

# LAS AUTORRUTAS DE LA INFORMACIÓN: LA DIALÉCTICA “CONFLICTO VIRTUAL/SOLUCIÓN TERRITORIAL”. ATENCIÓN A LOS DERECHOS DE AUTOR Y AL NUEVO ACUERDO DE LA OMPI

Ignacio VERA ESTRADA

*SUMARIO: I. Introducción: la informatización de la sociedad; la digitalización de la información. II. Las autorrutas de la información: ¿un nuevo escenario “vacationis legum”? III. Los derechos de autor y el garlito del ciberespacio. Una espada de dos filos... digitales. IV. La OMPI y los derechos digitales: del derecho internacional al derecho ciberespacial. Un intento defectivo... y necesario. V. A modo de conclusión: ¿necesidad de un derecho ad-hoc?*

## I. INTRODUCCIÓN: LA INFORMATIZACIÓN DE LA SOCIEDAD; LA DIGITALIZACIÓN DE LA INFORMACIÓN

### 1. *Plexo histórico. La era informática*

El siglo desgrana sus últimos años. La llegada del tercer milenio es inminente. Los estudiosos disputan si la nuestra será referida como la era atómica en los anales de la historia. Afirman que la catálisis tecnológica disparada por las guerras mundiales ha configurado un nuevo panorama historiográfico. Un cuadro cuyos linderos zanján con cierta claridad un *antes* y un *después*. Y donde el hito señero es, para algunos, el desentrañamiento de la brutal fuerza oculta tras las partículas del átomo.

Cuando hayamos entrado a esta nueva era no es cuestión de un punto concreto en la historia, un momento instantáneo y fugaz. Antes —como siempre en el tramo macrohistórico—, pasar de una época a otra supone un trance paulatino y velado. Hiroshima, Nagasaki, y el “gran paso de la humanidad” estampado por Armstrong —nuestro Colón coetáneo— en la quietud del polvo lunar, son en efecto un par de propuestas que arrojan

luz sobre una nueva tónica mundial; sobre el advenimiento de una nueva cosmovisión.

Existe, sin embargo, otra coordenada historiográfica que con justa razón reclama para sí la bandera de nuestro tiempo. Es la informatización de la sociedad. Proceso discreto e irrefrenable del que somos testigos presenciales. Opera ahora mismo sin ser modal o efímero: no hay en él viso alguno de coyunturalidad social.

Bien al contrario, la informatización se ha venido a injertar definitivamente en el *modus operandi* del hombre actual.<sup>1</sup> Éste, cada vez más ávido de información, deviene una especie de *homo informaticum*. Protagoniza así, a pulso de privilegiar el flujo informativo —sobre todo en las grandes urbes— una auténtica revolución tecnológica. Una transformación social, que acaso termine por dar la razón al visionario MacLuhan en su propuesta de la “Aldea global”.

Es la sociedad que deviene informatizada.<sup>2</sup>

## 2. En la encrucijada tecnología-información. La “ciber” aldea global

Grandes cambios se han gestado sin duda en este rubro informático. Sobre todo al doblar el segundo tercio de esta última centuria.

Acaso por ello, los derroteros del avance tecnológico hayan sido tan distintos a los previstos por los filósofos de la ciencia hace apenas un par de décadas. El quehacer inventivo humano se ha centrado en efecto en la órbita de la comunicación —de la telecomunicación— más que en el de la robótica. Ha sido a despecho de la ciencia ficción, que nos adivinaba, ya en estos años finiseculares, rodeados de esos seres metálicos capaces de emular al hombre en sus actividades cotidianas. Pero no ha sido así.

1 Advierten Dommering y Hugenholtz sobre el frenético flujo de información como verdadero trasunto de nuestros días que “with the year 2000 in sight, the information age is rapidly becoming reality. New information services are introduced each day, using telecommunications networks or newly developed carrier media. Factual information, such as stock market data, telephone service listings, weather reports, topographical data and business news [...]”.

En definitiva, que la “Information [is] an essential product for the proper functioning of our society”. Cfr. Egbert Dommering and P. Bernt Hugenholtz (eds.), *Protecting Works of Fact. Copyright, Freedom of Expression and Information Law*, Deventer, Kluwer, 1991, pp. V. y 28.

2 Sobre la omnipresencia de este fenómeno, apuntan los mismos autores que “There is virtually no sector of society which has not known a similar development. Every day, for instance, millions of stock exchanges quotations and exchange rates are exchanged worldwide and offered to the business public on paper or in electronic form”.

Cfr. Egbert Dommering and P. Bernt Hugenholtz (eds.), *Protecting Works of Fact. Copyright, Freedom of Expression and Information Law*, Deventer, Kluwer, 1991, p. 29.

En cambio, hoy en día es posible y hasta corriente comunicarse con las antípodas, desde cualquier punto del orbe; sin más ayuda que una computadora —frecuentemente portátil— y algún implemento periférico más. Y entablar así una comunicación de amplio espectro; donde el flujo informativo es capaz de contener desde meros datos, textos, hasta sonidos y vídeo. Poco menos que la comunicación, digamos, física o presencial.

Ciertamente desde que Gutenberg creara su imprenta no ha habido noticia de vehículos tan expeditivos del pensamiento humano. Medios que acortan distancias antes insalvables. Que acercan a los hombres entre sí, fomentando el progreso recíproco.<sup>3</sup>

Son los ambientes cibernéticos, habilitados por las tecnologías digitales de comunicación. Son las autorrutas de la información. Entiéndanse, por ellas, la estructura global de la información —hora en ciernes— o el célebre Internet,<sup>4</sup> prácticamente ubicuo en el mundo occidental.

De esta suerte, por los insospechados caminos de la comunicación digital, la intrépida premonición de Macluhan se ha venido a cumplir puntualmente, acaso con la breve apostilla “ciber”.<sup>5</sup> La ciberaldea global, pues, de guisa bien parecida a la intuida por el visionario profesor de Toronto.

3 Para unas pinceladas de lo que podrá suceder en estos medios electrónicos de comunicación, véase Salzman, Marian, *10 Cyberspace Trends*, disponible en <http://www.chiatday.com/cd.www/explore/energ/cyberspace.html>.

4 Internet a la fecha sigue siendo una voz confusa. De ordinario se le confunde con la estructura global de la información (con la que podría con todo llegar a ser sinónimo), con el protocolo de flujo de datos que origina el “World Wide Web”, etc. Incluso con programas de “ciber-navegación” como Netscape. Para una explicación comprensiva (en clave judicial) de Internet y su génesis, véase la jurisprudencia americana *American Civil Liberties v. Janet Reno, Attorney General of the United States*, disponible en <http://www.vtw.org/speech/decision.html>. Véase También *What is the World Wide Web*, disponible en <http://www.eit.com/web/www/guide/guide.01.html> y *Brief Guides to the Internet*, disponible en <http://lcweb.loc.gov/loc/guides>. Véase, finalmente, el excelente Anderson, Christopher, “The Internet. The Accidental Superhighway”, en *The Economist*, julio de 1995, pp. 3-18.

5 Gibbons ha sido el primero en hablar del ciberespacio como quien lo hace de un *ubi* o un *topos* cualquiera, pero determinado. Trátase del “ciberespacio” o mundo virtual al que otros hacen referencia. Término acuñado el mismo año en que el Pentágono abjurara del control sobre la Arpanet, la proto-autorruta de la información. Ciberespacio, pues, es una voz llamada a inundar los discursos de nuestros días: difícilmente saldrán de ellos. *Cfr.* Gibbos, William, *Neuromancer*, Nueva York, Ace Books, 1984, *passim*. Sobre la primacía autoral de Gibbons sobre el término ciberespacio, véase Larson, Megan J., *Copyright in Cyberspace*, disponible en <http://gsulaw.gsu.edu/lawland>.

### 3. La economía de la información. La información como poder

En este orden de ideas, resulta lógico que en una sociedad que estrena cariz, conceptos por siglos incólumes deban ser replanteados. De entre ellos —claro está—, la información.

La información, es cierto, ha cobrado tintes inéditos. De ser considerada un simple caudal de datos más o menos organizados —y poco más que un término nomenclatural que se entrevera en las proclamas iushumanísticas—, la información se ha trocado a últimas fechas en un auténtico “activo”; en un *commodity*,<sup>6</sup> que dicen en inglés. Una “cosa”, pues, con las notas de apropiabilidad, transmisibilidad, etcétera, que otorga la doctrina iuscivilista.<sup>7</sup> Un “consumible” con las notas de satisfactibilidad y escasez que la hace objeto propio de la ciencia económica.<sup>8</sup>

Y he aquí la tónica imperante en el mundo actual. El acceso a la información es baremo de riqueza. Luego, es poder. Es, además, un índice —cada vez más prestigiado— de progreso nacional, que se va granjeando un sitio junto a los indicadores típicos como son los recursos naturales o la industria, la tecnología, los hidrocarburos.

El progreso se mide, pues, cada vez más, en términos de información. Y es en este sentido que hablamos de una sociedad informatizada; de una economía de la información. De la información como poder.

Se entiende entonces que en una sociedad así, la posesión de la información —a veces “detentación”— y el acceso franco a ella se hayan

6 Sugieren Dommering y Hugenholtz la amplitud del espectro de los tipos de información. “Ranging from the news of far-flung calamities via satellites or the rapid exchange of financial data over immense distances essential for the functioning of world markets, to systematically-accessible information in medical data base”, *ibidem*, p. 1.

Y el por qué de su valor:

“The positive value of these works lies in their news value and in the fact that they make knowledge accessible. In the case of stock exchange quotations and news reports the main advantage lies in the gain in time.” Cfr. Egbert Dommering and P. Bernt Hugenholtz (eds.), *Protecting Works of Fact. Copyright, Freedom of Expression and Information Law*. Deventer, Kluwer, 1991, pp. 1 y 29.

7 Así las opiniones de Christie y de DeKovan. Cfr. Christie, Andrew, “Reconceptualising Copyright in the Digital Era”, *European Intellectual Property Review*, vol. 17, Issue 1, January 1995, pp. 522-530. y Dekovan, Michael, “The Emperor’s New Clothes: Copyright in the Digital Age”, *Information Highways*, Toronto, December 1995, pp. 24-26.

8 Es muy de notarse como que la economía —a diferencia del derecho, que ha asumido desde antiguo la protección de incorpóreos— ha debido sufrir un reajuste conceptual en su axiología. En efecto, no puede dejar de sorprender que en términos de la historia de su pensamiento, ha sido más bien breve el lapso en el que la doctrina ha extrapolado el origen de la riqueza —supuesto del progreso nacional— de la fisocracia (esto es, cifrar la riqueza en la posesión de la tierra), a la antitética —y casi irónica— posesión de bienes incorpóreos y fugaces tales como la información.

vuelto un prurito a todos los niveles. Y es que así lo precisa, *v. gr.*, la oportunidad en la toma de decisiones, parte nodal tanto del quehacer empresarial como del especulativo-bursátil. Así lo exige también el buen gobierno de un país. Quien ha de dirigir los destinos de un pueblo precisa en efecto un sesudo acopio de datos —de información— que oriente con puntual conocimiento causal su gestión política. Porque de ella ha de dar cuentas en el deseable supuesto de un régimen democrático (cuyo efectivo imperio, dicho sea de paso, se debe no pocas veces a la adecuada información de quienes lo instauran...)<sup>9</sup>

La información es, pues, un satisfactor para la economía al paso que es un bien para el derecho. Y en este rubro jurídico, acaso sólo el incidente de su tutela legal la distingue de los demás bienes incorpóreos. Porque desgraciadamente el consenso en torno a su incontestable valor no ha podido extenderse hasta el modo en que deba ésta ser protegida. Se puede afirmar de todos modos —éste sí es lugar común— que no es tanto su intangibilidad cuanto su volatilidad lo que ha impedido notablemente su efectiva tutela legal y la aquiescencia internacional sobre su sistema preterritorial de protección.

#### 4. *Los bienes informacionales. La protección de un transmigradora*

La información no sabe de fronteras políticas ni de soberanías decimonónicas. Tampoco conoce de aranceles u otro tipo de barreras que puedan deslucir su volatilidad transfronteriza. La información abandona furtivamente el territorio donde fue generada. Lo hace en forma de papel, de disquete, de cinta magnética, de impulsos hertzianos, eléctricos o digitales. O como sea...

Esta facilidad intrínseca de fluir allende los límites de los territorios nacionales<sup>10</sup> causa que las controversias suscitadas en este renglón deban

9 Para algunas implicaciones políticas en torno al desarrollo tecnológico en este sector de las comunicaciones, véase Globerman, Steven, "The Economics of the Information Superhighway", en Courchene, Thomas J. (ed.), *Technology, Information and Public Policy*, Ed., Queen's University Press, 1995, pp. 243-279.

10 Este fenómeno da pie al TDF: *Transborder Data Flow*: Un flujo de datos inherentemente transfronterizo. Figura informática que ya en su esencia desafía los ordenamientos territoriales con los que el mundo se ha organizado hasta el día de hoy. A mayor abundamiento, véase Branscomb, Anne Wells, "Global governance of global networks: a survey of transborder data flow in transition", *Vanderbilt Law Review*, v. 36, mayo de 1983, pp. 985-1043, y —con un enfoque más contractual, Boss, Amelia; Ritter, Jeffrey B., "Electronic data interchange agreements: a guide and sourcebook"; en *International Contracts Publication (Chambre de Commerce Internationale)*, París, núm. 517; ICC Publishing, 1993.

dirimirse ordinariamente de la mano de las reglas conflictuales de derecho internacional.<sup>11</sup> O aveniéndose sus partes en una amigable composición extrajudicial caso cada vez más frecuente.

Sea como fuere, los Estados en sus ámbitos respectivos no pueden desafanarse sin más de este deber tutelar, so capa el carácter transfronterizo de algunos bienes incorpóreos. No pueden al efecto pretextar una presunta incompetencia, o acaso el trasunto internacional que importan los conflictos derivados. Menos aún pueden inhibir su injerencia en vista de la jurisdicción concurrente de dos o más países en un conflicto tal. Al revés: en un Estado de derecho moderno, la protección de estos bienes debe reflejarse en un empeño legislativo y judicial constante y renovado, en el noble afán de verlo algún día cristalizado en derecho vigente y positivo. Todo está en que se les reconozca su relevancia jurídica —y económica, si cabe apostillar—. Tal viene siendo el caso —parece ser— en los más de los países del orbe.

El derecho de propiedad intelectual —que de ordinario ve tras la información a un titular: ya un autor, ya un compilador—<sup>12</sup> se hace claro eco de esta doctrina.<sup>13</sup> A él concierne primarísimamente la necesidad de su protección, interpelado ciertamente por la economía. Ésta misma ha debido dar un vuelco doctrinal para reconocerle un valor real, afecto in-

11 Afortunadamente, la mayor parte de hipótesis conflictuales internacionales ya están obviadas por documentos de igual índole —la Convención de Berna, la Convención Universal del Derecho de Autor, etc.— que recogen el consenso de los países en torno a la protección internacional de estos bienes. A ello se aboca también un organismo especializado de la ONU: la OMPI (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual). En ella se abundará más adelante. Véase, no obstante, Samuelson, Pamela, *Questioning the Need For New International Rules on Author's Rights in Cyberspace*, disponible en <http://www.firstmonday.dk/issues/issue4/samuelson>. Véase también Geller, Edward, “Conflicts of laws in Cyberspace: Rethinking International Copyright in a Digitally Networked World”, en *Law & the Arts*, vol. 20, núm. 4, Columbia University School of Law, Summer, 1996, pp. 571-603. Lo mismo por lo que hace a Ginsburg, Jane C., “Global Use/Territorial Rights: Private International Law Questions of the Global Information Infrastructure”, en *Journal of the Copyright Society of the USA*, vol. 42, núm. 4, Summer, 1995, pp. 318-338.

12 Se han elevado en este punto grandes debates en lo que toca a la distinción de los nudos datos inconexos, la información como tal, los hechos que son inapropiables, etc. El debate presente se libra hasta hoy si se debieran proteger o no las compilaciones de datos —crucial para la protección de las bases de datos— que no importan siquiera un *modicum* de originalidad como para considerarse una obra autoral. Ha sido el valor de la información misma lo que ha movido a protegerla so pretexto el esfuerzo, el tiempo, y/o el dinero invertido en su producción. Nos referimos a la teoría del *sweat of the brow* que parece proteger más el esfuerzo de la creación que la originalidad empeñada en la misma. En este sentido véase, Branscomb, Anne W., “Who owns creativity? Property Rights in the Information Age”, en *Technology Review*, mayo-junio de 1988, pp. 40-45.

13 Véase, en este sentido Sookman, Barry B., “Copyright and Technology”, en *Copyright and confidential information law of Canada*, Toronto, Ed. Gordon F. Henderson, Carswell, 1996, pp. 283-305.

cluso a los caprichosos vaivenes del libre mercado. A esta moción precisamente responde el cuño de los elocuentes términos *information commodity* e *information-based economy*, tan en boga en los países industrializados. Ellos reflejan la carta de naturalización que la información ha cobrado en las estructuras de la sociedad. Por lo menos en las jurídicas y en las económicas.

##### 5. *Interludio conceptual: la computadora. Entre la información y su digitalización. Sustrato entitativo de las autorrutas de la información*

Antes de continuar, vale la pena explicitar unas cuantas ideas que han quedado aquí como trasfondo. No se trata de hacer una apología ingenieril. Simplemente de reconocer en las computadoras —esas máquinas polivalentes, presentes bajo mil formas distintas— el término *sine qua non* absolutamente nada este nuevo escenario cibernético —las autorrutas de la información— sería siquiera pensable; ese fragoroso ir y venir de información sin descanso ni cansancio.

Valga entonces este breve excurso. Pero sabedores de que nada más lejos que querer sobreponer la máquina al hombre. Aquello resultaría en un despropósito descabellado desde todo punto de vista. Además, metafísicamente imposible. Antes bien, hay que reconocer al ingenio humano un acierto garrafal al haber concebido un instrumento tan útil. Su potencial —con todo— está aún por descubrirse. No tiene más límite que la inteligencia humana. A ella responde como el efecto a la causa.

##### A. *La compilación sistemática de información*

Primeramente, el simple acopio informativo, fresco y abundante —sea la materia que fuere, en un escenario “virtual” o real— sería materialmente imposible sin la ayuda de estos aparatos. Su simple función: comparar y ordenar cantidades ingentísimas de datos en cosa de nonasegundos, resulta en un aglomerado sistematizado de datos —información—<sup>14</sup>

14 Dice Téllez a este respecto que: “En cualquier proceso en que intervenga la información, encontraremos las siguientes características: a) Clara e inteligible. Es decir, que su contenido y vehículo de significación debe estar dentro de las normas y lógica de comunicación acordadas individual o socialmente; b) Relevante. Es decir, que debe revestir un carácter efectivo en el proceso de decisión en el que intervenga; c) Completa. Es decir, que cubra el mayor rango de posibilidades existentes en el momento en que se le requiera; d) Oportuna. Es decir, que intervenga y se pondere en el momento en que sea menester; e) Confiable. Cuando cumpla satisfactoriamente con los elementos anteriormente enunciados”.

que sobrepuja aplastantemente la capacidad humana de recolectar, comparar, memorizar, ordenar... Sin las computadoras, pues, el flujo informativo como lo concebimos hoy en día,<sup>15</sup> sería, en el mejor de los casos, una quimera verniana.

### B. La “formalización” de la información

Pero las computadoras no sólo clasifican y acopian datos *stricto sensu*. A últimas fechas se les ha hecho realizar una función imprescindible de cara a la comunicación digital: la numeralización o digitalización de los datos. Sin ella, las autorrutas de la información serían una estructura vacua, despojada de esa cascada de luces y sonidos —el flujo de información— de la que hiperbólicamente habla Katsh.<sup>16</sup> De ello se hablará adelante. Baste señalar aquí que la computadora funge entonces como un tamiz que la maremagna de datos debe atravesar para poder luego fluir en las autorrutas de la información. La computadora es entonces un mortero, un crisol donde todo adopta la misma forma numérica o digital.

### C. El suppositum de las autorrutas de la información

Finalmente, hay que anotar un aspecto, si se quiere analógico. Trátase del rol ontológico radical que desempeña la computadora frente las autorrutas de la información. Y es que sin ella, éstas simplemente no *serían* en el sentido definitivo del verbo *ser*. La idea tendría visos de perogrullada si la concepción más habitual que se tiene de las autorrutas de la información no les otorgase ese estatuto sustancial —como de algo subsistente en sí mismo— con el que suelen figurar en el discurso coloquial.

Y es que las autorrutas de la información existen en tanto preexiste —con prioridad ontológica— la computadora. Ésta es el último sustrato entitativo donde inhiere. Por ello, desde esta misma óptica, su definición esencial más acertada es la de un accidente, en el sentido prístino filosófi-

Cfr. Téllez Valdés, Julio, *Derecho informático*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1987, p. 63.

15 Tener información proveniente de todos los puntos cardinales —información bursátil, predicciones climatológicas, reservas en aerolíneas, vacantes hoteleras— de modo prácticamente instantáneo no es virtud exclusiva de la expeditéz de las telecomunicaciones. Más mérito es atribuible a las computadoras en sí mismas que acopian, organizan y sistematizan raudales de datos provenientes de fuentes disímboles, de no importa qué lugar del orbe, para luego transcribirlas en un formato uniforme susceptible de ser telecomunicado a quien sea menester.

16 Cfr. Katsh, M. Ethan, *Law in a digital world*, Oxford, Oxford University Press, 1995, p. 212.



co del término. Esto es, algo que no subsiste en sí mismo sino en otro. Sería, a mayor precisión, el accidente relación.

En efecto, las autorrutas de la información, antes que nada, son una relación. Son la relación, la conexión funcional e interactiva entre computadoras —“servidores”, en el argot cibernético— según una clave informática peculiar. Se trata del protocolo de comunicación TCP/IP.<sup>17</sup> Este modo peculiar de los servidores de conectarse, amén de permitir el flujo de información digital entre los servidores “en red”, es la causa de que la Red (como también son conocidas las autorrutas de la información) sea descentralizada, anárquica (*rectius*, autónoma) y de explosiva expandibilidad: literalmente inconstreñibles.<sup>18</sup>

## 6. La digitalización de la información. O de cómo mezclar peras con manzanas

### A. Una digresión semántica

“Digitalización.” El tal término es desafiado constantemente en su carga semántica. Sobre todo en la que la ciencia informática le ha conferido, en aparente desapego a la lingüística y sus reglas etimológicas. Pareciera, efectivamente, que el cuño neológico de la voz digital/digitalización —del latín *digitus*, dedo— evoca muy pobremente al proceso (o formato) al que la información es sujeta (o presentada). Precisamente, la digitalizada deja *ipso facto* de ser información manejable, maniobrable o manipulable. Que esos son los significados que puede evocar el latinismo “digital.” Quizá por ello la voz es frecuentemente abusada para significar realidades bien ajenas a la tésitura informática; pero que acaso se conformen mejor a su ralea latina. En este sentido, quién puede negar, por ejemplo, que una alianza matrimonial es algo digital. Es digital porque es para el *digitus*, dedo. Un anillo es entonces digital, aunque nada tenga que ver con los intrínquilos electrónicos de la tecnología digital. Pero en todo caso, este desliz lingüístico es uno de esos pequeños desaciertos que hay que

17 Hahn le llama analógicamente el cemento o pegamento que mantiene unida la red. Cfr. Hahn, Harley, *The Internet Complete Reference*, 2a. ed., Toronto, McGraw-Hill, 1996, pp. 20 y 21.

18 Si no obstante quisiéramos entender a las autorrutas de la información en términos sustanciales, habría que referirse a este protocolo de comunicación que habilita su interconexión. El cual sí es “aislable” y subsistente en sí mismo. Se podría entonces blandir un disquete, copia del protocolo, y asegurar: he aquí a las autorrutas de la información. Difícil de creer. Pero finalmente ese protocolo es la estructura última de la relación funcional de las computadoras, también llamada autorrutas de la información.

tolerar en aras de que significados y significantes no se disloquen, entorpeciendo gratuitamente la transmisión de ideas. Por eso —a despecho de una semántica rigorista— vale la pena seguir refiriéndose a la digitalización como tal.

Con todo, semióticamente hablando, otro vocablo se ha ido abriendo camino, sobre todo en países de tradición indoeuropea. *Numérialisation*, le llaman los francófonos. La numeralización, que en el ámbito informático es sinónimo inequívoco de digitalización. Con la salvedad de que “numeralización” es mucho más elocuente del proceso que entraña: convertirlo todo en números...

### 7. Digitalización o numeralización, stricto sensu. El lenguaje de la convergencia<sup>19</sup>

Ya se sugería. Digitalizar la información —numeralizarla— es el proceso informático de captarla para poder luego integrarla —sin importar su registro nato— en términos numéricos. Y esos números en que toda la información es transcrita son cero y uno. Son casi nada. Por ello puedan convertirse en casi *todo*. He allí el *quid* estructural que descifra la magia de las autorrutas de la información. Imágenes —impresas por la luz en el papel fotográfico o por el pincel en el lienzo—, sonido —en acetato, en forma de ondas hertzianas o en la quietud magnética de una cinta mag-

19 Dice Poulin que al lado de la polivalencia de los ordenadores y el crecimiento de las redes informáticas está la digitalización de la información como premisas de la “convergencia”. Pero las computadoras no son sólo una premisa. Son —en su polivalente omnipresencia— el *suppositum*, el crisol de esta convergencia comunicativa. En ellas pueden confluir prácticamente todos los canales comunicativos de los que el hombre dispone hoy día (telefónicos, radiofónicos, videofónicos, etcétera). Cfr. Poulin, Daniel, “Inforoutes et pratique du droit: possibilités et perspectives”, Actas de la Conferencia en el marco del “Cours de perfectionnement du Notariat”, organizado por la Universidad de Montreal, marzo de 1996, p. 62.

Así lo previó Stewart hace casi veinte años: “In the near future, it is possible that the development of more and more sophisticated computer networks may totally change the dissemination of information even to the extent of replacing printed works completely [...] the day may come when all homes and offices throughout the country are linked to a national computer centre via viewer/printer consoles (The result of such a development would be that the supply of one copy of a new work to a Central point would make it or selections from it, avditable to all offices and homes which are linked to the central point)”.

Cfr. Stewart, Stephen M., *International Copyright and Neighbouring Rights*, 2a. ed., Londres, Butterworths, 1989, p. 320.

En contra de esta convergencia casi fáctica, Glowinski aventura sugerir para el siglo venidero cuatro escenarios comunicativos dispares e inconexos. Es de notarse —a pesar de la relativa novedad del libro— la omisión que hace el autor de la más mínima alusión a las autorrutas de la información. Cfr. Glowinski, Albert (director), *Telecommunications. Objetif 2000*, París, Dunod, 1980, pp. 185-235.

netofónica—, texto —de ordinario estampado en un papel físico, o gravitando en los bytes de memoria informática asignada a un editor—, vídeo —impreso en esos 35 milímetros de celuloide, o en esos pocos menos de videocasete—; todos estos formatos de información que corren por cauces bien disímbolos son reducidos y homogenizados en esta clave binaria única y unificadora del lenguaje digital. La formalización del lenguaje con la que Leibniz siempre soñó.

Así, la incommovible validez de aquel consabido apotegma “no mezcles peras con manzanas!” parece diluirse irremisiblemente en este mundo virtual. La materia accede a esta forma binaria-digital. Ésta asume lo esencial de la información que es transcrito en términos numéricos; lo demás se decanta: es información redundante o metasensible —no captable por los sentidos humanos—. <sup>20</sup> Ya no importa si son “peras” o son “manzanas”; da igual. Texto y vídeo, audio e imágenes se convierten en lo mismo, en tanto *conformados* a esta lengua informática. En las autorrutas de la información fluyen cual si fueran la misma cosa. Y de hecho lo son: todo es reducido a cadenas —a veces kilométricas— de ceros y unos. Un tamiz numérico binario. La unificación perfecta. <sup>21</sup> Las delicias del filólogo de Leipzig.

## II. LAS AUTORRUTAS DE LA INFORMACIÓN: ¿UN NUEVO ESCENARIO “*VACATIONIS LEGUM*”?

### 1. *Breve recuento de Internet y otras protorrutas de la información*

Todo se remonta a la guerra como siempre. No en vano se afirma que pocos alicientes espolean tanto a la tecnología —y paradójicamente a la economía, en algunos sectores— como las cruentas convulsiones socia-

20 Sin embargo, esta “depuración” digital atenta contra la integridad de la obra. A ella tiene derecho su autor, tal como lo asume la teoría de los derechos morales intelectuales. Donde la cabalidad de una obra es independiente de la sensibilidad humana con que se juzgue. *Cfr.* Quintanilla Madero, Carmen, “La tecnología digital y el derecho de autor: lo que debe modificarse y lo que debe mantenerse”, en Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, *Simposio Mundial de la OMPI de los Derechos de Autor en la Infraestructura Global de la Información*, México, 22 a 24 de mayo de 1995, p. 40.

21 Y un nuevo reto para la teoría de los derechos de autor en lo que toca al requisito de la fijación. La numeralización de las obras ofrece en efecto un nuevo soporte, un nuevo *medium* estable donde plasmar las ideas cuya expresión ha de ser protegida por el derecho intelectual. A mayor abundamiento, véase Okerson, Ann, “Les droits d’auteur des oeuvres numériques”, *Pour la Science*, París, núm. 227, septiembre de 1996, pp. 74-79.

les. Y cuando no son las guerras mismas, sí al menos sus actividades anejas. Una de ellas, la investigación en el ramo de la comunicación militar, ha sido la causa histórica instrumental de las autorrutas de la información. Su patrocinador —el causante material—, el Departamento de Defensa de Estados Unidos. Como la causa final, el afán de extender una red de comunicación nacional capaz de subsistir a pesar del eventual colapso de alguna de sus intersecciones (Móvil que se insubstanciara al paso de unos cuantos años...) El momento, la mitad de la década de los sesenta.

#### A. Arpanet. Mucho más que un walkie-talkie

Y es plena posguerra. La defensa norteamericana desarrolla una intensa actividad científica, típica de la paz armada. Las universidades norteamericanas han debido pechar en el cometido de mantener para Estados Unidos el liderazgo científico. El flujo y reflujo de la información que intercambia la Defensa con sus investigadores “civiles” universitarios se hace cada vez más denso. Se va haciendo imprescindible en la medida en que las investigaciones se sofistican y el concurso de especialistas se vuelve de absoluto rigor.

Acuciados por el fantasma de la guerra fría (el siempre “inminente” estallido de otro conflicto nuclear), el Departamento empeña a sus investigadores en concebir un sistema de comunicación *ad hoc*. En el fragor de la guerra —piensan—, con los ires y venires de misiles atómicos transcontinentales, se echará muy en falta un medio expedito, seguro e indestructible que mantenga intercomunicados a científicos e investigadores de ambos fueros en caso de que así se necesite. Tales notas delineaban una red de corte descentralizado —que no se desarticula por efecto de ataque sobre uno de sus nodos—. Un sistema de comunicación capaz de soportar ingentes cargas de información derivadas de las estadísticas y de los complejos cómputos armamentísticos y de logística bélica.

Fruto de tales premisas fue la Arpanet: la *net*, la red de la Agencia de Proyectos de Investigación Avanzada —Advanced Research Project Agency— del mismo Departamento norteamericano de defensa. Provista de un protocolo de comunicación de vanguardia, permitía su puesta en marcha inmediata —no precisaba sino equipos de recepción y de enlace asequibles—; estaba también exenta de algo como un vulnerable núcleo central (que exigiría además una cierta supervisión eventual). Además, sus costos de operación *per se* eran nulos: los gastos se seguían más bien

de la operación individual de cada uno de los puntos terminales: electricidad, teléfono, y no mucho más. Y su arquitectura permitía una expansión *ad infinitum*.<sup>22</sup> El resultado era por demás óptimo. Éste encerraba ya el germen de las postrer autorrutas de la información. Que lo sucederán sin traicionar jamás esos trazos primigenios de descentralización, autonomía, gratuidad y expansibilidad que no sabe de cortapisas.

Esta Arpanet viene a ser un preinternet. Al cual —a pesar de las muestras de gran eficiencia— el paso del tiempo le fue infringiendo cierta obsolescencia. En la misma medida en que un ataque armado a Estados Unidos se vislumbraba cada vez más remoto. Poco a poco, la idea de afectar una red tan aprovechable a un fin tan improbable resultaba a los ojos de los profesores universitarios un desperdicio garrafal. Máxime con los grandísimos beneficios que acarrearía su libre utilización en el marco de la actividad científica-universitaria. Consciente de ello, el Departamento terminó por allanarse ante las fundadas peticiones de los académicos. Y así como ha sucedido con las microondas, o la telefonía celular —tecnología originalmente militar—, el protocolo de comunicación de la Arpanet fue desclasificado y reducido al dominio público. Pero no antes de haberse expandido por la mayoría de las universidades norteamericanas. Es la década de los setenta.

### B. Nfsnet. La ciber-academia

Para mediados de los ochenta, la National Science Foundation —organismo público de Estados Unidos— es invitada a tomar el relevo. Al hacerlo, asume el cometido de hacer de la Arpanet una red aglutinante tanto de universidades como de centros de investigación norteamericanos. Surge así la Nfsnet, la red de la Fundación Nacional para la Ciencia, que desde mediados de los ochenta experimentara un crecimiento exponencial. De algunos cientos, serán más de cien mil terminales las que aglomere la red.<sup>23</sup>

22 Basque, Guy, "Introduction à l'Internet", en Daniel Poulin, Pierre Trudel y Ejan Mackaay (dir.), *Les autoroutes électroniques: usages, droit et promesses*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1995.

23 *Idem*.

### *C. Internet. Trascendiendo fronteras: la red internacional*

Y ha llegado el momento de trascender fronteras. Antes de cerrar la década, organismos paralelos en Canadá han gestionado la primera pasarela virtual. Los primeros centros de investigación y docencia canadienses estarán ya “en línea”<sup>24</sup> antes de perfilarse los noventa.

Hermanados Canadá y Estados Unidos en un mismo sistema de comunicación, la red adquiere los justos títulos para apellidarse internacional. O “Inter-net”, metaplasmo de la red internacional. Que paulatinamente extenderá su radio de acción al otro lado del Atlántico; y en América, desde Alaska hasta la Patagonia.

#### *2. El “boom” de Internet. O de cómo hacer de un protocolo un omniscopio virtual*

Pero por instantáneas que fueren, las relaciones entre computadoras eran frías, lineares. Internet era a la sazón un vertiginoso ir y venir de información. Pero que al reflejarse en pantalla —a los ojos del usuario “cibernauta”— adoptaba una gélida forma textual. Los datos no aparecían sino conforme a la tipografía alfanumérica propia de una máquina de escribir convencional. Internet era entonces algo útil... y anodino. Todo desembocaba en los flácidos resplandores ámbar o verdes de aquellos monitores, ahora bien de antaño.

#### *A. El TCP/IP. La apoteosis de Internet*

Las cosas así, Berners-Lee y Cailliau idearon otro protocolo de comunicación informática. Éste acrisolaba a todos los anteriores. Éstos eran asumidos en su versión “corregida y aumentada” por así decir. De esta suerte, los antiguos protocolos SMTP, DNS, FTP, TELNET, etcétera —en los que sería demasiado prolijo abundar aquí— eran integrados y armonizados en uno solo: el protocolo TCP/IP —transmission Control Protocol/Internet Protocol—, confeccionado en el Consejo Europeo de Investigaciones Nucleares. Probablemente, el invento del siglo. Séalo o no, he aquí, desde aquel entonces —y hasta hoy—, la quintaesencia de la comunicación digital.

24 Anota Basque que cada universidad canadiense recibió la posibilidad de proveer información que transita por la red a 65,356 terminales, *idem*.

Corría el año 1992. Y difícilmente imaginaban estos científicos del CERN (Centre European pour la Recherche Nucléaire) la revolución que su nuevo protocolo había de desencadenar. Por sus virtudes unitivas y convergentes, las computadoras conectadas al Internet en clave TCP/IP podrían recibir e interpretar imágenes; poco más tarde, sonidos y vídeo. Todo aquello susceptible de re-escribirse en ceros y unos. Era la tecnología del World Wide Web (WWW o W3) con la que Internet ganaría ese atractivo inusitado.<sup>25</sup> Poco después le llevaría a experimentar un crecimiento fuera de todo presagio.<sup>26</sup>

### B. *Primer esbozo de organización ciberespacial*

Es tal la maremagna de los servidores en red, que los nombres de dominio de los servidores —su organización jerárquica y localizadora en razón del país (mx, es, ca), del giro peculiar, etcétera— han debido aparecer y diversificarse. Son las primicias, los primeros rudimentos de organización cibernética basada sobre el sistema de localización universal “U. R. L.” Porque en adelante, ya no sólo serán entidades educativas —nombre de dominio “.edu”— las que campearán en exclusiva por el ciberespacio. Ahora, además de las militares (.mil), también tendrán cabida y acomodo las organizaciones internacionales (.org), los gobiernos locales (.gob), etcétera. Y con ellos el conflictivo “.com”, indicativo del giro comercial o misceláneo.<sup>27</sup>

### 3. *Internet: autorruta de la información; macrol plaza virtual*

*Grosso modo*, he allí Internet en su estado actual. De génesis militar, Internet es hoy por hoy el ejemplo más claro de lo que es una autorruta de la información. Es muestra de un “espacio” o “ambiente” que quizá se configure en una especie de *topos*, de *ubi* alterno al que ahora mismo pisamos. Prenda de un futuro ya insinuado y que se antoja fascinante. Quizá con el pasar de los años (con la incesante adhesión de más servidores,

25 Y ese prestigio...: “Je ne suis pas sur l’Internet, et alors...”, “yo no estoy en Internet, ¿¿y?!...” Así reza una publicidad altiva y desafiante, típica de nuestros días, que apela al gusto de ir contracorriente. Es bien elocuente del gran prestigio, expansión y sobre todo cotidianidad. Notas que Internet ya ha adquirido en no pocos países del orbe.

26 Cfr. Mackie-Mason Jeffrey, K. y Hal Varian, *Economic FAQs About The Internet*, disponible en <http://gopher.econ.lsa.umich.edu>.

27 Véase Hahn, Harley, *The Internet Complete Reference*, 2a. ed., Toronto, McGraw-Hill, 1996, p. 574, para una lista de los nombres de dominio.

con el advenimiento “virtual” de más estructuras sociales) Internet mismo se troque en la autorruta de la información, también pomposamente llamada infraestructura global de la información<sup>28</sup> (a la que no se hace mención sin levantar suspiros por un avenir ¡que está ya al doblar la esquina!). Sólo el tiempo lo dirá. Porque Internet bien podría ser suplantado por otra autorruta de la información; quizá incluso más eficiente; aunque ahora mismo nos parezca punto menos que imposible.

En el entretiem po, ya es claro que su nervio privativamente académico y científico de las autorrutas de la información se ha floreado en un abanico de entidades virtuales, reflejo fiel de la riqueza propia de la misma realidad; de una realidad que no reduce al hombre a puro afán cognoscitivo. Un reflejo acaso demasiado diáfano: con sus lados oscuros aborrecibles; presencia que no ha podido ser obviada.<sup>29</sup> Pero también con cuadros que dejan entrever la grandeza del ingenio humano. Éstos trasuntan —de un lado— la esencia gregaria del hombre que jalonea a ir en pos de nuevos espacios de convivencia social, de fraterna comunicación. Pero evidencian también —del otro— el deseo humano de tener más y mejor. En otras palabras, de traficar.

### A. *El animus lucrandi. Una variable no presupuestada*

Porque —es evidente— el hombre no es puro y espiritual afán comunicativo. Ni puro deseo excluyente de saber más. También es materia. Así, al lado de *saber*, el hombre necesita *tener*. De allí que “Preferir *más* que *menos*” —axioma bien cincelado en la esencia humana— se aplique primarísimamente al intercambio, al comercio. Y a estos efectos, Internet ha probado ser un escenario antológico. Una plaza universal.

Entonces, de ser un preclaro conducto del saber científico, Internet se “prostituye”, por utilizar un término radical. Ya no sólo será una comunidad de académicos sin más mira que el progreso de la ciencia. Un ciberliceo, una academia. Ahora también tendrá visos de Ágora. Así ha aparecido a los ojos de los hombres de negocios que no han podido evitar ver en ese ciberquórum una clientela casi cautiva. Y con ella, la posibilidad

28 Así se recoge, por ejemplo, en título del Simposio Mundial de la OMPI sobre los Derechos de Autor en la Infraestructura Global de la Información, organizado en México, del 22 al 24 de mayo de 1995.

29 Terrorismo, espionaje, acoso, invasión de la vida privada, pedofilia, pornografía y un lastimero etcétera son los fines que persiguen algunos grupúsculos delictivos que utilizan Internet como canal de comunicación para el abuso de su derecho de asociación.



infinita de expandir su mercado y de comerciar con una clientela inusitada, proveniente de los cuatro puntos cardinales.

Y como era de preverse, Internet se ha visto súbitamente anegado en esos “sitios”<sup>30</sup> donde el comercio es ley motora. Todo tipo de bienes y servicios son asequibles en este medio virtual. Todo y más.

Pero la presencia de ánimo lucrativo —*quid* de toda actividad comercial— parecía complicar las cosas en un ambiente selectivo, originalmente fincado sobre la buena fe y altruismo presupuestados.

### B. *Vacuidad legal vs. anarquía original. La regulación cibernética, un prurito superveniente. Y acuciante*

En efecto, la estructura primigenia de las autorrutas de la información se sustentaba bajo la premisa del exclusivo intercambio informativo, mismo que habría de fluir en un escenario de confidencialidad (o de privacidad, poco después). Por otro lado, la organización expansiva de la red se hacía en aquel entonces sobre una base claramente discriminatoria —*intuitu personae*—: sólo militares con académicos (Arpanet) o sólo académicos entre sí (Nsfnet).

De esta suerte, si bien el trasiego de información podía ser anónimo e irregular, al menos el universo de emisores y receptores en juego era bien determinable. Suponía, pues, un anonimato insuficiente para sortear una eventual imputabilidad, de una todavía más eventual infracción... Todo esto fue acusado en su momento por ambas protorrutas de la información. Mismas que jamás echaron en falta cuadro normativo alguno.

Así las cosas, la necesidad de formular un reglamento *ex professo* no habría sido siquiera planteada (Hubiera sido en disonancia con el genio jurídico que antepone la interpelación de la realidad a la labor creadora del legislador *Lex sequitur vitam*: inocua es la ley que antecede a la realidad que ha de regular) De modo que una propuesta tal habría parecido superflua toda vez que la vida no lo habría exigido.

Y es que la posibilidad de realizar un cibercomercio sobrepujaba totalmente la idea original de intercambio informativo. No había, pues, una norma a qué acogerse. Una ley que dirimiera los eventuales conflictos, fueren de la índole que fueren.

30 Por analogía a un sitio topográfico, trátase de un lugar, pero en tanto ubicado en Internet. Tales sitios tienen a modo de coordenadas físicas una dirección IP, que les permite ser “localizados”, si cabe en algún lugar del “ciberespacio”.

### III. LOS DERECHOS DE AUTOR Y EL GARLITO DEL CIBERESPACIO. UNA ESPADA DE DOS FILOS... DIGITALES

La ausencia de marco normativo que la comercialización de Internet hizo insolapable venía a dibujar una vez más la típica espiral de este fin de siglo. La tecnología evoluciona exponencialmente mientras el derecho lo hace de manera lineal. En frase gráfica, “el ladrón huye en un Fórmula uno, mientras el policía lo persigue a lomo de caballo”.<sup>31</sup> Basten, al efecto, el ejemplo de la tecnología ginec obstétrica que diluye en genética, nutrición, legal, etcétera, la otrora inamovible certeza de la maternidad. O bien el de la ausencia de la normativa que habrá de atemperar los experimentos ingenieriles sobre el bagaje genético de la persona humana. Casos en que el derecho persigue —a veces cansinamente— el avance implacable de la tecnología.

Tal desamparo legal hubo de extender su sombra por sobre los bienes informacionales; que desde luego no han escapado la caterva del tráfico virtual. El derecho de propiedad intelectual, por su lado —y con él, sus organizaciones adyacentes— no se han podido desentender del hecho constatable de que los derechos de autor son ya *rebus in commercii* digital. Son parte importante de la vena del comercio electrónico.<sup>32</sup> Susceptibles por tanto del voraz *animus lucrandi* —que entiende Internet como una macropiazza virtual—, y de un poder digital que los hace transferibles ¡y plagiables!, con inaudita facilidad. Era la aurora del comercio... y del pirataje intelectuales.

#### 1. *Derechos digitales. Las bondades de Internet*

La idea de las autorrutas de la información suponen ciertamente un escenario sumamente prometedor desde casi todos los puntos de vista.<sup>33</sup>

31 Traducción libre del persuasivo título de la conferencia dictada por François Painchaud el 20 de noviembre de 1995, en el ciclo “Découvrez les implications légales de fair les affaires électroniquement à l’ère de l’Inforoute et de l’Internet”, organizado por L’Institut Canadien. El título original es “La propriété intellectuelle sur Internet, est-ce le cas classique du policier à cheval et du voleur en Formule 1?”.

32 En este sentido, véase *A Framework for Global Electronic Commerce* disponible en <http://www.iitf.nist.gov/eleccomm/glo-comm.htm>.

33 Véase, en general, Shurmer, Mark y Gary Lea, “Telecommunication Standardization and Intellectual Property Rights: a Fundamental Dilemma?”, en Kahin, Brian y Janet Abbate (eds.), *Standards Policy for Information Infrastructure (A publication of the Harvard Information Infrastructure)*, The MIT Press, Cambridge, 1995, pp. 378 a 402, y Samuelson, Pamela, “Legally Speaking. Intellectual Property Rights and the Global Information Economy”, en *Communications of the ACM*, vol. 39, núm. 1, enero de 1996, pp. 23-27.

Y con todo, la tecnología digital en que se articulan la constituyen asimismo en una amenaza de insólito potencial. Promesa y amenaza que se ciernen sobre los derechos cuyos objetos fluyen en las autorrutas de la información. Derechos adquiridos y protegidos en el mundo físico, pero que son de algún modo trasladados a este anómala palestra del ciberespacio.<sup>34</sup> Llámenseles sin mayor empacho “derechos digitales”. Apostilla de la que los derechos de autor no han sido exentados.<sup>35</sup>

Así pues, la pequeña forma digital —ceros y unos—, trasunto único de la información numeralizada, redonda efectivamente en beneficios pasmosos para el autor a la hora de “subir” (o peor aún, “uploadear”) su obra a una autorruta de la información. Sobre todo si se trata de una tan extensa como Internet.<sup>36</sup> Su divulgación —su publicación o su ejecución, según sea el caso— puede alcanzar entonces niveles masivos insospechados. Puede hacer que las obras lleguen instántanea y simultáneamente a “lugares” a los que jamás podría acceder por los derroteros físicos de su reproducción o comunicación al público; ni por los hertzianos de la telecomunicación televisiva o radiofónica.<sup>37</sup> El costo del soporte físico, el de su distribución, y los de los elementos necesarios para la ejecución física o telecomunicada serían barreras que se yerguerían contra una divulgación similar a la habilitada por la tecnología digital.

34 Véase el célebre Samuelson, Pamela, *Digital media and the law (Legally Speaking)*, disponible en [http://www.eff.org/pub/Intellectual\\_property/digital\\_media\\_and\\_law.paper](http://www.eff.org/pub/Intellectual_property/digital_media_and_law.paper).

35 Véase a este respecto, Mack, Lisa, *World Intellectual Property Organization Protocol*, disponible en <http://www.libraries.wayne.edu/~jlitman/pmack.html>

36 Cfr. Dyson, Esther, “*Intellectual value*”, disponible en <http://www.wired.com/wired/3.07/features/dyson.html>.

37 Aunque este “llegar” importe la reproducción —siquiera temporal o efímera— de la obra transmitida por estos medios electrónicos. Es un inciso importante si se recuerda que aquello es facultad exclusiva del autor. De momento, parece que no hay modo de no hacerlo. Los programas informáticos que permiten “asomarse” al ciberespacio no pueden evitar reproducir —al menos en la llamada memoria RAM de la computadora-terminal— la obra a la que se accede. Tal ha supuesto un debate álgido: si se debiera o no tolerar. Quizá porque se ha olvidado que el mismo cerebro humano, en tanto cognoscente, reproduce también —*mutatis mutandi*— al momento de conocer, todo aquello que conoce. Es una reproducción fijada por medio del proceso cognoscitivo en un *medium* ignoto pero cierto. Tanto que se puede ciertamente evocar por medio de un acto de memoria. Cfr. Litman, Jessica, “The Exclusive Right to Read”, en *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, vol. 13, núm. 1, 1994, pp. 29-54. Cfr. también Olswang, Simon, “Accessright: An evolutionary path for copyright into the digital era?”, en *European Intellectual Property Review*, vol. 17, Issue 1, enero de 1995, pp. 215-218; Litman, Jessica, “Copyright Law and Electronic Access to Information”, disponible en <http://www.firstmonday.dk/issues/issue4/litman/>, así como Post, David G., “New Wine, Old Bottles: The Case of the Evanescent Copy”, disponible en [http://www.cli.org/DPost/X0016\\_NEW-WINE.html](http://www.cli.org/DPost/X0016_NEW-WINE.html)

Los derechos digitales del autor aparecen entonces como una potenciación inimaginable en la capacidad de su ejercicio. Y desde luego, un acrecentamiento sin precedentes en el aprovechamiento que sus componentes patrimoniales han de traer aparejadas.<sup>38</sup>

## 2. Sed contra! (Ubi rosæ, ibi spinis...)

Pero donde hay rosas hay espinas... Porque esta misma tecnología potenciadora y altamente remunerativa puede ser sin embargo abusada para fines más bien aviesos.<sup>39</sup> Así como —por no ser sino ceros y unos— texto, sonido, imágenes, vídeo, pueden ser divulgados sin cortapisa, la misma llaneza de su formato binario; es causa de que todo pueda ser reproducido —luego, plagiado— sin más ayuda que la de un sistema operativo básico que permita a la computadora-terminal copiar las cadenas numéricas a las que las obras se reducen.<sup>40</sup> Y lo que es más: el pirataje puede incluso perpetrarse con objeto de “vaciar” el botón del plagio en un soporte físico diferente al digital —papel, cinta magnetofónica, etcétera—, revertiendo el proceso de numeralización al que la información se sujeta al entrar en red; o incluso trastocando su naturaleza binaria nativa al ser extraídas de su hábitat natural para ser trascendidas al mundo físico.<sup>41</sup> Encima, es éste un proceso instantáneo. Un tris es tiempo suficiente.

38 Sobre estas vertientes del derecho de autor, véase Brunet, Claude, “Copyright: the economic rights”, en *Copyright and confidential information law of Canada*, Toronto, Ed. Gordon F. Henderson, Carswell, 1996, pp. 129-153.

39 Véase la solución propuesta en Holm Nelson, Theodor, “Transcopyright: Dealing with the dilemma of digital copyright”, disponible en <http://www.educom.edu/pubs/review/reviewArticles/32132.html>.

40 Cfr. capítulo sobre violación por transmisión y ejecución de obras en redes informáticas, en Sookman, Barry B., *Computer Law. Acquiring and protecting information technology*, Toronto, Carswell, 1996, pp. 3-271 a 3-208.3. Véase posibles soluciones en Hardy, Trotter I., “Contracts, copyright and preemption in a digital world”, disponible en <http://www.urich.edu/jolt/vlil/hardy.html>. En contra, véase Farrell, Joseph, “Arguments for Weaker Intellectual Property Protection in Network Industries”, en Kahin, Brian y Janet Abbate (eds.), *Standards Policy for Information Infrastructure (A publication of the Harvard Information Infrastructure)*, Cambridge, The MIT Press, 1995, pp. 368-377.

41 Un ejemplo bien al alcance de la mano —amén de las obvias fijaciones en papel de obras pictóricas o fotográficas puestas en línea— es la compilación y publicación de las réplicas y contrarreplicas retahiladas en las llamadas listas de discusión. Trátase de una especie de ciberforo en el que especialistas suelen confrontar —a través del correo electrónico— sus opiniones en torno a tópicos de interés común. Por la autoridad que éstas importan, su compilación resulta en un prontuario que a la hora de publicarse asegura un lucro injusto a quien se ocupa de su recopilación.

#### IV. LA OMPI Y LOS DERECHOS DIGITALES: DEL DERECHO INTERNACIONAL AL DERECHO CIBERESPACIAL. UN INTENTO DEFECTIVO... Y NECESARIO

Y así, el talante prístino de Internet —con ese sabor al “Estado de naturaleza”<sup>42</sup> que los pactistas entreveían en nuestro pasado presocial— se ha venido a trocar en el antro con el que Hobbes explicara la necesidad del Leviatán.<sup>43</sup> A pulso de comercializarse y expandirse frenéticamente, el flácil equilibrio de su intencional anarquía ha devenido caos. En los mismos términos ilustrados, el romántico *bon sauvage*<sup>44</sup> de Rousseau ha sido desplazado por el *homini lupus*<sup>45</sup> del ciberespacio, que devora las primicias de los derechos “digitales”.<sup>46</sup>

##### 1. Una solución territorial para un conflicto virtual. La otra cara del *ius gentium*

El *ius gentium*, el derecho de gentes. El que se aplicaba más allá de los linderos del Imperio. Una figura que venía a significar en definitiva la ausencia del derecho romano; el derecho para ellos conocido: su derecho. El *ius gentium* era entonces —desde esta perspectiva— la significación conceptual de una laguna legal romana. Una laguna parecida a la que hoy nos ofrecen las autorrutas de la información. Un vacío legal que acaso evoque más la necesidad de un derecho por hacerse que la de una laguna por colmarse...

Porque irónicamente este *ius gentium* —pero en su acepción grociana internacionalista— ha logrado atenuar en algo este caos emergente, intentando suplir esa *vacatio* legal que lo soslaya. Vacío que se torna acuciante, dada la intensa actividad que se desenvuelve ya, al menos en el eferescente Internet. Así, apremiadas por el vilo “digital” en que algunos derechos han sido expuestos en las autorrutas de la información, las *gens*,

42 Cfr. Rousseau, Jean Jacques, *The basic political writings*, Indianapolis, Hackett, 1987, *passim*.

43 Cfr. Hobbes, Thomas, *Leviathan* (ed. Richard Tuck), Cambridge, Cambridge University Press, 1991, *passim*.

44 Cfr. Rousseau, Jean Jacques, *op. cit.*, nota 42, *passim*.

45 Cfr. Hobbes, Thomas, *op. cit.*, nota 43, *passim*.

46 Sobre la necesidad de la protección de los derechos de autor en el ciberespacio, véase Samuelson, Pamela, *Questioning the Need For New International Rules on Author's Rights in Cyberspace*, disponible en <http://www.firstmonday.dk/issues/issue4/samuelsn>. y Atwood Gailey, Elizabeth, “Who owns digital rights? examining the scope of copyright protection for electronically distributed works”, en *Communications and the Law*, vol. 18, núm. 1, marzo de 1996, pp. 3-28.

las naciones, han consensuado aplicar un régimen único, presuntamente *ad hoc*.<sup>47</sup> Pero han querido colmar esta laguna legal extendiendo analógicamente el derecho por ellos conocido: su derecho. Ignorando que allende los “límites del imperio” no hay asideros de los que su sistema normativo se pueda prender.

Sea como fuere, he aquí la primera solución exógena al gordiano conflicto virtual. El *ius gentium* actual. El derecho internacional. Que a pesar de provenir del consenso internacional, trátase de un derecho forjado en clave territorial. Y que por ello no puede actuar sino como un lenitivo en esta vacuidad legal virtual que ahora arrostra. Y a decir verdad es un vacío que se antoja irresoluble, al menos por esta vena del derecho territorial: tratar de llenarlo en esta tesitura parece poco más que lanzar golpes al aire. De modo que en tanto no se confeccione un derecho *ex professo*, todo quedará en tentativas más o menos felices. Así parece ser.

Pero como lo mejor es enemigo de lo bueno, habrá que auxiliarse de este paliativo legal internacional. Pero para ello, hay primero que huir de ciertos despropósitos iusfilosóficos y otros prejuicios kelsenianos que lo reputan un derecho imperfecto —*minus quam perfecto*, dicen— por carecer de una punibilidad positivante (como si aquello le impidiera cumplir su misión directiva...).<sup>48</sup> Hay que entender también que su esencia y cometido es imperar sobre territorios determinados; sean varios o todos, pero siempre sobre espacios físicos medibles.<sup>49</sup> Y que de esta pluralidad territorial de su vigencia se deriva la imposibilidad de un poder central supranacional. De un órgano facultado —con anuencia y legitimidad mundiales— para imponerlo por las vías coactivas,<sup>50</sup> llegado el caso, allí donde los Estados han acordado su observancia.

Las autorrutas de la información —por su lado— son incontenibles e inconstreñibles. Exorbitan el territorio de cada uno de los países y no son sojuzgables por el poder público de uno. Ni por el de todos..., en el remoto evento de que éstos indulgiesen la afrenta soberana que infligiría la irrogación mundial de las sendas jurisdicciones, por parte de un Estado único. Estas notas restan eficacia a un marco normativo territorial. Que a

47 Véase Larson, Megan J., *Copyright in Cyberspace*, disponible en <http://gsulaw.gsu.edu/land>.

48 Cfr. Kelsen, Hans, *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1986, pp. 29-31.

49 Cfr. Rousseau, Jean Jacques, *op. cit.*, nota 42, *passim*.

50 Cfr. Slomanson, William, R., *Fundamental Perspectives on International Law*, St. Paul, Minn., West Publishings, 1990, *passim*.

la hora de intentar regular un ambiente virtual —que sin ser supraterritorial sí es metaterritorial— no puede obviar trastocar en parte la naturaleza del ciberespacio y en parte hitos fundamentales de la axiología jurídica.

El derecho internacional territorial es, pues, un sucedáneo cuyas inoperancias merecen ser apuntadas:

### A. *Globalidad virtual vs. jurisdicción soberana excluyente*

Ciertamente, la arquitectura misma de las autorrutas de la información —su inherente trascendencia fronteriza— precluye toda posible intervención exógena por parte de un poder estatal concreto. Ningún Estado en particular, en efecto, está legitimado para atraer hacia sí —a despecho de la jurisdicción de los demás países— una causa conflictual, acaecida en el ciberespacio, con el ánimo de resolverla vinculatoriamente. Esto a reserva, claro está, de que un territorio pudiera preciarse de englobar comprensivamente todos los servidores de la autorruta de la información de que se tratase.<sup>51</sup> Pero ésta es una premisa imposible desde hace una veintena de años, por lo menos por lo que hace a Internet.

Históricamente, una vez que un nodo de esta autorruta de la información fue erigido fuera del territorio de Estados Unidos —en Canadá, específicamente—, la Red escapó definitivamente de la jurisdicción y competencia exclusivas de los poderes de un solo país. En este caso, de los Estados Unidos. Y el fenómeno se ha repetido innumeradas veces: cada vez que un servidor de Internet es instaurado dentro de un territorio político soberano.<sup>52</sup>

### B. *Ubicuidad ciberespacial vs. localizabilidad física*

Sin embargo, no es sólo el respeto a la “autodeterminación de los pueblos” lo que impide reclamar una jurisdicción exclusiva sobre Inter-

51 Cfr. el extraordinario Johnson, David R. y Post, David, “Breaking Down Territorial Borders. A New Boundary for Cyberspace. Will Responsible Self-regulatory Structures Emerge on the Net?”, disponible en <http://www.firstmonday.dk/issues/issue1/law/>.

52 Sólo en algunos países con atisbos totalitaristas se ha intentado monopolizar el “ingreso” de la señal digital de Internet a territorio nacional, estatizando el o los nodos de la Red. Así, una vez censurado su contenido, la señal es redistribuida a partir de servidores “oficiales”. Tal intervención es sólo viable en un primer momento, cuando la Red se va a penas injertando en el territorio de que se trate. Y luego es poco sustentable en un escenario democrático internacional donde los nacionales pueden aducir agravios a todos los niveles: desde atentados en su libertad de expresión hasta el respeto a su derecho a la información, pasando por un atropello a la propiedad privada ejercida sobre las computadoras-servidores. Además, una gesta así se puede aderezar con con matices de respeto a los derechos humanos, tan en boga hoy día.

net, sea de un país o de todas las naciones al unísono. Es también una cuestión de hecho; una condición dada por la descentralización propia de las autorrutas de la información. En efecto, la ausencia de un “nodo” central en las redes digitales impide la posibilidad de sitiarlas desde “fuera”. Y en caso conjetural de intervención estatal, concertada sobre uno o varios servidores —incluso en varios países simultáneamente—, el protocolo informático de comunicación lograría que la información sortease los “torniquetes” estatales. De modo que sin importar que fuesen uno o mil los nodos estrangulados, el flujo informativo sería redireccionado a efecto de alcanzar su destino original. Además, en este plano de las vías coactivas, de muy poco sirve el uso de la fuerza pública con la que la autoridad —nacional o internacional— conmina a la observancia, si no hay un *dónde* físico en el que se pueda infligir de manera eficaz y concreta. Y la razón es que Internet no es confiscable en su integridad: no existe en sí mismo sino *en* las computadoras conectadas a la red y en tanto cuanto están conectadas. Las computadoras —una a una— son su sustrato entitativo. Y lo son *in actu*; es decir, en tanto que están conectadas. En ese momento devienen “servidores”, los nodos de la Red. Y *a contrario sensu*, por el hecho de desconectarse, de servidor “confiscable” regresa su *status* “inocente” de una computadora —cual las hay miles— perfectamente independiente de Internet.

Internet *es* entonces las computadoras que le dan sustento. Pero no sólo eso: Internet es también de algún modo el tejido mismo en que sus nodos-servidores se entrelazan. O sea, desde el capilar encordado cúprico y óptico de los teléfonos de una ciudad, de un país, hasta las ondas de satélite que se transmiten de continente a continente. Y el largo etcétera de en medio...

De modo que si uno o varios Estados pudieran sitiar Internet minando coercitivamente este plexo comunicativo del que se sirve, tal acción afectaría tan gravemente el nervio neurálgico de la sociedad —su capacidad comunicativa integral— que la prudencia política recomendaría inmediatamente replugar cualquier intentona en este sentido. Cara a una sociedad altamente informatizada, no cabría mejor postura que la tolerancia, en aras a privilegiar las otras formas de comunicación social diversas a Internet (Antes de que Internet o la que será la futura autorruta de la información logre cooptarlas todas...)

Es en este sentido que se habla de la ubicuidad de Internet. No hay un *hic*, un *aquí* específico donde un Estado o un consorcio de Estados pue-



dan descargar puntualmente el rigor normativo de sus fuerzas públicas. Porque Internet es un escenario que sin estar fuera del mundo, está en todos los lugares... y en ninguno.<sup>53</sup> Y lo que *está* en Internet está según un modo de estar diferente al modo de físico de estar. De éste se puede predicar o un *aquí* o un *allá*, en razón de un *ubi* topográfico, un punto concreto en el planeta. No así de lo que está en Internet. De un *estar* “virtual”.

De modo que no es sólo el principio de no intervención internacional lo que hace de Internet un *lugar* anómalo, en el sentido de imposibilidad normativa. Es además —y sobre todo— cuestión de imposibilidad física objetiva.

### C. Otras aristas: territorialidad —y/o personalidad— legal vs. indeterminabilidad virtual

Pero al lado de hipótesis políticas y otros futuribles, hay también una cuestión de fondo. Ésta toca a los principios generales del derecho: siendo que en nuestra cosmovisión el ámbito de aplicación del derecho se articula en torno a los pivotes de los principios de personalidad y territorialidad de la ley, se requeriría una ficción jurídica —o acaso una nueva teoría del derecho— para hacer que nuestro sistema legal —constreñido a un coto de territorio o de personas determinado— vigiese en este escenario de comunicación global. Ya que, por un lado —además de la “impunidad” fáctica— los nodos de Internet se encuentran en múltiples países, luego, bajo múltiples jurisdicciones; y por otro, las personas que comparecen en los escenarios virtuales no son suficientemente determinados ni determinables de manera que se puedan reputar bajo un mismo fuero, digamos, “virtual.”<sup>54</sup> La naturaleza de Internet sobrepaja claramente ambos principios.<sup>55</sup>

53 Cfr. Burke, Edmund B., “Where in the World is the World Wide Web?”, disponible en <http://www.educon.edu/web/pubs/review/reviewArticles/31642.html>.

54 Un buen iusnaturalista podría también invocar —contra la aplicabilidad de nuestro derecho habitual— el principio de exterioridad de la conducta. Ésta, dicen estos iusfilósofos, debe trascender al agente; cosa que sucede en Internet. Pero Internet no procura una exterioridad física tal como estos filósofos del derecho la entienden. De modo que de algún modo, las acciones realizadas en los medios digitales de comunicación no pertenecen al mundo real o físico, que es lo que el filósofo del derecho ha querido asegurar exigiendo la trascendencia de la acción al fuero interno del agente. Cfr. Hervada, Javier, *Introducción crítica al derecho natural*, 6a. ed., Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1990, pp. 50-52.

55 En este sentido, véase Ginsburg, Jane C., “Global Use/Territorial Rights: Private International Law Questions of the Global Information Infrastructure”, en *Journal of the Copyright Society of the USA*, vol. 42, núm. 4, verano de 1995, pp. 318-338.

En efecto —se mencionó con motivo de la aplicabilidad de la fuerza pública— la “topografía” de Internet está desprovista de *ubis*; de lugares físicos que ocupan un lugar concreto en este espacio tridimensional que habitamos.<sup>56</sup> Aquellos sobre los que nuestro sistema jurídico territorial impera por “derecho propio” valga el pleonismo. De esta suerte, surgido el litigio en un medio virtual, la determinación del *ubi* físico de los hechos—extremo de la pretensión de las partes —y *conditio* para que el juez proceda a su calificación— será siempre un incidente previo en el que indefectiblemente encallará todo proceso judicial. Así será mientras el conflicto que lo importe —siendo de índole digital— sea presentado ante cortes que aplican leyes territoriales, ya provengan de un acuerdo internacional.<sup>57</sup>

Y a pesar de todo —ya ha quedado dicho— a falta de mejor remedio, el derecho internacional es el único lenitivo que se ha podido aplicar, el único marco legal al que acogerse hoy por hoy. Su puesta en vigor en materia del derecho de autor ha sido misión acometida por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). Quizá la única entidad cuya autoridad, prestigio y ascendencia internacional la intitula para convocar la atención mundial en materia iusintelectual.

## 2. *El insospechado cuadro problemático*

Sin más romanticismos, aquél —pinceladas más, pinceladas menos— es el cuadro que la OMPI tuvo que arrostrar. Un escenario hobbiano cu-

56 Hay abundante bibliografía a este respecto. Véase Samuelson, Pamela, *The U. S. Digital Agenda* disponible en *the World Intellectual Property Organization*, disponible en <http://www.sims.berkeley.edu/~pam/courses/cyberlaw/docs/wipo.html>, particularly note 284; Post, David, *Breaking Down Territorial Borders. A New Boundary for Cyberspace Will Responsible Self-Regulatory Structures Emerge on the Net? Local Authorities, Foreign Rules: Reconciling Conflicts Internal Diversity*, disponible en <http://www.firstmonday.dk/issues/issue1/law/>, *passim*; Burk, Dan L., *Transborder Intellectual Property Issues on the Electronic Frontier*, disponible en [http://www.virtualschool.edu/mon/Electronicproperty/BurkTransborderIPIssues\\_passim](http://www.virtualschool.edu/mon/Electronicproperty/BurkTransborderIPIssues_passim); U. S. Information Infrastructure Task Force, *Intellectual Property and the National Information Infrastructure. The Report of The Working Group On Intellectual Property Rights* disponible en <http://www.uspto.gov/web/offices/com/doc/ipnii/>, specially chapter I. A. 9, and Racicot, Michel, Mark S. Hayes, Alec R. Szibbo and Pierre Trudel, *The Cyberspace Is Not A “No Law Land”*. *A Study of The Issues of Liability for Content Circulating on The Internet*, disponible en [http://strategis.ic.gc.ca/cgi-bin/dec/wwwfetch?sgml/it03118e\\_pr115.sgml](http://strategis.ic.gc.ca/cgi-bin/dec/wwwfetch?sgml/it03118e_pr115.sgml).

57 En términos más concretos, si se estima, por ejemplo, que una obra protegida por el derecho de autor es copiada injustamente “dentro” de los medios digitales de comunicación, aunque un ordenamiento internacional estatuya que las obras en Internet deben ser respetadas cual si se tratasen de obras en el mundo real, en términos fácticos judiciales, la prueba del lugar donde se cometió el ilícito —y el mismo ilícito—, las generales del plagiarlo, etcétera, serán incidentes que siempre entorpecerá un proceso cuyo juez está habituado a convicciones “físicas”.

yos términos cuánticos reportan conservadoramente la presencia de unos diez millones de computadoras.<sup>58</sup> Mismas que fungen como nodos de una Red que se extiende sobre más de ochenta países (según la frágil configuración geopolítica actual...).<sup>59</sup> Un marco donde los derechos de autor son puestos en vilo con la pasmosa facilidad que la tecnología digital confiere a cada uno de sus millones de usuarios: los “cibernautas” o “netizens”.<sup>60</sup> De ellos se estiman unos cuatro o cinco tras cada una de estas computadoras terminal. Un universo, por tanto, de unos cuarenta o cincuenta millones de plagiarios potenciales. La mayoría, inscritos en una sociedad altamente informatizada,<sup>61</sup> luego ávidos consumidores de información. Otros muchos, nacionales de países de exigua cultura iusintelectual. Pero todos, cada uno de ellos, a un botón de distancia —“Archivo: Copiar”— de convertirse en efectivos infractores de derechos de autor. Un escenario, sin duda, poco halagüeño.

Pero a fin de cuentas, un escenario vaticinado hace más de diez años. En efecto, nada más doblar la década pasada, un reporte del Congreso de Estados Unidos apunta ya la clara obsolescencia del régimen territorial de protección de los derechos de propiedad intelectual. Asegura que el desarrollo de las nuevas tecnologías impide que los bienes informacionales reciban un tratamiento legal como el de antaño...<sup>62</sup> (Es paradójico pen-

58 Datos de marzo de 1996. Veinte meses —a la fecha de hoy— en que pueden haberse añadido varios otros miles...

59 Cfr. Poulin, Daniel, *Inforoutes et pratique du droit: possibilités et perspectives*, Actas de la Conferencia en el marco del “Cours de perfectionnement du Notariat”, organizado por la Universidad de Montreal, marzo de 1996, p. 66.

60 Apócope inglés del compuesto *net* y *citizen*. Bien elocuente de la penetración social que la Red ha tenido en países donde se usa este giro lingüístico.

61 Adivierten Dommering y Hugenholtz sobre la proporcional relación directa entre la inmediatez del suministro de información y el sofisticamiento de los nuevos métodos de pirataje. Asimismo, de la aparición de un arquetipo social: el *hacker*: aquel que se dedica al pirataje en el marco de las autorrutas de la información. “we amuse ourselves to death’ through the stultifying consumption of the media [...]”; a society in which pirates use increasingly sophisticated reproduction techniques to pirate copyright works or in which computer hackers force their way into computerized information files; a society in which citizens are inundated with a plethora of information in increasingly dazzling disguises”.

Cfr. Egbert Dommering and P. Bernt Hugenholtz (eds.), *Protecting Works of Fact. Copyright, Freedom of Expression and Information Law*, Deventer, Kluwer, 1991, p. 29.

62 El reporte escuetamente afirma que “The application of a uniform system of intellectual property principles, such as that embodied in copyright and patent law, to divergent types of information-based products may no longer be possible.”

Cfr. U. S. Congress Office of Technologie Assesment, *Intellectual Property Rights in an Age of Electronics and Infomation*, Washington, D. C., U. S. Government Printing Office, 1986, p. 59. En este sentido, véase también Samuelson, Pamela, *Questioning the Need For New International Rules on Author’s Rights in Cyberspace*, disponible en <http://www.firstmonday.dk/issues/issue4/samuelson>.

sar que en aquel entonces Internet —que vino a agudizar este vacío legal— no había siquiera visto la luz como tal.)

Sea de un modo o de otro, la situación llega a un punto álgido. La intervención *ab extra* sobre Internet se hace impostergable. Ciudadanos de naciones de añeja tradición iusintelectual han apostado a Internet como foro virtual universal. Y los gobiernos se sienten apremiados a proteger los intereses digitales de sus gobernados. Y se aprestan —a falta de mejores instrumentos y experiencia— a darle una solución multilateral. Una solución de derecho internacional que palie en algo la efervescente tesis virtual. De ella se ha hablado ya.

...Así, a falta de un poder constituyente —de “intra” o “extramuros”— legitimado para hacer valer un derecho *ad hoc*, aquel lobo hobbiano no ha podido ser allanado sino a golpe de consenso internacional. Afán cuya oportunidad parece ser mayor que su acierto en términos tanto de conveniencia axiológica como de eficacia práctica. El tiempo será el mejor juez.

### 3. *El tratado de la OMPI sobre derecho de autor. Un disparo a ciegas*

#### A. *Algunas ideas previas*

Sin más armas que su prestigio, un proyecto de acuerdo de eficacia territorial y la esperanza de conseguir la adhesión de algún número susceptible de países, esta agencia especializada de la ONU ha emprendido un viaje hacia lo desconocido. Hacia —literalmente— tierras de misión legal: un espacio al que nuestro derecho no ha llegado. Y ha aventurado —en cumplimiento del fin que le ha sido confiado: fomento internacional de la cultura iusintelectual— el primer paradigma legal para reglamentar los derechos de autor que circulan en las autorutas de la información en general; y en Internet, en particular. Es además el primer bosquejo de regulación ciberespacial de que se tenga noticia. Acaso sea esa la razón por la cual no hay registro —en los pasados años— de un instrumento internacional cuyo proceso de formación haya producido tan crispantes discusiones<sup>63</sup> y tan nefastos presagios.<sup>64</sup>

63 Véase Samuelson, Pamela, “Stop the Clinton Copyright Grab! The Administration’s white paper on intellectual property in the digital era is a wholesale giveaway of the public rights”, <http://www.hotwired.com/wired/whitepaper.html>.

64 Véase Ginsburg, Jane C., “Putting cars on the information superhighway, authors, exploiters, and copyright in cyberspace”, *Columbia Law Review*, vol. 95, núm. 6, October, 1995, pp. 1466-1499.

Dice la reportera de un noticiario de Internet que “Future historians may cite this week’s global

Y aunque adoleciendo de todos las ineficacias y aristas de un marco normativo territorial impuesto —*a fortiori*— a un ámbito de aplicación ciberespacial, esta primicia “ciberlegal” hace la OMPI la inopinada precursora del derecho para el ciberespacio del “ciberderecho”.<sup>65</sup>

Se trata del todavía flamante Acuerdo de la OMPI sobre el derecho de autor de 20 de diciembre de 1996.

### B. *Su obscuro estatuto internacional*

*Prima facie*, el documento es mal llamado tratado. No sólo por su teología de protocolo, sino porque —en su caso— se adecua mejor a la figura del acuerdo, en virtud de su raigambre mercantil. Es probablemente apellidado tratado para realzar artificiosamente —prevaliéndose de la generalidad del artículo 2(1)(a) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados— la importancia de su acatamiento. En efecto, la denuncia o incumplimiento de un documento accesorio cual es un protocolo pareciera menos grave que la de uno principal, al que hay que sujetarse so pena de un descrédito internacional mayor.

Sea como fuere, el Tratado de la OMPI sobre derecho de autor —así se desprende de su propio articulado— es un “arreglo particular en el sentido del artículo 20 del Convenio de Berna...”<sup>66</sup> Un arreglo particular —hay que decirlo— ya tiene, visos de protocolo. Pero el reenvío a la centenaria Convención de Berna evidencia aún más su naturaleza reglamentaria, típica de un protocolo. En efecto, el artículo de algún modo prohíbe a los arreglos especiales ir más allá de la ley o contravenirla en manera alguna, ciñendo su radio de acción a aquel propio de un reglamento. Y en todo caso, el segundo de los motivos expuestos en el preámbulo del Tratado (séalo o no), alude a ciertas reglas vigentes —se refiere a las de la

copyright agreement as the key event that turned the Internet into a mass entertainment medium. Meeting in Geneva, 800 delegates from 160 countries engaged in marathon negotiations to arrive disponible en two groundbreaking treaties... Not only does this event open up the Internet for the distribution of art and music, it may also mark the beginning of a truly global community”.

Cfr. Brown, Janelle, “WIPO Agrees on Intellectual Rights Treaties”, [http://www.wired.com/news/www5.zdnet.com/anchordesk/story/story\\_568.html](http://www.wired.com/news/www5.zdnet.com/anchordesk/story/story_568.html).

Véase también “Copyright Treaty Clears Way for Internet as Mass Medium”, disponible en [http://www5.zdnet.com/anchordesk/story/story\\_568.html](http://www5.zdnet.com/anchordesk/story/story_568.html).

<sup>65</sup> Véase Mack, Lisa, *World intellectualproperty organization protocol*, disponible en <http://www.libraries.wayne.edu/~jlitman/pmack.html>.

<sup>66</sup> Cfr. Art. 20 del Tratado de la OMPI sobre el Derecho de Autor. Versión vernácula disponible en <http://www.wipo.org/spa/diplconf/distrib/94dc.htm>.

Convención de Berna— que precisan clarificación.<sup>67</sup> Clarificar la aplicación de una regla vigente es, junto con reglamentarla, misiones propias de un reglamento. De un protocolo, en términos de derecho internacional.<sup>68</sup>

Hay sin embargo —para pésame de los amantes de la precisión semántica— un punto que desdibuja en algo las evidentes naturaleza y teleología protocolaria del Tratado de la OMPI sobre derecho de autor. Es su sujeción a más de un documento. El estar en efecto pivoteado no sólo en torno a la Convención de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas, sino también alrededor del llamado Acuerdo de los TRIPSTrade-Related Aspects of Intellectual Property Rights<sup>69</sup> lo hace definitivamente un protocolo peculiar.<sup>70</sup> Un instrumento *sui generis*. Y en estos terrenos de la “suigeneridad” las precisiones conceptuales ceden a la volubilidad de la descripción. Así, el Tratado de la OMPI sobre derecho de autor aparece al ojo científico con un estatuto ambivalente. Ya sea que desde cierto ángulo se enfaticen sus trazas de tratado —al suplir y *aggiornar* el régimen internacional de protección de los derechos de autor —y desde otro, el acento sea puesto sobre aquellas de protocolo al clarificar y reglamentar las reglas vigentes de la Convención de Berna.<sup>71</sup>

### C. Su justificación. ¿La doctrina Monroe, versión digital?

La lectura “novelada” de sus considerandos arroja mucha luz sobre cuál sea la *esse ratio* del documento.

Dice, pues, el preámbulo, que ante el prurito del vilo digital al que los derechos de autor han sido orillados, las partes contratantes se han interesado en mantener y acaso desarrollar nuevos baluartes para la efectiva y

67 “Reconociendo la necesidad de [...] clarificar la interpretación de ciertas normas vigentes a fin de proporcionar soluciones adecuadas a los interrogantes planteados por nuevos acontecimientos [...] tecnológicos” Cfr. Tratado de la OMPI sobre el Derecho de Autor, preámbulo.

68 Cfr. Guillien, Raymond and Jean Vincent, *Lexique de termes juridiques*, 8th. ed., París, Dalloz, 1990, p. 397.

69 O sea, los acuerdos especiales de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio, contenidos en el Anexo I c. del Acuerdo que crea la Organización Mundial de Comercio.

70 Cfr. Mack, Lisa, *World intellectual property organization protocol*, disponible en <http://www.libraries.wayne.edu/~jlitman/pmack.html>.

71 A mayor abundancia sobre este inciso semántico, véase *Notes on the Title and the Preamble of the Draft Treaty on a Possible Protocol to the Berne Convention and on a Possible Instrument for the Protection of the Rights of Performers, and Producers of Phonograms, prepared by the Chairman of the Committees of Experts in the frame of the Basic Proposal for the Substantive Provisions of the Treaty on Certain Questions Concerning the Protection of Literary and Artistic Works to be Considered by the Diplomat of Literary and Artistic Works to be Considered by the Diplomatic Conference; Geneva, December 2nd to 20th, 1996*, disponible en [http://www.wipo.org/eng/diplconf/6dc\\_sta.htm](http://www.wipo.org/eng/diplconf/6dc_sta.htm).

uniforme protección de los derechos autorales. Han, pues, reconocido, la necesidad de introducir nuevas normas internacionales —no ignorando los bemoles que aquello estriba— y de clarificar la interpretación de ciertas normas vigentes. Todo esto, a fin de estar en condiciones de afrontar los vuelcos económicos, sociales, culturales y tecnológicos que la sociedad ha experimentado a últimas fechas. Han debido, por ende, reconocer el incisivo impacto que han tenido el desarrollo y la convergencia de las tecnologías de comunicación tanto en la creación como en la utilización de las obras literarias y artísticas.<sup>72</sup> Y al tiempo, las partes han querido destacar la notable significación de la protección del derecho de autor como incentivo para la creación literaria y artística, pero reconociendo siempre la necesidad de mantener un equilibrio entre los derechos de los autores y los intereses del público en general; sobre todo en lo que toca a la educación, la investigación y el acceso a la información. Que esa ha sido la tónica de la Convención de Berna, a la que este instrumento se dispone a suplir, contemporizar y aclarar.<sup>73</sup>

Con todo su historia —y acaso los motivos subyacentes— del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor quedarían semivelados si se dejara de lado una importante componente política presente en el proceso de su creación. Trátase de la intensa presión ejercida por la delegación norteamericana a la conferencia diplomática que lo originó.<sup>74</sup>

En efecto Estados Unidos, urdiendo imponer en su territorio un proyecto de ley vetado en justa lid parlamentaria, buscó presentarlo luego como un posible proyecto de lo que por fortuna nunca llegó a ser el Tratado. Es el tristemente célebre Reporte de la subcomisión encargada de los derechos de autor de la U. S. Information Infrastructure Task Force<sup>75</sup> el Report of The Working Group On Intellectual Property Rights, Intellectual Property and the National Information Infrastructure.<sup>76</sup> También

72 Sobre la contemporización tecnológica del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor. Véase “WIPO Diplomatic Conference Bern Convention Meets the New Technologies”, *Copyright World*, Issue 66, enero de 1997, pp. 9 y 10.

73 Cfr. Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, Preámbulo. Disponible en <http://www.wipo.org/spa/diplconf/distrib/94dc.htm>.

74 O sea, la Conferencia diplomática sobre ciertas cuestiones de derecho de autor y derechos conexos celebrada en Ginebra, 2 a 20 de diciembre de 1996.

75 Es el grupo de trabajo encargado —por directiva del presidente Clinton— de estudiar los intrínquilos de las autorrutas de la información y su impacto en la sociedad norteamericana. Véase <http://www.uspto.gov/web/offices/com/doc/ipnii>

76 El reporte sobre la Propiedad Intelectual y la Infraestructura nacional de la información. Véase <http://www.uspto.gov/web/offices/com/doc/ipnii>. Para una reseña, véase, “Intellectual property and the national information infrastructure”, en *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, vol.

llamado en el argot parlamentario el NII White Paper. El cometido de la delegación, además de imponerlo a todo el mundo como paradigma de regulación ciberautorral —como en los mejores días de Monroe—, era collarlo *a posteriori* en su derecho local, esta vez por la vía de la ratificación senatorial de acuerdos internacionales. Pero el rechazo que se le opuso en el Capitolio se hizo presente de nuevo en Ginebra, a pesar del liderazgo que Estados Unidos siempre hubo reclamado para sí en terrenos de la propiedad intelectual.

Y es que el proyecto favorecía tan ostensiblemente intereses millonarios de ciertas empresas “culturales” —intereses luego capitalizables en la palestra electoral— que incluso llegaba a prohibir el uso privado de las obras. Lesionando así el delicado balance entre los derechos del autor y los del público y levantándose contra la larga experiencia de la doctrina y práctica autorales.<sup>77</sup> De modo que una maremagana de incommovible oposición no se hizo esperar, a todos los niveles, desde el miso inicio de su gestación.

He allí la historia del dos veces derrocado *White paper*. Un triunfo democrático de los derechos de autor —del público usuario— sobre una especie de imperialismo digital.

#### D. Su impacto en México (*Unas notas para su estudio*)

El Acuerdo fue concluido la noche del 20 de diciembre, tras meses de preparación y semanas de ardua discusión. Sólo cuatro días antes de que nuestra nueva Ley Federal del Derecho de Autor fuera promulgada una ley que entra en vigor infecta con el germen de su propia obsolescencia; al menos parcial.<sup>78</sup> Y aunque debido a su reciente factura el Tratado siga abierto a firma —y precise de la oportuna ratificación por parte de los gobiernos locales para su real eficacia—, es de esperarse una adhesión casi universal.

13, núm. 1, 1994, pp. 275-281, o Samuelson, Pamela, “Legally Speaking: the NII Intellectual Property Report”, disponible en [http://www.eff.org/pub/GII/NII/Govt\\_docs/HTML/ipwg-samuelson.html#R1](http://www.eff.org/pub/GII/NII/Govt_docs/HTML/ipwg-samuelson.html#R1). Véase las diferentes opiniones en VV. AA., *The Debate On The White Paper*, disponible en <http://www.harvnet.harvard.edu/online/moreinfo/boyledeb/htm>.

<sup>77</sup> Sobre el *leit motif* y los sesgos peculiares de este proyecto, véase Samuelson, Pamela, *The U.S. Digital Agenda at the World Intellectual Property Organization*, disponible en <http://www.sims.berkeley.edu/~pam/courses/cyberlaw/docs/wipo.html>.

<sup>78</sup> Cfr. el navideño *Diario Oficial de la Federación* de 24 de diciembre de 1996. Para una reseña somera de la ley, véase Schmidt, Luis C., “Recent developments in mexican copyright law”, *Copyright World*, Canada, issue 70, mayo de 1997, pp. 44-46.



México, como parte de la Convención de Berna que es, terminará por suscribirlo. Su asunción en nuestro sistema jurídico doméstico lo colisionará con nuestra también flamante ley. Sobre todo en los rubros de los derechos patrimoniales de reproducción/distribución y comunicación al público; y en conceptos como el de “público” y “primera venta” que merecen una revisión. Aunque la ley está al día en materia de fijación numérica y en otros aspectos de tecnología digital, estas figuras necesitan una redefinición legal.

Tal pareciera que quienes la proyectaron se dejaron llevar por la caudalosa corriente que aseguraba que el Tratado —a la sazón en ciernes— asumiría por completo la “agenda digital” que privaba en el supracitado “*White Paper*”.<sup>79</sup> Así lo hace nuestra ley. Y no deja de ser una ironía: el dos veces refutado proyecto americano —dicen algunos perspicaces, poseedores de información privilegiada— se encarna, no obstante, en nuestra nueva ley, en su parte total. Acaso por los efectos de la presión comercial que los vecinos del norte han ocasionalmente ejercido sobre este país...

## V. A MODO DE CONCLUSIÓN: ¿NECESIDAD DE UN DERECHO *AD HOC*?

Las legislaciones de varios países han acusado recibo del fuerte impacto causado por las nuevas tecnologías de comunicación. Varias de ellas han intentado o intentarán en un futuro próximo ponerse en sintonía con las tendencias digitales y globales que privan en el mundo de hoy.

### 1. *El status quæstionis*

En términos autorales, el primer paliativo ha sido aplicado sobre este universo expansivo de los derechos digitales.<sup>80</sup> La imposición de un régimen internacional/territorial uniforme se ha consumado en contra de cier-

<sup>79</sup> Sobre esta “digital agenda” llamada también “Agenda maximalista”, véase Samuelson, Pamela, *Stop the Clinton Copyright Grab! The Administration’s white paper on intellectual property in the digital era is a wholesale giveaway of the public’s rights*, disponible en <http://www.hotwired.com/wired/whitepaper.html>. y Samuelson, Pamela, *The U.S. Digital Agenda at the World Intellectual Property Organization*, disponible en <http://www.sims.berkeley.edu/~pam/courses/cyberlaw/docs/wipo.html>.

<sup>80</sup> Un buen esbozo de la situación se encuentra en Landry, Thomas K. (ed.), “Roundtable on Electronic Rights”, *Columbia-VLA Journal of Law & the Arts*, vol. 20, núm. 4, Summer, 1996, pp. 605 y 654-661.

tos axiomas jurídicos que lo revelaban impertinente en cierto grado y en todo caso de exigua eficacia. A pesar de ello, este sistema normativo ha irrumpido en el ciberespacio ignorando igualmente que las autorrutas de la información despliegan un escenario metaterritorial peculiar. Casi un nuevo “fuero”. Un ámbito que precisa un tratamiento singular.

Cara a la aplicación de una ley territorial en una corte de igual índole parece necesaria una adaptación procedimental, de modo que el juez pueda prescindir de las certezas físicas —localizables en un punto en el espacio— propias de un derecho adjetivo inspirado en el principio de territorialidad. Sólo así, a pesar de la violencia axiológica, la tutela de los derechos digitales podría llegar a ser fácticamente eficaz —al menos en su aspecto jurisdiccional—, de hacerse viable la prueba de los extremos fundantes de las pertensiones de las partes.

Pero los resultados de esta “imposición” normativa están aún por verse. Las expectativas fluctúan abruptamente.

Por otro lado, siendo que son personas físicas las primariamente interpeladas por la normatividad contenida en un ordenamiento así, la observancia de sus preceptos viene a seguir la suerte del fuero interno de cada persona en su íntima individualidad. Dependerá en efecto —y casi en exclusiva—, de la fineza de la conciencia ética personal de que esté curtida en el respeto activo de los derechos de los demás. Así lo evidencia la luz de la absoluta secrecía y perfecto anonimato con que cada individuo puede infringir un derecho —autoral o del tipo que sea— que se aventura en las autorrutas de la información.

Y es que el temor al descrédito mundial —disuasivo del desacato a un acuerdo internacional—, no es sino un sucedáneo conminatorio de una autoridad supranacional aplicadora imposible. Y que no intimida sino a los gobiernos de los países que lo han suscrito, ante la total impavidez de los gobernados que los habitan. No es un instrumento apto para fomentar siquiera el acatamiento de un tratado internacional a nivel individual.

Las autoridades locales tienen por ende pocas herramientas para que un ordenamiento dirigido a la individualidad de la ciudadanía sea vigente en el sentido de derecho positivo y no de simple derecho no derogado.<sup>81</sup> Se corre el riesgo, pues, de que la norma sea fácticamente inaplicable:

81 Hay que decir que el derecho positivo, más que su vigencia su no derogación supone efectiva observancia. A este respecto, véase Ollero Tassara, Andrés, “La crisis del positivismo jurídico (Paradojas teóricas de una rutina práctica)”, en *Persona y Derecho. Revista de Fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, Pamplona, Universidad de Navarra, núm. 28, 1993.

tanto en la enunciación objetiva del derecho como en su eventual restablecimiento por la vía jurisdiccional estatal. O sea, letra muerta: por cuanto es axiológicamente imposible y judicialmente inviable —incluso si se tratase de un ordenamiento local o doméstico—. <sup>82</sup>

De manera que el sistema legal con el que se pretende atajar el conflicto virtual contiene normas de cuya positividad el Estado puede difícilmente responder. Ni siquiera tratándose de un Estado de gendarmía tan asfixiantemente capilar que estuviese pendiente casi hasta de cada paso y respiro de sus gobernados.

Finalmente, en tanto no haya dispositivos electrónicos que permitan el rastreo del eventual ciberinfractor y un sistema legal y judicial capaz de adjudicar la correspondiente ciberresponsabilidad, habrá que apostar también a otras vertientes del actuar político: <sup>83</sup> a la educación de la ciudadanía. Como parte de un programa redituable a mediano y largo plazo.

Una campaña de conscientización en materia iusintelectual coadyuvaría en efecto a hacer comprender más nítidamente la antijuridicidad que supone una conducta plagiaría aunque el ministerio de la ley no tenga elementos suficientes para fustigarla. Que el grueso del pueblo se haga cargo de que la propiedad intelectual es tan privada como la inmueble, aunque aquélla se pueda allanar con absoluta facilidad y notable impunidad. Y que la gloria de la autoría intelectual no inhibe las necesidades que padecen los autores, y que sólo las componentes patrimoniales de sus derechos pueden satisfacer. <sup>84</sup> La educación es un móvil, en fin, bien en sintonía con el sesgo pedagógico de la misión que le ha sido confiada a la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual: la promoción de la cultura de la propiedad intelectual en toda latitud. <sup>85</sup> Y es, en definitiva, un enfoque político preventivo en la esperanza de correctivos jurídicos más pertinentes. <sup>86</sup>

82 Con todo, los técnicos trabajan en la elaboración de dispositivos que permitan el efectivo rastreo de las obras autorales que circulan en las autorrutas de la información. Dispositivos conteniendo las generales de la obra protegida: autor, cesionario de derechos, etc. El Tratado de la OMPI sobre derecho de autor intenta proteger los tales dispositivos en su artículo 12. Véase Tratado de la OMPI sobre derecho de autor.

83 Cfr. Samuelson, Pamela, “Technological Protection for Copyrighted Works”, disponible en <http://www.sims.berkeley.edu/~pam/courses/cyberlaw/docs/techpro.html>.

84 Véase Brunet, Claude, “Copyright: the economic rights”, *Copyright and Confidential Information Law of Canada*, Toronto, Ed. Gordon F. Henderson, Carswell, 1996, pp. 129-153.

85 Para algunos hitos de este saber véase Templeton, Brad, “10 Big Myths About Copyright Explained”, disponible en <http://www.clari.net/brad/copymyths.html>.

86 Véase a este respecto, Cohen, Barbara, “A Proposed Regime For Copyright Protection On The Internet”, *Brooklyn Journal of International Law*, Brooklyn Law School, vol. XXII, núm. 2,

## 2. Otros cuadros pendientes

Al lado de esta reglamentación ciberautoral —y sin perjuicio de su acierto y fortuna— hay aún muchos otros cuadros del ciberespacio que precisan de oportuna reglamentación y del ojo avizor que los detecte.<sup>87</sup> No hay más que enunciar algunos: la formación del consentimiento contractual —comercio digital, y adyacentemente, la extinción de las obligaciones ciberespaciales: el pago y el poder liberatorio de un dinero digital—. La autenticación y capacidad de los actores —el “cibernotariado”, la criptografía y la firma digital—. La solución a la hipertrofia de la doctrina marcara que se tiende a interpolar al rubro de los nombres de dominio... Son sólo algunos ejemplos que obedecen eminentemente a las exigencias del dinamismo comercial, y que apelan tanto a la creatividad del jurista como a la prestancia parlamentaria para asumir la doctrina jurídica resultante en ley positiva y vigente.<sup>88</sup>

## 3. Algunas sugerencias para un derecho futurible

El ciberderecho. Un derecho futurible. Eso es lo que es hoy por hoy el sistema legal que ha de reglar la vida del hombre en ciber sociedad; norma de las actividades que se llevan y se llevarán a cabo en este nuevo ámbito existencial que despliegan las autorrutas de la información: el ciberespacio.<sup>89</sup>

Un ciberderecho tal tendría que ser evidentemente un derecho internacional en los términos en que lo concebimos hoy en día: un derecho cuya causa eficiente es el consenso internacional y cuyas fuentes son los tratados a que éste da origen. Pero habría de ser un derecho cuyo piso doctrinal fuese capaz de cimentarse sobre esquemas distintos a los de la

1996, pp. 401-435; Ginsburg, Jane C., “Putting Cars On The ‘Information Superhighway’, Authors, Exploiters, and Copyright in Cyberspace”, *Columbia Law Review*, vol. 95, núm. 6, octubre de 1995, pp. 1466-1499; Hardy, Trotter I., “*The Proper Legal Regime for Cyberspace*”, *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 55, 1994, pp. 993-1055.

87 En este sentido, véase Burk, Dan L., “Transborder intellectual property issues on the electronic frontier”, disponible en <http://www.virtualschool.edu/mon/ElectronicProperty/BurkTransborderIssues>.

88 Véase, para otros aspectos que habrá que regular, Lessig, Lawrence, “The Path of Cyberlaw”, *The Yale Law Journal*, vol. 204, núm. 7, mayo de 1995, pp. 1743-1755.

89 Cfr. Elkin-Koren, Niva, “Cyberlaw and social Change: A Democratic Approach to Copyright Law in Cyberspace”, en *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, vol. 14, núm. 2, 1996, pp. 215-295. Véase así mismo, Post, David G., “Anarchy, State, and the Internet: An Essay on Law-making in Cyberspace (article 3)”, disponible en <http://warthog.cc.wm.edu/law/publications/jol/post.html>.

territorialidad o la personalidad como ámbitos de aplicación de la ley. Un sistema respetuoso de los pilares de nuestra teoría del derecho —*pacta sunt servanda, ad impossibilia nemo tenetur, res inter alius acta...*, etcétera— pero que haga caso omiso de los factores de vinculación con el mundo “real”, como son las localizaciones y los tiempos físicos. Si no, ¿qué habría de hacer un juez —bajo nuestros esquemas territoriales— al conocer de un acto jurídico celebrado en Internet e impugnado en su forma? Desde luego, lo pondría en severos aprietos: la forma contractual ha de seguir a la ley del lugar de su celebración según la reglas conflictuales del espacio.<sup>90</sup> Pero ¿a qué lugar físico —qué sistema legal— referirse para contrastar la forma requerida con la forma del acto impugnado...?

Otro ejemplo revelador de la necesidad de aperarse de estos esquemas físicos son los contratos entre ausentes.<sup>91</sup> Regulados por nuestro Código Civil son el contrato protípico de los que se celebran en Internet. Según la mecánica contractual, para el efecto del perfeccionamiento del contrato, la ley prevé que el oferente reciba —seguimos el sistema de la recepción—<sup>92</sup> la conformidad del aceptante, aunque aquél no haya acusado su llegada, cual lo exigiría el sistema de la información. Para ello, un plazo determinado es estipulado. En este mismo escenario, pero en clave digital, la emisión y la recepción de la respuesta habrían de reputarse concomitantes —en realidad casi lo son—.<sup>93</sup> La distancia topográfica entre los contratantes —que subyace a la idea de un contrato entre ausentes— es causa del término previsto para la formación del consentimiento. Éste ocurre gradualmente: primero la oferta, después su aceptación. A diferencia de los demás contratos, que exigen el concurso de ambas voluntades *in actu*. En cambio, en las autorrutas de la información las distancias físicas son de desdeñarse. Luego, la ausencia entre las partes no precisa de un término que facilite la convergencia de oferta y aceptación: los con-

90 Cfr. art. 13, Código Civil para el Distrito Federal en materia Común y para toda la República en materia federal. México.

91 La doctrina y la legislación iuscivilista mexicanas —del primer tercio de este siglo— se refieren a ellos como “contratos entre ausentes”. Véase arts. 1806 a 1811 del Código Civil para el Distrito Federal en materia Común y para toda la República en materia federal, México.

92 Cfr. art. 1807 del Código Civil para el Distrito Federal en materia Común y para toda la República en materia federal. La razón es que el sistema se basa en la naturaleza misma del correo: el oferente debe ser responsable de la inmediata lectura y “acuse” de la correspondencia que recibe. No así antes, en que la transmisión de la respuesta del ofrecido depende de la eficiencia del servicio postal, de la que ni otra de las partes puede responder.

93 Amén de que los contratos celebrados en estos medios se asemejan más a los contratos de adhesión —en su rigidez—, que a los contratos entre ausentes —en su mediatez física—.

tratos digitales —si bien celebrados entre ausentes— se perfeccionan virtualmente *ipso facto*.

Un ciberderecho ha de ser, pues, una propuesta programática que establezca los derechos que se protegen en las autorrutas de la información. Pero que además contenga una serie de normas adjetivas que deslinden, en primer lugar y bajo reglas internacionalmente consensuadas, cuál ha de ser el juez “territorial” que haya de conocer de la causa digital. Además, habrán de habilitar al juzgador para poder cerciorarse sobre los extremos que cada litigio exija; a saber: la efectiva comisión de la infracción, el momento de su comisión, las partes involucradas, su respectiva capacidad procesal, etcétera. Y para ello habrá que echar mano de medios electrónicos que conduzcan a la certificación de todos estos puntos.

Y es que después de unas veinticinco centurias conocidas de esta cosmovisión jurídica, todo parece apuntar que estamos llegando al punto de inflexión.<sup>94</sup> Así lo han advertido algunos visionarios como Grossi, que vaticinan ya el retorno del *ius commune* en perjuicio de los viejos sistemas constitucionalistas, soberanos, territoriales..., con los que el fenómeno mundial de la globalización ha venido a dar al traste. Mucho que ver tienen las autorrutas de la información que han acelerado notablemente el proceso de integración, componente global primordial.

#### 4. Una idea final

La solución internacional-territorialista conducida hasta hoy por el concierto internacional, ha de aceptarse de buen grado, pero sin ceder; como quien sabe que el consenso al que se ha llegado —por lo menos en materia autoral— no es sino el primer esbozo de una regulación ciberespacial. No queda entonces sino confiar en la creatividad jurídica y en el asentimiento de los doctrinarios en el sentido de que efectivamente Internet —cualquier autorruta de la información— supone un nuevo escenario. Un ámbito de aplicación inédito que sobrepuja nuestra teoría del derecho actual. Y así ir fraguando —a fuerza de entender la realidad a que se dirige— un derecho *ad hoc* para un ámbito de aplicación peculiar. Un

94 En términos conceptuales de autoría, esto es evidente. Véase —sin entrar al problema de la “autoría” de las creaciones “realizadas” por computadoras— Saltrik, Susan, “The Pearl of Price: Copyright and Authorship From the Middle Ages to the Digital Age”, disponible en <http://www.education.com/web/pubs/reviewArticles/30345.html>. Sobre el otro extremo, véase Gervais, Daniel J., *La protection par le droit d'auteur international des créations assistées ou réalisées par ordinateur*, Genève: Institut Universitaire des Hautes Études Internationales, 1989.

sistema legal que habrá de regir allende los linderos de este mundo físico. Lo que los norteamericanos ya llaman *cyber-law*.<sup>95</sup> Un derecho para el ciberespacio.<sup>96</sup> El derecho de gentes en términos del derecho que conocemos. Un derecho que reglamente con plenitud hermenéutica y sin contorcionismos axiológicos esa *no-law land*<sup>97</sup> —ese espacio de *vacatio legis*—, que es como ahora Internet se nos presenta. Sea, pues, aceptado este primer rudimento, hasta el advenimiento de propuestas más conducentes.

95 Cfr. Cavazos, Edward, *Cyberlaw*.

96 Bien elocuentes son los múltiples cursos impartidos ya de modo ordinario por profesores del más alto prestigio, de ordinario dedicados a la protección intelectual. Samuelson, Post, Cavazos, son prueba de ello.

97 Cfr. Racicot, Michael *et al.*, *The cyberspace is not a “no law land”, a study of the issues of liability for content circulating on the internet*, <http://strategis.ic.gc.ca/cgi-bin/dec/wwwfetch?/sgml/it03118e pr115.sgml>.