

DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL E IMPACTO DE LA INFORMÁTICA (1*)

DELIA LIPSZYC (2**)

En la actualidad se oye mucho decir que, en el entorno digital, el derecho de autor ya no tiene sentido o que debe modificarse.

Sin embargo, desde el origen de la moderna legislación sobre la materia, el derecho de autor ha probado su idoneidad para estimular la actividad creativa –al asegurar al autor la posibilidad de obtener una retribución económica, el respeto por su obra y el reconocimiento de su condición de creador– con el consiguiente provecho para la comunidad al fomentar la creación y difusión de las obras, especialmente de las nacionales.

Esta es la forma de preservar la propia identidad cultural frente a la ingente producción foránea y el indiscutible acceso a los diversos canales de explotación que tiene la producción extranjera.

Esta es, a la vez, la forma de lograr una indispensable diversidad cultural, en contraposición con una cultura global única.

En la Argentina, en “*SADAIC c. Confitería Crazy*”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (sentencia del 2 de marzo de 2011, elDial.com - AA6946, publicado el 22/03/2011), señaló con gran acierto la incidencia que reviste el derecho de autor sobre la identidad cultural y las implicancias que tienen las sociedades de autores en el estímulo de la creatividad nacional y, en la especie, en la preservación del repertorio musical argentino.

Cuando la legislación sobre la materia no tiene niveles adecuados que garanticen una protección efectiva, o no existen sociedades de autores que los representen y gestionen sus derechos eficazmente, o se observa una actitud tolerante hacia los infractores, se priva a todos los sectores interesados de los beneficios que les reporta el derecho de autor.

Pero cuando se menciona a este derecho se despierta una hostilidad como nunca hasta ahora, **fomentada por una mala prensa de inusitada virulencia** que se le hace al derecho de autor.

Jane Ginsburg, la profesora de la materia en la Universidad de Columbia, resume esa mala reputación en una palabra, y esta palabra es *codicia*.⁽³⁾ La codicia corporativa y la codicia de los consumidores.⁽⁴⁾

La codicia corporativa, como la llama Ginsburg, se concreta de muchas maneras: p. ej., en contratos con cláusulas exorbitantes⁽⁵⁾ y en las presunciones de cesión de los derechos de los autores en favor de los

1 (*) Versión escrita de la ponencia presentada por la autora en las *Segundas Jornadas Rioplatenses de Derecho Informático, en homenaje al Prof. Antonio Anselmo Martino*, Buenos Aires, Colegio Público de Abogados de la Capital Federal (CPACF), 18 de agosto de 2011, panel sobre “Derechos de Propiedad Intelectual e Impacto de la Informática”.

2 (**) Profesora consultora de Derecho Internacional Privado, titular de la Cátedra UNESCO de Derecho de Autor y Derechos Conexos e investigadora principal y miembro del Consejo del Centro de Estudios Interdisciplinarios de Derecho Industrial y Económico (CEIDIE) de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Profesora visitante en las Maestrías en Propiedad Intelectual de las universidades Externado de Colombia y Carlos III de Madrid (España) y honoraria de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón (UNIFE) de Lima (Perú). Integrante del Instituto de Derecho Civil y de la Sección de Derecho Internacional Privado del Instituto de Derecho Empresarial de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Presidenta del Instituto Interamericano de Derecho de Autor (IIDA) y de la ALAI-Argentina (grupo nacional de la *Association Littéraire et Artistique Internationale*). Directora del Instituto de Derecho de las Comunicaciones y Derecho de Autor del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal (Argentina).

Sus principales obras son los libros *Derecho de autor y derechos conexos* —escrito por encargo de la UNESCO para la enseñanza universitaria del derecho de autor— y editado por UNESCO/CERLALC/Zavalía en 1993 y reimpresso en 2001, 2005 y 2006. Ha sido publicado en francés en 1997, en inglés en 1999, en chino en 2000, en ruso en 2002 y en árabe en 2003. *Nuevos temas de Derecho de autor y derechos conexos* —complementario del anterior— publicado por los mismos coeditores en 2004. *El derecho de autor en la Argentina*, en colaboración con Carlos Alberto Villalba, publicado en Buenos Aires por la Editorial La Ley, primera edición 2001 y segunda edición 2009.

3 () *Greed*, es la palabra inglesa utilizada por Ginsburg, que puede traducirse como codicia, avaricia, avidez, rapacidad.

4 () GINSBURG, JANE C., “How Copyright Got a Bad Name For Itself” (October 18, 2002), *Columbia Journal of Law and the Arts*, Vol. 26, No. 1, 2002, disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=342182> or doi:10.2139/ssrn.342182.

5 () Por ejemplo, por el contrato de edición musical que firman **todas** las editoriales, éstas conservan bajo su control todas las formas de utilización de las obras por ellas editadas y, generalmente, **por toda la duración del derecho** (la vida del autor y todo el plazo durante el cual la obra permanezca en el dominio privado) y en los cuales los autores les conceden, además

utilizadores de obras de que están plagadas las reformas legislativas que han tenido lugar en los países latinoamericanos, especialmente a partir de 1993, y que vacían de contenido a los derechos de los autores las áreas que, de momento, presentan mayor importancia económica, como son los films, las obras televisivas, los programas de ordenador y, adicionalmente, las obras creadas por encargo y en virtud de un contrato de trabajo.⁽⁶⁾

Por su parte, los consumidores (es decir, los usuarios finales) han mostrado una creciente codicia en adquirir y “compartir” copias no autorizadas de obras, en especial de música y films.

Identifican a los titulares de los derechos solo con grandes, impersonales y no queridas corporaciones –como las llama Ginsburg (*op.cit.*)– sin tomar en cuenta que los creadores y los intérpretes son seres humanos y titulares originarios de esos derechos. Y entre esas odiosas corporaciones incluyen a las sociedades de gestión colectiva de dichos derechos.

Todos los intentos de los titulares de derechos de autor por preservarse de las consecuencias negativas del desarrollo tecnológico son percibidos como ilegítimos, al igual que cualquier aplicación o medida técnica que se pone en el camino de lo que la gente puede y quiere hacer con su propio equipo y en su propio ámbito doméstico.

Son numerosos y repetidos los intentos que se llevan adelante en todas las latitudes, procurando menoscabar principios y normas que protegen la creatividad intelectual, aprovechando la desinformación que aún subsiste en torno a la materia y al desconcierto que produce el impacto de la informática, es decir, lo nuevo, lo desconocido.

Esas iniciativas son alentadas por poderosos intereses comerciales que se erigen en *víctimas* de una suelta *carga* que, según argumentan, *desalienta la inversión o atenta contra la difusión de la cultura*.

¿Cuáles son las razones por las que la tecnología digital –y en particular Internet– significa para los autores no solo una oportunidad sino también una amenaza?

Con el desarrollo de las redes digitales, y en especial de Internet, ya hemos asistido a tres etapas del debate sobre el impacto de la informática⁽⁷⁾. Y podemos decir que estamos asistiendo a una cuarta.

del derecho para la producción, publicidad, distribución y venta de ejemplares impresos en papel, también los derechos para la comunicación pública (la ejecución pública y la emisión, la difusión por redes de cable y la recepción pública de emisiones, etc.) **asegurándose, además, una participación proporcional en los ingresos que corresponden al autor por la explotación de la obra en todo el mundo** (ejecución pública “en vivo” y por medio de grabaciones fonográficas, derechos fonomecánicos –que son los derivados de la venta al público de discos y cintas, de inclusión en publicidad y en obras audiovisuales, etc., etcétera–). La participación editorial en la ejecución pública y en los derechos fonomecánicos, corriente en algunos países es: Argentina, 25%; ídem en Brasil; Francia, 33,33% en ejecución pública y 50% en derecho fonomecánico (*vid.* LIPSZYC, DELIA, *Derecho de autor y derechos conexos*, UNESCO/CERLALC/Zavalía, 1993, p. 302).

6 () En **El Salvador**, la ley dispone en el art. 30 que *el contrato entre los autores de la obra audiovisual y el productor, implica la cesión ilimitada y exclusiva a favor de éste de los derechos patrimoniales reconocidos en la ley, así como la autorización para decidir acerca de su divulgación, salvo pacto en contrario.* Y, el artículo siguiente agrega que esa disposición será aplicable a las obras radiofónicas, con lo cual la presunción se aplica a *todas* las obras audiovisuales.

Normas análogas encontramos en **Ecuador** (art. 35), **Guatemala** (arts. 8 y 27), **Honduras** (art. 22), **México** (art. 68), **Panamá** (art. 15), **Paraguay** (art. 62), **Perú** (art. 66), **República Dominicana** (art. 60) y **Venezuela** (reforma de 1993, arts. 15 y 16). También en **Uruguay**, en el art. 29, tercera parte, aunque en el párrafo siguiente, de modo análogo a las leyes de **México** y **Nicaragua**, establece que: *“Queda a salvo el derecho de los autores de las obras musicales o compositores a recibir una remuneración sobre la comunicación pública de la obra audiovisual, incluida la exhibición pública de películas cinematográficas, así como el arrendamiento y la venta de los soportes materiales, salvo pacto en contrario”*.

Si bien, por tratarse de presunciones *iuris tantum*, los autores pueden hacer valer frente a los terceros que contraten con el productor los derechos que se hayan reservado en los convenios con este último, generalmente son muy pocas las situaciones en las cuales el creador puede lograr que se le reconozcan derechos que, en principio, están establecidos por la ley, pero no en su favor sino en beneficio del productor.

Otras legislaciones, de manera harto reprochable, extienden la presunción *iuris tantum* de cesión a todas las obras realizadas por encargo, como en Venezuela, el art. 59 (con exclusión de las conferencias o lecciones dictadas por los profesores en Universidades, liceos y demás instituciones docentes –§3–) y también, aunque de manera un poco más atenuada (porque es en forma no exclusiva y en la medida necesaria para las actividades habituales del comitente en la época de la creación) en Perú, art. 16, §2; Ecuador, art. 16 y Paraguay, art. 14, §2 (*vid.* LIPSZYC, D., “Avances y retrocesos del derecho de autor y de los derechos conexos en América Latina en el último decenio. La situación del autor frente a editores y productores. 1) Derecho positivo: legislación”, en el libro memoria del Congreso de la ALAI, 2007, Punta del Este –Uruguay–, 31 de octubre al 3 de noviembre de 2007, *El derecho de autor en el siglo XXI: el lugar del autor ante los desafíos de la modernización*, pp. 74-5.

7 () Ficsor, M., conferencia sobre “La protección del derecho de autor y derechos conexos. Papel que desempeñan los Tratados de la OMPI sobre Internet”, durante la *Consulta Regional de la OMPI sobre Comercio Electrónico y Propiedad Intelectual*, Buenos Aires, 2 y 3 de agosto de 1999; “Obligaciones relativas a las medidas tecnológicas y la información sobre la gestión de derechos - La tecnología como respuesta a los retos de la tecnología (Bosquejo)”, *Seminario nacional de la OMPI sobre las*

1) En la primera etapa se predijo que el derecho de autor y los derechos conexos no serían aplicables en el entorno tecnológico de redes digitales.

Es posible que la idea de la inaplicabilidad de las normas sobre la materia se haya debido a que Internet quedó, en gran medida, marcada por su origen, a fines de 1969, en una primera red nacional de computadoras, la *Arpanet*, patrocinada por la Agencia de Proyectos de Investigación Avanzada del Departamento de Defensa de los Estados Unidos de América –cuya sigla en inglés era ARPA (*Advanced Research Projects Agency*)–. El propósito específico de esta red era el establecimiento y la experimentación de vínculos de comunicación entre computadoras e investigadores universitarios.

De modo que, al principio, la red tenía un uso limitado, ligado a la investigación y por ello es probable que se la vinculara más con la posibilidad de acceder a la información y de reproducirla perfectamente, que con el derecho de autor, al que el público en general, y los investigadores en particular, suelen ser poco afectos en cuanto impone restricciones al libre flujo de información cuando esta consiste en obras protegidas por el derecho de autor.

Y –como destaca el autoralista francés André Lucas– todavía no se ha superado la prédica de algunos pioneros de Internet que, inspirados en la tradición libertaria de los primeros tiempos, querían fomentar a toda costa la idea de que la dimensión mundial de las redes supone un vacío jurídico profundo⁽⁸⁾.

2) Con posterioridad se generalizó un enfoque totalmente contrapuesto: todo podía seguir igual en el derecho de autor porque éste es perfectamente apto también en el entorno de las redes digitales.

Y en efecto, los derechos de reproducción y de comunicación pública consagrados por todas las leyes de derecho de autor del mundo como los dos derechos fundamentales y exclusivos de los autores de obras literarias, científicas, artísticas, musicales, dramáticas, audiovisuales, etcétera, cubren todas las operaciones de su utilización con medios informáticos y en el entorno de las redes digitales, inclusive si se trata de leyes vetustas, como la ley argentina N° 11.723, que data de 1933.

Y aunque en la concepción jurídica continental europea los derechos le son reconocidos al autor con carácter genérico (es decir, sin sujeción a *numerus clausus*), en algunas legislaciones recientemente sancionadas, la puesta a disposición del público en Internet de obras protegidas por el derecho de autor, ofreciendo acceso a ellas en forma interactiva –que es la forma de utilización pública de obras característica de la sociedad de la información– es objeto de mención expresa.

Por ejemplo, en América Latina encontramos esta mención en la ley dictada en México en 1996 y en la reforma de 2003; en Perú también en 1996; en las de Brasil, Ecuador, Guatemala y Paraguay en 1998; del año siguiente en Honduras y Nicaragua; en la de República Dominicana de 2000 y en las reformas sancionadas en Costa Rica también en 2000 y en Uruguay en 2003 (art. 2, último párrafo).

Pero aún cuando las leyes no contengan tal mención, esto no es óbice para que el autor disponga igualmente del derecho exclusivo sobre toda forma de utilizar la obra, porque –como dije– *los derechos patrimoniales son reconocidos al autor con carácter genérico*, lo cual aparece indicado en las disposiciones legales en distintas formas. Los derechos de explotación de que dispone el autor son tantos como formas de utilización de la obra sean factibles, no sólo en el momento de la creación de la obra, sino durante todo el tiempo en que ésta permanezca en el dominio privado.

3) En la tercera etapa se llegó a la conclusión de que solo eran necesarias algunas adaptaciones. Y en el plano de las normas internacionales esas adaptaciones llegaron con los tratados de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA/WCT) y sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (TOIEF/WPPT). Como señala el autoralista húngaro Mihály Ficsor, ex director de la Oficina Internacional de la OMPI y padre de esos tratados, éstos “proponen respuestas adecuadas a todas las predicciones de que los derechos de autor y derechos conexos no serían aplicables en el entorno digital y de redes. Los mismos reflejan el reconocimiento de que se hacían necesarios ciertos cambios de las normas internacionales, pero que no se justificaba ninguna transformación fundamental del sistema de derecho de autor y derechos conexos. El nivel de protección de los tratados corresponde prácticamente al del Convenio de Berna y la Convención de Roma, *más* (al menos, en lo que hace a las principales normas sobre derechos, y las excepciones y limitaciones a los mismos) al del Acuerdo sobre los ADPIC, *más* a lo que todavía se ha agregado sobre la base de la llamada ‘agenda digital’ de

medidas tecnológicas de protección en los Tratados de la OMPI de 1996, y en el nuevo Código Penal colombiano, Bogotá D.C., 25 a 27 de abril de 2001, documento OMPI/DA/BOG/01/2 de 19 de abril de 2001, §I, 2 y *La gestión colectiva del derecho de autor y de los derechos conexos*, Ginebra, OMPI, 2002, p. 102, §257.

8 () Lucas, A., “Aspectos de derecho internacional privado de la protección de las obras y los objetos de derechos conexos transmitidos por las redes digitales mundiales”, trabajo presentado en el *Grupo de consultores sobre los aspectos de derecho internacional privado de la protección de obras y objetos de derechos conexos transmitidos mediante redes digitales mundiales*, Ginebra, OMPI, 16 a 18 de diciembre de 1998, documento GCPIC de 25 de noviembre de 1998, §9.

los trabajos preparatorios y la Conferencia Diplomática de 1996. Este último nivel agregado consiste en: i) la aclaración de cómo se deben aplicar en el entorno digital las normas internacionales existentes (en particular, aquellas referidas al derecho de reproducción y a las excepciones y limitaciones; ii) alguna adaptación de las normas existentes a las condiciones nuevas (en particular, la extensión del derecho de [primera] distribución y del derecho de comunicación al público a todas las categorías de obras, junto con el reconocimiento de los derechos correspondientes a la “puesta a disposición” interactiva de obras, interpretaciones o ejecuciones grabadas y fonogramas); y iii) la introducción de algunas obligaciones verdaderamente nuevas (en particular, las referentes a la protección de las medidas tecnológicas y la información sobre la gestión de derechos).⁽⁹⁾

4) En actual etapa el embate afecta por igual a autores, intérpretes e industrias de productos culturales y de servicios de entretenimiento y tiene lugar en el entorno digital y en Internet, donde se generó una cultura de “descargar sin pagar” y de “tener una experiencia que permite actuar sobre los bienes digitales: crearlos, compartirlos, modificarlos, etcétera.”⁽¹⁰⁾

Es que todas las obras pueden ser digitalizadas, es decir, transformadas en señales binarias e incorporadas a la memoria de una computadora personal o de un servidor que puede poner esos contenidos en Internet.

Una vez que las obras y las prestaciones están disponibles, el público puede efectuar copias en forma rápida y perfecta sin importar cuantas veces se hagan ni a qué distancia se encuentre el usuario, frecuentemente sin el conocimiento de los titulares de los derechos.

Una vez descargadas en la computadora del usuario final, las obras que no estén protegidas por medidas tecnológicas –y muchas veces aunque lo estén– pueden ser manipuladas, procesadas, modificadas, ampliadas, reducidas, copiadas y transmitidas por correo electrónico o puestas a disposición del público en un sitio web.

Activas asociaciones de “consumidores” reclaman una aplicación cada vez más amplia de los sistemas de excepciones al derecho de autor o –lisa y llanamente– la inaplicabilidad de las normas jurídicas como pretensos adalides de la defensa de “la libertad de conocimiento”, y dirigen sus acciones hacia quienes pretenden limitarla, como si “libertad de conocimiento” fuera equivalente a “libertad de apropiación”. Sus objetivos, por lo tanto, son autores, empresas, gobiernos e instituciones que abogan por imponer restricciones.

Todo esto evoca fuertemente las escenas de los disturbios en Londres que se difundieron en agosto de 2011, y de la gente saliendo de las tiendas y supermercados con los carritos cargados de mercaderías que, por cierto, no habían pagado.

Pero cuando se trata de plasmados, laptops, teléfonos celulares, cámaras fotográficas, ropas o alimentos, la reacción de las autoridades es mucho más rápida y el público la ve mucho más clara y justificada.

Las asociaciones de “consumidores” que rechazan la aplicación de la ley a los usuarios que “comparten” libremente información a través de la web arguyen que toda restricción al libre acceso y utilización de obras y prestaciones protegidas por el derecho de autor constituyen –como dije– exclusiones o limitaciones impropias, por ejemplo, del derecho de acceso a la educación, la información y la cultura, y hasta del derecho a la libertad de expresión.

Pero contraponer derechos humanos consagrados en el art. 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de París 1948, es –a mi entender– una falacia porque todos ellos tienen la misma jerarquía y son –como ha señalado Carlos Alberto Villalba– *derechos distintos y complementarios*.

Existe una generalizada conciencia de que Internet ofrece fantásticas posibilidades para la educación, la información y el entretenimiento. Jamás como hasta ahora se ha podido acceder de inmediato a obras de todos los géneros, interpretaciones, documentos, sentencias, leyes, noticias, y una infinidad de materiales y, aunque una parte considerable de estos sean de libre utilización y se ofrezcan en sitios abiertos y en forma gratuita, no siempre es así, de modo que otra parte gran parte está protegida por el derecho de autor, o por éste y los derechos conexos.

El derecho de autor está permanentemente acechado por la amenaza de presunciones de cesión en favor de las industrias, que lo vacían de contenido, y por nuevas limitaciones y excepciones –además de los extensos catálogos que ya contienen las convenciones internacionales y las leyes nacionales–.

En los organismos internacionales se dedican largas jornadas de estudio para ampliar los catálogos de excepciones al derecho de autor. Lo mismo sucede en todas las regiones, inclusive en aquellas donde tanto se brega y ha bregado por concientizar a gobernantes y gobernados sobre el imperativo de proteger debidamente la creación intelectual.

9 () Ficsor, M., *La gestión colectiva del derecho de autor y de los derechos conexos*, p. 102, §257.

10 () Chiariglione, L., concepto vertido durante su exposición en el *Congreso Mundial de la CISAC* en Santiago de Chile, setiembre de 2000.

Son numerosos y repetidos los intentos que se llevan adelante en todas las latitudes, procurando menos-cabar principios y normas que protegen la creatividad intelectual, que mucho esfuerzo demandaron para su aceptación y aprobación.

Las conquistas de los autores –conquistas que no son más que el elemental respeto de un derecho humano y de preceptos internacionalmente aceptados desde hace más de un siglo– son permanentemente acechados y puestos en tela de juicio, y así vemos como se suceden proyectos que, de una u otra forma, socavan los derechos de los autores.

De esta manera se minimiza permanentemente la importancia que tiene el sistema de protección internacional del derecho de autor, erigido desde finales del siglo XIX, revisado periódicamente y perfeccionado a lo largo de todo el siglo pasado, y de su valor para el desarrollo del conocimiento, precisa y paradójicamente, en la era del conocimiento.

Es obvio que atravesamos por uno de los períodos de campañas más intensas contrarias al derecho de autor. Pero la incomprensión de lo que está en juego puede dar lugar a medidas irresponsables o demagógicas –ocultas tras grandes banderas y falsas promesas– sobre cuyos riesgos es necesario tomar conciencia, porque no todo lo que permite la tecnología es válido, o debe ser aceptado, como no se acepta que se espíe a las personas o se atente contra su derecho a la intimidad por mucho que existan para ello tecnologías fácilmente disponibles y bastante económicas.

No existen acuerdos definitivos ni situaciones estables. Los cambios son inevitables y es necesario enfrentarse a ellos de modo permanente.