

EL DERECHO DE AUTOR EN LAS BIBLIOTECAS Y GALERÍAS VIRTUALES DE INTERNET*

Karen Jadue Becker
Abogado – Universidad de Chile

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.- 1.- DERECHOS PATRIMONIALES Y MORALES DE AUTOR EN LAS BIBLIOTECAS Y GALERÍAS VIRTUALES.- 1.1.- Los derechos patrimoniales de autor en las bibliotecas y galerías virtuales.- 1.1.1.- El derecho de reproducción en bibliotecas y galerías virtuales.- 1.1.1.1.- Copia de archivos.- 1.1.1.2.- La digitalización.- 1.1.1.3.- La Impresión.- 1.1.1.4.- La descarga en la memoria RAM y el almacenamiento en la memoria caché.- 1.1.2.- El Derecho de comunicación pública en las bibliotecas y galerías virtuales.- 1.2.- El Derecho Moral de Autor.- 2.- LIMITACIONES AL DERECHO DE AUTOR Y USOS PERMITIDOS EN INTERNET.- 2.1.- El transcurso del tiempo como limitación de la propiedad intelectual.- 2.2.- La copia privada.- 2.3.- El “Fair Use” o uso justo.-

INTRODUCCIÓN

En general, tanto bibliotecas como galerías virtuales presentes en la red adquieren la forma natural de un conjunto de páginas web o sitios web, los que están “integrados por una serie de elementos relacionados entre sí, muchos de los cuales son creaciones originales, de distintas categorías: textos, fotografías, logotipos, gráficos, imágenes, sonidos, videos, animaciones...”¹ Ahora bien, sin perjuicio de la multiplicidad de elementos que pueden conformar estos sitios web, preexistentes o no, y de las distintas titularidades de derechos que sobre cada uno de ellos pudiere recaer, en general se ha aceptado que también sobre el sitio web considerado como

* El presente trabajo corresponde a una versión modificada del capítulo cuarto de “*El Derecho de Propiedad Intelectual y las Bibliotecas y Galerías Virtuales de Internet*”, memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales de la Universidad de Chile (Santiago, 2003).

¹ DE MIGUEL ASENSIO, Pedro A.: “*Derecho Privado de Internet*”. Civitas Ediciones, segunda edición actualizada, Madrid España, 2001. pp. 226 – 227.

un todo es posible ejercer la totalidad de los derechos garantizados respecto de cualquier autor, entre los que se contemplan tanto aquellos de carácter moral como patrimonial.

En cuanto de la naturaleza jurídica de estos sitios web, ellos deben ser considerados como obras de carácter multimedia, es decir, "combinaciones de datos y de obras de diferente tipo, como imagen fija o animada, texto, música y programas informáticos",² o como dice BERCOVITZ, "son obras con partes literarias, gráficas, musicales o de otro tipo, integradas en un mismo soporte electrónico, que refuerza la unidad de la obra resultante y facilita su almacenamiento, transmisión y difusión".³

En general, dentro de esta obra "multimedia" denominada "sitio web", sea en nuestro caso que se trate de una biblioteca o galería virtual, pueden existir un sinnúmero de elementos, los cuales permiten ser agrupados en tres categorías:

- Obras originales del creador del sitio web,
- Links o enlaces de hipertexto; y
- Obras preexistentes.

Ahora bien, en la mayoría de los casos, y salvo algunas excepciones, en los sitios de la red que responden a la definición de biblioteca y galería virtual, en que el peso central de los contenidos ofrecidos a los navegantes se encuentra representado por obras preexistentes, es decir, no son de la creación directa del autor del sitio web, sino incorporado a él mediante su digitalización, cuando el material no constaba antes en dicho soporte, o bien ha sido cedido expresamente por el autor ya en formato digital o así se ha obtenido a través de algún medio informático adecuado al efecto, como sería su descarga desde otro sitio web.

Tratándose de obras preexistentes, el autor original, al ser el objeto de su creación incorporado en un espacio multimedia, por este hecho no pierde ninguno de los derechos, tanto morales como patrimoniales, que posea sobre su obra, pudiendo incluso llegar a oponerse a dicha incorporación o pedir judicialmente que se retire ésta de la creación multimedia y que se le abonen los perjuicios que pudieren derivarse a su respecto del anterior hecho. Es por ello que, para que el creador de una biblioteca o galería virtual pueda incluir dentro de los contenidos que ofrece a los navegantes obras preexistentes es menester que, por una parte, obtenga autorización previa del autor de la obra original y, además, respete la paternidad del mismo.

En la primera de las situaciones, nos encontramos frente a una aplicación clara del derecho patrimonial de autor, el cual se traduce en la facultad que tiene este último para permitir o prohibir tanto la distribución de su obra, como su reproducción, difusión, ejecución pública,

etc.; derechos todos garantizados en el ámbito internacional por el Convenio de Berna,⁴ y también por el Tratado de la OMPI, particularmente su artículo 8º, el cual establece que, sin perjuicio de lo dispuesto sobre la materia por el Convenio recién mencionado, a los autores de obras artísticas o literarias les asiste el derecho exclusivo de autorizar cualquier comunicación al público de sus obras, ya sea por medios alámbricos o inalámbricos, comprendida la puesta a disposición del público de sus obras, de tal forma que los miembros de dicho público puedan acceder a estas creaciones desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija, dentro de lo cual ciertamente queda regulada la puesta a disposición de las mismas a través de Internet.

Esta aplicación del derecho patrimonial de autor también tiene aplicación en nuestro país, ya sea por la consagración directa contemplada por la Ley 17.336, en particular sus artículos 17 y 18, o por aplicación residual del Convenio de Berna y el Tratado de la OMPI, ambos ratificados por nuestro país y, por tanto, totalmente vigentes en el mismo.

Respecto de la obligación del creador de un sitio web, sea este Biblioteca o Galería Virtual, de respetar la paternidad del autor de la obra preexistente incorporada a este espacio, es ello aplicación del ya estudiado derecho moral de autor, el cual se encuentra consagrado en el Convenio de Berna (artículo 6 bis) y en nuestra legislación (artículo 9 de la Ley sobre Propiedad Intelectual).

En vista a lo anteriormente dicho, tenemos entonces que en cuanto a la aplicación de los principios y normas del Derecho de Autor respecto de bibliotecas y galerías virtuales es menester distinguir entre los derechos del creador del sitio web denominado Biblioteca o Galería Virtual y aquellos del autor de las obras incorporadas a estos sitios.

No nos referiremos en esta oportunidad a los derechos que corresponden a los "webmasters", sino al tratamiento de cómo los derechos de la propiedad intelectual se aplican respecto de los contenidos propios de estos espacios, los cuales hemos identificado con los e-books o libros electrónicos, en el caso de las bibliotecas, y con las representaciones digitalizadas de obras de arte, en el caso de las galerías.

1. DERECHOS PATRIMONIALES Y MORALES DE AUTOR EN LAS BIBLIOTECAS Y GALERÍAS VIRTUALES

El Derecho de Autor o de la Propiedad Intelectual contiene en sí una dualidad de facultades que pueden ser ejercidas por sus titulares, las cuales caracterizan a éste desde una perspectiva tanto patrimonial como moral, lo que le otorga a esta rama del Derecho su naturaleza especial e independiente dentro de las ciencias jurídicas; será precisamente tal naturaleza dual, patrimonial y moral, la que se verá reflejada respecto de los contenidos propios que se encuentran tanto en bibliotecas como en galerías virtuales, en particular cuando se trata de obras preexistentes, de aquéllas que el autor de estos sitios web incorpora en los mismos y que no son específicamente de su autoría.

⁴ Convenio de Berna, en particular en sus artículos 9, 11 bis., 11 ter., 12, 14 ter., etc.

² Carlos ROGEL VIDE, refiriéndose a la definición de obra multimedia dada por el "Libro Verde de la Comisión Europea sobre el Derecho de Autor y los Derechos Afines en la Sociedad de la información", de julio de 1995. Vid. ROGEL VIDE, Carlos: "Nuevos Estudios sobre propiedad intelectual". Biblioteca de Derecho Privado, 87. J. M. Bosch, Editor. Barcelona, España, 1998. p. 153.

³ Citado por ROGEL VIDE, Carlos. "Nuevos Estudios sobre propiedad intelectual". Biblioteca de Derecho Privado, 87. J. M. Bosch, Editor. Barcelona, España, 1998. p. 152.

1.1. Los derechos patrimoniales de autor en las bibliotecas y galerías virtuales

Como ya antes dijimos, el derecho patrimonial de autor puede ser definido como aquél que otorga a su titular el derecho exclusivo de obtener para él un provecho pecuniario, mediante la explotación de la obra, abarcando de este modo facultades tan variadas como el derecho de permitir o prohibir la reproducción de sus creaciones, su distribución, su interpretación o comunicación pública, etc.

Estos derechos garantizados para el autor, tanto en la legislación internacional como nacional, adquieren en el ámbito de Internet en general, y de las bibliotecas y galerías virtuales, en particular, características especiales que trataremos, en sus aspectos más relevantes, a continuación.

1.1.1. El derecho de reproducción en bibliotecas y galerías virtuales

Tal vez uno de los aspectos que más polémica provoca dentro de la protección del Derecho de Autor en la materia que ahora nos convoca se encuentra representado por el derecho exclusivo que asiste al autor de una obra de autorizar o prohibir su reproducción.

Como señala DE MIGUEL ASENSIO, "el derecho de reproducción aparece configurado en la normativa internacional y en las diversas legislaciones nacionales como un derecho de exploración básico, cuyo ejercicio exclusivo corresponde al autor (artista, intérprete, ejecutante o productor). La noción tradicional de reproducción asociada a la edición impresa, hace referencia a la multiplicación de una obra en un medio material —es decir, en un soporte físico— que permita la comunicación de las copias generadas. La tecnología digital ha supuesto una profunda transformación de la realidad social en lo que a la reproducción de las obras se refiere: no sólo posibilita la realización de copias idénticas a la obra original con gran rapidez y costes mínimos, sino que también hace posible la realización de copias inmateriales, pues se reproduce de forma intangible, no perceptible por los sentidos, en un soporte electrónico, lo que permite su transmisión en línea, sin perjuicio de que la obra digitalizada pueda también almacenarse en un soporte material fuera de la Red. Al mismo tiempo, incrementa de manera extraordinaria la repercusión de la copia privada sobre la explotación de la obra".⁵

Como vemos, el actual entorno digital presenta nuevos desafíos respecto a la caracterización y a la protección del derecho exclusivo a prohibir o permitir la reproducción de sus obras que poseen los autores, y ello se hace aún más patente en bibliotecas y galerías virtuales, en que tratándose de obras normales, no digitales y preexistentes, es menester realizar necesariamente un proceso de reproducción previamente a hacer disponible a través de Internet ya sean los libros electrónicos o las reproducciones fotográficas de determinadas obras de arte.

Si bien como señala BERCOVITZ, refiriéndose a las obras de arte, han existido en el pasado autores que han dudado del carácter de reproducción cuando no se trata de la "multiplicación de objetos corpóreos idénticos",⁶ es un hecho que en la actualidad, pese a la diferen-

cia que puede existir, un libro electrónico debe necesariamente considerarse como una copia del libro tradicional que ha servido de base para realizar la digitalización, puesto que para considerar a un libro como tal es menester acudir más bien al contenido y sentido último del mismo que al formato que éste adquiera, pues, a diferencia de lo expresado en el Glosario de la OMPI, no creemos que deba reducirse el concepto de libros sólo a aquellas "formas publicadas de escritos y/o imágenes, compuestas por cierto número de páginas reunidas en un volumen y generalmente producidas como ejemplares de una edición de ellas".

Un libro electrónico es tan libro como uno impreso, y ello es independiente de aquél puede o no imprimirse en papel; es el contenido y finalidad del mismo el que le da la naturaleza jurídica de tal. Lo que tal vez pueda discutirse es en cuanto a la extensión que éste deba tener para ser considerado libro y a la forma de determinar esto, puesto que tratándose de formatos como .pdf o .word tal vez podría recurrirse a un criterio de número de páginas, como hace Naciones Unidas, aunque en este caso fuesen páginas virtuales absolutamente modificables en algunos casos por el lector, pero ello no ocurriría de la misma forma tratándose de otros formatos, como el .html, en los cuales todo el contenido puede encontrarse en una sola página de carácter continuo, que sólo podrá dividirse en caso de ser ésta impresa o visualizada no en un navegador tradicional, sino en algún otro programa que haga la conversión, como en la "vista de diseño de impresión" de Word.

Situación similar ocurre con las imágenes digitalizadas, puesto que, aunque no revisitan el carácter de "fotografías" en el sentido restringido de la palabra, sí cumplen la misma función de éstas, al brindarnos una representación de una determinada obra que permite observarla, apreciarla y hacernos una idea de ella.

Respecto de esta materia, el Convenio de Berna no hace precisión alguna en cuanto a si la digitalización debe o no ser considerada como un acto de reproducción para los efectos de la protección del derecho patrimonial de los autores, sin embargo, debido a que en la redacción de esta norma se ha seguido la ya amplia tradición de no realizar una enumeración exhaustiva de las formas en que se puede efectuar la reproducción, sino que se ha limitado a señalar que los autores "gozarán del derecho exclusivo de autorizar la reproducción de sus obras por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma".⁷ En el mismo sentido se pronuncia el Glosario de la OMPI, al señalar que la reproducción "es la realización de uno o más ejemplares (copias) de una obra o de una parte sustancial de ella en cualquier forma material, con inclusión de la grabación sonora y virtual". Ahora bien, en este último caso, creemos que el Glosario de la OMPI erróneamente restringe de modo innecesario el concepto de reproducción, puesto que sólo se refiere a la fijación de la misma en una forma "material", con lo cual se estaría excluyendo a la fijación "inmaterial" como sería la digitalización de una obra, la cual aunque técnicamente, en un primer momento, por ejemplo, tratándose de libros electrónicos, puede tener la calidad de imágenes del mismo recién realizado el proceso de "scanneo", una vez pasadas dichas imágenes por el lector de OCR, ella se transforma en algo distinto, propiamente en un libro electrónico, cuestión que en modo alguno puede no considerarse un acto de reproducción.

⁵ DE MIGUEL ASENSIO, Pedro. "Derecho Privado de Internet". 2a ed. actualizada. Civitas Ediciones, Madrid, España, 2001. pp. 232 - 233.

⁶ BERCOVITZ, Germán. "Obra Plástica y Derechos Patrimoniales de su Autor". Editorial Tecnos, 1997. Madrid, España. p. 220.

⁷ Convenio de Berna, Artículo 9º.

Sobre este particular, y a nuestro modo de ver, clarificando correctamente la normativa que rige en el ámbito internacional a este respecto, una Declaración concertada adoptada en el seno de la OMPI, interpretativa del artículo 1.4 del Tratado sobre Derecho de Autor, ha señalado que el derecho de reproducción, tal y como lo establece el Convenio de Berna, es totalmente aplicable en el entorno digital, particularmente tratándose de la utilización de obras en forma digital, quedando, por tanto, entendido que el almacenamiento de una obra protegida en una forma digital, en un soporte electrónico, como sería la digitalización de libros o imágenes, constituye un acto de reproducción en el sentido del artículo 9 del Convenio. El único pero que nos merece esta Declaración es la dudosa fuerza obligatoria que ella posee, por lo cual sería deseable que en el futuro el contenido de ella fuera vertido en el mismo articulado del Tratado sobre Derecho de Autor o en el Convenio de Berna, para que adquiriera claramente un carácter vinculante y obligatorio.

Por su parte, en nuestro país este derecho de permitir o prohibir la reproducción también se encuentra garantizado para los autores, aunque, al igual que ocurre en el Convenio de Berna, también la Ley 17.336 sólo se limita a señalar que se protege el derecho de "reproducción", sin determinar qué habrá de entenderse por ésta, por lo cual deberá recurrirse ya sea a lo señalado por la OMPI a este respecto, o a la definición que de reproducción da el diccionario de la RAE.

Ahora bien, y como antes señalamos, esta consagración del derecho a permitir o prohibir la reproducción de sus obras que se ha otorgado a los autores, adquiere, tratándose de las bibliotecas o galerías virtuales, algunas particularidades que hacen que, a nuestro entender, no pueda considerarse a éste un tema del todo pacífico.

En primer lugar, es menester determinar qué deberá entenderse por reproducción del libro electrónico o de una imagen digitalizada, para lo cual habrá que caracterizar primeramente la naturaleza jurídica de cada uno de estos objetos, pues ello en gran medida nos permitirá elucidar qué acto puede o no ser considerado de reproducción.

Tratándose de los libros electrónicos, como ya antes adelantamos, creemos que ellos en general deben ser asimilados a los libros tradicionales, puesto que nuestra visión para acogerlos como tales responde al contenido e intención de los mismos, más que al formato en que ellos se encuentren insertos. Ahora bien, esto puede parecer claro desde una perspectiva teórica, pero al llevar el asunto a un caso práctico, como sería la reproducción de un libro, el asunto se complica.

Cuando estamos en presencia de un texto normal, los modos tradicionales de reproducción serían su impresión o su fotocopia, casos ambos en los cuales el libro no pierde su carácter físico, pese a que quizá la calidad pueda variar en uno u otro caso. ¿Pero qué ocurre con el libro electrónico? Es claro que si el libro se lleva a un formato de papel impreso estaríamos frente a un acto de reproducción, pero ella no es la forma habitual en que este tipo de objetos se reproducen, e incluso este acto de impresión desnaturalizaría al texto, puesto que de su carácter digital ha pasado a tener un carácter físico palpable, se ha convertido en un libro tradicional, o en la copia de un libro tradicional.

La forma normal en que un libro electrónico habría de reproducirse sería a través de la copia del archivo que lo contiene, ya sea dentro del mismo disco duro o por su traspaso a un

disco extraíble o su envío a través de Internet o su colocación en un sitio web. En este caso el texto electrónico demuestra también su carácter de archivo computacional, y en cuanto tal, al ser este su formato tradicional, es de acuerdo a dicho tipo de objetos que se debe considerar la reproducción del libro electrónico. Pero, ¿acaso lo anterior destruye la tesis previamente enunciada en la cual asimilamos la naturaleza jurídica del libro electrónico a la del libro tradicional? Entonces, ¿debemos afirmar ahora que el libro electrónico, más que como libro, debe ser tomado como un archivo computacional y por tanto es de acuerdo a las reglas dadas para estos que deben analizarse sus formas de reproducción?

No necesariamente; es cierto que el libro electrónico posee un carácter especial debido a que el continente en que se encuentra inserto posee el carácter de un archivo computacional, sin embargo ello en caso alguno puede llevarnos al extremo de hacernos creer que por este hecho el e-book debe ser abordado como si de un software se tratase.

Lo que sucede es que, a nuestro juicio, el libro electrónico no puede ser asumido simplemente dentro de alguna de las categorías tradicionales conocidas, sino que respecto de él se debe reconocer una naturaleza jurídica propia, sui generis. El e-book comparte características que son propias tanto de los libros tradicionales como de los archivos computacionales, y en cuanto tal es que debe analizarse la protección que el derecho de autor brinda hacia ellos; reconociendo en cada ámbito este carácter dual, aunque sin perder la perspectiva de que nos encontramos ante un libro, que no por ser electrónico pierde la naturaleza de tal.

Ahora bien, atendida la antedicha aclaración, tenemos entonces que respecto de los libros electrónicos podemos encontrar las siguientes formas de reproducción:

1.1.1.1. Copia de archivos

La primera forma de reproducción de un libro electrónico que podemos encontrar, deriva del carácter de archivo computacional que este tipo de texto posee, a que antes hemos hecho referencia. En este caso, la reproducción de e-books adquiere una característica muy especial, la cual lo hace claramente diferenciarse de su correlato no virtual, ya que, a diferencia de lo que ocurre con el libro tradicional, con muy poco esfuerzo y recursos es posible realizar, en la mayoría de los casos, una copia idéntica al original, la cual puede ser transferida y transmitida a través de diversos medios. Como señala Eva PAREDES, *"mediante las innovaciones de la tecnología digital, siempre en el campo del derecho de autor, hoy día es posible la realización de copias de las obras intelectuales idénticas al original; un rápido acceso a las copias con o sin autorización del autor, la manipulación del contenido de la grabación digital, y el acceso a toda esta información por medios inalámbricos (como satélites) o a través de conductos físicos (la fibra óptica) que transmiten los datos a distancia sin que sea necesario utilizar el soporte material".*⁸

Ahora bien, esta misma facilidad en la reproducción de un texto electrónico es la que provoca una de las mayores desconfianzas para los defensores del derecho de autor. El hecho

⁸ PAREDES MUÑOZ, Eva. "La Copia Privada", Memoria de Prueba, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2002. Profesor guía: Santiago Schuster Vergara. Pág 220.

de poder lograr una copia idéntica al original, e incluso muchas con sólo un mínimo de recursos, aunque puede parecer un negocio muy lucrativo para las casas editoriales, también presenta un problema, pues, pese a que se han ideado mecanismos especiales para precaver la copia indiscriminada, como veremos más adelante, ellos no siempre resultan tan efectivos como habría de esperarse.

En el libro tradicional, para poder obtener una copia del mismo es menester recurrir ya sea a la fotocopia del mismo o a su impresión, lo cual en el segundo de los casos demanda un gran costo, y en el primero da como resultado una copia de menor calidad que el original. En cambio, en el libro electrónico la copia es idéntica, con lo cual el usuario no pierde prácticamente ninguna de las ventajas poseídas por el archivo original, el cual se puede incluso regalar sin que con ello se pierda el texto propio.

Sin perjuicio del peligro que para la protección del Derecho de Autor significa esta posibilidad de realizar copias masivas de un e-book, y de las pérdidas que esto pueda significar para las casas editoriales, es claro que ello puede resultar también en una ventaja considerable para aquellos autores independientes que sin necesidad de recurrir ahora al auspicio de una casa editorial pueden, con los programas adecuados, realizar ellos mismos la edición de su obra y darla a conocer al público, e incluso con la posibilidad cierta de obtener un rédito económico a través de ello.

Por su parte, tratándose de los contenidos propios de una galería virtual, es decir, las imágenes digitalizadas de obras de arte, la situación es bastante similar a aquella que se presenta respecto de los libros electrónicos, por cuanto, en este caso, la imagen digitalizada también posee una naturaleza jurídica mixta, que comparte tanto los elementos pertenecientes a las imágenes o fotografías tradicionales como al carácter propio de archivo computacional que ésta adquiere al momento de ser introducida en un medio electrónico.

Es así entonces, que por el solo hecho de copiar un archivo de imagen que se encuentre en una galería virtual estamos realizando un acto de reproducción del mismo, el cual se encuentra amparado por el derecho exclusivo que en estas materias pertenece a los autores, lo cual también es válido para el hecho de que dicha imagen se utilice para ser insertada en otra obra multimedia, como sería una página web, o se use como fondo de escritorio, etc.

Por otro lado, en cuanto a la consagración positiva de este derecho exclusivo que poseen los autores de permitir o prohibir la reproducción de sus obras, tratándose de libros electrónicos o de imágenes digitales o digitalizadas de obras de arte, a ellos se hace aplicable la legislación vigente referida a la copia de archivos computacionales.

Es así entonces, que, en el marco del Convenio de Berna, la reproducción digital de libros electrónicos e imágenes se encuentra amparada por el artículo 9º, puesto que en él no se hace distinción alguna respecto de la forma en que deba hacerse la reproducción, incluyéndose además, por mención expresa del inciso 3º del artículo 9, toda grabación sonora o visual como medio de reproducir, lo cual es aplicable tanto a las imágenes como a los libros electrónicos.

Creemos que el hecho de que en el Glosario de la OMPI se defina a la reproducción como "la realización de uno o más ejemplares (copias) de una obra o de una parte sustancial de

ella en cualquier forma *material*", en nada contraría al anterior criterio, puesto que la norma que debe primar es la contenida directamente en el Convenio de Berna, la cual justamente ha seguido la tendencia de realizar una consagración amplia de reproducción, con lo cual se evita la obsolescencia temprana de la norma debido a que las formas de reproducción van variando vertiginosamente con los adelantos tecnológicos, no pudiendo preverse de antemano formas nuevas de reproducción que aparecen a menudo.

En cuanto a la aplicación a este respecto de la ley chilena, como ya señalamos, al aplicarse el criterio de considerar este tipo de obras como de naturaleza dual, creemos que tratándose de la forma de reproducción a que nos estamos refiriendo debe aplicarse la definición dada en el inciso final del artículo 5º de la Ley 17.336, debiendo en este caso tenerse por copia de un libro electrónico o imagen digitalizada, y por tanto como reproducción de ellos, la fijación en un "soporte material que contiene instrucciones formadas directa o indirectamente de un programa computacional y que incorpora la totalidad o parte sustancial de las instrucciones fijadas en él", siendo lo central aquí la copia de las "instrucciones" contenidas en el archivo electrónico, es decir, el conjunto de códigos binarios que, leídos en un medio adecuado al efecto, presentan al usuario ya sea un e-book o una imagen digital.

1.1.1.2. La digitalización

La digitalización es otra forma de reproducción de una obra literaria o artística, la cual consiste básicamente en introducir en un soporte electrónico una obra preexistente, o, como señala Eva PAREDES, "el almacenamiento de la obra en la memoria de un ordenador, la cual está sometida al derecho exclusivo de explotación y más propiamente al derecho de reproducción, sea que se adhiera a la definición amplia del derecho de reproducción que comprende tanto la primera fijación de la obra en un medio que permita su comunicación, como la obtención de copias de todo o parte de ella por cualquier procedimiento o bajo cualquier forma, o su interpretación restrictiva, que limita el derecho a la realización de copias de la obra, dado que al almacenarse la obra electrónicamente se obtiene un ejemplar más".⁹

Aunque, como antes hemos dicho, existen quienes creen que para que exista reproducción sería menester la realización de una copia idéntica al original, es claro que en la actualidad es un hecho mayoritariamente aceptado, ello no es necesario puesto que existen formas de reproducción, como la fotográfica, en las cuales aunque el resultado de la reproducción sea de una naturaleza distinta al original, se entiende que es ésta una forma habitual de realizar la misma,¹⁰ la cual se encuentra ampliamente difundida y otorga altos dividendos, por ejemplo, a las casas editoriales que recogen en un libro imágenes de obras de arte, los cuales son muy apetecidos por los interesados en estas materias, quienes no siempre tienen la oportunidad de asistir a los museos y galerías en que son expuestas, siendo ésta la única forma que poseen, o poseían, para acercarse al mundo del arte.

⁹ PAREDES MUÑOZ, Eva. *op. cit.* p. 223.

¹⁰ "Normalmente lo que se explota es la obra plástica en sí y la fotografía no es sino un medio de comunicación de la misma". *Vid.* BERCOVITZ, German. *Op. cit.*, p. 234.

Como a nuestro parecer bien expone DE MIGUEL ASENSIO, *"ampliamente extendida está ya la idea de que entre los actos comprendidos dentro del derecho exclusivo de reproducción figuran la digitalización de una obra, así como los demás que siendo necesarios para que pueda tener lugar una transmisión digital impliquen la fijación de la obra en cualquier medio –pues son actos que hacen posible la ulterior comunicación de la obra y la obtención de copias–, como, por ejemplo, la incorporación a bases de datos, el almacenamiento de la obra en la memoria del ordenador, así como su recuperación (en pantalla, impresora...); en concreto, los actos de carga de una obra por teleproceso en la memoria de un ordenador y los de descarga desde la misma. El hecho de que para que la reproducción sea perceptible por los sentidos resulte necesario el empleo de alguna máquina o dispositivo no altera la conclusión"*¹¹

Tratándose de las bibliotecas y galerías virtuales, la digitalización representa un acto de reproducción vital, por cuanto, en la mayoría de los casos para poder poner a disposición de los usuarios sus contenidos, habitualmente preexistentes en formato normal, es menester realizar todo un proceso de digitalización, el cual puede incluir tanto el proceso de scanner, tipeo, OCR, etc., hasta llegar al formato final que constituirá el libro electrónico o la imagen electrónica. Esto último nos lleva al hecho claro de que, al ser la digitalización un acto de reproducción y estar este derecho reservado a los autores, para poder introducir cualquier material protegido en una galería o biblioteca virtual será necesario obtener previamente el permiso del autor, el cual en este caso llevará también incluido el permiso para difundir y hacer pública la obra.

Desde el punto de vista del derecho positivo, en este caso como en el anterior, pese a no haber norma expresa que garantice específicamente la facultad de los autores para permitir o prohibir la digitalización, ello se puede derivar de una interpretación amplia de las normas que consagran el derecho de reproducción tanto en nuestra legislación como en el ámbito internacional.

1.1.1.3. La Impresión

La impresión es otra forma de reproducción de las obras digitalizadas, la cual consiste en pasar un texto o imagen desde el computador, y mediante las piezas de hardware y software adecuados, a formato papel.

Es éste otro de los casos más comunes de actos de reproducción propios del nuevo entorno tecnológico, y ello debido a la aún baja calidad en la resolución de las pantallas de los computadores, y a la molestia que significa el tener que estar permanentemente sentados frente a ella para poder, por ejemplo, leer un libro. De este modo, los usuarios de bibliotecas virtuales optan por pasar los textos escogidos desde el ámbito virtual al tradicional, accediendo a la información que requieren en la misma forma que si de un libro común se tratara.

Esta manera de realizar la reproducción plantea a su respecto varias dudas. Por ejemplo, una vez impreso el texto de que se trate, ¿continúa siendo un libro electrónico o adquiere un carácter distinto?

Creemos que sobre este particular la respuesta es clara, un libro es electrónico mientras mantiene las características de que antes hemos hablado, principalmente la necesidad de recurrir al uso de una herramienta tecnológica para consultar su contenido. En el momento en que pierde dichas características, el libro deja de ser virtual para transformarse en un libro tradicional, variando por tanto su naturaleza jurídica y haciéndose aplicable a su respecto toda la normativa vigente que rige este tipo de objetos.

Otra duda que surge es si esta variación en la naturaleza del libro podría o no ser considerada como un acto de transformación de la obra, y por esto comprendido dentro de lo señalado por los artículos 12 del Convenio de Berna y 18 literal c) de la Ley 17.336. Al respecto creemos que si bien con el acto de impresión el libro en verdad varía su naturaleza jurídica, pasando a ser de virtual a tradicional, ello en modo alguno puede considerarse como un acto de adaptación, pues, más allá del soporte en que el texto esté incluido, él no deja de ser un libro, lo cual no afecta las características internas que éste posee, ya que la adaptación o modificación apunta más bien a proteger la integridad de la obra, y ella no se ve afectada, al menos no en su esencia, con el solo hecho de pasar el texto desde el computador al papel.

Igual pregunta surge al tratar del cambio de formato de una obra determinada, como por ejemplo, transformar un libro electrónico de formato *.rtf a otro de formato *.html. En este caso, si bien la respuesta, en general, podría ser la misma que la dada para el caso anterior, puesto que con la sola modificación del formato en que el texto se presenta no afecta la esencia del texto mismo, el asunto merece un comentario más sobre este particular, pues no habrá problemas cuando el cambio de formato sea hacia alguno que mantenga las características principales del texto, pero cuestión distinta es que el archivo sea transformado a otro que altere el texto de modo de hacerlo diferente, como sería por ejemplo, el pasar un libro electrónico referido a un tema de arte y que contenga imágenes para ilustrar su contenido desde *.html o *.pdf a formato de sólo texto. En este caso el libro perdería una de las características que lo diferencian y que lo hacen atractivo y útil, por tanto se estaría realizando un acto de transformación tal que afectaría la integridad del texto, y que, por tanto, debería ser sancionado. Cuestión similar sería si el proceso fuese en forma inversa a la manera en que se plantea en el ejemplo.

En todo caso, pensamos que en estas situaciones deberá corresponder al juez, en el caso concreto, determinar si se está o no frente a un mero acto de reproducción o a un acto de transformación o modificación.

Finalmente, respecto de la reproducción de archivos electrónicos, sean éstos libros electrónicos o representaciones digitales de obras de arte, mediante impresión, también surge la duda si dicho acto requiere consentimiento expreso del autor o del titular del derecho de autor, o podría considerarse como una extensión del derecho legítimamente obtenido al recibir el archivo.

Nosotros estamos por inclinarnos por la segunda de estas opciones, puesto que la impresión de los archivos debe necesariamente ser considerada como una extensión del derecho para usar y hacer una reproducción privada que se tiene sobre el archivo legítimamente obtenido, siendo éste un acto común y natural dentro del entorno tecnológico, razón por la cual lo que se debe estipular expresamente es la prohibición de imprimir los archivos, existiendo incluso algu-

¹¹ DE MIGUEL ASENSIO, Pedro, *op. cit.*, pp. 234 – 235.

nos mecanismos que ayudan a este efecto, impidiendo, por ejemplo, que un libro electrónico pueda ser impreso o limitando el número de impresiones a una cantidad determinada.

1.1.1.4. La descarga en la memoria RAM y el almacenamiento en la memoria caché

La última forma de reproducción presente en bibliotecas y galerías virtuales de que nos ocuparemos, de las múltiples que existen, se encuentra representada por la descarga de archivos en la memoria RAM del computador y el almacenamiento de los mismos en la memoria caché.

La Memoria RAM adquiere su nombre de la sigla en inglés para la denominación "Random Access Memory" (Memoria de Acceso Aleatorio), es la memoria de almacenamiento principal en donde la PC guarda los datos que está utilizando en ese momento. Cuando una persona accede a una página Web o archivo desde Internet es menester que éste primero sea almacenado en esta memoria con el objeto de poder realizar el proceso de visualización. Ahora bien, este proceso también puede ser considerado como un acto de reproducción puesto que el archivo visualizado se radica, aunque sea en forma efímera, en el computador del usuario, realizándose una copia del mismo que es la que el navegador en definitiva mostrará, proceso todo que es involuntario y para lo cual no es necesario que medie acción alguna del usuario, salvo el hecho de acceder a la página o sitio Web.

Como bien ejemplifica DE MIGUEL ASENSIO, *"dentro de este nuevo contexto social de la reproducción de obras destaca el hecho de que la transmisión de información en Internet exige la realización continua de copias, que con gran frecuencia son efímeras; pues, en general, todos los servicios de Internet operan a través de la reiterada copia de documentos de unos ordenadores a otros, que pueden ser almacenados temporalmente en ordenadores intermedios. Por ejemplo, cuando la documentación que constituye el contenido de un sitio se introduce en el servidor correspondiente se reproduce normalmente en un disco duro; para que un usuario tenga acceso al documento a través de la Red será preciso la comunicación de las señales a través de múltiples ordenadores intermedios (que operan típicamente copiando la información) hasta su propio ordenador, donde también puede tener lugar su fijación en el disco duro; incluso si el documento sólo se consulta a través de su visualización en la pantalla será necesario normalmente su almacenamiento temporal en la memoria RAM del ordenador"*.¹²

Cuestión similar ocurre con la introducción de la información en la memoria caché, la cual consiste en un mecanismo utilizado por navegadores, servidores y routers mediante el cual se almacena en una sección del disco duro del usuario los datos y archivos consultados, de manera tal que la continua revisión de los mismos contenidos no implique una nueva descarga de la información, con lo que se busca "optimizar la velocidad de respuesta del sistema, al disminuir el volumen de transferencias de ficheros. Los contenidos que se encuentran en la caché local se visualizan de manera casi instantánea".¹³

La caracterización de estas dos situaciones dentro del derecho de reproducción no ha sido un tema sencillo de abordar, pues en ambas, al no intervenir en modo alguno la voluntad o el accionar del usuario para que ella se produzca, se ha cuestionado la verdadera factibilidad o procedencia de transformar a éstos en actos protegidos, sobre todo en el entendido de que, en esencia, en este caso se trata de una copia virtual efímera, la cual durará, a lo más, lo que el computador tarde en apagarse, en el primer caso, o lo que tarde en llenarse el espacio asignado a la memoria caché, momento en el que los viejos archivos darán paso a otros más nuevos. De este modo, "para algunos, la inclusión sin restricciones puede provocar gran inseguridad jurídica entre los proveedores de infraestructura y de servicios de Internet, así como afectar la legalidad de actos comunes en el empleo diario de Internet".¹⁴

No obstante los reparos que pudieren hacerse a la protección de esta forma de reproducción, principalmente a la poca factibilidad real de controlarla, es del todo claro, a nuestro parecer, que ella se encuentra también amparada por el derecho exclusivo que se concede a los autores, toda vez que en este caso existe un acto de reproducción en la forma en que éste se ha definido.

Pese a que en el momento en que se dictó el Convenio de Berna no existía, ni siquiera lejanamente, la conciencia de la posibilidad de que pudiera darse el caso de una copia de un carácter tan efímero como el que hemos tratado, concibiéndose en ese entonces la reproducción como un acto de carácter más permanente, el artículo 9.1 de dicho texto, siguiendo el carácter de tratamiento amplio que identifica al Convenio, se limitó a señalar que los autores gozarían del derecho exclusivo de autorizar la reproducción de sus obras "por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma", no haciendo distinción alguna a este respecto. Por su parte, el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, en una Declaración concertada sobre su artículo 1.4, ha señalado expresamente que "El derecho de reproducción tal como se establece en el artículo 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 artículo 9 del Convenio de Berna".¹⁵

En cuanto a nuestra legislación, pensamos que en ella también se encuentra contemplada la protección de estas formas efímeras de reproducción, por cuanto en la Ley 17.336, su artículo 18, tampoco hace distinción alguna, señalando que el derecho para permitir o prohibir la reproducción, en cualquier forma en que ésta se realice, es una facultad exclusiva del titular del derecho de autor o de quien se encuentre autorizado por éste para ejercerla. Además, al ser nuestro país signatario tanto del Convenio de Berna como del Tratado de la OMPI, se encuentra obligado por ellos, siendo sus disposiciones plenamente aplicables dentro del territorio nacional.

Ahora bien, pese a que, como hemos dicho, nosotros pensamos que incluso esta forma tan precaria de reproducción se encuentra salvaguardada por el derecho de autor, tanto en su aspecto internacional como nacional, también comprendemos las voces de aquellos que creen que esta interpretación tan amplia y estricta puede llevar a provocar grandes inseguridades

¹² DE MIGUEL ASENSIO, Pedro, *op. cit.*, p. 233.

¹³ RIBAS, Xavier. "Usos Permitidos en Internet". <http://www.onnet.es/01005006.htm>

¹⁴ DE MIGUEL ASENSIO, Pedro, *op. cit.*, p. 235.

¹⁵ Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, de 1996. Declaración Concertada respecto del artículo 1.4.

entre quienes se desenvuelven dentro del ámbito informático, en especial para quienes han hecho de Internet una herramienta más para desarrollar las actividades de la vida diaria. De este modo, creemos adecuado que en el futuro, tanto en el ámbito nacional como internacional, se revise esta normativa, no desreglándola, lo cual sería pernicioso en este caso para los autores, sino que estableciendo determinadas excepciones dentro de las cuales se contemple a los actos provisionarios de reproducción que sean necesarios para el desarrollo del proceso tecnológico como una limitación más al derecho de autor, dentro de las varias ya existentes. Es éste el camino que se ha seguido, acertado a nuestro parecer, dentro de la Unión Europea, en la cual se ha establecido expresamente, según 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, artículo 2º, que se encuentra dentro de los derechos de exclusiva de los autores el autorizar o prohibir la reproducción total o parcial de sus obras, sea ella directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma que ella se realice. Pero que a continuación se ha establecido, como excepción o limitación a este derecho exclusivo, los actos de reproducción provisional que sean transitorios o accesorios y formen parte integrante y esencial de un proceso tecnológico y cuya única finalidad consista en facilitar: a) una transmisión en una red entre terceras partes por un intermediario, o b) una utilización lícita de una obra o prestación protegidas, y que no tengan por sí mismos una significación económica independiente.¹⁶

1.1.2. *El Derecho de comunicación pública en las bibliotecas y galerías virtuales*

Anteriormente en este trabajo hemos dicho que uno de los aspectos que engloba el derecho patrimonial de autor es el de facultar a su titular para permitir o prohibir cualquier comunicación al público de sus obras, sea ello realizado por medios alámbricos o inalámbricos, comprendida la puesta a disposición del público de sus creaciones, de tal forma que los miembros del público puedan acceder a estas obras desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija.

El carácter con que originalmente fue concebido este derecho iba unido a la necesidad de la presencia física en el sitio en donde se producía la comunicación, de un conjunto de personas ajenas al entorno individual o doméstico de quien realizaba la comunicación. Ahora bien, con la posterior llegada de la radio y la televisión dicha necesidad de la presencia física fue mediatizada en virtud de las características propias de dichos medios, aunque se siguió manteniendo el requisito de la simultaneidad entre la percepción del público y el acto de la comunicación.

Con la aparición de la comunicación en red, especialmente de Internet, el concepto ha debido nuevamente evolucionar, pues en la actualidad nadie puede dudar que cuando se sube a un espacio Web un determinado contenido ello es para que accedan a él terceras personas, o al menos la factibilidad de ello existe, sin que pueda determinarse a priori el momento en que ello se hará, salvo el caso en que un determinado contenido se ofrezca, por ejemplo, sólo por un determinado lapso o una determinada hora, situación en la cual sí se hará patente la simultaneidad entre la comunicación y la percepción.

Tratándose de las bibliotecas y galerías virtuales el objetivo general con la puesta de nuevos contenidos en ellas es hacer estos disponibles a terceras personas, no importa el lugar del mundo desde el que se acceda ni tampoco el momento, puesto que en la mayoría de los casos los contenidos son expuestos de un modo permanente, o por períodos más o menos prolongados de tiempo. Incluso se podría perfectamente llegar a afirmar que la comunicación pública es uno de los elementos de la esencia de las bibliotecas y galerías, aunque se establezca algún mecanismo para restringir este acceso a un número limitado de usuarios.

Colocar un texto en una biblioteca o una imagen en una galería importa, por tanto, un acto de comunicación pública de aquellos protegidos por la normativa tanto nacional como internacional, razón por la cual es menester recurrir a la autorización del titular del derecho de autor sobre dichos contenidos para poder hacer esta comunicación.

Creemos que son del todo inconsistentes y faltas de todo fundamento jurídico, las supuestas "cláusulas de exención de responsabilidad" con las que intentan protegerse quienes a la entrada de sus sitios hacen advertencia de que el material contenido en ellos es para uso meramente personal o "copias de seguridad", puesto que es claro que si un contenido está presente en Internet sin que medie para acceder a él algún mecanismo de seguridad como la encriptación, la protección por password, etc., podrá entonces visualizarlo cualquier navegante que llegue hasta él, sea voluntariamente o por mera casualidad, con lo que se estaría realizando un acto de comunicación pública del mismo.

Asimismo, el hecho de que un determinado contenido se coloque en una biblioteca o galería virtual, con previa autorización de su autor o de quienes le representen, tampoco puede significar que con ello se agota el derecho exclusivo de comunicación pública, puesto que si alguien quiere servirse, a su vez, de los mismos contenidos para difundirlos mediante otros medios, deberá obtener por su parte la debida autorización, con lo que también se echa por tierra una tesis bastante difundida por Internet, de acuerdo a la cual existen sitios Web que ofrecen determinados contenidos aduciendo respecto de ellos que fueron obtenidos en "lugares públicos", y que por tanto ellos son de libre utilización, sobre todo si en esos lugares no existía una prohibición expresa de usar sus contenidos en otros espacios.

Cualquier material protegido para ser expuesto, requiere de autorización del titular del derecho de autor que sobre él exista, no siendo menester la existencia de ninguna prohibición expresa sobre la materia, pues, como vimos, el derecho de autor no requiere ninguna formalidad determinada para ser salvaguardado, ya que incluso las inscripciones no son más que formalidades establecidas por vía de prueba, las cuales no es obligatorio cumplir en este caso.

Sobre este punto creemos importante traer a colación lo dispuesto por el artículo 47 de la Ley 17.336. Dicha disposición señala que en determinados casos no se considera comunicación pública de la obra cuando la comunicación se realiza al interior del núcleo familiar o en establecimientos educacionales, de beneficencia u otras similares, y ello se hace sin fines de lucro. A este respecto podría argumentarse que una obra, aun con derechos de autor vigentes, podría exponerse libremente en una biblioteca o galería virtual por cuanto sería factible considerar a éstas como instituciones educacionales, que no poseen fines de lucro en los casos en que su acceso es gratuito y no reciben dinero por publicidad.

¹⁶ 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. Artículo 5º.

Nosotros claramente disentimos de lo anterior, por cuanto creemos que el espíritu de la norma enfoca más bien hacia el uso de una obra en espacios reducidos, como podría ser una comunidad académica, y no para que ella pueda ser difundida indiscriminadamente, aun cuando ello se haga en forma gratuita y por parte de alguno de los establecimientos a que se refiere el artículo 47, y es de suyo evidente que si se coloca algo en Internet no es para que puedan verlo sólo los miembros de una comunidad sino que el mundo entero, lo cual es, por tanto, un acto de comunicación pública y como tal protegido por la normativa del Derecho de Autor.

Además, también disentimos de que se pueda considerar a las bibliotecas y galerías virtuales como un "establecimiento educacional" per se, puesto que ello sería arrogarle tal característica a espacios muchas veces impulsados por una sola persona y que no cumplen con ninguno de los requisitos exigidos a este tipo de establecimientos. Cuestión distinta es si la biblioteca o galería virtual es un órgano dependiente de un establecimiento educativo formal, situación en la que sí puede ampararse en la excepción del artículo 47, pero sólo en el caso de que el acceso a sus contenidos se encuentre restringido únicamente a los miembros de la comunidad que cobija, como sería, por ejemplo, el que la biblioteca de una entidad universitaria pusiera a disposición de sus alumnos una determinada cantidad de textos electrónicos a los que sólo éstos tuvieran acceso, ya sea vía intranet o por medio de Internet.

Sería ampliar mucho el concepto de la biblioteca o galería virtual al de establecimiento educacional, puesto que para considerarse como tal debería cumplir con todas las normas establecidas por la legislación nacional para este tipo de entes. A lo más una biblioteca o galería virtual cumple funciones de un comunicador de cultura, pero ello dista mucho de los fines educacionales a los que se refiere el artículo 47.

Cuestión distinta es cuando se difunden obras que están comprendidas dentro de algunos de los casos de excepción al derecho de autor, caso en el cual ellas pueden ser difundidas libremente, pero ello sólo respecto de la obra original y no respecto de ediciones que de la misma pudieren haber hecho determinados webmasters, pues en este caso sobre esta nueva obra, o más bien sobre su diseño, pesa un nuevo derecho de autor, el cual, a su vez, también es objeto de protección.

1.2. El Derecho Moral de Autor

Tratándose del otro aspecto de la Propiedad Intelectual, esto es, del derecho moral de autor, podemos señalar que él también adquiere protección dentro del ámbito de las bibliotecas y galerías virtuales, estando obligados los desarrolladores de estos espacios a respetar tanto la paternidad de la obra como su integridad y cualquier otro hecho que pudiere atentar en contra de la honra o reputación del autor.

Ahora bien, es necesario hacer notar que, si bien este derecho se encuentra consagrado por la Convención de Berna, la cual en su artículo 6 bis señala que "Independientemente de los derechos patrimoniales del autor, e incluso después de la cesión de estos derechos, el autor conservará el derecho de reivindicar la paternidad de la obra y de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la misma o a cualquier atentado a la misma que cause perjuicio a su honor o a su reputación", él no es reconocido como tal por todas las

legislaciones, en particular por aquellas de la órbita del derecho anglosajón, las cuales, bajo la tesis del copyright, sólo consagran los derechos patrimoniales, entregando la salvaguarda de cualquier otro aspecto a la normativa común.

Por su parte, podríamos afirmar que el derecho moral de autor, tratándose de las bibliotecas y galerías virtuales, hace en cierta forma excepción a lo que es la regla general en Internet, en la cual debido a la rapidez y anarquía en la circulación de la información, muy pronto se olvida quién fue el autor de una obra, cualquiera sea ésta. Sin embargo, en estos espacios, tiende a respetarse muy especialmente la paternidad de las creaciones expuestas por su intermedio y ello es natural, ya que principalmente tratándose de las galerías virtuales, el capital central con que ellas cuentan es la exposición de imágenes digitalizadas de las obras de los grandes maestros del arte mundial, y es por ello que se tiene, en general, bastante diligencia a la hora de señalar las obras que se exponen y su autor, puesto que es justamente esto lo que atrae a la mayoría de los visitantes. Igual cosa ocurre con las bibliotecas virtuales, en las que sin duda las obras más apetecidas y buscadas son las de los clásicos de la literatura, preocupándose especialmente estos espacios en publicitar su inclusión cada vez que una nueva obra logra digitalizarse y entrar en su particular acervo.

Finalmente, como señala un autor ya antes citado, "en lo que respecta a la garantía efectiva del derecho a ser reconocido como autor, está llamado a desempeñar un papel primordial el desarrollo de mecanismos técnicos específicos. El progreso tecnológico posibilita la introducción de señales indelebles (que no desaparecen siquiera tras ser reeditadas, impresas y digitalizadas de nuevo) e invisibles (para el ojo humano) que permiten identificar —normalmente a través de un ordenador que disponga del programa informático para crear la señal— al autor de una obra con independencia de que esta consista en una imagen fija, en imágenes en movimiento, sonido, texto...".¹⁷ Esta cuestión es fundamental, sobre todo tratándose de artistas o escritores noveles que, de buena fe, a veces donan sus obras a las bibliotecas y galerías virtuales con el ansia de verlas publicadas y, de este modo, dar a conocer su trabajo, con lo cual se exponen al plagio que pudieren realizar personas inescrupulosas, que ven en Internet una forma fácil para apropiarse del trabajo ajeno.

2. LIMITACIONES AL DERECHO DE AUTOR Y USOS PERMITIDOS EN INTERNET

Pese a los términos amplios en que han sido concebidas, tanto en el derecho nacional como internacional, las facultades exclusivas arrojadas por la propiedad a los autores, ellas en caso alguno pueden considerarse como absolutas, ya que existen casos en los cuales el derecho autoral se ve limitado por determinadas excepciones que, aunque de derecho estricto, vienen a suavizar en algo, y con un fin fundamentalmente de utilidad social, la amplitud y exclusividad del derecho de autor.

De entre dichas limitaciones, las que más destacan por su importancia son aquellas referidas a los derechos exclusivos de reproducción y de distribución, puesto que a estas es justamente que se apela en la mayoría de las bibliotecas y galerías virtuales a la hora de argumentar respecto del porqué de la inclusión de determinados títulos u obras dentro de sus base de datos. Como expresa DE MIGUEL ASENSIO, "La vinculación del objeto de los derechos de

¹⁷ DE MIGUEL ASENSIO, Pedro, *op. cit.*, p. 252.

propiedad intelectual con el acceso a la cultura, la investigación y la información, así como la búsqueda del equilibrio entre los intereses de los titulares de los derechos, de los usuarios, de los proveedores de contenido y de los intereses generales de la sociedad, determinan que los derechos de exclusiva en el ámbito de la propiedad intelectual conozcan significativos límites o excepciones, destinados básicamente a satisfacer intereses sociales o a corregir fallos de mercado —por ejemplo, en la medida en que no son posibles transacciones directas entre el titular de los derechos y cada concreto usuario—. Si bien la regulación de los límites conoce modelos diversos en el panorama comparado (por medio de una enumeración taxativa de supuestos o de un recurso genérico al fair use anglosajón o al uso privado interpretado en sentido amplio), existe semejanza entre las situaciones que quedan comprendidas si bien no todas gozan de un reconocimiento generalizado”¹⁸

Ahora bien, como respecto de la mayoría de las excepciones y limitaciones existentes en el derecho de autor, tanto nacional como internacional, ya nos hemos referido anteriormente, a continuación nos abocaremos particularmente al estudio de aquellas situaciones que limitan las facultades exclusivas de la propiedad intelectual y que se manifiestan con mayor fuerza en bibliotecas y galerías virtuales, como el transcurso del tiempo, la copia privada, etc.

2.1. El transcurso del tiempo como limitación de la propiedad intelectual

En general, el paso del tiempo constituye más bien una limitación al ejercicio del derecho de autor que una excepción al mismo, puesto que una vez transcurrido el lapso determinado por la ley, los alcances, principalmente patrimoniales, del derecho de autor desaparecen, pasando a ser la obra de libre distribución, pues respecto de ella ya no regirán las protecciones a las facultades exclusivas de explotación a que nos hemos referido anteriormente, sino que sólo se mantiene la salvaguarda de los aspectos morales del derecho de autor.

Sobre este particular, el Convenio de Berna¹⁹ ha señalado que los derechos por él garantizados se extienden por toda la vida del autor y hasta transcurridos 50 años desde el primero de enero siguiente a la fecha de su muerte, pudiendo los países que adhieran a este instrumento establecer plazos de protección incluso mayores, aunque no menores. Por su parte, nuestra legislación, a raíz de la necesidad de transponer al derecho interno las obligaciones asumidas en el Tratado de Libre Comercio suscrito con Estados Unidos, señala un plazo de protección de 70 años, el cual en este caso va desde la fecha del fallecimiento del autor; sin embargo, respecto de la extensión del plazo, ella contempla un caso en el cual este término de 70 años puede prolongarse más allá en el tiempo, lo que ocurre cuando a la muerte del autor existieren cónyuge o hijas solteras o viudas o cuyo cónyuge se encontrare afectado de una imposibilidad definitiva para todo tipo de trabajo, situación en la que este plazo se extenderá hasta la fecha de fallecimiento del último de los sobrevivientes que se encuentre en una de las antedichas situaciones.

Ahora bien, en las bibliotecas y galerías virtuales de Internet es precisamente a este límite temporal de la protección del derecho de autor a lo que más apelan los desarrolladores de este tipo de sitios al momento de incluir en ellos obras de arte y de literatura. En general a

¹⁸ DE MIGUEL ASENSIO, Pedro, *op. cit.*, pp. 271 – 272.

¹⁹ Convenio de Berna, Artículo 7.

lo que se recurre es a considerar que una obra, una vez transcurridos los 70 años desde la fecha de fallecimiento de su creador, pasa a formar parte del patrimonio común de la humanidad, por lo cual puede ella ser libremente reproducida y difundida, cuestión que, como vimos en los párrafos anteriores, aparentemente es verdadera. Sin embargo, tratándose de obras incorporadas a Internet, ello no es del todo exacto, pues en la mayoría de las ocasiones no se toman en cuenta otras variables que pueden llegar a afectar este límite general de protección.

La primera situación que podríamos señalar dentro de este orden de cosas es la referida a la protección de los derechos de los traductores, adaptadores y otros sujetos que pudieren haber lícitamente transformado una obra que luego ha sido incorporada en una biblioteca o galería virtual. En este caso, no nos encontramos frente a la obra original, sino que frente a una obra del tipo “derivada”, las cuales a su vez, como determina el Convenio de Berna en su artículo 2º, párrafo 3º, están protegidas como si de una obra original se tratara, y ello sin perjuicio de los derechos del autor de la obra original que ha sido objeto de modificación.

Es así entonces que, pese a que una obra haya pasado a ser de dominio público por haber transcurrido el plazo de 70 años a que hemos hecho referencia, ello no significa que ésta pueda ser por ese solo hecho objeto de reproducción y difusión, sino que también habrá que revisar el nombre de quien haya realizado, por ejemplo, la traducción, tratándose de un libro, y de acuerdo a eso se podrá determinar lo apropiado o no de considerar a esa obra en particular como parte del patrimonio cultural de la humanidad.

En general, tratándose de sitios como la Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes,²⁰ en que lo que se busca es hacer disponibles obras clásicas en su idioma original, lo anterior no trae ninguna complicación, puesto que será muy fácil determinar el momento en que la protección termina y en que la obra puede ser libremente difundida, sin embargo, no ocurre lo mismo con otros sitios, la mayoría a decir verdad, en que lo que se ofrece son obras de autores más o menos consagrados, pero no necesariamente en su lengua natural, lo cual debería traer aparejada la información sobre la traducción utilizada y de acuerdo a ello determinar la procedencia o no de su exhibición.

Tratándose de las galerías virtuales, el uso de las imágenes que han sido utilizadas para la digitalización, también presenta algunas preguntas, ya que, si bien tratándose de las obras originales es un hecho que respecto de ellas corre el plazo de 70 años de la protección, no es claro qué sucede con las imágenes que se han obtenido de ellas.

Como anteriormente dijimos, las fotografías son una de las formas más tradicionales de explotación de las obras de arte, puesto que al no poder ser ella reproducida de otra forma, es en la fotografía donde se puede encontrar la mejor manera de realizar actos de explotación distintos a la venta misma del objeto de arte. Ahora bien, de acuerdo al anterior criterio, las fotografías tomadas a las obras de arte deberían correr la suerte de las obras originales, esto es, dicha fotografía sólo sería objeto de protección mientras durara la de la obra original. Pero esto sólo sería así tratándose de fotografías meramente reproductivas de la obra original, puesto que si la fotografía en sí se convierte en una nueva obra de arte, por ejemplo por el trata-

²⁰ Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, <http://www.cervantesvirtual.com>

miento especial que ha hecho el fotógrafo, entonces esta obra sería objeto de una protección especial, independiente de la obra original, ya que el Convenio de Berna señala a las fotografías entre los objetos protegidos en su artículo 2º, pero para ello será menester que esta obra tenga algún valor agregado que la destaque como independiente.

No obstante lo anterior, también se podría afirmar que, al no hacer el Convenio distinción alguna respecto de las fotografías, cualquiera sea ella deberá ser objeto de protección, razón por la cual, para incluir alguna de éstas también se deberá respetar este plazo de 70 años, lo que, creemos, haría a la protección muy extensa, ya que en la mayoría de los casos ni siquiera existen datos respecto del fotógrafo, y una fotografía es muy difícil de distinguir de otra, cuando lo único que se ha buscado es la representación de la obra original.

Respecto a esto, nuestro país tampoco hace distinción alguna, por lo que se debería considerar que cualquier fotografía que reproduzca una obra de arte habrá de ser objeto de protección independiente, sin embargo, en este caso, Chile innova frente al Convenio, señalando requisitos mínimos para que una fotografía sea objeto de protección, debiendo ella señalar:²¹

1. Nombre del fotógrafo o de quien le haya encargado el trabajo;
2. El año de reproducción de la fotografía;
3. El nombre del autor de la obra de arte fotografiada, si fuere el caso, y
4. La nota «Prohibida la reproducción».

Tenemos entonces que de acuerdo a la legislación chilena, si bien una fotografía de una obra de arte es considerada una obra protegida, sin hacer distinciones respecto de ella, para que esa obra no pueda introducirse en una galería sino hasta pasados 70 años de la muerte de su autor, es menester que ella lleve las antedichas menciones, cuestión que en la mayoría de los casos no sucede.

Finalmente, en lo que respecta a este asunto, nosotros estamos por inclinarnos a favor de que cualquier fotografía es objeto de protección, ya que el Convenio no distingue, y las limitaciones, como hemos visto, son de derecho estricto. Sin embargo, es claro que en la generalidad de los casos será muy difícil determinar el verdadero autor, por lo que la protección a este respecto se transforma en letra muerta, debiendo entonces estarse, para incluir una imagen digitalizada de una obra de arte en una galería, a la fecha de la muerte del autor de la obra original.

Por último, en lo que se refiere a la limitación temporal establecida por el derecho de autor, el Convenio de Berna también señala que en caso de que se persiga el cumplimiento de alguno de los derechos establecidos en el Convenio, el plazo de protección aplicable será el del país en que se realice la reclamación. Dado este caso, la incorporación de una obra a un sitio web entonces deberá ajustarse a la particularidad de cada Estado, con lo cual se dificulta también el poder determinar cuándo una obra que está al límite de tiempo puede o no incorporarse. Ello no es problema para quien incorpora a Internet la obra, ya que a su respecto le será aplicable la ley del país desde el cual realice la incorporación, pero sí será importante para

el usuario que acceda a la obra y, por ejemplo, la descargue, la imprima, etc., ya que él deberá ver lo que dice su propia legislación sobre esto, ya que si establece un plazo mayor, si se realiza cualquiera de estas acciones respecto a la obra aún protegida se estaría cometiendo un ilícito, el cual podría perseguirse en dicho Estado.

2.2. La copia privada

Otra de las limitaciones que en el ámbito legal y doctrinario se reconoce al derecho exclusivo de los autores, especialmente respecto del derecho de explotación, se encuentra representado por la llamada copia privada, la cual como le define Delia LIPSZYC, "es una reproducción, en un solo ejemplar, de breves fragmentos o de determinadas obras aisladas protegidas por el derecho de autor incluidas en un volumen (revistas, diarios, etc.), exclusivamente para uso personal del copista (por ejemplo para estudio, docencia, esparcimiento)",²² o como dice Eva PAREDES, "es aquella reproducción efectuada una vez que la obra ha sido publicada con autorización de su autor, en un solo ejemplar, de breves fragmentos de la creación intelectual o de obras aisladas, para uso exclusivo del copista".²³

Si bien este derecho no encuentra consagración positiva en ninguno de los Acuerdos sobre propiedad intelectual administrados por la OMPI, él sí podría derivarse de la facultad que entrega el artículo 9.2 del Convenio de Berna que, como vimos, reserva a las legislaciones de los países el derecho de permitir la reproducción de dichas obras en casos especiales, con tal que esa reproducción no vaya contra la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor. Es así entonces que varios países han optado por consagrar el derecho a la copia privada, como Brasil, Colombia, Costa Rica, México, Panamá, Perú, España, etc., aunque sobre ella establecen estrictos requisitos para que la copia de una obra se encuentre amparada por la excepción, como que ella sea sólo una, que la reproducción sea efectuada por el propio interesado, que ésta se haga sin fines de lucro y sólo para uso personal del copista, etc.

Ahora bien, en nuestro país, si bien de acuerdo a la Constitución es posible realizar por ley limitaciones al derecho de propiedad, en la normativa que rige esta materia, la Ley 17.336, no existe consagración ni mención alguna a la copia privada, salvo respecto de la copia de un programa computacional (artículo 47), por lo cual tenemos que ella en nuestra legislación se encuentra prohibida, ya que tampoco existe normativa internacional que obligue a Chile en estas materias.

En cuanto a la copia de programas computacionales, el inciso 2º del artículo 47 señala que "la adaptación o copia de un programa computacional efectuada por su tenedor o autorizada por su legítimo dueño, no constituye infracción a sus normas, siempre que... la copia sea esencial para su uso en un computador determinado o para fines de archivo o respaldo".

²² LIPSZYC, Delia. "Derecho de Autor y Derechos Conexos", París, 1993. Ediciones UNESCO/ CERLAC/ZAVALIA, p. 122.

²³ PAREDES MUÑOZ, Eva, *op. cit.*, p. 41.

²¹ Ley sobre Propiedad Intelectual, Artículo 35.

En la mayoría de las legislaciones que reconocen este derecho a la copia privada, se ha establecido la obligatoriedad de un pago por remuneración compensatoria, el cual es *“un derecho establecido por ley a favor del autor que limita el derecho exclusivo de reproducción y a su vez legítima el uso privado de las obras. Consiste, no en autorizar sino en exigir de terceros (que no son los copistas) el pago de una remuneración compensatoria por la reproducción reprográfica y por aquella que se efectúa mediante grabaciones sonoras y audiovisuales obtenidas en perjuicio de la explotación normal de la obra”*²⁴

Como vemos, este tipo de reproducción privada, que se consagra en el derecho comparado, es sólo una excepción limitada al derecho de autor, puesto que ella genera remuneración compensatoria, la cual está destinada a compensar la pérdida de ingresos que para los titulares de una obra musical o audiovisual genera esta posibilidad de hacer copias de las mismas para uso privado. Es obvio que cada vez que se hace una copia de un disco para uso privado se deja de vender un ejemplar del mismo, por lo que hay que compensar de alguna manera a los titulares de las obras contenidas en él, por los ingresos que dejan de percibir.

En este caso, no es el copista quien se ve obligado a pagar una compensación al autor por la copia de su obra y, por consiguiente, por el menoscabo que ello podría significar para su patrimonio, ya que ello sería una cuestión muy difícil de pesquisar debido a que es de la esencia de la copia privada el que ella no se distribuya públicamente, con lo que sería casi imposible saber cuándo se ha hecho o no una copia privada. Quienes están obligados a pagar esta remuneración compensatoria son entonces, según algunas legislaciones como la española, los fabricantes e importadores de equipos, aparatos y materiales idóneos para la grabación de obras musicales y/o audiovisuales, como por ejemplo: un radio-cassette grabador, un equipo grabador de CD's, un equipo grabador de vídeos, una cinta cassette, un videocassette, un CD-R tanto «audio» como «data», un DVD-audio y un DVD-vídeo.

En cuanto a los requisitos para que se entienda que se está en presencia de una copia privada, en general ellos son:

- Que sea para uso privado del copista, esto es, que la copia no sea cedida a terceros a ningún título.
- Que el copista sea un usuario legítimo de la obra, es decir, que haya accedido a la misma mediante una cesión autorizada por el titular, ya que de lo contrario se trataría de una copia ilícita, que no puede servir de base para la copia privada.
- Que la copia no sea objeto de utilización colectiva.
- Que la utilización de la copia no se haga con ánimo de lucro.

Ahora bien, respecto a la aplicabilidad de la copia privada en el ámbito propio de bibliotecas y galerías virtuales, es menester distinguir varios asuntos.

En primer lugar, del lado de quien incorpora los contenidos en dichos espacios, resulta justo pensar que él tiene todo el derecho a realizar copias de las obras que tenga en su hogar, con objeto de respaldarlas, evitar su deterioro o pérdida, etc. Sin embargo, este derecho, que hace excepción al derecho exclusivo de reproducción, tiene que, para ser considerado copia privada, reducirse al uso personal de la copia realizada, o extenderse a lo más, al uso de su grupo familiar más cercano, con lo cual tenemos entonces que el copista en este caso no podría introducir la copia en un espacio que pudiese ser accedido desde cualquier lugar del mundo, como sería un sitio web, puesto que la copia privada no hace excepción al derecho de comunicación pública.

Esto último es muy importante de destacar pues, en Internet, se ha generalizado la práctica de hacer al inicio de un sitio web, en la página de entrada, la advertencia de que el material que se encuentra al interior de éste es de uso privado, no constituyendo nada más que un respaldo virtual de los contenidos propios de quien los ha incorporado, y por tanto, una copia privada, con lo cual se pretende acoger a la protección de esta excepción al derecho de autor. El hecho de que un determinado contenido sea incorporado a una página web de libre o fácil acceso, constituye por ese solo hecho un acto de comunicación pública, con lo cual inmediatamente queda excluido del concepto de copia privada. Distinto sería si ese mismo contenido se introdujera en otro espacio de la red, como sería un disco virtual, al cual sólo pudiese acceder el usuario que lo ha contratado, pero en este caso, de acuerdo al concepto por nosotros acuñado, no estaríamos propiamente en presencia de una biblioteca o galería virtual.

Por su parte, tratándose de los usuarios o visitantes de bibliotecas y galerías virtuales, es menester a su vez distinguir algunas situaciones.

Como vimos anteriormente, el proceso tecnológico de visualización de un sitio web requiere la realización de múltiples copias, lo cual es considerado un acto de reproducción. Ahora bien, algunas legislaciones más avanzadas han incorporado esta forma de reproducción entre aquellos usos permitidos que hacen excepción al derecho de autor, como ocurre con la legislación comunitaria europea. Empero, la mayoría de los Estados no incorporan aún a su normativa preceptos referidos expresamente a estas nuevas problemáticas de la sociedad informática, razón por la cual es menester echar mano a otras alternativas para no caer en el absurdo de pensar que con la sola navegación en Internet se estaría cometiendo un ilícito en contra de la propiedad intelectual, al realizar actos de reproducción sin el consentimiento expreso del autor, situación que se ve manifestada, por ejemplo, en las bibliotecas y galerías virtuales, en las que se realiza un acto permanente de comunicación pública y en las que el usuario, para poder acceder a sus contenidos debe necesariamente realizar una copia, muchas veces involuntaria, de lo allí expuesto, ya que si no sería imposible que se pudiera visualizar un libro que esté en html o la imagen de una obra de arte. Esto último es aún más grave en cuanto una biblioteca o galería virtual contenga en sí objetos con protección aún vigente, caso en el cual el navegante con sólo observar la obra estaría cometiendo un ilícito.

Es aquí justamente donde cobra importancia el derecho de copia privada, puesto que perfectamente podría considerarse que las reproducciones realizadas durante el proceso de navegación y visualización lícita de textos e imágenes desde Internet constituyen un acto de copia privada, amparados por lo que en general las diversas legislaciones dicen sobre la materia, ya que en este caso se trataría de copias hechas para uso individual, generalmente

²⁴ PAREDES MUÑOZ, Eva, *op. cit.*, p. 109.

sin fines directos de lucro, y el copista estaría actuando lícitamente, ya que se supone que los contenidos a que en general uno accede en la red son para consultarlos. Cuestión distinta sería si esos contenidos, ingresados habitualmente en la memoria RAM del computador o en la memoria caché, fueran luego utilizados para otros fines, tal como para imprimirlos o reproducirlos y luego difundirlos, ya sea a través de mecanismos normales o virtuales, con lo cual ya no se estaría en presencia de una copia privada en la forma que determinan la mayoría de las normativas que reconocen a esta institución. En este caso, el problema surge con determinar cuándo estos actos de reproducción constituyen efectivamente actos propios del proceso tecnológico o escapan a dicho ámbito, cuestión que deberá ser resuelta en cada caso de acuerdo a la normativa que le sea aplicable en los países que reconocen el derecho a la copia privada. De más está decir que en países como el nuestro, en los cuales este derecho no tiene consagración directa, todos estos actos de reproducción se encuentran dentro del derecho de exclusiva, con lo que podríamos llegar al absurdo de que al sólo navegar los sitios web estuviésemos cometiendo un delito.

Situación similar a la anterior, ocurre con el proceso de download de contenidos ofrecidos en bibliotecas y galerías, lo cual es también un acto propio del proceso desarrollado en Internet, puesto que en la mayoría de los casos los textos que, por ejemplo, se ofrecen en la bibliotecas virtuales pueden o deben ser descargados al computador para una más cómoda visualización de los mismos. En este caso también estaríamos frente a un proceso propio del entorno tecnológico, siendo una forma de reproducción enmarcable dentro de la copia privada, claro está que sólo en los países que reconocen esta institución, y no en otros, como el nuestro, en donde cualquier acto de reproducción se enmarca dentro del derecho de exclusiva del autor. Igual ocurre con la descarga de las imágenes existentes en las galerías virtuales.

En todo caso, es necesario señalar que en la anterior situación, sólo podría entenderse como copia privada la descarga de contenidos para uso personal, no pudiendo ellos ser difundidos de ninguna forma, puesto que en caso contrario estaríamos frente a un acto de distribución pública, no amparado por el derecho de copia privada.

Finalmente, tratándose de la impresión de los contenidos obtenidos a través de Internet, ella también puede considerarse un acto de copia privada, en los casos en que dicha impresión se haga con fines meramente enmarcados dentro del uso personal o del entorno familiar de quien realiza la impresión, no pudiendo, por tanto, realizar esta impresión con objeto de difundir el objeto impreso ni de obtener algún lucro con ello.

Es claro que lo dicho anteriormente sólo es aplicable tratándose de obras objeto de protección actual, puesto que aquellas obras que, por ejemplo, estén fuera de los límites de la protección del derecho de autor, el recurrir al concepto de copia privada para amparar los actos de reproducción no será necesario. Pero esto sólo en cuanto se reproduzca la obra originalmente exenta de protección patrimonial, puesto que respecto de cualquier valor agregado que haya incluido el creador del sitio web desde donde se han obtenido los contenidos, ellos

serán por su parte también protegidos por el derecho de propiedad intelectual, pudiendo ser perseguida cualquier transgresión que se cometa respecto de ellos.²⁵

2.3. El "Fair Use" o uso justo

Es esta una institución limitativa de los derechos patrimoniales de la propiedad intelectual, en particular del derecho de reproducción, contenido principalmente en la ley de Estados Unidos sobre la materia, en particular en el Título 17, Capítulo 1, Sección 107 de la Copyright Act. De acuerdo a dicha normativa, se permite la reproducción de determinadas obras protegidas por derechos vigentes de propiedad intelectual para fines de críticas, comentarios, reportajes noticiosos, educación o investigación, sin que ello se considere una violación al derecho de autor. Para determinar la aplicabilidad de esta cláusula se debe estar a cuatro criterios que la norma señala:

- El propósito y carácter del uso, incluso si el mismo es de naturaleza comercial o si tiene propósitos educativos sin fines de lucro.
- La naturaleza del trabajo protegido que se reproduce.
- La cantidad y substancialidad de la porción reproducida de acuerdo al trabajo protegido como un todo; y
- El efecto del uso sobre el valor o valor potencial de mercado del trabajo protegido.

Ahora bien, como se ha señalado, "Es posible que la diferencia entre el «uso justo» y la infracción no sea clara ni fácil de definir. No existe un número específico de palabras, líneas o notas que puedan reproducirse con certeza sin autorización. Dar el crédito de la fuente del material protegido con derechos de autor no sustituye la obtención del permiso correspondiente.

"El 'Informe del Registro de Derechos de Autor en la Revisión General de la Ley de Derechos de Autor de los EUA' de 1961 menciona ejemplos de actividades que los tribunales han considerado como usos justos: 'citas o fragmentos de la obra en una revisión o crítica de la misma con fines de ilustración o comentario; citas de pasajes breves en un trabajo académico o técnico, para ilustrar o aclarar las observaciones del autor; uso de una parte del contenido de la obra en una parodia de la misma; resúmenes de un discurso o artículo, con breves citas, en un reportaje de noticias; reproducción de una parte de una obra, en una biblioteca, para sustituir la parte dañada de un ejemplar; reproducción por un maestro o estudiante de una pequeña parte de la obra para ilustrar una

²⁵ En el Tratado de Libre Comercio celebrado entre Chile y Estados Unidos se considera dentro de las posibles limitaciones al derecho de autor que están facultadas a realizar las partes contratantes aquellas que dicen relación con las propias o adecuadas al entorno digital. De este modo, de acuerdo a la nota explicativa del artículo 17.7 (3) "Para las obras que no sean programas computacionales, y otras materias, dichas limitaciones y excepciones podrán incluir reproducciones temporales que sean transitorias o accesorias y que forman parte integrante y esencial de un proceso tecnológico y cuya única finalidad es permitir: (a) la transmisión lícita en una red entre terceros por parte de un intermediario; o (b) un uso lícito de una obra u otra materia protegida y que no tenga por sí misma una significación económica independiente."

Es de esperar que esta facultad que se concede por el tratado a nuestra legislación sirva de incentivo para que en nuestro país podamos contar con una normativa más acorde a la realidad actual, que contemple las necesidades propias del entorno tecnológico, así como ya lo ha hecho la Comunidad Europea.

*lección; reproducción de una obra en procedimientos o informes legislativos o judiciales; reproducción incidental y fortuita de una obra situada en la escena de un evento del cual se informa en un noticiario de cine, radio o televisión*²⁶

Aunque, como se ha señalado, la norma no hace distinción en cuanto a la extensión que debe tener el uso para ser considerado "justo", creemos claro que ello se refiere únicamente a partes de la misma y no a ella en su integridad, puesto que de pensarse de una forma distinta se estaría permitiendo que cualquiera, apelando a unos supuestos fines educativos e invocando no tener ánimo de lucro, pudiera reproducir cualquier obra con derechos vigentes. Refuerza esta idea el hecho de que la norma en cuestión tenga una relación bastante evidente con los derechos de cita que contemplan algunas legislaciones como la nuestra, la cual también permite que se pueda hacer uso de partes de una obra para ilustrar la enseñanza o para ser incorporada al interior de una investigación.

Por su parte el Convenio de Berna también contempla entre las posibilidades de utilizar libremente una obra aquella que se hace con objeto de cita o mediante un "uso honrado" de la misma, con objeto de ilustrar la enseñanza, siempre y cuando en ambos casos dicho uso sea justificado en la medida del fin perseguido por el mismo y que se mencionen la fuente y nombre del autor.

Tratándose de las bibliotecas y galerías virtuales creemos que la apelación a este uso justo, libre u honrado sólo es aplicable de pleno derecho tratándose de las citas tomadas de obras mayores y en cuanto sólo se limiten a reproducir una parte de la obra y con objetivos meramente educativos y no lucrativos. No creemos que se pueda considerar justo, ni siquiera para la normativa estadounidense, la reproducción total de una obra protegida, como sería un libro, puesto que con ello se vulnerarían los derechos patrimoniales del autor cuya obra se reproduce.

No obstante lo anterior, en el caso particular de las galerías, no creo que por solo incluir una fotografía de una obra protegida se esté gravemente transgrediendo la normativa sobre derecho de autor, puesto que en este caso se podría aducir que se hace con el solo objeto de citar la obra del autor para, por ejemplo, ilustrar o complementar la biografía del mismo u otro trabajo relativo. Sin embargo, sería distinto el caso de que un sitio pretendiera incorporar toda o gran parte de la obra de un autor con derechos vigentes, puesto que en dicho caso el uso dejaría de ser justo y pasaría a ser abusivo y, por tanto, no factible de ser amparado por las excepciones antes señaladas.

El determinar cuándo un uso es o no justo es una cuestión que en definitiva le tocará decidir al juez de la causa, puesto que las normas al respecto son en general bastante difusas y no abundan mayormente en la caracterización de los casos posibles, cuestión comprensible si tomamos en cuenta que dependerá mucho de las circunstancias el arribar a una conclusión si un determinado acto cae o no en las excepciones señaladas. Situación distinta es, por ejemplo, la que ocurre en nuestro país, en que sí se señala la extensión que una cita debe poseer para ser considerada justa, la que no puede exceder de 10 líneas del texto, cuestión bastante discutible, puesto que es normal ver trabajos con citas bastante más extensas que eso y sin embargo sería bastante criticable el que ellos fueren retirados de circulación por este solo hecho o que sus

autores fueren finalmente perseguidos y sancionados. Preferimos por esto mismo la redacción de esta norma en términos amplios, como se hace en el derecho comparado, a una determinación taxativa que puede llevar a situaciones a veces absurdas.

Comentario especial nos merece lo señalado por el segundo párrafo del artículo 10 del Convenio de Berna, en cuanto de él podría derivarse que la libre reproducción para fines de ilustración de la enseñanza podría aplicarse a la obra considerada íntegramente, ya que la disposición en sí distingue claramente entre este "uso honrado" con finalidad no lucrativa y educativa del derecho de cita. No obstante que concordamos con dicha interpretación, como la norma misma señala ella debe ser consagrada expresamente por la legislación de que se trate, pues no es un derecho derivado directamente del Convenio sino una facultad otorgada a los países miembros de la Unión. Así tenemos que, por ejemplo, en la legislación española se contiene una norma de estas características, al determinar el artículo 37 de la Ley de Propiedad Intelectual de dicho país que

... "los titulares de los derechos de autor no podrán oponerse a las reproducciones de las obras cuando aquellas se realicen sin finalidad lucrativa por los museos, bibliotecas, fonotecas, filmotecas, hemerotecas o archivos de titularidad pública o integradas en instituciones de carácter cultural o científico y la reproducción se realice exclusivamente para fines de investigación.

"Asimismo, los museos, archivos, bibliotecas, hemerotecas, fonotecas o filmotecas de titularidad pública o que pertenezcan a entidades de interés general de carácter cultural, científico o educativo sin ánimo de lucro, o a instituciones docentes integradas en el sistema educativo español, no precisarán de autorización de los titulares de los derechos ni les satisfarán remuneración por los préstamos que realicen".²⁷

Cuestión compleja es el determinar si esta norma en particular es o no aplicable a las bibliotecas y galerías virtuales, en cuanto ellas pueden ser consideradas como instituciones educativas y, en la generalidad de los casos, sin fines de lucro. Nosotros creemos que la mentada disposición no fue creada pensando en este tipo de entes y, por tanto, no debería poder aplicarse a su respecto la citada norma, toda vez que con ello se pondrían en serio peligro los derechos patrimoniales de los autores, pues mucha gente podría optar por bajar un libro que está en uno de estos organismos y no comprarlo. Empero, la cuestión no es del todo clara, ya que la norma no distingue y, por tanto, podría perfectamente argumentarse que ampara también a este tipo de entidades.

²⁶ Biblioteca del Congreso de Estados Unidos, <http://www.copyright.gov/fls/fl102.html>

²⁷ Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril (BOE 22-4-1996), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual de España, artículo 37.