

EL DERECHO DE REPRODUCCIÓN E INTERNET *

Ysolde Gendrau

EL DERECHO DE REPRODUCCIÓN ES TAN antiguo como el derecho de autor, y las obras artísticas vienen dando testimonio de la creatividad humana desde tiempos inmemoriales. Sin embargo, como muchas de las cosas que nos son familiares, el derecho de reproducción y la protección que se otorga a las obras artísticas a menudo se subestiman y se relegan al último plano. Fue sólo en la Conferencia de Revisión, celebrada en Estocolmo en 1967, donde se consagró oficialmente el derecho de reproducción que la Convención de Berna reconoce en su artículo IX, aun cuando lo que estaba en realidad sobre el tapete en la primera ley sobre derecho de autor, la Ley de la Reina Ana de 1710, era el control de la reproducción de las obras. Si nos limitamos a lo anunciado en las Convenciones Internacionales, vemos que las preocupaciones inherentes a las obras artísticas no siempre han movilizadas las mismas energías consagradas a otras obras o a otros objetos de protección, tales como las obras cinematográficas o las grabaciones sonoras. Además, el único derecho que le es propio es el derecho yacente, o de prosecución, que no está sometido al principio del tratamiento nacional, sino más bien al de la reciprocidad¹.

Internet ha venido a sacar al derecho de reproducción y a las obras artísticas de la torpeza en la que se encontraban. Evidentemente, la copia privada —acto de reproducción por excelencia— le había recuperado el derecho de ciudadanía al derecho de reproducción, debate éste que aún no se ha cerrado; pero el asunto en nada concernía a las obras artísticas. Por el contrario, Internet, aunque no toca únicamente las obras artísticas, sí las coloca en igualdad con las obras literarias y las obras musicales. Por Internet se puede definir todo tipo de obras. Por ahora, sin embargo, la tecnología es tal que las obras artísticas se clasifican en segundo rango después de las obras literarias, esto por lo que se refiere a la cantidad de obras que se encuentran en la red. De este modo las obras artísticas son parte integrante del debate en torno a la suerte reservada al derecho de reproducción en la difusión por Internet. Ello es tanto más natural cuanto que el derecho de reproducción es la primera prerrogativa inherente a estas obras.

* Este texto fue preparado para el Coloquio sobre protección de Bellas Artes y de las Artes Gráficas en la era del Internet, que se llevó a cabo en Estambul en noviembre de 1997, bajo los auspicios de la Asociación Internacional de Ciencias Jurídicas: de ahí el énfasis que se hace, aquí

y allá, en las obras artísticas. La autora desea agradecer al señor P. E. Moyse su apoyo en la investigación para la elaboración de este artículo. Traducción de Jeanne Martinez-Arretz.

¹ Artículo 14 *ter* de la Convención de Berna.

Es bien sabido: el derecho de autor va a remolque de la tecnología. Internet existe desde los años 60, sin embargo la comunidad internacional del derecho de autor ha esperado casi veinticinco años para inclinarse seriamente sobre el tema.

Las manifestaciones más visibles de ello son los coloquios mundiales de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual y las Jornadas de Estudio de la Asociación Literaria y Artística Internacional. Por otra parte, hoy en día cada vez más los tribunales –que se hallaban confrontados en primer término a la necesidad de interpretar el derecho para regular las situaciones que provoca la utilización de obras en Internet– se han convertido en una fuente de reflexión. Está llegando la hora de elegir en forma definitiva. Es tal la cantidad de acontecimientos que se van produciendo, que resulta difícil mantener cierta distancia e interrogarse acerca del cariz que ellos van tomando. Como primera etapa, de lo que se trata es de examinar el derecho de reproducción como instrumento que permita describir las actividades de difusión de las obras por Internet (I). Estas observaciones deben llevarnos a la segunda etapa, que consistirá en apreciar el derecho de reproducción como instrumento para analizar los retos de la difusión de obras por Internet (II).

I. EL DERECHO DE REPRODUCCIÓN COMO INSTRUMENTO DESCRIPTIVO

NADA MÁS NORMAL QUE EL DERECHO DE reproducción sea la primera de las prerrogativas inherentes al derecho de autor, a la cual se recurre para explicar qué pasa cuando se difunde una obra por Internet. Desde luego, después se la puede descartar en favor de otra prerrogativa, como por ejemplo el derecho de representación o el derecho de comunicación al público; nada de eso impide que el ejercicio comience, a menudo, por el derecho de reproducción. Este, además de ser la columna vertebral del derecho de autor, es tal vez una de sus más importantes prerrogativas y ha evolucionado de tal modo que el estado actual del derecho invita a asumirlo como primer candidato al título de prerrogativa surgida de la difusión de obras por Internet. Haremos, en primer término, una breve retrospectiva histórica sobre la noción de reproducción (A), antes de abordar el estudio de algunas decisiones jurisprudenciales relativas a la difusión de obras por Internet (B).

A. RETROSPECTIVA HISTÓRICA DE LA NOCIÓN DE REPRODUCCIÓN

EL PRIMER PARÁGRAFO DEL ARTÍCULO L 122.3 del Código francés de la Propiedad Intelectual reza: «La reproducción consiste en la fijación material de la obra mediante cualquier procedimiento que permita comunicarla al público de una manera directa». Así mismo, el segundo párrafo del artículo 17 del Copyright Designs and Patents Act. de 1988, del Reino Unido, indica: «se entiende por copia o por reproducción el hecho de reproducir la obra bajo cualquier obra material». Lo esencial de estas definiciones estriba en que la obra se materializa en un soporte distinto. Tomando el término en su primera acepción, reproducir significa copiar o fabricar idénticamente, por ejemplo, duplicando el original².

² A. & H.-J. LUCAS. *Traité de la propriété littéraire et artistique*, París, Litec, 1994, p. 217, N° 238.

Inicialmente los ejemplares eran tangibles y tenían dos cualidades: una era que le permitía al adquiriente ver la obra que se había reproducido; la otra, que los ejemplares eran duraderos. Ambas cualidades han ido evolucionando según los caprichos de la tecnología y hoy nos encontramos con que ese movimiento ha modificado la comprensión que teníamos de la reproducción.

Una primera etapa aparece cuando comienzan las grabaciones sonoras. En un comienzo, las grabaciones sonoras y también los instrumentos con cuya ayuda se producían sonidos mecánicamente no constituían reproducciones de las obras musicales que estaban incorporadas a dichas grabaciones sonoras. Sin la ayuda de un aparato mecánico es imposible percibir la obra. Por esta razón, a la vuelta del siglo, lo mismo en el Reino Unido que en Estados Unidos, las grabaciones sonoras no constituían reproducciones de obras musicales³. Por lo demás, es el Acta de Berlín de la Convención de Berna, en 1908, la que prevé el derecho de “adaptar” las obras musicales a instrumentos que sirvieran para reproducirlas mecánicamente. Por lo tanto –en opinión de algunos– las grabaciones sonoras no son puras y simples reproducciones. A este respecto, la ley norteamericana de 1976, uno de cuyos objetivos fue corregir el derecho que comenzó a regir a raíz de la decisión de la Corte Suprema sobre este particular, en 1909, mantiene la distinción entre “copias” y “grabaciones sonoras”.

La idea según la cual puede existir una reproducción incluso cuando se la ha incorporado a un soporte que no permita visualizar la obra, sigue abriéndose camino. El Copyright Act de 1956, del Reino Unido, enuncia el derecho de reproducción declarando que el titular del derecho de autor goza del derecho a reproducir la obra “mediante cualquier forma material”⁴. La ley francesa de 1957 precisa el concepto de reproducción cuando indica: «esta puede efectuarse mediante la imprenta, el dibujo, el grabado, la fotografía, el modelado y por cualquier procedimiento de artes gráficas o plásticas, grabación mecánica, cinematográfica o magnética»⁵. Esta apertura hacia una noción más amplia de la reproducción desembocó en una formulación sintética inscrita en el artículo 9º parágrafo primero de la Convención de Berna: «los autores de obras literarias y artísticas a los cuales protege la presente Convención, gozan del derecho exclusivo a autorizar la reproducción de esas obras de cualquier manera y bajo cualquier forma».

Sin embargo es la ley norteamericana de 1976 que contiene la definición más neutra y explícita. De hecho, la definición recurre a dos definiciones: la de “copias” y la de “fijación”, término empleado en la primera de las definiciones. Las “copias”, los ejemplares, «son soportes materiales distintos de los fonogramas, sobre los cuales se fija la obra mediante cualquier método actualmente conocido o que se pone a punto ulteriormente, y que permiten percibir la obra, reproducirla o comunicarla de cualquier otra forma, bien sea directamente o con ayuda de una máquina o de un dispositivo»⁶. Por lo demás, «la obra queda fijada bajo una forma de expresión tangible cuando el autor o el que ha sido autorizado para hacerlo, al incorporarla a un fonograma o a un ejemplar, obtiene un resultado lo bastante estable o permanente como para permitirle percibirla, reproducirla o

³ *Boosey vs. Whight*. 1899, I Ch. 836; *White-Smith Publishing Co. vs. Apollo*, 209 US 1 (1908).

⁴ Copyright Act, 1956, 4 & 5 Eliz 2 ch. 74, arts. 2º parág. 5(a) y 3º parág. 5(a).

⁵ Ley del 11 de marzo de 1957, art. 28, parág. 2. Actualmente art. L 122.3, parág. 2 CPI.

⁶ Copyright Act de 1976, art. 101.

comunicarla en cualquier otra forma en un espacio de tiempo que vaya más allá de un tiempo provisional»⁷. Estos textos reconocen con lujo de detalles que la reproducción no implica necesariamente visualizar la obra reproducida en el soporte. También hacen explícito otro aspecto de la noción de reproducción, que de no ser así, permanecería implícito y que es el de su durabilidad.

¿Acaso la reproducción tiene que ser durable? Antes de que apareciera la informática no ninguna razón para plantearse este interrogante. Proteger los programas de computador con el derecho de autor no sólo ha desmaterializado, aún más, la obra, convirtiéndola en una cosa invisible, sino que ha abierto la puerta al asunto de la durabilidad de la reproducción. Mientras 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; ahí la situación es idéntica a la de la reproducción de un soporte que puede, eventualmente, destruirse o quemarse. 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 al apagarlo. Sobre esto, 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 [...] produce 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»⁸. Puesto que el utilizador está en capacidad de percibir la obra mientras funciona en 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 si se hubiera hecho en un soporte tangible tradicional.

Parece ser que dos años antes las autoridades europeas ya habían admitido esta posibilidad, tal como lo prueba la Directriz sobre protección de los programas de computador. En su artículo 4º la Directriz dice: «los derechos exclusivos del titular [...] comprenden el derecho de hacer y de autorizar: a) la reproducción permanente o *provisional* de un programa, en todo o en parte, por cualquier medio que sea. Cuando la alimentación de la computadora, la visualización de las imágenes, el desplazamiento, la transmisión o el almacenamiento de un programa de computadora impliquen la reproducción del mismo, estos actos de reproducción se someterán a la autorización del titular del derecho»⁹. Ahora bien, el artículo siguiente reduce considerablemente el alcance de esa amplia concepción de la reproducción: «salvo disposiciones contractuales específicas, no están sujetos a la autorización del titular los actos previstos en el artículo 4º literales a) y b), cuando dichos actos son necesarios para permitirle al adquirente legítimo del programa utilizarlos de una manera conforme a su destinación...»¹⁰. Este mismo método de otorgar derechos y negarlos a continuación se encuentra en la reciente Directriz sobre las bases de datos, salvo que ahí el lenguaje no es tan específico: «el autor de una base de datos goza [...] del derecho exclusivo de

⁷ *Ibid.*

⁸ MAI Systems Corp. vs. Peak Computer Inc. 991 F. 2d 511, p. 519 (1993).

⁹ Directriz N° 91/250 del Consejo, del 14 de mayo de 1991, referente a la protección

jurídica de los programas de computadora. JOCE Ley 122/42 del 17 de mayo de 1991 (el subrayado es nuestro).

¹⁰ *Ibid.*, art. 5º, parág. 1.

efectuar o de autorizar: a) la reproducción permanente o provisional, en todo o en parte, por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma»¹¹ y, «el legítimo usuario de un base de datos o de las copias de ésta puede efectuar todos los actos mencionados en el artículo 5º que considere necesario para tener acceso al contenido de la base de datos y para utilizarlos normalmente sin la autorización de su autor»¹². Apenas un año y medio después, las autoridades comunitarias formulan, en los mismos términos, la propuesta de Directriz Internet. El enunciado del derecho de reproducción es prácticamente similar: «los Estados miembros prevén el derecho exclusivo de autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier procedimiento o bajo cualquier forma, en todo o en parte...»; La excepción “estratégica” para las reproducciones provisionales se hace más precisa: «Los actos provisionales de reproducción contemplados en el artículo II y que forman parte integrante de un procedimiento técnico cuya única finalidad es utilizar una obra o un objeto protegido y que no tienen un significado económico independiente, están exentos del derecho previsto en el artículo II»¹³. Lo que sí parece es que, tras haber planteado el principio según el cual el derecho de reproducción es discutible, los redactores de las directrices hicieron cuanto estuvo en sus manos para que los actos “intermedios” de utilización de esas obras no estuviesen sometidos a la autorización del titular del derecho de autor. Por añadidura, puesto que existen excepciones, gracias a ellas se escamotea la dificultad de definir qué es lo que se entiende por reproducción provisional.

Mientras el alcance del derecho de reproducción se deba concebir en función de un tipo de obra o de un modo de difusión preciso, es más fácil admitir un derecho amplio y excepciones que parezcan forjadas a medida y cuya aplicación se limite solo a este tipo de obra o modo de difusión. A ello ayuda aún más la circunstancia de que se trate de una obra de carácter altamente técnico e industrial. Así ha ocurrido con los programas de computador. Estos se prestan mal a formas de explotación que se relacionen con el derecho de representación, ya que el incremento del valor del derecho de autor inherente a esto no se puede llevar a cabo sino por una amplificación del papel que desempeña el derecho de reproducción¹⁴. Sin embargo, si lo que está en juego es menos consistente o es mayor, los políticos son más recelosos. Con frecuencia se ha atribuido a la Directriz relativa a las bases de datos el objetivo de regular las transacciones que se efectúan en Internet: la definición del derecho de reproducción y las excepciones sólo se detallan minuciosamente para los programas de computador. La falta de certeza de esta posición sin duda explica la imprecisión de la excepción. La negociación

¹¹ Directriz N° 96/9 del Parlamento Europeo y del Consejo del 11 de marzo de 1996, referente a la protección jurídica de las bases de datos, JOCE Ley 77/20, del 27 de marzo de 1996, art. 5º.

¹² *Ibid.*, art. 6º, parág. 1. En el capítulo III de la Directriz, consagrado al derecho *sui generis*, encontramos idéntica preocupación en cuanto a definir el derecho en forma amplia («la transferencia permanente o temporal [...] a un soporte distinto por cualquier procedimiento, o bajo cualquier forma»), mas no encontramos la excepción

específica para los actos intermedios; art. 7º, parág. 2.

¹³ El proyecto de Directriz del Parlamento Europeo y del Consejo sobre armonización de algunos aspectos del derecho de autor y de los derechos conexos en la sociedad de la información, 10 de diciembre de 1997, COM (97) 628 final, arts. 2º y 5º, parág. 1.

¹⁴ Véase A. BAYER. *Copyright Activities on the Internet. The role of the Fixtation Criterion*, LL. M. Thesis, Montreal, Institute of Coperative Law, McGill University, 1997, p. 100.

del Tratado de la OMPI sobre el Derecho de Autor, en diciembre de 1996, es aún más reveladora. La proposición básica de la Conferencia Diplomática contenía la siguiente definición acerca del derecho de reproducción:

«1. El derecho exclusivo de autorizar la reproducción de sus obras, del cual disponen los autores de obras literarias y artísticas conforme al artículo 9.1 de la Convención de Berna, comprende la reproducción directa e indirecta de esas obras, permanente o temporal, por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma.

«2. Habida cuenta de la reserva contenida en las disposiciones del artículo 9.2 de la Convención de Berna, se reserva a las legislaciones de las Partes contratantes la facultad de limitar el derecho de reproducción cuando una reproducción temporal tenga por único objeto hacer perceptible la obra o cuando la reproducción tenga carácter efímero o accesorio, a condición de que esta reproducción tenga lugar en el curso de una utilización de la obra autorizada por el autor o aceptada por la ley»¹⁵.

La Conferencia no asumió esta disposición y prefirió tratar el derecho de reproducción en la Declaración común que hace parte del Tratado. El resultado fue un texto fragilizado, lo mismo en lo que se refiere a su tenor que a su alcance jurídico: «El derecho de reproducción que enuncia el artículo 9º de la Convención de Berna y las excepciones que pueden rodearlo se aplican plenamente en el ámbito digital, especialmente en la utilización de obras bajo forma digital. Es entendido que el almacenamiento de una obra protegida bajo forma digital en un soporte electrónico constituye una reproducción en el sentido del artículo 9º de la Convención de Berna»¹⁶.

Se comprende la reticencia de la Conferencia diplomática, uno de cuyos objetivos era la adaptación del derecho de autor a la realidad del universo digital. A partir de la existencia de este texto, había que aplicarlo ya no sólo a las creaciones informáticas sino al conjunto de las obras protegidas, a todas las formas de reproducción (conocidas o no) y en todos los países miembros de la Unión. Es decir, el asunto era arduo desde el punto de vista de las consecuencias. Este contexto es bien diferente de aquel en el cual se elaboró el proyecto de Directriz comunitaria. Entonces, los objetivos eran más claros y los países contemplados no eran numerosos.

De ser un derecho que implicaba la existencia de un soporte visible y permanente, el derecho de reproducción está en proceso de extenderse a soportes que no permiten la visión inmediata de la obra y con relación a los cuales la noción de durabilidad es antinómica. En el caso de las obras artísticas, la mutación va evidentemente en contra de una sólida tradición bien entendida de lo que son estas obras. Cambios de esta naturaleza no se pueden oficializar sino después de madura reflexión.

¹⁵ El Presidente de los Comités de Expertos, refiriéndose a un eventual Protocolo relativo a la Convención de Berna y a un eventual instrumento referente a la protección de los derechos de los artistas, intérpretes o ejecutantes y de los productores de los fonogramas. "Proposición de base relativa a las disposiciones de fondo del Tratado acerca de algunos aspectos relativos a la

protección de obras literarias y artísticas sometida al análisis de la Conferencia Diplomática", OMPI, CRNR/DG/4 Prov., 30 de agosto de 1996, art. 7º.

¹⁶ "Declaración común referente al Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor". OMPI, CRNR/DC/96 del 23 de diciembre de 1996, art. 1.4.

Además de la doctrina, la jurisprudencia permite analizar los fenómenos en cuestión, y ya existe un cierto número de decisiones proferidos concernientes directamente al derecho de reproducción y al Internet. Su examen demuestra la importancia de lo que está en juego de manera muy concreta.

B. DECISIONES JURISPRUDENCIALES RELATIVAS A INTERNET

EN EFECTO, DESDE HACE ALGUNOS AÑOS los tribunales se vienen ocupando de las solicitudes de los titulares de derechos de autor cuyas obras han sido difundidas por Internet. Puesto que las leyes actuales no contienen disposiciones específicas para esta forma de utilización, los casos se han tenido que regular en función de las prerrogativas existentes, las cuales, desde luego, no fueron concebidas específicamente para Internet. Puede, por tanto, parecer necesario dar una nueva interpretación a estas prerrogativas para extender su alcance. Todas las decisiones relevadas para los fines del presente ejercicio llevan implícito el derecho de reproducción, confirmando de este modo el papel fundamental que esta prerrogativa está llamada a desempeñar cada vez que aparezca un nuevo modo de difusión de estas obras. Sin embargo, el lugar que ocupa el derecho de reproducción en estos análisis variará. En unos casos el derecho de reproducción parece ser la única prerrogativa enfocada en relación a la difusión por Internet; en otros casos, se refiere a una etapa preliminar a la actividad difusora propiamente dicha, la cual hace intervenir, entonces, otras prerrogativas del derecho de autor.

Se pueden incluir dentro del primer grupo de decisiones las provenientes de los tribunales franceses, las de un tribunal norteamericano y las de la Corte Suprema de Suecia.

Lo decidido en el juicio breve y sumario tramitado en Francia en los casos *Brel*, *Sardou* y *Queneau* se apoya efectivamente en el análisis del derecho de reproducción. En los tres casos, obras —esencialmente los textos, aunque también estaba disponible la música de las canciones de Jacques Brel— habían sido introducidas en los servidores a los que el público tenía acceso. Como fue un mismo juez el que presidió los debates, la formulación de las conclusiones fue idéntica en los tres casos: «se constata que (el demandado) *reprodujo* y facilitó, sin autorización, una utilización colectiva de obras protegidas por el derecho de autor y de las cuales los demandantes son cesionarios de los derechos de representación»¹⁷. El derecho de reproducción es, entonces, el único fundamento jurídico de la decisión en lo que tiene que ver con la difusión por Internet. En la decisión de un juicio breve y sumario más reciente que se refiere a la difusión en Internet de artículos extraídos de un diario alsaciano, también lo es¹⁸. Al poner la obra en el servidor, la parte demandada la reproduce y hace posible que los usuarios también se sirvan de ella, pero el tribunal que emitió las tres primeras decisiones mantuvo una posición evasiva en cuanto a la naturaleza de esta subsecuente utilización. ¿Se trata de reproducciones en la memoria viva de un computador, en la memoria muerta de éste, en la pantalla, sobre papel, en otras

¹⁷ Tribunal de Gran Instancia, París (juicio breve y sumario), 14 de agosto de 1996 (enero 1997). 171 RIDA 361, nota C. Caron, D. 1996. Juris 490, nota P. Y. GAUTER (Sardou); (1996) 4 DIT 31, nota B. EDELMAN (Brel). A. FAÇON. "Chronique" (1997). 50 RTD Com 97. Tribunal de Gran

Instancia, París (juicio breve y sumario) mayo 5 de 1997 (octubre de 1997). 174 RIDA 265 JCP 1997 II 22906, nota F. OLIVER (Queneau) (la cursiva es nuestra).

¹⁸ Tribunal de Gran Instancia, Estrasburgo (juicio breve y sumario), 3 de febrero de 1998 (abril de 1998) 176 RIDA 466.

etapas? Lo que se deja entender parece ser más bien que se trata, en efecto, principalmente de reproducciones y no de representaciones, puesto que es sólo en esta parte de la decisión en donde se alude a esta otra prerrogativa del derecho de autor.

Al respecto, una decisión norteamericana es más explícita. En este caso, la difusión por Internet, una vez más, sólo se analiza en función del derecho de reproducción. El caso de “Maphia” tenía que ver con la difusión de juegos de video. La corte estableció que el teleabastecimiento de los juegos sobre el balbuceo electrónico [*to the Bulletin Board*] caía dentro del derecho de reproducción. Aún más, cuando los usuarios teledescargan los juegos se hacen copias, cosa que los propietarios del balbuceo electrónico les incitan a hacer. Estas conclusiones permitieron a la Corte imputar responsabilidad a dichos propietarios¹⁹.

Es la última parte de este razonamiento lo que la Corte Suprema de Suecia rehusó hacer suyo. En una decisión que contrasta extrañamente con la gran mayoría de las que se han pronunciado hasta la fecha, la Corte rechazó declarar responsable de falsificación al propietario de un servidor que difundía programas de computador sin autorización, a pesar de que ella misma reconoció la existencia de reproducciones con ocasión de los teleabastecimientos y de las teledescargas de programas²⁰. Una vez más, sólo se tuvo en cuenta el derecho de reproducción.

Las decisiones sueca y norteamericana, así como estos proveídos en los juicios breves y sumarios franceses, se distinguen claramente de otras decisiones en que parecen querer evitar ex profeso toda discusión que tenga que ver con otras prerrogativas del derecho de autor. Sin embargo, otras decisiones sí las toman en cuenta al explicar lo que sucede cuando se difunden obras por Internet y eso todo y reservándole un lugar al derecho de reproducción. Las prerrogativas a las cuales se ha hecho alusión están, desde luego, en función del derecho nacional respectivo. Por lo demás, las legislaciones nacionales y los hechos propios de cada proceso determinarán la importancia que se atribuya a las prerrogativas en cada caso.

En una decisión judicial relativa a la difusión de artículos de periódico en Internet²¹, el tribunal de primera instancia de Bruselas reconoció que, evidentemente, hubo reproducción de artículos cuando éstos se introdujeran en la base de datos de la sociedad demandada, pero que también cuando un usuario accede a ellos la difusión de esos artículos cae bajo el derecho de «comunicar al público cualquier procedimiento»²². El tribunal no se preocupa de las reproducciones posteriores, y en relación con los derechos pecuniarios atribuye tanta importancia al derecho de comunicación al público como al derecho de reproducción.

Apenas una semana después, un tribunal escocés pronunció una decisión interinaria en favor de un editor y en contra del propietario de un balbuceo electrónico [*Bulletin Board*]. El periódico tenía su propia pagina web, en la cual ponía artículos y fotografías que habían aparecido en el periódico. El demandado ponía sobre su página los títulos de los artículos aparecidos en el periódico del

¹⁹ *Sega Enterprises Ltd. vs. Maphia* 857 f. Sopp. 679 (N.D. Cal. 1994), pp. 686 y 687.

²⁰ Corte Suprema de Suecia, 22 de febrero de 1996 (1998), 28 IIC 97, con una nota muy crítica de G Karnell.

²¹ Tribunal de Primera Instancia, Bruselas, 16 de octubre de 1996 (abril de 1997), 172

RIDA 238. Esta sentencia fue confirmada el 28 de octubre de 1997 por la Corte de Apelación de Bruselas (julio de 1998), 177 RIDA 204.

²² Ley del 30 de junio de 1994, relativa al derecho de autor y a los derecho conexos, art. 1º, parág. 1º.

demandante y había creado vínculos hipertexto que permitían al usuario acceder directamente al texto del artículo inserto en la página del demandante. En su decisión, el juez se refirió al derecho de reproducción en lo relativo a los títulos de los artículos que se habían almacenado con ayuda de medios electrónicos, y a la programación de un servicio de distribución por cable en lo referente a la difusión de los textos cuando se accionaban las conexiones hipertexto²³. El contexto específico de las conexiones hipertexto permitía disociar los dos derechos, de tal modo que uno fuera previo al ejercicio del otro.

Dos decisiones francesas se refieren con más claridad al derecho de representación, sin olvidar el derecho de reproducción. En su proveído de un juicio breve y sumario del 3 de marzo de 1997, el Tribunal de Comercio de París prohibió cualquier tipo de reproducción total o parcial de un programas de computador en la red de la demandada²⁴ y, en una sentencia definitiva del 27 de enero de 1998, la Novena Sala del Tribunal de Comercio de Nanterre condenó a la demandada por haber reproducido y comunicado al público una parte de la obra de la demandante²⁵. De este modo, se observa cierto progreso en Francia acerca del concepto de representación en el análisis de la difusión por Internet.

Una sentencia canadiense emanada de una Corte de Apelación confirmó la condena penal de un menor por haber difundido programas de computador a partir de su sitio en la red²⁶. La norma jurídica en virtud de lo cual se lo procesó se refiere al hecho de poner «en circulación ejemplares de una obra reproducidos ilegalmente»²⁷. En opinión de la corte, telealimentar los programas en el sitio web del acusado es una reproducción que permitirá a terceros servirse de las obras y copiarlas. El acceso a su sitio en la red y la telealimentación se efectuaron gracias a su intervención y esta operación constituyó la puesta en circulación (distribución de la versión inglesa) de las obras. Aquí el acto reprochado es el poner en circulación, pero la reproducción está indirectamente haciendo parte de la causa puesto que se necesitan los ejemplares que se van a poner en circulación para que haya lugar a la aplicación de la disposición legal.

Esta necesidad de probar la confección de un ejemplar para poder ejercer una acción jurídica diferente también existe en el derecho norteamericano. Es lo que ponen en evidencia otros dos juicios referentes a la difusión de obras por Internet. En el proceso Playboy, fotografías provenientes de revistas de la demandada estaban disponibles en la página web del demandado, sin la autorización de la demandante. Después de constatar que se habían llevado a cabo reproducciones para insertar las fotografías en la página web del demandado, la Corte se ocupó de determinar qué derechos de la demandante se habían vulnerado. La difusión de las fotografías habría atentado contra el derecho de distribución contenido en el artículo 106, parágrafo 3, de la ley norteamericana. Por otra parte, el demandado, al presentar las fotografías desde su sitio en la red

²³ The Shetland Times Ltd. vs. Wills Court of Session (Escocia), 24 de octubre de 1996 (1997). Masons CLR 1. <http://www.jurils.edu/cyber/cases/shetld1.html>; acerca de las conexiones hipertexto, ver L. CARRIÈRE. "Hypertextes et hyperliens au regard du droit d'auteur, quelques éléments de réflexion" (1996-1997). 9 CPI 467.

²⁴ Tribunal de Comercio, París (juicio breve

y sumario), 3 de marzo de 1997, Legipresse, junio de 1997, N° 14, p. III-85 (comentario de C. Caron).

²⁵ Tribunal de Comercio, Nanterre, Sala Novena, 27 de febrero de 1998, Dalloz Affaires 1998, p. 584.

²⁶ R. vs. M. (1996). 67 CPR (3d) 152.

²⁷ Ley de derecho de autor, art. 42, parág. 1 (c).

a los abonados a su servicio, iría contra el derecho de presentar en público (*public display*) las obras protegidas²⁸.

La situación se hace más compleja en el juicio Netcom²⁹, porque los principales demandados no son las personas que crearon la página web donde se encontraron las falsificaciones, sino intermediarios que participaron en su difusión. Como en el juicio Playboy, se evocaron las mismas relaciones entre el derecho de reproducción, por una parte, y el derecho de distribución y de presentación al público, por la otra. La telealimentación de las obras en el primer servidor se conservó durante un periodo de aproximadamente once días, por lo cual la Corte consideró que esas fijaciones fueron lo bastante largas como para constituir reproducciones. La preocupación principal, no obstante, era determinar la responsabilidad de los intermediarios que intervinieron en el proceso de difusión, motivo por el cual la Corte analizó, *in extenso*, los conceptos de *contributory infringement* y de *vicarious liability*, conceptos éstos que se encuentran en el derecho de autor norteamericano y que eran susceptibles de encontrar aplicación en este proceso. En esta oportunidad se abordó el asunto de las reproducciones que se efectúan durante el tránsito de las obras hacia los utilizadores. Aun cuando la Corte tuvo conocimiento de la decisión MAI, rehusó admitir que las múltiples reproducciones que se efectúan a lo largo de la difusión de obras en Internet en el momento en el que pasan por los diferentes computadores corresponden a sendas fuentes de responsabilidad. Estas reproducciones son necesarias para el funcionamiento de Internet y no pueden imputarse a nadie en particular³⁰.

A medida que los tribunales van conociendo estos casos, parecen ir afinando su comprensión acerca de la difusión de obras por Internet y con celeridad se va haciendo evidente que el derecho de reproducción no puede, por sí sólo, explicarlo todo. A este respecto la mayor parte de las decisiones francesas —aunque recientes— son particularmente decepcionantes porque no se proponen superar la caracterización de un acto inicial en función del derecho de reproducción, y ni siquiera profundizar la noción misma de reproducción. Esto puede explicarse, sin embargo, por la naturaleza del procedimiento, ya que se trata de juicios breves y sumarios. En los demás tipos de proceso, salvo el de Netcom, en general se escamotea el análisis del derecho de reproducción. Para las obras artísticas la situación es bastante preocupante, ya que el derecho de reproducción es la prerrogativa principal alrededor de la cual se articula la protección de cada una de ellas.

Globalmente el balance no es, por tanto, muy satisfactorio. Al paso que la evolución anterior del derecho de reproducción demostró una continuada redefinición de sus parámetros, la confrontación de un nuevo modo de explotación pone de manifiesto que hay una resistencia a avanzar. La forma de proceder en el ámbito judicial tal vez aporte una explicación a esta resistencia: el hecho de tener que enfocar a ciertas personas como demandados, y no al conjunto de los posibles interesados, necesariamente conduce a un análisis fragmentario de la situación. Al concentrarse en el derecho de reproducción no se puede describir sino una parte del fenómeno. Sin embargo, el papel fundamental que desempeña el derecho de reproducción en el derecho de auto lo convierte en el instrumento

²⁸ Playboy enterprises Inc. vs. Frena 839 F. Supp. 1552 (MD Fla 1993), pp. 1556 y 1557.

²⁹ Religious Technology Center vs. Netcom On-Line Communication Services Inc., 907.

³⁰ *Ibid.*, p. 1372.

ideal con cuya ayuda se puede proceder a un análisis de la difusión de las obras en Internet.

II. EL DERECHO DE REPRODUCCIÓN COMO INSTRUMENTO DE ANÁLISIS

EL DERECHO DE REPRODUCCIÓN NO ES MÁS QUE un elemento entre otros para hacerle frente al fenómeno de la difusión de obras en Internet. Puesto que es un concepto familiar a todos los que en él intervienen, puede servir tanto mejor como punto de partida para comprender lo que está pasando. Es un hecho que la difusión de obras por Internet incluye este derecho y que las discusiones que se llevan a cabo aquí y allá a propósito de Internet demuestran que no se deja de profundizar sobre la temática de dónde comienza este derecho y hasta donde llega (A). De todos modos, si la única utilidad de profundizar en una noción fuera perfeccionar la comprensión de esta, se correría el riesgo de que un ejercicio de esta naturaleza se convirtiera en algo demasiado académico. Un mejor conocimiento del derecho de reproducción permite también, consecuentemente, comprender los mecanismos en los que se apoya la búsqueda del derecho o de los derechos que deben aplicarse a la difusión por Internet (B).

A. PROFUNDIZACIÓN DEL DERECHO DE REPRODUCCIÓN

EL DERECHO DE REPRODUCCIÓN CONSTITUYE el fundamento de varios debates que se refieren a Internet. Estos se nutren en tres fuentes: la facilidad de la reproducción que facilita la tecnología digital; la perfecta calidad de los ejemplares resultantes; y una definición jurídica que, en definitiva, comprende las reproducciones provisionales. En algunos casos, lo que está en juego es la extensión misma de este derecho (1); en otros casos, de lo que se trata es de su ejercicio (2).

1. La extensión del derecho

No tiene nada de extraño que haya consenso en cuanto al acto de almacenar una obra en el servidor que se encarga de difundirla, porque el acto, en sí mismo, no pone en tela de juicio la durabilidad de la reproducción. Donde se complica la cosa es en las etapas siguientes. Si se admite que en cuanto la obra transita por la memoria de la computadora se produce la reproducción, se multiplican así las ocasiones de hacer valer el monopolio. Cabe, entonces, que se requiera la autorización del titular del derecho de autor para cada utilización de la obra.

Se pueden clasificar en dos categorías las instancias que desencadena la puesta en marcha del derecho de autor; éstas son: las accesorias y las deliberadas. Las instancias accesorias se producen cuando se difunde la obra por Internet. Ahí, la obra transita en distintos momentos por los servidores, los cuales constituyen otros tantos eslabones de la cadena de difusión. A veces, para facilitar el acceso y prevenir así los embotellamientos del sistema, se almacena la obra en un “escondite”, por un tiempo de duración netamente más estable. Es a partir de ahí que cuando el usuario decide abordarla se emite. El escondite puede estar en la computadora del usuario o en algún lugar de la red. Finalmente, cualquier visualización o audición de la obra por parte del usuario, entraña el tránsito de aquella en la memoria de la computadora. En todo caso, la reproducción incide

en la utilización y ésta se realiza en lugares a los que no tiene acceso el usuario profano. Según se expresan las autoridades comunitarias, lo más probable es que el artículo 2º de la propuesta de Directriz “Internet” enfoque a las reproducciones “indirectas”. Por lo que se refiere a las reproducciones “deliberadas”, éstas se producen más bien en el momento en que el utilizador capta la obra. Aquí se trata de la aparición en pantalla y de la reproducción eventual de la obra en un soporte fuera de la computadora (papel, disquete, etc.) o también en la reproducción en un soporte interno como es el de la memoria muerta, y ello con el propósito de utilizarlo ulteriormente. Sin dejar de referirnos a la propuesta comunitaria, se trataría aquí de las reproducciones “directas”.

Con excepción de estas últimas reproducciones –destinadas a consultar la obra en el futuro– todos los demás actos aquí mencionados plantean problemas. Si llevamos hasta el límite la noción de reproducción provisional, hay que admitir que todas las etapas que se producen al encaminar la obra constituyen otros tantos actos de reproducción. Esta es la opinión que preconizan los informes canadiense y norteamericano acerca de las autopistas de la información³¹. en cuanto a la aparición en la pantalla de su computadora, se puede establecer una analogía entre ésta y la visualización en la pantalla del televisor. No hace mucho, un Tribunal inglés admitió la posibilidad de que la aparición en pantalla correspondiera a una reproducción realizada bajo una forma material³². Opinión ésta que no todos comparten. Los comentaristas, o son sencillamente prudentes³³, u optan por declararse totalmente opuestos a esa visión de las cosas³⁴.

La extensión del concepto de reproducción es incrementada inevitablemente con discusiones que se refieren al repertorio de excepciones que podría acompañar a este derecho. El fenómeno aparece tanto más normal cuanto que la misma Convención de Berna da el ejemplo. El primer párrafo del artículo 9º establece el principio del derecho de reproducción: sin embargo, el segundo párrafo enuncia la posibilidad de crear excepciones. Aquí, el problema se plantea en forma algo distinta a como ocurre con el concepto mismo de reproducción. Además de plantearse el interrogante acerca del alcance de las excepciones actuales, surge el de si no sería bueno crear unas nuevas.

³¹ B. A. LEHMAN. *Intellectual Property and the National Information Infrastructure – The Report of the Working Group on Intellectual Property Rights*, Washington, USPTO, 1995, pp. 64 a 66. Comité consultivo sobre la autopista de la información. *Le droit d'auteur et l'autoroute de l'information – Rapport final du sous-comité sur le droit d'auteur*, Ottawa, marzo de 1995, pp. 15 y 16.

³² *Bookmakers Afternoon Greyhound services Ltd. vs. Wilf Gilbert (Staffordshire) Ltd.* (1994), FSR 723, p. 738.

³³ Comisión de las Comunidades Europeas, seguido de Libro verde *Le droit d'auteur et les droits voisins dans la société d'information*; Comunicación de la Comisión, noviembre 20 de 1996, COM (96) 568 final, pp. 9 a 12. Véase también J. H. SPOOR. “The Copyright Approach to Copying on the Internet: (Over) Stretching the Reproduction Right?”, en P. B. HUGENBOLTZ (ed.). *The Future of the Copyright in a Digital*

Environment. La Haya Kluwer Law International, 1996, p. 67. Como ejemplo jurisprudencial véase *Matrox Electronic Systems Ltd. vs. Gaudreau* (1993) R/Q 2449.

³⁴ N. ELKIN-KOREN. “Copyright Law and Social Dialogue on the Information Superhighway. The Case against Copyright Liability of Bulletin Board Operators” (1995). 13 *Cardozo Arts & Ent LJ* 345. J. LITMAN. “The Exclusive Right to Read” (1995). 13 *Cardozo Arts & Ent LJ* 29. P. SAMUELSON. “Legally Speaking: The NII Intellectual Property Report”. <http://daeuron.ilt.columbia.edu/projects/copyright/papers/samuelson2.html>. Hace ya casi veinte años un comentarista escribía que «la recuperación fugitiva en la pantalla no constituía una reproducción de la obra...»: G. KOUMANTOS. “Le droit du reproduction et l'évolution de la technique”, octubre de (1978), 98 *RIDA* 3, p. 7.

Un cierto número de países admite, por ejemplo, que la reproducción de obras artísticas en catálogos preparados con el propósito de venderlas escapa al monopolio del titular del derecho de autor³⁵. El que este catálogo esté impreso o difundido en línea no debería modificar la excepción³⁶. Por el contrario, la excepción por concepto de copia privada se ve seriamente controvertida ya que los nuevos medios técnicos permiten hoy en día ejercer un control sobre tales actividades³⁷. Nada de todo esto es definitivo...

Por lo demás, no sorprende que esta mayor amplitud que está en proceso de asumir el derecho de reproducción provoque el deseo de crear excepciones justo ahí donde el derecho tiende a expandirse. Las excepciones relacionadas con las reproducciones accesorias en la difusión de obras por Internet y con su exposición en la pantalla, tal como la provista en el proyecto de Directriz "Internet", se emparentarían con la misma filosofía que sustenta las excepciones previstas en el artículo 5º de la Directriz comunitaria relativa a los programas para computadora³⁸. En los dos casos se asume la realidad tecnológica. Vista la fugacidad de la reproducción, dichas excepciones serían aún más justificables que la excepción conocida como grabación "efímera" permitida en el tercer párrafo del artículo 11 bis de la Convención de Berna. Tal solución equivaldría a la decisión del Tribunal norteamericano en el proceso de Netcom, que rehusó a ver en estas reproducciones en sentido jurídico³⁹. Algunos podrían hacer valer que proceder a reconocer un derecho para crear de inmediato excepciones a ese mismo derecho es bastante absurdo. En general, lo que parece es que las excepciones se crean una vez que se "descubre" que la interpretación del derecho conduce a un resultado que no es del agrado de todos. Aquí, sin embargo, se crea la excepción al mismo tiempo que se especifica el derecho, y sin que haya tiempo para comprobar si, al aplicarlo, el resultado no es deseable.

El impacto de esta nueva forma de evaluación económica del derecho de reproducción supera la prerrogativa en sí misma. Puesto que el derecho de reproducción tiene como origen la fabricación de ejemplares, se sigue de ello que la prerrogativa relacionada con su distribución no está exenta de ser reexaminada según este nuevo enfoque. Las decisiones norteamericanas a los juicios de Playboy y Netcom, así como la sentencia canadiense mencionada anteriormente, demuestran además y suficientemente la estrecha vinculación

³⁵ Copyright, Designs and Patents Act. 1988, art. 63 (Reino Unido); Loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins du 9 octobre 1992, art. 26 (Suiza). Art. L 122-5 CPI (Francia). Ley sobre el derecho de autor y los derechos conexos, art. 58 (Alemania); Ley federal referente al derecho de autor sobre las obras literarias y artísticas y los derechos conexos, art. 54 (Austria); Ley sobre el derecho de autor-Ley sobre las obras intelectuales y artísticas, Art. 40 (Turquía). Los autores suizos exigen que los ejemplares de la obra sean físicamente accesibles para que se aplique esta excepción.

³⁶ En Francia, las discusiones que rodearon esta excepción concernieron precisamente a la discusión en-línea de esos catálogos puesto que una enmienda del Senado quería ex-

tender la excepción a esta forma de difusión. No obstante, la enmienda fue rechazada por la Asamblea Nacional. Véase el Rapport de l'Assemblée Nationale de Mine Ameline, N° 2709, 17 de abril de 1996, art. 16.

³⁷ Véase A. LUCAS. "Le droit d'auteur et protections techniques", en ALAI (ed.). *Le droit d'auteur en Cyberspace*, Amsterdam, Otto Cramuinchel, 1997, pp. 343 a 348.

³⁸ Véase el texto que acompaña a la nota 10, *supra*.

³⁹ *Religious Technology Center vs. Netcom On-Line Communication Services Inc.*, *supra*, nota 29. Véase también una discusión de la Bundesgerichtshof del 4 de octubre de 1996, *Nixdorf vs. Nixdorf*, N° 1 ZR 139-89, en inglés (1991), 13 EIPR 301, p. 305.

entre estos dos componentes del derecho pecuniario. Es así como el informe norteamericano propone que se incluya en el derecho de distribución un derecho de transmisión digital, y que no se someta este derecho a la teoría de la primera venta⁴⁰. Lo que se puede deducir de esto es que toda la filosofía sobre el agotamiento de derecho se está reconsiderando. ¿Hasta qué punto puede pretenderse, aún, que se están distribuyendo ejemplares materiales en Internet y que, por lo tanto, se está aplicando el derecho de distribución? ¿Se trata, verdaderamente, de distribución aun cuando el acto esté sometido a la doctrina de la primera venta? ¿Si la respuesta es afirmativa, en qué queda la doctrina que se creía tan esencial para el equilibrio que supuestamente debe crearse entre los titulares de derechos de autor y usuarios de obras?

Sin duda, no es fruto del azar que tantos elementos de la discusión sobre el derecho de reproducción provengan de países del *Copyright*. Ciertamente todos los países reciben los efectos de estos desarrollos, pero los países del *Copyright*, como su nombre indica, parecen adherir particularmente al concepto de la reproducción. Es en estos países en los que el criterio de la fijación⁴¹ persiste con mayor vigor. La desaparición de ejemplares se convierte así en una idea desestabilizadora. Podría decirse, por lo demás, que con la difusión por Internet estamos llegando a los confines de la definición de reproducción. Como escribió el profesor Spoor, «no es el método empleado lo que determina si la fijación es suficientemente permanente como para constituir una reproducción, sino, más bien, la amplitud de la fijación para permitir –de nuevo– la percepción de la obra»⁴². En vez de ocuparse de redefinir un concepto a riesgo de vaciarlo de sentido y de desligarlo de la realidad, tal vez sería preferible reconocer que ciertos límites son ineludibles, para conservar la legitimidad.

Sondear los alcances del derecho de reproducción pasa, evidentemente, por esos análisis de la definición de reproducción, de las excepciones que la rodean y de las repercusiones sobre otras prerrogativas que dependen de todo esto. Sin embargo, los análisis sobre la forma de ejercer el derecho de reproducción implican, también, que se haga el esfuerzo para manejar mejor su operatividad.

2. El ejercicio del derecho

Al mismo tiempo que se busca precisar en qué consiste el derecho de reproducción, los actores se movilizan para encontrar los medios más eficaces para el ejercicio de este derecho. La facilidad de la reproducción, la calidad de los ejemplares obtenidos y la multiplicidad de ocasiones en que se hace la reproducción de las obras son una suma de factores que atemoriza a los titulares de los derechos de autor porque se les puede ir de las manos la exclusividad de su monopolio. Es esta la razón por la cual, desde el comienzo, el reflejo ha consistido en orientarse hacia la gestión colectiva⁴³. La gestión colectiva se convierte en solución cuando el ejercicio individual del derecho de autor se hace impracticable; esta manera de

⁴⁰ LEHMAN. *Intellectual Property and the National Information Infrastructure*, *supra*, nota 31, pp. 90 a 95 y 213 a 220.

⁴¹ Véase Y. GENDRAU. "Le critère de fixation en droit d'auteur" (enero de 1994), 159 RIDA 111.

⁴² J. H. SPOOR. "Copies in Continental

Copyright", *Alfeden ean der Rijn*, Sijthoff & Noordhoff, 1980, p. 53.

⁴³ Véanse las premisas planteadas por A. LUCAS. "Nouvelles technologies et modes de gestion des droits", en IRPI (ed.). *L'avenir de la propriété Intellectuelle*, París, Librairies Techniques, 1993, p. 25.

ver las cosas no es reciente, pero ya es una costumbre que, por ejemplo, para las obras musicales sobre todo, sea la forma de organización colectiva la que se ponga en práctica. Luego no todo se ha dicho cuando se propone una gestión colectiva con el objeto de poner en marcha el derecho de autor. Queda aún por garantizar su eficacia, y a lo que parece, a partir de ahora ésta pasa a través de la utilización de medios técnicos.

Este movimiento se halla consagrado en el artículo 11 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor el cual estatuye lo siguiente: «las partes contratantes deben prever una protección jurídica apropiada y sanciones eficaces contra la neutralización de las medidas técnicas que los autores han puesto en acción dentro del marco del ejercicio de sus derechos, en virtud del presente Tratado, y restringen la realización de actos no autorizados por ellos, ni permitidos por la ley, en relación con sus obras»⁴⁴. El artículo 6º del proyecto de Directriz “Internet” se hizo eco de esto. Se trata esencialmente de procedimientos de codificación que permiten identificar las obras y a sus titulares de derechos sobre éstas, así como los usos de las obras hechos por el público, para asegurar el pago de las remuneraciones que corresponden al derecho que haya sido ejercido. Actualmente hay en estudio diversos proyectos, entre los cuales el de *imprimatur*, para no mencionar más que uno⁴⁵. Estos proyectos se inscriben en una tendencia aún más amplia a preocuparse de la criptografía en una sociedad digitalizada⁴⁶.

Los orígenes de estas disposiciones del Tratado de la OMPI sobre derechos de autor y el proyecto de Directriz comunitaria aún son más recientes. En el informe norteamericano, al igual que en el Libro verde europeo, se preconiza la adopción de medidas de este tipo⁴⁷. En ambos casos, estas tomas de posición se basan en dispositivos legales. El Audio Home Recoring Act de 1982, en Estados Unidos, obliga a los fabricantes de equipos de grabación digital audio e interfase audio a incorporar en sus aparatos mecanismos que limiten la reproducción en serie⁴⁸. En la Comunidad europea el artículo 7P parágrafo 1 (c) de la Directriz sobre programas de computador exige a los Estados miembros tomar «medidas apropiadas frente a las personas que [...] (pongan) a circular o (detenten) con fines comerciales cualquier medio que tenga por única finalidad facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico colocado eventualmente para proteger un programa de computador». Desde luego, el resultado de esto ha sido la expedición de normas jurídicas a este efecto en los países miembros⁴⁹. La aparición de estas obligaciones en los textos de

⁴⁴ Una disposición idéntica fue adoptada a favor de los artistas intérpretes y de los productores de fonogramas en el artículo 18 del Tratado de la OMPI, referente a las interpretaciones y a las ejecuciones, así como a los fonogramas. Este artículo se negoció simultáneamente al Tratado de la OMPI sobre el Derecho de Autor.

⁴⁵ Véase C. BARLAS. “Inprimatur-One Year On” (1996), 65 *Copyright World* 41, y también los puestos <http://imprimatur.die.unifiut/welcome.html> y <http://www.imprimatur.alcs.co.uk>.

⁴⁶ Véase, por ejemplo, “Assurer la securité et la confiance dans la communication électronique-Vers un cadre européen pour les signatures numériques et le chiffrement”.

Proyecto de Comunicación de la Comisión, del Parlamento Europeo al Consejo Económico y Social y al Comité Regional, COM (97) 503.

⁴⁷ LEHMAN. *Intellectual Property and the National Information Infrastructure*, *supra*, nota 31, pp. 177 a 200. *Suivi du Livre vert*, nota 33 *supra*, pp. 15 a 17.

⁴⁸ Audio Home Recording Act. 17, USCA, parágs. 1001 a 1010.

⁴⁹ Por lo demás, el artículo 296 del Copyright Designs and Patents Act de 1988, votado antes de haberse adoptado la Directriz de 1991, ya correspondía a este mismo objetivo; es más, lo superaba, puesto que su vocación es aplicarse a la reproducción de cualquier obra.

derecho de autor está así íntimamente ligada a la facilidad de reproducción que permite la tecnología digital.

Hay que reconocer, no obstante, que no es únicamente esta tecnología digital la que ha incitado a las instancias legislativas a facilitar la adopción de medios tecnológicos propios de este tipo de difusión. La teledifusión, bien se efectúe por ondas herzianas, por satélite o por cable, recurre a la codificación y al uso de descodificadores. De este modo, tales procedimientos se hallan protegidos por la ley británica sobre derecho de autor⁵⁰. Por otra parte, uno de los artículos del tratado consagrado a la propiedad intelectual en el Acuerdo de Libre Comercio Norteamericano (ALENA) contempla la creación de sanciones penales y civiles para la fabricación, importación, venta, alquiler o cualquier otra forma de poner a disposición del público descodificadores⁵¹. Por ejemplo, el Código Penal canadiense contiene disposiciones para este efecto⁵². Todas estas medidas son, evidentemente, precursoras de los textos que hoy se preconizan para garantizar el ejercicio de los derechos en Internet.

Textos que no se habían expandido universalmente, y que aún existiendo no figuraban necesariamente en las leyes sobre derecho de autor, así como las disposiciones que avalaban los medios técnicos de protección, se hallan en proceso de convertirse en exigencia normalizada. Los modelos más inmediatos de los artículos que contienen los recientes Tratados de la OMPI y el proyecto de Directriz deben su existencia a las consecuencias de la tecnología digital de reproducción. Como se ve, la evolución ha sido rápida. También es paradójica: al paso que no se sabe aún con justeza qué actos afectan al derecho de reproducción, ya se están elaborando, dentro del marco del derecho de autor, sistemas exorbitantes del derecho de autor tradicional para controlarlo. Empero, tanta precipitación no frisa aún el pánico. La historia parece demostrar que un excesiva tardanza en tomar en manos la situación crea hábitos de comodidad en los usuarios, hábitos que el legislador ya no puede (¿o ya no quiere?) cambiar⁵³. Esta confianza en la tecnología tal vez ponga también al desnudo un cierto escepticismo (para no decir una profunda angustia) frente a la capacidad del derecho para controlar un fenómeno a menudo invisible.

Pero hay que tomar partido. No se puede esperar indefinidamente una definición perfecta del derecho de reproducción. Cuando la máquina haya encontrado su respuesta en la máquina⁵⁴ el derecho ya no se podrá hacer oír, so pena de ver minar su legitimidad. Si la respuesta se hace esperar aún, tal vez sea porque las cosas que están en juego no están claramente definidas.

B. LO QUE ESTÁ EN JUEGO EN EL DERECHO DE REPRODUCCIÓN

TAL VEZ EN ESTE MOMENTO DE LA EVOLUCIÓN de la problemática sea oportuno preguntarse acerca de las razones que sustentan las dudas para dar efecto a las reproducciones provisionales que ocurren con ocasión de la difusión de obras

⁵⁰ Copyright Designs and Patents Act de 1988, art. 298. Véase *BBC Enterprises Ltd. vs. Hi-Tech Xtravision Ltd.* (1992), RPC 167.

⁵¹ ALENA, art. 1707.

⁵² Arts. 326, 327, C. Penal. Véase *R. vs. Côté* (1986) R/Q 43; *R. vs. Leblanc* (1986) R/Q 860.

⁵³ Véase P. GOLDSTEM. *Copyright's Highway*, New York, Hill & Wang, 1994.

⁵⁴ Para parafrasear la fórmula definitivamente indiscutible de M. CHARLES CLARK. "The Answer to the Machine is in the Machine", en P. B. HUGENBOLTZ (ed.). *The Future of the Copyright on a Digital Environment*, *supra*, nota 33, p. 139.

por Internet. Evidentemente, la dificultad conceptual es real y legítima toda vez que el carácter efímero de estos actos no concuerda con la significación usual de la reproducción; pero más allá de estas preocupaciones se puede sospechar que la incertidumbre actual proviene de muchas políticas más o menos confesadas: como inherente a un conflicto en relación con el derecho aplicable (1) hay que ver la oportunidad de identificar a las personas afectadas por el ejercicio del derecho (2).

1. El derecho aplicable

Hablando del derecho aplicable, no hay que entender que el problema que suscita la difusión por Internet sea de derecho internacional privado, aun cuando este ejerza alguna influencia. Se trata más que todo de cómo hay que calificar al derecho que reúne las condiciones óptimas para regir la difusión por Internet. Tal como se presenta la situación actual, es posible, en efecto, discernir dos derechos que se disputan el terreno: desde luego el derecho de reproducción, pero también el derecho de comunicación al público.

Uno de los logros del Tratado de la OMPI sobre derecho de autor lo constituye el compromiso que negociaron los representantes de diversos países en cuanto al derecho que debe aplicarse a la difusión por Internet. El artículo 8º de este Tratado dispone:

«Sin perjuicio de las disposiciones de los artículos 11.1) 2º), 11 *bis*.1) 1º y 2º, 11 *ter*. 1) 2º, 14.1) 2º y 14 *bis*.1) de la Convención de Berna, los autores de obras literarias y artísticas gozan del derecho exclusivo de autorizar cualquier tipo de comunicación al público por hilo o sin hilo de sus obras, inclusive ponerlas a disposición del público de manera que cada quien pueda tener acceso a ellas en el momento y desde el lugar que elija por decisión individual».

Este artículo parece consagrar perfectamente un derecho que pertenece a la familia del derecho de representación y no del derecho de reproducción. Varios indicios permiten llegar a esta conclusión. Además de su título, “Derecho de Comunicación al Público”, las disposiciones a las cuales se hace referencia incumben, todas ellas, al derecho de representación. La segunda parte del artículo aporta precisiones a la definición del derecho –acceso individualizado tanto desde el punto de vista espacial como temporal– que no dejan de recordar los meandros jurisprudenciales del derecho de retransmisión por cable⁵⁵. Por lo demás, es impresionante la analogía con esta forma de explotación. Es la denominación que asumió sin reserva el Tribunal de Primera Instancia de Bruselas⁵⁶, lo mismo que los autores de los informes canadiense⁵⁷ y australiano⁵⁸. La elaboración de medios técnicos para salvaguardar los derechos de los autores cuando se difunden

⁵⁵ Véase Cas. civil 1ª del 6 de abril de 1994 (julio de 1994). 161 RIDA 367, nota de A. Kéréver. *Telstra Corporation Ltd. vs. Australasian Performing Right Assosation Ltd.* High Court of Australia (1997). ALR 649; en general, Y. GENDREAU. *The Retransmission Right; Copyright and the Rediffusion of Works by Cable*, Oxford, ESC Publishing Ltd., 1990.

⁵⁶ Véase *supra* nota 21.

⁵⁷ *Le droit d'auteur et l'autoroute de l'information, supra*, nota 31. La prerrogativa que está en juego en el Canadá es el derecho de comunicación al público por telecomunicación. Loi sur le droit d'auteur, art. 3º, parág. 1 (f).

⁵⁸ *Highways to Change. Copyright in the New Communications Environment*. Informe del Copyright Convergence Group, agosto de 1994.

sus obras por Internet procede de las mismas preocupaciones que son el origen de los dispositivos de codificación para la transmisión por cable o por satélite.

El artículo 8º del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor es el resultado de una proposición de la Comisión Europea, la cual, después de consultar con los países miembros, parece preferir la vinculación al derecho de representación, en sentido amplio, antes que a cualquier otro derecho⁵⁹. Sin embargo, la forma como es redactado el artículo 8º es equívoca y algunos consideran que este texto deja un margen de libertad a los legisladores nacionales en cuanto a la calificación del derecho⁶⁰. Ciertamente, se puede considerar que la segunda parte del artículo 8º circunscribe demasiado la noción de representación pública. Pero también puede interpretarse como la definición de un segundo derecho emparentado con el derecho de distribución que está injertado en el de comunicación: al menos, la expresión “poner sus obras a disposición del público” hace pensar tanto en el derecho de distribución como en el derecho de representación. No obstante, el recurso al derecho de distribución deja suponer que se trata de ejemplares, es decir, de objetos materiales resultantes de reproducciones que circulan por la red. Una ambivalencia de este tipo en la formulación del derecho del cual se viene tratando pone al desnudo la ausencia de un consenso real. También demuestra la persistencia del poder de atracción de la reproducción como fundamento de la denominación de un derecho en un contexto que está aún más desmaterializado, sin embargo, que el de la representación conocido hasta ahora.

Este último fenómeno no es nuevo. El derecho de reproducción ha permanecido integrado a modos de explotación que se refieren principalmente al derecho de representación. Dos ejemplos serán suficientes. El primero se refiere al derecho de reproducción mecánica con ocasión de la radiodifusión de la grabación sonora de una obra. En algunos países se percibe un ingreso por este concepto ya que la radiodifusión es susceptible de privar al autor de la venta de grabaciones sonoras por las cuales él obtendría una remuneración. En la primera edición de su *Tratado*, Desbois se opone a esta estructuración de los derechos porque contradice el principio del agotamiento del derecho de reproducción⁶¹. Reconoce, acto seguido, que la introducción de un derecho de destinación vendría a modificar las reglas del juego, que fue lo que hizo la ley del 11 de marzo de 1957.

El segundo ejemplo es aún más reciente y se relaciona con la tecnología digital. En 1995 el Congreso norteamericano aprobó el Digital Performance Right in Sound Recordings Act que, como su nombre lo indica, acordó a los titulares de derechos sobre grabaciones sonoras un derecho de ejecución pública⁶².

⁵⁹ *Suivi du Livre vert*, *supra*, nota 33, p. 14. Por lo demás, el artículo 3º de la Proposición de Directriz comunitaria vuelve a tomar, casi a la letra, el artículo 8º del Tratado de la OMPI.

⁶⁰ Véase A. FRANÇON. “La Conférence Diplomatique sur certaines questions de droit d’auteur et de droits voisins, Ginebra 2-20 diciembre de 1996” (abril de 1997). 172 RIDA 3, p. 33, que cita a M. THIERRY DESURMONT. Véase también T. C. VINJE. “The New Wipo Copyright Treaty a Happy Result in Geneva” (1997). 19 EIPR 230. En

cuanto a un análisis más general, véase P. E. MOYSE. “Droit d’auteur et espace cybernétique: el último becerro de oro” (1997), 1 *Auteurs & Media* 7.

⁶¹ H. DESBOIS. *Le droit d’auteur*, París. Dalloz 1950, pp. 451 a 456, N° S 419 a 424. Véase también S. STROMHOLM. “Le droit de mise en circulation dans le droit d’auteur - Estudio de derecho comparado” (1967). 80. *Le Droit d’auteur* 279, sobre todo pp. 298 y 300.

⁶² Pub. L. N° 104-39, 109 *Stat* 336 (1995). Véase L. WATKINS. “The Digital Performan-

Un derecho de este tipo no existía en Estados Unidos, y para no perturbar el equilibrio comercial actual su alcance está limitado a las ejecuciones públicas que recurren a la tecnología digital. Se trata por tanto, básicamente, de un derecho relacionado con algunas radiodifusiones digitales de grabaciones sonoras. En esta misma ocasión el legislador introdujo simultáneamente un derecho de reproducción mecánica para compensar el riesgo que entraña un modo de difusión de esta naturaleza, al hacer que las ventas de discos disminuyan, ya que les permite a los auditores reproducir los fonogramas.

Esta ley norteamericana ilustra con amplitud los dilemas que suscita la tecnología digital. La difusión por Internet lleva implícita la desaparición de los ejemplares. Ahora bien, en un gran número de casos, gran parte de del valor del derecho de autor proviene de la fabricación de ejemplares como consecuencia del ejercicio del derecho de reproducción. Mientras más nos dirigimos hacia un mundo donde predomina el derecho de representación a expensas del derecho de reproducción, más se modifican los fundamentos tradicionales del funcionamiento del derecho de autor. La desmaterialización de la difusión de obras en este sentido es tan desestabilizante que, al paso que se creía que la multiplicación de los medios de difusión necesariamente vendría acompañada de un aumento de las prerrogativas y por tanto del valor del derecho de autor, lo que ha sucedido es que reduce uno de los cimientos fundamentales de este valor. Mantener un derecho de reproducción mecánica cuando tiene lugar la transmisión de una obra por Internet, como es el caso según la reciente ley norteamericana, puede parecer algo artificial. Ahora bien, el papel que va a desempeñar de aquí en adelante el derecho de reproducción en cuanto a las copias que hacen los particulares va a ser sumamente importante aun cuando sea este un problema distinto.

La costumbre de considerar que el monopolio del derecho de autor se amplía en la medida que van apareciendo nuevas formas de explotación lo pone entonces en peligro. Se sabe que las prerrogativas del derecho de autor son independientes unas de otras: es esto lo que permite hacer valer el derecho de reproducción cuando se graba una obra, y el derecho de representación cuando se difunde por radio esa misma grabación, por ejemplo. Por tanto, mientras más ocasiones se tienen de ejercer una prerrogativa, más valor se da al derecho. Sin embargo, si esas ocasiones de hacer valer el monopolio se multiplican en exceso, se corre el riesgo de llegar a una situación en la que el derecho de autor se haría inaceptable a los ojos del público. Esto sería así, tanto más si los actos identificados como fuente del derecho de autor ya no correspondiesen a una realidad comprensible por el público, sino que más bien fuesen percibidos como subterfugios para justificar la percepción de ingresos. Es este el riesgo que se corre con las reproducciones provisionales ocultas. Mientras no haya un verdadero consenso acerca del derecho aplicable a la difusión por Internet, existe el riesgo de amontonar inútilmente las prerrogativas: ¿por qué un país que optara en favor del derecho de comunicación no podría hacer valer los derechos de reproducción allí en donde otro país ha elegido esa opción, y viceversa?⁶³

Right in Sound Recordings Act of 1995: Delicate Negotiations, Inadequate Protection” (1996). 20 *Columbia-VLA J. L. & Arts* 323. R. F. MARTIN. “The Digital Performane Right in the Sound Recordings Act of 1995.

Can it Protect US Sound Recording Copyright Owners in a Global Market” (1996). 14 *Cardozo Arts & Ent. LJ* 733.

⁶³ Véase A. KÉRÉVER. “La problématique de l’adaptation du droit de reproduction et

De este modo, se puede tener la impresión que frente a un mundo que se inclina hacia la comunicación desmaterializada hay quienes se aferran al derecho de reproducción. Esto no quiere decir que el derecho de reproducción esté agotado⁶⁴. Sigue desempeñando un papel: empero, su signo distintivo ha cambiado. Además, esta evolución produce un impacto sobre las personas sobre las cuales el ejercicio del derecho de autor produce efectos.

2. Personas sobre las cuales produce efectos el ejercicio del derecho de autor

No hay que olvidar que, además de referirse a las obras, el derecho de autor también se refiere a las personas; personas que reclaman una remuneración y personas que la pagan. Las relaciones entre estas personas se determinan por las prerrogativas que se ponen en acción mediante el ejercicio del derecho de autor. Una modificación entre el equilibrio actual entre el derecho de reproducción y el derecho de comunicación puede tener repercusiones sobre varias personas.

La separación entre el derecho de reproducción y el de representación le hace imposible al titular del derecho de autor ejercer cada una de estas prerrogativas en forma independiente. En particular, el autor podrá ceder o conceder licencias relacionadas con estos derechos a personas diferentes. Las sociedades de gestión colectiva se han estructurado, esencialmente, en función de esta separación. Luego todos los indicios hacen suponer que el ejercicio del derecho de autor, en lo que concierne a la difusión por Internet, va a necesitar una aguda intervención de las sociedades de gestión. Algunas sociedades de gestión ejercerán una mayor o menor influencia en función de que la difusión se refiera a una o a otra de las prerrogativas o también al énfasis que se quiera hacer en cada una de ellas.

Probablemente sea del lado de quienes pagan, que lo que está en juego se halle más disperso. Hay que decirlo una vez más: el hecho de decidir que determinado acto cae en el ámbito del derecho de autor, en la mayoría de los casos significa que se ha otorgado una autorización por parte del titular del derecho, a cambio del pago de una remuneración. A más actos identificados como objeto del derecho de autor, más personas se señalan llamadas a pagar las remuneraciones. Por tanto, la selección de esas personas adquiere carácter estratégico. Habida cuenta de la forma descentralizada como funciona Internet, parece preferible elegir personas que sean fácilmente identificables, o cuya solvencia ofrezca mejores garantías. Por otra parte, todo lo relacionado con las consecuencias de la aplicación de las normas de derecho internacional privado está llamado a ejercer aquí su influencia. De que dichas normas de derecho internacional privado designen leyes de países más o menos protectores dependen las preferencias en cuanto a la identificación de prerrogativas a ejercerse en un lugar antes que en otro. De este modo, multiplicando las ocasiones en las que se puede ejercer el derecho de autor, se llega, entonces, a capear todas las opciones. Y es aquí donde intervienen las decisiones relacionadas con el alcance del derecho. ¿Hasta dónde podrá hacerse valer el carácter efímero de la reproducción como para que el resultado de un enfoque puramente teórico se acepte en el

du droit de représentation publique dans l'environnement numérique multimedia" (1997). 31 *Boletín DA* N° 2, pp. 4 a 16, en

donde el autor subraya la falta de reglamentación explícita al respecto.

⁶⁴ Contra D. J. G. VISSER. "Atuersrechi op toegang". La Haya VUGA Uitgeverij Bv 1997.

señalamiento de los obligados a pagar, considerados como los más deseables?
¿Cuáles pueden ser las consecuencias económicas de ciertas excepciones?

La repercusión económica del derecho de autor nunca se ubica lejos de las discusiones de fondo, pero no siempre está claramente articulada, ni tampoco podría asumírsela como el único impulso-guía de la reflexión jurídica. Si tal fuere el caso, la legitimidad del derecho de autor estaría amenazada ante los ojos del público. Sin embargo, sería inexacto aseverar que no juega ningún papel y que todos los actores son desinteresados.

La difusión de obras por Internet brinda, en nuestros días, una oportunidad única para volver a examinar nuestra comprensión acerca del derecho de reproducción. El desafío es grande debido a que la tecnología digital desmaterializa la difusión, lo cual va en contra de la esencia tradicional de la noción de reproducción. La situación parece, por tanto, ser más inquietante para aquellas obras que, como las artísticas, dependen más que otras, sobre todo, de que exista un soporte tangible. Pese a todo esto, y teniendo en cuenta que el fin último del derecho de autor es proteger a los creadores de obras, y esto por múltiples razones (protección de la creación, promoción del arte, entre otras), hay que tener confianza en la capacidad de evolución de esta rama del derecho. Por otra parte, la historia del derecho de reproducción es portadora de promesas en este aspecto.

