

LA UTILIZACIÓN DE LAS OBRAS EN EL ENTORNO DIGITAL: COMERCIO ELECTRÓNICO Y MODELOS DE NEGOCIO EN EL SECTOR AUDIOVISUAL

Por Juan Carlos Serna. Asociación para la Protección de los Derechos Intelectuales sobre Fonogramas y Videogramas Musicales - APDIF, Colombia.

1. INTRODUCCIÓN

Los grandes retos para el derecho de autor en la sociedad de la información están centrados en que los autores puedan controlar las distintas utilizaciones de sus obras, bajo el mismo medio digital.

Para nadie es un secreto, que en Internet existe una gran cantidad de obras literarias y artísticas, entre ellas las obras audiovisuales que no cuentan con la autorización del autor para poder estar en el entorno digital.

Cuando en Colombia se adoptó el instrumento internacional del Convenio para la protección de las Obras Literarias y Artísticas denominado Convenio de Berna, en 1987 la legislación tenía grandes retos en su momento que se evidenciaron en la década de los noventa con el auge de los programas de computador, las bases de datos y las producciones multimedia. A tales retos, aparecen en las legislaciones soluciones que prontamente aclararon muchos de los aspectos de los derechos de los autores, pudiendo ejercer hoy en día con plenitud tales derechos, sobre estas nuevas producciones.

Sin embargo, el número cada día mayor de usuarios de obras y el desarrollo avanzado de las nuevas tecnologías, muestra un panorama distinto, donde ya algunos instrumentos internacionales y algunas normas nacionales, ya no logran responder a todas las necesidades tanto de usuarios como de los autores en términos equitativos.

Hoy en día, existen instrumentos internacionales en materia de derecho de autor que equiparán los conceptos de explotación de las obras en un mundo análogo, para dar paso a la explotación de las obras en un mundo digital. Tales instrumentos internacionales paulatinamente tienen un desarrollo en las legislaciones comunitarias y nacionales, cuyas iniciativas son más relevantes en los tratados comerciales. Esto significa, que el derecho de autor con el auge de la sociedad de la información se convirtió en un bien preciado para el desarrollo de las políticas comerciales de los países, por cuanto muchas de las formas de realizar el comercio en la sociedad de la información esta precedido de formas protegidas por la propiedad intelectual.

En este sentido, el comercio en la sociedad de la información requiere formas de expresión mucho mas avanzadas y que tengan elementos interactivos, lo que ubica al sector audiovisual dentro de este gran desarrollo comercial, pues una forma de acceder a mercados en línea es a través de producciones audiovisuales dedicadas a la publicidad.

Sin embargo, las obras audiovisuales también tienen otro papel en lo medios de comunicación que llevan la opinión de millones de personas presentándose un impacto mayor en la red mundial. Aquí no solamente se trata de presentar servicios de información, sino de llevar la opinión publica que es de gran importancia en el

desarrollo político de nuestros países, siendo necesario a través de las legislaciones sobre derecho humanos garantizar la libertad de expresión.

Por otro lado, la obra audiovisual que utilizando todas las formas para ser accedida en Internet desde cualquier punto de la tierra, también representa un impacto cultural bastante grande en el mundo globalizado. Hoy podemos disfrutar de muchas culturas desde nuestro sitio en red realizándose un proceso de intercambio de culturas que casi es imperceptible en buena parte del día a día.

De esta forma, las obras audiovisuales, son cada mas importantes para el mundo que actualmente se desarrolla, pues tienen diversas finalidades con mensajes distintos que permiten que los usuarios de la red mundial pueda obtener desde servicios informativos y de publicidad hasta el intercambio de bienes culturales, pasando por las formas de la libertad de expresión, siendo de gran importancia el desarrollo normativo del derecho del autor, para que tales finalidades se puedan cumplir.

Bajo estos términos, la siguiente ponencia tratará algunos aspectos de los derechos de explotación de las obras en el entorno digital, los elementos relevantes del comercio electrónico y su aplicabilidad en el ejercicio de los derechos de los autores y finalmente, su impacto en la realización de las producciones audiovisuales.

2. EL DERECHO DE AUTOR Y EL ENTORNO DIGITAL

2.1. Elementos del uso de las obras en el entorno digital

El derecho de autor consiste principalmente en una serie de facultades exclusivas que tiene el creador sobre las distintas utilidades de sus obras, que le permiten obtener

beneficios económicos y de igual forma, un reconocimiento social por parte de los distintos usuarios de las mismas.

Por otro lado, tenemos un mundo de usuarios de las obras, que está representado por todas aquellas personas que utilizan las obras literarias y artísticas para distintos fines, ya sea en el mundo análogo o en el mundo digital.

Así las cosas, los elementos que llevan a las obras al entorno digital son la digitalización, almacenamiento y comunicación a través de las redes alámbricas o inalámbricas de las obras protegidas por el derecho de autor.

En este sentido, la digitalización, consiste en la codificación de las obras a un lenguaje de unos y ceros “bits”, que solamente es perceptible por una máquina electrónica. Es aquí donde se presenta una reproducción en términos técnicos de una obra, ya sea literaria, como un libro o una obra artística como una fotografía, los cuales pueden ser escaneados.

El siguiente paso, que es casi automático, es el almacenamiento de la obra digitalizada, la cual puede presentarse de forma transitoria, como sería la copia en la memoria RAM o temporal en un disco duro. Esto también constituye una reproducción.

Ahora, el paso siguiente consiste en el acceso de las obras digitalizadas, que generalmente están almacenadas en bases de datos o archivos electrónicos, que es realizada a través de redes digitales o informáticas que pueden ser alámbricas o inalámbricas. Esto se presenta con las bases de datos de una empresa, donde el software puede estar ubicado en un servidor de la empresa y es accedido por los

usuarios desde cualquier punto de red, aquí el acceso del programa de computador es por un medio alámbrico. Para los casos del acceso de las obras a través de redes inalámbricas, Internet es el mejor ejemplo dentro del entorno digital.

Con estos elementos, podemos afirmar que siempre que exista una obra en el entorno digital, ya sea un software, un video musical o un libro electrónico, tuvo que pasar por las etapas anteriormente señaladas, estos es, la digitalización, almacenamiento y acceso de los contenidos.

Cabe resaltar, que en muchos casos los procesos de digitalización son integrados, esto quiere decir que las obras son completamente desarrolladas de forma digital, por lo cual se descarta el proceso de pasar de análogos a digitales.

2.2. Fundamentos legales del derecho de autor en el mundo digital

Es necesario precisar que el derecho de autor se traduce en una serie de facultades otorgadas por la ley al autor, que le permiten controlar las distintas utilidades de su obra.

En este orden de ideas, una de las facultades exclusivas que tiene el autor y los demás titulares de derechos de autor, consiste en autorizar previa y expresamente la reproducción de su obra.

Bajo estos términos, era necesario acercar el concepto de reproducción en el entorno digital mediante instrumentos que lo consolidaran, por tal razón, los expertos en derecho de autor trabajaron desde la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual - OMPI, a partir de la aparición de las nuevas tecnologías, como los

programas de computador y las bases de datos en un posible protocolo para el Convenio de Berna en la década de los noventa, con el objeto de adaptar las disposiciones del mencionado instrumento internacional.

Finalmente, luego de varias evaluaciones, los expertos encontraron un camino mucho más expedito, convocando a la Conferencia Diplomática de 1996 que concluyó con el Tratado OMPI sobre Derecho de Autor (WCT por sus siglas en inglés o TODA en español) y el Tratado OMPI sobre Interpretaciones o Ejecuciones y Fonogramas (WPPT por sus siglas en inglés o TOIEF). Estos trabajos diplomáticos se conocen como la agenda digital¹.

Bajo este contexto, el aporte del TODA para la explotación de las obras en el entorno digital está centrado en el derecho de reproducción, la puesta a disposición, las limitaciones y excepciones y las medidas tecnológicas

Sobre el particular, el TODA trae una declaración concertada relacionada con el alcance del artículo 1.4 en el sentido que las partes contratantes del tratado darán cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 1 a 21 y del Anexo del Convenio de Berna, de tal manera que la declaración concertada señala 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. A renglón seguido señala que 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.

¹ Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor TODA aprobado mediante la Ley 565 de 2000 y Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas – TOIEF aprobado mediante la Ley 545 de 1999.

En consecuencia, el Artículo 9 del Convenio de Berna que señala que los autores de obras literarias y artísticas protegidas por el mismo Convenio gozarán del derecho exclusivo de autorizar la reproducción de sus obras por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma, incluyen la reproducción digital.

A su turno, con esta declaración concertada, que dentro del bloque del instrumento internacional tiene una fuerza interpretativa, implica que para todos los efectos en los países que se adhieran al Tratado internacional en sus legislaciones internas, el derecho de reproducción también se extenderá al ámbito digital.

Bajo estos términos, la digitalización y el almacenamiento están comprendidos como una modalidad de reproducción, dando respuesta a la situación técnica descrita inicialmente.

Ahora, en la Decisión Andina 351 de 1993², establece que el derecho de reproducción, consiste en la fijación de la obra en un medio que permita su comunicación o la obtención de copias de toda o parte de ella, por cualquier medio o procedimiento (Decisión Andina 351 de 1993, artículo 14).

Del artículo anterior, se desprende que la reproducción digital se encuentra expresamente en la norma pues los términos de la obtención de copias parciales o totales se realizan por cualquier medio y procedimiento.

² Las Decisiones Andinas son normas que se aplican a los países que conforman el Acuerdo de Andino de Naciones, anteriormente conocido como Pacto Andino y que tienen fuerza jurídica como si se tratarán de una ley nacional. En este sentido, la Decisión Andina 351 de 1993, norma que regula el tema del derecho de autor en la Comunidad Andina presenta las características propias de esta clase de normas jurídicas como la prevalencia en el derecho interno de los países que conforman la Comunidad, desplazando cualquier norma nacional que le sea contraria; Aplicación directa lo que indica que no requiere una ley nacional para su validez; Y finalmente, presenta efectos inmediatos, es decir, genera derechos y obligaciones de forma automática al momento de su expedición y publicación en la Gaceta de la Región Andina.

Por otro lado, el TODA en su artículo 8 señala que sin perjuicio de los derechos de comunicación pública contemplados en el Convenio de Berna, los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar cualquier 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 que cada uno de ellos elija³.

En la Decisión Andina 351 de 1993, en su artículo 15, establece que el derecho de comunicación pública, es todo acto por el cual una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar, pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas, entre las que se desatacan, para los efectos del entorno digital, las siguientes:

- La emisión de cualesquiera obras por radiodifusión o por cualquier otro medio que sirva para la difusión inalámbrica de signos, sonidos o imágenes;
- la transmisión de obras al público por hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo, sea o no mediante abono y ;
- El acceso público a bases de datos de ordenador por medio de telecomunicación, cuando éstas incorporen o constituyan obras protegida;

³ Tratado OMPI sobre Derecho de Autor TODA, Artículo 8: Derecho de comunicación al público: 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 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 que cada uno de ellos elija.

- Y finalmente, en general, la difusión, por cualquier procedimiento conocido o por conocerse, de los signos, las palabras, los sonidos o las imágenes.

En consecuencia, el acceso de las obras en las redes digitales también constituye un derecho exclusivo a de autorizar o prohibir la comunicación pública de las obras en los términos de la Decisión Andina 351 de 1993.

2.3. Obra audiovisual y el entorno digital

Por obra audiovisual se entiende toda creación expresada mediante una serie de imágenes asociadas, con o sin sonorización incorporada, que esté destinada esencialmente a ser mostrada a través aparatos de proyección o cualquier otro medio de comunicación de la imagen y de sonido, independientemente de las características del soporte material que la contiene (Artículo 3 Decisión Andina 351 de 1993).

Se destacan dos elementos de esta definición, las imágenes asociadas⁴ con o sin sonorización incorporadas, y su destinación la cual se cumpliría al ser mostrada a través de aparatos de proyección o cualquier otro medio de comunicación de la imagen y de sonido.

⁴ La expresión imágenes asociadas se puede entender en un sentido restringido, como una sucesión inalterable de secuencias entre las que existe una fuerte vinculación, o bien en un sentido más amplio comprendiendo las imágenes que tienen una cierta relación entre sí, sin necesidad de que siempre sean representadas en un mismo orden. Pues bien, creemos que el TRLPI debe ser interpretado en este segundo sentido porque el espíritu y la finalidad de la norma es la protección de una labor intelectual, careciendo de relevancia que entre imágenes exista una fuerte vinculación o una simple relación, y con independencia de que estas se expongan siempre con igual o con distinta colocación. Colección de Propiedad Intelectual, Creaciones Audiovisuales y Propiedad Intelectual , Coordinador Carlos Rogel Vide-AISGE, Madrid 2001, pag 73

En Internet, la asociación de imágenes no tiene discusión, pero el tema de la destinación puede tener un grado de dificultad, cuando se trata de obras digitalizadas que son accedidas en un medio digital y no como es tradicional a través de proyecciones en salas de cine o en lugares donde el concepto de público es relevante.

Sin entrar en una discusión que desvíe el objetivo de esta ponencia, es importante resaltar, que el concepto de destinación requiere muchos análisis en la obra audiovisual, no obstante la definición contempla cualquier otra forma de comunicación, incluyendo como se señaló la puesta a disposición del público, siempre que exista una asociación de imágenes, siendo pertinente señalar, que los elementos de interactividad no están contemplados en esta clase de obras inicialmente.

Por otro lado, la norma comunitaria señala como derechos de explotación de las obras, fuera del de reproducción y las modalidades de comunicación pública ya señaladas, la proyección o exhibición pública de las obras cinematográficas y de las demás obras audiovisuales, modalidad de comunicación al público que solamente se presenta con soportes análogos.

Es importante resaltar que el derecho de transformación de la obra que implica el derecho exclusivo de autorizar o prohibir las traducciones, adaptaciones, arreglos u otras transformaciones de las obras, que se aplican de igual forma, en el entorno digital, requieren de un aporte creativo para ser consideradas como tales en el entorno digital.

En este punto me detengo, porque es de gran importancia en la obra audiovisual, pues como se anotó la digitalización por ser un simple acto técnico se contempla

como un derecho de reproducción y no de transformación. Sin embargo, puede suceder que el proceso de digitalización de una obra implique más que una simple realización técnica y sea necesario cambios estructurales para nuevas presentaciones dentro del entorno digital, lo que conlleva otro derecho en el entorno digital que será el de adaptación de la obra audiovisual al mundo digital.

Como se observa, para terminar este punto los derechos que estaban en el mundo analógico hoy en día gracias a los instrumentos internacionales y los conceptos amplios de nuestra legislación pueden aplicarse de igual forma en mundo digital convirtiéndose en una buena oportunidad para el sector audiovisual para aprovechar estas condiciones de explotación.

Con esta breve presentación pasaremos a analizar lo que sucede en el comercio electrónico.

3. APROXIMACIÓN AL COMERCIO ELECTRÓNICO Y EL DERECHO DE AUTOR

3.1. Elementos del Comercio Electrónico

Es necesario, antes de conocer las implicaciones del comercio electrónico en la utilización de las obras en el entorno digital, señalar que el objetivo primordial del comercio electrónico es garantizar la seguridad jurídica del intercambio de bienes y servicios realizado a través de medios electrónicos.

En este sentido, existe una definición de comercio electrónico en la Ley 527 de 1999 (Ley de Comercio Electrónico), que fue tomada en gran parte de la Ley Modelo de

Comercio Electrónico de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) de 1996, en los siguientes términos:

“Artículo 2º. Definiciones: Para los efectos de la presente ley se entenderá por:

(...)

b) Comercio electrónico. Abarca las cuestiones suscitadas por toda relación de índole comercial, sea o no contractual, estructurada a partir de la utilización de uno o más mensajes de datos o de cualquier otro medio similar. Las relaciones de índole comercial comprenden, sin limitarse a ellas, las siguientes operaciones: toda operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios; todo acuerdo de distribución; toda operación de representación o mandato comercial; todo tipo de operaciones financieras, bursátiles y de seguros; de construcción de obras; de consultoría; de ingeniería; de concesión de licencias; todo acuerdo de concesión o explotación de un servicio público; de empresa conjunta y otras formas de cooperación industrial o comercial; de transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima y férrea, o por carretera;”

Como se observa, la definición trae un sin número de posibles actividades comerciales en las cuales puede ser catalogadas dentro del comercio electrónico siempre que se realice a través de mensajes de datos o cualquier medio similar.

Por lo pronto, es necesario desarrollar los elementos del Comercio Electrónico que nos permitirán determinar su aplicación en el derecho de autor.

Uno de los elementos mas importantes en el comercio electrónico, consiste en la equivalencia funcional que para definir este término, me permitiré extraer un

fragmento de la Sentencia C- 831 de 2001 de la Corte Constitucional que señala sobre los equivalentes funcionales lo siguiente:

“El proyecto de ley, al igual de la Ley Modelo, sigue el criterio de los "equivalentes funcionales" que se fundamenta en un análisis de los propósitos y funciones de la exigencia tradicional del documento sobre papel, para determinar cómo podrían cumplirse esos propósitos y funciones con técnicas electrónicas.

Se adoptó el criterio flexible de "equivalente funcional", que tuviera en cuenta los requisitos de forma fiabilidad, inalterabilidad y rastreabilidad, que son aplicables a la documentación consignada sobre papel, ya que los mensajes de datos por su naturaleza, no equivalen en estricto sentido a un documento consignado en papel.

En conclusión, los documentos electrónicos están en capacidad de brindar similares niveles de seguridad que el papel y, en la mayoría de los casos, un mayor grado de confiabilidad y rapidez, especialmente con respecto a la identificación del origen y el contenido de los datos, siempre que se cumplan los requisitos técnicos y jurídicos plasmados en la ley”⁵.

Esto es de vital importancia, pues indica que en materia de comercio electrónico un mensaje de datos o su similar brinda la misma seguridad jurídica que uno en papel, por consiguiente, esto permite que cuando una norma exija un documento en papel no podrá excluirse un mensaje de datos o su similar, por carecer de seguridad jurídica.

Otro elemento importante es la neutralidad jurídica, que indica que las normas sobre comercio electrónico no pueden inmiscuirse en los ámbitos tecnológicos y por el

⁵ Sentencia C-831 de 2001, Actor: Daniel Peña Valenzuela, Mag: Dr. Alvaro Tafur Galvis

contrario, deben abarcar todas las tecnologías que permitan el desarrollo del comercio electrónico.

Por otro lado, otro elemento importante es la libertad contractual, principio del derecho civil y mercantil y que nuevamente se replica en términos de comercio electrónico, cuyo efecto es dejar a los intervinientes en el comercio electrónico que fijen sus formas contractuales, atendiendo sus necesidades comerciales.

Dentro de la libertad contractual, en comercio electrónico el principio de la buena fe es insoslayable.

Ahora, por último otro elemento importante del comercio electrónico es la no alteración ni modificación del actual régimen del derecho de las obligaciones y contratos, esto quiere decir que “(e)l comercio electrónico no implica modificación sustancial del actual derecho de las obligaciones y los contratos, esto, teniendo en cuenta que la electrónica y su aplicabilidad jurídica sobre todo tipo de transacciones son, simplemente, un nuevo soporte y medio de transmisión de voluntades negócias o prenegócias. Por ello, no puede modificarse el derecho preexistente referente a la perfección, desarrollo y ejecución de los contratos”.⁶

Bajo estos principios, es que se desarrolla la legislación sobre comercio electrónica y que por consiguiente tiene sus consecuencias prácticas en el ejercicio del derecho de autor.

⁶ Manual de derecho de comercio Electrónico y de Internet, Erick Rincón Cárdenas, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá D.C., 2006, pag 35

Por otro lado, la Ley 527 de 1999, indica que se entiende por mensaje de datos “La información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el Intercambio Electrónico de Datos (EDI), Internet, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax”.

Por lo tanto, es necesario comprender que se aplicará la Ley de Comercio Electrónico, siempre que utilicemos un mensaje de datos. Aquí no existe ninguna precisión técnica que pudiera indicar algún proceso de desmaterialización o conversión de un lenguaje electrónico, como por ejemplo un lenguaje de unos y ceros. Solamente señala, que el mensaje de datos consiste en una información generada, enviada, recibida, almacenada a través de medios electrónicos.

Por lo tanto, la misma operación que se realiza diariamente ante un simple cajero automático, para pagar por ejemplo un servicio público, estará soportada por un mensaje de datos.

A su turno, para que fluya la información electrónica a través de un mensaje de datos es necesario que exista un iniciador y un receptor, con lo cual se requerirá de unos parámetros para que ese mensaje de datos tenga los efectos jurídicos necesarios y pueda existir una seguridad de quien lo envió y de quien lo recibe.

Estas características constituyen la integridad, la inalterabilidad, conservación y la autenticidad.

Frente a la integridad e inalterabilidad, el mensaje de datos debe ser íntegro e inalterado para que pueda tener los efectos jurídicos necesarios, esto quiere decir que

la información consignada en un mensaje de datos es íntegra, si ésta ha permanecido completa e inalterada, salvo la adición de algún endoso o de algún cambio que sea inherente al proceso de comunicación, archivo o presentación. (Artículo 9 de la Ley 527 de 1999).

En otros términos, la seguridad jurídica de un mensaje de datos esta soportada en la posibilidad de recuperación de la información tal y como fue enviada y por consiguiente recibida por el receptor.

Freten a la conservación, está contemplada en los artículos 8 y 12 de la ley ya señalada, que expresa que cuando una norma requiera que la información sea presentada en su forma original, ese requisito se satisface cuando el mensaje de datos pueda garantizar que la información se ha conservado desde cuando se generó por primera vez. Lo mismo sucede con su recuperación, que cuando se requiera revisar la información, esta pueda ser mostrada a quien deba presentarse.

Frente a la autenticidad, esta se relaciona con la certeza del envío del mensaje de datos y con el reconocimiento del contenido del mismo, en consecuencia la Ley 527 de 1999 señala la equivalencia de la firma dentro de un mensaje de datos y la firma digital, que para no entrar en mayores discusiones, buscan que quien envía el mensaje de datos sea necesariamente el iniciador⁷.

⁷ Ley 527 de 1999: Artículo 7°. Firma. Cuando cualquier norma exija la presencia de una firma o establezca ciertas consecuencias en ausencia de la misma, en relación con un mensaje de datos, se entenderá satisfecho dicho requerimiento si:

- a) Se ha utilizado un método que permita identificar al iniciador de un mensaje de datos y para indicar que el contenido cuenta con su aprobación;
- b) Que el método sea tanto confiable como apropiado para el propósito por el cual el mensaje fue generado o comunicado.

Lo dispuesto en este artículo se aplicará tanto si el requisito establecido en cualquier norma constituye una obligación, como si las normas simplemente prevén consecuencias en el caso de que no exista una firma.

Finalmente, frente al mensaje de datos la ley mencionada le otorga un valor probatorio como medio de prueba en los términos legales y tendrán al momento de su valoración probatoria, la aplicación de las reglas de la sana crítica compuestas por las leyes de la ciencia, los principios de la lógica y las reglas de la experiencia común.

3.2 Aplicación de las Normas sobre Comercio Electrónico en el Derecho de Autor

En la primera parte, observamos como el derecho de autor se adaptó a la explotación de las obras en el entorno digital, ahora es importante establecer cual es la relación y sus efectos entre el derecho de autor y el comercio electrónico.

En primer lugar, toda obra que quiera ser utilizada en el entorno digital debe contar con la autorización previa y expresa del autor o el titular del derecho, por consiguiente las distintas autorizaciones, ya sea que estén en forma de licencia o contratos, podrán gozar de la seguridad jurídica que brinda el comercio electrónico.

Empecemos con el tema de las equivalencias funcionales, que como se advirtió la seguridad jurídica que brinda un soporte de papel la tendrá de igual forma un mensaje de datos, entonces si tomamos nuestra Ley 23 de 1982 por ejemplo, y nos remitimos al contrato de edición que en el artículo 113 establece la entrega de la obra por parte del autor al editor⁸, que para la fecha se desarrollaba en papel, hoy la

Ley 527 de 1999: Artículo 28. Atributos Jurídicos de una firma digital. Cuando una firma digital haya sido fijada en un mensaje de datos se presume que el suscriptor de aquella tenía la intención de acreditar ese mensaje de datos y de ser vinculado con el contenido del mismo.

⁸ Ley 23 de 1982: Artículo 113. Los originales deberán ser entregados al editor dentro del plazo y en las condiciones que se hubieren pactado. A falta de estipulaciones al respecto se entenderá que, si se tratare de una obra inédita, ellos

entrega de los manuscritos o el texto de la obra se cumplirá con el envío de un mensaje de datos donde señala el cumplimiento del requisito y sus anexos, que para el caso sería la obra del autor.

Ahora, frente a las distintas formas de explotación de las obras literarias y artísticas, suelen crear distintas formas de licencias y contratos, que tendrán el mismo régimen de obligaciones y derechos consagradas en las normas de carácter civil y las normas sobre el derecho de autor en el entorno digital, tal y como se anotó cuando se desarrolló el elemento del comercio electrónico de la no alteración ni modificación del actual régimen del derecho de las obligaciones y contratos.

A su turno, frente a la libertad contractual para el caso del derecho de autor existen unas disposiciones de gran importancia que se convierten en limitaciones a la autonomía de la voluntad.

En primer lugar, un principio consiste en que las distintas formas de utilización de la obra son independientes entre ellas; la autorización del autor para una forma de utilización no se extiende a las demás (artículo 77 de la Ley 23 de 1982).

Por otro lado, otro principio es que la interpretación de los negocios jurídicos sobre derechos de autor será siempre restrictiva. No se admite el reconocimiento de derechos

serán presentados en copia mecanográfica, a doble espacio, debidamente corregida para ser reproducida por cualquier medio de composición, sin interpolaciones ni adiciones. Si se tratare de una obra impresa los originales podrán ser entregados en una copia de dicha obra, en condiciones aptas de legibilidad, con interpolaciones o adiciones hechas por fuera del texto en copias mecanográficas debidamente corregidas y aptas para la reproducción. En el mismo caso se entenderá que los originales deberán ser entregados al editor en la fecha de la firma del respectivo contrato. Si los originales deben contener ilustraciones, éstas deberán ser presentadas en dibujos o fotografías aptas para su reproducción por el método usual según el tipo de edición.

más amplios de los expresamente concedidos por el autor en el instrumento respectivo (artículo 78 de la Ley 23 de 1982).

También acompaña a los anteriores principios el de la presunción de onerosidad de los contratos, aunque en realidad nuestra legislación no lo expresa en estos términos de presunción, la interpretación de algunos artículos generaría este principio⁹.

También esta el de la nulidad de la disposición del derecho sobre obras futuras¹⁰.

Por ultimo, tampoco ninguna disposición contractual puede disponer de los derechos morales de autor, que son aquellos derechos que están relacionados con la protección de la personalidad del autor y su relación íntima con la obra, derechos que son inalienables, inembargables, imprescriptibles e irrenunciables. La Decisión Andina 351 de 1993 establece como tales derechos; el derecho de conservar la obra inédita o divulgarla; reivindicar la paternidad de la obra en cualquier momento; y oponerse a toda deformación o mutilación o modificación que atente contra el decoro de la obra o la reputación del autor.

Estas son por lo tanto, verdaderas limitaciones a la autonomía de la voluntad entre las partes y por supuesto al principio de libertad contractual en el comercio electrónico.

⁹ Ley 23 de 1982; Artículo Artículo 106. En todo contrato de edición deberá pactarse el estipendio o regalía que corresponda al autor o titular de la obra. A falta de estipulación, se presumirá que corresponde al autor o titular un 20% del precio de venta al público de los ejemplares editados.

¹⁰ Ley 23 de 1982, Artículo 129. La producción intelectual futura no podrá ser objeto del contrato regulado por este Capítulo, a menos que se trate de una o de varias obras determinadas, cuyas características deben quedar perfectamente establecidas en el contrato.

Como se puede concluir las disposiciones analizadas de comercio electrónico tienen una completa aplicabilidad en el desarrollo de las formas de explotación de las obras.

4. RECOMENDACIONES PARA EL DESARROLLO DE MODELOS DE NEGOCIO EN LAS OBRAS AUDIOVISUALES

Los modelos de negocio en el sector audiovisual no están tipificados en la ley de derecho de autor y tampoco en la ley de comercio electrónico, por lo tanto estarán bajo los principios de la libertad contractual y el libre intercambio de bienes y servicios.

Sin embargo, cuando encontramos que los nuevos modelos del sector audiovisual están centrados en la publicidad, la televisión digital y en el desarrollo de animaciones y producciones multimedia, tales realizaciones deberán tener presente las etapas pre-contractuales, las contractuales y los efectos de la ejecución de los contratos.

Como es de amplio conocimiento, la obra audiovisual requiere de varios esfuerzos económicos, administrativos y por supuesto de logros creativos, con lo cual es necesario que frente a una etapa pre-contracual se determinen claramente cuales son las necesidades que se requieren para la elaboración de la producción audiovisual, por ejemplo las licencias de los programas de computador y las autorizaciones previas y expresas de las obras que puedan ser adaptadas en el desarrollo de la obra audiovisual¹¹.

¹¹ Los derechos de sincronización están relacionados con el termino “sincronización” que es empleado aquí para aludir al tipo de obras derivadas que resultan de incorporar en su seno una obra o parte de una obra musical anterior, sin alterar o transformar en absoluto su discurso expresivo, simplemente superponiendo sobre ellas otras obras aportaciones creativas, habitualmente no pertenecientes al género musical. La Propiedad Intelectual sobre las Obras Musicales Rafael Sánchez Arísti, Editorial Comares, Granada 1999, pag 329

Aquí es de gran importancia la oferta de bienes y servicios en el comercio electrónico como sería el caso de ofertas de programas de computador o software y las licencias de derechos de sincronización ofertadas en el entorno digital.

La simple mecánica en Internet sobre la aceptación de una oferta configura el contrato de licencia y estaría soportada por la seguridad jurídica del comercio electrónico en los términos explicados.

En la etapa pre-contractual, lo importante es el intercambio de información entre el usuario y el proveedor para determinar efectivamente las necesidades y las informaciones sobre el desarrollo del programa audiovisual. Esto puede desarrollarse a través de documentos que siempre deben soportar estas informaciones y las cuales deberán tener las características de un mensaje de datos, esto es la integridad, la inalterabilidad, recuperabilidad y autenticidad.

Otros aspectos son el contrato de arrendamiento o alojamiento del sitio web (web site hosting)¹² y por supuesto la responsabilidad del proveedor de servicio que contractualmente puedan interferir en el acceso de aquellos usos no permitidos de las obras. Esto generalmente, es complejo en la medida que se trata de contratos de adhesión, sin embargo, no por ello, se debe dejar de lado algunas consideraciones de esta responsabilidad, que sería conveniente que quedaran soportadas en un mensaje de datos.

¹² Contrato de Alojamiento (...) también conocido por su denominación inglesa Web Site Hosting, es una particularidad del contrato de locación de servicios por el cual una empresa proveedora de servicios de acceso, titular de un sitio Web, permite que su cliente se albergue en éste, concediéndole el acceso a INTERNET, bajo el subdominio del proveedor de acceso o de servicio. Derechos de Autor y Sociedad de la información, Mabel Goldstein, Ediciones La Rocca, Buenos Aires 2005, Pag 354

Una vez con los elementos de la producción audiovisual, entonces el productor audiovisual, desarrollará su creación intelectual, con todas las licencias y los contratos con los autores bajo las formas legales establecidas y con aplicación de los principios de la ley de comercio electrónico.

Concluida la creación audiovisual, podrá realizar contratos de acceso a su obra bajo los términos exclusivos que le otorga el derecho de autor al productor, lo que implicaría el disfrute de los derechos de reproducción por cualquier medio o procedimiento, la transformación y la puesta a disposición de su obra.

Como podemos observar, las dos disciplinas jurídicas, esto es el derecho de autor y el comercio electrónico se complementan para generar una seguridad jurídica y un reconocimiento al autor de las obras en el entorno digital, convirtiéndose en verdaderas oportunidades para el sector audiovisual.

CONCLUSIÓN

Presentar una conclusión sobre la utilización de las obras en el entorno digital y el comercio electrónico sería bastante pretensioso, sin embargo considero pertinente realizar algunas precisiones.

Una vez analizado las posibles formas de explotación de las obras audiovisuales y en general todas las demás obras, es necesario que exista una regulación en varios aspectos que le puedan dar mayor seguridad jurídica al intercambio de las creaciones audiovisuales en el entorno digital, entre ellas la regulación de las limitaciones y excepciones al derecho de autor en el entorno digital, especialmente aquellas reproducciones donde son necesarias técnicamente para la circulación de las obras,

siempre que no implique la realización de copias temporales; el tema de los principios contractuales que le aseguren al autor un disfrute de sus derechos en el entorno digital; y la responsabilidad de los proveedores de servicio, como garantía de la responsabilidad en el intercambio de contenidos debidamente autorizados por los titulares de derechos de autor, lo cual incidiría mucho en reducir los actuales índices de piratería en el entorno digital.

Por otro lado, también es importante que la gestión de derechos individual y especialmente la colectiva se integre activamente en este proceso de los modelos de negocio del sector audiovisual, pues la obtención de licencias de forma digital o través de mensajes de datos garantizará una producción intelectual con un alto grado de equilibrio entre las obras adaptadas o transformadas en el entorno digital como sería los derechos de sincronización y la adaptación de obras literarias.

Otras implicaciones dentro del entorno digital y el comercio electrónico, especialmente con lo que tradicionalmente se denomina los videogramas musicales, se presenta con los fenómenos de descargas ilegales de esta clase de formatos que día a día destruyen a los autores de obras musicales, los interpretes y ejecutantes y a los productores de fonogramas, pero para responder a tales situaciones ilegales presentadas en al red, será necesario del concurso de políticas claras en la protección de las obras en el entorno digital y régimen de responsabilidad por parte de los proveedores de servicios, como ya se mencionó.

Por lo tanto, quedan muchos retos para los interesados en estos temas pero nunca hay que olvidar que la finalidad de la propiedad intelectual es generar un equilibrio entre los creadores y los usuarios de las obras, en consecuencia, nunca puede mirarse con desconfianza o calificarse el derecho de autor como un obstáculo para el desarrollo

del intercambio de bienes y servicios en el comercio electrónico y si como una oportunidad que debe ser aprovechado con ayuda del sector público y privado, por lo intereses comerciales y culturales que representa el sector audiovisual en nuestro País.

(Fin del documento)