las pocas sendas jurídicas medianamente transitables, dentro de esta amplia y entrecruzada autopista que también incluye “carriles jurídicos”.

(*) Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Profesor de Informática Jurídica en la Universidad de la República (Montevideo-Uruguay). Profesor de Informática Jurídica y de Derecho de las Telecomunicaciones y la Informática en la Universidad de la Empresa (Montevideo-Uruguay)

(**) Versión escrita y corregida de la conferencia brindada en el Simposio Argentino de Informática y Derecho celebrado en Buenos Aires (10 a 12 de setiembre de 2001) en el marco de las 30ª Jornadas Argentinas de Informática e Investigación Operativa.

2. LA PROPIEDAD INTELECTUAL Y SU CONSTANTE READAPTACIÓN

Como todos saben, la “Propiedad Intelectual” ha sido a lo largo de muchos años un instituto jurídico (una rama del Derecho, dicen muchos) que ha jugado, y que juega, un papel preponderante en la protección y el desarrollo de diversos intereses presentes en la comunidad humana. Intereses a veces -incluso- contrapuestos, o por lo menos no visualizables en total y automática armonía: el derecho moral sobre la obra entendido como expresión de la personalidad de los autores, las naturales expectativas económicas de estos autores a cambio de la fruición que pueda generar el uso de sus obras, la adecuada identificación de ciertos objetos presentes en el comercio, la defensa de la inversión económica de las empresas en la creación y producción industrializada a partir de inventos y descubrimientos, y hasta -en última instancia- el progreso científico e intelectual de los pueblos.

Todos estos, y posiblemente algunos más, han sido los paradigmas manejados por doctrinas y normas en la materia, a la hora de justificar y promover el desarrollo y respeto de esta secular institución jurídica que es la “Propiedad Intelectual”, fundando y realimentándose con fuerza y asentamiento progresivos a lo largo de los años. Y en ese camino de afirmación a golpe del progreso tecnológico, la Propiedad Intelectual -y en particular su rama autoral- ha terminado por orientarse a encausar objetivos tan disímiles como -por ejemplo- que el autor de un libro de poesía encuentre asegurada su recompensa de por vida por medio de la venta sucesiva de ejemplares de su obra -y también sus herederos en un lapso acotado-, pero al mismo tiempo que poderosas y colectivas empresas multinacionales defiendan unos monopolios de explotación económica sobre ciertos productos intangibles aplicables a la industria, el comercio y la cultura de los hombres en escala planetaria. Característica, esta última, que para muchas mentes especializadas, desprendidas de todo interés económico e ideológico, está en la base de la fabricación de un producto industrializable y luego comercializable, como son los programas de computación, aunque -como todos sabemos- la historia real de la materia sigue la senda del derecho autoral para el amparo de este tipo de obras. En fin, he aquí el planteo sumario de una contradicción que solamente la historia por venir develará sus resultados.

Desde otra perspectiva, y ubicándonos decididamente en un plano histórico evolutivo, observaremos que una y otra vez esta “Propiedad Intelectual” ha tenido que enfrentar -haciéndolo con reconocible éxito a mi juicio- los desafíos que le imponía el avance científico y tecnológico, terminando por incorporar en su seno nuevos productos, nuevas obras, fruto de dichos avances. Para ello se debieron revisar en consecuencia -y más de una vez- las originales versiones de los Convenios de Berna y París del siglo XIX, adecuándolas a las nuevas y dinámicas realidades. Hay quienes dicen que en cada una de estas readaptaciones la “Propiedad Intelectual” -y más precisamente nuevamente los Derechos de Autor- perdió un poco de su esencia original. Hay quienes sostienen, en cambio, que el instituto goza de muy buena capacidad de acomodamiento como para abrazar sin dificultades las nuevas “obras del espíritu” cuya emergencia obedece a los avances de la ciencia y la tecnología.

3. EL DERECHO AUTORAL EN BREVES TRAZOS

Comenzando, entonces, por un simple repaso acerca del marco jurídico general en que nos hallamos ubicados, digamos que Propiedad Científica, Literaria y Artística es una rama

de la Propiedad Intelectual, denominada "copyright" en el ambiente anglosajón, y "derechos de autor" en el sistema continental europeo e iberoamericano, por cierto que con diferencias apreciables entre uno y otro sistema.

Como rasgos generales digamos, además, que los Derechos de Autor protegen la obra que revela el esfuerzo creador intelectual del autor, su impronta personal, que da como resultado la originalidad de la obra. Además, hay que tener en cuenta que dicha protección va dirigida a los aspectos formales de la obra, pero no a la idea que la sustenta o atraviesa. También hay que decir que el régimen jurídico aplicable a escala casi universal, presenta la doble faceta de derechos morales inalienables por un lado, y derechos económicos o patrimoniales a título disponible por otro lado. Estos derechos tienen un carácter *erga omnes*, y están organizados como derechos a término, que se resuelven en una suerte de monopolio sobre la obra, con potestades de variado tipo y alcance.

A partir de estos rasgos definitorios de la obra autoral, si hubiera que enunciar una regla básica y primera en toda esta materia, digamos que, salvo consentimiento del titular de una obra protegida (o salvo -también- casos expresamente admitidos por vía de excepción, como son la «copia privada» y el «fair use»), es contra derecho reproducir, divulgar, comunicar al público, distribuir, explotar económicamente, etc. una obra ajena. Se entenderá por tal un texto, pieza musical, compilación o banco de datos, audiovisual, programa de computación, etc. Es la misma regla que vale tanto para el mundo de lo material, de los ejemplares «en duro», como para el mundo de lo virtual, o sea de los «bits» circulando en una red telemática como es Internet o cualquier otra. Pero si las cosas fueran tan sencillas no habría razón para las inquietudes sobre nuevas formulaciones jurídicas, que se observan en los escenarios nacionales e internacionales. Veamos el porqué de tales inquietudes, que no se circunscriben a la dificultad de hacer cumplir las leyes en torno a los actos realizados en Internet.

4. LA CONMOCIÓN DE INTERNET

Ya en sede de Internet, entre las ramas y sub-especies profundamente tocadas por la desmaterialización extrema, apertura de protocolos de comunicación y globalidad planetaria que ha alcanzado el tráfico telemático a través de esta red, lo han sido la Propiedad Autoral en primerísimo lugar.

Debemos comenzar por advertir que hablar de «Propiedad Intelectual» en Internet es algo así como intentar un doble salto mortal... sin la red que amortigüe la caída. Me explico brevemente. De una parte, las obras informáticas (sobre todo los programas de ordenador) nunca han terminado por adecuarse totalmente a la protección jurídica a través del régimen de Derechos de Autor, si bien este régimen ha venido a imponerse a título general, a falta de otro mejor, más efectivo o más extendido en el planeta.

A partir de la imposición a escala planetaria de Internet, como red telemática, global y abierta utilizada para la difusión e intercambio de datos (cualquiera sea la especie de estos últimos, incluyendo aquéllos que asumen forma de obras autorales), el problema inicial se agravó. La inclusión y circulación de obras autorales en la red presenta entonces, como acabamos de ver, nuevos desafíos a la Propiedad Intelectual, que se agregan a otros arrastrados desde antes y que no habían sido resueltos totalmente.

Es así que los productos intangibles propios de las “industrias de la información y el ocio”, como son los programas de computación, bancos de datos y compilaciones, textos literarios o científicos, música, etc., merced a la técnica de digitalización y compresión, pasan a ser objetos de fácil reproducción y comunicación a través de la red Internet, en términos muy vastos y acuciantes dificultades para su contralor. Esto ha tenido tal impacto que algunos han llegado a vislumbrar en esta dificultad algo así como la partida de defunción de la “propiedad autoral”. Lo cierto es que, más allá de profundas adaptaciones necesarias y hasta excepciones a contemplar, no parece muy realista considerar que desaparezca la “Propiedad Intelectual” a manos de Internet, ya que tampoco se observa qué es lo que podría venir a sustituir aquél régimen con ganancia general para la humanidad, a tenor de los agoreros que reclaman su extinción.

No caben dudas, entonces, que la irrupción social de la *network* conocida como “Internet” ha sido el fenómeno puntual que ha conmovido hasta las raíces este régimen jurídico de la Propiedad Intelectual en general (y dentro de él en particular el régimen de Derechos de Autor). Un régimen, sometido a continuos reajustes pero que a pesar de ello nunca como hasta ahora habían llegado a alterar sus elementos esenciales en grado tan radical. Sin embargo ante tal constatación, tampoco es dable minimizar el hecho de que estamos ante un régimen jurídico caracterizado por una gran “plasticidad” (adaptación al cambio técnico en la sociedad), al tiempo de hacerse valer en forma dúplice, a través de normativas nacionales de los Estados, y normativas internacionales propias de los Tratados y acuerdos en la materia, adoptando la técnica jurídica de “las excepciones nacionales”, todo lo cual le ha permitido mantener un cierto nivel de coherencia y dinamismo hasta el presente, a pesar de los cambios sufridos.

A pesar de las contrariedades experimentadas, entonces, no puede ocultarse que en perspectiva histórica, la Propiedad Intelectual se ha constituido en un capítulo especializado del Derecho que ha sabido mostrar en el correr de las décadas esa alta dosis de «plasticidad» a que aludiéramos, adaptándose a la evolución de la sociedad en todo lo que va del siglo pasado, y absorbiendo, como quiera que fuese, las nuevas obras del ingenio humano producto de nuevas técnicas. Por lo que, al menos de principio, es dable abrirle carta de crédito a este singular y proteiforme régimen jurídico, como para que siga ocupándose eficazmente de la protección de aquellas obras que hacen parte de los contenidos de la red. Sin ocultar, claro está, la emergencia de nuevas tendencias o posturas que pugnan por una mayor libertad –y hasta un abatimiento de restricciones- en la reproducción de obras autorales a través de Internet, en especial en lo referente al descaecimiento del régimen tradicional de “licencias” para el uso y explotación de programas de computación (vg. software libre).

Enfocando el problema con mayor concreción, debe observarse que el fenómeno de Internet le ha significado a la Propiedad Intelectual dos tremendos desafíos acerca de los cuales aún no es tiempo de concluir –a mi respetuoso entender- si saldrá enhiesta o no, pero en los que también es válido tomar en cuenta que lleva a su favor amplios antecedentes evolutivos y readaptativos, como para que ello ocurra en forma positiva (vale decir, arribando a nuevas mutaciones, a pesar de numerosas y, algunas veces, autorizadas voces discrepantes en grados diferentes sobre posición prospectiva optimista).

El primero de estos grandes desafíos gira en torno a la mudanza absoluta de la corporeidad de la obra, es decir prácticamente la falta de un soporte que fije en términos más o menos estables la obra intelectual, por definición “inmaterial”, y que funcione –por lo tanto- como elemento de asidero para la aplicación de un estatuto jurídico. Esto no es una novedad absoluta tratándose de “bienes informáticos” de tipo intangible. La novedad está, sin embargo, en que hasta antes de Internet, aún los bienes informáticos tenían un soporte identificable y ubicable con cierta facilidad. Ahora el soporte es la propia red, tomando en cuenta la multiplicidad enorme de máquinas interconectadas (todas ellas pasibles de contener y aún reproducir “copia” de la obra autoral), la ubicuidad a lo largo y ancho del planeta de todo este parque de máquinas (hablamos de las computadoras vulgares y silvestres, como asimismo de los servidores, hosts, etc.).

El segundo de los desafíos a que hacíamos referencia, y que arrastra el Derecho Autoral en Internet, es el relativo a la ausencia de un marco tempo-espacial fijo, desde el momento que el usuario puede acceder a la obra en el tiempo y el lugar que él mismo elija, aumentando con ello en forma superlativa las posibilidades de difusión e interactividad, y a partir de ahí también los riesgos de alteraciones o usos ilícitos de la obra. Característica ésta que, sinergizada con la referida como primer desafío, determinan un alto dinamismo de estados físicos y acciones diferentes a las que queda propensa la obra autoral puesta en el *network* (desde su subida no autorizada, pasando por su exposición en contextos tampoco autorizados, mutilaciones, plagios, etc.).

Tampoco es cuestión de suponer a priori que el derecho se encuentra postrado o de rodillas frente a estos avasallamientos. Ahí está el sonado y reciente caso estadounidense de Napster para atestiguar que la intervención judicial constituye todavía una poderosa arma de justicia, por más que no dejemos de reconocer el éxito todavía relativo de este tipo de actuaciones. Se recuerda aquí que Napster es un sitio web que ofrecía a quienes ingresaban la posibilidad de intercambiar copias de obras musicales en formato MP3, técnica de compresión que permite llevar los archivos ordinarios a un décimo de su tamaño, y así difundir fácilmente estas obras por la red; dada la magnitud de estos “intercambios” (se habla de millones de usuarios), así como el hecho de que la mayor parte de las obras estaban protegidas por derechos de autor, intervino la Justicia a petición de la Asociación Norteamericana de la Industria Discográfica (RIAA), dictando el cierre del sitio en un fallo relativamente reciente, que pasó a convertirse en algo paradigmático, y motivo de mil análisis en la prensa común y especializada.

Internet posee ciertas particularidades que dificultan la intervención del Derecho a niveles nunca antes conocidos. La dificultad se nota en particular -aunque no exclusivamente- respecto de las normas de Propiedad Intelectual. Es una red transnacional que carece de órganos de gobierno; favorece en alto grado la libre circulación de información; elimina intermediarios (que han jugado siempre roles importantes en la Propiedad Intelectual); le hace perder a la obra autoral su último encuadre de materialidad y territorialidad (dos aspectos básicos para su regulación jurídica); permite modificar la obra original con gran facilidad y versatilidad; y posee muchos elementos que conducen al gran público a creer que, en su seno, todo está permitido y nada está prohibido.

5. TIPOLOGÍA DE OBRAS AUTORALES EN EL NUEVO CONTEXTO.

Comenzaremos por distinguir los objetos vinculados a la Propiedad Intelectual, que se encuentran o se relacionan con Internet. Podemos agruparlos en tres grandes categorías: 1º) todo tipo de obras autorales digitalizadas (textos, piezas musicales, imágenes, programas de computación, compilaciones y bancos de datos, obras compuestas a título audiovisual, filmes, etc.); 2º) el propio «sitio web»; 3º) algunos elementos de la Propiedad Industrial, como son las marcas.

Nos interesa referirnos a los susceptibles de ser protegidos por el régimen específico de Derechos de Autor, que son todos los nombrados exceptuando los referidos en tercer término.

En particular interesa referir a un objeto absolutamente nuevo y de creciente interés para el derecho autoral, como es el propio «sitio web». Se trata de una obra compuesta protegible *per se*, donde intervienen componentes que -a su vez- pueden tener la categoría de obras ya protegidas como tales, en su individualidad, por la Propiedad Intelectual, o bien pueden ser meras datos e informaciones pertenecientes al libre curso de las ideas en la sociedad humana.

Las acciones básicas con relación a un sitio web son la creación del propio sitio, su alojamiento y conectividad, así como las operaciones dinámicas previstas y generadas a partir de la generación de hipervínculos. Sobre esas acciones y las actuales tendencias jurídicas que las enmarcan, nos referiremos luego.

En este punto existe bastante consenso en considerar que el sitio web es una obra compleja o compuesta, de índole audiovisual, donde cada uno de sus elementos (programas, íconos, sonido, acciones, etc.) debe ser observado en singular, para determinar si ingresa o no al régimen de Propiedad Intelectual individualmente considerado, y así encararlo tomando las previsiones del caso (o sea obtener la licencia de explotación correspondiente de parte de su autor). Todo ello sin perjuicio de la protección por vía de derechos de autor que pudiera merecer como obra en su conjunto, merced a la selección y disposición de dichos contenidos. En este sentido, y si bien la normativa en juego (ADPIC y Tratados OMPI) no lo mencionan como obra diferente, no habrá mayor problema en aplicarle el régimen de los bancos de datos y compilaciones que estatuyen dichos cuerpos normativos.

Sobre las cuestiones relativas al alojamiento y conectividad del sitio, diré solamente que se está actualmente en un proceso de discusión dentro de la doctrina especializada, acerca de las respectivas responsabilidades de este tipo de “proveedores”, que no necesariamente –y más bien por el contrario- coinciden con la figura del creador y productor del propio sitio. Al menos en el caso de los “proveedores de alojamiento”, se perfila como predominante la posición de exonerarlo –en principio- de responsabilidad por los contenidos del sitio alojado, dejando a salvo los casos en que se dan circunstancias ostensibles y genéricamente ilícitas del sitio en cuestión, así como cuando dicho proveedor ha hecho caso omiso de remover tal o cual contenido flagrantemente atentatorio del Derecho, todo lo cual incluye –entre otras hipótesis- la violación de derechos intelectuales. De modo tal que en este terreno los operadores comerciales se ven en la necesidad de apelar a toda suerte de cláusulas de cobertura contractual, a fin de evitar conflictos con terceros, y aún así no es seguro que puedan escapar de algunas hipótesis de responsabilidad (las más graves a mi juicio, ya sea por naturaleza del ilícito y/o advertencia previa).

En definitiva esta obra que es el sitio web tendrá un diseño gráfico, que si resulta original (apreciado este carácter con baja exigencia, según es tradicional en la materia), estará protegido por Derechos de Autor, o incluso por la Propiedad Industrial como dibujo industrial. Luego están los contenidos de ese sitio (textos, imágenes, etc.), donde cabe incluir creaciones intelectuales de terceros, las cuales, si no estuvieran en el dominio público (ej. antigüedad superior a cincuenta años luego de la muerte del autor, art. 7-1 del Convenio de Berna), requerirán consentimiento o licencia del autor o sus causahabientes para ser utilizadas en la confección del sitio. Y finalmente, estará el programa informático (software) utilizado para visualizar y gestionar ese sitio web, que al igual que los restantes elementos resultará protegido como obra de autor independiente del sitio en si mismo, en tanto posea la aludida dosis de originalidad.

Pero no solamente el “sitio web” merece atención especial de parte del Derecho Autoral. Otro tipo de obras autorales que pueden utilizarse justamente en la construcción y visualización del sitio, también son protegibles con sus particularidades en virtud de su especial naturaleza. Es el caso, por ejemplo, de las fotografías. Si éstas no pertenecen al dominio público, pueden gozar de un status de reserva jurídica, ya sea por vía de un “derecho a la imagen”, en el caso de fotografías de personas y como manifestación especial de los derechos de la personalidad, ya sea por vía de “obra autoral” en todos los casos en que su originalidad lo amerite, sin que importe el valor artístico de la misma. En ambas hipótesis, se requiere el consentimiento del titular y/o autor de la fotografía, para su reproducción, comunicación, divulgación, etc. La originalidad autoral puede estar dada por la elección de parámetros varios, a saber: ángulo de enfoque, disposición de objetos fotografiados, luminosidad y colores aplicados, etc.

6. PROBLEMAS AUTORALES RELACIONADOS CON INTERNET

A comenzar por la propia numerización o digitalización de las obras autorales, es desde ya un tema reservado al consentimiento del titular de la obra. Recordemos que el “derecho de reproducción”, viga maestra de la Propiedad Intelectual, incluye en sentido amplio la elección y creación de soportes materiales para la obra (reproducción en sentido estricto), así como los derechos de adaptación y traducción, entre otros. Al menos el primer aspecto señalado (elección de soporte), y en muchos casos también los ulteriores nombrados, son directa y necesariamente afectados en el proceso de digitalización de una obra. Y de ahí la aludida necesidad de consentimiento del titular.

Por otra parte, la cuestión de los “up” y “downloads” (subidas y bajadas a la red de obras protegidas, desde otro soporte digital o no), y también lo referente a los “hiperenlaces” que involucran obras autorales, son temas que han venido siendo discutidos por la doctrina internacional, debiendo a mi juicio merecer regulación precisa no tanto a nivel de normas generales que solamente deberían efectuar el planteo general del asunto (tratados y leyes), sino con mayor precisión a través de cuerpos reglamentarios fundamentados y directamente conectados a los textos legales básicos, merced a que se trata de asuntos propios de un momento particular en el estado evolutivo de una tecnología que –por su alto dinamismo– puede y debe hacer cambiar las normas con mucha frecuencia.

Con relación a estos temas, se ha ido afirmando la tesis de que la reproducción en la memoria de trabajo del computador del usuario de una obra autoral, para su consulta y utilización acordes al destino pautado por su creador y/o titular, es una actividad en principio permitida. En este punto, existen diversos tipos de lo que cabe denominar “reproducciones técnicas provisionarias”, que cabe distinguir y analizar por separado:

- A) El “proxycaching” que consiste en el almacenamiento provisorio en las máquinas servidoras de los proveedores de acceso, y también en la de los usuarios, de las páginas webs frecuentemente utilizadas, lo cual sirve para acelerar tiempos de respuesta, y la navegación en general (las “cookies”).
- B) El “mirroring”, que es cuando el sitio especialmente popular es directamente copiado sobre otro servidor para facilitar el acceso a sus usuarios.
- C) Las “copias de transporte”, es decir todas aquellas reproducciones de datos que requiere el tráfico telemático dentro de la conocida arquitectura estructural de Internet que enlaza varios “bones” o nodos.
- D) El “browsing” que no es más que la navegación o “surfing” en Internet, donde el usuario estrictamente hablando realiza continuas reproducciones temporarias de las páginas que demanda, en la memoria de su computadora.

A pesar del carácter provisorio, temporal y/o técnico de este tipo de reproducciones, los Tratados de 1996 dejan en manos del legislador nacional esta “excepción o limitación” al “derecho de reproducción”, el cual se sigue considerando irrestricto y no condicionado a nivel de Tratado, aunque se trate de acciones temporales (art. 7 del Tratado OMPI sobre Derechos de Autor de 1996).

El actual derecho comunitario europeo en la materia resulta, a nuestro juicio más práctico y realista si lo comparamos con el Tratado de la OMPI. En efecto, dentro de un nutrido elenco de 21 excepciones posibles a los derechos de autor y derechos conexos, señala una sola con carácter obligatorio para los Estados, que justamente refiere al tema que venimos analizando. Y aunque pueda merecer alguna discusión la fórmula empleada por el autor europeo, por lo menos reconoce la necesidad de limitar el derecho de reproducción de autores y titulares conexos, en aquellos casos en que se trate de “actos de reproducción provisional... que sean transitorios o accesorios y formen parte integrante de un proceso tecnológico y cuya única finalidad consista en facilitar: a) una transmisión en una red entre terceras partes por un intermediario, o b) una utilización lícita de una obra o prestación protegidas”. La fórmula empleada agrega una tercera condición a este tipo de actos para considerarlos autorizados de pleno derecho (vale decir aún sin consentimiento del titular de derechos autorales), y es que “no tengan por sí mismos una significación económica independiente” (art. 5.1. de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información).

En sede de obras autorales, en síntesis, cabe afirmar sin hesitaciones que no se pueden digitalizar ni reproducir en Internet de modo libre (vale decir sin consentimiento del titular de la obra), un texto, una imagen o un sonido que tengan naturaleza de obra protegida por el Derecho de Autor. Se puede en cambio, y conforme la normativa tradicional en la materia,

realizar “citas cortas” de una obra protegida, siempre que se trate de una obra divulgada (recordemos que un autor tiene derecho a que su obra no se publique), e indicando los datos identificatorios del propio autor y la fuente original de donde se toma dicha cita. Y siempre con relación a “citas cortas”, si se tratase de imágenes o sonidos, en el estado actual de estos asuntos cabe inclinarse por una posición de reticencia acerca de validar posibles reproducciones por parte de terceros diferentes a su autor, aún en aquello que pudiera asimilarse a una cita corta (vg. pasaje de una pieza musical, detalle de una imagen, etc.).

En cuanto a la excepción de “copia privada” generalmente contemplada en las legislaciones nacionales con mayor o menor alcance (pero ahora reconducida al ambiente de fruición a través del *network*), desde el momento que la naturaleza y alcances abiertos de Internet (y aún en una Intranet), alejan la posibilidad de acudir al concepto de “círculo doméstico familiar” en que habitualmente se desenvuelve y acepta dicha excepción.

Algunos de los problemas más delicados en materia de propiedad autoral se vienen planteando, sin embargo, en torno a la protección autoral de los “sitios web” u otras obras extensas y/o compuestas desarrolladas y presentes en Internet, merced a la creación de «hipervínculos» y la utilización de «marcos» que pueden entrar en conflicto con derechos de autor. El hipervínculo es la llave maestra que distingue las páginas web como producto informacional, de otro tipo de productos donde su lectura resulta ser secuencial y previsible. Posibilitándonos la navegación a diestra y siniestra en Internet, el hipervínculo puede entrar en roces con los derechos de aquellos terceros presentes igualmente en la red, que en muchos casos lo menos que aspiran es a que sus obras sean accedidas desde sus propias páginas, y no desde una página ajena. Es muy cierto que el destino natural del universo web es el de favorecer el derecho de información a escala planetaria. Por lo cual, un hiper-enlace que no desfigure la materialidad ni tampoco la interpretación de la obra en su conjunto (vg. una simple referencia nominal a la misma que vehicule al usuario –por botón o texto sensible- hacia zonas diferentes de ese universo donde la obra ya ha sido integrada lícitamente) no parece que estuviera violando la normativa secular en la materia. La figura ya aparece tan clara, cuando el enlace o “link” se practican hacia una sub-página de autor que, por ejemplo ni siquiera es su página inicial, técnica conocida como “deep-linking” (enlaces profundos), lo que entraña una verdadera fractura en la secuencia de accesos prevista por el autor de la página en cuestión, aspecto netamente opuesto al régimen jurídico autoral desde el momento que entraña una modificación y comunicación de la obra, no consentidas por los titulares.

En cuanto a la técnica hipervincular conocida como “frame-linking” (por la circunstancia de que la página desde la cual se accesa mantiene su «marco» u “orla” con información propia, no obstante traer al centro de la pantalla las páginas de terceros accedidas), agrava más el panorama anterior si cabe. Al sencillo hipervínculo hacia una obra autoral ajena, se le agrega en esta modalidad la recuperación y fruición de la misma rodeada por una serie de elementos contextuales (vg. el marco u orla), en principio ajenos y no queridos originariamente por su autor, los que incluso pueden llevar a distorsionar gravemente la interpretación o sentido de la obra accedida (piénsese, por ej., en noticias y fotos relativos a la religión, traídas desde su sitio natural a otro de liviana moralidad, con imágenes o leyendas de este tenor que se mantienen como marco de la obra traída a escena).

Somos del parecer, junto a la mayoría, que todas estas operaciones de “deep-linking” y “framing” deben considerarse ilícitas cuando se las realiza sin consentimiento, o en forma abusiva.

Están, finalmente, los “metatags”, que son determinados códigos incluidos en los programas fuente confeccionados en lenguaje html (el lenguaje de Internet), que en principio sirven para agilizar las búsquedas, pero que también han venido a ser utilizados para fines de dudosa legalidad. Por ejemplo, encausando el tráfico de búsquedas y navegaciones de los usuarios hacia sitios que no son los que ellos realmente pretenden, y con ello pudiendo entrar en colisión –pensamos– con algunos derechos autorales tales como el de divulgación y el de respeto. Estos procedimientos entran en colisión, asimismo, con el derecho marcario, y constituyen una nueva forma de «parasitismo» que como tal es perseguible jurídicamente.

7. LAS PROTECCIONES TÉCNICAS

La protección de las obras del intelecto en entornos digitales también viene teniendo lugar a través de mecanismos técnicos. La realidad indica que será este tipo de protecciones, en armoniosa coordinación y límite con las normas jurídicas, las que terminarán por dar a la introducción y circulación de las obras en Internet la seguridad que el exclusivo dispositivo jurídico no es capaz de darles.

Se observan, en este sentido, los llamados “tatuajes”, los procesos de encriptación y de firma digital, y las llamadas “marcas de vigencia”.

Los “tatuajes” o “marcas de agua” son algo así como un código genético que se impregna a la obra digital y la acompaña sin posibilidad de borrado a través de cualquier posible mutación o proceso de transmisión, con lo cual se persigue y detectan en la red las copias no autorizadas, por comparación simple de los materiales hallados con un registro de las permitidas. Están también los procesos de encriptación y de firma digital, de extendido uso o múltiple servicio en Internet, que también pueden aplicarse para configurar una garantía de intangibilidad o genuinidad a favor de los objetos digitales protegidos por Propiedad Intelectual. Y como en el ambiente de Internet resulta propicio multiplicar las versiones de un mismo producto (ej. *memorias cachés* y *servidores espejo*), se ha hecho necesario inventar también algunos dispositivos que denuncian la actualidad de la versión a la que se ingresa, lo cual se logra a través de la utilización de las llamadas “marcas de vigencia”.

Obviamente existen otros dispositivos técnicos de protección de tipo físico o lógico, como son las “llaves físicas” provistas para instalar la obra original, las instrucciones de código destinadas a hacer fracasar una reproducción no autorizada, los blindajes de zonas de programa donde se denuncia la autoría, etc.

Los Tratados Internet de la OMPI prevén la protección legal de las medidas tecnológicas, imponiendo a los Estados la necesidad de reprimir adecuadamente a quienes pretendan eludir este tipo de medidas (art. 11 del Tratado sobre Derechos de Autor, y art. 18 del Tratado sobre interpretación, etc. y fonogramas).

8. PROPIEDAD INTELECTUAL Y COMERCIO ELECTRÓNICO

Un análisis un tanto más pormenorizado de este “particular matrimonio” lo hemos verificado en conferencia brindada dentro del Congreso Virtual sobre Aspectos Jurídicos del Comercio Electrónico, al que remitimos (ver www.ecomder.com.ar).

En esa oportunidad nos referiremos de modo breve, tan solo a la normativa que comienza a aparecer con relación a este vínculo, cuya expresión de mayor trascendencia hasta el presente está dada por algunas de las normas que venimos de comentar, en particular los ADPIC, que dan inicio al nuevo régimen del Comercio Mundial (OMC en sustitución del GATT), con inclusión del capítulo de derechos intelectuales y afines en materia de comercio internacional, hasta ese momento ajeno a estos intereses.

Pensamos que con estas normas está trazado el camino de protección general del “comercio de bienes y servicios” en cualesquiera de sus dos especies, tradicional y “electrónico”, y que ese camino está incluyendo todo lo referido a comercio de “intangibles” (ya sea en intercambio propiamente electrónico como tradicional), abriendo la necesidad a estatutos complementarios de tipo regional y nacional. En buena medida la Unión Europea, por ejemplo, viene apelando a este tipo de regulaciones específicas ante necesidades acuciantes como son –por ejemplo– las de la industria musical de cara al uso extendido del formato digital MP3. El MERCOSUR, por su parte, también viene dictando alguna normativa de armonización en este terreno, conforme la Decisión del Consejo del Mercado Común No. 8/95 (Protocolo de Armonización de Normas sobre Propiedad Intelectual en el Mercosur, en Materia de Marcas, Indicaciones de Procedencia y Denominaciones de Origen), y la No. 16/98 (Protocolo de Armonización de Normas en Materia de Diseños Industriales).

9. REGULACIONES JURÍDICAS INCIPIENTES

Queda claro, entonces, que la regulación jurídica en esta materia es todavía incipiente, y que existen portentosos desafíos para el Derecho de Internet y del Comercio Electrónico en los próximos años, del cual uno de sus puntales máximos ha sido y seguirá siendo el de la Propiedad Intelectual en todas sus facetas (vg. Propiedad Industrial y Propiedad Autoral).

La primera reacción a nivel mundial, en cuanto a regular la Propiedad Intelectual dentro del nuevo contexto de la sociedad global de las redes de información, estuvo dada por los Acuerdos de Marrakech del 15 de abril de 1994, como culminación de la llamada «Ronda Uruguay», que diera paso a la nueva estructura del comercio internacional, sustituyendo los acuerdos del GATT y creando la Organización Mundial del Comercio. En esta instancia, y dentro de un cúmulo de acuerdos de diferente naturaleza, se labró uno relevante al tema que venimos desarrollando, que se tituló «Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio», de ahí en más conocidos como los ADPIC o también, en su versión de idioma inglés, el TRIPS.

En este Acuerdo se incluyeron como bienes protegidos por el Convenio de Berna los programas de ordenador, sean programas fuente como programas objeto, así como a las

compilaciones de datos y otros materiales en razón del carácter original de la selección o disposición de sus contenidos.

Pero este incipiente marco regulatorio no estaría completo sin mencionar los llamados «Tratados Internet» puestos a la aprobación de los países por parte de la OMPI, a partir de 1996. Se trata de dos Acuerdos Internacionales, uno sobre Derecho de Autor, y el otro sobre la Interpretación o Ejecución y Fonogramas. La filosofía de estos tratados es la de actualizar, sin sustituir, los acuerdos precedentes que para el caso son el Convenio de Berna en su versión del Acta de París (1971), y el Convenio de Roma (1961).

Estos tratados de 1996 forman parte de la llamada «agenda digital» de la OMPI, una serie de programas de trabajo destinados a insertar definitivamente los distintos mecanismos de la Propiedad Intelectual dentro del nuevo contexto de presencia y tráfico de las creaciones intelectuales en el seno de las redes telemáticas de alcance mundial y uso masivo.

Además de definir con precisión los bienes protegidos (programas de ordenador, compilaciones y bases de datos), los «Tratados Internet» de la OMPI reformulan algunos derechos básicos del cuadro autoral para adaptarlos a los nuevos contextos (vg. derecho de distribución, de alquiler, de comunicación al público, de protección de obras fotográficas).

Entre otros aspectos específicos, es de resaltar la obligación impuesta a los Estados para que castiguen «la acción de eludir las medidas tecnológicas efectivas que sean utilizadas por los autores en relación con el ejercicio de sus derechos...» (art. 11 del Tratado sobre Derecho de Autor de 1996). Igualmente por lo que dice relación a la alteración indebida de la llamada «gestión de derechos» que alude tanto a términos identificatorios de la obra, como de sus condiciones de utilización (art. 12 del mismo Tratado). Cuestión ésta, la de «protección tecnológica» de las obras autorales, que merece buen destaque a nivel europeo, donde también se la trata junto a las «obligaciones relativas a la información para la gestión de derechos» y se procura que los Estados inserten en sus legislaciones internas mecanismo represivos efectivos contra los infractores de tales obligaciones y medidas (capítulo III de la Directiva *ut supra* citada).

10. LAS DISIDENCIAS O ALTERNATIVAS A LA P.I. EN INTERNET

Finalmente, y antes de pasar a unas breves conclusiones, no hay que ocultar en un ámbito de cátedra regido por el libre pensamiento -como es el que debe imperar en este tipo de análisis jurídicos- el hecho de que existen numerosas voces disonantes con la necesidad, utilidad y/o justificación de mantener un régimen de Propiedad Intelectual vigente en Internet. No es el caso extendernos sobre el punto en esta oportunidad, aunque sí queríamos dejar consignado el hecho por mera honestidad intelectual.

Algunos de estos alegatos son francamente aperturistas hacia opciones de gestión de las obras del intelecto en la red, diferentes a la de la «Propiedad Intelectual» tal cual se la conoce y se la continua readaptando una y otra vez, entendiendo que la misma habría cumplido su ciclo vital y no debería continuar su proceso de reformulación, abriendo paso a opciones diferentes. Dejo consignada mi distancia de tales alegaciones -posiblemente pareja a mi insuficiente conocimiento o profundización de las mismas- así como mi interés en conocerlas y

confrontarlas con el campo “propietarista” de los derechos intelectuales. En todo caso, soy de la idea que las anchísimas dimensiones del ciberespacio dejan margen suficiente para este tipo de filosofías y productos operativos, sin que necesariamente deban entrar en conflicto (en todo caso sí en sana competencia), con las obras del ingenio sometidas a propiedad intelectual.

Puede leerse, entre otros, los interesantes alegatos de Richard Stallman (que algunos califica de “pirata de la red” pero que en todo caso es fundador del “movimiento GNU”), los que figuran en varios sitios. Desde otro ángulo, considero que resulta necesario para quienes nos ocupamos de estos temas, atender la evolución de algunos productos específicos, así como de las filosofías que los animan, como es caso de Linus y StarOffice. Estas posturas traducen alternativas de “software libre” con legítimas pretensiones de globalidad y competitividad con los gigantes del mercado.

11. REFLEXIONES FINALES

A título de conclusiones diré, finalmente, que el tema de la Propiedad Intelectual, en su relación al comercio electrónico pero también al uso general de Internet, está incuestionablemente dentro de una de las cuatro o cinco zonas principales en estos momentos, en la cartera de asuntos que alimentan el “derecho del ciberespacio”, junto a la protección de los datos personales, la seguridad y validez jurídica de los actos electrónicos, los medios de pago desmaterializados y la tributación del comercio en Internet.

Los problemas jurídicos planteados por Internet incluyen y sobrepujan el capítulo de Derechos de Autor, abarcando numerosos aspectos de la Propiedad Intelectual en su conjunto, poniendo en tela de juicio—incluso- el paradigma de “no patentabilidad del software” (el “carrito de compras” de Internet es un producto patentado en el derecho anglosajón).

No creo, por mi parte, que se pueda lograr una fácil y rápida armonía de todos los intereses en juego. Entretanto ello ocurra, si ocurre algún día, habrá que jugar con las reglas disponibles, y apuntalar todo lo relativo a Internet dentro de una estricta observancia del régimen de la Propiedad Intelectual, en tanto es lo que se impone mayormente y de principio. Ello no impide dejar de reconocer estas otras zonas que se abren en la anchísima comarca mundial de las autopistas de la información, donde también hay lugar para otras opciones o modalidades de difusión de obras de ingenio. Este es el mejor consejo que puede darse, desde el plano jurídico específico que venimos tratando, a quienes desarrollan, o se aprestan a desarrollar, una actividad vinculada a la implementación y/o explotación de un sitio web, sea que encare o no algún tipo de actividad comercial.

Estamos en una época de transición, donde los marcos regulatorios todavía son incipientes. Los problemas son grandes y las soluciones medianamente satisfactorias nos parece que aún están lejanas. Por ahora, y cuando corresponda, no se vislumbran otros caminos que aquéllos derivados de hacer respetar la Propiedad Intelectual en la red. Y aunque hay opiniones en contra, eso se hará—pensamos- de la mano tanto del derecho secular en la materia (con todas las adaptaciones necesarias), así como recurriendo a ciertas técnicas como las «marcas de agua» que permitirán a corto plazo detectar las ilicitudes sin desmedro de otros derechos en

juego (ej. la privacidad). En cualquier caso, parecería que todos los países deberían apurar sus agendas legislativas nacionales en estos temas. Y que también deberá acelerarse la emergencia de un derecho internacional más completo y coercible. Como forma de que el Derecho en su conjunto pueda seguir el paso raudo de la sociedad de la información, y no tenga que pagar el habitual tributo del retardo en la aparición de sus recetas.

BIBLIOGRAFÍA

- AUTORES VARIOS – *Actas del 3er. Congreso Iberoamericano sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos*, Montevideo 1997, edición conjunta de varios organismos involucrados (OMPI, Ministerio de Educación y Cultura-Conséjo de Derechos de Autor del Uruguay, Instituto Interamericano de Derecho de Autor-IIDA).
- BAUZÁ, Marcelo – *La propiedad intelectual, el comercio electrónico e Internet*, en *Informática y Derecho-Aportes de Doctrina Internacional*, volumen 7, ed. Depalma, Buenos Aires 2001 (texto de la conferencia brindada en ECOMDER 2000, <http://www.ecomder.com.ar>).
- BAUZÁ, Marcelo – *Protección del software en el Derecho Uruguayo*, en *Actas del III Congreso Iberoamericano de Informática y Derecho*, volumen I, publicadas en tomo N° 4 de la colección “Informática y Derecho”, págs. 393-399, ed. Aranzadi-UNED Extremadura, Mérida 1994.
- BUGALLO MONTAÑO, Beatriz – *Internet, comercio electrónico y propiedad intelectual*, ed. Universidad de Montevideo, Montevideo 2000.
- DELPIAZZO, Carlos – *Panorama de la propiedad intelectual en el Uruguay*, en *Revista DAT* año VII, N° 74, octubre 1994, Buenos Aires.
- DELPIAZZO, Carlos – *El Derecho Informático entre dos siglos*, en *Revista DAT* año XI, N° 121, setiembre 1998, Buenos Aires.
- LIPZIC, Delia – *Derecho de autor y derechos conexos*, ed. UNESCO/CERLALC/ZAVALIA, Buenos Aires 1993.
- VIVANT, Michel – *Ciberespacio: Los derechos y el derecho a las redes*, en *Revista DAT* año X N° 12/13, diciembre 1997-enero 1998, Buenos Aires.
- VIVANT, Michel y otros – *Lamy Droit de l'Informatique et des réseaux et son guide*, edición a noviembre 1999, ed. Lamy, París (versión cd-rom).