

**Panel: EL DERECHO DE AUTOR EN EL ENTORNO DIGITAL. MARCO JURÍDICO
INTERNACIONAL**

**Los “Tratados Internet” de la OMPI
(Ginebra, 20 de diciembre de 1996)**

Intervención de Delia Lipszyc¹

**La puesta a disposición en línea (online) de obras y prestaciones protegidas
por el derecho de autor y los derechos conexos**

1. Si bien en la actualidad se habla mucho de los problemas que plantea la tecnología digital y la puesta a disposición del público *en línea* –es decir, en forma interactiva y previa solicitud– de obras, interpretaciones y productos culturales, no hay que olvidar que tanto el derecho de autor como los derechos conexos nacieron como respuesta a los desafíos que en su momento plantearon otras formidables tecnologías:

- la invención de la imprenta de tipos móviles por Gutenberg, a mediados del siglo XV, que constituyó la génesis del derecho de autor, y

(1) Profesora de Derecho de Autor y Derechos Conexos (titular de la Cátedra UNESCO) en los ciclos de grado y posgrado y de Derecho Internacional Privado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires; investigadora principal y miembro del Consejo del Centro de Estudios Interdisciplinarios de Derecho Industrial y Económico (CEIDIE) en la mencionada Facultad; profesora visitante en las Especializaciones en Propiedad Intelectual de las universidades Externado de Colombia y Carlos III de Madrid (España) y profesora extraordinaria honoraria de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón, UNIFÉ, de Lima (Perú); consultora de la OMPI, la UNESCO y el Centro para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe (CERLALC). Directora del Instituto de Derecho de las Comunicaciones y Derecho de Autor del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal y Secretaria General del Instituto Interamericano de Derecho de Autor (IIDA). Autora de la obra *Derecho de Autor y Derechos Conexos*, traducida a varios idiomas. Coautora de las obras *Los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión* y *El Derecho de Autor en la Argentina*, así como de numerosos trabajos sobre la especialidad. Socia de la firma *Villalba & Lipszyc, abogados*.

- el fonógrafo de Edison, el cinematógrafo de los hermanos Lumière y la radio de Hertz y de Marconi que fueron, entre fines del siglo XIX y principios del XX, los puntos de partida del desarrollo tecnológico que dio lugar al reconocimiento de los derechos conexos.

Pero también es cierto que ninguno de los desarrollos tecnológicos precedentes fue tan impactante como los que tuvieron lugar en las últimas dos décadas

- con la explosión digital y
- con el uso combinado de la tecnología digital y las redes de telecomunicaciones, porque la aparición de nuevas técnicas se aceleró y diversificó como nunca hasta entonces.

2. Con el desarrollo de las redes digitales, y en especial de Internet, como ha señalado Mihály Ficsor, ya hemos asistido a tres etapas del debate sobre el impacto de la tecnología digital.²

- En la primera 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, en gran medida quedó marcada por su origen, a fines de 1969, en una primera red nacional de computadoras que fue 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*), y de allí que, inicialmente, se llamara *Arpanet*. El propósito específico de esta red era el establecimiento y la experimentación de vínculos de comunicación entre ordenadores e investigadores universitarios.³

(²) Ficsor, M., "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 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, §1, 2, donde sintetiza las tres etapas del debate sobre el impacto de la tecnología digital en la siguiente forma:

- la tesis: el fin del mundo para el derecho de autor y los derechos conexos;
- la antítesis: ninguna modificación es necesaria;
- la síntesis: adaptación, pero ningún cambio fundamental.

(³) Reggini, H. C., *Los Caminos de la palabra. Las telecomunicaciones de Morse a Internet*, Buenos Aires, Galápagos, 1996, p. 200.

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 André Lucas– todavía no se ha superado la prédica de algunos pioneros de Internet que, inspirados en la tradición libertaria de los primeros tiempos, *querrían* fomentar a toda costa la idea de que la dimensión mundial de las redes supone un vacío jurídico profundo.⁴

- 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 redes digitales.

Y, en efecto, los derechos de reproducción y 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, incluyendo leyes vetustas (como nuestra ley 11.723 “sobre régimen legal de la propiedad intelectual”, sancionada en 1933 y que, con algunas modificaciones parciales, continúa vigente) y cubre las operaciones de su utilización en las redes digitales en virtud de la estructuración amplia del derecho patrimonial del autor en el art. 2,⁵ de conformidad con la concepción jurídica continental europea, en la cual los derechos le son reconocidos al autor con carácter genérico.

Ello no es óbice para que, 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

(4) 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.

(5) Ley 11.723, art. 2: “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 exponerla en público, de enajenarla, de traducirla, de adaptarla o de autorizar su traducción y de reproducirla en cualquier forma.”

de utilización pública de obras *característica o propia* (pero no única) *del entorno tecnológico de redes digitales*– es objeto de mención expresa, por ejemplo, en América Latina, en las dictadas en 1996 en México (art. 16, §II, c, art. 27, §II, c y art. 113, y en la reforma de 2003 que agregó el inc. e) al art. 27, §III); en 1998 en Brasil (art. 29, §VII) y en Guatemala (art. 21, §d, viii); en 1999 en Nicaragua (art. 23, §5, d y e); en 2000 en República Dominicana (art. 19, §6, h) y en las reformas sancionadas en Costa Rica (art. 16, §1, f); en 2003 en Uruguay (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 y excluyente sobre toda forma de utilizar la obra, porque –como se dijo– *los derechos patrimoniales le son reconocidos con carácter genérico*, lo cual aparece indicado en ellas en distintas formas, y *no están sujetos a numerus clausus*; 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 sanción de la ley, o de la creación de la obra, sino durante todo el tiempo en que ésta permanezca en el dominio privado.

- Finalmente, en la tercera etapa se llegó a la conclusión de que solo eran necesarias algunas adaptaciones. En el plano de las normas internacionales esas adaptaciones llegaron con los "Tratados Internet" de la OMPI. Como señala Ficsor, estos tratados "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 los trabajos preparatorios y la Conferencia Diplomática de 1996. Este último nivel agregado consistía 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).⁶

3. La necesidad de estas adaptaciones resulta de las características propias de la explotación de las obras y prestaciones en el entorno de redes digital, porque:

- en las redes digitales la información se encuentra desmaterializada: existe solo en la memoria del ordenador;
- no se transmiten copias tangibles. La copia tangible la hace el usuario final y no el proveedor;
- en la red digital mundial la información puede ser accesible simultáneamente a una cantidad ilimitada de personas en todo el mundo, y
- al no ser necesario trasladarse, la información es recibida por el usuario final, a su pedido, en el momento y lugar que él elige, en su casa, en su lugar de trabajo, en un *cibercafé* o en un locutorio, etcétera.

Estas características de Internet son las que determinan que sea un medio de comunicación más masivo que elitista, y que en todas partes aumente constantemente el número de personas que utilizan la Red dado las formidables posibilidades que ofrece como herramienta de trabajo, tanto para intercambiar mensajes y archivos como para consultar catálogos de bibliotecas, conocer libros, revistas, artículos, etcétera, y no solo los textos sino las imágenes, los sonidos y las secuencias de video que se ponen a disposición del público en los respectivos sitios, o para adquirirlos.

⁽⁶⁾ Ficsor, M., *La gestión colectiva del derecho de autor y de los derechos conexos*, Ginebra, OMPI, 2002, p. 102, §257.

La tecnología digital y su incidencia en la utilización de obras y prestaciones protegidas por los derechos de autor y conexos

4. Actualmente todas las obras puede ser digitalizadas, es decir, transformadas en señales binarias e incorporadas a la memoria de un ordenador 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 que distancia se encuentre el usuario, frecuentemente sin el conocimiento de los titulares de los derechos. Una vez descargadas en el ordenador del usuario final, las obras que no estén protegidas por medidas técnicas que impidan su libre uso pueden ser manipuladas, procesadas, modificadas, ampliadas, reducidas y copiadas (mediante los distintos programas de edición –como el *Fireworks* para imágenes fijas, el *Sound Forge* para sonidos y el *Adobe Premier* para videos–) y transmitidas por correo electrónico o puestas a disposición del público en un sitio web.

Es por ello que Ralph Oman dice que *“en este nuevo entorno, cada consumidor que se conecta, es un autor, un editor y un infractor en potencia, las tres cosas al mismo tiempo o en diferentes momentos”*.⁷

La génesis de los “Tratados Internet” de la OMPI, concluidos en Ginebra el 20 de diciembre de 1996

5. El origen del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA/WCT) se remonta a 1989, cuando la Asamblea y la Conferencia de Representantes de la Unión de Berna decidieron convocar a un Comité de Expertos para preparar un

(7) Oman, R., “El imperativo de la responsabilidad compartida en Internet”, *Boletín de Derecho de autor*, París, Unesco, 2/1998, p. 29.

eventual Protocolo al Convenio de Berna, el cual estaría destinado esencialmente a precisar las normas vigentes o a establecer nuevas normas cuando en el texto actual del Convenio de Berna pudieran existir dudas sobre el campo de aplicación de éste. Era necesario, por un lado, acompañarlo a los importantes cambios ocurridos en los veinte años anteriores, pues el Acta de París (1971) refleja el estado del desarrollo de la tecnología durante la segunda mitad de la década del sesenta y, por el otro, enfrentar la existencia de ciertas cuestiones sobre las que estaban divididas las opiniones de los especialistas y, lo que era aún más preocupante en las relaciones internacionales, algunos gobiernos ya habían legislado sobre estas cuestiones y otros preveían hacerlo interpretando en forma diferente sus obligaciones en virtud del Convenio de Berna. Así habían surgido, o podían surgir muy próximamente, diferencias de opiniones respecto de ciertos objetos de protección (por ejemplo, programas de ordenador, fonogramas, obras realizadas mediante ordenador), de ciertos derechos (por ejemplo, derecho de alquiler, derecho de préstamo público, derecho de puesta en circulación de ejemplares de obras de cualquier tipo, derecho de visualización en pantalla), de la aplicabilidad de los criterios mínimos de protección (ausencia de formalidades, duración de la protección, etc.) y de la obligación de conceder el trato nacional (sin reciprocidad) a los extranjeros.⁸

6. La forma propuesta –un Protocolo o Tratado complementario del Convenio de Berna en los términos previstos por el art. 20 de éste–⁹ obedecía a que, para la revisión del Convenio, según el art. 27, §3, se requiere “la unanimidad de los votos emitidos” y se dudaba de poder obtenerla a tenor del programa de las modificaciones proyectadas.

En la primera sesión del Comité de Expertos (4 a 8 de noviembre de 1991) la gran mayoría de las delegaciones y los observadores de organizaciones no gubernamentales se opusieron a que se ampliara el alcance del Protocolo de acuerdo a lo pedido por los productores de fonogramas, pues la modernización de

(⁸) Vid. documento OMPI BCP/CE/I/2 de 18 de julio de 1991, p. 3.

(⁹) De acuerdo al art. 20 del Convenio de Berna, los países de la Unión se reservan el derecho de adoptar entre ellos los Arreglos particulares, o Uniones restringidas, siempre que estos Arreglos cumplan con alguna de las dos condiciones siguientes: conferir a los autores derechos más amplios que los concedidos por el Convenio o contener otras estipulaciones que no sean contrarias a éste.

la tutela de sus derechos debía tener lugar en el contexto de la Convención de Roma y demás instrumentos apropiados (ya sea en forma de una revisión o bien de un Arreglo particular en virtud del art. 22 de la Convención de Roma) y, por consiguiente, los *fonogramas* no debían formar parte del eventual Protocolo porque *no constituyen obras* en el sentido del Convenio de Berna. Las delegaciones y los observadores de organizaciones no gubernamentales que expresaron la opinión mayoritaria recalcaron que esa solución era la única que garantizaba el mantenimiento de un equilibrio apropiado entre las tres categorías de beneficiarios de la Convención de Roma, sin poner en peligro los derechos de los autores como consecuencia de conceder un nivel de protección desproporcionadamente elevado y ciertos derechos que implicasen posibles obstáculos al goce y al ejercicio apropiados de las facultades exclusivas de los creadores.¹⁰

Por ello, la Asamblea de la Unión de Berna (Ginebra, 21 a 29 de septiembre de 1992) resolvió el establecimiento de un Comité de Expertos para la preparación de un *posible nuevo instrumento sobre la protección de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas* –independiente de la Convención de Roma–.

Entre noviembre de 1991 y mayo de 1996 tuvieron lugar en Ginebra, en la sede de la OMPI, siete sesiones del Comité de Expertos para preparar un eventual Protocolo al Convenio de Berna y seis del Comité de Expertos para evaluar un posible nuevo instrumento sobre la protección de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas –independiente de la Convención de Roma–, en las cuales se consideraron los temas propuestos en los memorandos preparados por la Oficina Internacional de la OMPI.¹¹ Las últimas tres sesiones de los dos Comités de Expertos fueron convocadas en las mismas fechas, y parte de las sesiones se celebraron en forma conjunta.

⁽¹⁰⁾ Cabe señalar que en todas las oportunidades en que se propuso la inclusión del reconocimiento de los derechos de los productores de fonogramas en el marco del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas, ello fue rechazado al igual que su incorporación en la Convención Universal sobre Derechos de Autor (vid. Villalba, C.A. y Lipszyc, D., *El derecho de autor en la Argentina*, Buenos Aires, La Ley, 2001, pp. 234 y 368 *in fine* y 369).

⁽¹¹⁾ En todos los temas hubo primero una propuesta de la Oficina Internacional en el memorando preparado por ésta para la sesión respectiva y luego un informe de cada sesión con una síntesis de los debates y un resumen del Presidente de los Comités.

7. En el ínterin concluyó la Ronda Uruguay del GATT y se firmó en Marrakech, el 15 de abril de 1994, el *Acuerdo de la Organización Mundial del Comercio (OMC)* y sus cuatro Anexos, entre los que se encuentra el *Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (AADPIC)*. Las normas de este último se tuvieron permanentemente en cuenta en las sesiones de los Comités de Expertos.

8. En mayo de 1996 se exteriorizó un cambio de criterio respecto del Protocolo al Convenio de Berna: se había abandonado esta idea por la de un *nuevo Tratado sobre Derecho de Autor* y, finalmente, en agosto de 1996, se resolvió convocar una Conferencia Diplomática de la OMPI, que se celebró en Ginebra, en el Palacio de las Naciones, de 2 a 20 de diciembre de 1996 y en la que se concluyeron ambos Tratados: el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas cuyos acrónimos en inglés son, respectivamente, WCT: *WIPO Copyright Treaty* y WPPT: *WIPO Performances and Phonograms Treaty*, razón por la cual utilizaremos indistintamente las siglas en este idioma y en español: TODA/WCT y TOIEF/WPPT. Estos Tratados se suelen denominar "*Tratados Internet*" porque, de momento, son los únicos instrumentos internacionales de vocación mundial que se refieren a la utilización *en línea (online)* –en el entorno digital y de redes– y a lo que ocurre con las transmisiones digitales "*a pedido*" (o "*a la carta*") de obras protegidas por el derecho de autor, de interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas y de fonogramas.

9. La conferencia también adoptó varias declaraciones concertadas relativas a diversos artículos de ambos Tratados, la Resolución relativa a las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales y la Recomendación relativa a las bases de datos.¹²

(¹²) *Recomendación relativa a las bases de datos adoptada por la Conferencia Diplomática el 20 de diciembre de 1996*: "Las Delegaciones que participan en la Conferencia Diplomática sobre ciertas cuestiones de derechos de autor y derechos conexos, en Ginebra, Reconociendo que las bases de datos son un elemento vital para el desarrollo de una infraestructura global de la información; Sabiendo la importancia de alentar el continuo desarrollo de las bases de datos; Conociendo la necesidad de establecer un equilibrio entre los intereses de los productores de bases de datos en cuanto a la protección de la copia desleal y los intereses de los usuarios de contar con acceso adecuado a los beneficios de una infraestructura global de la información; Expresando el interés de

En cuanto al valor de las *declaraciones concertadas* –que abordaremos junto con las disposiciones a las cuales se refieren– *la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (1969)* establece en el art. 31, §1, una *regla general* según la cual un tratado debe interpretarse de buena fe, de conformidad con el sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el *contexto* de éste y teniendo en cuenta su objeto y fin; de acuerdo con el §2 del mismo artículo, el *contexto* comprende el texto, el preámbulo y los anexos y, además, “a) *todo otro acuerdo que se refiera al Tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del Tratado*”.

El Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA/WCT)

10. Está precedido por un *Preámbulo* en el que se subrayan los objetivos del Tratado.

□ Relaciones del TODA con el Convenio de Berna

11. Han sido previstas en el art. 1, el cual aclara que el TODA es un Tratado autónomo y no una revisión del Convenio de Berna: “El presente Tratado es un arreglo particular en el sentido del artículo 20 del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, en lo que respecta a las Partes Contratantes que son países de la Unión establecida por dicho Convenio” (§1) y que no deroga ninguna de las obligaciones existentes entre las Partes Contratantes en virtud del Convenio de Berna (§2). Se trata de una *cláusula de salvaguardia del Convenio de Berna* similar a la contenida en el art. 2, §2, del AADPIC.

Asimismo establece que las Partes Contratantes en el TODA darán cumplimiento a lo dispuesto en los arts. 1 a 21 y en el Anexo del Convenio de Berna

continuar el examen de las posibles implicaciones y beneficios de un sistema *sui generis* de protección de las bases de datos a nivel internacional; *Tomando nota* de que la Conferencia no negoció ni adoptó un tratado sobre dicho sistema *sui generis*; *Recomiendan* que se convoque una sesión extraordinaria de los Órganos Rectores de la OMPI competentes, durante el primer trimestre de 1997 para decidir el programa de los trabajos preparatorios para un Tratado relativo a la propiedad intelectual respecto de las bases de datos.”

A la *Resolución relativa a las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales* nos referimos más adelante (§2.3.6).

(§4), y que por Convenio de Berna se entenderá el Acta de París, 1971 (§3).

□ **Las disposiciones sustantivas del TODA**

0. Pueden dividirse en tres grupos:

- El primero es el que *incorpora por referencia los arts. 1 a 21 y el Anexo del Convenio de Berna* (art. 1, §4). De este modo se reitera el método seguido en el AADPIC para evitar volver a legislar sobre las mismas cuestiones (pero, naturalmente, el TODA omite la exclusión del art. 6bis del Convenio de Berna establecida en el art. 9, §1, del AADPIC, es decir, el "Berna menos").

- El segundo grupo de disposiciones del TODA es el que *incorpora el "plus Berna" y las disposiciones sobre observancia de los derechos que integran la Parte III del AADPIC*, aunque en forma mucho menos desarrollada que en éste. Está formado por los arts. 2, 4, 5, 7, 10 y 14 del TODA.¹³

⁽¹³⁾ Art. 2: *Ámbito de la protección del derecho de autor*

"La protección del derecho de autor abarcará las expresiones pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí".

Art. 4: *Programas de ordenador*

"Los programas de ordenador están protegidos como obras literarias en el marco de lo dispuesto en el Artículo 2 del Convenio de Berna. Dicha protección se aplica a los programas de ordenador, cualquiera que sea su modo o forma de expresión".

Declaración concertada respecto del Art. 4: "El ámbito de la protección de los programas de ordenador en virtud del Artículo 4 del presente Tratado, leído junto con el Artículo 2, está en conformidad con el Artículo 2 del Convenio de Berna y a la par con las disposiciones pertinentes del Acuerdo sobre los ADPIC".

Art. 5: *Compilaciones de datos (bases de datos)*

"Las compilaciones de datos o de otros materiales, en cualquier forma, que por razones de la selección o disposición de sus contenidos constituyan creaciones de carácter intelectual, están protegidas como tales. Esa protección no abarca los datos o materiales en sí mismos y se entiende sin perjuicio de cualquier derecho de autor que subsista respecto de los datos o materiales contenidos en la compilación".

Declaración concertada respecto del Artículo 5: "El ámbito de la protección de las compilaciones de datos (bases de datos) en virtud del Artículo 5 del presente Tratado, leído junto con el Artículo 2, está en conformidad con el Artículo 2 del Convenio de Berna y a la par con las disposiciones pertinentes del Acuerdo sobre los ADPIC".

Art. 7: *Derecho de alquiler.*

"1) Los autores de: i) programas de ordenador; ii) obras cinematográficas; y iii) obras incorporadas en fonogramas, tal como establezca la legislación nacional de las Partes Contratantes, gozarán del derecho exclusivo de autorizar el alquiler comercial al público del original o de los ejemplares de sus obras.

- El tercer grupo de disposiciones del TODA es el que *reconoce derechos exclusivos "plus Berna" y "plus AADPIC"* y está formado, por un lado, por los arts. 6 y 9 y, por el otro, por la "agenda digital" plasmada en la Declaración concertada al art. 1, §4, y en los arts. 8, 10, 11 y 12.

Las dos últimas son las disposiciones realmente novedosas que aporta el TODA (y el TOIEF en las normas paralelas –arts. 18 y 19–).

□ **El derecho de distribución**

13. En virtud del derecho de reproducción el autor tiene la facultad de explotar la obra mediante su fijación material en cualquier medio y por cualquier procedimiento que permita su comunicación, y la obtención de una o de varias copias de todo o parte de ella. Este derecho lleva implícita la facultad exclusiva de decidir si los ejemplares a los que se ha incorporado la obra (o su original) serán puestos a disposición del público, es decir, si van –o no– a circular en el comercio, a qué título –si por venta o por alquiler o por cualquier otro–, en qué áreas geográficas, durante qué plazo, en qué puntos de venta al público (por ejemplo, sólo en librerías o sólo en puestos de diarios y revistas o sólo en clubes de libros, etc.), porque el autor puede fragmentar la transmisión de ese derecho.

2) El párrafo 1) no será aplicable: i) en el caso de un programa de ordenador, cuando el programa propiamente dicho no sea el objeto esencial del alquiler; y ii) en el caso de una obra cinematográfica, a menos que ese alquiler comercial haya dado lugar a una copia generalizada de dicha obra que menoscabe considerablemente el derecho exclusivo de reproducción.

3) No obstante lo dispuesto en el párrafo 1), una Parte Contratante que al 15 de abril de 1994 aplicaba y continúa teniendo vigente un sistema de remuneración equitativa de los autores en lo que se refiere al alquiler de ejemplares de sus obras incorporadas en fonogramas, podrá mantener ese sistema a condición de que el alquiler comercial de obras incorporadas en fonogramas no dé lugar al menoscabo considerable del derecho exclusivo de reproducción de los autores".

Declaración concertada respecto del Artículo 7: "Queda entendido que la obligación en virtud del Artículo 7.1) no exige que una Parte Contratante prevea un derecho exclusivo de alquiler comercial a aquellos autores que, en virtud de la legislación de la Parte Contratante, no gocen de derechos respecto de los fonogramas. Queda entendido que esta obligación está en conformidad con el Artículo 14.4) del Acuerdo sobre los ADPIC".

Art. 14: Disposiciones sobre la observancia de los derechos

"1) Las Partes Contratantes se comprometen a adoptar, de conformidad con sus sistemas jurídicos, las medidas necesarias para asegurar la aplicación del presente Tratado.

2) Las Partes Contratantes se asegurarán de que en su legislación nacional se establezcan procedimientos de observancia de los derechos, que permitan la adopción de medidas eficaces contra cualquier acción infractora de los derechos a que se refiere el presente Tratado, con inclusión de recursos ágiles para prevenir las infracciones y de recursos que constituyan un medio eficaz de disuasión de nuevas infracciones".

Así, el titular del derecho de reproducción de una obra audiovisual en videocopias puede decidir que en un determinado territorio la explotación de los ejemplares se hará sólo mediante el alquiler y en otro solo mediante la venta; puede dar derechos de distribución en exclusiva a un distribuidor o bien, en forma concurrente, a varios distribuidores; puede limitar el plazo durante el cual puede hacerse la distribución autorizada, etcétera.

14. Cabe señalar que este derecho se ha sustanciado en diversas formulaciones, habiéndose adoptado diferentes nombres para identificar a cada una de ellas, como se reseña a continuación:

- Bajo el nombre de “*distribución*” o de “*circulación*”:

a) Un *derecho general de distribución* (o *derecho general de circulación*), en el sentido de un derecho autónomo del derecho de reproducción, que se extiende a todas las explotaciones (comprendidas tanto las de circulación de la propiedad –venta, donación– del ejemplar como las de su posesión –alquiler, préstamo–), englobando la de ejemplares fijados o reproducidos en el país de su distribución y la de los fijados o reproducidos en un país distinto de ésta (importación), así como la que se refiere al primer acto de distribución del ejemplar y a las distribuciones sucesivas;¹⁴

b) Un *derecho de puesta en circulación*, limitado al primer acto de distribución del ejemplar –concebido como una operación de circulación del soporte mediante transferencia de su propiedad– y que se supone (tácitamente) realizado en el país donde se haya reproducido lícitamente.¹⁵ Este derecho puede coexistir con unos derechos autónomos de alquiler y de préstamo público (o simplemente de préstamo).

⁽¹⁴⁾ Este es el caso, entre otros, de la Directiva 92/100/CEE del Consejo, de 19 de noviembre de 1992 (artículo 9) y el de la ley española, tal como debería quedar después de la transposición de la Directiva 2001/29/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, *relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información*.

⁽¹⁵⁾ Así parece ser la interpretación que ofrece el texto francés del Convenio de Berna (Acta de París) –*vid.* Memorando de la Oficina Internacional de la OMPI para la tercera sesión del Comité de expertos sobre un posible Protocolo al Convenio de Berna (documento BCP/CE/III/2-III de 5 de mayo de 1993), §§19, 21 y 22.

c) Un *derecho de distribución*, limitado a los actos de circulación, primera y sucesiva, de la sola propiedad del soporte y que puede coexistir con unos derechos autónomos de alquiler ¹⁶ y de préstamo.

- Bajo el nombre de *derecho de destinación* –o sin él– (es decir, no denominado “*derecho de distribución*” o de “*circulación*”) y concebido como una facultad del derecho de reproducción que cubre las explotaciones que consisten en un acto de transferencia de la propiedad (*venta*) o de la posesión (*alquiler, préstamo*) del ejemplar (original o copia) de la obra, y que se ejerce mediante reservas expresas de dichas utilidades, formuladas en el contrato (cesión o licencia) de reproducción y mencionadas gráficamente en los soportes que tienen a aquél por causa.

15. Algunas legislaciones reconocen explícitamente entre los derechos patrimoniales, además del derecho de reproducción e independientemente de éste, como *derecho de distribución* o *derecho de poner en circulación*, la facultad exclusiva del autor de autorizar la puesta a disposición del público de las reproducciones tangibles de una obra (o del ejemplar original), por ejemplo: Alemania; Costa Rica; Dinamarca; El Salvador; España; Honduras; Italia; Países Bajos; Panamá; Perú; Portugal; Venezuela.

Otros países no reconocen expresamente el derecho de distribución, como Bélgica y Francia. Tradicionalmente, en las legislaciones latinoamericanas (antes de las reformas legislativas que tuvieron lugar a partir de 1993) el derecho de distribución tampoco había sido objeto de reconocimiento expreso.

16. En el Convenio de Berna, el derecho de distribución sólo se menciona explícitamente respecto de las obras cinematográficas en los arts. 14, §1 y 14bis, §2, b. *Sin embargo, como corolario inseparable del derecho de reproducción*

⁽¹⁶⁾ Es el caso del TODA, en el cual el derecho de distribución tiene la extensión mencionada en el texto (art. 6) y coexiste con un derecho de alquiler (art. 7).

*expresamente reconocido en el art. 9, §1 del Convenio de Berna, se considera que está implícito en éste.*¹⁷

17. El art. 6 del TODA reconoce un *derecho general de distribución*¹⁸ pero –al igual que en el AADPIC¹⁹– no se pronuncia sobre la cuestión del *agotamiento* del derecho de distribución, la cual en el segundo párrafo de dicho art. 6 se difiere a las legislaciones nacionales.

□ **El agotamiento –o extinción– del derecho de distribución**

18. En los países cuyas legislaciones establecen el derecho de distribución o de circulación de los ejemplares o del original de la obra como una facultad específica del autor, aparece una figura denominada *agotamiento –o extinción– del derecho de distribución –o de circulación–*. Carlos A. Villalba enseña que este instituto jurídico *opera como una limitación del derecho de distribución* con la finalidad de compatibilizar las distintas naturalezas de los derechos intelectuales y de los derechos sobre las cosas, cuando ambos convergen sobre un mismo objeto.

(17) Vid. Memorando cit. de la Oficina Internacional para la tercera sesión del Comité de expertos sobre un posible Protocolo al Convenio de Berna (documento BCP/CE/III/2-III de 5 de mayo de 1993), §§49.a, b.i, ii y iii.

(18) Art. 6: "1) Los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar la puesta a disposición del público del original y de los ejemplares de sus obras mediante venta u otra transferencia de propiedad.

2) Nada en el presente Tratado afectará la facultad de las Partes Contratantes de determinar las condiciones, si las hubiera, en las que se aplicará el agotamiento del derecho del párrafo 1) después de la primera venta o transferencia de propiedad del original o de un ejemplar de la obra con autorización del autor."

Declaración concertada respecto de los Artículos 6 y 7: "Tal como se utilizan en estos Artículos, las expresiones 'copias' y 'originales y copias' sujetas al derecho de distribución y al derecho de alquiler en virtud de dichos Artículos, se refieren exclusivamente a las copias fijadas que se pueden poner en circulación como objetos tangibles (en esta declaración concertada, la referencia a 'copias' debe ser entendida como una referencia a 'ejemplares', expresión utilizada en los Artículos mencionados)".

(19) AADPIC– *Nota al pie 13 (al art. 51): "Queda entendido que no habrá obligación de aplicar estos procedimientos a las importaciones de mercancías puestas en el mercado en otro país por el titular del derecho o con su consentimiento, ni a las mercancías en tránsito".*

A su vez, el art. 6 prevé que, a reserva de lo dispuesto en los artículos 3 y 4 (que establecen los principios del trato nacional y del trato de la nación más favorecida) en relación con la cuestión del *agotamiento de los derechos de propiedad intelectual* no se podrá aplicar el Entendimiento sobre solución de diferencias.

Con la doctrina del *agotamiento* –o *extinción*– del *derecho de distribución* se procura dar respuesta al interrogante de si el titular de un derecho de autor puede seguir controlando la venta de los ejemplares (o del original) una vez que se pusieron legítimamente en circulación²⁰ entre el público, que es cuando sucede el “*agotamiento*”, y es por ello que las legislaciones concretan en qué consiste ese “*agotamiento*”.

19. En lo que se refiere a su *alcance*, históricamente y con relación a un derecho general de distribución, la puesta en circulación de los ejemplares extinguía *todas* las modalidades de explotación (venta, alquiler, préstamo) cubiertas por este derecho, compensándose el perjuicio que este amplísimo agotamiento podía inferir a los autores a través del reconocimiento a su favor de derechos de remuneración equitativa en los supuestos de alquiler o préstamo de esos ejemplares. Posteriormente, bien porque el derecho de distribución se limitase a las formas de circulación consistentes en la transferencia de la propiedad del soporte, bien porque se restringiesen los efectos extintivos del agotamiento a sólo esas formas, lo cierto es que tanto el (derecho o facultad de) *alquiler* como el (derecho o facultad de) *préstamo* de tales ejemplares, en la actualidad y por lo general, *han quedado al margen del agotamiento*.

20. Es posible otra distinción desde la perspectiva *del territorio afectado* por el agotamiento, derivado de la primera venta o transmisión de la propiedad del ejemplar, distinguiéndose tres tipos o clases de agotamiento: *nacional*, *regional* e *internacional*. Desde esta perspectiva, según que la extinción del derecho sólo se produzca en el territorio del país donde se haya efectuado la transmisión, o en la “*región*” (por ejemplo, la Unión Europea, la Comunidad Andina, etcétera) de la que forma parte el país en cuestión, o en todos los países del mundo, se habla, respectivamente, de agotamiento *nacional*, *regional* e *internacional*.

21. En muchos países europeos, particularmente en los Estados Miembros de la Unión Europea –por efecto de la transposición a sus derechos nacionales del

(20) *Vid. Dietz, op. cit.* §230, p. 197–8.

art. 1, §4 de la Directiva sobre alquiler y préstamo,²¹ y en algunos desde antes, como en Alemania y Dinamarca– *para proceder a la reventa de los ejemplares comercializados por medio de su venta al público, por efecto del agotamiento del derecho de distribución, no es necesario contar con la autorización del titular del derecho de distribución.* En otras palabras, las personas del público que han adquirido ejemplares de una obra por compraventa realizada con autorización del titular del derecho de autor, para revender dichas copias (o el ejemplar único si son obras de arte) no necesitan de la autorización de dicho titular.

De modo que el agotamiento del derecho de distribución **no incide sobre el derecho exclusivo del titular del derecho a las demás formas de explotación de los ejemplares de la obra (o del original) que se derivan del derecho de autor, tales como la reproducción, la comunicación pública, el alquiler y el préstamo público.**

22. La figura del “agotamiento del derecho de distribución” y la precisión de sus alcances o efectos también se encuentra en varias de las legislaciones latinoamericanas que reconocen expresamente el derecho de distribución: El Salvador, Guatemala, México, Panamá, Paraguay, Perú y Venezuela; respecto de ésta última, Ricardo Antequera Parilli señala que las aclaraciones allí contenidas sirven para destacar que:

- el titular tiene la facultad de autorizar otras reproducciones de la obra, conforme a su derecho exclusivo, así como impedir que a partir de los ejemplares colocados a disposición del público se realicen duplicaciones de la obra, porque esto constituye “piratería”;
- dado que el arrendamiento de los ejemplares constituye una actividad lucrativa y el alquiler es susceptible de perjudicar la explotación normal de la obra, ya que cada duplicación alquilada, así se trate de una copia autorizada, podría desestimular su adquisición, el titular de los derechos conserva, a pesar de la primera venta, el derecho de autorizar o no el arrendamiento de dichas reproducciones, y

(²¹) Directiva europea 92/100/CEE de 19 de noviembre de 1992 sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual, art. 1, §4: “Los derechos a que se refiere el apartado 1 no se agotan en caso de venta o de otro acto de difusión de originales y copias de obras protegidas por el derecho de autor u otros objetos mencionados en el apartado 1 del artículo 2.”

- evidentemente, de acuerdo al principio según el cual los derechos autorales son independientes del objeto material que contiene la obra, cuya enajenación no produce a favor del adquirente la cesión de derechos de explotación, la propiedad del soporte cuya comercialización se ha permitido, no implica facultad alguna para el propietario de realizar a partir de él una comunicación pública de la obra, sujeta al derecho exclusivo de autorización previa y remuneración.²²

La cuestión de las “importaciones paralelas”

23. Al comentar el art. 19, §2 de la ley española en su primitiva redacción de 1987, Antonio Delgado precisó los efectos del agotamiento o extinción del derecho de distribución destacando que: “(...) se trata, por tanto, de un agotamiento del derecho con efectos limitados a la explotación de los ejemplares de la obra mediante su circulación en venta, y que no es aplicable a los restantes supuestos (alquiler, préstamo y otros de transferencia tanto de la propiedad –donación– como de la posesión), ni tampoco a las operaciones de distribución de las que sean objeto los ejemplares vendidos y que no consistan en su reventa, para cuyas operaciones hay que solicitar la autorización del autor, ya que se trata de ejemplares que sólo fueron puestos a disposición del público para su enajenación mediante precio (único supuesto de hecho contemplado en la excepción ‘cuando la distribución se efectúe por venta’– y respecto del cual se extingue ‘este derecho’, esto es, el de su puesta a disposición del público en esta forma –no ‘el derecho’ de distribución en general–)”.²³

En un trabajo anterior, el mismo autor²⁴ puntualizó muy acertadamente que: “(...) en el caso de distribución en forma de venta, el derecho comentado se agota

(22) Antequera Parilli, R., *Derecho de autor*, Caracas, Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual – Dirección Nacional del Derecho de Autor, 1998, t. I, pp. 406–7.

(23) Delgado Porras, A., “El control del autor sobre la utilización de los ejemplares de su obra. La experiencia española”, en el *Libro memoria del I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual*, Madrid, 1991, t. I, p. 538–9, §34.2.

(24) Delgado Porras, A., *Panorámica de la protección civil y penal en materia de propiedad intelectual*, Madrid, Ed. Civitas, 1988, p. 32.

o extingue a partir de la primera (art. 19, párrafo segundo), en el sentido de que, efectuada ésta con la autorización del autor, no se requiere nueva autorización para las sucesivas reventas, bien entendido que no habrá extinción del derecho si la celebrada en primer término no lo fue al público, sino a distribuidores u otros comerciantes (tanto mayoristas como minoristas), que actúan como eslabones intermedios de la operación mencionada."

Estos comentarios son extensivos a las leyes latinoamericanas citadas *supra* toda vez que, si se comparan los términos utilizados en ellas, se advierte que generalmente son similares a los empleados en el texto de la ley española analizado por Delgado.

24. En el campo del derecho de autor es fundamental una correcta regulación legal del derecho de distribución con agotamiento nacional –o regional cuando se trata de espacios integrados económicamente– para una ordenada explotación de la obra y el desarrollo de la industria nacional, porque implica la posibilidad del titular del derecho de controlar la explotación dentro de los territorios que se han autorizado.

25. Para quienes se enfrentan a la cuestión del agotamiento del derecho de distribución del autor con una óptica exclusiva o preponderantemente civilista, los efectos de la transmisión de la propiedad sobre el soporte o soportes materiales a los que está incorporada la obra suelen ser difíciles de comprender porque no son los mismos que cuando se trata del *derecho en las cosas (ius in re)*, y ello se debe a que dichos efectos atienden a las particularidades propias del derecho de autor sobre la obra (*bien inmaterial*) que lo diferencian fuertemente de los derechos reales sobre los bienes materiales.

Pero hay que tener en cuenta que las conclusiones suelen diferir según que el enfoque se haga desde la óptica del derecho de autor o desde el derecho de patentes o del derecho de marcas.

El reconocimiento expreso del derecho de distribución como derecho exclusivo del autor tiene la finalidad de destacar, con efectos *erga omnes*, que quienes han recibido una licencia en exclusiva para determinado territorio pueden oponerse a las *importaciones paralelas*, debido al ámbito de vigencia espacial de

otra licencia, es decir, a que se comercialicen en ese territorio ejemplares *lícitamente* producidos en otro, pero cuya circulación no está autorizada y, por ello, *no son lícitos* en el primero.

□ **Duración de la protección de las obras fotográficas**

26. El art. 9 del TODA equipara el plazo de protección de las obras fotográficas al plazo general de duración del derecho patrimonial sobre las demás obras al establecer: "*Respecto de las obras fotográficas, las Partes Contratantes no aplicarán las disposiciones del Artículo 7.4) del Convenio de Berna*".²⁵ A partir de la entrada en vigencia del TODA, en los Estados parte de éste el plazo de protección de las fotografías deberá asimilarse al de las demás obras, es decir, la vida del autor y setenta años más calculados a partir del primero de enero del año que siga al de su muerte.

De este modo el TODA zanja la discusión acerca de la condición de obra artística de la fotografía y la posibilidad de reconocerles plazos menores de protección o regímenes distintos según se las considere obras de arte –en este caso protegidas por el derecho de autor– o simples fotografías a las que sólo se les reconoce un derecho conexo (Austria, Italia).

□ **La "agenda digital"**

27. Se encuentra plasmada en la Declaración concertada al art. 1, §4 y en los arts. 8, 10, 11 y 12.²⁶

28. Respecto del art. 1, §4, en la Conferencia Diplomática se aprobó la siguiente declaración concertada:

(²⁵) *Convenio de Berna (Acta de 1971), art. 7: "[...] 4) Queda reservada a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de establecer el plazo de protección para las obras fotográficas y para las artes aplicadas, protegidas como obras artísticas; sin embargo, este plazo no podrá ser inferior a un período de veinticinco años contados desde la realización de tales obras"*.

(²⁶) En el TOIEF/WPPT, la "agenda digital" se encuentra plasmada en los arts. 10 (respecto de los artistas intérpretes o ejecutantes), 14 (respecto de los productores de fonogramas) 16, 18 y 19 (respecto de ambas categorías de beneficiarios).

“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 a la utilización de obras en forma digital. Queda entendido que el almacenamiento en forma digital en un soporte electrónico de una obra protegida, constituye una reproducción en el sentido del art. 9 del Convenio de Berna.”

Ésta es una respuesta al problema de las reproducciones provisionales –almacenamientos temporales, transitorios o accesorios– que son una característica necesaria del proceso de comunicación y que conlleva la realización de ciertas reproducciones de los contenidos en los servidores y enrutadores (*routers*) existentes en la cadena de transmisión entre el servidor de procedencia y el ordenador del usuario final, incluido este último. En otras palabras, las obras introducidas en la red de información digital se almacenan en forma provisional en la memoria RAM²⁷ o en la memoria caché²⁸ de los ordenadores de los servidores de los proveedores de servicios, de los proveedores de acceso, de los *proxi servers*, etcétera, y de los usuarios finales, como requisito técnico integrante y esencial para permitir una transmisión eficaz en una red y la presentación en pantalla. También permite, en los hechos, que el usuario realice, cuando ello es técnicamente posible, una copia permanente –para su uso personal– de la transmisión *en línea*.

29. De este modo, se confirma la aplicación del art. 9 del Convenio de Berna a todos los actos de reproducción, incluidos los almacenamientos transitorios o accesorios en memorias de ordenadores –porque dicha disposición del Convenio de Berna (y la mayoría parte de las legislaciones nacionales) reconoce el derecho de reproducción en forma amplia, “*por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma*”, de modo que comprende la inclusión de una obra o de parte de ella en un

(²⁷) RAM: *random access memory* = memoria de acceso provisional.

(²⁸) *Memoria caché*: es un directorio que está en el ordenador personal del usuario final y en el cual se guardan temporalmente las últimas páginas web visitadas; si el usuario las vuelve a pedir, son leídas desde el disco duro sin necesidad de una nueva conexión a Internet, lo cual acelera notablemente el tiempo de respuesta.

Proxi caché: es un directorio que está en un servidor intermedio entre el de origen y el ordenador personal del usuario final, y en el cual se guardan temporalmente las páginas web más visitadas por el público a fin de evitar la demora que importa el acceso de una gran cantidad de usuarios finales al servidor de origen.

sistema de ordenador, y no depende de la permanencia de la fijación—²⁹ llevados a cabo en el proceso de transmisión digital,³⁰ sometido al mismo tiempo explícitamente al derecho exclusivo de comunicación pública (art. 8 del TODA) como se verá más adelante. Ello no significa que el derecho de reproducción en el entorno digital –al igual que en el analógico– no pueda ser objeto limitaciones o excepciones siempre que se trate de “*ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor*” (“prueba de las tres condiciones acumulativas”, art. 10 del TODA) y se cumplan los requisitos para que se pueda aplicar la limitación o excepción, entre ellas, que no afectan el derecho moral del autor (pues solo restringen sus derechos patrimoniales, es decir, sus facultades exclusivas de explotación de la obra), razón por la cual solo se pueden aplicar *después de la primera publicación de la obra realizada con autorización del autor* (es decir, luego que este ha ejercido su derecho moral de divulgación).³¹

□ El derecho de comunicación pública

30. El art. 8 del TODA reconoce en forma expresa el derecho exclusivo del autor a autorizar la comunicación pública de todas las categorías de obras, incluida la comunicación por medios alámbricos (por cable, etcétera) e inalámbricos (por aire –radiodifusión hertziana, incluida la satelital–), mencionando explícitamente los actos de transmisión digital: “Sin perjuicio de lo previsto en los Artículos 11.1) ii), 11 bis.1) i) y ii), 11 ter. 1 ii), 14.1) ii) y 14 bis.1) del Convenio de Berna, los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar cualquier

(²⁹) Vid. Lipszyc, D., *Derecho de autor y derechos conexos*, Unesco/CERLALC/Zavalía, 1993, pp.179-183.

(³⁰) En relación con los Estados Unidos de América, Jane C. Ginsburg (“Chronique des États-Unis”, *RIDA* 180, abril de 1999, p. 179), destaca que hace más de una década que los tribunales entendieron que en la definición legal de *copia* –o *ejemplar*– de una obra protegida establecida en el art. 101 de la *Copyright Act* de 1976, según el cual son los “soportes materiales [...] en los cuales se fija una obra por cualquier método conocido o por conocerse, y que permite que la obra pueda ser percibida, reproducida o bien directamente comunicada, ya sea en forma directa o bien con la ayuda de una máquina o dispositivo [...]”, quedaban incluidas las efectuadas por máquinas de telefax, de modo que el envío no autorizado por ese medio de una fotocopia de un boletín, daba lugar a una copia ilícita (ver *Pasha Pubs. Inc. v. Enmark Gas Corp.*, 22 USPQ. 2d 1076 – N.D. Tex. 1992). A partir de entonces – señala Ginsburg– quedó bien establecido que la noción de “copia” (o “ejemplar”) incluye una fijación en la memoria temporaria de un ordenador (ver, por ejemplo, *MAI Sys. Corp. v. Peak Computer, Inc.*, 991 F. 2d 511 – 9th Cir. 1993).

(³¹) Vid. Lipszyc, *Derecho de autor y derechos conexos*, p.219.

comunicación al público de sus obras por medios alámbricos o inalámbricos, comprendida la puesta a disposición del público de sus obras, de tal forma que los miembros del público puedan acceder a estas obras desde el lugar y en el momento en que cada uno de ellos elija".

31. De modo que este artículo reconoce expresamente, en la primera parte, el derecho exclusivo de comunicación al público de todas las categorías de obras, incluida toda comunicación por medios alámbricos e inalámbricos, y, en la segunda parte, que la comunicación al público comprende "*la puesta a disposición del público de sus obras, de tal forma que los miembros del público puedan acceder a estas obras desde el lugar y en el momento en que cada uno de ellos elija*". Con ello no se dejan dudas en el plano de la legislación internacional acerca de que la puesta a disposición interactiva y previa solicitud en el mercado electrónico, se encuentra cubierta por el derecho exclusivo del autor calificado como derecho de comunicación pública.

32. Las notas distintivas de esta forma de comunicación pública de obras son:

- que consiste en un acto de *puesta a disposición* y que con la sola realización de este acto queda perfeccionada, razón por la cual antes de tal realización debe obtenerse la pertinente autorización;
- que la puesta a disposición es del público, y que ese público no está presente en el lugar en que tiene origen el acto;
- que las personas del público puedan tener acceso a las obras desde diferentes lugares y en diferentes momentos;
- que el acceso es de naturaleza interactiva lo cual importa que la elección es individual, y
- que la comunicación se logra y hace efectiva (sin que, como en toda comunicación pública, de esta efectividad dependa la existencia del acto de explotación) previa solicitud y mediante las operaciones de transmisión en la *red* (alámbrica o inalámbrica), con la reproducción y ejecución en el ordenador personal del solicitante del *archivo* que contiene la obra.

33. Ahora bien, el acto de comunicación pública definido en el art. 8 del TODA también afecta –como se dijo– al derecho de reproducción.³² La puesta a disposición en *línea* de la obra comporta su reproducción permanente (aunque sea por tiempo limitado), en el *sitio* en el cual el proveedor de contenidos efectúe el acto de carga de esa información protegida por el derecho de autor. Una vez que el destinatario del servicio realice el *pedido* de esa obra y cumpla las condiciones exigidas para facilitársela, se pone en marcha (normalmente, en forma automática) el proceso de su transmisión al ordenador personal de ese destinatario. Pues bien, tanto en el curso de ese proceso como en el de ingreso de la obra en la memoria de dicho ordenador se producen indefectiblemente múltiples reproducciones (que se califican de provisionales, o transitorias o accesorias) y todas ellas están cubiertas por el mencionado derecho de reproducción. Finalmente, cabe que el destinatario realice además una copia permanente de la obra en cuestión, bien en el disco duro de su ordenador o bien en un soporte informático separable del equipo (una unidad extraíble, como un disquete, un CD-Rom, etcétera) o en un dispositivo físico de e-book, o en soporte papel.

34. También esta copia, como es lógico, está sujeta al derecho de reproducción. Como lo están las que realizan (de forma automática, provisional y temporal) –como se dijo anteriormente– los prestadores de servicios intermediarios a título de “caching (proxy)”, es decir, con la única finalidad de hacer más eficaz la transmisión efectuada por un destinatario de su servicio (responsable de esa transmisión y de su contenido) a otros ulteriores destinatarios del mismo.³³ Ello así porque –reiteramos– el almacenamiento en una memoria de ordenador es, *per se*, un acto de reproducción. Sin embargo, en el texto final del TODA no hay un artículo que trate específicamente del derecho de reproducción, como ocurría en el art. 7 de la “Propuesta básica” del presidente de los comités de expertos sometida a la

(32) Vid. “‘Propuesta básica’ del presidente de los comités de expertos sometida a la Conferencia diplomática sobre las disposiciones sustantivas del TODA” (documento OMPI/CRNR/DC/4, de 30 de agosto de 1996), §10.14.

(33) Vid. Delgado Porras, “Los derechos que cubren la comunicación pública de las obras y prestaciones. La situación de estos derechos en el campo de las obras y prestaciones audiovisuales”, en *IX Curso Académico Regional OMPI/SGAE sobre Derecho de autor y derechos conexos para países de América Latina*, Ciudad de Panamá, 7-15 de octubre de 2002, §§14.01-14.04.

Conferencia Diplomática (documento OMPI/CRNR/DC/4 de 30 de agosto de 1996), de modo que resulta menos explícito que ésta, pese a lo cual los actos de reproducción permanente o temporal que se realizan en el proceso de una transmisión digital constituyen –como se dijo– actos de reproducción protegidos por el art. 9, §1 del Convenio de Berna (Acta de París, 1971), de acuerdo a lo expresado en la declaración concertada relativa al art. 1, §4 aprobada en la Conferencia Diplomática y, además, el texto de dicho art. 9, §1 del Convenio de Berna forma parte del TODA (porque éste, en virtud del art. 1, §4, incorpora los arts. 1 a 21 y el Anexo del mencionado Convenio) al igual que el art. 9, §2 que permite, en ciertas condiciones, establecer limitaciones o excepciones al derecho de reproducción.

A las disposiciones sobre limitaciones y excepciones (art. 10) y sobre medidas tecnológicas (arts. 11) se referirá el Dr. Marcelo Di Pietro, así como a los países que, hasta la fecha, han ratificado los "Tratados Internet" de la OMPI.

Muchas gracias.