

CARTAS O EPÍSTOLAS Y CORREOS ELECTRÓNICOS: tensiones entre la propiedad ordinaria, los derechos de autor y el derecho a la intimidad

Leonardo B. Pérez Gallardo¹

*“Las cartas tienen el poder de engrandecer la vida.
Son prueba de motivación y ahondan en el entendimiento.
Demuestran cosas, cambian vidas y reordenan la historia.
Hubo un tiempo en el que el mundo funcionaba gracias al correo.
Las cartas desempeñaban la función de lubricante de la interacción humana y
propugnaban la dispersión de ideas.
Fueron canal callado de lo banal y lo valioso:
la hora a la que llegaríamos a cenar,
el relato de un día fantástico,
las más emocionadas alegrías y penas del amor.
En aquel entonces debía de ser impensable
un mundo en el que la correspondencia no se valorase,
o se desechara sin más.
Un mundo sin cartas sería ciertamente un mundo sin aire que respirar”*
SIMON GARFIELD.

RESUMEN: El ejercicio de la facultad de publicación de aquellas cartas que tienen valor literario, inherente al autor-remitente, tiene que conciliarse necesariamente con la anuencia del destinatario a los fines de evitar transgredir la intimidad cuando en la carta se revelen datos que afectan la esfera íntima de uno u otro sujeto, protagonistas de la comunicación, sea postal, o sea electrónica, a tono con los nuevos tiempos. La propiedad ordinaria, la propiedad intelectual y el derecho a la intimidad son variables a despejar en esta difícil ecuación jurídico-social derivada de los conflictos que por tal motivo pudieran suscitarse.

PALABRAS CLAVES: Cartas. Correo Electrónico. Derecho de Autor. Epístolas. Propiedad.

ABSTRACT: The exercise of the right to publish those letters that are inherent in the author-remitting literary value, has to necessarily be reconciled with the consent of the recipient to avoid transgressing the end of privacy when in the letter are revealed data affecting the intimate sphere of one or the other subject, protagonists communication, either order, or electronic, in tune with the new Ti-

¹ Profesor Titular de Derecho Civil Facultad de Derecho Universidad de La Habana. Notario.

mes. Ordinary property, intellectual property and right to privacy are variables to clear in this difficult legal and social equation derived from the conflicts that for this reason they may arise.

KEYWORDS: Copyright. E-mail. Letters. Letters. Property.

1 EN TORNO AL CONCEPTO DE CORRESPONDENCIA, CARTAS, EPÍSTOLAS...

¿Quién no ha escrito alguna vez una carta de amor? ¿Quién no ha confesado en ella las pasiones más diversas y ha dejado volar sus más nobles sentimientos? ¿Quién no ha escrito una carta a un amigo, o a una amiga, compañeros de la infancia, cómplices de la adolescencia, colegas de profesión, que un día decidieron emprender camino buscando la realización de su proyecto de vida, allende los mares de nuestra Isla? ¿Quién no ha escrito una carta formal, oficial, interesando o reclamando un derecho, ante un mal trato, o ante la violación de sus derechos, o los de sus familiares, o incluso los de sus amigos? ¿Quién no ha escrito una carta dirigida a sus padres, envuelto en la nostalgia que la lejanía del hogar familiar supone, con la zozobra de no volverlos a ver con vida? ¿Quién no se ha confesado a sí mismo, en un modo no litúrgico, en una carta cuyo destinatario es su más próximo confidente? ¿Quién no ha escrito una carta mirando el mar, divisando el horizonte, a un destinatario que nunca será y que pudo ser?

Siempre ha existido a lo largo de la historia la necesidad de las personas de comunicarse entre sí. El hombre ha necesitado transmitir información y ha buscado diversas formas de comunicar mensajes a distancia, lo que comienza desde los tiempos más antiguos y en su momento, sus métodos eran muy efectivos, aunque difíciles, arriesgados y muy lentos si los comparamos con los actuales. La primera correspondencia era oral y los mensajes eran elegidos entre quienes se destacaban por tener buena memoria. Es una necesidad innata que tiene sin dudas una importante trascendencia social. La idea de comunicar el pensamiento a la distancia es tan viejo como el espíritu humano, que es social por naturaleza y necesita del intercambio y de la vinculación. Las personas necesitan exteriorizar sus ideas, pensamientos, reflexiones, valoraciones, y por supuesto sus afectos más íntimos hacia las personas cercanas, amigos, cónyuge. Como apunta GALLI "... la correspondencia es el reflejo fiel del sentimiento, sea para prolongar el afecto, el cariño, el dolor o la pasión. Todavía el individuo no ha superado para traducir su estado de alma, el vehículo admirable de la correspondencia"².

A lo largo de la historia la carta fue prácticamente la única forma de envío de mensajes entre personas y pueblos. Correspondencias entre gobernantes definirán los destinos de naciones, crearán mitos, registrarán catástrofes y grandes

2 GALLI, Enrique V., "Estudio jurídico de la correspondencia", en La Ley online, cita online: AR/DOC/5917/2010, p. 2.

hechos, moldearán religiones, darán la noticia al mundo de inventos y creaciones. Ellas han ayudado a contar la historia de las civilizaciones y culturas y hoy son objetos valiosos para los coleccionistas, museos e investigadores. Las cartas han mutado radicalmente con el tiempo, mas su dinámica esencial permanece inalterada. Si antes los mensajes eran transmitidos en placas y pergaminos, hoy las cartas son digitales. La rapidez de la información por las posibilidades de conexión mutaron los hábitos de las personas al enviarse mensajes unas a otras. La creación de sistemas de correos fue fundamental en los siglos pasados para aproximar ciudades, incentivar el comercio y crear redes de comunicación más eficientes o que también auxiliien la expansión de las empresas.

Escritas a manos, dactilografiadas y por fin impresas, las cartas con la explosión de las nuevas tecnologías ganarán nuevas plataformas, pero subsistirán en otra dimensión, ahora digital. Los emails y después los mensajes instantáneos, las redes sociales, transformarán definitivamente esa práctica y condenarán a otros medios, quizás hoy catalogados de clásicos, irremediamente a la extinción.

No obstante, es dable aclarar que ninguna novedad tecnológica tendrá el poder de apagar la raigambre histórica que las cartas tienen consigo. Ellas tienen mucho que contar sobre personajes célebres, artistas, escritores, científicos, políticos, gobernantes. El papel fundamental que ejercieron en el mundo es innegable. La historia de la humanidad tiene en las cartas una valiosa herramienta de investigación.

La palabra correspondencia se deriva de “correo”, se refiere a “el que corre” y se remonta a épocas en que los portadores de noticias eran verdaderos atletas. Un mensaje legendario es el corredor de la célebre batalla de Maratón, que en el año 490 a.C., recorrió los 42 kilómetros que separaban dicho lugar de Atenas para anunciar la victoria de los griegos. Cumplido su deber, murió.

En un principio se escribía en pergaminos fabricados con pieles de animales, luego usaron los papiros, hechos de la corteza terrestre de un arbusto³.

Fueron los chinos quienes inventaron el papel, un material más liviano y de fácil manejo, que se impuso en todo el Imperio del lejano Oriente y fue conocido mucho después en Occidente. China impulsó el desarrollo más importante del correo en la Antigüedad, que llegó a ser ejemplar.

En los tiempos bíblicos las cartas tuvieron gran importancia. No se puede olvidar que en el Nuevo Testamento, 21 de sus 27 libros son cartas, o algo muy similar a ellas, lo cual viene determinado entre otras razones, en que la carta como medio de comunicación, tanto para asuntos públicos como privados era el medio idóneo a tal fin, que tenía a su disposición la Iglesia, además el rápido cre-

3 Expresa GRISPO que el género epistolar tuvo importancia ya en el antiguo Egipto, constituyendo la labor principal de los escribas. Vid. GRISPO, Jorge Daniel, “Correspondencia, e-mail y mensajes de texto en el nuevo Código”, en La Ley, 13 de octubre de 2015, La Ley 2015-E, 1243, cita online: AR/DOC/2964/2015, p. 1.

cimiento de la Iglesia en sus primeras décadas de vida exigía un medio flexible, económico y a la vez rápido, de mantenerse en contacto con los creyentes diseminados en toda la extensión del Imperio. Las cartas eran un medio establecido de sentir “presencia”, “mantener el contacto”, de “conservar amistad” y, en ciertas organizaciones, de “conservar las líneas de autoridad”. El logro de estos fines en el Imperio Romano se alcanzaba por medio de cartas, las que sin duda adquirirían un inmenso valor, debido a los tiempos prolongados que frecuentemente separaban a una misiva de la siguiente. Destacan entre todas, las epístolas paulinas que son un conjunto de trece cartas o epístolas escritas o atribuidas a San Pablo y redactadas en el siglo I. Se trata de un corpus de escritos representativos del llamado cristianismo paulino, una de las cuatro corrientes básicas del cristianismo primitivo que terminaron por integrar el canon bíblico.

Durante el Renacimiento se extendió el uso de la palabra escrita como medio de comunicación y se desarrolló la imprenta. El correo, privilegio de reyes, se fue extendiendo a todas las capas sociales, popularizándose como un servicio de correspondencia confiable. Por ello no es de extrañar, tal y como nos recuerda GRISPO “que el género epistolar (...) se transformó en un género literario a partir del humanismo renacentista, usualmente de estilo formal. Pasó a ser un género más habitual a partir del siglo XVIII, utilizado para la crítica político-social de la época. Los siglos XIX y XX encontraron a las epístolas como una forma de conversación escrita entre dos personas, llegando a ‘revelar’ lo más secreto de los pensamientos y los sentimientos de quienes se abocaban a su escritura, es importante entender esto, para lograr comprender la importancia de su protección y su confidencialidad en la legislación actual, en tanto hace a la intimidad de las personas.

”La epístola o carta fue el modo normal y habitual de comunicación entre las personas hasta buena parte del siglo pasado. Su importancia es tal, que el ‘Estado’, es responsable de velar por su “confidencialidad”, cualquiera sea su forma”⁴.

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, en su edición del tricentenario, de 2014, carta, del latín charta, en su primera acepción, es el “Papel escrito, y ordinariamente cerrado, que una persona envía a otra para comunicarse con ella”⁵, en tanto correspondencia, entre sus significados destaca como tercero: “correo (conjunto de cartas que se despachan o reciben)”⁶. Correo, por su parte, en su primera acepción tiene varios significados, muy vinculados los unos con los otros, bien porque se refieran al servicio mismo o al medio de transporte que facilita el traslado, a saber: “servicio público que tiene por objeto el transporte de la correspondencia oficial y privada”, “persona que tiene por oficio llevar y traer la correspondencia de un lugar a otro”, “persona que lleva un mensaje u otro

4 Idem.

5 En <http://dle.rae.es/?id=7jSjnZM>, consultada el 17 de febrero de 2016.

6 En <http://dle.rae.es/?id=AywUHLh>, consultada el 17 de febrero de 2016.

envío”, “que lleva de un lugar a otro información, mercancías, objetos, etc., de manera clandestina”, “vapor, coche, tren, etc., que lleva correspondencia”⁷.

Y como dice gráficamente CASTÁN VÁZQUEZ: “Innegable es la variedad de las cuestiones jurídicas que la correspondencia epistolar puede plantear. Sabido es que las cartas son vehículos de posibles manifestaciones de voluntad, de creencias o de sentimientos: que a través de ellas pueden pactarse contratos, extinguirse obligaciones, reconocerse la filiación, otorgarse testamento, perpetrarse delito de injurias...; que pueden tener un importante contenido científico o literario; que pueden dar origen a diversos litigios entre el remitente y el destinatario y aun afectar a terceros y que esta rica gama de cuestiones posibles interesa tanto al Derecho privado como al Derecho público”⁸.

Las cartas han sido históricamente las protagonistas de la comunicación escrita hasta que en fecha digamos, relativamente reciente si la comparamos con los siglos transcurridos, han sido desplazadas por la comunicación por vía electrónica a través del email o correo electrónico⁹. ESCRICHE, -citado por COLOMBO- define en su Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia, que la “carta es el papel que uno escribe y dirige regularmente cerrado a otro, manifestándole sus pensamientos sobre alguna cosa. Suele llamarse carta misiva”¹⁰. Por su parte, GENY, también citado por el propio autor, la define como “un escrito emanado de una persona y dirigido a otra con el fin de formular a ésta sus pensamientos o deseos, utilizando para ello los servicios de un intermediario que es, por lo común, la dirección de correos”¹¹. Para COLOMBO, “carta misiva” constituye una frase genérica, comprensiva de otras: la carta confidencial, la carta-orden, la carta-poder, la carta de recomendación, etc., siendo indiferente que el envío se haga con intervención de un tercero o directamente, o que la entrega

7 En <http://dle.rae.es/?id=Ayfhjz9|AyjqP7U>, consultada el 17 de febrero de 2016.

8 CASTÁN VÁZQUEZ, José María, “El derecho al secreto a la correspondencia epistolar”, en Anuario de Derecho Civil, tomo XIII, fascículo I, enero-marzo 1960, p.4.

9 Empero, no se deja de valorar su significación, incluso el rescate de estas de cara a la protección de la cultura. Según CORTÉS IBAÑEZ, Emilia, “El epistolario, espejo de la infrahistoria”, en Zenobia Camprubí y la Edad de Plata de la cultura española, bajo la coordinación de la propia autora, Universidad Internacional de Andalucía, 2010, p. 266, “Actualmente, cada vez más, asistimos al rescate de cartas, a la publicación de Epistolarios de personas conocidas, importantes y, lejos de quedar relegadas al olvido, el interés que despiertan cada vez es mayor, interés en el público en general y en la crítica en particular.

”Entendidas como un género menor, las cartas están muy valoradas por los estudios culturales, de gran auge en la actualidad, como documentos-testimonio. Así, la gran cantidad de situaciones que pueden establecerse entre emisor y destinatario”.

10 ESCRICHE, cit. pos COLOMBO, Leonardo A., “Comentario sobre las cartas misivas”, en Páginas de ayer, 2004-3 29 de abril de 2004, 27, cita online: AR/DOC/1099/2004, p. 3.

11 GENY, cit. pos COLOMBO, L. A., “Comentario...”, cit., p. 4.

se efectúe ‘de mano a mano’¹². Para DELLAQUA y FACCENDA “Carta misiva es, pues, una carta que se redacta para ser enviada a su destinatario, es una comunicación escrita entre dos o más personas”¹³. Según LLAMBÍAS, “constituyen un género en el que quedan comprendidas como especies particulares las cartas propiamente dichas, sean familiares o comerciales, las postales y los telegramas. En cambio, se considera que no son cartas misivas las llamadas cartas abiertas en las cuales el vocablo está usado sólo para denominar una pieza escrita destinada a la divulgación pública, ni los mensajes telefónicos”¹⁴. A juicio de MOEREMANS Y CASAS “constituyen una extensión de la personalidad. Allí se reflejan sentimientos, pensamientos, ideas. Se expresa amor, añoranza, amistad, odio. En sus hojas se deja parte de nuestra personalidad (...), de nuestra intimidad, la que se encuentra protegida materialmente por el sobre”¹⁵.

Si bien, suele usarse la expresión carta misiva, en buen español, a mi juicio, ha de utilizarse un término u otro, porque como apunta ROLLERI, con preciosismo del lenguaje “las denominadas cartas misivas o mejor expresado las cartas o misivas, dado que ambas palabras suelen utilizarse con similar significado, han sido definidas simplemente como comunicaciones escritas entre dos o más personas o también como un escrito por medio del cual una persona se propone comunicar a otra su pensamiento, siendo la primera de ellas el ‘expedidor’ y la segunda el ‘destinatario’”¹⁶.

2 DE LAS EPÍSTOLAS AL CORREO ELECTRÓNICO: LA ERA DE LA CORRESPONDENCIA CIBERESPACIAL

La historia milenaria de las cartas, el correo tradicional, la transportación aérea de estas, la magia de su recepción, todo ello se ha desvanecido en menos 30 años, la era digital y con ello la informatización de la sociedad, ha hecho posible que la correspondencia epistolar postal se haya sustituido por la electrónica. El empuje de la sociedad de la información es hoy imparable, “(e)l paradigma de la misma es Internet, que constituye un medio de comunicación y de acceso a la información rápido, barato y eficiente que vino a modificar la conciencia empresarial y de los particulares creando nuevos espacios de intercambio cultural”¹² COLOMBO, L. A., “Comentario...”, cit., p. 4.

13 DELLACQUA, Mabel y María Cecilia FACCENDA, “Cartas post mortem y comunicaciones electrónicas ante la intimidad, en La Ley, 5 de febrero de 2008, La Ley 2008-A, 1042, cita on line, AR/DOC/3557/2007, p. 1.

14 LLAMBÍAS, cit pos DELLAQUA, M. y M. C. FACCENDA, “Cartas post mortem...”, cit. pp. 1-2.

15 MOEREMANS, Daniel E. y Manuel Gonzalo CASAS, “Protección del e-mail como extensión del derecho a la intimidad”, en La Ley, 21 de agosto de 2007, 1 - LA LEY-2007-E, 740, cita online: AR/DOC/2527/2007, p. 4.

16 ROLLERI, Gabriel G., “La confidencialidad de las cartas post mortem”, en DJ de 16 de abril de 2008, 977 - DJ2008-I, 977, cita online: AR/DOC/362/2008, p. 1.

ral, político y social”¹⁷. En consecuencia, el correo electrónico ha desplazado al correo postal. Cada vez resulta más esporádico escribir una carta. Las personas se comunican con sus familiares y amigos por correo electrónico, o a través de mensajes telefónicos, o por videoconferencias. Los más jóvenes prefieren la inmediatez y la gratuidad de la mensajería instantánea que ofrece v.gr., la aplicación de whatsapp.

El correo electrónico permite transferir datos, documentos, ideas, pensamientos, sentimientos entre dos usuarios. Para que sea posible la comunicación vía e-mail es necesario que los sujetos intervinientes posean una dirección electrónica, que actúa de buzón, de identificador de las personas. De esta manera se encuentran dos terminales, la del remitente y la del destinatario, cada una con su dirección de correo y se intercambian mensajes, los que son llevados por los proveedores de servicio de Internet.

Como bellamente expresa Simon GARFIELD en su libro *Postdata*. Curiosa historia de la correspondencia, “La digitalización de la comunicación ha ejercido un efecto devastador sobre nuestras vidas. Sin embargo, el impacto de la escritura de cartas —tan gradual y tan fundamental— ha pasado desapercibido como un verano londinense. Un elemento crucial para el bienestar emocional y económico desde la antigua Grecia se viene desvaneciendo desde hace veinte años. Dentro de otros veinte, la próxima generación creará que el barco de vapor y el acto de lamer un sello son dos cosas equiparablemente antiguas. Hoy se puede todavía viajar en barco de vapor y también se pueden enviar cartas, pero ¿por qué íbamos a hacerlo si existen alternativas mucho más rápidas y cómodas?

”Aún estoy buscando la manera de describir ese suspiro azul que es una carta aérea, el peso ostentoso de una invitación con su correspondiente Se ruega confirmación, el feliz apretón de manos de una nota de agradecimiento. Auden lo describió certeramente: lo romántico del correo y de las noticias que trae, las posibilidades transformadoras de la correspondencia. Solo la llegada de una carta nos despierta una fe que nunca se agota. La bandeja de entrada del correo electrónico frente a la caja de zapatos envuelta en papel de estraza: esta última será atesorada y nos acompañará cuando nos mudemos, o la dejaremos atrás y alguien la encontrará cuando nos hayamos ido.

”¿Debería nuestra historia, la prueba de nuestra existencia personal, residir en un servidor (en una nave de paredes metálicas en mitad de una llanura estadounidense) o más bien donde siempre lo ha hecho, esparcida entre nuestras posesiones físicas? Un correo electrónico es más difícil de ‘guardar’, pero nunca pierde su perdurabilidad de píxel, y eso es una paradoja que solo ahora empezamos a asimilar. Los mensajes de correo electrónico son un dedo que nos tamborilea en el hombro para avisarnos de algo, pero las cartas son caricias y siempre se quedan merodeando para ser redescubiertas”¹⁸.

17 MOEREMANS, D. E. y M. G. CASAS, “Protección del e-mail...”, cit., p. 1.

18 En <http://www.infobae.com/2015/04/11/1721579-la-historia-la-correspondencia-un->
Revista de Direito da Faculdade Guanambi. Ano 2, vol. 2, n. 1. Jan-Jun 2016. ISSN 2447-6536.

La sustitución paulatina de la correspondencia epistolar por el correo electrónico ha sido una manifestación concreta de los cambios en los paradigmas culturales, incluso idiosincráticos de la sociedad. No se olvide que en todo caso desde el ámbito jurídico la correspondencia, cualquiera sea su envoltura, supone “una comunicación de ideas, sentimientos, propósitos o noticias —elementos netamente inmateriales—, que una persona hace a otra u otras determinadas, por un medio apto para fijar, transmitir o recibir la expresión del pensamiento”¹⁹, y en este sentido su necesidad sigue siendo perenne para las personas²⁰.

Las actuales generaciones perciben las cartas remitidas por correo postal como expresión de un pasado, apenas vivido por ellas. De ahí que desde el Derecho uno de los dilemas más interesantes lo sea si es equiparable el régimen jurídico que atañe a la correspondencia, desde el derecho a su inviolabilidad, reconocido en la mayoría de las Constituciones, el respeto al derecho a la privacidad, y las normas que desde el Derecho civil, el administrativo y el penal, tutelan la correspondencia. O sea, tal y como acontece con la firma electrónica avanzada²¹ que es equivalente funcionalmente a la firma manuscrita, ¿Cabría hablar entonces de una equivalencia de la correspondencia epistolar con el correo electrónico? “No cabe dudar de que los adelantos tecnológicos han facilitado la comunicación entre las personas, derribando barreras que le eran infranqueables al correo tradicional. En general, los mensajes transmitidos por correo electrónico (e-mail) se los ha equiparado con la correspondencia epistolar”²². Y es justo que así sea. En Argentina, la jurisprudencia en materia penal ha tendido a identificarlos de ese modo, definiéndolos como “un verdadero correo en versión actualizada”, esto es, se ha equiparado con el correo postal común al afirmar que otorga la amplia gama de posibilidades que brindaba el correo tradicional al usuario que

-erudito-y-fascinante-libro, consultada el 17 de febrero de 2016.

19 GRISPO, J. D., “Correspondencia, e-mail...”, cit., p. 2.

20 La idea de comunicación y de diálogo ha sido un elemento consustancial a la noción de correspondencia. De ahí que, según la jurisprudencia argentina “solo la correspondencia de carácter epistolar, es decir la comunicación entre remitente y destinatario, tiene la garantía constitucional y no existe comunicación por el solo hecho de que el remitente envié una pieza escrita a un destinatario si la misma no implica elementos de un diálogo, por lo no se puede entender por correspondencia toda pieza enviada por correo cualquiera sea su carácter”. CN Penal Económico Sala I, Agosto 30 de 1988, ED, 131-171.

21 El procedimiento para el empleo de la firma electrónica es el de la criptografía asimétrica, que consiste en que el titular posee una clave privada y una pública. La clave privada es de su exclusivo uso y conocimiento, que la utilizará para cifrar un mensaje. Por el contrario, la clave pública permite a los terceros descifrar el mensaje. De manera tal que en el caso de que el remitente, titular de una firma, hubiera cifrado el mensaje con su clave privada, y el destinatario la descifra con la clave pública se podrá afirmar que el mensaje pertenece realmente al remitente. La firma electrónica avanzada es autenticada por una autoridad de certificación constituida a tal fin.

22 DELLACQUA, M. y M. C. FACCENDA, “Cartas post mortem...”, pp. 3-4.

tenga acceso al nuevo sistema (“Lanata, Jorge s/desestimación”, Sala VI Cámara Criminal y Correccional de la Capital Federal). Sin dudas “se impone que la ‘correspondencia epistolar’ y la que, de iguales características, circule por ‘e-mail’ deben equipararse en su tutela jurídica. En ambos supuestos, lo remitido debe ser ‘vehículo del pensamiento que ponga en relación a remitente con destinatario’ como forma de enviar y recibir mensajes”²³.

Cabe puntualizar, no obstante, que si bien tanto la correspondencia epistolar tradicional como el correo electrónico se utilizan para comunicar a las personas, el medio por el cual se trasmite la información es la principal diferencia entre ambas formas de correo, lo cual no es suficiente, a mi juicio, como para que tengan un tratamiento disímil, y no le alcance a la correspondencia electrónica la protección constitucional y ordinaria que está tiene, como expresión de la tutela al derecho a la intimidad. Se ha dicho con razón que “En las comunicaciones por e-mail se emplean instrumentos de tecnología más sofisticada; ello pues para su funcionamiento requiere un prestador del servicio, el nombre de un usuario y un código de acceso que impide a terceros extraños la intromisión en los datos que puedan emitirse o archivarse (...) o al menos, en principio, no permite el libre acceso”²⁴. Los proveedores de acceso a Internet, en son quienes intervienen necesariamente en la conexión entre usuarios y sitios web, así como en la actividad de remisión y reenvío de correo electrónico, dado que nos brindan una dirección IP (Protocolo de Internet), que consistiría en un espacio de acceso a Internet. En el envío de emails el intercambio de información que se produce es similar a lo que sucede a través del correo postal, con la diferencia de que los ISP —agente transportador en el caso del correo electrónico— tiene la posibilidad del conocimiento del contenido de los emails, debido a que por medio de la dirección IP pueden saber todos los hechos realizados en el momento de nuestra conexión, lo cual pudiera conculcar el derecho a la intimidad²⁵.

Empero, más allá del diverso soporte técnico, el derecho a la intimidad reconocido constitucionalmente debe ser resguardado y, por lo tanto, nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias en su correspondencia, sea postal o electrónica.

En Estados Unidos el tema ha resultado bien peliagudo, si bien la protección de las expresiones o el contenido privado ha existido desde antiguo en el Common Law, particularmente en las leyes de derecho de autor. Por más de 200 años, las leyes sobre derecho de autor han protegido casi absolutamente a los

23 BERTOLDI DE FOURCADE, María Virginia y Patricio STEIN, “Derecho a la intimidad, correspondencia electrónica y proceso de familia”, en DJ 05 de marzo de 2008, 529 - DJ2008-I, 529, cita online: AR/DOC/363/2008, p. 2,

24 *Ibidem*. En esta oportunidad, apoyadas en SZARANGOWICZ, Gustavo, “Nota sobre el correo electrónico y la tutela constitucional de la correspondencia epistolar”, JA, 2005-III-706.

25 Apud MOEREMANS, D. E. y M. G. CASAS, “Protección del e-mail...”, cit., p. 7.

autores de las cartas. Esta protección tenía lugar a través de un derecho llamado “derecho de primera publicación”, el cual permitía al autor, el control exclusivo acerca de si una carta podía ser publicada y cuando, por un tercero que no fuera el destinatario. De esta forma se aseguraba que el destinatario no pudiera copiar el contenido de la carta y entregársela a un tercero. Notablemente, esta protección no requería de ninguna formalidad como el registro u otra cualquiera.

En 1976 todo ello cambió cuando el Congreso aprobó la ley de derecho de autor, la cual no protege la privacidad de las personas que envían emails de la misma forma que los principios del Common Law protegían a los autores de las cartas. La ley excusa el uso violatorio de una obra siempre que este sea considerado como justo (fair use). El uso justo se considera tal cuando no perjudica el valor económico de la obra. Esto es relevante en el caso de reenvío de emails, porque no daña la posibilidad del autor de llevar al mercado el contenido, especialmente porque no hay usualmente un mercado para la correspondencia casual²⁶.

3 CARTAS, EPÍSTOLAS O CORREOS ELECTRÓNICOS SUSCEPTIBLES DE PROTECCIÓN POR EL DERECHO DE AUTOR

Ya se traten de cartas remitidas por correo postal o electrónico, no toda epístola tiene valor literario, por la originalidad de su contenido, o sea sólo serán protegidas las cartas – y por extensión-, lo correos electrónicos cuyo contenido sea una creación originaria, artística, literaria o científica. Ello quedará sujeto a un juicio de valoración que en caso de litis corresponderá apreciar a los jueces. Algunas legislaciones incluyen expresamente a las cartas dentro de los objetos de protección del derecho de autor²⁷, por supuesto si el contenido expresado en ella, es merecedor de la tutela por las razones antes aludidas. La connotación lite-

26 Vid. “The Impermeable Life: Unsolicited Communications in the Marketplace of Ideas Source”, Harvard Law Review, Vol. 118, No. 4 (Feb., 2005), pp. 1314-1338; Published by: Harvard Law Review Association Stable, URL: <http://www.jstor.org/stable/4093381>, accessed: 04-02-2016, passim.

27 Algunas leyes de derecho de autor, incluyen en sus primeros preceptos, en ocasión de regular las obras objeto de tutela desde el derecho de autor, entre otras, a las cartas. Así, el artículo 1, párrafo 2º de la Ley sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos de Costa Rica, No. 6683, de 14 de octubre de 1982, describe a las cartas como obras literarias y científicas, siempre que cumpla con tales requerimientos, protegidas por el derecho de autor. Las misivas están resguardadas por el derecho de autor en virtud del artículo 8 a) de Ley de Propiedad Intelectual de Ecuador de 8 de mayo de 1998. Igualmente el artículo 13 de la Ley de Propiedad Intelectual de El Salvador, No. 604, de 15 de julio de 1993, reformada por el Decreto-Ley No. 985, de 17 de marzo de 2006, incluye las cartas dentro de las obras protegidas por el derecho de autor, en el artículo 13. El epistolario está protegido por el derecho de autor, según el artículo 10 de la Ley de Propiedad intelectual española, siempre que las cartas tengan valor literario, científico o artístico.

raria, política o académica en sentido general del autor de las cartas incide, pero no determina el que estas sean protegidas por el derecho de autor. Los mismos requerimientos que se exigen para que una obra pictórica, una novela, una pieza musical, una escultura, sean tuteladas por el derecho de autor, igualmente han de cumplimentar las cartas.

En este orden, es meritorio reseñar lo previsto en el artículo 93 de la Ley sobre el derecho de autor y de otros derechos conexos a su ejercicio, de 22 de abril de 1941, que en su artículo 93 es sumamente descriptiva en el objeto de protección autoral a la correspondencia epistolar, al dejar incluido en ella, no solo la correspondencia epistolar en sí, sino también las memorias familiares y personales (diarios) y otros escritos de la misma naturaleza.

En todo caso, se ha de tratar de obras del ingenio humano, tutelables por el derecho de autor, en tanto tengan el carácter de la creatividad, en ausencia del cual serán libremente reproducibles, salvo el límite de la tutela del derecho a la intimidad y privacidad de las personas.

En este se ha dejado dicho desde la doctrina italiana que resulta esencial la valoración de los requisitos necesarios para cualificar un bien como obra del ingenio, entre estos fundamentalmente su carácter creativo, como consecuencia de la originalidad de la obra, o sea, el modo personal en que el autor expresa su pensamiento. A ello se une la necesidad de que las ideas se materialicen en las formas taxativamente previstas por el artículo 1 de la Ley italiana sobre derecho de autor²⁸.

Asimismo, se ha defendido la idea de que respecto del requisito de la creatividad, la doctrina ha estado atenta a que la amplia libertad reconocida al autor de expresar sus propias ideas puede hacer menos incisiva la relevancia de la originalidad. Esto sucede cuando la obra se alinea a las creaciones realizadas por el propio sujeto con el efecto de ampliar la gama de obras tuteladas.

Tales observaciones, incluso compartidas en abstracto no se pueden considerar válidas cuando la exteriorización de las ideas se den por medio del envío de una carta. De la lectura de las normas jurídicas se desprende que las cartas, por regla general, no contienen obras del ingenio y que por tanto esta característica debe considerarse excepcional²⁹.

De manera particular la hipótesis del artículo 95 de la citada ley italiana, -sigue apuntado NAZZARO- se relaciona en términos de excepcionalidad con la hipótesis general del artículo 93. Esto conduce a reputar la disciplina sobre el derecho de autor, aplicable a la correspondencia, solo cuando su contenido integre los extremos de las obras del intelecto según una valoración realizada sobre la base de criterios restrictivos. Resulta necesaria la presencia de todos los requisitos del artículo 1 de la Ley y no parece que se pueda prescindir de la originalidad,

28 NAZZARO, Anna Carla, "I potteri dispositivi sulla la corrispondenza tra riservatezza e diritto d'autore", *Rassegna di diritto civile* 1/2000/Pareri, p. 128.

29 Idem.

de modo que resulte inequívoco el carácter creativo³⁰.

4 AUTORÍA Y TITULARIDAD DEL DERECHO DE AUTOR SOBRE LAS CARTAS Y CORREOS ELECTRÓNICOS

Acontece sobre las cartas la misma situación que sobre otras obras protegidas por el derecho de autor. En primer orden hay que distinguir entre el *corpus mysticum* y el *corpus mechanicum*, o sea, entre el contenido y el continente, entre la obra misma y el soporte que la contiene, donde sin dudas pueden suscitarse fricciones entre los derechos del autor, protegidos por la propiedad intelectual, cuya titularidad puede o no coincidir con la autoría y por otra parte el derecho de propiedad que se ostenta por el titular del soporte cartáceo de la carta, o sea, el papel que la contiene (incluido el sobre), ello en el ámbito del clásico, legendario y hasta poético correo postal, pues en clave de correo electrónico, habría que distinguir igualmente entre la obra literaria o científica contenida en el correo, y el soporte intangible de éste, que será titularidad del destinatario, pues aun cuando el remitente alegue tener en su buzón de correo electrónico el correo remitido, con su envío, está desprendiéndose del soporte intangible en que se contiene este.

Titular de los derechos de autor sobre la carta o correo electrónico lo es el remitente, o sea, quien lo ha escrito, pero el Derecho vigente concede titularidad también a determinadas personas, distintas del autor, sobre todo en razón del fallecimiento de aquel. Las personas legitimadas por ley, tendrán titularidad sobre la obra contenida en la carta o correo electrónico, si bien no son sus autores.

PAU PEDRÓN desde la doctrina española cita la Sentencia del Landegricht de Berlín, de 2006, que resolvió un curioso caso judicial referenciado por el autor³¹, para lo cual tuvo que precisar qué cartas son las que resultan protegidas 30 *Ibidem*. Según el dictado literal de los artículos 93 y 95 de la Ley italiana sobre derecho autor y otros derechos conexos, a cuyo tenor: “93. Le corrispondenze epistolari, gli epistolari, le memorie familiari e personali e gli altri scritti della medesima natura, allorché abbiano carattere confidenziale o si riferiscano alla intimità della vita privata, non possono essere pubblicati, riprodotti od in qualunque modo portati alla conoscenza del pubblico senza il consenso dell’autore, e, trattandosi di corrispondenze epistolari e di epistolari, anche del destinatario.

Dopo la morte dell’autore o del destinatario occorre il consenso del coniuge o dei figli, o, in loro mancanza, dei genitori; mancando il coniuge, i figli e i genitori, dei fratelli e delle sorelle, e, in loro mancanza, degli ascendenti e dei discendenti fino al quarto grado. Quando le persone indicate nel comma precedente siano più e vi sia tra loro dissenso, decide l’autorità giudiziaria, sentito il Pubblico Ministero.

È rispettata, in ogni caso, la volontà del defunto quando risulti da scritto”.

“95. Le disposizioni degli articoli precedenti si applicano anche alle corrispondenze epistolari che costituiscono opere tutelate dal diritto di autore ed anche se cadute in dominio pubblico. Non si applicano agli atti e corrispondenze ufficiali o agli altri atti e corrispondenze che presentano interesse di Stato”.

31 El autor narra el caso del Premio Nobel Günter Grass. Dicho escritor en unas cartas

por el derecho de autor, dada la indefinición al respecto de la Ley de Propiedad Intelectual alemana. A tal fin, el Tribunal alemán dejó sentado que las cartas con valor, las que distingue de las cartas ordinarias “... se trata (...) de comunicaciones que van más allá, por la forma y contenido, de las que tiene un contenido común, y expresan una creación teñida de individualidad (eine individuell geprägten Schöpfung), hay que reconocer que en ellas debe darse la protección de la propiedad intelectual, porque la creación teñida de individualidad se da en la manifestación del pensamiento (Gedankenformung) y el contenido expuesto, así como en modo y forma de la ordenación, la transmisión y estructuración de la materia que se presenta” “Para ello no tiene que tratarse de documentos altamente intelectuales de carácter literario (hochgeistige Erzeugnisse literarischer Prägung) basta con que se eleven de las cartas comunes por la configuración de idioma (Sprachgestaltung) o por tratar cuestiones científicas, culturales, políticas u otras cuestiones”.

4.1 Contenido del derecho de autor. Especial referencia a la facultad de publicación

Ahora bien, cuál es el contenido del derecho de autor del remitente de una carta. En principio, hay consenso doctrinario y legislativo sobre la titularidad del derecho de autor a favor del remitente de la carta o correo electrónico, pues la obra fue creada por él³². Se parte del presupuesto que la carta rebasa el concepto de carta ordinaria, sin relevancia intelectual alguna, o que sea una carta informativa, sin valor alguno para la propiedad intelectual. Como titular del derecho de autor, tiene la facultad de divulgar la carta o el correo electrónico, pero en todo caso tendrá que superar el test de la privacidad, o sea, para poder divulgar una carta por el autor tendrá que interesar el asentimiento del remitente, en caso de que el contenido de la carta o del correo sea confidencial o privado. De carecer de ello, parece que nada priva al autor, remitente, de divulgar las cartas, a través, v.gr., de una publicación literaria, manifestación de lo cual lo son innumerables epistolarios publicados a través de la historia.

dirigidas al Ministro de Economía Karl Schiller, con un pasado nazi como el del propio escritor, le exigía que revelase públicamente ese pasado. Las cartas fueron enviadas el 15 de julio de 1969 y el 28 de abril de 1970. El autor de las cartas no tenía derecho a difundirlas, en tanto afectaban la intimidad de Schiller. Mientras que este tenía derecho a destruirlas, como destinatario de estas. Verdadera tensión entre el derecho de autor y el de la intimidad. Pero lo cierto fue – según narra PAU PEDRÓN, que quien publicó las cartas fue el periódico Frankfurter Allgemeine Zeitung, sin consentimiento, ni del remitente, ni del destinatario, empero quien interpuso querrela fue el escritor por haber sido lesionado su derecho de propiedad intelectual. Vid. PAU PEDRÓN, Antonio, “¿De quién son las cartas?”, en Anales de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, No. 38, Madrid, 2008, pp. 179-180.

32 Así, PAU PEDRÓN, A., “¿De quién son...”, cit., p. 147.

En el Derecho comparado parece ser esta la posición que se adopta. Las normas autorales reconocen la autoría y titularidad sobre la obra literaria o científica contenida en las cartas y hoy con un sentido de equivalencia funcional, también en los correos electrónicos, aunque expresamente no se pronuncien. La facultad de divulgación a través de la publicación es del autor o remitente. Así se reconoce en el artículo 32 la Ley de Propiedad Intelectual de la Argentina, el artículo 34 de la Ley de derecho de autor de Brasil, el artículo 10 de la Ley de derecho de autor y derechos conexos de Costa Rica, que no solo le atribuye la facultad de publicación al autor o remitente, sino que se la niega expresamente al remitente, el artículo 49 de la Ley de derecho de autor de República Dominicana, que igualmente prohíbe al destinatario divulgar la carta que le fue remitida, posición que también sigue el artículo 84 de la Ley sobre derecho de autor de Colombia.

Esta facultad de divulgación, esencialmente a través de la publicación, que es la forma más común y a la que expresamente se refieren las normas jurídicas, no priva al autor que utilice otra forma de divulgación como pudiera ser leer su contenido en programas radiales, televisivos o en el cine. En todo caso, el límite de la privacidad del destinatario se erigirá como barrera infranqueable cuando la carta tenga un contenido íntimo, lo que no cambia en razón del medio de divulgación que emplee el autor.

Otros ordenamientos jurídicos son más explícitos en la manera de regular la posible tensión que pudiera suscitarse entre el ejercicio de la facultad de publicación de la carta por su autor y el respeto al derecho a la intimidad. De esta manera la Ley de Propiedad Intelectual de El Salvador, en su artículo 19 y la Ley de derecho de autor y derechos conexos de Guatemala, en su artículo 33, si bien atribuyen al autor el derecho a publicar la correspondencia (de modo que si se admite la posibilidad de publicar toda la correspondencia, ha de entenderse implícito la de publicar una sola de esas cartas, comprendidas en la correspondencia epistolar entablada), para lo cual el autor -según el decir de ambas normas-, necesita del consentimiento del destinatario, salvo que la publicación no afecte el honor o el interés de este último, con la particularidad de que la norma guatemalteca precisa que el consentimiento ha de ser expreso. Y no es que estas normas asuman una posición distinta a las de otros Estados. La regla contenida en ambos preceptos está implícita en el resto de las leyes autorales. La facultad de publicación es de titularidad del autor-remitente, pero en todo caso, nunca podría utilizarla, sin la anuencia del destinatario, si el contenido de la carta es confidencial, de modo que pudiera afectarle en su privacidad, en su honor, en fin, si se vulnerara ese espacio reservado de intimidad que el Derecho protege a las personas. Por tanto, cuando la correspondencia tenga carácter confidencial, o sea relativa a la intimidad de la vida privada, la facultad de publicación de la carta estará vinculada a la prestación del asentimiento del destinatario. En este caso, para la licitud de la publicación, o en sentido general, de la divulgación

de la obra, se requerirá tal asentimiento. El límite impuesto al libre ejercicio del derecho de autor está conectado al secreto de la correspondencia epistolar y a los hechos personales en ella narrados, de los cuales son titulares el remitente – en lo que concierne al contenido de la carta expedida-, y el destinatario, respecto del contenido de la carta recibida en lo que atañe también a su intimidad. De este modo el derecho-límite al secreto epistolar es bilateral, porque deben prestar su asentimiento a la publicación, tanto el remitente como el destinatario de la carta, por tanto el asentimiento de uno solo no hará lícita la publicación, salvo el caso de aquellas memorias familiares en las cuales haya ausencia de interlocutores, o que los propios titulares hayan renunciado a sus derechos, autorizando la publicación.

4.1.1 ¿Y después de la muerte del autor qué?

Si bien la facultad de divulgación, y en concreto de publicación de las cartas y correos electrónicos es titularidad del autor o remitente, el Derecho suele legitimar post mortem a determinadas personas, más que por razón de la herencia, por motivo de sus vínculos familiares, ya sea por el *ius connubii* o por el *ius sanguinis*. En este orden, debiera extenderse la tutela también a las parejas de hecho, uniones convivenciales, uniones *more uxorio*, o como se les denomine en cada ordenamiento jurídico, dado el alcance que estas tienen en la realidad socio-jurídica de nuestras naciones. Se trata de una titularidad derivada, a favor de personas legitimadas *ex lege*, a menos que el autor en vida haya atribuido esa legitimación a ciertas personas. Pues, aun cuando la mayoría de las leyes autorales atribuyen tal titularidad a parientes consanguíneos y al cónyuge, nada priva, a mi juicio, que sea el autor el que determine, sea por testamento o por otra manifestación negocial de voluntad, no necesariamente testamentaria³³, la persona a la cual encarga de velar por la publicación o no (poder del inédito) de las cartas, como parte de las facultades de contenido moral que le compete. Puede que el autor disponga la prohibición, aun post mortem, de la divulgación del contenido de las cartas, o que admita la divulgación por vías distintas a la publicación, o determine de qué forma sean publicadas estas. En todo caso, puede determinar, según su voluntad quién o quiénes estarían legitimados para hacer valer su voluntad post mortem, y en caso de pluralidad de sujetos, de qué modo deberán actuar estos.

Tómese en cuenta que por la connotación que para la vida privada e incluso familiar tiene la divulgación del contenido de las cartas o de los correos electrónicos, se trata de intereses tutelables desde la esfera privada o de la familiar, más que desde el prisma de la herencia. Por ese motivo las leyes autorales

33 Se abusa del testamento como reservorio de manifestaciones de voluntad de contenido post mortem, que no necesariamente *mortis causa*, supuesto es que se justificaría su instrumentación por vía testamentaria. Por ello puede perfectamente instrumentarse por acta de manifestaciones tal decisión del autor-remitente.

determinan un orden prelatorio, en atención a los intereses afectivos más atendibles, o sea, quiénes deberían estar legitimados para publicar las cartas, a partir de los estrechos vínculos familiares, que no necesariamente tendrían que coincidir con los sucesorios. Tampoco quiere decir que el autor-remitente no utilice la vía del testamento para determinar el destino de su epistolario, atribuyéndole legitimación a los herederos para que sean éstos quienes ad libitum ejerciten o no la facultad de divulgación, o concretamente de publicación del epistolario, ejemplos hay muchos³⁴. Es simplemente una opción. Los legisladores de las normas tuitivas del derecho de autor, en defecto de voluntad expresa del autor-remitente, presumen hipotéticamente, quiénes son los legitimados post mortem conforme con el principio de protección a la intimidad personal y familiar.

En caso de conflicto entre los parientes o el cónyuge, con prelación para ejercitar la facultad de publicación del epistolario, competerá a los jueces determinar su procedencia. En todo caso, sobre la base de que no se conculca la intimidad del destinatario. Los jueces valorarán en cada caso los argumentos esgrimidos por unos y otros sobre la posibilidad o no de dar a conocer el contenido de las cartas, o de su publicación. En estas circunstancias, pesará, a mi juicio, la connotación social de la carta, o de su autor, lo cual aunque no decisivo, será tenido en cuenta por el juez para tomar una decisión u otra.

En el Derecho comparado se suele legitimar en primer orden, a los hijos y demás descendientes y al cónyuge en el mismo orden, en ausencia de estos, al padre y a la madre³⁵, extendiéndolo algunas normas legales a parientes más lejanos como los hermanos y sobrinos, e incluso los primos³⁶, en tanto otras utilizan alguna expresión que mueven a la equivocidad³⁷.

34 En el ejercicio de la función notarial, he autorizado alguna que otra escritura pública de testamento con cláusula atinente a tal fin, a modo de ejemplo, transcribo una: “*Toda la documentación, correspondencia o demás documentos de cualquier tipo, relacionados con su historia personal, y de su titularidad, los deja en manos de sus herederos universales, quienes, a su libre albedrío, decidirán sobre su divulgación*”.

35 Es la fórmula empleada, v.gr., por la ley argentina que en su artículo 33 regula la protección post mortem de la facultad de publicación de las cartas misivas (como les denomina) en atención a aquellos también legitimados para autorizar la publicación post mortem de la fotografía del fallecido. Similar posición asume la ley dominicana en su artículo 50 y la ley colombiana en su artículo 85.

36 El claro ejemplo de esta benevolencia lo es la ley italiana, que en el párrafo segundo del artículo 93, dispone: “*Dopo la morte dell'autore o del destinatario occorre il consenso del coniuge o dei figli, o, in loro mancanza, dei genitori; mancando il coniuge, i figli e i genitori, dei fratelli e delle sorelle, e, in loro mancanza, degli ascendenti e dei discendenti fino al quarto grado*”.

37 Es el caso de la ley costarricense que en el artículo 10 atribuye la facultad de divulgación en el mismo orden al cónyuge y a los herederos consanguíneos, expresión que al parecer debe interpretarse conforme con la reglas de la sucesión ab intestato, o sea, serían aquellos parientes consanguíneos reconocidos como herederos ab intestato en el Código Civil costarricense, porque solo ellos reúnen ambas cualidades: la del parentesco

4.1.1.1 Plazo de protección post mortem

Dado que las cartas son expresión de nuestra personalidad, al contener nuestros pensamientos, ideas, confidencias, valoraciones personales, en aras de proteger la intimidad privada, también se establece por algunas leyes reguladoras del derecho de autor, un plazo de protección post mortem de la facultad de divulgación de la obra del ingenio humano contenido en epístolas, plazo que tiende a ser más breve en algunas de estas leyes, transcurrido el cual la obra caerá en dominio público. Así, en el Derecho argentino, respecto de la publicación de las cartas misivas, la segunda parte del artículo 35 de la Ley 11.723 prevé: *“el consentimiento no es necesario después de transcurridos veinte años de la muerte del autor de la carta. Esto aun en el caso de que la carta sea objeto de protección como obra, en virtud de la presente ley”*.

A tal fin, expresan VILLALBA y LIPSZYC que “Como indica el art. 35 in fine, la carta misiva puede ser un escrito en el sentido del art. 1° de la misma ley. Pese a ello, se le reconoce un plazo de protección menor, posiblemente para atender a las necesidades de la comunidad en materia de información, investigación y crítica. Este interés es el único que puede justificar un plazo de protección disminuido en relación con otros escritos. En alguna oportunidad se ha cuestionado el carácter de obra de una simple comunicación comercial, pero ello es ajeno a su carácter de correspondencia epistolar”³⁸.

Otros ordenamientos conceden un plazo mucho más prolongado, v.gr., el costarricense, el de 70 años, por expresa remisión del artículo 10 al artículo 58, ambos de la ley sobre derecho de autor; el dominicano, el de 50 años, según lo dispuesto en el artículo 50 de la ley sobre la materia; y el colombiano el de 80 años, conforme con el artículo 85, párrafo primero, de la ley sobre derecho de autor.

5 EL DERECHO DE ACCESO SOBRE EL EJEMPLAR RARO O ÚNICO DE LA CARTA O CORREO ELECTRÓNICO

Empero, el autor-remitente también tendrá, formando parte de las facultades dimanantes del derecho de autor, la de acceso al ejemplar único o raro,

por consanguinidad y la condición de herederos. Ahora bien, según esta interpretación la titularidad de la facultad de divulgación se compartiría en todo caso entre el cónyuge y los parientes consanguíneos llamados por ley a la sucesión, según el orden de prelación establecido para la sucesión ab intestato. Sin dudas, se trata de una formulación ampulosa, no aconsejable en una norma legal, al quedar sujeta a las diversas interpretaciones doctrinarias y judiciales, con riesgo para la seguridad jurídica.

38 VILLALBA Carlos A. y Delia LIPSZYC, El derecho de autor en la Argentina, Buenos Aires, La Ley, 2ª edición actualizada 2009, pp. 237-238.

como lo nombra la legislación española, aunque preferiblemente cabría hablarse de original o ejemplar único, con vocación universal de tutela a las distintas manifestaciones de las artes protegidas por el derecho de autor. Al darse sobre las cartas o correos electrónicos la escisión entre el corpus mysticum y el corpus mechanicum, lo cual “(t)iene influencia en todo el sistema de protección en la medida en que supone, por una parte, el reconocimiento del derecho de autor sobre la obra en tanto creación formal y del soporte físico que la incorpora, que puede estar en manos de terceros o incluso ser ya inexistente. Esto determina el régimen jurídico aplicable: el derecho de autor por una parte, y el de propiedad, por la otra”³⁹. Nos enseña ROGEL VIDE que “una cosa es el arquetipo —combinación ideal de palabras, notas musicales, colores, formas o imágenes—, contenido, bien inmaterial, y otra diferente el recipiente que lo contiene, continente, soporte material de un bien inmaterial, ya sea éste un prototipo único, ya un ejemplar concreto entre muchos otros ejemplares derivados o resultantes —con mayor o menor fidelidad— del prototipo en cuestión”⁴⁰.

El remitente de la carta o incluso del correo electrónico, tendrá el derecho de acceso a este, igual que el autor de una obra pictórica, en tanto el soporte físico de su creación intelectual esté ya sea en manos del destinatario, o de un tercero. Téngase en cuenta que ello aplica también para los correos electrónicos, dado que el mensaje enviado podría ser guardado por el destinatario en un soporte intangible. Por supuesto, hoy la importancia que desde el punto de visto literario e histórico se le concede a una carta, cede ante la informatización de la sociedad, dado que se tiende a poner menos empeño en una correspondencia electrónica que en una correspondencia epistolar postal, lo cual no desdice en modo alguno lo que he venido defendiendo en el sentido de la correspondencia electrónica, pues desde todo punto de vista, incluido el autoral, ha de ser equivalentemente protegida conforme con la misma tutela que recibe la correspondencia epistolar postal.

En consecuencia, nada ha de privar al autor de una carta o de un correo electrónico a acceder al ejemplar único de la obra u original⁴¹ para instrumentar sus facultades de contenido moral o incluso patrimonial⁴². Así, para tomarle fo-

39 BUITRAGO DÍAZ, Esperanza, “Corpus mysticum y corpus mechanicum”, consultado en <http://cerlalc.org/wp-content/uploads/2015/04/8.-Esperanza-Buitrago-D%C3%A9-Daz.pdf>, el 21 de febrero de 2016, p. 140.

40 ROGEL VIDE, Carlos, “El derecho de acceso del autor a su obra”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, octubre-diciembre, 2010, p. 696.

41 Según ROGEL VIDE, C., “El derecho de acceso...”, cit., p. 697, “hablar de ejemplar único de la obra es un tanto impreciso, siendo mejor hacerlo de prototipo, original, soporte material a que está incorporada la creación intelectual; se habla de ejemplares, en efecto, cuando el prototipo se ha repetido, mediante diversas técnicas, en libros, discos o carteles, dando lugar a una pluralidad de objetos, aunque estos, posteriormente y por distintas razones, puedan disminuir y hacerse raros”.

42 El propio ROGEL VIDE, C., “El derecho de acceso...”, cit., p. 704, explica que “Es

tografías a las cartas a los fines de exhibirlas en la portada del libro que publicará sobre tal correspondencia, a salvo, por supuesto, el derecho a la intimidad del destinatario, o para anexarlas en facsímil en el texto del libro, o para editar postales, o para consultar el contenido exacto de lo expresado en dichas cartas, de no tener una copia de estas. En fin, el derecho de acceso le permite al autor la defensa de la obra, a partir del ejercicio de las facultades de contenido moral, o a explotarla, a partir de aquellas de contenido patrimonial de las que es titular.

Sin que sea la intención de este artículo adentrarnos en la naturaleza moral⁴³ o patrimonial del derecho de acceso del autor al original o ejemplar único de su obra, prefiero tomar partido por la corriente que lo ubica como un derecho instrumental, esto es, un derecho cuya finalidad no se agota en sí misma, sino que está en función del ejercicio de las facultades morales o patrimoniales de las que está dotado el autor⁴⁴. De este modo, para que el autor-remitente pueda acceder al original o ejemplar único de la carta que un día le remitiera al destinatario, ha de cumplir con los siguientes requisitos o presupuestos, a saber:

1º. El soporte material debe pertenecer a un tercero que ostenta la propiedad o la posesión sobre él, o sea, ya sea el titular del soporte en que se transmitió la comunicación epistolar (carta), es decir, el destinatario, o aquel a quien este se lo haya confiado temporalmente, ostentando la posesión de ella, caso de un depositario, o que la tenga por concepto de un contrato de exposición (supuesto de un museo)⁴⁵, o aquel a quien le haya transmitido la titularidad (inter vivos - posible, también, que el acceso se pretenda respecto de cartas remitidas por el destinatario a otra persona, en cuyo poder están, constándome que Goethe quiso acceder, sin éxito, a las cartas que había escrito a Schiller y estaban en poder de la esposa de éste último, con afán de publicarlas”.

43 Entre los derechos de naturaleza moral lo incluyen las leyes reguladoras del derecho de autor en Brasil (artículo 24.7) Ecuador (artículo 18 d)) y España (artículo 14.7). En otras, en cambio se regula en un precepto independiente de aquellos que enuncian los derechos morales o los patrimoniales, así en las leyes autorales de Nicaragua (artículo 35), Guatemala (artículo 37) y Panamá (artículo 34).

44 ROGEL VIDE, que se afilia al criterio del legislador español de considerarlo un derecho moral, no deja de calificarlo, sin embargo como “un derecho, una facultad instrumental, que no tiene sentido en sí misma, pues no se trata, con él, de lograr la mera contemplación de la obra contenida en un ejemplar único o raro, sino de acceder a dicha obra como paso previo para ejercitar otros derechos morales correspondientes al autor —o sus causahabientes, llegado el caso— o, si se tercia y aunque ello haya sido discutido, derechos o facultades patrimoniales que no hayan sido transferidas al poseedor del ejemplar en cuestión”. Vid. ROGEL VIDE, C., “El derecho de acceso...”, cit., p. 698.

45 El derecho se ejercita respecto del original “cuando se encuentre legítimamente en poder de otro u otros” (artículo 24, fracción VII de la ley brasilera), “cuando se halle en poder de otro” (artículo 25, primer párrafo, de la ley nicaragüense y artículo 14.7 de la ley española), en el supuesto en que “se encuentre en posesión de un tercero” (artículo 18 d) de la ley ecuatoriana), frente “al propietario de la obra” (artículo 37 de la ley guatemalteca), “al propietario del ejemplar único de la obra” (artículo 34 de la ley panameña),

por ejemplo porque ha comprado las cartas, las ha recibido por donación, o por permuta o por dación en pago-, o mortis causa, ya sea a título de herencia o de legado).

2º. Ha de demostrarse la necesidad del ejercicio del derecho de acceso, a su vez, como vía de ejercicio ulterior de las facultades morales o patrimoniales de las que es titular el autor, así la facultad de divulgación de la obra epistolar, a través de la publicación concreta, salvo el carácter confidencial que tenga la carta, y siempre que se proteja la intimidad del destinatario, previo consenso de éste, o para asegurar la integridad de la misma (como ejemplo de las facultades morales)⁴⁶.

3º. Debe realizarse en la forma que convenga a los intereses de ambos⁴⁷: En principio, salvo pacto, establecido en otro orden, es el autor, en este caso el remitente, quien debe desplazarse hacia el lugar sobre se encuentren las cartas⁴⁸, al “propietario o (...) poseedor de un ejemplar de la obra” (artículo 14.1 de la ley suiza), al “poseedor del original o de una copia de su obra” (artículo 25.1 de la ley alemana que como dato curioso regula el derecho de acceso no solo al original, sino también a la copia), al “legítimo poseedor del ejemplar en cuestión” (artículo 7 de la Resolución No. 5/2002 de 14 de enero, del Ministro de Cultura de Cuba que establece las normas relativas a los derechos de autor, de los autores de las obras de las artes visuales). Como se constata las leyes que regulan el derecho de acceso no siempre hacen especial referencia a que este pueda ejercitarse frente a terceros, distintos del propietario, como la lógica y la propia naturaleza del derecho indica.

46 En las leyes que regulan el derecho de acceso, si bien ninguna lo hace expresamente respecto de las cartas, aplicado en genérico, y pensado en las obras plásticas, se suele admitir el derecho de acceso no solo para el ejercicio de la facultad de divulgación, sino también de otras de contenido moral o de aquellas de naturaleza patrimonial. Así, el artículo 14.7 de la ley española, alude a que el autor necesite ejercitar cualquier otro derecho que le corresponda, razón por la cual sería admisible ya se trate de uno de contenido moral, como de uno de contenido patrimonial. Idéntica posición asume el artículo 25, primer párrafo, de la Ley de Nicaragua y el artículo 18 d) de la ley ecuatoriana. En el artículo 37 de la Ley de Guatemala se deja claro que el derecho de acceso se ejercita por el autor “siempre que ello sea necesario para el ejercicio de sus derechos morales o patrimoniales”, regulación explícita que también tiene el artículo 34 de la ley autoral de Panamá y el artículo 22 de la Ley de Venezuela, al igual que el artículo 7 de la Resolución No. 5/2002 del Ministro de Cultura de Cuba ya referenciada.

47 Así se pronuncian expresamente, tanto la ley panameña (artículo 34) como la venezolana (artículo 32). Con el mismo tenor se pronuncia el artículo 7 de la citada Resolución No. 5/2002 de Cuba.

48 Apunta ROGEL VIDE, C., “El derecho de acceso...”, cit., pp. 707-708, que “... será el mismo poseedor quien designe el lugar, el momento y la forma del acceso.” Por cuanto al lugar respecta, parece que el más cómodo para él será aquél en que la cosa se encuentra, salvo que el poseedor prefiera propiciar el acceso en un lugar ‘ad hoc’ distinto.

”Por lo que a la forma respecta, cabría propiciar el acceso mediante reproducciones fidedignas del ejemplar de la obra poseído, lo cual no impediría al autor oponerse a ello, alegando que la ley le da el derecho de acceder al ejemplar mismo, lo cual —por otra par-

por supuesto en este caso, la posibilidad de causar alguna lesión a la obra, es menor que en las obras plásticas, por su propia naturaleza física, el derecho del autor es el de acceder a una obra, causando el menor perjuicio posible para quien tenga la tenencia o para su propietario “*en el lugar y forma que ocasionen menos incomodidades al poseedor, al que se indemnizará, en su caso, por los daños y perjuicios*”⁴⁹, por ello y en principio, en el supuesto que haya sido ejercitado este derecho ante un órgano jurisdiccional, será función del juez convocar a las partes para que de manera conciliada puede el autor ejercerlo. Caso contrario, deberá ser el propio juez quien dicte las pautas que habrán de regir su ejercicio.

Como expone TRIANA LÓPEZ, “el debido respeto al derecho de propiedad demanda (...) que deba ejercitarse el derecho comentado en el lugar y forma que provoquen menos inconvenientes al poseedor y además debe indemnizarse por los posibles daños y perjuicios que su ejercicio pueda ocasionar”⁵⁰.

6 LA PROPIEDAD ORDINARIA SOBRE LA CARTA

Si el remitente es el autor y titular del derecho de autor sobre el contenido de la carta, corresponde al destinatario, desde que llega a su buzón, la propiedad sobre el soporte de la carta⁵¹. Este particular respecto del cual hay consenso

te y en la mayoría de las ocasiones— es imprescindible para el ejercicio de los derechos correspondientes al autor”.

49 Tal y como ha quedado regulado en alguna ley autoral, como la de Nicaragua de 1999 en su artículo 25, segundo párrafo.

50 TRIANA LÓPEZ, Beatriz, “Reflejo de las especiales características de la obra plástica en la sucesión mortis causa del derecho de autor, en Anuario de la Facultad de Derecho, Universidad de Extremadura, vol. XXVII, 2009, p. 399.

51 En la doctrina argentina COLOMBO, L. A., “Comentario sobre las cartas...”, cit., pp.2-3, desarrolla las distintas tesis que desde la doctrina se han manejado tradicionalmente sobre la propiedad de las cartas, asumiendo él una posición ecléctica, a partir de la naturaleza misma de la carta que se envía. Al decir de COLOMBO: “La carta pertenecerá a quien la remite o a quien la reciba, según sea su naturaleza: ordinaria, de negocios, científica, literaria, confidencial. No es posible, por eso, establecer una pauta única, que las abarque a todas; en cada caso habrá que tener en cuenta la actitud o designio del remitente y el propio contenido de la correspondencia.

”Dentro de esta orientación se estima, generalmente, que es preciso hacer dos grandes grupos. En uno de ellos estarían comprendidas las misivas que por su índole encierran, más que el deseo de transmitir noticias, la expresión calificada de una posición personal, como ocurre, por ejemplo, con las comunicaciones relacionadas con el desarrollo de una investigación científica. En el otro grupo habría que incluir las cartas que no presentan un carácter semejante, esto es, las que revisten un carácter común y corriente.

”Nosotros nos decidimos por este último sistema, pues a su elasticidad aúna la conveniencia práctica que de él deriva. Introducimosle, sin embargo, una ligera variante, que se concreta en la finalidad perseguida por el remitente, la cual debe emanar de los mismos términos de la pieza enviada y no de elementos extraños o exteriores a ella. Creemos que

doctrinario, se torna interesante al transitar la correspondencia postal a la correspondencia electrónica. Es cierto que el remitente se puede quedar con una copia de la carta, pero la original, que fue la remitida, la que permitió el diálogo entre ellos será propiedad del destinatario, pero en la era tecnológica, es difícil hablar de un original y de una copia de un mensaje electrónico. Enviado el mensaje, puede y de hecho cabe que el destinatario decida almacenar dicho mensaje, pues es el titular del soporte no tangible en el que se contiene el correo remitido desde un servidor (el del remitente) hacia otro servidor (el del destinatario), utilizándose para ello la dirección IP.

Desde este ángulo, conforme con las reglas del Common Law, el principio mencionado de que el destinatario de una carta tiene derecho de propiedad sobre el soporte físico de la carta, mientras que el autor tiene derechos sobre lo expresado en la carta ha sido indeclinable. Este principio sugiere que el destinatario del email es propietario del archivo digital que constituye el email recibido. Por ello puede ejercitar su dominio sobre el email, preservarlo, destruirlo, o transferirlo siempre que no haga copias. Asimismo, el destinatario puede mover físicamente el archivo a otra locación, y además mostrar el email a terceros sin violar los derechos de propiedad del que envía el email. Finalmente, el Common Law sugiere que las personas que reciben el email por error no tienen derechos de propiedad sobre el archivo, se les considera como quien ha hallado propiedad extraviada y están obligados a destruirlo cuando el autor del email así se los exija .

Se sostiene que “La carta escrita en papel es una cosa mueble, y por lo tanto propiedad del remitente, hasta tanto sea entregada al destinatario. Una vez recibida, es propiedad del destinatario. No obstante, una vez en poder del destinatario, el remitente tiene la propiedad ‘intelectual’ del texto (...) Sucede lo mismo en el texto transmitido electrónicamente donde su autor es el propietario intelectual de dicha comunicación” “la carta pertenecerá a quien la reciba, según sea su naturaleza: ordinaria, de negocios, científica, literaria, confidencial. No es posible por eso establecer una pauta única que las abarque a todas pues en cada caso habrá de tenerse en cuenta la actitud o designio del remitente y el propio contenido de la correspondencia. En ese orden de ideas debe agregarse a esta interpretación más elástica la finalidad perseguida por el remitente, la cual debe emanar de los mismos términos de la pieza enviada y no de elementos extraños o exteriores a ella” . PAU PEDRÓN también reconoce la confluencia en materia de cartas de la propiedad ordinaria sobre el soporte que compete al remitente, y de la propiedad intelectual sobre la obra científica, literaria o artística sobre su contenido , criterio también asumido por CASTÁN VÁZQUEZ .

En fin, se hace “necesario delinear los poderes del destinatario. Él es propietario de la carta, dada su naturaleza de cosa corporal, por tanto cuando la obra

es esa finalidad la que debe servir de guía para establecer a quién pertenece la carta, pues aun en casos de producción científica y literaria es posible que exista el deseo de que ella pase a pertenecer definitivamente al destinatario”.

del intelecto se encuentre materializada en un único ejemplar, no parece que se pueda atribuir al autor un pleno poder sobre la propia obra, poder que debe convivir con los que ostenta el destinatario”. El Derecho debe tener especial atención para ello, para evitar las tensiones que puedan derivarse entre la propiedad intelectual del remitente y la ordinaria del destinatario.

Como apunta ROGEL VIDE, refiriéndose a la obra plástica, aplicable, mutatis mutandi a las cartas “Respecto del contenido, el autor es titular de derechos, patrimoniales y morales, integrados en la propiedad intelectual que versa sobre el mismo. El continente, en sí mismo considerado, es una cosa material, mueble, objeto de propiedad ordinaria susceptible de tráfico, que puede ser transmitida, por el autor, a un tercero, que deviene propietario de la misma.

”En el caso dicho, cabe que el titular del derecho de propiedad -intelectual- sobre el contenido difiera del titular del derecho de propiedad -ordinaria- sobre el continente” .

Algunas leyes autorales han regulado expresamente que la propiedad de las cartas o de la correspondencia epistolar corresponde al destinatario, quien no tiene en cambio, la facultad de divulgación de estas, a salvo, su utilización como medios de pruebas en procesos judiciales o administrativos (vid. artículo 10 de la Ley sobre derecho de autor y derechos conexos de Costa Rica, artículo 49 de la Ley sobre derecho de autor de la República Dominicana, artículo 84 de la Ley sobre derecho de autor de Colombia, y según se establece en las dos últimas leyes citadas, previa autorización del funcionario competente), o en defensa de su persona o de sus intereses (vid. artículo 13 de la Ley de derecho de autor de Guatemala y artículo 19 de la Ley de Propiedad Intelectual de El Salvador)⁵². En el Derecho italiano, la ley autoral deja explícito en su artículo 94 que:

“Il consenso indicato all’articolo precedente non è necessario quando la conoscenza dello scritto è richiesta ai fini di un giudizio civile o penale o per esigenza di difesa dell’onore o della reputazione personale o familiare”.

7 TENSIONES ENTRE LOS DERECHOS DEL AUTOR O REMITENTE, EL DERECHO DE PROPIEDAD SOBRE EL SOPORTE FÍSICO O INMATERIAL DE LA CORRESPONDENCIA DEL DESTINATARIO Y EL DERECHO A LA INTIMIDAD DE UNO Y OTRO E INCLUSO DE TERCEROS

Si bien - tal y como se ha expuesto en estas páginas -, la facultad de divulgación del contenido de una carta, que tenga valor literario, artístico o científico, compete a su autor, no es pacífica en la doctrina si ello es posible en todo caso, pues la tensión entre las normas que protegen la propiedad intelectual pudieran entrar en colisión con aquellas que protegen esa esfera intocable de la persona que es la intimidad. Ello, teniendo en cuenta que los pensamientos, ideas, confesiones, contenidos en las cartas no solo pueden trascender para el destinatario sino también respecto de terceros, distintos al remitente y al destinatario.

⁵² No obstante, estas últimas leyes, en sus respectivos preceptos, a diferencia de las otras, no dejan explícito que la propiedad de las cartas sea del destinatario.

El límite que tienden a imponer las leyes autorales que regulan explícitamente la protección de las cartas como objeto del derecho de autor a los fines de su publicación, es que no atente contra la intimidad del destinatario. En tal sentido se apunta que el carácter confidencial de la carta es razón suficiente para prohibir su publicación, a menos que el destinatario lo acepte. Al comentar el artículo 93, párrafo primero, de la ley italiana de derecho de autor NAZZARO sostiene que “(e)n cuanto a la confidencialidad expresada en el artículo 93 parece que se deba referir a dos aspectos, uno objetivo (contenido) que constituye el sustrato necesario del segundo, subjetivo (espíritu de confidencialidad). En otros términos, para que una misiva pueda ser reputada como sujeta a las limitaciones del artículo 93 parece necesario que presente un contenido objetivamente confidencial. El contenido permite distinguir entre la correspondencia de carácter objetivamente confidencial y la que tiene un contenido público. Para esta última no existen posibles limitaciones a la disponibilidad legal por el carácter subjetivamente confidencial”. Empero, ¿la confidencialidad depende de la voluntad del remitente o del contenido mismo de la carta o del correo electrónico? ¿Qué debe prevalecer? ¿Qué importa más, la decisión del remitente sobre la no publicación de la carta, o lo que pueda inferirse de lo escrito?

Por ello, si bien el destinatario es el propietario de la carta enviada, si esta por su contenido tiene carácter reservado o confidencial, para su uso, se requerirá la conformidad de ambos (remitente y destinatario). La sola remisión de una carta al destinatario, aun cuando haga a este, titular de la propiedad ordinaria sobre su soporte, no le habilita para su divulgación.

Las posiciones en la doctrina suelen ser disímiles en este orden. Entre los argentinos GRISPO defiende la idea de que “el autor de la correspondencia (ya sea escrita en ‘tinta y papel’, como electrónicamente por email o mensaje de texto en sus formas más amplias), es libre para determinar tanto su contenido, como los alcances del mismo, con lo cual esa libertad en la creación del contenido es extendida a la caracterización de confidencial en su consideración más amplia, sea que dicha característica se desprenda expresa o implícitamente del texto mismo, o bien de una declaración formal escrita al pie de la firma (ej. los avisos de confidencialidad existentes usualmente debajo de la firma de los correos electrónicos). De otra manera, se estaría violentando el principio de la libertad de contenido que tiene este tipo de comunicaciones (...)”. De este modo, sigue sosteniendo el autor citado que “si el creador y emisor de una carta, en su conceptualización más amplia (escrita, electrónica o mensaje de texto) dispone que sea privada, entre dos o más personas (por oposición a pública en cuanto al libre acceso a su contenido), puede libremente ‘calificar’ de confidencial a la misma en cualquier parte de su contenido. Al inicio, o bien con firma automática al pie de la carta. Pensamos que es un error determinar solamente la confidencialidad en base al texto mismo de la carta, pues si su autor intelectual dispuso libremente tal caracterización (a condición de que sea clara y expresa) en cualquier parte

del texto, la misiva deberá necesariamente ser considerada confidencial a los efectos que venimos analizando” . En la doctrina italiana expresa NAZZARO que: “En el ámbito del bien correspondencia y siempre que exista un contenido objetivamente reservado se debe inhibir la circulación. Este espíritu de reserva o intimidad privada se encuentra remarcado por la voluntad implícita o explícita del autor de mantener reservados sus datos contenidos en la carta deducible del propio contexto epistolar. Tal voluntad debe derivarse de la letra misma de la carta y no parece que el carácter de la confidencialidad subjetiva pueda ser integrado con manifestaciones externas o incluso que no se desprenda del contenido de la misiva. La rigidez del criterio de valoración viene atemperada por la posibilidad de deducir la voluntad de reserva incluso en ausencia de una indicación explícita, buscando implícitamente la intención del autor de la interpretación del contenido o por el ‘tono’ de la misiva” .

En relación con la propiedad intelectual del correo electrónico, quien lo redactó y envió, conserva el derecho sobre su contenido, de modo tal que la divulgación de su texto sólo puede hacerse con el asentimiento del remitente. Hoy día el cambio de paradigmas en la correspondencia epistolar, no afecta en modo alguno el argumento de la protección de la privacidad de la correspondencia, el cual sigue en pie. Hoy, v.gr., ese argumento es especialmente importante en los Estados Unidos, dado lo común que se ha hecho la práctica de los destinatarios de los emails de explotar la privacidad del autor. La base de dicho argumento es el derecho a la primera publicación reconocido en los principios del Common Law. Este derecho permite al que envía un email, decidir si da a conocer lo expresado en él a otras personas que no son el destinatario. Solo el autor puede decidir si copiar y distribuir lo expresado en un email. Si lo hace, a menudo poniendo copia a otras personas, se entiende que ha renunciado a su derecho. Si no lo hace, el destinatario no puede reenviar el email. Esta protección admite muy pocas excepciones.

En contraste con el derecho de primera publicación que tiene el autor, el destinatario tiene la propiedad sobre el archivo físico del email. Esta protección deriva del antiguo principio de reconocer propietario sobre la carta a su destinatario. Ello implica que el destinatario puede transferir el archivo a terceros, bien mediante un dispositivo de almacenamiento, o dando acceso al archivo a través de un servicio web. El destinatario puede también imprimir y mostrar el email en cualquier lugar.

Si bien en los Estados Unidos la Copyright Act se propone proveer al autor de un derecho a la primera publicación, este derecho no protege la privacidad, vista la doctrina del fair use. La Corte Suprema inicialmente intentó extender la protección de la legislación federal a la privacidad en las obras no publicadas, pero el Congreso reformó la Ley para impedir el intento de la Corte. La ley sobre derechos de autor no protege la privacidad. Sin embargo, la ausencia de protección federal a la privacidad no es fatal para los intereses privados del autor. La

cláusula de patentes y derecho de autor de la Constitución norteamericana requiere que la Ley tenga un propósito utilitario, lo cual es mutuamente excluyente con un propósito que proteja la privacidad individual. Por ello, el derecho de primera publicación regulado en la Ley federal no puede ser interpretado como excluyente de la protección que el Common Law dispensa a la privacidad.

El argumento normativo para sostener la dualidad de sistemas de protección (Common Law y Ley federal) es simple. Los dos sistemas son necesarios porque el propósito de la Ley federal de derecho de autor (utilidad pública general) impide la realización de la protección del interés individual en la privacidad. Dicha privacidad merece ser protegida, porque fomenta la creatividad, la honestidad y la eficiencia en las comunicaciones. La convivencia de los dos sistemas es pragmáticamente posible: los autores seleccionarán el que mejor les acomode: ganancias comerciales, o privacidad, basados en los remedios que ambos sistemas ofrecen. Para que los emails sean lo más claros y creativos posibles, la privacidad de su contenido debe ser reconocida. Las leyes sobre derecho de autor deben proteger la privacidad de los emails .

Se trata de proteger la privacidad del contenido de la correspondencia epistolar en razón de su contenido, sin conculcar el derecho del remitente o autor a publicar la carta. Hay que buscar un justo equilibrio entre la compensación que le reporta al autor en el ámbito espiritual la publicación de la carta, y el debido respeto a la esfera íntima del destinatario, “de igual modo que el destinatario está obligado al respeto de la reserva personal en relación con el autor, así éste también está obligado al mismo respeto frente al destinatario; este autor, a su vez, no puede proceder a la publicación o divulgación de la carta sin el consentimiento del destinatario y, aunque tenga memoria o conserve copia de lo escrito, no debe aprovecharlo para una abusiva publicación (...) Acertado parece este enfoque; la difusión del contenido de la carta podría atentar a la intimidad e integridad moral del destinatario, quien tiene también derecho a la reserva digno de protección” .

Los conflictos que pueden derivarse respecto de la publicación o no de las cartas, en manos de terceros ajenos al autor, suelen tener diversos matices. Como dice PAU PEDRÓN: “En el caso de la carta, como obra literaria, las cosas se complican, porque la carta es la única obra literaria íntima, íntima para el que la recibe, y el dueño de ella no está en la misma situación que el titular de un cuadro o una escultura. La intimidad es un límite infranqueable. El destinatario de la carta, por muy literaria que sean los términos en que ésta se exprese, puede oponerse a que se difunda” .

Hoy día los medios de comunicación que siempre han estado al acecho de la vida privada de las personas públicas, dignatarios, escritores, músicos, deportistas y artistas afamados, entre otros, suelen publicar noticias sobre estas que constituyen una verdadera injerencia en la intimidad personal o en la intimidad familiar. En ocasiones, la divulgación ilegítima del contenido de las cartas privadas o confidenciales es expresión palpable de tal intromisión. Las cartas se

subastan, sin importar la decisión del autor de publicarla o no. Se pretende darle a estas el tratamiento jurídico de cualquier otro bien que está en el comercio. Resulta ilícito incluso que el destinatario de una carta, sin la autorización del autor, las enajene por cualquier concepto, pues con ello está permitiendo que terceros ajenos al autor y al destinatario accedan al contenido de un documento netamente confidencial, cuya privacidad ha de reservarse a toda costa, en fin, “el derecho a la privacidad de la correspondencia, reconocido constitucionalmente, debe ser resguardado de modo que nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias ya se trate de correo postal o electrónico”. Aun siendo el destinatario, propietario de la carta o del correo electrónico (*corpus mechanicum*), está en juego el secreto de la correspondencia, la intimidad del autor, quien con su envío al destinatario no está renunciando en modo alguno a la confidencialidad, ni por supuesto a la autoría y titularidad de la obra del ingenio contenida en ella, cuando así resultare. Nuevamente me apoyo en CASTÁN VÁZQUEZ cuando haciendo alusión a la confluencia de varios intereses o derechos legítimos atendibles en el tema de la correspondencia epistolar, y concretamente de las cartas, dice que “El derecho al secreto protege contra toda violación de la reserva. Atentará, pues, contra aquel derecho, en primer lugar, la publicación no autorizada de la carta. Atentará también (...), la divulgación, aun sin publicación, del contenido de aquella. Y atentará, finalmente, toda toma de conocimiento del escrito llevada a cabo, sin autorización, por persona que no esté legítimamente facultada para tener acceso a la correspondencia”.

Mientras escribo este artículo varias páginas web, diarios nacionales y redes sociales dan noticia de la comunicación epistolar (350 cartas) que durante décadas (1973-2005) mantuvo el cardenal polaco Karol Wojtyła, devenido después en el Papa Juan Pablo II con la filósofa norteamericana de origen polaco, Anna-Teresa Tymieniecka, esposa de Hendrik Houthakker, un reconocido economista de Harvard.

Las cartas fueron compradas por una cifra millonaria por la Biblioteca Nacional de Polonia en 2008 a la filósofa polaco-estadounidense (si bien algunos medios expresan que fueron “legadas” por la destinataria de las misivas) y en tal concepto planea publicarlas en los próximos años. La noticia fue divulgada por la BBC, que utilizó cartas y fotografías para realizar el documental *Las cartas secretas del papa Juan Pablo II*, sin dudas con mal ánimo, sugiriendo en los cintillos de las noticias, la existencia de una amistad íntima entre el entonces Pontífice Máximo de la Iglesia Católica y la filósofa, llegando incluso a decir que en la medida en que fue avanzando la correspondencia el tono de las epístolas fue más íntimo, y que Tymieniecka se enamoró del cardenal Wojtyła en los primeros años de su amistad. Amén de la fuente de divulgación, lo cual no es dubitable que lo haya sido la BBC – nada casual por cierto-, y que se refiera la noticia a intentar poner en duda el celibato de San Juan Pablo II, desde el punto de vista jurídico, son variadas y con distintos matices las interrogantes a formularnos ¿Estaba ha-

bilitada Tymieniecka para enajenar las cartas, y con ello para dar a conocer su contenido, sin la autorización del autor, o de quienes estarían legitimados dada la muerte del Pontífice? ¿Eran confidenciales las cartas? En caso de serlo, como tal parece que así eran ¿Está legitimada la Biblioteca Nacional de Polonia para divulgarlas sin la autorización hoy día de los herederos del remitente y de la destinataria o al menos para permitir el acceso a su contenido a la BBC? ¿La enajenación del corpus mechanicum por la destinataria de las cartas supone también la permisión a divulgar e incluso publicar las cartas? ¿La sola enajenación conlleva la renuncia al derecho a la reserva o a la intimidad del remitente o de la destinataria? ¿Y la tutela a la propiedad intelectual? ¿Deberían ser protegidas desde esta perspectiva las cartas de Juan Pablo II? ¿Acaso el fallecido Pontífice autorizó en algún momento la publicación de dichas cartas? ¿No era él el autor y titular de las cartas? Sin dudas, se trata de una intromisión ilegítima en la vida privada del que fuera Papa de la Iglesia Católica y una de las personas más influyentes en el mapa político mundial del siglo XX. Nuevamente el tema epistolario pone en tensión varios derechos que confluyen en una misma situación. No parece que estemos en la situación a que hace referencia NAZZARO en el Derecho italiano en el sentido de lograr la adecuación del derecho a la privacidad y el poder de divulgación. Téngase en cuenta que en el caso el poder de divulgación lo tendrían los herederos del Pontífice o aquella persona natural o jurídica que este hubiere legitimado para ejercitar las facultades morales que como autor le corresponde en aquellas misivas que clasifiquen por su creatividad como obras literarias, de contenido epistolar. Tratándose de quien fuera Papa de la Iglesia Católica, canonizado desde 2014, divulgar cartas en las que se pretenden darle un sentido, distinto al que el Pontífice pudo haberle dado, dando a entender cierta intimidad entre el Pontífice y la filósofa, puede calificarse como divulgación con sentido de denigrar la imagen pública del hoy Santo, aun cuando en las cartas solo se refleje la visión humana del Papa. Como arguye la profesora italiana citada habría que impedir la divulgación de noticias objetivamente denigrantes o falsas, que prevalecerá ante el interés de la divulgación, “(e)stas consideraciones adquieren mayor vigor cuando el remitente es un personaje público, caso en el que se configura un derecho a la información de los terceros, como consecuencia de la notoriedad del autor de la carta. A los fines de la composición del conflicto asume relevancia la utilidad social de la noticia que funge como presupuesto para la legitimidad de la divulgación” .

8 NOTAS FINALES

Nada, las cartas siguen siendo hoy día noticia, la propiedad ordinaria, la propiedad intelectual y el derecho a la intimidad son las variables a despejar en una difícil ecuación jurídico-social derivada de los conflictos suscitados por la negativa del remitente o la del destinatario a su divulgación, motivados en gran medida por el derecho a la intimidad que pudiera resultar lesionado. La facultad de publicación de aquellas cartas que tienen valor literario, inherente al autor-re-

mitente, tiene que conciliarse necesariamente con la anuencia del destinatario a los fines de evitar transgredir la intimidad cuando en la carta se revelen datos que afectan la esfera íntima de uno u otro sujeto, protagonistas de la comunicación, sea postal, o sea electrónica, a tono con los nuevos tiempos. En todo caso, al tratarse de la esfera íntima o privada de una persona, no trasciende el valor literario de la carta, de modo que la intimidad de la persona ha de ser atendida en primer orden, así se trate incluso de una carta ordinaria en relación con la cual no hay protección del derecho de autor, de modo que no será atendible conforme a Derecho la decisión del destinatario de divulgarla o publicarla, so pretexto de que el remitente no ostenta derecho alguno desde las normas autorales. Al proteger la intimidad personal el Derecho no hace sino proteger también la dignidad de la persona, fundamento ontológico de su propia existencia.

BIBLIOGRAFÍA

I. Fuentes doctrinales:

BERTOLDI De FOURCADE, María Virginia y Patricio Stein. “**Derecho a la intimidad, correspondencia electrónica y proceso de familia**”, en DJ 05 de marzo de 2008, 529 - DJ2008-I, 529, cita online: AR/DOC/363/2008.

BUITRAGO DÍAZ, Esperanza. “**Corpus mysticum y corpus mechanicum**”, consultado en <http://cerlalc.org/wp-content/uploads/2015/04/8.-Esperanza-Buitrago-D%C3%ADaz.pdf>, el 21 de febrero de 2016.

CASTÁN VÁZQUEZ, José María. “**El derecho al secreto a la correspondencia epistolar**”, en Anuario de Derecho Civil, tomo XIII, fascículo I, enero-marzo 1960.

COLOMBO, Leonardo A. “**Comentario sobre las cartas misivas**”, en Páginas de ayer, 2004-3 29 de abril de 2004, 27, cita online: AR/DOC/1099/2004.

CORTÉS IBÁÑEZ, Emilia. “**El epistolario, espejo de la infrahistoria**”, en Zenobia Camprubí y la Edad de Plata de la cultura española, bajo la coordinación de la propia autora, Universidad Internacional de Andalucía, 2010.

DELLACQUA, Mabel y María Cecilia Faccenda. “**Cartas post mortem y comunicaciones electrónicas ante la intimidad**”, en La Ley, 5 de febrero de 2008, La Ley 2008-A, 1042, cita on line, AR/DOC/3557/2007.

GALLI, Enrique V. “**Estudio jurídico de la correspondencia**”, en La Ley online, cita online: AR/DOC/5917/2010.

GARFIELD, Simon. Postdata. **Curiosa historia de la correspondencia**, en <http://www.infobae.com/2015/04/11/1721579-la-historia-la-correspondencia-un-erudito-y-fascinante-libro>, consultada el 17 de febrero de 2016.

GRISPO, Jorge Daniel. “**Correspondencia, e-mail y mensajes de texto en el nuevo Código**”, en La Ley, 13 de octubre de 2015, La Ley 2015-E, 1243, cita online: AR/DOC/2964/2015.

MOEREMANS, Daniel E. y Manuel Gonzalo Casas, “**Protección del e-mail como extensión del derecho a la intimidad**”, en La Ley, 21 de agosto de 2007, 1 - LA LEY2007-E, 740, cita online: AR/DOC/2527/2007.

NAZZARO, Anna Carla. “**I potteri dispositivi sulla la corrispondenza tra ri-**

servatezza e diritto d'autore", Rassegna di diritto civile 1/2000/Pareri.

PAU PEDRÓN, Antonio. “**¿De quién son las cartas?**”, en Anales de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, No. 38, Madrid, 2008;

ROGEL VIDE, Carlos. “**El derecho de acceso del autor a su obra**”, en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, octubre-diciembre, 2010; “VI. Exposición pública de obras plásticas”, en Estudios completos de propiedad intelectual, de su propia autoría, vol. IV, Reus, Madrid, 2013.

ROLLERI, Gabriel G. “**La confidencialidad de las cartas post mortem**”, en DJ de 16 de abril de 2008, 977 - DJ2008-I, 977, cita online: AR/DOC/362/2008; “The Impermeable Life: Unsolicited Communications in the Marketplace of Ideas Source”, Harvard Law Review, Vol. 118, No. 4 (Feb., 2005), pp. 1314-1338; Published by: Harvard Law Review Association Stable, URL: <http://www.jstor.org/stable/4093381>, accessed: 04-02-2016.

TRIANA LÓPEZ, Beatriz. “**Reflejo de las especiales características de la obra plástica en la sucesión mortis causa del derecho de autor**”, en Anuario de la Facultad de Derecho, Universidad de Extremadura, vol. XXVII, 2009.

Villal CARLOS A. y Delia Lipszyc, El derecho de autor en la Argentina, Buenos Aires, La Ley, 2ª edición actualizada 2009.

II. Fuentes legales:

Ley No. 11723 de Propiedad Intelectual de Argentina, modificada por la Ley No. 25036/98, publicada en el Boletín Oficial de 11 de noviembre de 1998, en <http://www.une.unt.edu.ar/Archivos/1-ley11723.pdf>, consultada el 16 de febrero de 2016.

Ley No. 23 /1982, de 28 de enero, sobre derechos de autor, de Colombia, en, <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=3431>, consultada el 19 de febrero de 2016.

Resolución No. 5/2002 de 14 de enero, del Ministro de Cultura de Cuba que establece las normas relativas a los derechos de autor, de los autores de las obras de las artes visuales, en www.min.cult.cu/legislación/documentos/res5.html, consultada el 20 de febrero de 2016.

Ley de Propiedad Intelectual de Ecuador, de 27 de marzo de 1998, Registro Oficial, No. 320.

Decreto Legislativo No. 604, de 15 de julio de 1993, Ley que protege y regula la

propiedad intelectual y artística, de El Salvador, publicado en el Diario Oficial, No. 150, tomo 320, el 16 de agosto de 1983.

Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, de España, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia, BOE, No. 97, de 22 de abril de 1996, BOE-A-1996-8930.

Decreto No. 33/1998, Ley de derecho de autor y de derechos conexos, de Guatemala, en http://mcd.gob.gt/wp-content/uploads/2013/07/ley_derechos_de_autor_conexos_01.pdf, consultada el 18 de febrero de 2016.

Legge, n. 633, 22 aprile 1941, Legge a protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio, Gazzetta Ufficiale del 16 luglio 1941, n. 166.

Ley No. 312/1999, de 22 de agosto, de derecho de autor y derechos conexos de Nicaragua, en <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/ni/ni001es.pdf>, consultada el 17 de febrero de 2016.

Ley No. 15/1994, de 8 de agosto, por la cual se aprueba la Ley sobre el derecho de autor y derechos conexos y se dictan otras disposiciones, de Panamá, en https://www.coloriuris.net/_media/es:panama.pdf, consultada el 18 de febrero de 2016.

Ley No. 1328/1998, de 27 de agosto, de derecho de autor y derechos conexos de Paraguay, en http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=129428, consultada el 17 de febrero de 2016.

Ley No 65/00, de 26 de julio, de derecho de autor, de República Dominicana, https://www.aduanas.gob.do/descargas/files/leyes/relacionadas/65-00_Sobre_Derecho_de_Autor.pdf, consultada el 17 de febrero de 2016.

Ley sobre el derecho de autor de Venezuela, de 14 de agosto de 1993, en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, No. 4638, extraordinario, de 1 de octubre de 1993.

III. Otras publicaciones:

Diario El Confidencial, del 15 de febrero de 2016, en http://www.elconfidencial.com/mundo/2016-02-15/las-cartas-de-amor-platonico-de-juan-pablo-ii_1152275/, consultada el 16 de febrero de 2016.

Diario El Clarín, Buenos Aires, Argentina, de 16 de febrero de 2016, en <http://>

www.clarin.com/sociedad/Revuelo-intimas-Juan-Pablo-II_0_1523248091.html, consultada el 16 de febrero de 2016.

Diario, 24 horas, de Chile, de 16 de febrero de 2016, en, <http://www.24horas.cl/internacional/cartas-secretas-revelan-intensa-amistad-entre-juan-pablo-ii-y-una-mujer-1932190>, consultado el 16 de febrero de 2016.

Diario La Nación, también de Argentina, del propio 16 de febrero de 2016, en <http://www.lanacion.com.ar/1871369-polemica-por-unas-cartas-de-juan-pablo-ii>, consultado el 16 de febrero de 2016.

Data de Submissão: 01/05/2016

Data de Aprovação: 01/06/2016