



Los derechos patrimoniales en el entorno digital

EDUARDO DE FREITAS STRAUMANN

Sumario: I. Aspectos preliminares. II. Principios que rigen los derechos patrimoniales. III. Derecho de reproducción. a. Concepto. b. La aplicación del derecho de reproducción en el entorno digital. IV. El derecho de distribución. a. Concepto. b. Agotamiento del derecho de distribución. V. El derecho de comunicación pública. a. Concepto. b. El derecho de puesta a disposición del público. c. Otros derechos patrimoniales: remuneración por copia privada. VI. Protección de medidas tecnológicas e información sobre gestión de derechos. VII. Limitaciones y excepciones en el entorno digital.

I. ASPECTOS PRELIMINARES

La realidad mundial nos ilustra sobre el crecimiento de las industrias del entretenimiento y sus nuevas formas de penetración e inserción en los mercados.

Las obras han ido escapando de sus soportes físicos (disco, película, libro), para ingresar al fenómeno virtual y con ello habilitar su tránsito a través de todos los medios que nos ofrece la tecnología. El almacenamiento electrónico de las obras es una prueba de ello, así como el ofrecimiento o intercambios por intermedio de archivos en Internet. La puesta a disposición de obras en sitios web, o los intercambios “de igual a igual” o “peer to peer”, son un ejemplo de ello.

Este tipo de comportamientos, cuando no se encuentran autorizados por sus titulares, se traducen en hechos ilícitos que perjudican a los autores, artistas, productores y al propio Estado.

Los desafíos que se presentan, precisamente, ante el fenómeno digital y las redes de Internet consisten en prevenir y combatir eficazmente estas violaciones a los derechos de autor, de manera de permitir la inversión en actividades lícitas vinculadas a la tecnología digital.

Resulta imposible pensar que si no se combaten eficazmente estas infracciones alguien pueda invertir en el desarrollo de sitios que sí supongan un respeto al derecho de los autores, artistas y productores.

Como sabemos, y en lo que refiere a descarga de música en los Estados Unidos se encuentra funcionando iMesh y Apple itunes está presente en veintidós países. En el

mundo ya hay más de trescientos sitios de descarga de música legal. Tal como se comenta en el trabajo de Juan Palomino Medina, según estudios de mercado de la consultora Júpiter, el número de usuarios de modelo de suscripción como los de Rhapsody y Napster se han incrementado de los 1.5 millones a los 2.8 millones en 2005; también se prevé que se vaya reduciendo el número de usuarios de las redes p2p, debido al fuerte incremento de las acciones legales que se están llevando a cabo en diecisiete países y dada las consecuencias jurídicas que puedan acarrearles. Asimismo se están abriendo nuevos canales de distribución en cuanto a música grabado como las radios digitales o el podcasting. En cuanto a las descargas de música legales, los usuarios descargaron veinte veces más canciones que dos años antes y las previsiones apuntan a mantener esta tendencia en 2006. Además, se estima que para 2010, el sesenta por ciento de los usuarios europeos tendrá un teléfono móvil de tercera generación (3G).¹.

La generalización de Internet y el camino al apagón analógico, nos proyectan hacia un mundo interconectado en la red, con nuevas formas de utilización o explotación de obras y el fortalecimiento de nuevas creaciones. Un ejemplo de lo expresado lo constituye la generación de nuevos teléfonos celulares con recepción de obras musicales, audiovisuales, videojuegos y su posibilidad de puesta a disposición a terceros. Las clásicas ventanas del cine (exhibición, alquiler, cable, televisión, arrendamiento, ventas de soportes videográficos) se extienden bajo las formas de video a demanda.

La red está exhibiendo cambios hacia nuevas formas de negocios, incluyendo los destinos de los aportes publicitarios, que progresivamente se dirigen a la misma.

El ambiente tecnológico conduce a una verdadera transformación del mercado con aparición de nuevos modelos transaccionales que rodean la explotación de las obras. Las industrias culturales o del entretenimiento tienen un efecto expansivo y conquistador a través de la red. Las empresas de las telecomunicaciones e informática ven en las producciones intelectuales “contenidos” fundamentales para su puesta a disposición a clientes o usuarios.

El papel de los autores, artistas y productores apunta a defender y proteger las creaciones y prestaciones protegidas, ya sea controlando y licenciando en debida forma la utilización de las mismas o bien combatiendo las ilicitudes.

Unas de las herramientas consagradas a favor de los titulares para impedir las facilidades de copia que ofrece la tecnología también responden a esta última. Los convenios internacionales (WCT y WPPT) han establecido asimismo medidas tecnológicas para evitar la reproducción de obras y prestaciones protegidas, así como para permitir la identificación de sus respectivos titulares.

Estas medidas, que veremos más adelante, han sido identificadas como medidas tecnológicas y de información sobre gestión de derechos.

1. Los Sistemas de administración colectiva en el entorno digital, en Congreso Internacional “El Derecho de Autor ante los desafíos de un mundo cambiante. Homenaje a la Profesora Delia Lipszyc”, Lima Perú, 24-27 de julio de 2006 © APDAYC 2006, págs. 557 y ss.

Estos aspectos preliminares que venimos señalando, obviamente, tienen una relación directa con los derechos de los autores y demás titulares a explotar sus creaciones. Los mismos involucran desde la autorización para almacenar sus obras electrónicamente, ya fuere en forma temporaria o definitiva, pasando por la puesta a disposición de terceros, así como la descarga o entrega de las mismas.

Con el objeto de presentar algunas reflexiones relativas al tema en cuestión, abordaremos el tema reafirmando principios que rigen a los derechos patrimoniales, ingresando luego al análisis de aquéllos más estrechamente vinculados al entorno digital, finalizando con referencias a las medidas tecnológicas y a las limitaciones impuestas a la esfera de las facultades económicas.

II. PRINCIPIOS QUE RIGEN LOS DERECHOS PATRIMONIALES

Los principios bajo los cuales deberíamos observar los derechos patrimoniales de los autores, teniendo en cuenta su cualidad de derecho humano, deben agruparse en los siguientes términos:

1. El autor debe participar del éxito de su obra;
2. El derecho patrimonial es exclusivo;
3. Las enumeraciones legales de derechos patrimoniales son amplias y no taxativas;
4. Los derechos patrimoniales son independientes entre sí;
5. Las licencias, autorizaciones o cesiones de explotación deben interpretarse restrictivamente;
6. El derecho patrimonial es disponible; aunque sujeto a ciertas limitaciones
7. El derecho patrimonial es temporal;
8. El derecho patrimonial es renunciable, aunque comienza a gestarse una tendencia a marcar su irrenunciabilidad para determinados actos de explotación ;
9. El derecho patrimonial es embargable;
10. El derecho patrimonial es expropiable
11. Las excepciones sólo deben admitirse a texto expreso²

2. Las excepciones además, deben cumplir, como veremos más adelante, con la regla de los tres pasos, establecida en Berna y en el artículo 13 de los Trips: "Limitaciones y excepciones. Los Miembros circunscribirán las limitaciones o excepciones impuestas a los derechos exclusivos a determinados casos especiales que no atenten contra la explotación normal de la obra ni causen perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos". Los tres pasos son: 1. Que se trate de un caso especial, excepcional; 2. Que no atente contra la explotación normal de la obra; y 3. Ni cause perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos.

III. DERECHO DE REPRODUCCIÓN

a) Concepto

El artículo 9, párrafo 1) del Convenio de Berna establece: “ 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.”³

Claude MASOUYÉ, comentando este párrafo en la Guía del Convenio de Berna, publicada por la OMPI nos dice que la expresión “por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma” es lo bastante amplia para comprender todos los procedimientos de reproducción: impresión (edición gráfica), dibujo, grabado, litografía, fotocomposición y otras técnicas de imprenta, mecanografía, fotocopia, xerocopia, grabación mecánica o magnética (discos, cassettes, cintas magnéticas, películas, microfilmes, etc.) y todos los demás procedimientos conocidos o por descubrir. Se trata, en general, de fijar la obra en un soporte material empleando para ello métodos inventados a tal fin, con inclusión evidentemente, de la grabación de sonidos o imágenes (véase el párrafo 3) del Artículo 9)”⁴.

El párrafo 3) del Artículo 9, consagrado en la Revisión de Estocolmo al Convenio de Berna, en 1967, establece: “*Grabaciones sonoras y visuales.* 3) Toda grabación sonora o visual será considerada como una reproducción en el sentido del presente Convenio.”

El concepto de reproducción incluye la fijación de la obra, por primera vez, en un soporte, así como la obtención de copias o ejemplares de la obra, ya sea a partir del soporte original, de otro ejemplar o de cualquier presentación de la obra ya fuere por su radiodifusión, ejecución, etc.

Ricardo ANTEQUERA PARILL⁵, nos plantea que en relación con las obras musicales y audiovisuales, estas pueden ser reproducidas a partir de un soporte lícito como a través de la captación de una programación radiodifundida, situación encuadrada en el Convenio de Berna, en el Artículo 11 bis, *Derecho de Radiodifusión*, párrafo 3): “... *una autorización concedida* (para radiodifundir) *no comprende la autorización para grabar, por medio de instrumentos que sirvan para la fijación de sonidos o de imágenes, la obra radiodifundida ...*”

En consecuencia, el derecho de reproducción comprende: la publicación de obras literarias o plásticas por cualquier procedimiento gráfico o similar; la reproducción mecánica de obras en forma de grabaciones sonoras (fonogramas), de fijaciones audiovisuales (videogramas) y de programas de ordenador, mediante el copiado de CDs o Disquettes; la reproducción reprográfica, mediante fotocopia o cualquier otro procedimiento similar; la fijación de cualquier clase de obra (musical, literaria, plástica, programa de

3. Delia Lipszyc, agrega: “... que permita su comunicación y la obtención de una o de varias copias de todo o parte de ella.”

4. Obra citada, p. 61.

5. Ricardo ANTEQUERA PARILLI, *El Nuevo Régimen de Derecho de Autor en Venezuela*, p. 237.

ordenador, multimedia, etc.), en un ordenador (fijar la obra en el disco duro de un computador).

En un sentido amplio, se suele incluir en el concepto de “reproducción” la distribución de ejemplares de la obra, mediante venta, importación — exportación, arrendamiento y préstamo público. No obstante ello, desde el punto de vista estrictamente técnico-jurídico se trata, como veremos de dos derechos diferentes.

Algunas legislaciones, también incluyen en el concepto de reproducción en sentido amplio, actos o utilidades que corresponden a otros derechos patrimoniales, tales como los de representación y ejecución pública, exhibición cinematográfica⁶.

6. El art. 44 de la ley 9739 de Uruguay, señala que son, entre otros, casos especiales de reproducción ilícita los siguientes:

A) Obras literarias en general:

1. La impresión, fijación, reproducción, distribución, comunicación o puesta a disposición del público, de una obra sin consentimiento del autor;
2. La reimpresión hecha por el autor o el editor contraviniendo lo pactado entre ellos;
3. La impresión por el editor de mayor número de ejemplares que el convenido;
4. La transcripción, adaptación o arreglo de una obra sin autorización del Autor;
5. La publicación de una obra con supresión o modificaciones no autorizadas por el autor o con errores tipográficos que, por su número e importancia, constituyan graves adulteraciones.

B) Obras teatrales, musicales, poéticas o cinematográficas:

1. La representación, ejecución o reproducción de obras en cualquier forma y por cualquier medio, en teatros o lugares públicos, sin la autorización del autor o sus causahabientes. A los efectos de la presente ley se entiende que es efectuada en sitio público toda aquella realizada fuera del ámbito doméstico.

Sin embargo no se considerarán ilícitas las representaciones o ejecuciones efectuadas en reuniones estrictamente familiares que se realicen fuera del ámbito doméstico cuando se cumplan los siguientes requisitos:

- i. Que la reunión sea sin fin de lucro.
- ii. Que no se utilice servicio de discoteca, audio o similares ni participen artistas en vivo.
- iii. Que sólo se utilicen aparatos de música domésticos (no profesionales).

En el marco de las atribuciones reconocidas por esta ley las entidades de gestión colectiva podrán verificar si se cumplen los requisitos mencionados.

Tampoco se considerarán ilícitas las que se lleven a cabo en instituciones docentes, públicas o privadas, y en lugares destinados a la celebración de cultos religiosos, siempre y cuando no medie un fin de lucro.⁷

2. La representación o ejecución en teatros, o lugares distintos a los convenidos entre el autor y el cesionario;
3. La apropiación de una letra para una composición musical o de la música para una composición escrita, o de cualquier obra para una película cinematográfica, discos fotográficos, etc., sin consentimiento de los respectivos autores;
4. La representación o ejecución de una obra con modificaciones o supresiones no autorizadas por el autor;
5. La representación de las obras teatrales cuyo autor haya otorgado la exclusividad a una empresa o compañía determinada;

Al respecto, y en relación a esta última nota al pie, se ha dicho que en la versión original el término reproducción estaba tomado en sentido amplio, puesto que incluye no sólo la materialización de la obra en algo concreto, un film, un disco, un libro, sino que se extiende a formas percederas o accidentales de comunicación de la obra al público, como sucede en la representación o ejecución⁷.

b) La Aplicación del Derecho de Reproducción en el Entorno Digital

Las nuevas tecnologías han provocado, tal cual lo han hecho anteriores saltos tecnológicos e invenciones, cambios y nuevas preocupaciones a la hora de proteger efectivamente los derechos de los autores.

La irrupción de la tecnología digital y el mundo sin fronteras de “Internet” han determinado una carrera sin límites y de permanentes cambios que nos lleva a manejar en forma cotidiana las tecnologías de la información y del conocimiento.

Los ejemplares o copias de las obras en soportes físicos conviven con “ejemplares o copias virtuales”, más fácilmente identificados como archivos electrónicos. Este nuevo mundo y sus modificaciones tiende a sustituir determinados ejemplares físicos de obras por “figuras virtuales”, que transitan en la red bajo forma de archivos, siendo objeto de cargas y descargas permanentes.

No escapa a nadie la circunstancia de que la tecnología digital o numérica facilitan la copia o la reproducción de las obras, y que los ejemplares o fijaciones mantienen una calidad intacta. Por otra parte entran en juego todos los aspectos vinculados al almacenamiento transitorio en las memorias de las computadoras llevados a cabo en el acto de transmisión digital.

El Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, de 1996, denominado en español TODA y en inglés WCT (Wipo Copyright Treaty), sólo adoptó una declaración concer-

6. La transmisión de figuras o sonidos por estaciones radiodifusoras o por cualquier otro procedimiento, sin autorización del autor o de sus causahabientes, así como su propagación en lugares públicos, sea o no pago el derecho de acceso, mediante altavoces, discos fonográficos, etc.

7. La ejecución de obras musicales en películas cinematográficas, sin autorización de los autores, un cuando éstos hayan autorizado la sincronización de las mismas.

C) Esculturas, pinturas, grabados y demás obras artísticas, científicas o técnicas:

1. La copia o reproducción de un retrato por cualquier procedimiento, sin el consentimiento del autor.

2. La copia o reproducción de un retrato estatua o fotografía, que represente a una persona, cuando haya sido hecha de encargo y no esté autorizada por ella la copia o reproducción.

3. La copia o reproducción de planos, frentes o soluciones arquitectónicas, sin el consentimiento del autor.

D) Las adaptaciones, arreglos o imitaciones que supongan una reproducción disimulada del original.

7. DE FREITAS — BORGIO, *Temas de Derecho Autoral. Su Regimen Sancionatorio*, Montevideo 1993, p. 55 y ss.

tada respecto del derecho de reproducción. En realidad, durante los trabajos preparatorios de la Conferencia Diplomática que aprobó el WCT, el Comité de Expertos había casi consensuado tres disposiciones, incluidas en el famoso artículo 7 sobre derechos de reproducción, pero nunca llegaron a adoptarse porque las delegaciones no pudieron ponerse de acuerdo acerca de las “fijaciones temporales” realizadas en el disco duro del computador, para hacer posible la puesta a disposición en *INTERNET*⁸.

La Declaración Concertada dice lo siguiente: “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.”.

Mihály FICSOR⁹, al respecto nos dice: “Esto significa que el concepto de reproducción bajo el Artículo 9.1) del Convenio, que se extiende a la reproducción “de cualquier manera o forma” no debe ser restringida sólo porque una reproducción se encuentre en forma digital, a través del almacenamiento en una memoria electrónica, o sólo porque una reproducción sea de naturaleza temporal. Al mismo tiempo, se desprende de dicha cláusula que el Artículo 9.2) del Convenio es también plenamente aplicable, lo cual ofrece una base apropiada para introducir cualesquiera excepciones justificadas en los casos arriba mencionados de reproducciones transitorias e incidentales en la legislación nacional, en armonía con la “prueba a tres pasos” encontrada en esa disposición del Convenio”.

La solución del WCT fue dejar a las legislaciones nacionales o las cortes el tratamiento de las fijaciones temporales. En Estados Unidos, por ejemplo, como nos señala Ficsor, en varios casos (por ejemplo, en *MAI Systems Corp. Versus Peak Computer, Inc.*; *Triad Systems v. Southeastern Express Co.*; *Intellectual Reserve, Inc. v. Utah Lighthouse Ministry, Inc.*), se aclaró que en caso del almacenamiento temporal de obras protegidas el derecho de reproducción es aplicable. Pero esto puede deducirse también del texto mismo de la ley estadounidense, el *Copyright Act*, en la cual las nuevas subsecciones (c) y (d) de la sección 117 introdujeron una excepción al derecho de reproducción en el caso de la inclusión de un programa en un computador —que significa una reproducción temporal— para objetivos de mantenimiento o reparación; sobre la base del principio a contrario sigue que donde no exista tal excepción u otra basada en la doctrina “*fair use*”,

8. Se trata de fijaciones, técnicamente indispensables para hacer posible el acceso a los contenidos en *Internet*, que duran a veces pocos segundos o aún menos de un segundo. La dificultad que enfrentó el Comité de Expertos se centralizó en el tratamiento de esas fijaciones temporales. Unos entendían que debían crearse nuevas excepciones al Derecho de Reproducción que abarcasen estas fijaciones temporales; y otros se oponían a la ampliación de las excepciones. Finalmente, como se dijo, esa controversia impidió que se adoptara el artículo 7 referido al derecho de reproducción.
9. Mihály FICSOR, IV Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos; Panamá, 15 a 17 de octubre de 2002; Plenaria. Tema III. La Protección del Derecho de Autor y los Derechos Conexos en el Entorno Digital.

el derecho de reproducción se aplica también a los almacenamientos temporales. El Artículo 2 de la nueva directiva de la Unión Europea N.º 2001/29/CE sobre la aplicación del derecho de autor y los derechos conexos en la sociedad de la información menciona también la reproducción provisional como un caso de reproducción cubierto por el derecho de reproducción¹⁰.

Como señala Gendreau, “Mientras que la obra esté reproducida en un soporte físico como sería el disco o la memoria muerta del computador, lo duradero de la reproducción no se discute: aquí, la situación es idéntica a la de la reproducción en un soporte que puede, eventualmente destruirse o quemarse. En realidad donde surge la dificultad es al reproducir la obra en la memoria viva del computador, es decir, en la memoria que se borra cuando el computador deja de funcionar (esto es, al apagarlo). Sobre este tema, la Corte de Apelación del Noveno circuito de Estados Unidos preceptuó que, en tales circunstancias, la obra se consideraba efectivamente reproducida porque, de conformidad con la definición legal de fijación, “su incorporación a un ejemplar...roduce un resultado lo bastante estable o permanente como para hacer que se perciba, que se reproduzca o que se comunique durante una fracción de tiempo que va más allá de un tiempo provisional. Puesto que el utilizador está en capacidad de percibir la obra mientras funciona su computadora, la utilización de ésta es real. Por lo tanto, la consecuencia ineluctable de haberlo interpretado así es que no se requiere que la reproducción sea tan duradera como sí se hubiera hecho en un soporte tangible tradicional”.¹¹ La referencia jurisprudencial es al caso citado por Ficsor “Mai Systems Corp. V. Peak Computer”.

Las más recientes legislaciones en el orden latinoamericano se han inclinado por aclarar que el almacenamiento temporal constituye un acto de reproducción alcanzado por la norma autoral. De esta forma podemos encontrar la ley mexicana de 2003, la cual en su artículo 16 num. VI expresa que la reproducción comprende la realización de uno o varios ejemplares de una obra, de un fonograma o de un videogramas, en cualquier forma tangible, incluyendo cualquier almacenamiento permanente o temporal por medios electrónicos, aunque se trate de la realización bidimensional de una obra tridimensional o viceversa.

En similar forma se expresa la ley uruguaya aprobada en igual año (No. 17616 que introduce modificaciones en la vieja ley 9739 del año 1937). Al respecto señala que: “La facultad de reproducir comprende la fijación de la obra o producción protegida por la presente ley, en cualquier forma o por cualquier procedimiento, incluyendo la obtención de copias, su almacenamiento electrónico — sea permanente o temporario —, que posibilite su percepción o comunicación” (art. 2 párrafo 2.).

El concepto de copia física o ejemplar, se visualizó por tanto en la fijación de obras en la memoria de una computadora. Toda vez que se genera una copia de la obra, ya fuere en la forma tradicional (ejemplar o soporte que contenga la misma), o bien mediante su

10. Mihály FICSOR, Congreso de Panamá, documento citado.

11. “El derecho de reproducción e Internet”, p. 13 y 14 RIDA, Tomo 178

fijación o almacenamiento en la memoria de una computadora se produce un desplazamiento del ejemplar, copia, soporte o medio legítimo que contiene la creación. Vale decir, que tanto la reproducción de un libro en nuevos ejemplares, como su fijación en un soporte electrónico, constituyen actos de reproducción, reservados únicamente a su autor.

IV. EL DERECHO DE DISTRIBUCIÓN

a) **Concepto**

El derecho de distribución dimana en la práctica del derecho de reproducción, ya que cuando el autor autoriza la reproducción de su obra, cuenta con el derecho exclusivo de establecer la modalidad de su distribución, número de ejemplares, área geográfica, etc. Sin embargo, y en forma independiente de la edición literaria y de los usos que en la misma suelen observarse, la aparición y el desarrollo de nuevas técnicas de difusión de obras (televisión cable) pueden llevar al legislador a introducir el derecho de distribución en la enumeración de los derechos protegidos, con el fin de permitir que se ejercite por separado. En ese supuesto los usuarios de las obras, editores, organismos de radiodifusión, empresas de cable, tendrían que negociar y remunerar por separado la reproducción pura y simple de las obras y la distribución al público¹².

En base a lo expuesto, nos señala Ricardo ANTEQUERA¹³ que este derecho aparece consagrado en pocas legislaciones de modo expreso, ya que se le ha considerado una consecuencia del derecho de reproducción.

Consecuentemente con esto, tampoco el Convenio de Berna menciona el Derecho de Distribución entre el elenco de derechos patrimoniales reconocidos al autor, salvo cuando se refiere a la película cinematográfica.

Claude MASOUYÉ, comentando el Convenio de Berna, Acta de París 1971¹⁴, nos dice al respecto, que: “quizá ello se deba a la incertidumbre reinante en muchos países en cuanto al significado del mismo, mientras que ese derecho figura en la legislación nacional”.

La reflexión de Claude MASOUYÉ, en relación con el distinto significado que le dan las legislaciones al concepto de distribución, es totalmente pertinente. Mientras que, las legislaciones que tienen su origen en el derecho continental, por lo general, entienden que la distribución se limita sólo a la de ejemplares materiales de la obra; en el sistema del copyright o *common law*, se suele comprender en el concepto de distribución, no sólo la de ejemplares, sino también la de señales radiodifundidas, la de programas por cable, la de contenidos por *Internet*, etc..

12. Claude MASOUYÉ, Guía del Convenio de Berna, OMPI, Ginebra 1978, págs. 61 y 62.

13. Ricard ANTEQUERA PARILLI, el *Nuevo Régimen del Derecho de Autor en Venezuela*, p. 239.

14. Claude MASOUYÉ, Guía del Convenio de Berna — OMPI, p. 61.

Nosotros, entendemos por “distribución”: el derecho patrimonial del autor de poner a disposición del público, ejemplares materiales de la obra (libros, discos, videos, programas de computación contenidos en soportes materiales, etc.), mediante su venta, importación-exportación, alquiler o préstamo público.

Este alcance está reconocido en varias legislaciones latinoamericanas¹⁵.

La reciente ley del Uruguay de enero de 2003, establece que “La facultad de distribuir comprende la puesta a disposición del público del original o una o más copias de la obra o producción, mediante su venta, permuta u otra forma de transmisión de la propiedad, arrendamiento, préstamo, importación, exportación o cualquier otra forma conocida o por conocerse, que implique la explotación de las mismas” (art. 2 párrafo 3).

Como decíamos antes, el Convenio de Berna hace referencia a la “distribución”, solamente en el Artículo 14 bis, párrafo 2) b), refiriéndose a la película cinematográfica. Es importante señalar que también aquí se refiere a la distribución de ejemplares, ya que esta es la forma usual de explotación de las películas cinematográficas, mediante la distribución de copias de la película original, entre los exhibidores, para que luego estos la exhiban. Las modalidades de distribución de ejemplares mediante venta y alquiler no están reguladas en el Convenio de Berna.

Durante la discusión del Tratado de la Ompi del año 1996 (WCT) si bien existía acuerdo en que la transmisión de obras a través de internet y de redes digitales debía ser objeto de un derecho exclusivo de autorización del autor o de otro titular del derecho de autor, la discusión se centró en el derecho que debía aplicarse: esto es, si quedaba comprendido en el de comunicación o distribución pública.

No obstante reconocerse que la reproducción tenía lugar al producirse cualquier transmisión en las redes digitales, surgió la necesidad de aplicar uno o ambos derechos en razón de que el derecho de reproducción no parecía ser suficiente, pues no correspondía a la extrema naturaleza dinámica de las redes tipo internet, y más aún, el derecho de reproducción no ofrecía por sí solo una base satisfactoria que facilitara la observancia de normas por parte de aquellos responsables de poner a disposición del público obras y objetos de derechos conexos en dichas redes.

Las dos tendencias existentes para determinar la naturaleza del derecho inherente a las transmisiones digitales, se recostaron pues en el derecho de distribución y en el de comunicación al público.

Por un lado, el WCT venía a ampliar el campo de aplicación del derecho de distribución en el Convenio de Berna, restringido, sólo a la obra cinematográfica, extendiéndolo a todo tipo de obra. Por otra lado, prefirió mantener el concepto de distribución en relación a copias tangibles, es decir soportes o ejemplares físicos. El Artículo 6.1) del WCT otorga un derecho exclusivo para autorizar la puesta a disposición del público de originales y copias de obras por medio de la venta u otra transferencia de propiedad, es decir, un derecho exclusivo de distribución.

15. Ejemplo, Venezuela, artículo 41

La declaración concertada que fue adoptada por la Conferencia Diplomática con relación al Artículo 6 (sobre el derecho de distribución) y al Artículo 7 (sobre el derecho de alquiler) del WCT pone más luz sobre el asunto diciendo: “Tal como se utilizan en estos Artículos, las expresiones ‘copias’ y ‘originales y copias’ sujetas al derecho de distribución y al derecho de alquiler en virtud de dichos Artículos, se refieren exclusivamente a las copias fijadas que se pueden poner en circulación como objetos tangibles”.

Recuérdese que cuando nos referimos al principio de interpretación restringida de los contratos de autorización de explotación de las obras, dijimos que si en el contrato no se establece determinado territorio, debía presumirse que la licencia fue otorgada sólo para el territorio del país donde se concedió dicha autorización. Esto tiene trascendental importancia, en lo relacionado con el derecho de los autores de obras musicales incluidas en fonogramas. El contrato de licencia, concedida por los autores o por los editores a los productores fonográficos para incluir obras en fonogramas, incluye obviamente la facultad de distribuir los fonogramas mediante su venta al público o a intermediarios. Dicho contrato puede determinar el ámbito territorial de la licencia; si no lo hace a texto expreso, los titulares del derecho de autor podrán impedir la exportación-importación de los fonogramas.

La importancia de ejercicio de este derecho surge de la posibilidad de los autores de suscribir contratos de edición en distintos países, pudiendo darse entonces el caso de interferencia de un editor, con exclusividad para determinado territorio, vendiendo ejemplares en un país donde la exclusividad la ha adquirido, mediante contrato con el autor, otro editor.

b) Agotamiento del derecho de distribución

El tema del agotamiento del derecho se traduce básicamente en el hecho de que el autor o titular del derecho luego de la primera venta del original de su obra o copias o ejemplares de la misma, pierde la facultad de autorizar o prohibir los posteriores actos de distribución sobre los mismos. Estamos hablando lógicamente de la puesta en el mercado de la obra original o ejemplares de la misma en forma lícita, esto es, con la autorización del autor o respectivo titular.

Podemos observar tres clases de agotamiento, el internacional, el regional y el nacional.

El primero supone que el derecho de distribución se agota luego de que el autor ha colocado los ejemplares lícitos, a través de la primera venta, en el mercado. La obra original o copias pueden pues ser distribuidas de un país a otro por terceras personas ajenas al autor, sin necesidad de que éste autorice la importación o exportación a otros países.

El (regional) nos ubica en un escenario como el de la Unión Europea en donde luego de la primera venta los soportes conteniendo creaciones intelectuales pueden circular de un país a otro sin control de los autores.

Por último el nacional, de acuerdo con el cual el agotamiento o control de autorizaciones del autor queda limitado al territorio del país de la primera venta. De esta manera si los ejemplares lícitos van a ser exportados o bien importados a dicho espacio geográfico, quedan sujetos a la autorización previa y expresa de los autores.

Ejemplo de las situaciones que se presentan, lo constituyó el caso “Musik-Vertrieb c. Gema, en donde el Tribunal de Justicia de la Unión Europea trató el tema de la puesta lícita en el comercio de discos y cassetes en una serie de Estados Europeos. Pablo Wegbraйт¹⁶, señala que la situación se planteó en relación a Alemania en donde al ser importados dichos soportes musicales la entidad de gestión colectiva (GEMA) reclamó el pago de la diferencia entre la regalía paga en el Reino Unido (lugar de la puesta en circulación) y la que se debería pagar en dicho país.

La argumentación giró en relación al hecho de que la licencia no había sido dada para Alemania y que sólo se había tenido en cuenta el precio en relación a su distribución en el país de fabricación.

El TJCE expresó que una disparidad entre las legislaciones nacionales no puede justificar que un Estado miembro otorgue protección legal a prácticas de un organismo privado que son incompatibles con las reglas relativas a la libre circulación de mercancías. El TJCE dijo asimismo que el autor puede elegir libremente, de acuerdo con sus intereses, dónde pondrá la obra en circulación. El enfoque del TJCE trató la regalía suplementaria como una medida equivalente a un arancel aduanero.

No obstante ello, según lo expresa Röttinger, es necesario que la puesta en circulación se realice con la autorización del autor (concepto de licitud que mencionáramos anteriormente). Puesto que en el Reino Unido la puesta en circulación fue realizada al amparo de una licencia legal, el citado autor se pregunta cómo pudo entender el TJCE que el derecho de distribución se había agotado si el autor no prestó su autorización o consentimiento para la puesta en el comercio¹⁷.

El tema del agotamiento del derecho de distribución no fue resuelto en el Tratado de la OMPI de 1996; el mismo quedó diferido a lo que establecieran las legislaciones nacionales. De esta forma, sin perjuicio de reconocerse un derecho de distribución de alcance general no hubo pronunciamiento alguna respecto del agotamiento del derecho. La reciente ley uruguaya que mencionáramos, por ejemplo, se pronuncia a favor del agotamiento territorial por oposición al internacional. El autor o titular del derecho de autor, cuenta con el derecho exclusivo de autorizar no sólo la distribución al público del original o una o más copias de la obra o producción, mediante su venta, permuta u otra transmisión de la propiedad, arrendamiento, préstamo, sino también la importación o exportación de dicho original o copias.

16. “La compartimentación de mercados en el ámbito de los derechos de propiedad intelectual e industrial (Derecho de comercialización, agotamiento e importaciones paralelas).

17. Pablo WGBRAIT, citando a Moritz RÖTTINGER, “L'épuisement du droit d'auteur”, *RIDA*, N.º 157, Julio 1993.

Resulta bueno recordar que los derechos conferidos por el Convenio de Berna siempre se han interpretado como derechos territoriales, es decir, derechos que existen separada e independientemente y que varían de un país a otro. Por lo tanto, el hecho de que un acto determinado (ejemplo la reproducción), cuya ejecución requiere la autorización del autor según la ley de un país, haya sido autorizada por el autor en ese país, no hace que la ejecución de dicho acto (o de cualquier otro) sea legítimo en otro país. A los efectos de la aplicación adecuada del principio de la territorialidad del derecho de autor con respecto a uno de los derechos básicos (derecho de reproducción) es necesario contar con disposiciones que expliquen que sin autorización del titular del derecho de autor, la importación de ejemplares de una obra a un país para su distribución en el mismo constituye una infracción¹⁸.

En Hispanoamérica el alcance del agotamiento del derecho de distribución tiene diferentes soluciones.

En el caso de España, integrada a la Unión Europea (agotamiento regional) el derecho de distribución consagrado en el artículo 19 del Real Decreto 1, 1996 es el siguiente: “1. Se entiende 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. 2. Cuando la distribución se efectúe mediante venta en el ámbito de la Unión Europea, este derecho se extingue con la primera y, únicamente, respecto a las ventas sucesivas que se realicen en dicho ámbito por el titular del mismo o con su consentimiento.

La Ley Federal de México de julio de 2003 consagra el derecho de distribución y luego en numeral aparte reconoce el derecho de importación a los autores.

El artículo 27 divide en los numerales IV y V la definición de distribución y del derecho de importación, pero de las “copias hechas sin su autorización”. El concepto pues, en este caso, es el de la licitud y no el amplio que corresponde al agotamiento territorial. En efecto, en dichos numerales se expresa:

IV. La distribución de la obra, incluyendo la venta u otras formas de transmisión de la propiedad de los soportes materiales que la contengan, así como cualquier forma de transmisión de uso o explotación. Cuando la distribución se lleve a cabo mediante venta, este derecho de oposición se entenderá agotado efectuada la primera venta, salvo en el caso expresamente contemplado en el artículo 104 de esta Ley; V. La importación al territorio nacional de copias de la obra hechas sin su autorización.”

La Ley del Uruguay, como ya vimos, dentro del concepto de distribución incluye el derecho de exportación e importación ubicándose claramente en la situación del agotamiento territorial. Así, el art. 2 párrafo 3 expresa: “La facultad de distribuir comprende la puesta a disposición del público del original o una o más copias de la obra o producción,

18. Publicación OMPI, Derecho de Autor, Año IV N.º 4, Ginebra 1992, p. 72 y ss.

mediante su venta, permuta u otra forma de transmisión de la propiedad, arrendamiento, préstamo, importación, exportación o cualquier otra forma conocida o por conocerse, que implique la explotación de las mismas.”

La ley 19914 de Chile del año 2003, consagró el derecho de distribución de la siguiente forma: “Agregase, en el artículo 66, el siguiente número 4), nuevo: “4) La distribución al público mediante venta, o cualquier otra transferencia de propiedad del original o de los ejemplares de su interpretación o ejecución que no hayan sido objeto de una venta u otra transferencia de propiedad autorizada por el artista o su cesionario o de conformidad con esta ley. Para los efectos de este número, la primera venta u otra transferencia de propiedad en Chile o el extranjero, agota el derecho de distribución nacional e internacionalmente con respecto del original o ejemplar transferido”. La de la República del Paraguay 1328, define el alcance del derecho de distribución de la siguiente forma: “*Artículo 28.-* La distribución, a los efectos del presente capítulo, comprende la puesta a disposición del público de los ejemplares de la obra, por medio de la venta, canje, permuta u otra forma de transmisión de la propiedad, alquiler, préstamo público o cualquier otra modalidad de uso o explotación.

Cuando la distribución autorizada se efectúe mediante venta u otra forma de transmisión de la propiedad, ese derecho se extinguirá a partir de la primera. No obstante, el titular de los derechos patrimoniales conserva los de modificación, comunicación pública y reproducción de la obra, así como el de autorizar o no el arrendamiento o el préstamo público de los ejemplares.

El art. 29 de dicha ley, preceptúa que la importación comprende el derecho exclusivo de autorizar o no el ingreso al territorio nacional de copias de la obra que no hayan sido autorizadas expresamente para el país de importación, independientemente de que el tenedor del derecho haya o no autorizado la realización de dichas copias en el país de origen. Los derechos de importación se extienden a la transmisión electrónica de obras. Este derecho suspende la libre circulación de dichos ejemplares en las fronteras, pero no surte efecto respecto de la única copia para uso individual que forme parte del equipaje personal.

V. EL DERECHO DE COMUNICACIÓN PÚBLICA

a) **Concepto**

Delia LIPSZYC define de una manera simple y clara el concepto de “Comunicación Pública”: “ Se entiende por comunicación pública de una obra 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 consistan en la distribución de ejemplares.” Y continúa: “ La comunicación se considera pública, cualesquiera que fueren sus fines, cuando tiene lugar dentro de un ámbito que no sea estrictamente familiar o doméstico ...”¹⁹.

19. Delia LIPSZYC, obra citada, p. 183.

Ricardo ANTEQUERA ilustra respecto del concepto de comunicación pública señalando que: todo el proceso conducente a que la obra sea accesible al público constituye comunicación (de esta forma la transmisión a través de una señal lanzada hacia el satélite ya constituye comunicación en su fase ascendente aunque el público no reciba todavía la señal porque se pretenda transmitirla en diferido); no interesa a los efectos del concepto que las personas se encuentren reunidas en un mismo lugar, tal como sucede en las transmisiones de radiodifusión o por cable; es suficiente con que el público tenga la potencialidad de acceder a la obra, eso es, el mero hecho de colocar la obra en los canales de transmisión constituye comunicación pública; basta que un solo individuo solicite el acceso a una obra, tal como sucede con las transmisiones digitales “a la carta” para que estemos en presencia de comunicación pública²⁰.

La comunicación al público de obras²¹ es el género que permite englobar una serie de derechos específicos, entre los que encontramos: a) la representación y ejecución pública de obras dramáticas, dramático-musicales, literarias y musicales, por cualquier medio o procedimiento, sea con la participación directa de intérpretes (interpretación en vivo, recitación, lecturas, disertaciones) o recibidos o generados por instrumentos o procesos mecánicos, ópticos o electrónicos, o a partir de grabación sonora o audiovisual, u otra fuente; b) la proyección o exhibición pública de las obras cinematográficas y demás obras audiovisuales; c) la transmisión o retransmisión de cualesquiera obras por radiodifusión u otro medio de comunicación inalámbrico o por hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo que sirva para la difusión a distancia de los signos, las palabras, los sonidos o las imágenes, sea o no mediante suscripción o pago; d) la puesta a disposición, en lugar accesible al público y mediante cualquier instrumento idóneo, de la obra transmitida o retransmitida por radio o televisión; e) la exposición pública de las obras de arte o sus reproducciones; y e) en general todo acto mediante el cual la obra se pone al alcance del público, por cualquier medio (alámbrico o inalámbrico) o procedimiento, incluyendo la puesta a disposición del público de las 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. Este último derecho lo veremos en forma separada en el literal b.5.

b) El derecho de Puesta a Disposición del Público

A los efectos de este trabajo preferimos realizar varias apreciaciones respecto del derecho de puesta a disposición del público.

Los países de tradición jurídica continental han preferido considerar al derecho de puesta a disposición entre los actos de comunicación pública.

20. Manual para la enseñanza virtual del Derecho de Autor y los Derechos Conexos”, 2001, p. 166-167.

21. Cuando nos referimos a comunicación al público, es indiferente si la comunicación se hace de la obra, de un ejemplar de la obra o de una representación de ésta, como por ejemplo en la retransmisión o en la propalación de una emisión o de un contenido obtenido a partir de *Internet*.

Las legislaciones deben seguir al Tratado de la Ompi de 1996 (art. 8) incluyendo a todas las obras protegidas, tanto se realice la comunicación por medios inalámbricos como alámbricos, así como la referida a los actos de transmisión digital; quedan contemplados así, en forma expresa, los actos de comunicación interactivos.

Se trata de una de las más importantes contribuciones de este Tratado, al reconocer a los autores el derecho exclusivo de autorizar la puesta a disposición del público de sus obras desde el lugar y en el momento elegido individualmente por ellos mismos, es decir solicitando el acceso a través de servicios interactivos²².

Como conocemos, estos Tratados de la Ompi de 1996 fueron llamados “Tratados Internet” o de “Agenda Digital”. La importancia de los mismos obedece al conjunto de disposiciones que brindan una respuesta a los temas referidos a la tecnología digital.

En los Considerandos del Tratado de Derecho de Autor, se señala la necesidad de introducir nuevas normas internacionales y clarificar la interpretación de ciertas normas vigentes a fin de proporcionar soluciones adecuadas a las interrogantes planteadas por nuevos acontecimientos económicos, sociales, culturales y tecnológicos. De igual forma, se reconoce el profundo impacto que han tenido el desarrollo y la convergencia de las tecnologías de información y comunicación en la creación y utilización de las obras literarias y artísticas (Preámbulo TODA).

Las normas proyectadas debían dar respuesta, pues, al embate de la tecnología digital o numérica y a Internet. Estas cuestiones constituyeron la agenda digital abarcando los siguientes temas: ciertas definiciones, los derechos aplicables al almacenamiento y a la transmisión de obras y objetos de derechos conexos en sistemas digitales, las limitaciones y excepciones impuestas a los derechos en un entorno digital, las medidas tecnológicas de protección y la información sobre la gestión de derechos.

Como se señalara al examinar el derecho de distribución, si bien existía acuerdo en que la transmisión de obras a través de internet y de redes digitales debía ser objeto de un derecho exclusivo de autorización del autor o de otro titular del derecho de autor, la discusión se centró en el derecho que debía aplicarse: esto es, si quedaba comprendido en el de comunicación o distribución pública. El derecho de reproducción no ofrecía por sí solo una base satisfactoria que facilitara la observancia de normas por parte de aquellos responsables de poner a disposición del público obras y objetos de derechos conexos en dichas redes.

Las dos tendencias existentes para determinar la naturaleza del derecho inherente a las transmisiones digitales, se recostaron pues en el derecho de distribución y en el de comunicación al público. Por lo ya expresado, el derecho de distribución, en cuanto tal, se reservó respecto de las copias o ejemplares.

22. “Los Nuevos Tratados de la Ompi sobre Derecho de Autor y sobre Interpretaciones o Ejecuciones de Fonogramas”, p. 1033 Tomo 2 III Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos Año 1997.

Como resultado de ello, se preparó y propuso una solución específica: que el acto de transmisión digital se describiera de forma neutral, sin una tipificación jurídica específica que estableciera cuál de los dos derechos tradicionales amparara dicho acto; que la descripción fuera específicamente tecnológica y, al mismo tiempo, reflejase la naturaleza interactiva de las transmisiones digitales; que la tipificación jurídica del derecho exclusivo quedase bajo la legislación nacional; y finalmente, que las deficiencias existentes en el Convenio de Berna en cuanto al alcance de los derechos de comunicación al público y de distribución, se subsanasen. Esta solución se denominó “solución marco”.

Puesto que los países que preferían la aplicación del derecho de comunicación al público parecían más numerosos, en el Tratado se extiende, en primer lugar, la aplicabilidad derecho de comunicación al público a todas las categorías de obras y se aclara que ese derecho cubre asimismo las transmisiones en sistemas interactivos descritas sin tipificaciones jurídicas.

Sin perjuicio de ello, durante las actas de la Conferencia Diplomática la delegación de Estados Unidos señaló, sin recibir discrepancias, que las Partes Contratantes tenían libertad para cumplir la obligación de conceder el derecho exclusivo de autorizar tal “puesta a disposición del público” tanto mediante la aplicación de un derecho distinto de comunicación al público como mediante la combinación de diferentes derechos. Quiere decir que a través de las legislaciones nacionales se lo podía consagrar como un derecho de distribución o bien como un derecho específico, como por ejemplo el derecho de puesta a disposición del público previsto en los Artículos 10 y 14 del Tratado de la Ompi sobre Interpretaciones o Ejecuciones y Fonogramas²³.

c) **Otros derechos patrimoniales: remuneración por copia privada**

El instituto de la remuneración por la copia privada tiene sus antecedentes en la legislación alemana. El 29 de mayo de 1954 el Tribunal Federal de Justicia dio lugar a una demanda de remuneración por las grabaciones privadas de obras protegidas. Esa decisión fue el origen del artículo 53, inciso 5 de la Ley Alemana de Derecho de Autor sancionada en 1965, donde se estableció el derecho del autor a exigir el pago de una remuneración al fabricante de los aparatos que posibilitan la grabación de emisiones de radiodifusión, en forma sonora o visual.

Luego las legislaciones de los demás países fueron introduciendo la remuneración por la copia de obras impresas o la reproducción doméstica de grabaciones sonoras y audiovisuales (aparatos de radio con casetero, doble caseteros, aparatos de video que permiten la grabación y no sólo la reproducción, doble video caseteros, etc.).

23. “El Tratado de la Ompi sobre Derecho de Autor y el Tratado de la Ompi sobre la Interpretación o Ejecución y Fonogramas”, Ernesto Rubio y Jorgen Blomqvist, págs. 526 y ss, en Propiedad Intelectual Temas Relevantes en el Escenario Internacional © SIECA 2000.

Varios países, fuera del continente latinoamericano consagran este derecho, como: Alemania, Australia, Austria, Francia, Dinamarca, España, Finlandia, Holanda, Noruega, Reino Unido, Sudáfrica, Suecia y Estados Unidos.

En Latinoamérica, la remuneración compensatoria por copia privada está reconocida, entre otras, en las legislaciones de Ecuador, República Dominicana, Paraguay.

El fundamento de este instituto está en el crecimiento desmedido que ha tenido el ejercicio del derecho de excepción al Derecho de Autor, de “uso personal” y “uso privado” consagrados en la mayoría de las legislaciones, especialmente respecto del Derecho de Reproducción, dentro los límites del Artículo 9, párrafo 2) del Convenio de Berna, o sea el cumplimiento de la Regla de los tres pasos.

Como señala Ricardo Antequera Parilli, respecto de las reproducciones reprográficas: “Esa excepción al derecho de reproducción tuvo en mente la copia manual realizada por el propio lector, es decir, por manuscrito o con máquina de escribir”²⁴.

Lo mismo puede decirse respecto de las reproducciones de obras musicales y cinematográficas, en cuanto a que el legislador nunca imaginó las posibilidades que brindaría la tecnología para su copiado doméstico.

Tanto el fenómeno de la reprografía de obras literarias, como la copia privada de obras musicales y cinematográficas vulnera flagrantemente la regla de los tres pasos del Artículo 9, párrafo 2) del Convenio de Berna, del Artículo 13 de los Trips²⁵ y Artículo 10 y su correspondiente Declaración Concertada en el WCT, dado que evidentemente con el grado de desarrollo que han alcanzado las técnicas de copiado y su utilización, estas actividades han dejado de ser: a) especiales, b) no atentatorias contra la explotación normal de la obra, y b) no causantes de un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos.

Surge así el Instituto de la Remuneración por la Copia Privada como una respuesta al perjuicio que ocasiona a los titulares la copia privada, lo que ha llevado a parte de la Doctrina a decir que se trata de una liquidación de daños y perjuicios, posición que no compartimos, debido a que fundamentalmente esa figura del Derecho Civil no puede presumirse, sino que debe ser probada y además, en todo caso, si ese fuera el derecho aplicable, debería ser el sujeto que copia, el responsable de resarcir los daños.

La Industria Fonográfica se ha manifestado contraria al reconocimiento, en las leyes, de la Remuneración Compensatoria por la Copia Privada. Argumentan que si la copia privada ha adquirido características que impiden que sea considerada como una excepción al derecho exclusivo, entonces debe retornar a la esfera de los derechos exclusivos, posibilitando a los titulares el licenciamiento de la misma.

24. Obra citada, p. 255.

25. TRIPs, Artículo 13. “Limitaciones y excepciones. Los Miembros circunscribirán las limitaciones o excepciones impuestas a los derechos exclusivos a determinados casos especiales que no atenten contra la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos.”

Resulta difícil imaginarse como se puede ejercitar, en la práctica, el licenciamiento de la copia privada, pero los productores de fonogramas apuntan a las fijaciones domésticas, realizadas a partir del acceso a los fonogramas, mediante *Internet*. Esta utilización, evidentemente, se ha convertido en el mayor peligro para la industria fonográfica y los productores entienden que puede ser licenciada mediante la utilización de dispositivos tecnológicos, como la encriptación de los fonogramas, inserción de claves de acceso y otros procedimientos denominados, genéricamente, como veremos más adelante, dispositivos de autotutela.

Las características fundamentales de la aplicación de la remuneración compensatoria por copia privada son las siguientes:

1. La remuneración debe ser pagada por los fabricantes e importadores de los aparatos aptos para llevar a cabo la copia privada y por los fabricantes e importadores de los soportes aptos para fijar las obras objeto de la copia privada (fabricantes de grabadores de sonido y video, fotocopiadoras, casetes, videos, discos vírgenes, etc.).
2. Los beneficiarios de la remuneración son los titulares de derechos perjudicados por la copia privada (autores, editores, productores de fonogramas, productores de películas cinematográficas, artistas intérpretes y ejecutantes y demás derechohabientes).
3. Como sería imposible que cada titular hiciese efectivo su reclamo en la parte que le toca, las legislaciones establecen que este derecho a remuneración debe obligatoriamente gestionarse en forma colectiva.

En base al ambiente tecnológico y a las transformaciones que se viene operando, han comenzado a producirse cambios en el régimen de copia privada de forma de actualizar dicho instituto. Tal es el caso de la reciente ley española N.º 23/2006 de 7 de julio de 2006. En el caso concreto, la regulación respondió a la necesidad de armonizar los intereses tanto de los titulares de derechos de propiedad intelectual afectados por la limitación de copia privada como de los distribuidores de equipos, aparatos y soportes materiales sujetos al pago de la compensación. Se trató de establecer un marco equilibrado que constituya un régimen en beneficio de todos los agentes afectados y adecuado a las nuevas realidades sociales y tecnológicas de la sociedad de la información. Precisamente la “reforma del régimen de copia privada introduce las debidas diferencias entre el entorno analógico y el digital, ya que la copia privada digital puede propagarse mucho más y tener mayor impacto económico. Así, se establece un régimen jurídico con la flexibilidad suficiente para adecuarse debidamente a la realidad tecnológica en constante evolución... Asimismo, se da una primera solución transitoria en la que sea de plena aplicación la diferencia entre los entornos analógico y digital; para ello se añade un listado de otros equipos, aparatos y soportes materiales digitales, se precisa la compensación de los obligados al pago y se excluyen expresamente los discos duros de ordenador (Preámbulo II) en el art. 7 lit. b.

En el art. 4 de la ley se establece asimismo la forma en que se fijará la compensación para los equipos, aparatos y soportes materiales de reproducción digital. La misma será realizada por los Ministerios de Cultura y de Industria, Turismo y Comercio.

VI. PROTECCIÓN DE MEDIDAS TECNOLÓGICAS E INFORMACIÓN SOBRE GESTIÓN DE DERECHOS

El derecho consagrado a los autores, artistas y productores fonográficos respecto de la protección de las medidas tecnológicas e información sobre gestión de derechos, fue expresamente contemplada en los Tratados de la Ompi de 1996 sobre Derecho de Autor (WCT — TODA) y de los Intérpretes o Ejecutantes y Productores Fonográficos (WPPT — TOIEF).

Los referidos textos en sus artículos 11 y 12 (TODA) y 18 y 19 (TOIEF) regulan con idéntico alcance las obligaciones de las partes integrantes del Tratado referidas a medidas tecnológicas y a información sobre gestión de derechos.

Concretamente se obliga a los Miembros a brindar protección jurídica y recursos jurídicos efectivos contra la acción de eludir las medidas tecnológicas efectivas que sean utilizadas por los autores y demás titulares de derechos.

La información sobre la gestión de derechos identifica o visualiza a la obra, interpretación o ejecución o al fonograma; al autor, al artista intérprete o ejecutante, al productor del fonograma; al titular de cualquier derecho sobre la obra, interpretación o ejecución o fonograma; los términos y condiciones de utilización de las obras, interpretaciones y fonograma; todo número o código que represente tal información, cuando cualquiera de estos elementos estén adjuntos a un ejemplar de una obra, interpretación o ejecución o fonograma o figuren en relación con la comunicación o puesta a disposición del público de una obra, interpretación o ejecución o fonograma²⁶.

En relación a la información sobre gestión de derechos, los Tratados apuntan a la necesidad de disponer recursos jurídicos efectivos contra cualquier persona que, con conocimiento de causa, realice cualquiera los actos que allí se describen sabiendo o, con respecto a recursos civiles, teniendo motivos razonables para saber que induce, permite, facilita u oculta una infracción de cualquiera de los derechos previstos en los Tratados o Convenios de Berna o Roma.

Veamos algunas de las soluciones legislativas en el ambiente latinoamericano.

La Ley Federal de México de Julio de 2003, en su artículo 424 II sanciona penalmente “a quien fabrique con fin de lucro un dispositivo o sistema cuya finalidad sea desactivar los dispositivos electrónicos de protección de un programa de computación.”

La ley dominicana penaliza tanto las violaciones a las medidas tecnológicas como las referidas a información de gestión de derechos.

El art. 169 prescribe que:

Numeral 8) “*Incurre en prisión correccional de tres meses a tres años y multa de cincuenta a mil salarios mínimos, quien: 8) Fabrique, ensamble, importe, modifique, venda o ponga de cualquier otra manera en circulación, dispositivos, sistemas o equipos capaces de soslayar o desactivar otro dispositivo destinado a impedir*

26. Véase, por ejemplo, Art. 81 quater ley chilena 17336.

o restringir la realización de copias de la obra, interpretación o ejecución, producción o emisión, o a menoscabar la calidad de las copias realizadas; o capaz de eludir o desactivar otro dispositivo destinado a impedir o controlar la recepción de programas transmitidos a través de las telecomunicaciones, alámbricas o inalámbricas, o de cualquier otra forma al público, por parte de aquellos no autorizados para esa recepción;

9) Altere, elimine o eluda, de cualquier forma, los dispositivos o medios técnicos introducidos en las obras, interpretaciones o ejecuciones, producciones o emisiones protegidas, que impidan o restrinjan la reproducción o el control de las mismas, o realice cualquiera de dichos actos en relación con las señales codificadas, dirigidas a restringir la comunicación por cualquier medio de las obras, interpretaciones o ejecuciones, producciones o emisiones;

10) Suprima o altere sin autorización cualquier información electrónica sobre la gestión colectiva de los derechos reconocidos en esta ley, o distribuya, importe para su distribución, emita, comunique o ponga a disposición del público, sin autorización, obras, interpretaciones o ejecuciones o producciones, sabiendo que la información electrónica sobre la gestión de los derechos correspondientes ha sido suprimida o alterada sin autorización;

11) Utilice de cualquier otra manera una obra, interpretación o ejecución, producción o emisión, de manera tal que infrinja uno de los derechos patrimoniales exclusivos reconocidos por la presente ley.

La reforma a la ley uruguaya en el año 2003, en su artículo 46 literales B) y D) apunta a soluciones de similar alcance:

B) Con la misma pena será castigado el que fabrique, importe, venda, dé en arrendamiento o ponga de cualquier otra manera en circulación, dispositivos o productos, los componentes o herramientas de los mismos o preste cualquier servicio cuyo propósito sea impedir, burlar, eliminar, desactivar o eludir de cualquier forma, los dispositivos técnicos que los titulares hayan dispuesto para proteger sus respectivos derechos.

D) Será sancionado con pena de tres meses de prisión a tres años de penitenciaría quien altere o suprima, sin autorización del titular de los derechos protegidos por esta ley, la información electrónica colocada por los titulares de los derechos de autor o conexos, para posibilitar la gestión de sus derechos patrimoniales y morales, de modo que puedan perjudicarse estos derechos. La misma pena se aplicará a quien distribuya, importe con fines de distribución, emita o comunique al público, sin autorización, ejemplares de obras, interpretaciones o fonogramas, sabiendo que la información electrónica colocada por los titulares de derechos de autor o conexos, ha sido suprimida o alterada sin autorización.

La ley chilena 17336 y sus modificativas, en relación al tema de la información de derechos separa el tema regulando el ámbito de la responsabilidad civil y la penal.

El artículo 81 bis, señala que “ Incurrirá en responsabilidad civil el que, sin autorización del titular de los derechos o de la ley y, sabiendo o debiendo saber que inducirá, permitirá, facilitará u ocultará una infracción de cualquiera de los derechos de autor o derechos conexos, realice una o más de las siguientes conductas:

- a) Suprimir o alterar cualquier información sobre la gestión de derechos; o
- b) Distribuir o importar para su distribución, información sobre la gestión de derechos, sabiendo que la información sobre la gestión de derechos ha sido alterada sin autorización; o
- c) Distribuir, importar para su distribución, emitir, comunicar o poner a disposición del público copias de obras o fonogramas, sabiendo que la información sobre la de gestión de derechos ha sido suprimida o alterada sin autorización.”

Por su parte, el artículo 81 tipifica el siguiente delito, al preceptuar que:

“El que realice cualquiera de las conductas descritas en los literales a), b) y/o c) del artículo anterior sin autorización y a sabiendas que inducirá, permitirá, facilitará u ocultará una infracción de cualquiera de los derechos de autor o derechos conexos protegidos por esta ley, será castigado con la pena de presidio menor en su grado mínimo o multa de 5 a 100 UTM”.

VII. LIMITACIONES Y EXCEPCIONES EN EL ENTORNO DIGITAL

Como venimos viendo, el avance de la tecnología ha determinado una mayor facilidad para acceder a las obras, permitiendo la reproducción, almacenamiento, transmisión y comunicación de las mismas.

Ello ha llevado a los usuarios de los derechos de autor, en particular de la educación, a plantear mayores excepciones de forma de tomar contacto lícito con las producciones intelectuales.

Los autores por su parte y demás titulares de derechos, ven con enorme preocupación que la tecnología digital e Internet cada vez golpean con más fuerza a sus creaciones, facilitando la invasión no autorizada sobre las mismas, afectando sus economías y la normal explotación de sus derechos sobre las obras. El acceso masivo que determina este tipo de tecnologías determina un cambio notorio de la era analógica.

La Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI) señala que los sistemas de derechos de autor tradicionalmente han mantenido un balance entre la protección de los derechos de propiedad de los creadores y el derecho exclusivo a controlar el uso de las copias de su trabajo, y el bien público para un acceso y un uso leal de este material²⁷. Las leyes de derechos de autor permiten excepciones a estos derechos, para mantener este equilibrio. En los Estados Unidos, por ejemplo, este equilibrio ha sido preservado

27. Propiedad Intelectual en Internet: análisis de cuestiones; OMPI: <http://ecommerce.wipo.int> párrafo 67.

con el principio de las limitaciones del “uso justo” sobre los derechos del autor, mientras que en otros países como Australia, Canadá y el Reino Unido, se reconoce este concepto por medio de excepciones legales a la infracción de los derechos de autor para el “trato justo”²⁸.

En el entorno digital los grupos de usuarios presionan para consagrar excepciones en dicho ámbito, mientras que los titulares de derechos ven cómo sus creaciones son utilizadas ilícitamente. La Declaración de Madrid sobre Protección de los Derechos de Autor en la Unión Europea (Madrid, 3 de junio de 2002) señala que los autores y sus representantes “Instan vivamente a los Estados miembros a que no introduzcan nuevas excepciones al derecho de reproducción, distribución o comunicación pública, al incorporar en sus legislaciones nacionales la Directiva 2001/29/CE relativa a la armonización de los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información.” Además, la Declaración establece que los Estados miembros deben examinar la razón de ser de las excepciones actuales a la luz del nuevo entorno digital, de acuerdo con “la regla de los tres pasos”, prevista en el Artículo 5.5. de la citada Directiva, regla que deberían incorporar las legislaciones nacionales para asegurar que dichas excepciones estén justificadas. En cualquier caso, los Estados Miembros deben introducir en sus leyes una remuneración justa en favor de los autores por las excepciones o limitaciones de sus derechos²⁹.

En la Declaración de Madrid citada, también se señalaba en el párrafo 4 que los Miembros de la CE “Mantienen que las sociedades de gestión colectiva son organizaciones eficientes, fundadas por los derechohabientes para la administración de sus derechos de propiedad intelectual, y subrayan que no debe haber más de una sociedad por país y por categoría de derecho. En general, cualquier alternativa a la gestión colectiva incrementa los costes de administración y debilita la capacidad negociadora del autor frente a los grupos de usuarios. La gestión colectiva beneficia también a los usuarios de las obras protegidas, de modo que pueden acceder a las obras de una manera fácil y más económica, ya que no tienen que negociar con multitud de diferentes entidades.”

Resulta claro por tanto, que si se crean excepciones adicionales a los derechos exclusivos, los derechos de los autores se verán debilitados provocando asimismo una baja de sus ingresos y amenazando a todo el ámbito de las industrias culturales.

Una de las posibilidades a tener en cuenta para mantener el equilibrio sin perjudicar a los autores, podrían ser las licencias colectivas ampliadas adoptadas por varios gobiernos nórdicos; este régimen alternativo de licencias establece que una vez que un colectivo representa a un amplio número de derechohabientes de un sector particular, su autoridad para conceder licencias se “extiende”, permitiendo así conceder licencias para obras de todos los derechohabientes de ese sector, incluidos los nacionales no miembros

28. Licencias o límites? Usos de la Educación Digital: Alternativas para preservar los derechos exclusivos de, los derechohabientes, C. Paul Spurgeon, Documento Cisac, 25 de abril de 2003.-

29. “¿Licencias o límites? Usos de la Educación Digital: Alternativas para preservar los derechos exclusivos de los derechohabientes”, C. Paul SPURGEON, Documento Cisac, 25 de abril de 2003.

y los derechohabientes extranjeros. Estas licencias requieren que tanto los miembros como los no-miembros de estos colectivos reciban de igual modo la misma distribución de las cantidades recaudadas³⁰. (En la práctica, los derechos y recursos de los derechohabientes no representados están limitados como parte de este régimen). Las licencias colectivas extendidas pueden no ser adecuadas para todas las jurisdicciones. Además, los colectivos existentes no deben verse forzados a utilizar las licencias colectivas extendidas. Debe concedérseles esta opción³¹. No obstante ello, las licencias colectivas extendidas son preferibles claramente a las licencias obligatorias. Las licencias obligatorias están restringidas por las disposiciones del tratado internacional³² puesto que retira a los derechohabientes su derecho exclusivo en ciertos casos y lo reemplaza por el derecho a exigir una compensación³³. Paul SPURGEON, luego de un pormenorizado y profundo trabajo, concluye señalando que existen muchas alternativas u opciones disponibles que permitirían brindar soluciones en el ámbito educativo, bibliotecas, museos a través de las conexiones en línea, sin que ello suponga consagrar nuevas excepciones a los derechos exclusivos de los autores y demás titulares de derechos. Una, la opción fundamental, son las licencias colectivas. Opinamos que las licencias colectivas, combinadas o no con otras alternativas señaladas pueden responder a los desafíos planteados por Internet a los autores y usuarios³⁴.

Como se señaló, en la gestión colectiva de los derechos de autor y los derechos afines en Canadá: Una perspectiva internacional³⁵, “Ya sea para el uso de material en formato digital de las instituciones y las empresas de enseñanza (por e-mail, en sus intranets etc.) o las transmisiones masivas en Internet de música y material audiovisual (interactivo o no), las licencias colectivas ofrecen una poderosa forma para que los derechohabientes puedan poner a disposición el derecho a utilizar su material, resultando al mismo tiempo más sencillo para los usuarios obtener esos derechos. En otras palabras, permite que la concesión de licencias sea mejor y más eficaz. Si se complementa con un sistema de licencias en línea eficiente (para los usuarios) y el registro y la información (para los derechohabientes) los derechos de autor pueden gestionarse y utilizarse de forma adecuada y demuestra ser el mejor modo de proteger el “contenido” en Internet y otras redes digitales.”

Todo indicaría pues, que no habría necesidad de sancionar nuevas excepciones para el terreno digital o en línea. Un camino de solución podrían provenir por el lado de las organizaciones de gestión colectiva de forma de que las mismas brinden sus licencias para usos digitales.

30. Véase “La extensión de las licencias colectivas, opciones nórdicas a cuestiones complejas sobre derechos de autor”, de Jukka LIEDES junio de 1991, en la que el autor sugiere los elementos de una licencia extendida, citado por Paul SPURGEON en la obra ya indicada.

31. GERVAIS, p. 42.

32. Véase el Artículo 9 párr. (2) de la *Convención de Berna*

33. Paul SPURGEON, *Op. cit.*

34. *Op. cit.*, N.º 85

35. GERVAIS, citado por Paul SPURGEON, *Op. cit.*