Algunos aspectos sobre los derechos de autor en Internet

(Conflictos con el uso de obras en el ciberespacio)

1) Introducción
2) Las creaciones protegidas y no protegidas en el ciberespacio
3) Usos libres y gratuitos vs remuneración por uso
4) Naturaleza del uso de las obras en internet
5) Principales usos y conflictos en la red. La música en la red
6) Conclusiones

1.- INTRODUCCION:

Internet es un complejo sistema de intercomunicación de computadoras y redes de computadores con alcance mundial (1) que ofrece una indeterminada cantidad de servicios proporcionados por proveedores de conexión. Entre los servicios de que nos ocuparemos en el presente estudio, podemos destacar el correo electrónico o e-mail y el World Wide Web (o Web) que es el medio para buscar la información en modo texto, audio o video.

La Red de Redes forma parte de una comunidad real, llamada también Ciberespacio, conformada por personas que pueden interactuar entre ellas a voluntad, computador de por medio, y en tiempo real sin importar la distancia física que las separe. Internet se encuentra realmente abierta a cualquier persona que quiera ingresar sin importar orígenes, nacionalidad, limitaciones físicas y geográficas. (2)

Pero no todo es color de rosa en el mundo virtual. Descontando los innumerables beneficios que proporciona el acceso inmediato a toda la información que circula en la red, no podemos negar que este medio global, descentralizado y sin fronteras ocasiona una pérdida inevitable (por lo menos por ahora) de control sobre el uso de una gran cantidad de creaciones inmateriales protegidas por legislación nacional e internacional, tales como son las tuteladas por los derechos intelectuales.

2.-LAS CREACIONES PROTEGIDAS Y NO PROTEGIDAS EN EL CIBERESPACIO

Una “web site” posee varios elementos suceptibles de ser protegidos mediante el derecho de autor:

Obras protegidas por la ley 11.723 que habitualmente se encuentran se encuentran en algún sitio web

Obras literarias: El contenido de la mayoría de las páginas en Internet presentan aportes catalogados como obras literarias. El Glosario de la OMPI define a las obras literarias como “un escrito de gran valor desde la perspectiva de la belleza y efecto emocional”, en tanto desde el punto de vista del derecho de autor, se entiende como “obra literaria” a todas las formas de obras escritas originales, sean de carácter literario, científico, técnico o meramente práctico, prescindiendo de su valor y finalidad (Glosario de derecho de autor y derechos conexos, voz 146) A título de ejemplo podemos enumerar las creaciones literarias clásicas (libros de texto, poemas, ensayos, novelas, etc) y las no clásicas (recetas, prospectos farmacéuticos, almanaques, etc).

En un sitio podremos encontrar múltiple información escrita, memorias descriptivas, modelos de escritos, el índice, comentarios, instrucciones para navegar en el sitio, los cuales representan, en la medida que resulten aportes originales, obras literarias protegidas por el derecho de autor.

Con respecto a las obras literarias tradicionales desde hace poco tiempo se posibilitó el acceso vía Internet de novelas enteras de autores reconocidos mundialmente, ya sea en forma gratuita o con el pago de un precio mediante la utilización de una tarjeta de crédito (3). En el ámbito jurídico cada vez existen más portales con una gran cantidad de colaboraciones doctrinales, comentarios a fallos, recopilaciones de diversa información (como otros sitios jurídicos) donde recurren cada vez más los profesiones del derecho (p. ej. www.justiniano.com , www.diariojudicial.com, www.derecho.org ,etc)

Programas de computación: Desde la sanción de la ley 25.036 quedó finalmente incorporado a la enumeración no taxativa del art. 1 de la ley 11.723 “...los programas de computación fuente y objeto; las compilaciones de datos o de otros materiales...”, (4). Los programas de ordenador son la estructura principal de Internet y el uso de ellos es indispensable para ejecutar, reproducir, registrar una gran cantidad de otras obras protegidas, tales como videos, obras musicales, multimedia, etc. Por otro lado, la oferta por la red de “software” es enorme, desde programas antivirus y sus actualizaciones hasta programas operativos.

Base de datos: Se trata de compilaciones sistemáticas de cualesquier elementos, sean protegidos o no por el derecho de autor, donde la originalidad radica en el método de selección. Con los términos "bancos de datos" y "base de datos" se describen los depósitos electrónicos de datos y de información; un sistema de manejo de base de datos; un control que permite a los usuarios ingresar a él de acuerdo a sus derechos de acceso; una administración o manejo de los datos; un diseño de la base de datos y de su estructura, como la selección e implementación del software que permite operarlo. Para la ejecución de esta obra es necesario un software específico que organiza y recupera los datos almacenados, lo que facilita al usuario el acceso(5). El artículo 1, inc. "b" del Decreto 165/94 del Poder Ejecutivo Nacional define a las obras de bases de datos como las "producciones constituidas por un conjunto organizado de datos interrelacionados, compilado con miras a su almacenamiento, procesamiento y recuperación mediante técnicas y sistemas informáticos".

Obras audiovisuales: Según una definición, obra audiovisual es toda creación expresada mediante una serie de imágenes asociadas, con o sin sonorización incorporada, que esta destinada esencialmente a ser mostrada a través de aparatos de proyección o cualquier otro medio de comunicación de la imagen y del sonido, independientemente del soporte material que la contiene (6) Podemos incluir dentro de esta categoría a las obras cinematográficas (reguladas en los arts. 1, 20, 21 y 22 de la ley 11.723), mensajes publicitarios, "video clips", y toda imagen en movimiento.

Creaciones multimedia: Son definidas como todo soporte en el que hayan sido almacenados, en lenguaje digital y en número no inferior a dos de diversos géneros, textos, sonidos, imágenes fijas y en movimiento, que pueden constituir la expresión de obras literarias, musicales, "visuales" (de las artes plásticas y fotográfica) y audiovisuales, preexistentes o creadas para su explotación a partir de tales soportes, cuya estructura y acceso están gobernados por un programa de ordenador que permite la interactividad de dichos elementos (7) Esta noción es aplicable a los videojuegos, métodos de aprendizaje de idiomas, enciclopedias interactivas, diccionarios digitales, etc.

Fotografías: Las obras fotográficas encuentran su regulación desde la óptica de la creación del registro estático de los elementos que nos rodean (arts. 1 y 34 ley 11.723) y desde el derecho a la imagen de la persona retratada (arts. 31, 33 y 35 de la misma ley). Estos supuestos comprenden desde las vistas fotográfica individual hasta los bancos de imágenes administrados por empresas que administra licencias para su uso.

El correo electrónico (e-mail): La ley de derechos de autor establece la protección en cabeza del autor de la publicación de las misivas en los artículos 32 y 34 del mismo cuerpo normativo(8).

Obras protegidas por los derechos conexos al derecho de autor
Derecho de los intérpretes: Artistas, intérpretes o ejecutantes son todos los actores, cantantes, músicos, bailarines u otras personas que representen un papel, canten, reciten, declamen, interpreten o ejecuten en cualquier forma obras artísticas o expresiones del folclore (art. 2, inc. "a" convenio OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas)

Derecho de los productores de fonogramas: El productor de fonogramas es la persona natural o jurídica que toma la iniciativa y tiene la responsablidad de la primera fijación de los sonidos de una ejecución o interpretación u otros sonidos o las representaciones de otros sonidos (9). El derecho del productor de fonogramas incluye un beneficio económico por los usos secundarios del fonograma (art. 1 de la ley 11.723) y el a recaudar, en virtud del decreto 1641/74, derechos por la ejecución pública de sus fonogramas.

Actividades no protegidas por los derechos de autor:
-Las noticias de interés general: Las noticias de interés general podrán ser utilizadas, transmitidas o retransmitidas; pero cuando se publiquen en su versión original será necesario expresar la fuente de ellas (art. 28 in fine ley 11.723). Prácticamente todos los periódicos y noticieros tanto televisivos como radiales cuyos ejemplares se distribuyen en tradicional soporte de papel cuentan hoy en día con su versión en la red en forma de portal , tanto los nacionales (Ej. www.clarin.com.ar, www.nalacion.com.ar, www.pagina12.com.ar,), como los internacionales (Ej, www.cnn.com, www.cnnenespanol.com) donde es posible acceder a una gran cantidad de información periodística. Es bueno aclarar sobre este particular que la licencia otorgada por la ley es aplicable en tanto y en cuanto la noticia sea un objetivo relato de un hecho sucedido en el pasado, ya que si pretendemos hacer uso de una crónica periodística elaborada por

un columnista, la noticia se trasforma en obra literaria y es necesario recurrir a la autorización del titular del derecho para su publicación.

-Las leyes (leyes propiamente dichas, ordenanzas, decretos, resoluciones, sentencias judiciales etc). En el derecho comparado autoral se ha privado de protección a prácticamente todas las normas. El fundamento de dicha limitación radica en el carácter público que poseen los textos oficiales. La necesidad de que sean conocidos por todos provoca que en principio los textos oficiales carezcan de la tutela que otorga el derecho de autor (10). Dicho de otra manera, si se otorgaran derechos exclusivos sobre las normas, no se podría exigir su conocimiento (11). Sin embargo, esta virtualidad no impide otorgarle protección a los que editan códigos, recopilan y sistematizan textos legales(12). En Internet podemos encontrar numerosos sitios libres (Ej: www.justiniano.com , www.legislaw.com) o con acceso codificado (www.elderecho.com.ar , http.mandrake.saij.org.ar)

Por último, existen actividades intelectuales, tales como las ideas, puestas en práctica, métodos, sobre explotación cuya el derecho tampoco reconoce exclusividad (art. 1, in fine de la ley 11.723).

3.- USOS LIBRES Y GRATUITOS VS. REMUNERACIÓN POR USO
Cabe examinar cuándo las obras protegidas son susceptibles de ser usadas en forma libre y gratuita, y cuándo es necesario obtener una licencia de uso y bajo qué condiciones.

La necesidad que tiene toda la comunidad de acceder al conocimiento justifica la limitación de algunos derechos patrimoniales del titular de los derechos autor. Esta política conciliadora entre los derechos exclusivos y el interés público alcanza a obras que, bajo ciertas condiciones, puede la colectividad utilizar libremente, ya sea con fines de crítica, información, interés cultural, educación, etc.

Según el glosario de la OMPI, las limitaciones al derecho de autor (que a menudo se denominan "excepciones") son disposiciones contenidas en las legislaciones que restringen el derecho exclusivo del titular del derecho en lo que respecta a la explotación de su obra. Las formas principales que adoptan estas limitaciones son los casos de libre utilización, licencias obligatorias y licencias legales.

La cita es la más corriente de las restricciones. Esta limitación es la facultad que tienen los autores de incorporar a su obra pasajes breves de obra con el propósito de hacer más entendible la propia obra o para referirse a la opinión de otro autor. (13)

Este derecho requiere que la cita sea fidedigna, es decir, que transcriba la obra y mencione a su autor de manera que pueda ser consultada y, por ello, que se trate de una obra ya divulgada con el consentimiento de su autor.

Nada dice la ley argentina sobre la posibilidad de citar obras de arte, fotografías, dibujos, láminas, ilustraciones, etc. En principio, estas obras no pueden ser reproducidas sin consentimiento, salvo que ello sea indispensable para ilustrar una exposición de orden artístico o para explicar un texto del que las mismas forman parte, la explicación de una teoría, un método (14), argumento por lo demás confirmado por la jurisprudencia (15)

También nuestra legislación contempla la posibilidad de publicar libremente y sin necesidad de abonar canon alguno un retrato con fines determinados (16), la comunicación pública de obras para fines educativos dentro de los límites del plan de estudios y el uso de obras musicales por grupos y actos oficiales (17).

En el derecho comparado podemos encontrar en materia de limitaciones a los derechos de autor, la aplicación de la doctrina del fair use o uso leal de la obra protegida, que comprende la licencia de reproducción bajo forma de ejemplares o fonogramas o por otros medios con propósitos tales como crítica, comentario, informe de noticias, enseñanza (incluyendo la duplicación para la utilización en clase), formación e investigación. (p. Ej., art.107 de la Public Law 94-553 del 19 de octubre de 1976 de revisión general del Copyright Law, inserta en la sec 101, title 17 del United State Code)

Esta doctrina, es la utilizada no solamente por los países con el sistema jurídico del commonlaw, sino por otros de tradición jurídica continental, utilizando formulas análogas. (18)

. Sin perjuicio de que nuestro derecho no hace previsión alguna respecto de la copia privada, ya que la misma configura la reproducción de una obra literaria(19), en alguna oportunidad la jurisprudencia consideró lícita la reproducción de tales creaciones cuando la misma se realiza sin fines de lucro, para uso personal, -noción ajena a la ley 11.723-, con destino de educación, investigación y docencia y que dicha copia no tienda a sustituir el ejemplar colocado en el comercio (20). Por otro lado, también podemos afirmar que dicho principio no resulta ser extendido con respecto a la copia para uso personal del programa de ordenador (21) ni de las obras musicales.

4.-NATURALEZA DEL USO DE LAS OBRAS EN INTERNET

Tratándose de cualquier obra colocada lícitamente en la Red, analizaremos el típico caso de un usuario que conectado a la misma, desea ya sea por que considera interesante la información o por no permanecer mucho tiempo conectado al servidor y a la línea telefónica, almacenarla en el disco duro del computador o bien, extraer una copia para su mejor lectura.

¿Nos encontramos ante una limitación al derecho patrimonial del autor o ante un caso de uso o licencia autorizada por el titular del derecho?

Si consideramos que dicha actividad consiste en hacer uso de una limitación a los derechos patrimoniales, caso del usuario dentro del país, la calificación como lícita o ilícita, depende de si aplicamos la letra de la ley –que ninguna excepción establece para la reproducción de la obra, y entendemos que las excepciones son numerus clausus, o de si incorporamos los pronunciamientos jurisprudenciales que han considerado permite la realización de determinados actos de reproducción. Aquí la cuestión se nos presenta dudosa.

Empero, estimo más apropiado considerar la conducta analizada como inherente al uso de Internet. Así, la información susceptible de ser transferida al ordenador del usuario, puede ser reproducida por éste para su exclusivo y único uso personal porque para ello fue implícitamente autorizado por el titular de la obra.

En efecto, la particular vocación que posee la red global de información de servir de enlace entre una cantidad indeterminada de personas y compartir información, hace suponer que todo el material lícitamente colocado en la red por quien detenta los derechos de aquél, - existiendo medios técnicos capaces de limitar el acceso a la información restringida-, se encuentra a disposición del usuario para su uso exclusivamente personal y sin vocación de ser comunicado a terceras personas.

En tal inteligencia, sin perjuicio que la ley de derecho de autor indica que el titular de la creación tiene derechos exclusivos de explotación económica (art. 2), dicho cuerpo normativo no dispone cual es la forma de expresar la disposición de la obra.

Así, y en virtud del principio de libertad de formas que rige nuestro ordenamiento (art. 974 del Código Civil) el acto jurídico de colocar voluntariamente una obra en el ciberespacio conlleva una licencia gratuita de uso de la aquélla ya que se trata de una declaración tácita de voluntad, entendiéndose por tal la que resulta de aquellos actos por los cuales se puede conocer con certidumbre la existencia de la voluntad (art. 918 del Código Civil). (22).

Esta declaración tácita se refiere al ejercicio del titular del derecho de autor de autorizar la comunicación pública y reproducción de la obra en la forma que él desee.

El Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT 1996), ratificado por nuestro país, en la Declaración concertada respecto del Artículo 1.4) dispuso que el derecho de reproducción, tal como se establece en el art. 9 del Convenio de Berna, y las excepciones permitidas en virtud del mismo, son totalmente aplicables en el entorno digital, en particular respecto de la utilización de las obras en forma digital. Queda entendido que el almacenamiento en forma digital en un soporte electrónico de una obra protegida constituye una reproducción en el sentido del artículo 9 del Convenio de Berna (23). Este tratado, sin perjuicio de que no cuente hasta la fecha con el depósito de adhesiones suficientes para entrar en vigor, marca una tendencia a la interpretación de Berna con respecto a la aplicación de las nuevas tecnologías.

Ahora bien, en los términos de los derechos exclusivos patrimoniales que la ley 11.723 le confiere a los titulares (24) podemos diferenciar entre:

- Usos restringidos a un destino prefijado: Este supuesto resulta de la aplicación de la doctrina y jurisprudencia francesa y belga conocida como el "derecho de destino o destinación" que comprende una acepción amplia de lo que es derecho de reproducción, por la cual el autor tiene derecho a resolver el destino de los ejemplares que se reproducen con su autorización, de manera que, como lo apunta André Francon, el autor debe tener un control sobre su utilización, incluso al no tratarse de una reproducción o de una representación stricto sensu (25).

-Uso restringido al pago de una remuneración: Se trata del caso del titular del derecho que sujeta el acceso de su obra al pago de una suma de dinero que habitualmente se obtiene mediante la colocación del número de una tarjeta de crédito, ya sea para acceder a una página determinada o suscribirse a un servicio determinado.

5.- PRINCIPALES USOS Y CONFLICTOS EN LA RED. LA MUSICA EN LA RED

Uno de los principales conflictos en la Red es, sin dudas, la circulación de obras musicales en formato digital donde se ven afectados no solamente los autores, sino los productores de fonogramas y los intérpretes ejecutantes de dichas creaciones.

En efecto, la inexistencia de un administrador de la Red global de información genera la ausencia de control sobre las autorizaciones y gestión colectiva de los derechos de autor de las obras musicales, susceptibles de ser almacenados fácilmente en el ordenador de todo navegante virtual.

Sin dudas, la aparición de sitios que facilitan el formato digital denominado MP3 que promueve la reproducción gratuita de miles de obras musicales, es el hecho que provocó la mayor crisis en el control del uso de tales obras en Internet, las que en su gran mayoría no eran autorizadas a ser "bajadas" de la Red. La visita a estos sitios se calcula en 150 millones al mes, superando de esta manera las conexiones con las "páginas web" sobre sexo.

Esta situación provocó acciones de las principales discográficas, que se encuentran a las puertas de un acuerdo general con un régimen de licencias para el uso de un gran repertorio musical y una importante suma de dinero en concepto de los daños causados (26). En algunos países, se han llegado a convenios con las sociedades de autores donde estas últimas otorgan licencias para que, mediante el uso del formato digital en cuestión, se autorice al usuario el uso personal de la obra (26 bis)

Sin embargo, y sin perjuicio de la posición dominante de MP3, existen otros sitios similares que permiten el intercambio, carga y descarga de obras musicales, en su mayoría de cantautores conocidos, desde los discos duros de cada computador tal como Napster.com que ha provocado la interposición de fuertes demandas de músicos famosos. Como defensa se ha argumentado que el servicio que brindan no es provocar el intercambio de obras musicales sino que pone en contacto a diversas personas deseosas de intercambiar música. (27). El conflicto se desencadenó en una contienda judicial donde, recientemente, una jueza federal de EEUU ordenó recientemente el cierre del sitio argumentando que el programa ofrecido por Napster en la red provocaba una violación a los derechos de autor de los principales sellos discográficos del país (Conf. www.noticias.rep.net.pe)

Pero como si esto fuera poco, la aparición del programa de ordenador denominado Freenet permite el intercambio de cualquier material en forma anónima, ya que funciona sin ningún control central imposibilitando de esta manera la persecución legal del ilícito (28). De la misma manera el programa denominado Gnutella permite a todos los usuarios de Internet conectarse directamente entre ellos sin la necesidad de acceder a través de un portal, y pone a disposición de ellos toda la información que se pueda obtener de la Red (29).

Esta situación movilizó desde hace algún tiempo a las sociedades que representan a los autores de música y productoras de fonogramas a establecer un sistema de arancelamiento por el uso de la obra en Internet.

Así, el 21 de abril de 1999 el Comité de Tarifas de la asociación que nuclea a todas las sociedades de gestión colectiva de editoriales de obras musicales (BIEM) acordó, en París, la tarifa del 8 por ciento del precio de venta al público por la venta de discos compactos por encargo, o sea, en los supuestos que los consumidores pueden elegirlos a partir de un distribuidor automático o de Internet.

Sin perjuicio de que en nuestro país no existe un marco regulatorio específico para el uso de obras por red, en el marco de la directiva de la BIEM citada en el párrafo anterior, SADAIC acordó una licencia a la

discográfica Faro Buenos Aires con el mismo porcentaje para la venta “on line” a través de Internet; más el uno por ciento de todos los ingresos del usuario provenientes de la venta de soportes.

CONCLUSIÓN

Resulta todavía poco claro cual es la posibilidad real de ejercer un control sobre el uso de las obras protegidas por el derecho de autor en Internet.

Sin embargo, facilita mucho la persecución a los ilícitos cometidos en la materia el hecho de que un gran número de países, tanto generadores como usuarios de obras, pertenezcan al Convenio de Berna, cuya última revisión (Acta de París de 1971) fue ratificada recientemente por nuestro país mediante la ley 25.140 del 24 de septiembre 1999. El Convenio dispone la aplicación del derecho del Estado donde ser reclama la protección a las obras extranjeras y la aplicación de derechos mínimos, lo que crea un marco protectorio que sería una mera expresión de deseos si no se encontrara dentro de un instrumento internacional con una amplísima cobertura geográfica.

En este orden de ideas, podemos concluir lo siguiente:

1) El uso de obras protegidas por el derecho de autor no cuenta con una regulación específica cuando el acceso a las mismas se realiza en el entorno de la Red.

2) El acceso al enorme flujo de información contenida y transmitida mediante la Red no genera otras excepciones a los principios generales del derecho de autor, cuyo titular es quien tiene la exclusiva explotación de la obra. Las excepciones a tal principio son territoriales, por lo que deben ser establecidas en forma taxativa en la norma nacional.

3) Quien voluntariamente introduce una obra propia en Internet presta consentimiento tácito al uso personal, entendiendo por tal el almacenamiento en el disco rígido y la impresión de una copia para sí mismo, sin derecho a darle un nuevo uso a la misma y en la medida que dicho uso no perjudique la normal comercialización de dicha creación. En efecto, el consentimiento es tácito porque la voluntad se infiere indubitablemente de una actitud y circunstancias de comportamiento que revelan su existencia, como es el caso de incorporar una obra en el ciberespacio sin restricciones ni claves de acceso.

4) En caso de duda sobre quién dispuso la colocación de la obra en la Red, el derecho al uso se restringe al de simple lectura sin poder ejercer otro uso.

5) Hasta tanto exista un sistema unificado de gestión colectiva de los derechos sobre las obras difundidas por Internet, por parte de las sociedades de autores y productoras de fonogramas, única manera para resguardar y garantizar el debido respeto por el uso de los creaciones musicales, deberán acordar licencias con todos los proveedores de información que tengan incluidas obras cuyos usos secundarios generen nuevos derechos. En la Argentina, la iniciativa desarrollada por SADAIC deja una importante puerta abierta para que la red global de información proporcione un medio que permita tanto el uso como el debido reconocimiento del acto creativo.

1.- Conf. Javier F. Nuñez en “INTERNET (su impacto en la contratación moderna)” en J.A número N* 6143 del día 26 de mayo de 1999, pág.24

2. Conf. Natalio Czarny en “Ciberespacio y Derecho (Desafíos que el comercio electrónico plantea al derecho comercial tradicional. Los contratos telemáticos)” en El Derecho del día 18 de julio de 1997, pág. 3).

3) Desde marzo de 2.000 se puede acceder a la novela “Riding the Bullet” del autor estadounidense Stephen King abonando una suma de dinero mediante la inserción del número de una tarjeta de crédito. A partir del 4 de junio de 2000 ingresando al sitio “Clarín Digital” (www.clarin.com.ar) se puede “bajar” desde la Red la obra del escritor argentino Ernesto Sabato titulada “La Resistencia” en forma gratuita.

4) Dicha norma contaba con el antecedente del decreto 165/94, el que dispuso que se entenderá por obras de software a los programas de computación en su versión fuente como objeto y la documentación técnica a los fines de la explicación desarrollo o mantenimiento del software, y las incluía entre las obras del artículo 1 de la ley 11.723. Ello, sin perjuicio de que la mayor parte de la jurisprudencia civil y penal las reconocía como tácitamente incorporadas a la normativa autoral y, por lo tanto, como objeto de su tutela, hasta que un fallo de la Cámara Nacional de Casación Penal (CNCasación Penal, Sala I, julio 19 de 1995) afirmó que el software era una obra sui generis susceptible de ser resguardada en ámbitos ajenos al derecho penal y advirtió la necesidad de una reforma ya que resultaba inadmisible entender que el decreto del Poder Ejecutivo Nacional N* 165/94 haya venido a definir conductas que antes no se hallaban penalmente reprimidas. Esta decisión fue el antecedente de la sanción de la ley 25.036.

5) Conf. Miguel Angel Emery en “Propiedad Intelectual Ley 11.723 Comentada, anotada y concordada con los tratados internacionales”, pág. 57, Editorial Astrea, 1999.
6) La definición transcrita pertenece al Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para los países de la Comunidad Andina (Decisión 351) citada por Ricardo Antequera Parilli en “Las Obras Audiovisuales en las Transmisiones por Satélite y en la Televisión por Cable” en el libro de Memorias del 3er Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, celebrado en Montevideo 1997
7) Conf. P. Sirinelli en su ponencia en el Congreso de la ALAI, París, del 17 al 22 de septiembre de 1995 en su ponencia “Impect du contexte technique sur les solutions de propieté litéraire et artistique dans le domaine de l´audiovisuel” en la Memoria del Congreso publicada por la Asociación Literarias y Artística Internacional. Es conveniente aclarar que las creaciones multimedia no se encuentran nominadas dentro del artículo 1 de la ley 11.723 aunque se encuentra reconocida como obra independiente por la Dirección Nacional de Derecho de Autor, en tanto incorporó un formulario específico para su registro.
8)La Sala IV de la Cámara Criminal y Correccional resolvió que “...el tan difundido “e-mail” de nuestros días es un medio idóneo, certero y veloz para enviar y recibir todo tipo de mensajes, misivas, fotografías, archivos completos, etc; es decir, amplía la gama de posibilidades que brindaba el correo tradicional al usuario que tenga acceso al nuevo sistema. Es más, el correo electrónico posee características de protección de la privacidad más acentuadas que la inveterada vía postal a la que estamos acostumbrados, ya que para su funcionamiento se requiere un prestador de servicio, el nombre de usuario y un código de acceso que impide a terceros extraños la intromisión, en los datos que a través del mismo puedan emitirse o archivarse”. (CAUSA 10.389 “LANATA, JORGE s/ desestimación”. Int. 6*, Correc. 6, Sec. 101. Buenos Aires, 4 de marzo de 1999. Primera Instancia: Juzgado Correccional N* 6, Secretaría 101)
9) Es la definición que contempla el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT) suscrito en 1996. Este convenio, conjuntamente con el Acta de París del Convenio de Berna para la protección de obras literarias y artísticas y el Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor fueron aprobados por la ley 25.140 el día 4 de agosto de 1999 y publicado en el Boletín Oficial el día 24 de septiembre de 1999. El fonograma, a tenor del mismo convenio es “toda fijación de los sonidos de una ejecución o interpretación o de otros sonidos, o de una representación de sonidos que no sea en forma de una fijación incluida en una obra cinematográfica o audiovisual (art. 2, inc. “B”). Dicho convenio fue suscrito por los siguientes países: Alemania Argentina, Austria, Bielorrusia, Belgica, Bolivia, Burkina Faso, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Croacia, Dinamarca, Ecuador, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estados Unidos de América, Estonia, Finlandia, Francia, Ghana, Grecia, Holanda, Hungria, Indonesia, Irlanda, Israel, Italia, Kazajistan, Kenia, Luxemburgo, México, Moldovia, Mónaco, Mongolia, Namibia, Nigeria, Panamá, Portugal, Reino Unido, Rumania, Senegal, Sud Africa, Suecia, Suiza, Togo, Uruguay, Venezuela y la Comunidad Económica Europea, hasta el día 14 de enero del 2000. Asimismo, a la misma fecha, los países que depositaron los instrumentos de ratificación del mismo tratado fueron Argentina, Bielorrusia, Burkina Faso, El Salvador, Eslovaquia, Eslovenia, Estados Unidos de América Hungria, Indonesia, Kirsiztan, Panamá, Moldovia y Santa Lucía. Sin perjuicio de ello, tanto este instrumento internacional como el suscrito para la protección de los derechos de autor requieren que al menos 30 estados depositen sus instrumentos de ratificación o adhesión en poder del director general de la OMPI para su entrada en vigor (art. 29 y 20 de ambos tratados). Así, y sin perjuicio de que todavía no se encuentran vigentes dichos convenios, su contenido representa una importante interpretación sobre la adaptación de los vigentes principios del Convenio de Berna sobre la protección de obras a las nuevas tecnologías y sobre todo al uso de obras en la Infraestructura Global de Información o Internet.
10)Conf. Carlos Alberto Villalba, en “Creaciones intelectuales no protegidas o sujetas a restricciones (leyes, tratados, obras de arte aplicado, informaciones noticiosas, discursos públicos, y otras)” en ponencia del Curso Sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos celebrado en San Bernandino, Paraguay, del 15 al 24 de marzo de 1993, pag.4)
11) Sin perjuicio de que la ley de derecho de autor no hace una referencia expresa al libre uso de las normas, el Código Civil, aplicable supletoriamente (art. 12 ley 11.723) sienta el principio de la inexcusabilidad del conocimiento de las normas (art. 20) ya que de lo contrario “se quebraría su obligatoriedad y se desnaturalizaría el carácter normativo que le corresponde: la ley dejaría de ser derecho” (Conf Jorge Joaquín Llambías, en Tratado de Derecho Civil, Parte General, T* II, págs. 489/490)
12) Conf. Villalba, op cit. Pág. 8.
(13) Art. 10 (Derecho de cita) "Cualquiera puede publicar con fines didácticos o científicos, comentarios, críticas o notas referentes a las obras intelectuales, incluyendo hasta mil palabras de obras literarias o científicas u ocho compases en las musicales y en todos los casos sólo las partes del texto indispensable a ese efecto. Quedan comprendidas en esta disposición las obras docentes, de enseñanza, colecciones,

antologías y otros semejantes" (14) Conf. Carlos Mouchet y Sigfrido Radaelli en “Los Derechos del Escritor y del Artista”, pag. 161, Editorial Sudamérica, 1957.
(15) La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala “I”, en ocasión de resolver sobre la ilegitimidad de la reproducción de imágenes recopiladas en un libro, rechazó el argumento de que las copias de escudos y camisetas para incorporarlo a un libro sobre la historia del fútbol amateur “..puedan ser publicados con los alcances previstos en el art. 10 de la ley 11.723, pues no se advierten fines didácticos o científicos en la reproducción” (Fallo del 19 de agosto de 1993, publicado en la revista de La Ley del 29 de julio de 1994)
(16) Art. 31, tercera parte: "Es libre la publicación del retrato cuando se relacione con fines científicos, didácticos y en general culturales, o con hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieran desarrollado en público"
* Art.35: "El consentimiento a que se refiere el art. 31 para la publicación del retrato no es necesario después de transcurridos 20 años de la muerte de la persona retratada.
Para la publicación de una carta, el consentimiento no es necesario después de transcurridos 20 años de la muerte del autor de la carta. Esto aún en el caso de que la carta sea objeto de protección como obra, en virtud de la presente ley"
(17) Art. 36:"(segunda parte) "...será lícita estará exenta de pago de derechos de autor y de los intérpretes que establece el art. 56, la representación, la ejecución y la recitación de obras literarias o artísticas ya publicadas, en actos públicos organizados por establecimientos de enseñanza, vinculados en el cumplimiento de sus fines educativos, planes y programas de estudio, siempre a que el espectáculo no sea difundido fuera del lugar donde se realice y la concurrencia de los intérpretes sea gratuita.
“También gozarán de la exención del pago del derecho de autor a que se refiere el párrafo anterior, la ejecución o interpretación de piezas musicales en los conciertos, audiciones y actuaciones publicas a cargo de las orquestas, bandas, fanfarrias, coros y demás organismos musicales pertenecientes a instituciones del Estado Nacional, de las provincias o de las municipalidades, siempre que la concurrencia de público a los mismos sea gratuita."
(18) Tal es el caso, por ejemplo, de la Ley Federal de Derecho de Autor de México, sancionada en 1996, cuyo art. 148 dispone que “Las obras literarias y artísticas ya divulgadas podrán utilizarse, siempre y cuando no se afecte la explotación normal de la obra, sin autorización del titular del derecho patrimonial y sin remuneración, citando inevitablemente la fuente y sin alterar la obra...” citando taxativamente cuales son los casos permitidos, entre los que se encuentran la “reproducción por una sola vez, y en un solo ejemplar, de una obra literaria o artística para uso personal y privado de quien la hace y sin fines de lucro”(inc. IV). Por su parte, la ley 22/1987 del 11 de noviembre de España, en su art. 31 prevé que “las obras ya divulgadas podrán reproducirse sin autorización del autor en los siguientes casos...para uso privado del copista y siempre que la copia no sea objeto de utilización colectiva” y confiere a los titulares de los derechos de las obras utilizadas en dichos supuestos una remuneración que es exigible a los fabricantes o importadores de equipos y materiales destinados a su distribución comercial en España.
(19) El art. 2 de la ley citada expresa que "el derecho de propiedad de una obra...comprende para su autor la facultad de...REPRODUCIRLA EN CUALQUIER FORMA".Y en su aspecto penal en el art. 72, inc.a) considera un caso especial de defraudación a quien "...reproduzca por cualquier medio o instrumento una obra...sin autorización de su autor o derechohabientes.
(20) Este tema no siempre fue resuelto de la misma manera en los tribunales penales. En efecto, sobre todo a partir de la década del ´70 hasta los principios de los ‘ 80 se dictaron diversos fallos desincriminando a alumnos de la universidad por fotocopiar y distribuir para uso de sus compañeros material de estudio. En uno de los casos (autos “Jauregui de Canedo, Maria de las Mercedes” CNCrim y Corr. Sala V, del 30/11/73 en LL 184:385)se confirmó la sentencia absolutoria de primera instancia sobre la base de que la inclusión de sólo un capítulo de tres trabajos distintos de diferentes autores no llena el tipo penal que requiere la reproducción de la obra.
En otro de los fallos (autos “Ladowski, Carlos” CNCrim y Corr, Sala IV del 25/8/77 en LL 1978-B, 390) el Tribunal absolvió a un alumno universitario, miembro de la comisión de apuntes de su facultad que fotocopiaba capítulos de obras para uso de sus compañeros. En este caso la aquiescencia de las autoridades de la facultad que le habían cedido el auto para facilitar el funcionamiento de tal comisión fue considerado motivo suficiente como para excluir una voluntad dolosa. Esa actitud permisiva hacia razonable que el acusado se creyera habilitado par actuar como lo hizo, generando serias dudas sobre la ilicitud de su conducta que deben despejarse a su favor.
Cabe aclarar que en ninguno de los dos casos previamente analizados, el lucro formó parte de la actividad de los imputados.
A otra solución se arribó cuando el lucro se mezclaba en el acto de reprografía de obras literarias. En efecto, en los autos "Ferrari de Gnisci, Noemí", la CNCrim y Correc, Sala III abril 1-980 en LL 1981-B,16, condenó a la acusada por reproducir por fotoduplicación obras científicas sin autorización, llevando

luego esas fotocopias a la Universidad con el fin de distribuirlas entre los alumnos que habían pagado un determinado precio por ellas.
Es interesante además la reflexión del Juez preopinante en dicha causa, Dr. Garcia Torres, al decir que "...,estimo que la jurisprudencia puede considerar como una excepción al derecho exclusivo de autor, la reproducción fotográfica con destino a la investigación y docencia, siempre que de ello se haga uso personal y no exista una organización que pueda otorgar autorizaciones globales. Por su uso personal se debe entender la fotocopia que es realizada por el interesado o encargado al negocio de fotocopias, el que debe tomar las correspondientes precauciones para no resultar cómplice de la infracción y no tienda a sustituir el ejemplar colocado en el comercio. No constituirá uso personal el encargado o la realización de una fotocopia múltiple, ni la facturación de un precio mayor que el que se obtiene por una duplicación de un texto no protegido..."
De los fallos analizados podríamos extraer el siguiente temperamento:
1.- La fotoduplicación de obras literarias es lícita cuando se efectúa, por sí o por un tercero, para fines personales.
2.- Para que se configure el supuesto de licitud, además, dichas reproducciones deber ser efectuadas sin lucro.
3.-El destino de dichas copias deberá ser de estudio, investigación o docencia
4.-Dichas reproducciones no deberán sustituir el ejemplar puesto al comercio
5.-Las fotocopias múltiples no constituyen uso personal
(21) Con la reforma de la ley 25.036 se agregó al art. 9 de la ley 11.723 la siguiente redacción "Quien haya recibido de los autores o de sus derecho-habientes de un programa de computación una licencia para usarlo, podrá reproducir una única copia de salvaguarda de los ejemplares originales del mismo. Dicha copia deberá estar debidamente identificada, con indicación del licenciado que realizó la copia y la fecha de la misma. La copia de salvaguardia no podrá ser utilizada para otra finalidad que la de reemplazar el ejemplar original del programa de computación licenciado si ese original se pierde o deviene inútil para su utilización"
22) Según Llambías, la manifestación tácita de la voluntad es el resultado de la conexión de diversos actos cumplidos por el sujeto que por su trabazón lógica, muestran la existencia de una determinada voluntad del agente con independencia de la intención de exteriorizarla que éste haya tenido (Conf. Llambías, Jorge Joaquín en "Tratado de Derecho Civil, Parte General, T° II, pág. 270) Se llama manifestación tácita a la que surge de la conducta clara e inequivoca de una persona que, empero, no ha dado un consentimiento escrito o verbal (Conf. Borda, Guillermo A en "Tratado de Derecho Civil Parte General, T° II, pág.76) Según Cifuentes se requieren tres elementos para considerar la existencia de la voluntad tácita en el acto. 1)la certidumbre, que proviene de las características del acto mismo y de las circunstancias de la realización, 2)que no se exija una expresión positiva y 3) que al realizarse no haya una protesta o declaración expresa contraria.(Conf. Santos Cifuentes, en "Negocio Jurídico", pág. 69)
23) Art. 9.1 del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas. Acta de París, 1971, dice "Los autores de obras literarias y artísticas protegidas por el presente Convenio gozarán del derecho exclusivo de autorizar la reproducción de obras por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma"
El art. 9.2 reza "se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras en determinados casos especiales, con tal que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor"
24) Art. 2 de la ley 11.723: "El derecho de propiedad de una obra científica, literaria, o artística, comprende para su autor la facultad de disponer de ella, de publicarla, de ejecutarla, de representarla, y de exponerla en público, de enajenarla, de traducirla, de adaptarla o de autorizar su traducción y de reproducirla de cualquier forma"
25) Conf. Ricardo Antequera Parilli, en "Las Autopistas Digitales y las reglas de circulación (El ámbito de los derechos que protegen)", en Simposio Mundial de la OMPI sobre los Derechos de Autor en la Infraestructura Global de la Información, Ciudad de México, 22 a 24 de mayo de 2000, pág. 19
26) Según publicación digital de MP3 argentina, cinco grandes sellos discográficos están cerca de llegar a un acuerdo con respecto a la demanda iniciada contra MP3.com en violación a derechos de autor, permitiendo al sitio de música online que incluya obras de los sellos dentro de su controvertido servicio. La propuesta de solución al conflicto determinaría que MP3 debería abonar entre 75 y 100 millones de dólares a la Recording Industry Association of America (RIAA), que es el grupo que representa a los principales sellos musicales. De esta manera, MP3.com podría autorizar, al usuario de la Red almacenar música en formato digital y acceder a ella mediante computador (conf Noticias MP3 Argentina del 9 de junio de 2000, en www.mp3.com.ar)

(26bis) Conf. www.mp3.es/info/info.html, En dicho portal se manifiesta que MP3 España y la Sociedad de Autores Españoles (SGAE) acordaron la licencia MV&M/464/9/399 a favor de la primera, permitiendo el uso de las obras musicales en forma gratuita para todos los usuarios.
27) Conf en el diario El País en www.elpais.es . Entre otras demandas figuran las que inició el rapero Dr. Dre donde probó que 239.612 usuarios utilizaron sin autorización obras musicales de su autoría mediante el intercambio proporcionado por Napster Inc. Otro grupo importante que querelló a Napster fue Metallica, y también lo hizo la RIAA.
(28) Conf. John Markoff en "¿Adiós a los derechos de autor?" Publicado en La Nación del día 19 de mayo de 2000, pág.17.
(29). Conf. Anianna Eunjug Cha, en "Un nuevo programa en Internet amenaza los derechos de autor" en Clarín del día 20 de mayo de 2000, Sección Información General, pág. 52

Dr. Federico Andrés Villalba Díaz
Secretario Judicial de la Fiscalía de Primera Instancia en lo Contravencional y Titular de la Cátedra de Derecho de Autor y Marcas de la Universidad Abierta Interamericana