

# DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL: SUPUESTOS DE INFRACCIÓN Y MEDIOS DE DEFENSA EN LA PRÁCTICA DEL COMERCIO ELECTRÓNICO

---

ANTONIO MILLÉ

## INTRODUCCIÓN

Los organizadores de esta “Consulta Regional” han asignado como tema para esta exposición la ejecución (*enforcement*) de los derechos de propiedad intelectual en el contexto del comercio electrónico. Para tratarlo, he debido recurrir a la experiencia práctica sobre conductas frecuentes en el ciberespacio que amenazan los valores de la propiedad intelectual y a las informaciones conocidas sobre conflictos legales relativos al comercio electrónico.

De manera alguna esta visión del comercio electrónico reducida a conductas agresivas contra los valores de la propiedad intelectual implica un enfoque personal negativo sobre la seguridad jurídica de los actos practicados en el ambiente de Internet. Si pueden detectarse e informarse algunas conductas infractoras y desleales, son millones las que no solamente no dañan interés alguno sino que contribuyen a establecer mejores vínculos entre los humanos, tornar los bienes de la educación, la ciencia y la cultura más accesibles a todos y facilitar todo tipo de actividades, entre ellas las comerciales a las que se dedica esta Consulta.

Me permito augurar que esta Consulta Regional de la OMPI y la posterior

Conferencia Internacional de la OMPI contribuirán a afianzar los recursos legales para que los intereses jurídicamente protegidos de todo tipo, incluyendo la propiedad intelectual, encuentren en Internet un ambiente cada día más seguro y propicio para su desarrollo.

## I. EL COMERCIO ELECTRÓNICO

Pueden postularse diferentes definiciones para acotar el contenido del clisé “comercio electrónico”. Una de las más amplias consistiría en aceptar que se trata de la vinculación con uso de medios de comunicación entre los sistemas de procesamiento de datos de organizaciones (empresas comerciales, entes de la administración pública nacional, organizaciones internacionales, etc.) y/o con terminales abiertas al público o pertenecientes a miembros del público, con el propósito de utilizar la infraestructura tecnológica e información de las organizaciones para la realización a distancia y con el mayor automatismo posible de operaciones con objeto mercantil o administrativo, de manera interactiva y compartiendo responsabilidades y recursos.

La aplicación de las técnicas del procesamiento de datos y de las comunicaciones a la actividad mercantil no es un fenómeno aparecido súbitamente con la Internet. Hace bastante más de un cuarto de siglo que computadoras se comunican a distancia con otras computadoras, programadas para realizar actos de comercio dentro de sistemas EDI<sup>1</sup>. Sin embargo esa organización de la actividad comercial (a pesar de su importante significación económica<sup>2</sup>) no ganó la visibilidad que ha obtenido el *comercio electrónico* orientado hacia el consumidor final<sup>3</sup>, ni suscitó igual interés por sus problemas jurídicos<sup>4</sup>. Lo que actualmente se denomina *comercio electrónico* es un fenómeno recientemente desarrollado al unísono con el auge de la *www*: por ese motivo debemos revisar sus problemas legales relativos a propiedad intelectual, no aislada y estáticamente, sino

dentro del contexto y la dinámica del funcionamiento de la *www*.

## II. EL AMBIENTE DE LA WWW

No puede entenderse a la *www* sin recordar las especiales condiciones que han impulsado al mundo hacia la *Sociedad de la Información* y permitido el florecimiento de Internet<sup>5</sup>:

- Crecimiento a paso veloz y constante de la capacidad y las prestaciones de los recursos de la informática, con simétrico decrecimiento de su costo<sup>6</sup>.
- Aumento de la disponibilidad, confiabilidad y capacidad de los medios de comunicaciones, con paralelo decrecimiento de su costo<sup>7</sup>.

1. EDI es acrónimo de *Electronic Data Interchange*, también llamado “comercio electrónico entre organizaciones” (actualmente suele distinguírsele como “comercio electrónico *business to business*). Se practica dentro de ambientes profesionales cerrados (ramas de industria, grandes empresas y sus proveedores, aduanas y despachantes, etc.) con uso de estándares técnicos específicos y bajo la sombrilla legal de un sistema de contratos. Ver *Intercambio Electrónico de Datos. Aspectos Técnicos y Jurídicos*, Buenos Aires, Edit. Ilatid, 1991.

2. Para calibrar tal importancia, imagine el lector la magnitud de las operaciones que cursan los grandes sistemas mundiales de reserva de pasajes aéreos, o el tráfico de transferencias del sistema bancario universal *SWIFT*, solo para recordar ejemplos archiconocidos. Se estima que del total del comercio electrónico, bastante más del 75% corresponde a “comercio electrónico entre organizaciones”.

3. “*Business to consumer*”, según denominación en boga.

4. De hecho, fuerte solidaridad que existe entre los “socios comerciales” que practican EDI, la confiabilidad de la organización electrónica del tráfico comercial y la bondad del sistema de contratos causan que no exista siquiera un litigio informado para comentar. Ver Antonio Millé, *Ingeniería Jurídica para la EDI*, *DAT* 56/57, abril/mayo de 1993, p. 22.

5. Que a julio de 1999 cuenta con 179 millones de conexiones a lo largo del mundo.

6. Se suele recordar en abono de esta clase de aseveraciones la “Ley de Moore”. Cito lo que respecto de ella se lee en el sitio de la empresa perteneciente a su descubridor ([www.intel.com](http://www.intel.com)): “In 1965, Gordon Moore was preparing a speech and made a memorable observation. When he started to graph data about the growth in memory chip performance, he realized there was a striking trend. Each new chip contained roughly twice as much capacity as its predecessor, and each chip was released within 18-24 months of the previous chip. If this trend continued, he reasoned, computing power would rise exponentially over relatively brief periods of time. Moore’s observation, now known as Moore’s Law, described a trend which has continued and is still remarkably accurate. It is the basis for many planners’ performance forecasts. In 25 years, as Moore’s Law predicted, the number of transistors on a chip has increased more than 2,300 times, from 2,300 on the 4004 in 1971 to 5.5 million on the Pentium® Pro processor”.

7. Principalmente como consecuencia de los desarrollos tecnológicos, las grandes inversiones y la competencia provocada por la desregulación, los costos de las comunicaciones urbanas,

Una tan extraordinaria confluencia de circunstancias favorables ha permitido que durante el quinquenio final del siglo XX hayan crecido en proporción geométrica tanto las computadoras conectadas a Internet que alojan informaciones o recursos, como las terminales de miembros del público con acceso a Internet. El crecimiento ha sido de tal magnitud que la penetración de la técnica en el mercado de consumo ha superado en velocidad cualquier antecedente<sup>8</sup>. Es dentro de este estado de cosas que la acción de múltiples operadores a lo largo del mundo ha desarrollado la *World Wide Web* (*www* o “red”)<sup>9</sup>.

En el ambiente global y desregulado de la *www* las identidades y domicilios de quienes mantienen *sitios* y quienes navegan por el ciberespacio de *sitio* en *sitio* son imprecisas, así como lo son las localizaciones geográficas de sus computadoras, de los proveedores de servicios de comunicación y enlace que los sirven y de los responsables de los medios de pago que

utilizan. Para entrar en contacto el uno con el otro y para realizar una operación de *comercio electrónico* el consumidor y el proveedor precisan la intervención de numerosos otros protagonistas —muchos de ellos desconocidos, independientes y de actuación gratuita— que proporcionan infraestructura y servicios sin los cuales la operación no podría realizarse.

En el comercio electrónico el consumidor es por definición un navegante de Internet que ingresará a la *www* por algún *portal*<sup>10</sup>, desde el cual introducirá la dirección de Internet de su proveedor (si es un cliente habitual y no necesita practicar selecciones) o las palabras clave que describan el bien o servicio objeto de la búsqueda (o el nombre de la firma proveedora, cuando la búsqueda se dirige a un comerciante concreto). En este último caso, obtendrá como resultado de su búsqueda una lista de *sitios* que los *agentes de software* han discriminado como cumpliendo en mayor o menor medida con los parámetros de la búsqueda<sup>11</sup>. En algún

de larga distancia e internacionales han caído considerablemente durante el último decenio y se prevé que continuarán bajando hasta llegar a un “costo cercano a cero”. Ver *The Consequences of Current Telecommunications Trends for the Competitiveness of Developing Countries*, Simon Forge, The World Bank, 1995, p. 4.

8. Por ejemplo, para llegar a tener 50 millones de usuarios en USA, la radio tardó 38 años, el teléfono 25 años, los PC 16 años, la TV 13 años, el Cable TV 10 años, y el acceso a Internet ¡4 años! Como dato adicional, anótese que AOL informa que sus tres sistemas de servicio de mensajes instantáneos cuentan actualmente con 80 millones de usuarios y rompieron la barrera de los 50 millones ya los 2 años y medio de existencia!

9. La Red Mundial, *www* (*world wide web*) se forma mediante la comunicación y acceso a computadores servidores conectados a Internet por medio de hipervínculos, usando el protocolo *http*.

10. Se denomina “portal” alguno de los recursos de la *www* que por el gran atractivo de sus servicios sirven de punto de entrada a la Red. Actualmente, los principales portales son las *home pages* de navegadores, como MS-Explorer o Netscape, de *redes de servicios interactivos*, como AOL o MSN, de *motores de búsqueda*, como Hotbot o Altavista, o de *directorios*, como Yahoo! o Exite.

11. Cada uno de los miembros de la lista de denomina un *hit*. Los *hits* consisten en el título del *sitio* o *página* interna de un *sitio*, una breve descripción de su contenido y su dirección de Internet, vienen dispuestos en el orden de su pertinencia con el objeto de la búsqueda, usualmente en bloques de 10 a 20 miembros, de los cuales solo es visible en pantalla el primero. Las direcciones operan como *hipervínculos* (instrucciones del lenguaje *html* que dirigen la comunicación hacia una *URL* que en ella se indique) de modo que haciendo *click* en ellas se entra al *sitio* o *página* respectivo.

momento de su navegación el consumidor hallará una oferta que llene su demanda y se cumplirá un acto de comercio electrónico en el que la oferta, la demanda y los medios de pago han circulado exclusivamente dentro del mundo virtual.

Debido a la naturaleza virtual del ambiente de la *www*, en ella todo es expresión creada mediante actividad intelectual, de modo que la *www* llegará a ser (si no lo es ya en este momento) el mayor conjunto de expresiones susceptibles de protección por el derecho de autor que exista en el mundo. El lenguaje que llega a los ojos y oídos del consumidor por pantallas y altoparlantes es la epidermis de la expresión de la *www*, y debajo de esa epidermis se encuentra un esqueleto escrito en lenguaje de programación *HTML*, cuyo uso incluye el de *URLS*, de *hipervínculos*, de *meta tags*. De allí que buena parte de los problemas de propiedad intelectual (y, naturalmente, de su protección) en el *comercio electrónico* no sean otra cosa que los problemas de propiedad intelectual propios de la *www*.

La vinculación de la propiedad intelectual con el *comercio electrónico* se hace aún más íntima por cuanto las expresiones protegidas por la propiedad intelectual, en razón de su inmaterialidad, son bienes especialmente adecuados para la distribución en línea. Literatura, música, artes plástica, programas de computación, obras audiovisuales y multimedia, se prestan especialmente a su expresión en código

digital, a su alojamiento en *sitios* y a su distribución por la *www*. De tal modo, a los problemas de propiedad intelectual propios de la *www* se suman los particulares de la distribución en línea de *contenidos* protegidos por la propiedad intelectual. Examinaremos todos ellos en el punto siguiente.

### III. PROBLEMAS Y MEDIOS DE SOLUCIÓN

Exponer un conjunto tan variado de problemas en el breve espacio de la participación en un panel es tarea difícil, tanto más si se quiere apuntar en cada caso las soluciones técnicas o legales<sup>12</sup> disponibles. La exposición que sigue presenta los casos que he reunido para exhibir en la pantalla del salón donde se realiza esta Consulta, siguiendo un orden arbitrario, que no se influye por la gravedad ni la repetición del problema.

#### A. DESVÍO DE CLIENTELA

Como el comercio en general, su variedad electrónica se encuentra sometida a las leyes de la competencia, así como a las que organizan la defensa de los derechos del consumidor. Los recursos técnicos que se utilizan en la *www* permiten realizar maniobras tendientes a desviar la demanda que debería dirigirse hacia determinado ofertante y entorpecer al consumidor su

12. En todos los comentarios legales he adoptado una posición neutra, refiriéndome a lo que por lo común es cierto en los países de las Américas. Cuando existen conflictos judiciales informados, cito como referencia para ilustración del lector una lista no exhaustiva de casos y decisiones que han sido resueltas con arreglo a la legislación de un país determinado. Cuando no se indica otra cosa, el caso referenciado puede ser accedido: a) en la Internet Library of Law and Court Decisions, que generosamente mantiene la firma newyorkina Phillips Nizer Benjamin Krim & Ballon LLP el sitio <http://www.phillipsnizer.com>.; o b) en el sitio francés <http://www.legalis.net/jnet/> mantenido por Legalis.Net y recopilado por Daniel Duthil.

libre selección del producto o servicio requerido. Esto naturalmente se extiende a los *contenidos* protegidos por propiedad intelectual, con daño para los titulares de derechos, quienes ven disminuida por malas artes la posibilidad de que la obra o interpretación que ofrecen sea seleccionada y requerida por el público.

Por el momento, la mayor parte de los conflictos conocidos entre operadores comerciales que actúan en el comercio electrónico se han producido en esta área.

## B. MAL USO DE NOMBRES DE DOMINIO Y DIRECCIONES DE INTERNET

### 1. *Problema*

En otros paneles se hablará con mayor detalle de la naturaleza técnica de las direcciones de Internet y del problema que el uso de marcas comerciales como *nombres de dominio* ha traído aparejado<sup>13</sup>. Lo que importa aquí es destacar el desvío de clientela que se produce cuando los *browsers* y otras herramientas de navegación utilizan una marca comercial como argumento búsqueda.

Obviamente, aquellos consumidores que no conocen con precisión la dirección del sitio adonde se ofrece un producto o servicio tienden a usar la marca o título del mismo como palabra descriptiva del objeto de su búsqueda. Como las herramientas buscadoras dan prioridad al

contenido textual de las *URL*, la apropiación de la marca ajena en el *nombre de dominio* operará como un fuerte factor de prioridad en la lista de *hits* ofrecidos. Lo mismo ocurrirá si la marca o título de obra ajeno se incorpora al *nombre* del directorio o archivo que sirve de dirección a la página en que esté alojado el recurso.

### 2. *Solución*

Salvo cuando se incorpore al *nombre de dominio* o *dirección* la copia completa y textual del título de una obra<sup>14</sup> (usar “StarTrek.com”, por ejemplo) será difícil procurar una solución por la vía del derecho de autor, ya que ninguna reproducción de la expresión original de un autor habrá ocurrido.

En algunos casos, el derecho de marcas permitirá reaccionar contra el usurpador y recuperar el uso de la marca como *nombre de dominio*, aunque no se conocen todavía casos en que una marca se haya usado para impedir la inclusión de determinadas palabras en las *URL* de páginas internas<sup>15</sup>. El derecho de la competencia podría utilizarse en casos en que fuera posible demostrar una infracción a sus reglas.

La verdadera solución a este problema vendrá seguramente en un futuro próximo por el lado de la técnica, cuando los navegantes puedan acotar su búsqueda con recurso a instrumentos que “conozcan” el

13. El fallo estadounidense en el caso *MSPaineWebber Inc. v. www.painewebber.com* -1999 U.S. Dist Lexis 6552 (E.D.Va. April 9, 1999) el demandado buscó aprovechar los errores de tipo de los navegantes que deseaban llegar al *sitio* de la actora, usando el nombre de dominio *www.painewebber.com* para su sitio de pornografía. El tribunal dispuso el cambio de nombre basado en la legislación sobre marcas.

14. Generalmente el título de la obra tiene la misma protección legal que la propia obra. La Convención de Berna no incluye esa protección dentro del *jus conventionis* y solo menciona los títulos en el art. IV, 3) del Anexo.

15. De hecho, la mayor parte de las desviaciones de clientela no se opera a partir de una *home page* sino por aparecer repetidamente en la lista de *hits* la referencia a páginas internas del mismo *sitio*. Curiosamente, esto no ha provocado hasta la fecha un conflicto informado.

*contenido* requerido<sup>16</sup> o guíen “honestamente” al cliente hacia la oferta pertinente<sup>17</sup>. Tampoco debe descartarse el gran poder de las reglas que pueden surgir de la autorregulación de sectores de actividad: bastaría que un conjunto importante de proveedores de servicios de valor agregado incluyera entre sus reglas de juego algunas que amenazaran dejar afuera del ciberespacio a quienes “juegan sucio” para que una porción mayoritaria de estas conductas abusivas desapareciera de Internet.

### 3. Casos

Archidiocese of St. Louis, *et al.* v. Internet Entertainment Group, Inc., Case 4:99 CV27SNL, 1999 U.S. Dist. Lexis 1508 (E.D. Mo., Feb. 12, 1999).

Actmedia, Inc. v. Active Media International, Inc., Civ. 96C3448 (N.D. Illinois, July 17, 1996).

Porsche Cars North America, Inc., *et al.* v. Porsch.com, *et al.*, Civil Action 99-0006-A, 1999 U.S. Dist Lexis 8750 (D. Va., June 8, 1999).

British Telecommunications *et al.*/ One in a Million *et al.*, British High Court, November 28 1997.

S.A. L'Oréal, S.A. Parfums Guy Laroche, S.N.C. Lancôme Parfums Beauté et Cie., S.N.C. Parfums Cacharel et Cie./ Messieurs A. et M. O. Ordonnance de

référé - Tribunal de Grande Instance de Nanterre - 30 juin 1999.

### C. USO DE META TAGS Y TEXTOS OCULTOS

#### 1. Problema

La mayoría de las herramientas de navegación, en orden a seleccionar los *hits* pertinentes, luego de las direcciones de *sitios* y *páginas* atribuyen valor especial a la información contenida en los *meta tags*<sup>18</sup>. En la jerarquía siguen los títulos y subtítulos, los *hipervínculos* (incluyendo los que remiten a *páginas* internas) y el propio texto. Quienes desean atraer hacia su negocio la clientela que está intentando llegar al de un competidor recurren a un uso vicioso de estos elementos para lograrlo.

Una estratagema sencilla es incluir como *meta tag* del propio *sitio* o *página* la denominación empresarial, la marca comercial, o el título de obra ajeno. Otras, más elaboradas, consisten en denominar, con las palabras que se desean usar, una imagen muy pequeña, que el ojo humano no podrá percibir pero cuyo *hipervínculo* leerán los agentes buscadores, o escribir esas palabras con “tinta” del mismo color que el “fondo”, de modo que pasen desapercibidas a quien lee la pantalla pero no a los recursos de *software* que leen los textos. La proliferación de *hipervínculos* al

16. Por ejemplo, el navegante actual puede acortar notablemente su búsqueda y obtener un acceso más directo al *sitio* donde se aloja el *contenido* requerido usando herramientas como el buscador *Real Name* ([www.Central.com](http://www.Central.com)) que con gran precisión proporcionan la dirección de una compañía (editorial, sello grabador, a nuestros efectos) cuya denominación (o parte principal de ella) ingrese el navegante como argumento de búsqueda.

17. Por ejemplo, están disponibles en la actualidad recursos como BargainFinder (<http://bf.cstar.ac.com/bf/>) que seleccionan automáticamente la mejor oferta por una disquería “virtual” de un disco determinado.

18. Los *Meta tags* son palabras o signos incorporados a los códigos fuente redactados en el lenguaje HTML. No se ven ni se oyen por los navegantes pero son procesadas por las computadoras y leídas por los *agentes de software* al practicar las búsquedas. Su destino es alojar la descripción del *sitio* o de la *página* por medio de las “palabras clave” adecuadas.

*sitio* o *página* cuya clientela se pretende expoliar es igualmente frecuente.

Con uso de uno u otro recurso (o de varios de ellos) los competidores virtuales deshonestos logran colocarse en primer lugar en las listas de *hits* y en ocasiones multiplicar esa colocación con referencias a diferentes *páginas* de un mismo *sitio*.

## 2. Solución

Como en el caso anterior, la solución pasará en pocas ocasiones por el derecho de autor y en algunas más por el derecho de marcas. El recurso al derecho de la competencia se presenta como el que más posibilidades ofrece. Vale lo dicho en el caso anterior acerca de recursos técnicos y autorregulación.

## 3. Casos

Bally Total Fitness Holding Corporation v. Andrew S. Faber, 29 F. Supp. 2d 1161 (C.D.Cal., Nov. 23, 1998).

Nettis Environmental Ltd. v. IWI, Inc., et al., Case 1:98 CV 2549, 1999 U.S. Dist. Lexis 5655 (N.D. Ohio, April 14, 1999).

Playboy Enterprises, Inc. v. Terri Welles, 7 F. Supp. 2d 1098 (S.D. Ca., February 27, 1998).

## D. ALTERACIÓN DEL ORDEN DE PRELACIÓN Y PUBLICIDAD A MEDIDA

### 1. Problema

Los comerciantes electrónicos desleales con sus competidores no son los únicos protagonistas de fraudes contra la libre competencia. También quienes explotan

recursos de navegación han descubierto maneras de obtener utilidad que podrían operar como causas de desviación de clientela.

El orden de prelación en la lista de *hits* puede ser alterado por recursos ínsitos en el propio instrumento de navegación. El mismo puede ser programado para que ofrezca siempre en lugar privilegiado determinado *hit* ante un requerimiento que llene ciertos parámetros, o para que altere el orden de los *hits* colocando a alguno a la cabeza del *ranking* cada vez que el mismo aparezca en cualquier lugar de la lista. También es posible programar que ante el ingreso de determinados parámetros por el navegante se despliegue, junto con la respuesta del *browser*, una cierta publicidad<sup>19</sup>.

La primera figuración en las listas y la aparición de publicidad acompañando el despliegue de la lista tienen un valor obvio como medios para inducir al usuario a acortar la búsqueda comenzando la exploración por el elemento más accesible.

Un supuesto adicional de conflicto es el uso de cualquier clase de recurso tecnológico para dificultar o impedir al público el acceso a bienes o servicios de la competencia o para negar a los competidores el acceso a los propios bienes y servicios ofertados al público sin restricciones<sup>20</sup>.

### 2. Solución

En este caso, el único recurso legal será al derecho de la competencia. Naturalmente que habrá que esperar que la autorregula-

19. En la *www*, la publicidad constituye normalmente un hipervínculo, de modo que quien se sienta atraído por ella tendrá un acceso directo al *sitio* publicitado.

20. Por ejemplo, en *Hartford House, Ltd. v. Microsoft Corporation, et al.*, Case CV 778550 (Sup. Ct. Ca., December 8, 1998), el actor reclama contra el administrador de un sistema de

ción de los proveedores de servicios de valor agregado para Internet limite no solamente las malas prácticas de algunos usuarios sino también los abusos que ellos mismos podrían cometer al alterar por motivos comerciales la “neutralidad” de los algoritmos de búsqueda.

### 3. Casos

Brookfield Communications Inc. v. West Coast Entertainment Corp., 98-56918 (9th Cir. April 22, 1999).

#### D. PLAGIO DE LA EXPRESIÓN DE SITIOS

##### 1. Problema

La proliferación de *sitios* y el fácil acceso a sus códigos fuente ha permitido que copias de sectores de expresión, en su estado original o con modificaciones, se aprovechen por terceros distintos del autor como “bloques” para la construcción de un nuevo *sitio*. En estos casos, a la dificultad de descubrir una usurpación oculta entre la infinita cantidad de hilos de la red se añade la de determinar la real existencia de plagio, por cuanto es frecuente el uso por el autor original y por el plagiarlo de herramientas de programación muy difundidas, y también porque las soluciones en boga para algunas partes de la expresión (barra de botones, ventanas, etc.) han llegado a constituir un “lugar común” en ese lenguaje.

##### 2. Solución

El recurso legal es la aplicación de los principios del derecho de autor, hasta ahora eficaces para proteger contra el plagio cometido por competidores a nivel nacional o internacional. Las dificultades de orden práctico disminuirán en muchos casos las posibilidades de éxito de los recursos legales.

#### E. ACCESO CONTRA LAS CONDICIONES DE LICENCIA

Los *sitios*, en cuanto obras de género “multimedia interactivo”, y los *contenidos* accesibles a través de ellos se ponen a veces a la disposición del público bajo determinados términos y condiciones explícitos<sup>21</sup>. En tanto esos términos y condiciones expresan la extensión en que un titular de derechos de autor autoriza el ejercicio por terceros de sus derechos exclusivos, constituyen una licencia, aunque normalmente no reciban esa denominación.

Al igual que la mayor parte de los ejemplares editados por medios “analógicos”, muchos *sitios* se publican sin dar a conocer una licencia explícita ni alusión a términos y condiciones que se deban respetar por el usuario. Naturalmente que en ese caso las condiciones de uso serán las que establezca en subsidio la legislación en materia de derecho de autor<sup>22</sup>.

Tanto en el primero como en el segundo de los casos aparece el supuesto de

correo electrónico por supuestas trabas técnicas al uso de sus fondos decorativos en los mensajes con uso del sistema del demandado. El mismo demandado, Microsoft, se queja a su vez públicamente de la conducta de su competidor AOL a quien imputa usar recursos técnicos para impedir a los usuarios de MSN el acceso al sistema de mensajes electrónicos instantáneos de AOL.

21. Se trata de los denominados “contratos *point-and-click*”, a cuyas condiciones el usuario presta consentimiento haciendo *click* sobre un botón que expresa conformidad.

22. Cambiante, según cuál sea el “país donde se reclama la protección” (*Convención de Berna*, art. 5,2).

la licencia implícita, o sea de la autorización que se supone ha dado el autor a los navegantes al poner a la disposición de ellos recursos cuya utilización implica el uso de alguna de sus facultades exclusivas.

## F. HIPERVÍNCULOS NO AUTORIZADOS

### 1. Problema

El propietario de un *sitio* (y tanto más de un *sitio* implementado con propósito comercial) puede desear mantener el más alto grado de exclusividad posible en la oferta de los bienes o servicios a los que el público accede a través de sus *páginas*, o puede tener interés en que los navegantes sigan un derrotero determinado dentro de su *sitio* antes de llegar a una *página* interior del mismo (por ejemplo, porque de esa forma el navegante debe previamente conocer términos y condiciones, informarse sobre otras ofertas, o recibir cierto mensaje publicitario). Todos esos intereses legítimos pueden recibir daño cuando un tercero no autorizado establece un *hipervínculo*<sup>23</sup> hacia alguna *página* del *sitio* en cuestión<sup>24</sup>.

Por otra parte, la *www* es una “red” precisamente porque sus múltiples y voluntarios “tejedores” han anudado múltiples hilos que vinculan sus partes. Muchos piensan que va contra los prin-

cipios mismos de la *www* imponer limitaciones al establecimiento de *hipervínculos* por los constructores de *sitios*: quienes así opinan privilegian el interés de los usuarios de navegar sin límites en el océano de información<sup>25</sup>.

Una variedad de los *hipervínculos* no autorizados son los que se realizan con la técnica del “marco”, en cuyo caso, aunque el navegante opere el *hipervínculo* se mantiene la vinculación con la página “de partida” (cuyo *URL* permanece desplegado en la zona de comandos que indica el lugar de la *www* donde se encuentra el navegante) continuando en los bordes de la pantalla el despliegue de las barras de comandos y publicidad de la página “de partida”, mientras se comunica en la zona central el contenido de otra<sup>26</sup>.

### 2. Solución

El recurso al derecho de autor tendrá poco éxito en los casos en que el segundo autor limita su uso de elementos literales ajenos a la transcripción en su código *HTML* y en el texto de su pantalla de la *URL* de la página a la que se dirige el vínculo, ya que una *URL* equivale a una dirección y nunca ha sido discutida la libertad de cualquiera de introducir la mención de una dirección ajena dentro del contexto de la expresión propia.

23. Hay dos clases de *hipervínculos*: los que se crean introduciendo el *tag* *IMG* dan lugar a un vínculo estático, que hace aparecer automáticamente una imagen viniendo desde otra *página*, interna o externa, y los que se crean con el *tag* *ANCHOR*, dando lugar aun vínculo dinámico que solo opera comandado por un *click* del usuario.

24. Dedicué a este interesante tema mi artículo *Hipervínculos y Marcos: Cuestiones de Derecho de Autor en el ambiente de la www*, en *DAT*, N° 114 febrero 1998, p. 1.

25. En oportunidad de un conflicto repetidamente comentado, que terminó por acuerdo de partes sin que existiera resolución judicial, Microsoft expresó así en su *sitio* *seattle.sidewalk.com*, su opinión sobre la libertad de vincular contenidos en Internet: “Ticketmaster want Sidewalk to pay for the right to link to its site. We believe this goes against the very nature of the Web and could have serious implication for the future of the Internet”.

26. Los marcos se crean gracias a una función del lenguaje *HTML*, que usaron primero ciertos recursos de navegación para permitir que los usuarios observaran las *páginas* por una ventana sin abandonar el ambiente de la búsqueda.

En cambio, el establecimiento de un vínculo que despliegue automáticamente una obra ajena como un elemento de la obra propia constituye a mi entender una infracción a los derechos exclusivos del autor de ella, ya que aunque no exista una reproducción de la obra dentro del código *html* de la segunda obra sí la habrá en la terminal del navegante cuando éste acceda a la segunda obra: deberá juzgarse la situación desde el punto de vista de su resultado práctico en cuanto por este medio se opera una comunicación al público de la obra, sin prestar atención a la manera en que el segundo autor causa que tal comunicación se produzca. Lo mismo me parece aplicarse al uso de “marcos” con contenido propio para con- tornar la obra ajena<sup>27</sup>.

El derecho de marcas puede resultar eficaz cuando el *hipervínculo* se opere sobre la base de textos que contengan palabras que constituyan una marca registrada o de botones representando una marca de expresión gráfica.

El derecho de la competencia y el principio del enriquecimiento sin causa (particularmente en su versión dirigida a limitar las “actuaciones parasitarias”<sup>28</sup>) se presentan como recursos jurídicos particularmente adecuados para resistir la imposición de *hipervínculos* no autorizados ni deseados.

Todos los recursos jurídicos se refuerzan y la protección que brinda la amenaza de un reclamo de reparaciones económicas aumenta mediante el despliegue de advertencias acerca de la voluntad del propietario de la *página* de reservarse el derecho de autorizar o prohibir *hipervínculos* a ella<sup>29</sup>, y también mediante la inserción en los contratos *point-and-click* de estipulaciones con el mismo propósito<sup>30</sup>.

Como siempre, los recursos técnicos pueden procurar solución óptima: si se ponen en acción filtros que limiten el acceso a las *páginas* verificando el origen del visitante antes de abrirlas, el problema legal de los *hipervínculos* (que es una

27. Haciendo un símil con una situación del mundo analógico, equivaldría a encuadrar páginas de un escrito ajeno dentro de la publicación de una edición propia.

28. Sobre esta interesante creación de la jurisprudencia francesa y sobre su particular aplicación a la defensa de bienes protegidos por el Derecho de Autor, véase André Bertrand. *Le Droit d'Auteur...*, Masson, 1991, p. 84; A. y H.-J. Lucas. *Propriété Littéraire & Artistique*, Litec, 1994, p. 24.

29. Como ejemplo, véase la advertencia desplegada al efecto en el *sitio* <http://www.mattelmedia.com/> de la empresa juguetera estadounidense Mattel Corp: “...Without Mattel’s prior written permission, you may not reproduce, distribute, modify, display, prepare derivative works based on, repost or otherwise use the content of this Web site...”.

Otras advertencias declinan responsabilidad por el uso de los *hipervínculos*, como la inserta en el *sitio* de la OMPI ([www.wipo.org](http://www.wipo.org)): “Descargo de responsabilidad - La Oficina Internacional de la OMPI se esfuerza por asegurar en todo momento la exactitud de esta información, aunque no puede garantizarla. - Los hiperenlaces a otros sitios Web no implican responsabilidad alguna ni aprobación por parte de la Oficina Internacional de la OMPI respecto de la información contenida en los mismos”.

30. Abundante información y opinión sobre este punto se encontrará en el trabajo titulado *Web-Linking Agreements: Contracting Strategies and Model Provisions*, producido por el *Interactive Services Subcommittee of the Law of Commerce in Cyberspace* (CLCC) de la American Bar Association. La publicación incluye un proyecto de contrato-tipo. Casi todos los contratos de sitios importantes dedican cláusulas al control sobre los *hipervínculos* y a declinar responsabilidad por cualquier consecuencia dañosa que derive al navegante de su entrada a *páginas* vinculadas desde la del proponente del contrato.

consecuencia del actual “estado del arte”) se diluirá<sup>31</sup>.

### 3. Casos

*Futuredantics, Inc. v. Applied Anagramics, Inc. et al.*, 97-56711, 1998 U.S. App. Lexis 17012 (Ninth Cir., July 23, 1998).

*Playboy Enterprises, Inc. v. Universal Tel-A-Talk, Inc. et al.*, Civ. 96-CV-6961, 1998 U.S. Dist. Lexis 8231 (E.D. Penn. June 1, 1998).

*Shetland Times Ltd. v. Dr. Jonathan Wills and Zetnews Ltd.*, Court of Session, Edinburgh (Lord Hamilton, J.) (October 24, 1996)

## G. FALTA DE PAGO O PAGO FRAUDULENTO

### 1. Problema

Naturalmente que los comerciantes electrónicos de *contenidos* protegidos por la propiedad intelectual tienen el mismo interés que cualquier otro operador económico en recibir la retribución que estipulen como compensación por sus esfuerzos. No todos los navegantes que desean acceder a estos *contenidos* están dispuestos a pagar tal retribución y algunos de ellos encuentran la forma de recibir en sus terminales el bien o el servicio que requieren eludiendo o engañando los recursos técnicos que administran los pagos o bien utilizando de manera fraudulenta medios de pago ajenos.

### 2. Solución

Tanto el derecho común como el derecho de autor brindan recursos de protección eficaces contra este tipo de conductas. Sin embargo, las dificultades de detectar y

probar esos atentados son tan grandes como desproporcionado el costo de una acción legal respecto del ingreso perdido en razón de la usurpación. Por otra parte, la estructura de costos de la distribución *en línea*, con precios bajos y márgenes ajustados, no soporta gastos de cobranza compulsiva ni acciones dirigidas contra usuarios finales fraudulentos ocasionales. Los recursos técnicos vuelven a presentarse como las mejores garantías de respeto a los derechos de los titulares de propiedad intelectual.

## H. SIMULACIÓN DE CONDICIÓN

### 1. Problema

Son numerosos los *sitios* que estipulan alguna condición para el acceso a los bienes o servicios que ofrecen. Por ejemplo, la calidad de suscriptor, la pertenencia a una categoría determinada, o la mayoría de edad. De la misma forma en que algunos usuarios logran circunvalar los mecanismos de cobro, otros lo hacen respecto de la verificación de su cumplimiento con alguna condición requerida. En algunos casos, el ingreso de determinados navegantes puede además cargar responsabilidades sobre el propietario del sitio, cuando en ciertas legislaciones existen limitaciones legales a la comunicación de determinados materiales (discriminación política, religiosa, sexual, etc.).

### 2. Solución

El derecho común ofrece las mejores defensas contra las infracciones al deber básico de veracidad. Desde el punto de vista jurídico, será fácil reaccionar contra

31. De hecho, el lenguaje HTML tiene recursos suficientes para incluir una protección contra los *hipervínculos* no deseados al realizar la programación de la página.

quien haya obtenido una prestación gracias a la simulación de una condición que realmente no posee. De nuevo, no será tan fácil llevar esto a la práctica por la insignificancia del perjuicio en relación al costo de las acciones legales de protección. Por ello, los recursos técnicos vuelven en este caso a constituir la única vía eficiente de protección.

## I. PIRATERÍA DE CONTENIDOS

Naturalmente que también en el mundo virtual la piratería constituye un serio problema. Es un problema agravado, por cuanto los *contenidos* protegidos por propiedad intelectual distribuidos en la *www* se registran en código digital y por tanto pueden reproducirse sin pérdida de fidelidad en la copia, lo que despierta la codicia de los piratas y aumenta la receptividad de los usuarios al material de origen dudoso.

Mientras el constante aumento de la eficiencia de las herramientas de Internet da nacimiento a un mayor número de negocios legítimos de distribución en línea de bienes protegidos por la propiedad intelectual, se registra un avance paralelo de las organizaciones piratas. Sólo una reacción mundial eficiente podrá poner límites a esta amenaza y afianzar el comercio electrónico legítimo de obras e interpretaciones y ejecuciones artísticas.

## J. REPRODUCCIÓN NO AUTORIZADA

### 1. *Problema*

Algunos *sitios* comercian distribuyendo en línea *contenidos* que no les pertenecen ni les han sido licenciados. Para ello copian material publicado de manera legítima sobre soporte digital (en ejemplares autónomos o en otros *sitios*) o “digitalizan” material originalmente publicado sobre soporte analógico. En algunos casos, esa conducta es atribuible a error de los operadores, por cuanto algunos de los derechos de propiedad intelectual han caído en el dominio público en tanto que otros permanecen en el dominio privado, dificultando la determinación por terceros del término de protección aplicable. Esta dificultad se agrava en razón de las diferencias entre las legislaciones en cuanto a la extensión temporal de la protección<sup>32</sup>.

La reciente aparición del formato de archivo *MP3*, que permite comprimir archivos de sonido en forma que puedan ser transmitidos a través de un ancho de banda estándar y almacenados con uso de una capacidad de memoria razonable ha agravado el problema de la distribución pirata de *contenidos*, atentado gravemente contra el desarrollo del negocio de la distribución en línea de obras e interpretaciones artísticas<sup>33</sup>.

32. Por ejemplo, bases de datos que distribuyen obras literarias del dominio público establecen una excepción respecto de la obra *Peter Pan*, requiriendo que navegantes domiciliados en el Reino Unido se abstengan de utilizarla (en razón del art. 301 de la *Copyright, Designs and Patent Act* británica).

33. De acuerdo a la federación mundial de la industria fonográfica, IFPI, el mercado pirata mundial ascendió a 2 billones de unidades con un valor de u\$s 4,5 billones, durante 1998. Se vendieron 400 millones de CD piratas con un crecimiento del 20% respecto de 1997 y se detectaron al final del año más de 500.000 archivos digitales piratas a lo largo de la *www* (datos en *www.ifpi.org*).

## 2. Solución

El derecho de autor es el recurso jurídico apropiado para impedir estas transgresiones<sup>34</sup>. Las medidas técnicas pueden servir de gran (indispensable) auxilio para descubrir las infracciones, al imprimir una marca indeleble sobre los archivos digitales<sup>35</sup>, que facilite su búsqueda a lo largo de la red<sup>36</sup>.

## 3. Casos

Editions Musicales Pouchenel, Warner Chappell France, MCA Caravelle / Ecole Centrale de Paris (ECP), Jean-Philippe R., Guillaume V., et Ecole Nationale Supérieure des Télécommunications (ENST), Ulrich F., François-Xavier B. Ordonnance de Référé - Tribunal de Grande Instance de Paris - 14 août 1996.

## K. COMERCIO DE EJEMPLARES FÍSICOS ESPURIOS

### 1. Problema

Es actualmente muy común que piratas (sobre todo de programas de computación y fonogramas) utilicen *sitios* como medio para publicitar y ofertar copias que el pirata reproduce sobre discos CD grabables a la medida de los requerimientos del solicitante o mediante copia directa e íntegra de ejemplares legítimos de la obra. La presencia del pirata en la red constituye así un acto preparatorio para practicar un ilícito contra los derechos de autor, aunque no necesariamente un acto de piratería en sí mismo<sup>37</sup>.

### 2. Solución

Tanto el derecho común civil o criminal como el derecho de autor proporcionan medios legales eficaces para reaccionar contra esta clase de actos preparatorios de

34. La primera resolución de la justicia argentina respecto de piratería usando archivos MP3 se dictó en la causa 32.859/99 del Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción 25, secretaría N° 161 a cargo del Dr. Julio Quiñones, caratulada “Jaime y Reina por infracción Ley 11.723”. En ese caso, la justicia secuestró en el laboratorio pirata aproximadamente 1.200 CD.

35. Como ejemplo, véase la definición de su “marca de agua” que Digimarc Corp. ofrece en su sitio <http://digimarc.com>: “A Digimarc watermark imitates naturally occurring image variations and is repeated randomly throughout the image so that it cannot be perceived. To further hide the watermark, the Digimarc watermarking process is perceptually adaptive, meaning it automatically varies the intensity of the watermark in order to remain invisible in both flat and detailed areas of an image. A Digimarc watermark is durable, able to survive across file formats and most transformations of the image such as copying and editing, and can be read even when the image is cropped. The watermark is embedded digitally within the image, remaining a part of the image even when printed, and can be read by scanning the printed image into a computer. This durability ensures that the watermark stays with the image wherever it may travel”.

36. Véase, por ejemplo el servicio de cibervigilancia que Kessler & Associates ofrece en su sitio <http://www.investigation.com>: “*Web.Sweep* begins its state-of-the-art detective work by systematically searching out key words or symbols that compare closely to your intellectual property material(s). Employing state-of-the-art intelligent systems, the service can be customized to search for copyrighted materials, trademarks, licensed images, names or phrases or other intangibles you specify. Once *Web.Sweep* detects a site containing elements of similarity to your intellectual property, the site is “tagged” for personal review by a team of highly skilled researchers and investigators at Kessler & Associates”.

37. No obstante, como es fácil ser generoso con lo ajeno, estos sitios suelen ofrecer programas de computación *shareware* o “muestras gratis” de fonogramas en formato MP3, que el público puede “bajar” a su arbitrio.

una infracción. Los recursos técnicos pueden también en este caso ser de ayuda, ya que agentes de *software* especializados podrían recorrer la red a la búsqueda de *sitios* que almacenaran determinados contenidos que se desea proteger.

### 3. Casos

Edirom/Global Market Network (GMN), Tribunal de Commerce de Nanterre, 9ème ch. - 27 janvier 1998.

## L. USO DE “CLIP ARTS” NO LICENCIADOS

### 1. Problema

Es común que quienes construyen *sitios* utilicen como *clip arts* elementos de propiedad intelectual ajena, tales como caricaturas, fotografías, diseños, fondos, guardas, ráfagas de sonido, etc. En algunos casos, esos elementos han sido voluntariamente destinados por sus propietarios intelectuales para tal uso; en otras ocasiones la licencia de uso depende de pagos que no han sido cumplidos. En muchos casos, los elementos son comercializados para su uso como *clip arts* por terceros que no contaron con todas las autorizaciones del caso<sup>38</sup>.

### 2. Solución:

El derecho de autor brinda base sólida a los propietarios intelectuales para la defensa respecto del uso de sus obras como materiales para la construcción de *sitios*.

### 3. Casos

Marobie-FL Inc. d/b/a Galactic Software

v. National Association of Fire Equipment Distributors and Northwest Nexus Inc., 983 F. Supp. 1167 (N.D. Ill., Nov. 13, 1997).

## IV. UNA DIFICULTAD GENERAL: EL DERECHO APLICABLE Y LA JURISDICCIÓN COMPETENTE

Cualquiera sea la rama de leyes a la que se recurra, la tutela de los derechos de propiedad intelectual se verá dificultada por la naturaleza internacional del ambiente de la Internet. La aplicación de reglas para la determinación del derecho aplicable y del tribunal competente resultaba relativamente sencilla en el ambiente del comercio internacional “tradicional”, en el que las mercaderías o servicios tenían un origen y un lugar de destino fácilmente verificables. Un tráfico comercial al que concurren múltiples operadores usando computadoras distribuidas en lugares no determinados a lo largo del mundo y con uso de medios de comunicación que por su mecánica ni siquiera admiten determinar las rutas seguidas por los mensajes<sup>39</sup> no permite aplicar con facilidad las presentes reglas, de modo que una parte importante de las preocupaciones jurídicas y de los precedentes judiciales del actual derecho del ciberespacio (*Cyberspace Law*) se refiere a esta materia.

En lo que se refiere de manera específica a propiedad intelectual, el problema de la determinación de la ley aplicable es el mismo. En teoría, podría afirmarse que

38. Trato más extensamente estos problemas en mi contribución titulada *Intellectual Property Issues in the Creation and Use of Digital Images* al libro *Exploiting Images and Image Collections in the New Media*, publicado por Kluwer Law International (London 1999).

39. Internet se funda en la comunicación por “paquetes” conmutados, en la que cada “paquete” de datos sigue la ruta más expedita para llegar a su destino.

basta con aplicar el principio del artículo 5.2 de la Convención de Berna<sup>40</sup>; sin embargo, no resulta tan seguro que el imperio de la legislación del “país en que se reclama la protección” se extienda hasta el lugar donde deba llevarse a cabo alguna acción para hacer cesar el perjuicio, ni tampoco que la autoridades con jurisdicción en ese lugar concedan *exequatur* a la resolución que se dicte en otra jurisdicción. De cualquier modo, aun cuando la regla de establecimiento del derecho aplicable funcionara con eficacia en algunos casos concretos y fuera respetada por los organismos jurisdiccionales correspondientes<sup>41</sup>, obligaría muchas veces a litigar con mayores costos y menores seguridades en países alejados, donde pueden imperar parámetros legales diferentes a los conocidos por quienes buscan protección.

La solución no parece ser otra que un avance hacia la armonización legislativa en el derecho sustantivo y en las reglas de

determinación de la ley aplicable y el fuero competente. Las ventajas que derivan a la comunidad global del comercio electrónico en general y de la distribución *en línea* de contenidos protegidos por la propiedad intelectual están condicionadas a que la inmediatez y economía que permiten los recursos organizacionales y tecnológicos no resulten impedidas por dificultades legales. En lo que específicamente concierne a los contenidos, resultaría imposible o muy complicada la aplicación de procedimientos automáticos de administración de la propiedad intelectual si debiera admitirse la posibilidad de que la titularidad de tal propiedad y la extensión de los derechos a su explotación cambiara según fuera la radicación del usuario que demanda el servicio<sup>42</sup>.

### 1. Casos

CompuServe Inc. v. Patterson, 89 F.3d 1257 (6th Cir. 1996).

40. *Convención de Berna*, “Artículo 5. 2. El goce y ejercicio de estos derechos no estarán subordinados a ninguna formalidad y ambos son independientes de la existencia de protección en el país de origen de la obra. Por lo demás, sin perjuicio de las estipulaciones del presente Convenio, la extensión de la protección así como los medios procesales acordados al autor para la defensa de sus derechos se regirán exclusivamente por la legislación del país en que se reclama la protección”. La OOMPI implementó el programa denominado *Los derechos de propiedad intelectual más allá de la territorialidad* para avanzar estudios sobre este punto, reuniendo un *Grupo de Consultores sobre los aspectos internacionales privados de la protección de obras y objetos de derechos conexos transmitidos mediante redes digitales mundiales*, (Ginebra, 16 a 18 de diciembre de 1998) del que formé parte.

41. Precisamente uno de los mayores problemas que preocupan a los juristas dedicados a esta rama del Derecho es la proliferación de decisiones en las que tribunales de distintos lugares de mundo se consideran competentes para entender casos relativos a operaciones en el *ciberspacio* que afectan a partes radicadas en su jurisdicción en relación con otras partes que no han realizado actos que los colocaran dentro de tal jurisdicción. Obviamente, los tribunales que se abocan a estos casos aplican la ley de su jurisdicción a partes que han actuado ateniéndose a reglas distintas vigentes en jurisdicciones diferentes.

42. ¿Cómo, por ejemplo, expresar en un *metatag* las condiciones de licencia para el *download* por el público de una película cinematográfica, incluyendo precios y formas de pagarlos, si cambiara de país en país la identidad de sus autores y por tanto de las personas con capacidad jurídica para otorgar licencias y cobrar regalías? Si el artículo 12 del *Tratado de la OOMPI sobre el Derecho de Autor* y el artículo 19 del *Tratado de la OOMPI sobre Interpretaciones y Ejecuciones y Fonogramas* tienen algún sentido funcional (¡y vaya si creo que lo tienen!) su futura vigencia a lo largo de las legislaciones del mundo reclamará un avance en la armonización de las disposiciones sustanciales.

Maritz Inc. v. CyberGold Inc., 947 F. Supp. 1328 (D. Mo. August 19, 1996).

Bensusan Restaurant Corp. v. King, 1996 WL 509716, 937 F. Supp. 295 (S.D.N.Y. Sept. 9, 1996) *aff'd*, 126 F.3d 25, 1997 U.S. App. LEXIS 23742 (2d Cir., Sept. 10, 1997).

American Homecare Federation Inc. v. Paragon Scientific Corporation *et al.*, Case CV-893 (WWE), 1998 U.S. Dist. Lexis 17962 (D. Conn., October 26, 1998).

United States v. Thomas, 74 F.3d 701 (6th Cir. 1996) cert. denied 117 S. Ct. 74 (1996).

Jerrold M. Shapiro v. Santa Fe Gaming Corporation, 97 C 6117, 1998 U.S. Dist. Lexis 2488 (N.D. Ill. February 26, 1998).

## V. CONCLUSIONES

La conclusión primera y más importante que se extrae al analizar el tema de este estudio es que la dependencia del *comercio electrónico* respecto de las técnicas digitales propias de Internet tornan al derecho de autor y a los derechos llamados “conexos” en instrumentos jurídicos indispensables para el correcto funcionamiento de esta modalidad de intercambio, tanto porque las expresiones protegidas por la propiedad intelectual constituyen la materia prima de todos los elementos del mundo virtual como porque los *contenidos* protegidos por

la propiedad intelectual son y serán materia privilegiada para el comercio *en línea*.

La segunda conclusión es igualmente trascendente: los grandes principios jurídicos existentes son eficientes para la solución de conflictos en el ambiente de la Sociedad de la Información y permiten establecer con razonable equidad el equilibrio de intereses en el mundo virtual. La crisis que la Internet y el auge del comercio electrónico introducen no descalifican los principios jurídicos tradicionales sino que exigen disponer de instrumentos de ejecución (*enforcement*) adecuados al “estado del arte” para asegurar el cumplimiento efectivo de tales principios. En este orden pueden discernirse algunas consecuencias:

– Projectada para dar solución a los problemas de propiedad intelectual que se planteaban en el contexto de la Sociedad Industrial, la legislación interna de casi todos los países no brinda solución particular a los problemas propios de la creación y explotación de propiedad intelectual en el marco de la Sociedad de la Información<sup>43</sup>. Debe alentarse una completa actualización de la legislación sobre derechos de autor y los derechos denominados “conexos” al actual estado del arte, teniendo en cuenta al hacerlo los nuevos bienes inmateriales y los peculiares *modus operandi* que se manifiestan en Internet y en el comercio electrónico de propiedades intelectuales. Un progreso hacia la actualización y armonización del

43. En algunos casos, esta falta de solución particular agrava sus consecuencias por existir soluciones particulares implementadas para el marco económico-social precedente, que impondrían consecuencias no previstas ni deseadas por el legislador en caso de ser aplicadas por analogía a los fenómenos de la Sociedad de la Información. Tal es el caso cuando se pretende la aplicación a las obras multimedia interactivas (*sitios* de Internet, entre otras) de principios particulares reservados a las *obras audiovisuales*.

derecho de propiedad intelectual será la pronta implementación en las legislaciones nacionales de los principios incorporados al Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación y Ejecución y Fonogramas. Un paso más largo será ampliar la *agenda digital* para procurar un entendimiento internacional sobre los aspectos conflictivos de propiedad intelectual en el ambiente de Internet que la experiencia permite ir determinando.

– Los recursos técnicos proporcionan a los titulares de derechos de propiedad intelectual las mayores posibilidades de protección efectiva, ya que evolucionan junto con el estado del arte y se adecuan a los avances tecnológicos y a las nuevas modalidades de negocios con una velocidad a la que los instrumentos legales no pueden aspirar. Por ese motivo es críticamente importante asegurar una fuerte protección legal a cualquier recurso técnico que un titular de derechos de propiedad intelectual introduzca para la protección de un derecho reconocido por las leyes. El artículo 11 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor y el artículo 18 del Tratado de la OMPI sobre Interpretación y Ejecución y Fonogramas son trascendentales avances en este sentido.

– Será necesario llegar prontamente a un acuerdo global acerca de la estandarización de los registros ocultos (*headers*, *metatags*, etc.) incorporados a cada contenido protegido por la propiedad intelectual que sea objeto de comercio electrónico, de modo que pueda individualizarse cada *contenido*, así como los titulares de derechos sobre el mismo, los términos y condiciones establecidos por los propietarios para su uso, y todas las

informaciones útiles acerca de su propiedad y formas de explotación permitidas. Esto aumentaría sensiblemente la seguridad jurídica de quienes ofertan y demandan de manera legítima estos bienes y haría posible implementar procedimientos eficientes y económicos de administración de la propiedad intelectual.

– La extensión universal de Internet dificulta el cumplimiento de regulaciones nacionales disímiles, tornando imprescindible un alto grado de armonización legislativa (que aún está lejos de lograrse) y demuestra la eficacia de la autorregulación por parte de los operadores. Para que la autoregulación obre en beneficio común de toda la comunidad de Internet, un requerimiento mínimo será que los operadores establezcan normas claras y serias, cargando con responsabilidad legal en caso de incumplimiento de tales normas. Es igualmente conveniente promover la cooperación entre los titulares de propiedad intelectual sobre *contenidos* y los proveedores de servicios de valor agregado, de modo de asegurar en la medida de lo posible un ambiente legalmente seguro para todos los que contribuyen al flujo eficiente y rico de información en la *www*.

– El alcance global de Internet causa que en un corto lapso puedan producirse perjuicios de gran magnitud a los derechos de propiedad intelectual. La eficacia práctica de cualquier regla que establezca justicia en una relación entre partes está condicionada a la existencia de medidas procesales o administrativas que permitan a los titulares agraviados prevenir o limitar el perjuicio. Entre estas medidas debería existir alguna que abriera para los titulares de derechos una vía para demandar la protección de las autoridades pertinentes

usando desde cualquier localización en el globo recursos interactivos accesibles en la *www*, y exigir a quienes prestan servicios de valor agregado que organicen un procedimiento para practicar medidas de urgencia en casos en que titulares de derechos demuestren la producción de un atentado grave contra los mismos.