

ABELEDOPERROT



Revista Jurídica de Buenos Aires - 2014 - I

Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires

Departamento de Publicaciones

Derecho de Autor Cuestiones Actuales

AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

Decana: Mónica Pinto

Vicedecano: Alberto J. Bueres

CONSEJO DIRECTIVO DE LA FACULTAD DE DERECHO

CLAUSTRO DE PROFESORES

Consejeros Titulares: Oscar Ameal / Beatriz Krom / Ernesto Marcer / Gonzalo Álvarez / Marcelo Gebhardt / Adelina Loianno / Enrique Zuleta Puceiro

Consejeros Suplentes: J. Bueres / Daniel R. Vítolo / Luis Mariano Genovesi / Martín Böhmer / Raúl Gustavo Ferreyra / Mary Beloff / Marcelo E. Haissiner / Mario Ackerman

CLAUSTRO DE GRADUADOS

Consejeros Titulares: Leandro Ernesto Halperin / Mónica Balmaceda / Pablo Andrés Yannibelli / Sebastián Alejandro Rey

Consejeros Suplentes: Gisela Candarle / Carlos Aguas / Aldo Claudio Gallotti / Lisandro Mariano Teszkiewicz

CLAUSTRO DE ESTUDIANTES

Consejeros Titulares: Leandro Mutchinick / Alejandro Maronna / Micaela Pisterman Rozenek / Florencia Levato

Consejeros Suplentes: Joaquín Santos / Catalina Cancela Echegaray / Tomás González Vera / Patricio Méndez Montenegro

Secretaria Académica: Silvia C. Nonna

Secretario de Administración: Carlos A. Bedini

Secretario de Extensión Universitaria y Bienestar Estudiantil: Omar M. Zoppi

Secretario de Investigación: Marcelo Alegre

Secretario Técnico: Alejandro Gómez

Secretario de Vinculación Ciudadana: Nicolás de la Cruz García

Subsecretario Académico: Lucas Bettendorff

Subsecretario de Administración: Rodrigo Masini

Subsecretaria de Relaciones Internacionales e Institucionales: Isabel Sábato

DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES

Directora: Mary Beloff

Subdirector: Sebastián Picasso

Secretaria: Malvina Zacari

Revista Jurídica de Buenos Aires - 2014 - I

Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires

Departamento de Publicaciones

Derecho de Autor Cuestiones Actuales

Delia Lipszyc

Coordinadora



ABELEDOPERROT

© Departamento de Publicaciones - Facultad de Derecho - UBA, 2014
© de esta edición, AbeledoPerrot S.A., 2014
Tucumán 1471 (C1050AAC) Buenos Aires
Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

Impreso en la Argentina

Todos los derechos reservados
Ninguna parte de esta obra puede ser reproducida
o transmitida en cualquier forma o por cualquier medio
electrónico o mecánico, incluyendo fotocopiado, grabación
o cualquier otro sistema de archivo y recuperación
de información, sin el previo permiso por escrito del Editor y el autor.

Printed in Argentina

All rights reserved
No part of this work may be reproduced
or transmitted in any form or by any means,
electronic or mechanical, including photocopying and recording
or by any information storage or retrieval system,
without permission in writing from the Publisher and the author.

Tirada: 210 ejemplares

SAP 41698495

ISSN 0326-7431

ÍNDICE

PRESENTACIÓN

DELIA LIPSZYC: Derecho de autor: cuestiones actuales	IX
--	----

DOCTRINA

CARLOS A. VILLALBA: Cultura, derecho de autor y derechos conexos. Evolución de la legislación nacional. Los tratados internacionales y el orden constitucional	3
RUBÉN GUTIÉRREZ DEL CASTILLO: Derecho de autor y promoción cultural. La financiación de la cultura: Estado, sociedad civil y mercado	19
ALEJO BARRENECHEA: Acerca de la responsabilidad por las infracciones al derecho de autor en Internet	45
GERARDO FILIPPELLI: La reproducción sin autorización de obras en Internet: El turno de los libros	73
RAMÓN CASAS VALLÈS: La problemática de las llamadas obras huérfanas (Propuestas de solución con particular referencia a la Directiva 2012/28/UE sobre ciertos usos autorizados de las obras huérfanas)	105
DELIA LIPSZYC: La resolución de conflictos sobre ley aplicable y jurisdicción competente por infracción al derecho de autor y conexos en Internet	153

BIBLIOGRAFÍA

JANE C. GINSBURG: Levine, Robert, <i>Parásitos. Cómo los oportunistas digitales están destruyendo el negocio de la cultura</i> , Madrid, Ariel/Instituto Ibercrea, 2013, traducción de Ferrán Caballero y Vicente Campos de <i>Free Ride: How Digital Parasites are Destroying the Culture Business, and How the Culture Business Can Fight Back</i> , Doubleday, 2011	185
GUSTAVO SCHÖTZ: Antequera Parilli, Ricardo, <i>Derechos intelectuales y derecho a la imagen en la jurisprudencia comparada</i> , Madrid, Reus/Aisge, 2012	191

PRESENTACIÓN

Por DELIA LIPSZYC

DERECHO DE AUTOR: CUESTIONES ACTUALES

Tanto el derecho de autor como los derechos conexos a su ejercicio, nacieron como respuesta a los desafíos que, en su momento, plantearon tecnologías formidables: la invención de la imprenta de tipos móviles por Gutenberg, a mediados del siglo XV, que constituyó la génesis del derecho de autor, el fonógrafo de Edison, el cinematógrafo de los hermanos Lumière y la radio de Hertz y de Marconi que fueron, entre fines del siglo XIX y principios del XX, los puntos de partida del desarrollo tecnológico que dio lugar al reconocimiento de los derechos conexos.

Pero también es cierto que ninguno de los desarrollos tecnológicos precedentes fue tan impactante como los que tuvieron lugar en las últimas dos décadas con la tecnología digital y el uso combinado de esta y las redes de telecomunicaciones, porque la aparición de nuevas técnicas se aceleró y diversificó como nunca hasta entonces, enfrentando al derecho de autor a nuevos desafíos y cuestionamientos que ponen en tela de juicio su condición de derecho humano y de herramienta fundamental de política cultural, así como el rol fundamental que cumplen en la creación, producción y difusión de los conocimientos fruto de la creatividad humana al asegurar la explotación lícita de las obras y de las prestaciones protegidas, alentando muchas veces una piratería creciente y devastadora.

El autoralista francés Yves Gaubiac resumió, con claridad y elegancia, esa problemática con las siguientes palabras: “Las obras literarias, musicales y artísticas cayeron en el universo digital sin una verdadera preparación a los titulares de los derechos. [...] Su entrada en dicho universo fue estrepitosa y brutal. El fenómeno de la *clonación*, tan conocido en el nuevo universo, no lo era en el analógico donde, para realizar copias de calidad, la reproducción dependía de un *master*; y se sabía que la copia privada era limitada pues siempre era necesario tener a disposición un soporte original, dado que la copia de una

copia se convirtió rápidamente en algo de poco interés puesto que iba perdiendo aceleradamente la calidad de origen”¹.

Esas, y otras cuestiones actuales, son las que se abordan en este número de la revista.

¹ *Interopérabilité et droit de propriété intellectuelle*, RIDA, 1/2007, p. 93

DOCTRINA

CULTURA, DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS.
EVOLUCIÓN DE LA LEGISLACIÓN NACIONAL.
LOS TRATADOS INTERNACIONALES
Y EL ORDEN CONSTITUCIONAL*

Por CARLOS A. VILLALBA **

I. CULTURA

La cultura, y su significado mismo, se encuentran instalados en un contexto histórico y en un territorio y, por lo tanto, son cambiantes.

Como expresa T. S. Eliot “el concepto mismo de la palabra cultura es huidizo y cargado de riesgos”. Y añade: “Por ‘cultura’ quiero significar lo que quieren decir los antropólogos: la forma de vida de un pueblo determinado que convive en un sitio. Esa cultura se hace visible en sus artes, en su sistema social, en sus hábitos y costumbres, en su religión. Pero estos agregados no constituyen la cultura, aunque frecuentemente, por conveniencia, hablamos de ellos como si lo fueran. Estas cosas son simplemente las partes en que puede ser diseñada una cultura, como puede hacerse con el cuerpo humano (...) Todas estas cosas actúan recíprocamente y para comprender totalmente una hay que comprenderlas a todas. He sugerido que la cultura nacional, que se aísla voluntariamente, o la cultura nacional, que se separa de las otras por circunstancias que no pueden gobernar, sufre a causa de este aislamiento. También, que el país que recibe cultura del extranjero sin tener nada que dar, y el país que se propone imponer

* El presente trabajo se basa en el publicado por el autor con el título “Cultura - Derecho cultural - Derecho de autor y acceso a la cultura - Derechos humanos involucrados”, en el libro memoria del Congreso Internacional *El derecho de autor y los derechos conexos ante las nuevas tecnologías. ¿intereses compatibles o contrapuestos?*, Homenaje a Carlos Alberto Villalba (Lima-Perú del 8 al 10 de noviembre de 2012), Lima, APDAYC/IIDA/AISGE, ps. 39-91.

** Abogado, presidente de honor del Instituto Interamericano de Derecho de Autor (IIDA), consultor de AADI y de ARGENTORES, conferenciante en cursos y seminarios en la Argentina y en otros países de América latina y Europa. Ha sido profesor de Derecho de Autor en el posgrado en Propiedad Intelectual de la Facultad de Derecho y en la Maestría de Artes del Espectáculo de la Facultad de Ciencias Económicas, ambas de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Publica regularmente en diversas revistas jurídicas, especialmente en *La Ley*. Coautor con Delia Lipszyc de los libros *Derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas, y organismos de radiodifusión - Relaciones con el Derecho de Autor*, Buenos Aires, Zavalia, 1976, y de *El derecho de autor en la Argentina*, Buenos Aires, *La Ley*, 2001 y 2ª ed. actualizada, 2009.

su cultura sobre otro, sin aceptar nada en cambio, sufrirán por esta falta de reciprocidad”¹.

Todo ello nos remite a los conceptos de cultura y de las culturas según aludamos a su concepto general o a las culturas particulares.

II. LA CULTURA COMO UN HACER

Cultura es un hacer con un sentido y, también, con un resultado. Es un hacer continuado. Cada etapa del hacer requiere de una interrogación sobre lo obtenido, de un cuestionamiento de lo logrado, teniendo conciencia, a su vez, de que se trata de algo que es provisorio.

El resultado logrado no es obvio, ni es posible acceder al mismo sin una formación específica (que no es solo la educación o instrucción formal).

Cultura siempre implica una revisión, pero esta revisión en algunos casos es alentada y en otros frenada. También implica saber dirigir la mirada y ver lo que está delante de nosotros sin que hayamos reparado en ello.

En algunos sistemas políticos, en cuanto la cultura trae aparejada la revisión de los conocimientos, es considerada como un elemento trasgresor del orden establecido y requiere primeramente de una aceptación, o de una osadía o de una ruptura. Es necesario que el sistema social exprese que toda persona puede revisar un concepto, lo puede estudiar, puede transmitir la conclusión a la que llegue o, en su defecto, que dicha cultura aloje la posibilidad de que alguien lo haga aunque se lo prohíban.

Existen sociedades en las que nadie tiene esos derechos ya que la *censura* ha sido una constante hasta nuestros días. Y la censura no ha existido en vano, porque la palabra y el pensamiento, el rechazo de los dogmas de cualquier tipo, ya sean religiosos, científicos o sociales, ha importado la modificación de la cultura y el cambio de regímenes políticos. Los antiguos *privilegios* sujetaban el otorgamiento de un derecho a la censura previa.

III. LA INFLUENCIA RECÍPROCA DE LAS CULTURAS

Las culturas particulares y las culturas generales se van relacionando e influyendo recíprocamente.

Cuando accedemos a culturas que desconocemos, lo hacemos con los valores de la nuestra, y ello es así porque son los únicos que poseemos. Al entrar a otros mundos, lo hacemos con las claves o los criterios de la cultura preexistente y no con los que son propios de la nueva o desconocida o que, simplemente, nos es ajena. Es lo que hacemos cuando, desde la cultura occidental, indagamos sobre una cultura *oriental* o *africana* o *polinesia* o *precolombina*.

¹ ELIOT, T. S., *Notas para la definición de la cultura*, traducción de Jerónimo A. Arancibia, Buenos Aires, Emecé, 1949, p. 23.

Nos referimos al *imperio Inca* aunque el habitante incaico careciera de este sistema político. Lo mismo sucede cuando hacemos o estudiamos historia y pretendemos valorar el pasado desde el conjunto de las estructuras mentales del presente. Pero también se conforma una cultura cuando se encierra y se des-interesa por lo que sucede fuera de ella.

IV. LOS CONCEPTOS DE IDENTIDAD Y DE DIVERSIDAD CULTURAL

El pluralismo cultural plantea escollos que hay que superar. Los mismos pensadores, convocados para trabajar sobre el contenido de la Declaración Universal de Derechos Humanos, tuvieron que afrontar varios de estos temas².

¿Era posible una Declaración Universal válida para tan diferentes culturas como las existentes?

Incluiremos solo algunos de los obstáculos aludidos para ilustrar lo que señalamos:

Según Chung Shu Lo (“Los Derechos del Hombre en la tradición china”, comunicación de 1 de enero de 1947) “No hubo en China una Declaración explícita de los derechos del hombre antes de que se importara de Occidente este concepto. De hecho, los primeros traductores de la filosofía política occidental tuvieron dificultades para encontrar un equivalente chino de la palabra ‘derechos’. El término con que actualmente designamos este concepto son dos palabras, ‘Chuán y Li’, que literalmente significan ‘poder e interés’; y que fueran acuñados en 1866 por un escritor japonés especializado en derecho público occidental, y que después lo adoptaron los escritores chinos”.

Otro obstáculo aparece ilustrado en un estudio titulado “Los derechos del hombre en la sociedad primitiva” presentado en junio de 1947 por A. P. Elkin quien expresa: “En este estudio me limito al hombre en la sociedad primitiva, basándome en mis conocimientos sobre pueblos que no se gobiernan a sí mismos y en mis trabajos entre ellos. Se refiere a pueblos conocidos, por lo general, como primitivos, como los de Australia y las islas contiguas del suroeste y el sur del Pacífico”.

Elkin critica la tutela que ejercen los pueblos civilizados e incluso la acción misionera, agregando: “los derechos del hombre carecen de contenido a menos que estén relacionados íntima y causalmente con la situación real de la comunidad. Por ejemplo, el cambio de la economía básica de un país, de la agricultura a la industria, priva a los que son agricultores de sus derechos anteriores y de su seguridad, pues ya no pueden garantizarse con los mismos valores (...) mientras que quizás pasen algunos decenios antes de que pueda darse un contenido cultural nuevo”.

² AA.VV. convocados por la UNESCO, *Los derechos del hombre, estudios y comentarios en torno a la nueva declaración universal*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1949, pp. 169, 170, 173, 177 y 205.

Las consideraciones aludidas son suficientemente explicativas de los problemas que entraña conjugar la diversidad cultural con la existencia de valores universales.

Es por ello que, a partir de lo previsto en el art. 28 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, se elabora la *Declaración sobre el Derecho al Desarrollo*, en la que se afirma que solo se podrá proteger y promover la diversidad cultural si se garantiza la posibilidad de que las personas escojan sus expresiones culturales, aclarando que nadie podrá invocar las disposiciones de la Convención para atentar contra los derechos humanos y las libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal y garantizados por el derecho internacional, o para limitar su ámbito de aplicación.

V. LA NOCIÓN DE DERECHO CULTURAL

El derecho cultural comprende las normas y principios que se refieren a la administración cultural estatal y a la de las instituciones no gubernamentales, al régimen legal del patrimonio cultural, al fomento y promoción de la creación cultural, al régimen legal de los medios masivos de comunicación y al derecho de autor y los derechos conexos (aunque hay quienes excluyen a esta última materia porque tiene un desarrollo autónomo).

El derecho cultural también se puede describir como el accionar de los poderes públicos frente a la vida cultural de la comunidad, lo cual incluye temas como la administración y financiamiento de la cultura, la formación de promotores culturales, la participación en la vida cultural, la democratización tanto de la creación como de la cultura, el respeto por las llamadas culturas diferenciadas, el accionar que toma en cuenta la relación entre cultura y desarrollo y cultura e identidad, la participación de la misma comunidad en la orientación de la cultura y la resignificación de las nociones de *cultura popular* y de *alta cultura*.

La democratización de la cultura es una de las mayores exigencias de la época, pero también lo es la producción masiva de obras y expresiones culturales, lo cual dificulta tanto su incorporación global como la selección de ellas.

Lo mismo cabe decir del uso de las lenguas propias y de una común a cada organización política (castellano, quechua, guaraní, catalán, vasco, etc.).

VI. LA PROMOCIÓN DE LA CULTURA

Como ya adelantamos, las facultades de los titulares de los derechos sobre las obras suele ser confrontado y a veces contrapuesto al derecho de *acceso a la cultura*.

El acceso a la cultura depende, por una parte, de que exista una cultura que se rehaga constantemente y, por la otra, de que exista un público que se encuentre preparado para acceder a ella.

En la medida en que la disciplina de la promoción cultural tiene un método propio, su consecución requiere de un hacer específico y no de la eliminación de otros derechos.

Su objeto radica en la construcción de un público —o de varios públicos— que tenga la formación, el interés y el hábito de concurrir, v.gr. a espectáculos de teatro, de ballet, a conciertos. Si un empresario supiera que tiene asegurado un público habría resuelto su principal dificultad. La cuestión, empero, es que tiene que formar un público y atraerlo.

De este modo, el acceso a la cultura depende de que exista una cultura que demande un espectáculo y un público preparado para acceder a determinada actividad o para consumir productos culturales.

En los estudios que citamos anteriormente, se hacen ciertas preguntas fundamentales: ¿cómo se actúa frente a un público conocedor? ¿Cómo se responde ante un público que recurre a las obras de arte y del espíritu como un entretenimiento o para completar una formación intelectual? ¿Cómo se incentiva el gusto de aquellas personas que no tienen el menor interés en concurrir a un teatro, a un espectáculo de ballet, a un concierto? Y esto mismo se lo preguntan respecto de la frecuentación de museos y demás artes.

Promover la cultura es una disciplina con conceptos y técnicas propias. Ahora conocemos el significado de cultura y cómo se forma y se accede a ella.

VII. EL DERECHO DE AUTOR COMO DERECHO CULTURAL

Las leyes y la doctrina del derecho de autor justifican el derecho exclusivo otorgado a los creadores por dos motivos fundamentales: a) el reconocimiento de un derecho individual, toda vez que la obra es el fruto de la creación y, por tanto, ligada a la persona de su creador y b) porque la protección del autor y de la obra es el motor del desarrollo cultural y científico.

Recordemos que las leyes de derecho de autor fueron pensadas y articuladas sobre la base de esta íntima relación que existe entre la protección de las obras y el desarrollo de la cultura.

En el preámbulo del Tratado de la OMPI (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual) se reconoce, expresamente, el propósito de la organización de mantener y desarrollar de la manera más eficaz posible el derecho de los autores sobre sus obras, destacando la notable significación de la protección del derecho de autor como incentivo para la creación literaria y artística; y en el Convenio de Berna (en adelante CB) se expresa la necesidad de mantener un equilibrio entre los derechos de los autores y los intereses del público en general.

Según Vladimir Kartashkin³ los derechos culturales aluden a diversos aspectos de los derechos a la educación, a la participación en la vida cultural, a la comunicación y a la información. Considera que el objeto de la materia se refie-

³ Nacido en la ex Unión Soviética, fue consejero especial de la ONU.

re a la posibilidad que tienen escritores y artistas de crear y transmitir sus obras y al acceso del público a dichas obras de un modo que permita la participación en la vida cultural y mantener la identidad cultural de los pueblos. Agrega que los Estados deben comprometerse a respetar la libertad indispensable para la investigación científica y dar los pasos necesarios para la conservación, desarrollo y difusión de la ciencia y la cultura.

Kartashkin entiende que “la participación significativa en la vida cultural y la utilización de los beneficios del progreso científico sólo son posibles si existe una protección efectiva de los derechos de autor y una conservación adecuada de la herencia cultural”⁴.

*VIII. LA PROGRESIVIDAD EN LA TUTELA DEL DERECHO
AL ACCESO A LA CULTURA Y DEL DERECHO DE AUTOR
EN LAS DECLARACIONES Y TRATADOS
SOBRE DERECHOS HUMANOS*

Tanto la Declaración Americana de Derecho y Deberes del Hombre (Bogotá, 1948) en su art. XIII, como la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (París, 1948), en su art. 27, incluyen el derecho de acceso a la cultura y el derecho de autor *en forma aunada y no subordinada*⁵.

Según Albert Verdoot, los autores de la Declaración Universal incluyeron ambos derechos en una sola norma porque consideraron que ambos eran convergentes, coadyuvantes y no contrapuestos y menos recíprocamente incompatibles.

En el derecho a la cultura, importa tanto la promoción, como el acceso a la misma y requiere para ello la plena vigencia de la tutela de los derechos de los autores.

El verdadero peligro para las culturas nacionales es que la falta de hábito de respetar los derechos de los autores desaliente la formación de escritores y artistas profesionales y haga casi imposible la creación de sociedades de gestión colectiva de esos derechos.

En consecuencia, es necesario que se analicen los derechos humanos vinculados a la creación intelectual como un plexo jurídico en el que tanto el dere-

⁴ KARTASHKIN, V., *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, “Derechos económicos, sociales y culturales”, dirigido por Karel Vasak, París, UNESCO, 1948.

⁵ El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Ley 23.313 del 17/4/1986 establece en su art. 15: “1: Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho a toda persona a: a) Participar en la vida cultural; b) Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones; c) Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora. 2. Entre las medidas que los Estados Parte en el presente Pacto deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho, figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura. 3. Los Estados Parte en el presente Pacto se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora. 4. Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen los beneficios que derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones en cuestiones científicas y culturales”.

cho de autor, el derecho a la cultura y el acceso a la cultura, como los derechos de la personalidad, v.gr. los derechos a la intimidad, a la imagen, al honor, a la libertad de pensar, de expresar el pensamiento y los derechos a la creación, encuentren una forma armónica de articularse, de modo tal, que la coexistencia de ellos lleve a profundizar y extender la existencia de cada uno.

IX. CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Para resolver las situaciones de conflicto entre los derechos humanos involucrados, es necesario indagar en los textos de las declaraciones y convenios que los regulan. Estos textos se refieren a: a) su finalidad; b) su aplicación progresiva; c) el deber de dotar de efectividad a los derechos; d) la inalterabilidad de los derechos y libertades reconocidas y e) la indivisibilidad e interdependencia de las libertades y los derechos.

a) Su finalidad se explicita en el preámbulo de la Declaración Universal en cuanto reconoce “el valor universal de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, cuyo respeto es un valor esencial de la paz, la justicia y el bienestar necesarios para asegurar el desarrollo de las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados”.

b) Su aplicación progresiva también surge del mencionado preámbulo al proclamar “y aseguren por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos”.

c) El deber de dotar de efectividad a los derechos se corresponde con lo expresado en el punto anterior así como con las medidas procesales establecidas en las Declaraciones y Tratados sobre derechos humanos.

d) La inalterabilidad de las libertades y derechos reconocidos: el art. 28 de la Declaración Universal dispone que “Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamadas en esta Declaración se hagan plenamente efectivos”.

También surge de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (art. 2º)⁶ y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 2º)⁷.

⁶ Convención Americana de Derechos Humanos suscrita en San José de Costa Rica el 22/11/1969 (entró en vigor el 18/7/1978), art. 2º: “Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

⁷ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2200 (XXI) de 16/11/1966 (entró en vigor el 23/3/1976), art. 2º: “(2) Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reco-

La Declaración Universal enfatiza en el art. 30 que: “Nada en esta Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración”.

La Declaración Americana considera que se trata de un sistema inicial que deberá fortalecerse cada vez más.

Tanto del principio de la *inalterabilidad* de los derechos y libertades como del principio de la *aplicación progresiva* de los mismos resulta claramente que los derechos humanos no son abrogables por desuetudo o por infracción masiva. El desuso no se corresponde con una abrogación de la norma sino que exige la intensificación de su enseñanza.

e) La indivisibilidad e interdependencia de las libertades y los derechos fue recogida en la Declaración y Programa de Acción de Viena de 25 de junio de 1993 que reiteró los principios de indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos humanos, confirmando así lo que ya había dejado sentado la Declaración Universal, a saber: “Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso (...)”.

La Convención Americana Sobre Derechos Humanos suscrita en San José de Costa Rica incluye “Normas de Interpretación” en su art. 29⁸.

El compromiso es de implementar los derechos de modo progresivo por cuanto se requiere de una adaptación de la conciencia social a la que corresponden, pero también debe entenderse que lo gradual debe ser progresivo, es decir, procurando siempre lograr un avance.

nocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter. 3) Cada uno de los Estados Parte en el presente Pacto se compromete a garantizar que: a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales; b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial; c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”

⁸ Art. 29: “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Parte, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Parte o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

El mismo criterio fue seguido por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁹.

Estos derechos se encuentran incorporados a la Constitución Nacional, a la legislación civil y la penal, a leyes especiales como la Ley 11.723 “sobre régimen legal de la propiedad intelectual” y son objeto de varios tratados internacionales.

X. LA PROGRESIVIDAD Y LOS TRATADOS INTERNACIONALES

Los numerosos tratados internacionales que nuestro país ha ratificado ejemplifican el reconocimiento progresivo del derecho de autor.

El Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, cuya acta originaria data de 1886, inicia un movimiento internacional de incorporación de los más altos niveles de tutela previstos en las legislaciones nacionales, previendo su revisión periódica a fin de actualizarlo y elevar gradualmente el nivel de la protección. Así se sucedieron las actas de revisión de Berlín (1908), de Roma (1928), de Bruselas (1948), de Estocolmo (1967) y de París (1971) y los complementos de 1896, 1914 y 1979. Argentina adhirió al Acta de Bruselas recién en 1967 y a la de París en 1999.

Inicialmente, la Unión de Berna (creada en el art. 1º del Convenio) se constituye con diez Estados, suma treinta y siete en 1928, cuarenta en 1948, cincuenta y ocho en 1967, setenta y tres en 1982, ochenta y uno en 1989, ciento cinco en 1994, ciento treinta en 1997 y ciento sesenta y siete en la actualidad¹⁰.

El grado de aceptación universal se logró cuando en una década adhirieron cuatro países con posiciones tan antinómicas como los Estados Unidos de América en 1989, la China en 1992, la Federación de Rusia en 1995 y Cuba en 1997. Al presente la casi totalidad de los países miembros de la Organización de las Naciones Unidas están obligados a aplicar sus normas sustantivas toda vez que el AADPIC de la OMC (1994, al que la Argentina adhiere en 1995) y el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (1996, al que nuestro país adhiere en 1999) incorporan, por referencia, las disposiciones sustantivas del CB¹¹.

El criterio de la tutela progresiva se observa en otras disposiciones del tratado porque una vez que un Acta entra en vigor, los países que desean adherir al

⁹ Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (Ley 23.313), art. 5º: “1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él. 2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado”.

¹⁰ Al 14/10/2013.

¹¹ Son los arts. 1 a 21 y el Anexo del CB, salvo, en el caso del AADPIC, del art. 6º bis.

CB deben hacerlo a través de esta última. La progresividad es atenuada ya que, aunque una nueva Acta reforme el Convenio, los países que ya son miembros pueden demorar la adhesión a la reforma y aplicar el Acta anterior a la cual han adherido. Es la misma comunidad internacional la que deja abierta la incorporación al CB de todos los países de conformidad con un texto que fue evolucionando con el transcurso del tiempo. A su vez los Estados parte se reservan (art. 20) el derecho de adoptar entre ellos convenios particulares “siempre que estos Arreglos confieran a los autores derechos más amplios que los concedidos por el Convenio”.

En el CB, se establecen plazos mínimos de duración del derecho de autor. Aunque se aplica el plazo establecido en el país donde se reclama la protección (principio del trato nacional) ello no beneficiará a las obras que tengan origen en países que adopten plazos menores, lo cual constituye un estímulo para que la elevación de los plazos se realice de manera acompasada. En cuanto a las excepciones y limitaciones a los derechos de autor, el CB observa un criterio restrictivo y sujeto a *numerus clausus*.

El CB respeta la diversidad cultural ya que, por una parte establece que la ley aplicable es la del país miembro donde se reclama la protección (*lex loci protectionis*) y en caso de que esta no alcance el mínimo convencional se aplicará también el Convenio; por la otra parte, permite a los estados miembros que adopten entre sí convenios particulares “siempre que estos Arreglos confieran a los autores derechos más amplios que los concedidos por este Convenio, o que comprendan otras estipulaciones que no sean contrarias al presente Convenio”. De este modo, el sistema internacional ha permitido que se celebren diversos convenios internacionales, bilaterales y regionales.

Nuestro país se incorpora en el año 1894 al Tratado de Montevideo sobre propiedad literaria y artística de 1889, en el año 1949 a la Convención de Buenos Aires de 1910 y en el año 1953 a la Convención de Washington de 1946, la cual remplace entre las mismas partes a la que había sido adoptada en Buenos Aires en 1910. Cabe señalar que existió una etapa intermedia cubierta por la Convención Universal sobre Derecho de Autor de 1952, administrada por la UNESCO, que tiene un menor nivel de tutela que el CB y que permitió la adhesión de un mayor número de países, entre ellos al nuestro que se incorporó en 1957. Este tratado ha perdido actualidad porque, de conformidad con su mismo texto, la CU no se aplica entre países que sean parte del CB, y casi todos los países miembros de la primera han devenido miembros de este último.

En materia de derechos conexos, la Argentina adhirió a la Convención de Roma (1961) recién en 1991, es decir, treinta años después de suscripta, y al Convenio “Fonogramas” (1971) al año siguiente de su adopción (1972).

El Acuerdo sobre los ADPIC de la OMC (1994) al que la Argentina adhirió en 1995, se refiere tanto al derecho de autor como a los derechos conexos.

Finalmente, corresponde señalar los Tratados OMPI sobre Derecho de Autor y sobre Interpretación y Fonogramas (1996) a los que Argentina adhiere en

1999, tutelan, específicamente, la utilización de las obras e interpretaciones en Internet.

Destacamos el lapso que demoró nuestro país en adherir a cada uno de los convenios reseñados para demostrar que las decisiones de integrarse a un sistema internacional pudieronacompañarse a los criterios de elaboración nacional de las normas.

Los órganos de la OMPI continúan con la agenda de nuevas conferencias internacionales.

El gran acontecimiento del pasado año fue la adopción del Tratado de Beijing en junio de 2012 ya que fortalece la precaria posición de los artistas intérpretes o ejecutantes en la industria audiovisual al suministrar una base jurídica más clara para el uso internacional de las producciones audiovisuales, tanto en los medios de comunicación tradicionales como en las redes digitales. El Tratado contribuirá a salvaguardar los derechos de los cantantes, músicos, bailarines, actores y otros artistas intérpretes o ejecutantes contra el uso no autorizado de sus interpretaciones y ejecuciones incorporadas en obras audiovisuales en medios como la televisión, el cine, el video y en Internet.

Con fecha 27 de junio de 2013 se aprobó el tratado OMPI denominado Tratado de Marrakech para Facilitar el Acceso a las Obras Publicadas para las Personas Ciegas, con Discapacidad Visual o con otras Dificultades para Acceder al Texto Impreso, con el cual se aspira a subsanar “la escasez de libros” al exigir a las Partes Contratantes que adopten disposiciones en las respectivas legislaciones nacionales que permitan la reproducción, la distribución y la puesta a disposición del público de obras publicadas en formato accesible, contemplando con ese fin limitaciones y excepciones a los derechos de los titulares de obras protegidas por derecho de autor.

Este tratado tiene también por finalidad aportar garantías para los autores y los editores en el sentido de que las obras publicadas no se verán expuestas a un uso indebido o a la distribución a personas distintas de los beneficiarios previstos. En el tratado se reitera el requisito de que el intercambio transfronterizo de obras elaboradas gracias a las limitaciones y excepciones previstas sean solo para determinados casos especiales, que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos.

Según la Organización Mundial de la Salud, hay en el mundo más de 314 millones de ciegos y personas con discapacidad visual, el 90% de ellos en países en desarrollo. Los resultados de una encuesta de la OMPI efectuada en 2006 revelaron que menos de 60 países tienen en su legislación nacional de derecho de autor cláusulas sobre limitaciones y excepciones especiales en favor de las personas con discapacidad visual, por ejemplo, para las versiones en Braille, en letra grande o en audio digital de los textos protegidos por derecho de autor.

Seguramente nuestro país ratificará ambos tratados pues ya tiene normas internas que se corresponden con los mismos.

También se encuentra en avanzado estado de elaboración un documento de trabajo OMPI relativo a un tratado sobre la protección de los organismos de radiodifusión.

XI. LA PROGRESIVIDAD EN EL ORDEN INTERNO

Nuestro país reconoció el derecho de autor como derecho de propiedad especial en el art. 17, CN de 1853, norma que solo admite la limitación del plazo de duración que le acuerde la ley. Este derecho se encuentra al amparo de una reglamentación que debe ser razonable de conformidad con el art. 28 de la misma Constitución: “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”.

El texto del art. 17 no fue modificado ni alterado en ninguna de las reformas constitucionales posteriores a 1853, incluyendo las de 1949 y 1994.

De acuerdo a la reforma constitucional de 1994, los tratados tienen jerarquía superior a las leyes y las declaraciones, tratados y convenciones sobre derechos humanos, entre otros, La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención Americana de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En el art. 75, inc. 22, se hace la aclaración expresa de que adquieren jerarquía constitucional y que no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.

La ley interna fijó el término general de duración del derecho patrimonial por toda la vida del autor y un plazo adicional, que fue de 10 años en la primera ley de 1910 y, progresivamente ampliado: en el texto originario de la ley vigente fue de 30 años, en 1957 se elevó a 50 años y, finalmente, a 70 años en 1997.

La Ley 11.723 de 1933 ha sido actualizada también en forma progresiva en 1957, 1958, 1967, 1968, 1969, 1973, 1989, 1993, 1997, 1998, 2003 y 2007 según detalle que de modo sintético se ilustra en nota al pie¹².

Pero el compromiso de una protección efectiva requiere, además de la norma jurídica, de un ambiente propicio que habrá de crearse con empeño.

¹² Las reformas de la ley 11.723 (conf. VILLALBA C. A. - LIPSZYC, D., *El Derecho de autor en la Argentina*, Buenos Aires, La Ley, 2ª ed. actualizada, 2009):

• *Decreto-Ley 12.063/1957* (sanc. y promul. 2/10/1957, BO del 11/10/1957): modifica el art. 5º elevando a cincuenta el número de años y el art. 84 disponiendo que vuelven automáticamente al dominio privado las obras que se encontraban en el dominio público sin que hubieran transcurrido los cincuenta años.

• *Decreto-Ley 1224/1958* (sanc. y promul. 3/2/1958, BO del 14/2/1958): deroga los arts. 69 y 70 y crea el Fondo Nacional de las Artes al que se adjudica la obligación de dedicar el 5% neto de los fondos recaudados para el mantenimiento de la Casa del Teatro.

Los autores y los intérpretes así como los promotores culturales necesitan que la comunidad cree ese ambiente favorable para la creación y tutela de obras así como una actividad tendiente a la producción de bienes culturales y de

• *Ley 17.567* (sanc. y promul. 6/12/1967, BO del 12/1/1968): modifica los arts. 73 y 74 elevando las multas allí establecidas (25) e introduce el art. 74 bis que tipifica el delito de falsa atribución de autoría, que fue posteriormente derogado por ley 20.509, restablecido por ley 21.338 y, finalmente, derogado por ley 23.077 (26). Los montos de las multas fueron elevados por las leyes 23.479 y 24.286.

• *Ley 17.753* (sanc. y promul. 27/5/1968, BO del 3/6/1968): sustituye el texto del art. 36 (27) y agrega la segunda parte que establece, como limitación del derecho de autor y del derecho de intérprete previsto en el art. 56, la libre y gratuita representación, ejecución y recitación de obras literarias o artísticas ya publicadas, en actos públicos organizados por establecimientos de enseñanza, vinculados en el cumplimiento de sus fines educativos, planes y programas de estudio, siempre que el espectáculo no sea difundido fuera del lugar donde se realice y la concurrencia y la actuación de los intérpretes sea gratuita.

• *Ley 18.453* (sanc. y promul. 24/11/1969, BO del 1/12/1969): agrega la tercera parte del art. 36 extendiendo la limitación del segundo párrafo también a la ejecución o interpretación de piezas musicales en los conciertos o audiciones públicas a cargo de las bandas y fanfarrias pertenecientes a instituciones del Estado Nacional, de las provincias o de las municipalidades, siempre que la actuación de las mismas y la concurrencia del auditorio sean gratuitas.

• *Ley 20.098* (sanc. y promul. 15/1/1973, BO del 23/1/1973): amplía la limitación establecida en la tercera parte del art. 36 extendiéndola a todos los organismos musicales pertenecientes a instituciones del Estado Nacional, de las provincias o de las municipalidades, siempre que la concurrencia del público sea gratuita.

• *Ley 23.741* (sanc. y promul. 18/10/1989, BO del 25/10/1989): en el art. 1° sustituye la expresión “discos fonográficos” por “fonogramas” e introduce el art. 72 bis que tipifica el delito de piratería fonográfica (reproducción no autorizada de grabaciones sonoras con fin de lucro, comercialización, importación y actos adicionales respecto de tales reproducciones).

• *Ley 24.249* (sanc. 13/10/1993, promul. 11/11/1993, BO del 17/11/1993): modifica el art. 34 elevando a cincuenta el número de años de protección de las obras cinematográficas.

• *Ley 24.870* (sanc. 20/8/1997, promul. 11/9/1997, BO del 16/9/1997): modifica el art. 5° elevando los plazos a setenta años contados a partir del 1 de enero del año siguiente al de la muerte del autor y el art. 84 disponiendo que vuelven automáticamente al dominio privado las obras que se encontraban en el dominio público sin que hubieran transcurrido los setenta años.

• *Ley 25.006* (sanc. 15/7/1998, promul. 10/8/1998, BO del 13/8/1998): modifica el art. 34 en cuanto a la forma de computar el plazo de protección de las obras cinematográficas estableciendo que los cincuenta años corren a partir del deceso del colaborador enumerado en el art. 20 (el autor del argumento, el productor del film y, en la obra cinematográfica musical, el compositor) que fallezca en último término, e introduce el art. 34 bis según el cual dicha forma de computar el plazo será de aplicación a las obras cinematográficas que se encontraban en el dominio público sin que hubiera transcurrido el plazo previsto en el art. 34.

• *Ley 25.036* (sanc. 14/10/1998, promul. 6/11/1998, BO del 11/11/1998): modifica el art. 1° e introduce el inc. d) del art. 4°; los dos últimos párrafos del art. 9°; el art. 55 bis y la parte final del art. 57. Art. 1°: incorpora la mención de “los programas de computación fuente y objeto” y de “las compilaciones de datos o de otros materiales” y agrega, como último párrafo: “La protección del derecho de autor abarcará la expresión de las ideas, procedimientos, métodos de operación y conceptos matemáticos pero no esas ideas, procedimientos, métodos y conceptos en sí”. El inc. d) del art. 4° incorpora como titulares del derecho de propiedad intelectual —salvo estipulación en contrario— a las personas físicas o jurídicas cuyos dependientes contratados para ese fin, elaboren un programa de computación en el desempeño de sus funciones laborales. En el art. 9°, segundo y tercer párrafo, se autoriza al licenciatario legítimo a efectuar una copia única de salvaguardia del ejemplar original de un programa de computación. El art. 55 bis dispone que la explotación de la propiedad intelectual sobre los programas de computación incluirá entre otras formas los contratos de licencia para su uso o reproducción y el art. 57, *in fine*, dispone que, para los programas de computación, el depósito en el Registro Nacional de Propiedad Intelectual la reglamentación.

actividades que las hagan accesibles al público mediante la representación, la ejecución y la exhibición. De allí, entonces, el sentido de la promoción cultural como responsabilidad concurrente y no excluyente de los Estados nacionales, provinciales y comunales, de las asociaciones civiles, de las empresas y de los individuos mismos.

Tanto los autores y los intérpretes como las entidades de gestión colectiva que conforman, al igual que todas las personas que participan o colaboran en los espectáculos o en la creación de los bienes culturales están interesados en el acceso del público es decir, de los públicos que participen en los mismos como adquirentes de ejemplares o como asistentes a los teatros o espacios destinados a la representación y ejecución de obras, como a las proyecciones audiovisuales, sean gratuitos o con pago de la entrada.

Lo curioso, o extraño, es que se haya instalado una situación de conflicto que hace incompatible la realización óptima de las normas consagradas en las declaraciones de derechos humanos cuando estas no admiten tal hipótesis. Por el contrario, la Declaración Americana titula al art. XIII "Derecho a los beneficios de la cultura" e inicia el segundo párrafo con la expresión "Tiene asimismo derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de los inventos, obras literarias, científicas y artísticas de que sea autor".

De hecho, los autores de obras necesitan que exista un consumo de sus creaciones. En otras palabras, que muchas personas participen de la vida cultural y gocen de las letras y las artes.

Para que exista una *identidad cultural* deben existir creadores e intérpretes nacionales así como promotores y para una *diversidad cultural* se necesita de un público que requiera el acceso a expresiones de otras culturas de tal manera que lo foráneo sea una posibilidad y un enriquecimiento.

Existen también otros puntos de conflicto que requieren de un criterio de interpretación armónico que involucre tanto al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión —incluyendo el derecho a que no exista censura previa—, el derecho al honor, a la intimidad y a todos los derechos que se encuentren vinculados. Y en este aspecto también la jurisprudencia ha mantenido el criterio de la armonización y no subordinación de los distintos derechos y libertades.

Los científicos, los historiadores, los periodistas y los recaudadores de impuestos claman en contra de la privacidad y el respeto de la esfera íntima de las personas; los bibliotecarios en contra de la retribución a los autores y editores; los escritores y los artistas contra el honor de las personas públicas sin advertir,

• Ley 25.847 (sanc. 3/12/2003, promul. 29/12/2003, BO del 6/1/2004): modifica el art. 20 para reconocer como coautor de la obra cinematográfica al director.

• Ley 26.285 (sanc. 15/8/2007, promul. 12/9/2007, BO del 13/9/2007): incorpora al art. 36 *in fine* una excepción para la reproducción y distribución de obras científicas o literarias en sistemas especiales para personas ciegas o con otras discapacidades perceptivas.

todos ellos, que existe un punto de vista que permite la creación, la investigación y la noticia que haga posible que toda persona goce de esos derechos fundamentales. Esta es la labor de la jurisprudencia que analizará las situaciones de conflicto y no de un sistema de excepciones generales que, aunque sean pequeñas, pueden ser sustituidas por las organizaciones culturales que respeten los derechos en su integridad, tal como sucede en la práctica. Y ello es posible, como lo demuestran el sistema de instrucción pública, las bibliotecas populares, el régimen de becas de estudio, perfeccionamiento e investigación, las ediciones de libros de texto que permiten tiradas muy importantes a la mitad del precio corriente y que están destinadas a ser obsequiadas a los alumnos, así como el esfuerzo realizado por movimientos cooperativistas en todos los planos de la enseñanza y de la cultura.

Lo dicho resulta compatible con el principio de que los derechos o facultades de los autores deben entenderse con sentido amplio y sus limitaciones con sentido restrictivo. También los tratados o convenios internacionales aplican el mismo criterio restrictivo al sujetar las excepciones y limitaciones a tres condiciones acumulativas —o regla “de los tres pasos”—: 1) que se trate de *determinados casos especiales*, 2) *que no atenten contra la explotación normal de la obra*, 3) *ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos*.

El reconocimiento de los derechos humanos ha sido inspirado por el propósito de lograr un mundo mejor en el que tanto las personas individuales como los órganos del Estado y las corporaciones ejerzan los derechos reconocidos tendiendo al logro del bien de la comunidad y se abstengan de actos que puedan transgredirlos.

Nada falta en el orden internacional para considerar protegidos los derechos de los autores y de los intérpretes. El verdadero problema es que hay muchas personas que reivindican los derechos humanos siguiendo sus intereses o las conveniencias del momento, pero que en realidad no se sienten cómodos con los enumerados en las Declaraciones. Se encuentran más inclinados a los estados de necesidad, a buscar excepciones y, en fin, demuestran una mayor vocación a restringirlos. Entiendo que se debe tomar conciencia de esta realidad y afrontar el riesgo que entraña la democracia, la libertad y el reconocimiento de todos los derechos de la persona humana. Y nada, absolutamente nada, permite afirmar que estos valores no son posibles en la era de Internet.

DERECHO DE AUTOR Y PROMOCIÓN CULTURAL.
LA FINANCIACIÓN DE LA CULTURA: ESTADO,
SOCIEDAD CIVIL Y MERCADO

Por RUBÉN GUTIÉRREZ DEL CASTILLO*

I. PRESENTACIÓN

En este documento, trataremos de aportar información valiosa acerca de un aspecto que, para el sector cultural —y, sin duda, para la sociedad, las sociedades, en su conjunto— muestra una capital importancia en el estado actual de la economía internacional: las relaciones entre economía y cultura y, más en concreto, la financiación de los proyectos culturales. En el momento de enfrentarnos a la elaboración de un artículo sobre financiación de proyectos culturales podemos tener la tentación de elaborar un texto de carácter censal, ofreciendo información sobre fondos disponibles, convocatorias y recetas para la captación de fondos. Sin embargo, una reflexión más reposada nos lleva a abandonar tal idea ya que, sin duda, estaría destinada al fracaso. Fracaso derivado, en primer lugar, por lo amplio y heterogéneo del sector cultural. Fracaso también, en segundo lugar, ya que no aportaríamos nada que tuviera más valor de lo que cualquiera de los lectores, con sus propios recursos, pudiera encontrar en Internet. Información, por cierto, susceptible de quedar obsoleta en el mismo momento en que se queda fijada en un documento. Por estas razones, hemos querido dar al documento un carácter eminentemente estratégico y teórico, en el que se apunten debates, argumentos y estrategias.

A lo largo de las siguientes páginas, intentaremos ofrecer, de manera sintética pero sin hurtar matices significativos, un conjunto de información sobre, en primer lugar, las relaciones entre economía y cultura, mencionando algunas de las características que hacen de los bienes y servicios culturales un raro objeto de estudio desde la ciencia económica para, ya en segundo lugar, centrarnos en la relevancia del sector cultural en la economía, tanto en la más concreta vertiente de aportación al Producto Interior Bruto y al empleo como en los efectos de la misma sobre el desarrollo económico. Esta primera reflexión resulta per-

* Economista especializado en el análisis del sector cultural. Responsable de Investigación y Desarrollo de la Fundación Autor/SGAE (España).

tinente para enmarcar, en un contexto macroeconómico, los flujos económicos relacionados con el sector cultural. Desde esta perspectiva, se ve con mayor claridad el ciclo económico de la financiación del sector cultural.

En segundo lugar, y en lo que constituye el grueso del documento, nos centraremos en la financiación propiamente dicha del sector cultural. Adelantamos ya en esta presentación que tal financiación procede de tres ámbitos bien diferenciados: el sector público, el sector privado y, por supuesto, el propio mercado. A cada uno de estos tres ámbitos dedicaremos un amplio epígrafe y siempre desde una perspectiva analítica y estratégica, eludiendo el carácter censal o meramente documental de fuentes y recursos para la financiación. Consideramos que exponer los argumentos que explican la intervención de los gobiernos en la financiación de la cultura, los debates en torno a la financiación privada y las tendencias de la misma en el actual contexto de recesión económica así como las características peculiares del mercado para los bienes y servicios culturales y el efecto que en los mismos está teniendo el cambio de paradigma tecnológico es más fértil que un mero enunciado de directorios y recetas. Directorios y recetas que, en cualquier caso, son de fácil acceso para todos los participantes del programa en Internet.

Confiamos, por lo tanto, en que este documento resulte de utilidad para explicar y cuestionar los mecanismos de financiación pero también para diseñar estrategias eficientes para la financiación de proyectos culturales que quieran convertirse en una realidad, manifestando también la importancia, que como fuente de recursos, tienen las legislaciones sobre derecho de autor para la financiación de la cultura.

II. BREVE INTRODUCCIÓN A LA ECONOMÍA DE LA CULTURA. LA APORTACIÓN DE LA CULTURA A LAS ECONOMÍAS NACIONALES.

1. Las características económicas de la cultura

Desde que en 1966, Baumol y Bowen publicaron su obra *Performing Arts-The Economic Dilemma*, la *economía de la cultura*, se ha desarrollado hasta el punto de ser una de las especialidades más interesantes en lo que a producción académica se refiere. Utilizando recursos y argumentos de las diferentes corrientes del pensamiento económico, desde los planteamientos *micro* de la *Economía del Bienestar*, a las teorías de *Elección Pública* y las herramientas econométricas, el análisis económico del sector cultural ha conseguido importantes avances en la caracterización de un ámbito que, por sus características, se encuentra en los límites del paradigma neoclásico.

De este modo, durante las últimas décadas, y de forma paralela al desarrollo de la importancia económica en las sociedades avanzadas de todo aquello relacionado con la cultura y el arte, la ciencia económica ha tomado conciencia de

la relevancia de este sector y ha dedicado importantes esfuerzos a analizarlo. Si bien fueron las aportaciones de Galbraith (1960) y Robbins (1963) las pioneras en cuanto al tratamiento económico de los servicios culturales (la conferencia de Galbraith versó sobre la situación en Norte América de los artistas y sobre el potencial de exportación de los bienes culturales, mientras que el artículo de Robbins se circunscribe al análisis del papel que debe jugar el Estado en el apoyo al arte y la cultura), es el trabajo de William J. Baumol y William Bowen *Performing Arts, The Economic Dilemma* (1966) el que, de una manera sistemática, sienta las bases para el estudio teórico y empírico de la realidad cultural desde una perspectiva económica. Desde entonces, las aportaciones en este campo han sido muchas, la gran mayoría vinculadas a la *Association of Cultural Economics International*, fundada en 1973, y a su publicación *Journal of Cultural Economics*, publicado desde 1977, así como a sus Conferencias Bienales celebradas desde 1979.

Dentro de este extenso campo de estudio, en el que conviven los análisis sobre el mercado del arte (plástico), la industria del entretenimiento y las políticas culturales, han sido los ámbitos de las artes escénicas, por un lado y el de las contribuciones económicas del sector cultural los que, en distinta medida, han protagonizado innumerables debates y un importante desarrollo tanto académico como institucional.

Llegados a este punto, sólo nos resta preguntarnos por qué tanto interés, por qué la economía dedica sus esfuerzos a estudiar la cultura. La respuesta está en las características tan especiales que, como bien económico, tienen las artes y la cultura. No es este el lugar para exponer detalladamente tales características (algunas de las cuales sí serán objeto de mayor dedicación a lo largo del presente documento) pero consideramos obligado, al menos, mencionarlas de una manera agrupada, que permita a los lectores hacerse una rápida idea. En primer lugar, debemos tener en cuenta la particular estructura de producción y costes, estructura ésta más especial cuanto menos susceptible de la reproducción mecánica sea el bien cultural. Así, las artes en vivo por un lado, y las artes visuales (objetos únicos) por otro presentan unas características tanto de producción como de estructura de costes que las diferencian de la mayor parte de los bienes y servicios.

Por otro lado, no podemos dejar de mencionar los problemas de productividad, es decir, la enfermedad de los costes diagnosticada por Baumol (1966) y cuyo nombre lleva asociada (*síndrome de Baumol*). Esta *enfermedad* consiste en lo siguiente: los costes del sector de las artes crecen relativamente por encima de los del resto de la economía debido a que los salarios en el sector artístico deben mantenerse en los niveles del resto de la economía pese a que en este sector no se hayan producido incrementos de productividad que justifiquen tal nivel de salarios. Es decir, las artes y la cultura deben, aunque no les corresponda estrictamente, ofrecer unos salarios acordes con la situación general de la economía para poder atraer a los trabajadores necesarios. Dado que esta pérdida

de productividad es inherente a buena parte de la economía de servicios, conviene aclarar cuáles son las consecuencias específicas y, por ende, los motivos de preocupación, generados por el famoso *síndrome de Baumol*. Evidentemente, un incremento relativo de los costes supondrá un aumento de los precios, lo que socialmente no es deseable ya que puede reducir la demanda. En segundo lugar, y dado que el único modo de mantener el equilibrio presupuestario sería aumentando los precios en función de la pérdida de competitividad, por encima, claro está, del nivel general de precios, y dado que a la mayor parte de sus agentes (empresas sin ánimo de lucro), tal medida les va a resultar inadmisibile, se genera una distancia entre ingresos y gastos que sólo puede cubrirse a través de subvenciones, o no cubrirse, expulsando a las empresas del mercado. También, y dada la dificultad financiera, el *síndrome de Baumol* puede afectar al contenido artístico, a la creatividad ya que, sin duda, este contexto económico facilita muy poco la asunción de riesgos estéticos o variaciones del repertorio que puedan suponer abandonar éxitos de público. En una reciente investigación aún en proceso (Fernández Blanco y Gutiérrez del Castillo, 2012) se han analizado, desde esta perspectiva, los diferentes sectores culturales en España, llegando a la conclusión de que la enfermedad de los costes puede constituir una seria amenaza para muchos de los sectores culturales en España, especialmente en los ámbitos del patrimonio, artes visuales y el sector editorial, si bien tal amenaza se extiende al resto de sectores, con la única excepción del audiovisual.

Un tercer aspecto característico de la cultura es la estructura de la demanda de bienes y servicios culturales. A falta de una mayor concreción, podemos adelantar que buena parte de los bienes y servicios artísticos, principalmente aquellos relacionados con la cultura tradicional (artes escénicas; música clásica; ópera; artes visuales; danza, etc.) presentan una función de demanda muy particular, en la que es el gusto, entendido como capacidad para obtener utilidad (satisfacción) del *consumo* de las artes el principal factor. El gusto depende del capital cultural de las personas, de ahí que sean necesarias políticas activas de democratización de acceso a la cultura, desarrollo de audiencias, etc. Los factores habituales como el precio o la renta presentan, en buena medida, un nivel de influencia menor. Para un mayor desarrollo recomendamos la lectura básica del texto de Heilbrun y Grey (1993).

Tampoco podemos olvidarnos de las particularidades relativas al comercio internacional de cultura, así como a las razones que justifican la intervención del sector público en el sector de las artes y la cultura, si bien a este punto dedicaremos más atención más adelante.

2. La aportación de la cultura a las economías nacionales

No podemos cerrar este capítulo sin hacer mención a los efectos que la cultura tiene sobre la economía. Para comenzar, debemos traer a este documento los principales elementos teóricos, que conciben la cultura como marco

básico para el desarrollo económico, como contribución a la generación de un espacio óptimo para la toma de decisiones. En este sentido, el Premio Nobel de Economía, Douglas C. North, menciona las instituciones (siendo la cultura una de ellas) como factor de crecimiento (North, 1990). El también economista, Jeremy Rifkin, ha llegado a hablar de “la cultura como manantial del que brotan las normas de conducta acordadas” (Rifkin, 2001). Haciendo un ejercicio de concreción y pasando del escenario anterior, más general y sociológico que directamente nos remite a Max Weber y a la influencia de la ética protestante del trabajo en el ascenso del capitalismo (Weber, 2004), distintos argumentos conectan la cultura con el desarrollo económico. Así, el economista español José Ramón Lasuén considera que la cultura y las artes son un factor de crecimiento endógeno, un elemento interno de las economías, que puede motivar el crecimiento, incrementando la información, mejorando actitudes y desarrollando emociones, elementos que inciden de manera directa en la mejora de la productividad, la generación de un empresariado más activo y el incremento de gustos de los consumidores, que demandarán productos más competitivos y de mayor valor añadido (Lasuén y Aranzadi, 2002:277-304). Argumentos similares son los que aporta el informe de la Comisión Europea *The Impact of Culture on Creativity* (KEA, 2009: 31-35). Según este trabajo, la cultura, a través de la creatividad, aporta una serie de elementos al individuo que conducen a la innovación (dimensión afectiva, espontaneidad, intuición, recuerdos, imaginación, valores estéticos) generando valores sociales y económicos (nuevas perspectivas, diferenciación, valores intangibles, simbólicos y valores colectivos y de comunidad).

Con estos argumentos tendríamos, pues, explicada la contribución de la cultura al crecimiento económico. Sin embargo, estas reflexiones no nos informan del peso relativo que, como sector productivo dentro de las economías nacionales, tiene el sector de la cultura y las artes. Estos datos nos permitirían saber si estamos ante un sector importante desde el punto de vista de su aportación al PIB y al empleo o si se trata, en términos de creación de producto interior bruto, de sectores marginales. Analizando la información referida a España, para el año 2009, último del que se tienen datos disponibles y según la Cuenta Satélite (MCU, 2011a), las *actividades culturales*¹ suponen el 2,8% del PIB. Si ampliamos esta información al conjunto de la década, podríamos ver cómo el porcentaje en el año 2000 era algo mayor, el 3,1%. En términos medios para el conjunto de la década, el dato fue del 3,0%. Si en lugar de la aportación al PIB, analizamos la participación en el Valor Añadido Bruto del total de la economía llegaríamos a resultados similares, un 2,9% en 2009, un 3,3% en 2000 y un 3,2% de media para el conjunto de la década. Resulta evidente la impor-

¹ Por actividades culturales la Cuenta Satélite de la Cultura en España comprende los siguientes sectores: patrimonio, archivos y bibliotecas, libros y prensa, artes plásticas, artes escénicas y audiovisuales.

tancia económica de este sector. Pero si además consideramos otros sectores como la informática y la publicidad, se genera entonces un nuevo agregado, las denominadas actividades vinculadas a la *propiedad intelectual*, siguiendo la terminología utilizada por el Ministerio de Educación, Cultura y Deportes de España, que comprende tanto a las *actividades culturales* —con la excepción de patrimonio— como a los dos últimos sectores citados. De esta manera, la repercusión de las *actividades vinculadas a la propiedad intelectual* en el PIB del Estado español supusieron el 3,6% en 2009, el 4,2% en el año 2000 y, en términos medios para la década, el 3,9%. En términos de VAB, las *actividades vinculadas a la propiedad intelectual* generaron el 3,7% del total en 2009, el 4,4% en 2000 y, de media, el 4,1% para la primera década del siglo XXI. Analizando las cifras correspondientes a la participación sobre el VAB en el total de ramas de actividad, podremos observar como las *actividades culturales* (un 2,9% en 2009) y las *actividades vinculadas a la propiedad intelectual* (un 3,7% en 2009) aportaron tanto o más al VAB que sectores —con un fuerte arraigo en las estrategias económicas y las políticas públicas— como la *agricultura, ganadería y pesca* (un 2,6% en 2009) o la *energía* (un 2,9% del VAB en 2009). En lo que se refiere al empleo (MCU, 2011b), para el conjunto de actividades económicas consideradas dentro del sector cultural², en el año 2009 y 2010 se registraron un total de 544.800 y 508.700 empleos respectivamente, lo que supone el 2,9% y el 2,8% según el año sobre el total de empleo en el conjunto del Estado español. Se trata, además, de un empleo con muy alta cualificación, ya que en 2010, el 55,3% de los trabajadores incluidos en estas cifras presentaba educación superior o equivalente, lo que supone un porcentaje muy superior al del conjunto de la economía española (un 36,6% de universitarios sobre el total).

Estos datos, con las cautelas metodológicas siempre necesarias, tienen su reflejo, en el ámbito internacional, en los resultados de los estudios llevados a cabo por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). Así, y con una metodología común, se han analizado 30 países correspondientes a diferentes áreas geográficas y, del conjunto de los datos, se puede concluir que las industrias culturales (basadas en el derecho de autor y derechos conexos, para el caso de estos estudios) aportan en términos medios en torno al 5,4% del PIB de sus respectivas economías y en torno al 5,9% del conjunto de empleos (OMPI, 2012: 2-3). El reciente estudio de la OMPI *Wipo studies on the Economic Contribution of the Copyright Industries* (OMPI, 2012: 24) ofrece datos relativos a países como Colombia (3,3% del PIB y 5,8% del empleo), Jamaica (4,8% del PIB y 3% del empleo), México (4,8% del PIB y 11% del empleo), Panamá (6,3% del PIB y 3,2% del empleo) y Perú (2,7% del PIB y 4,5% del

² Ministerio de Cultura. Anuario 2011 de estadísticas culturales. Ministerio de Cultura. 2011. Nota: para medir la aportación al empleo el MCU considera las siguientes clasificaciones CNAE 2009: 181, 182, 264, 268, 322, 581, 591, 592, 601, 602, 741, 742, 900, 910 así como cualquier otra actividad económica si se trata de una ocupación cultural. www.ine.es/jaxi/menu.do?type=pcaxis&path=/t40/clasrev&file=inebase (ver estructura completa)

empleo)³. Recomendamos su lectura, especialmente el apartado metodológico, para una mayor profundización en los problemas de conceptualización de los sectores culturales.

En la actualidad, la OMPI está finalizando el estudio referido a Brasil, cuyos resultados serán de gran interés para conocer, con una metodología similar, el peso de las industrias de la cultura en una economía de gran tamaño y que se encuentra en una fase de crecimiento.

Además de los estudios realizados con esta metodología, en las dos últimas décadas se han llevado a cabo diferentes iniciativas para conocer el peso en las economías nacionales de la cultura en el ámbito latinoamericano. Así, podemos destacar la *Cuenta Satélite de Cultura* en Colombia, desarrollada por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE) del gobierno colombiano. Según este trabajo⁴, y para el año 2007, último para el que existen datos disponibles, las actividades culturales suponían el 1,78% del PIB, dato muy similar a los obtenidos a la largo de la primera década del siglo XXI pero mostrando un crecimiento sostenido desde el 1,58% correspondiente al año 2000. Desde el ya extinto Convenio Andrés Bello y desde la OMPI, previos al desarrollo de la metodología estándar, se desarrollaron iniciativas similares. En este punto debemos también señalar los trabajos de Antonio Marcio Buainain (2001) y del economista mexicano Ernesto Piedras (2004).

III. INTERVENCIÓN PÚBLICA EN LA FINANCIACIÓN DE LA CULTURA

Hemos visto, hasta el momento, cómo el sector de la cultura presenta una serie de características económicas diferentes al resto de sectores. Hemos visto también cómo la cultura y las artes tienen claros efectos en la economía, muy especialmente desde el punto de vista de creación de riqueza y de aportación al Producto Interior Bruto. Es, precisamente, desde esa perspectiva, desde donde resulta más que adecuado situarse para analizar los problemas de financiación del sector, sector que, insistimos, resulta uno de los más productivos y que más aporta a las riquezas nacionales y al empleo en los últimos años.

Desde el punto de vista de la financiación, debemos tener en cuenta que el sector de la cultura la encuentra en tres pilares básicos: financiación pública, financiación privada e ingresos por vía del mercado. Esta *tripod economy* como es conocida en el Reino Unido (Mermiri, 2011:258-259) presenta, por lo tanto, una serie de circuitos financieros que, siguiendo el esquema utilizado por Edwin

³ Los datos aquí expuestos proceden de los diferentes estudios desarrollados por la OMPI en distintos años. En concreto, los datos de México corresponden al año 2003, los de Colombia, Jamaica y Perú al año 2005 y los de Panamá al año 2006. Lamentablemente, este tipo de estudios no tiene un seguimiento anual que permita analizar la evolución en el tiempo.

⁴ www.dane.gov.co/index.php?option=com_content&view=article&id=130&Itemid=115.

Harvey (2003:40-43) están vinculados a una economía pública, a una economía de la *filantropía*, a una economía de mercado y a una economía mixta, mezcla de las anteriores. Comenzaremos en este apartado analizado la relación entre la economía pública y la financiación de la cultura.

La financiación de la cultura por parte del sector público está “basada en motivaciones de interés general y de rentabilidad social, como también sustentada en el cálculo político-fiscal del presupuesto público, sus limitaciones y sus prioridades” (Harvey, 2003: 40-41). El profesor Harvey expone que las decisiones sobre financiación pública se enfrentan a objetivos alternativos como puedan ser conservar el patrimonio cultural o apoyar la creación, la intervención directa con acción pública o la intervención indirecta mediante una política de subvenciones, o, finalmente, atender a la inversión en infraestructura (políticas de oferta) o favorecer el consumo cultural (políticas de demanda). Estos son, entre otros, los objetivos de las políticas públicas en materia cultural, objetivos que aparecen como alternativos pero que, en muchas ocasiones, deben ser desarrollados conjuntamente. Es entonces, en el papel activo de las administraciones públicas como financiadoras de la cultura cuando resulta pertinente preguntarse porqué el sector público interviene en este sector.

Desde la economía se esgrimen una serie de causas que expondremos a continuación. El argumento general es que el mercado, dadas las características peculiares de la cultura y las artes, no resulta eficiente en la asignación de recursos pues existen una serie de características que ponen de manifiesto la limitación del mercado en este sector. Por supuesto, todas ellas pueden ser objeto de debate, pero suponen también una argumentación rigurosa para la intervención pública en las artes y la cultura. Para ello, seguiremos el esquema desarrollado por Heilbrun y Gray (1993), Urrutia (1989) y Grampp (1991), utilizando también algunas matizaciones realizadas por Frey (2005), enunciando los principales argumentos y, en la mayoría de los casos, mostrando también elementos para la matización y el debate.

Las razones provenientes de la teoría económica se clasifican en dos grupos: las enmarcadas dentro de los denominados *fallos de mercado* y las derivadas de la condición de las artes y la cultura de *bienes de mérito* y la redistribución de la renta.

1. Los fallos de mercado

Exponemos, a continuación, las razones que contribuyen a explicar la intervención de las administraciones públicas que se derivan de los fallos de mercado

Externalidades. El concepto económico de externalidad es muy sencillo. Según Samuelson externalidades son las “actividades que afectan a otros para mejor o para peor sin que éstos paguen por ellas o sean compensados. Existen externalidades cuando los costos o los beneficios privados no son iguales a los costos o beneficios sociales” (Samuelson, 1990:1.137). Los efectos externos vinculados a

las actividades artísticas y culturales son los siguientes: 1) legado para las generaciones futuras, bajo la incertidumbre de que el mercado preserve suficientemente, por sí mismo, las artes escénicas; 2) identidad y prestigio nacional. En este punto, cabe preguntarse si no hay otros sectores cuyo apoyo resulta más eficiente en términos de prestigio nacional (el deporte de élite, por ejemplo); 3) beneficios para la economía local y nacional, a través de la atracción de turismo, lo que influye directamente en la hostelería, restauración y otras empresas de servicios y, por otro lado, el prestigio generado por tales actividades puede suponer un incentivo para la localización de empresas. En este punto sólo cabría cuestionar la pertinencia de ayudas estatales para desarrollar una región a favor de otra, y, desde este punto de vista, recurrir a las ayudas regionales para solucionar estos problemas; 4) contribución a una mejor educación, más completa (que, a su vez, conforma el gusto necesario para estimular la demanda); 5) mejora del comportamiento social, bajo el supuesto de que el disfrute de las artes escénicas eleva el alma, en términos de Hegel. Ejemplos a favor de este argumento son citados por Jevons (1883), a propósito del *efecto civilizador* de las artes, y por Robbins (1963:53-72). Por el contrario, algunos economistas han puesto en duda este argumento, reprochando la falta de evidencia empírica. Así, Throsby y Withers (1979:176-177) se hacen eco de este debate; y 6) apoyo a la innovación artística. El mercado, en muchas ocasiones, es incapaz de valorar los resultados ofrecidos por los nuevos paradigmas estéticos, por los movimientos de vanguardia. De ser el mercado el único mecanismo para asignar recursos, la aparición y desarrollo de nuevas tendencias sería poco viable.

- *Las artes y la cultura como un bien público*. Volvamos a Samuelson para definir este concepto. “Bien público es aquella mercancía cuyos beneficios pueden proporcionarse a todos los individuos (de un país o de una ciudad) con un costo que no es mayor del necesario para proporcionárselos a una persona. Los beneficios del bien son indivisibles y no se puede excluir a ningún individuo. Por ejemplo, una medida de salud pública que erradique la viruela protege a todos, y no sólo a los que pagan las vacunas. Contrástese con bienes privados, como el pan, que si son consumidos por una persona, no pueden ser consumidos por ninguna otra” (Samuelson, 1990: 1.126). Así pues, los bienes públicos se caracterizan por presentar un consumo conjunto, no rival, y por no poder aplicarse el principio de exclusión, es decir, no se puede impedir el consumo de esos bienes aunque no se esté dispuesto a pagar por ellos (efecto del *free rider*, o *gorrón*). Este tipo de bienes, al no ser provistos por el mercado, se enfrentan al problema de determinar su cuantía y modo de producción. En el caso de las artes las administraciones públicas, bajo el supuesto de que la cultura y las artes tienen efectos externos que benefician a la sociedad en su conjunto, deberá proveer éstas hasta que la valoración social coincida con el coste de proveerlo. Investigaciones empíricas han demostrado en sociedades occidentales que la población sí cree en los efectos externos positivos de las artes. Throsby y Withers (1983: 37-52), en su investigación referida a Australia ponen de manifiesto la subestimación de la demanda en caso de que el individuo tenga que participar

en el pago de la misma. Existe, así, el problema de conocer la valoración social con el consiguiente obstáculo de la tendencia a subestimar la demanda si tenemos que pagar por esos servicios (efecto del *free rider*).

- Algunas actividades culturales sufren de *costes decrecientes*. Los rendimientos de buena parte de las actividades culturales crecen según lo hace la cantidad ofrecida, disminuyendo así el coste medio de producción (coste medio decreciente). Esta estructura de costes (rendimientos a escala) supone que la formación habitual del precio que tiende a coincidir con el coste de producir una nueva unidad del bien (coste marginal) produzca directamente pérdidas. Desde este punto de vista, resulta necesaria, una ayuda para cubrir costes (Frey, 2005: 77).

- *Información imperfecta*. Los consumidores potenciales no tienen información perfecta sobre buena parte de los productos y servicios culturales. Este problema se manifiesta a través de dos efectos. Por un lado, y dada la influencia del gusto en la demanda, aquellas personas con pocas experiencias previas en lo que a asistencia al teatro se refiere, difícilmente podrán valorar positivamente el asistir, por ejemplo, a una función de danza contemporánea, por la sencilla razón de que no saben qué es lo que ocurre allí dentro. Así, y aquí viene el segundo efecto, las compañías, ante tal baja demanda, incrementarán los costes medios de producción, lo que, a su vez, supone excluir a más gente del disfrute de las artes.

- Pérdida de productividad (*enfermedad de los costes* o *síndrome de Baumol*). La existencia de este problema, comentado suficientemente en el apartado anterior, también se ha utilizado para justificar la intervención pública.

2. Bienes de mérito y redistribución de la renta

Por último, y para terminar este apartado, mencionaremos las razones expuestas para justificar las ayudas públicas que no corresponden a fallos de mercado sino que se derivan de la característica de *bien de mérito* propia a las artes y la cultura y de la importancia de la *redistribución de la renta*.

Respecto a los *bienes de mérito*, comenzaremos definiendo este concepto. Son bienes de mérito aquellos bienes que la sociedad ha decidido proveer en cantidades superiores a los que los individuos están dispuestos a adquirir a precios de mercado⁵. Transcribiendo las palabras de Heilbrun y Gray “bienes de mérito son ese tipo de bienes y servicios con la cualidad de tener unos efectos mejores sobre la gente que lo que ellos piensan” (Heilbrun y Gray, 1993: 220, traducción del autor). Dada la existencia del problema de información comentado arriba (la ignorancia priva a determinados consumidores de experiencias gratificantes), las artes y la cultura pueden ser consideradas un bien de mérito, y como tal, susceptible de ser apoyado económicamente por las administraciones públicas.

⁵ MUSGRAVE, R. A. - MUSGRAVE, P. B. (1992)

Por otro lado, y acorde a los principios igualitarios presentes en muchas constituciones nacionales —como es el caso de la Constitución Española de 1978⁶—, ningún ciudadano, independientemente de su nivel de renta, debe ser excluido del disfrute de la cultura y las artes. En este sentido, y para compensar los efectos de una distribución de la renta dispar entre los distintos individuos, las administraciones públicas deben subsidiar el acceso a la cultura a los menos favorecidos, así como una mejor distribución geográfica de los bienes culturales. En este punto, y sin entrar en las deseables profundidades de este abismo⁷, sólo debemos avisar de los posibles efectos perversos de las subvenciones a ciertas expresiones artísticas, en el caso de que sólo repercutan, o lo hagan en su mayor parte, sobre los colectivos que tienen un mayor poder adquisitivo y que son los que ya disfrutaban de estas artes⁸ y que no vengán acompañados de los necesarios programas para el desarrollo de audiencias y democratización de acceso a la cultura.

A modo de conclusión, podemos afirmar que todas estas razones son las que mantienen la justificación de la intervención del sector público en la financiación de los proyectos culturales, razones también que subyacen al establecimiento de políticas a nivel nacional e incluso internacional, como la Convención Internacional de la Unesco para la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales. Los motivos anteriormente enunciados, si bien objeto de debate tanto en los entornos académicos como en los políticos sostienen conceptualmente el establecimiento de fondos y acciones para el apoyo directo a las instituciones culturales. En este punto, recomendamos la consulta detallada a una serie de trabajos realizados por el especialista argentino Edwin Harvey gracias a los cuales se puede tener acceso al estado e historia de los principales fondos para las artes y la cultura en los distintos países iberoamericanos así como su contextualización con otros países de referencia: La financiación de la cultura y las artes. Iberoamérica en el contexto internacional (Harvey, 2003), Política y financiación pública de la cinematografía. Países iberoamericanos en el contexto internacional (Harvey, 2005), Política y financiación pública del teatro. Países iberoamericanos en el contexto internacional (Harvey, 2006a) y Política y financiación pública de la música. Países iberoamericanos en el contexto internacional (Harvey, 2006b).

Evidentemente, al margen de la puesta en marcha de fondos y subvenciones, los gobiernos, para el desarrollo de su política cultural, tienen en la política fiscal y, más en concreto, en el establecimiento de desgravaciones por aporta-

⁶ En este punto, recomendamos la consulta de la obra, fundamental, de PRIETO DE PEDRO (1995)

⁷ POMMERHNE, W. W. - FREY, B. S. (1990); TOWSE, R. (1994); PEACOCK, A. - RIZZO, I (1994); CUMMINGS, M. - SCHUSTER, M. (1989), etc.

⁸ Este argumento es uno de los más esgrimidos para criticar el apoyo público hacia algunos proyectos de alto coste, como el Teatro Real. Este argumento, sin embargo, olvida el resto de razones esgrimidas en este apartado, especialmente las comprendidas entre las externalidades.

ciones y donaciones a proyectos culturales y artísticos, otra de sus principales herramientas. A tratar estos aspectos, nos dedicaremos en profundidad en el epígrafe que sigue.

IV. LA FINANCIACIÓN PRIVADA DE LOS PROYECTOS CULTURALES

Junto a la financiación procedente directamente de las administraciones públicas y a los ingresos obtenidos por las instituciones culturales en el mercado, la financiación privada constituye una de las fuentes de recursos necesarias para el desarrollo del sector. La coyuntura económica de recesión y los problemas de déficit presupuestario de buena parte de los países de la Unión Europea están promoviendo, en los últimos años, una mayor atención a las fuentes privadas para impulsar el sector cultural. A lo largo de este epígrafe intentaremos analizar el papel de las desgravaciones fiscales como elemento de política cultural y aportar argumentos de naturaleza teórica que explican el patrocinio empresarial de las artes y la cultura, presentaremos también tendencias en el patrocinio y las donaciones en el Reino Unido y en Estados Unidos y terminaremos con una mención al estado del debate sobre la Ley de mecenazgo en España.

Los estados, a través de la política fiscal, pueden impulsar la participación de la sociedad civil en el mantenimiento y desarrollo del sector cultural. El funcionamiento es bien sencillo, ya que se trata de permitir deducir las aportaciones a instituciones culturales a la hora de calcular los impuestos, bien sobre la renta en el caso de las personas físicas o sobre sociedades en el caso de personas jurídicas.

Así, según O'Hagan "las deducciones fiscales alteran claramente para el donante el precio de su aportación benéfica a las artes. En concreto, las deducciones reducen el coste neto de aportar una suma fija a una institución artística y, por esto, se podía inducir a los donantes a contribuir con mayores aportaciones que si no existiesen beneficios fiscales" (O'Hagan, 2005: 113). Estos incentivos fiscales no suponen, exclusivamente, un efecto neto positivo sobre el sector cultural, ya que se debe tener en cuenta los costes que estas políticas de incentivos tienen sobre el conjunto de ingresos públicos. Sobre este punto volveremos al final de este capítulo. Otro elemento crítico debe ser considerado, y está relacionado con la progresividad de los impuestos que son objeto de desgravaciones (renta y sociedades, principalmente). Nos explicamos, trayendo de nuevo aquí las palabras de O'Hagan: "Un factor clave de estas deducciones sobre contribuciones benéficas que debemos subrayar es que el gasto fiscal (para el Estado) depende del tipo impositivo marginal del donante. Este gasto fiscal es la cuantía de la donación multiplicada por la tasa, que va desde cero hasta la más alta, para aquellos con el mayor nivel de ingresos. Así pues, cuanto más alto es el tipo impositivo correspondiente a una persona (o empresa), más subvencionada estará la donación por parte del Estado" (O'Hagan, 2005: 113-114). Es decir, que para

una misma cuantía donada por un individuo o empresa, los beneficios fiscales serán mayores conforme mayores sean sus ingresos. Todos estos aspectos deben ser considerados a la hora de establecer políticas de incentivo frente a políticas de gasto directo.

En cualquier caso, la relación entre la sociedad civil y la cultura y las artes, si bien mediada por las políticas fiscales y las leyes de mecenazgo correspondientes, se establece como una relación bilateral que genera “beneficio mutuo, pues la empresa da principalmente dinero, pero también bienes y servicios o conocimientos técnicos, a cambio de promoción o transferencia de imagen por parte de la institución apoyada” (Kirchberg, 2005: 639). En los siguientes párrafos expondremos cuáles pueden ser las motivaciones de las empresas para realizar aportaciones y de las instituciones culturales para recibirlos.

1. Motivaciones de las empresas

A continuación, expondremos las motivaciones de las empresas, siguiendo la clasificación propuesta por Young y Burlington citada por O’Hagan y Harvey (2000: 205-224). En primer lugar, podríamos hablar del *modelo neoclásico*, que es el más obviamente relacionado con el propósito comercial de la empresa. Según este modelo, el objetivo que subyace a la filantropía empresarial no es otro que el incrementar sus beneficios. El patrocinio empresarial “persigue los objetivos inmediatos de aumentar las ventas de productos y servicios, mejorar la imagen empresarial y otras metas relacionadas con las relaciones públicas” (Kirchberg, 2005:643). Buena parte del público de determinadas actividades culturales tiene elevados niveles de renta y consumo y constituye en sí mismo un objetivo comercial importante, y patrocinando a las artes y otras actividades, las empresas pueden encontrar un camino eficaz para acceder a ellos. También, en este incremento de beneficios, podrían incluso considerarse efectos indirectos como la mejora de la moral (motivación y vinculación emocional) de los empleados o las relaciones con la comunidad. En segundo lugar, nos encontraríamos con el *modelo ético*, que pivota sobre la idea de la responsabilidad social de la empresa y la idea de buen ciudadano empresarial. Tradicionalmente, han sido las actitudes personales (y valores) de los principales directivos de las empresas (incluso sus gustos personales) los que han determinado en buena medida la orientación de sus decisiones. En cualquier caso, la decisión de apoyar la cultura y las artes está motivada por la “obligación moral de apoyar a la población más próxima geográficamente, la satisfacción personal obtenida gracias al hecho de ayudar y el deseo de mantener contacto con un mundo creativo y vital ajeno a los negocios” (Kirchberg, 2005:644). En tercer lugar, se podría identificar el denominado *modelo político*, que “considera el patrocinio empresarial de la cultura como un medio para crear y preservar el poder y la autonomía empresarial, por ejemplo, frente a organizaciones públicas u otras compañías poderosas” (Kirchberg, 2005:645). Se trataría, entonces, de generar

buenas relaciones con el entorno local a través de las artes de tal modo que éste pueda, en un momento dado, presionar a favor de la empresa en cuestiones relativas a decisiones políticas. Finalmente, nos encontramos con el *modelo de grupos de interés (stakeholders)*. Las empresas no sólo influyen, sino que también son influidas por distintos grupos de interés. Las empresas están inmersas en un circuito de retroalimentación de tal manera que mejoras en la comunidad (inducidas, por ejemplo, por el patrocinio empresarial a las artes, promoviendo una imagen atractiva en lo cultural de un área geográfica determinada), tendrán claras repercusiones en el desarrollo de la propia empresa, que tendrá acceso a un mayor y mejor mercado, a unos empleados más cualificados y, además, verá como sus activos inmobiliarios incrementan su valor. Estos modelos, o los muy similares desarrollados por Galaskiewicz y Sinclair (citados en Kirchberg, 2005:651) denominados *asociación comercial* (modelo neoclásico), *asociación cívica* (modelo ético), *asociación estratégica* (modelo político) y *asociación filantrópica* (modelo de grupos de interés) nos resultan de gran utilidad para conocer las dinámicas que subyacen a las acciones de patrocinio e, incluso, para diseñar planes de captación de fondos según las motivaciones de las empresas a las que, como institución cultural, podamos tener acceso.

2. Motivaciones de las organizaciones culturales para buscar patrocinio

Tras examinar las motivaciones de las empresas, aún nos queda por conocer cuáles son las motivaciones de las organizaciones culturales para recurrir al patrocinio, más allá de la obvia necesidad de recursos de financiación. Para las organizaciones culturales, que deben competir para obtener recursos públicos y privados no sólo con otras organizaciones culturales sino también con otras instituciones del ámbito de lo social, la educación, la salud, el medio ambiente o la religión, el acceder a una ayuda empresarial puede ser motivo de reputación frente al resto de organizaciones. Además, el apoyo de una empresa prestigiosa tiene un efecto de atracción de ayudas de otras empresas e incluso de financiación pública. Para muchas organizaciones, el apoyo empresarial les permite desarrollar programas complementarios o innovadores que, ante la ausencia de tales recursos financieros, no podrían desarrollar. Tampoco se debe descartar que, debido a las dinámicas del sector privado, una ayuda de una empresa puede salvar a una organización cultural de una emergencia financiera. “La función del mundo empresarial, no como sostén de instituciones artísticas solventes, sino como salvador de aquellas que están comprometidas financieramente parece ser cada vez más importante, especialmente en una recesión económica” (Kirchberg, 2005: 642). Por último, recibir una ayuda empresarial puede ser visto como reflejo de una buena gestión de la propia organización cultural que así demuestra sus propias aptitudes empresariales y la eficiencia en su gestión.

Estos serían, pues, los supuestos teóricos que desde la economía de la cultura se enuncian para explicar la participación de la sociedad civil y, más en

concreto, de las empresas, con las artes y la cultura. Sin embargo, resulta de interés conocer con detalle cuáles son las tendencias experimentadas durante los últimos años, años caracterizados por la recesión económica, en países como el Reino Unido y Estados Unidos.

3. La economía de las donaciones en Estados Unidos

En Estados Unidos, la economía filantrópica procedente del sector privado alcanza unos altísimos niveles. En su conjunto, y para el año 2011, las contribuciones filantrópicas procedentes de individuos, fundaciones, legados y empresas supusieron un total de 298.420 millones de dólares, lo que representa el 2% del total del Producto Interior Bruto estadounidense (Giving USA, 2012). Las contribuciones filantrópicas para el conjunto de actividades objeto de las mismas, entre las que se encuentra la cultura y las artes, crecieron de manera significativa en Estados Unidos durante los últimos treinta años, y sólo en los años 1987, 2008 y 2009 se observó, en dólares corrientes, descensos de las contribuciones. Pese al fuerte incremento de las cantidades, incluso descontando los efectos de la inflación, su repercusión en el PIB apenas varió en las últimas tres décadas, ya que si en el año 2011 las aportaciones filantrópicas representaban el ya mencionado 2,0% del PIB, en 1971 suponían el 2,1%. Es decir, en estos treinta últimos años, la economía estadounidense creció a un ritmo muy superior al que lo hicieron las aportaciones filantrópicas. En cualquier caso, centrándonos en los últimos años, se puede observar cómo la tendencia de crecimiento observada a partir del año 2002 se interrumpe en 2008, con descensos ese año y el siguiente para iniciar la recuperación en el año 2010 y 2011. En concreto, las aportaciones crecieron en 2010 un 3% y en 2011 un 4%, si bien aún no se han recuperado las cifras correspondientes a 2007.

En lo que se refiere a las fuentes de las aportaciones, debemos señalar que la mayor parte de las contribuciones proceden de individuos (el 73%, por un total de 217.790 millones de dólares), seguidos por las fundaciones (14%, 41.670 millones), legados (8%, 24.410 millones) y empresas (5%, 14.550 millones). En este punto, debemos señalar que la contribución de las empresas no creció en 2011, sino que experimentó un muy leve descenso (-0,1%), mientras que el resto de financiadores vieron incrementadas sus aportaciones.

Por último, y acercándonos así a nuestro más directo objeto de estudio, veamos cómo se distribuyeron estos fondos según los diferentes tipos de actividad de las organizaciones receptoras: en primer lugar se encuentran las organizaciones religiosas, que concentraron en 2011 el 32% de las contribuciones; en segundo lugar las organizaciones educativas, con el 13% de las contribuciones; en tercer lugar, los servicios humanitarios, con el 12%; en cuarto lugar, los servicios de salud (8%); en quinto, los asuntos internacionales (8%), en sexto, los servicios sociales (7%); en séptimo lugar, las artes y la cultura que, con un 4%, recibieron en total 13.120 millones de dólares. Medioambiente, donaciones

especialmente dirigidas a fundaciones y a individuos así como otros destinos de difícil clasificación complementan la distribución de donaciones. Las artes y la cultura mantienen, pues, en 2011, la misma proporción que consiguieron en 2010, un 4%, si bien experimentaron en ambos años un crecimiento respecto al año anterior. Así, en los dos últimos años, las contribuciones a las artes y la cultura crecieron, siempre según los datos de Giving USA, en un 8,4%. Este crecimiento importante, sin embargo, no señala una tendencia en extremo favorecedora de las tendencias en las contribuciones respecto a nuestro sector, ya que otros como los asuntos internacionales, los servicios humanitarios, los servicios sociales, la educación y el medio ambiente crecieron en proporciones superiores. Sólo los servicios de salud (con un crecimiento del 3,9% en los dos últimos años) y las actividades religiosas (con un descenso neto del 3,7%) mostraron variaciones positivas inferiores a las experimentadas por la cultura y las artes. Parece, pues, que en estos momentos de dificultad económica, la cultura y las artes no suponen un destino prioritario para las contribuciones filantrópicas en Estados Unidos.

4. Las contribuciones filantrópicas para las artes en el Reino Unido

La otra gran referencia para las contribuciones filantrópicas es, sin duda, el Reino Unido. Gracias a los estudios desarrollados por Arts & Business y, más en concreto, a la encuesta sobre inversión privada en el sector cultural⁹. Sobre estos datos y los análisis desarrollados sobre los mismos por la investigadora Tina Mermiri (Mermiri, 2011) hemos podido sintetizar el estado de las aportaciones filantrópicas a la cultura en el Reino Unido, las tendencias de las mismas y extraer una serie de reflexiones que consideramos útiles tanto desde una perspectiva de debate académico y político como desde la perspectiva del gestor cultural que necesita de información estratégica para desarrollar sus planes de captación de fondos.

En primer lugar, se impone una mirada global a la aportación filantrópica a la cultura y las artes en el Reino Unido a lo largo de los últimos diez años. Así, observando las cifras, podríamos ver cómo estas aportaciones han crecido considerablemente en la última década, si bien el crecimiento (de 336,5 millones de libras en 2000/2001 a 686,6 millones de libras en términos corrientes en 2007/2008) se vio interrumpido, mostrando descensos en 2008/2009 (de 686,6 millones se pasa a 654,9 millones) para alcanzar los 658 millones de libras en 2009/2010, lo que supone un nuevo cambio de tendencia y la vuelta a las variaciones positivas. Estos datos, en concreto los de 2009/2010, deben ponerse en

⁹ La organización Arts & Business realiza anualmente una gran encuesta sobre la financiación privada en las organizaciones culturales en el Reino Unido. Sobre un universo de 5000 instituciones, suelen recibir alrededor de 1000 respuestas, que mediante un sistema de cuotas y extrapolaciones les permiten ofrecer información detallada sobre las relaciones entre la inversión privada y la cultura en el Reino Unido.

perspectiva con la estructura financiera del sector cultural en el Reino Unido. El 46% procede de fuentes públicas (el 13% de los *Arts Councils*; el 20% del *Department for Culture, Media and Sport* (DCMS,) el equivalente del Ministerio de Cultura; el 3% de otros departamentos del Gobierno; el 9% de los gobiernos locales y otras ayudas públicas y, finalmente, el 2% de los fondos de la lotería), el 38% de lo que obtienen vía mercado (venta de entradas, otras ventas, servicios, etc.) y, por último, el 16% procede de la inversión privada (tanto por parte de individuos como de empresas, fundaciones, etc.), cifra muy similar al 15% registrado en el año anterior (2008/2009). Así pues, y aunque la cifra de aportación privada no es ni mucho menos desdeñable, la evidencia empírica nos dice que incluso con la tradición que el Reino Unido cuenta para la aportación privada en el sector de la cultura, estas aportaciones no llegan a suponer ni la quinta parte del total de recursos necesarios para el desarrollo del sector. Esta, sin duda, debe ser una de las grandes enseñanzas pues, e insistimos, pese a la gran tradición de compromiso privado en el Reino Unido, las aportaciones filantrópicas son muy inferiores a las procedentes del sector público e incluso a los ingresos vía mercado. Esta cifra tiene su reflejo en otra: el 38% de las organizaciones culturales y artísticas del Reino Unido no reciben ingresos por parte de empresas, individuos o fundaciones.

Si se analizan las correlaciones existentes entre las diferentes fuentes de recursos financieros, se pueden observar algunas conclusiones. Así, en primer lugar, se observa una correlación positiva entre las tres fuentes de financiación. Es decir, que obtener recursos de una de las fuentes facilita conseguirlos de las otras. En cualquier caso, la correlación más fuerte se encuentra, si se analizan los datos de un año a otro, entre la inversión privada y los ingresos vía mercado. Esto significaría que, cuando una organización recibe fondos privados un año, el siguiente obtendría altos ingresos a través de venta de entradas y otras ventas lo que suele estar vinculado a altos niveles de asistencia. Podría afirmarse que es, precisamente, esa capacidad de atraer público la que, a su vez, atrae la inversión privada, dado que las empresas que aportan fondos quieren obtener grandes éxitos y alcanzar grandes audiencias (Mermiri, 2011: 259).

Para conocer, en cualquier caso, la dinámica de las aportaciones filantrópicas conviene conocer a qué organizaciones se destinan las aportaciones. En términos generales, y sobre los datos de 2009/2010, el 72% de las contribuciones las reciben las principales organizaciones culturales —aquellas con unos ingresos superiores a los 5 millones de libras— (si bien en el año anterior, el porcentaje era mayor, el 75%); el 15% las grandes organizaciones (entre 1 millón y 5 millones); el 11% las de tamaño medio (entre 100.000 libras y un millón de libras) y el 2% (menos de 100.000 libras de ingresos). Es importante poner de manifiesto que, pese que las organizaciones pequeñas atraen, en términos relativos, pocas contribuciones, éstas han crecido en los últimos años un 2%. Desde el punto de vista de la distribución regional, el 68% de las contribuciones se reciben en organizaciones que operan en el área de Londres. En lo que se

refiere al tipo de actividades culturales, en el año 2009/2010 fue el patrimonio (con un 32% del total del dinero de las contribuciones), seguido de los museos (con el 14%) y las artes visuales (con el 13%) las disciplinas que concentraron la recepción de las aportaciones. El teatro (8%), la música (6%), los festivales (4%), la danza, la ópera, artes intermedia, los centros de artes, las comunidades artísticas y los servicios de arte (3% respectivamente), el cine y vídeo (2%), las bibliotecas y la literatura (1% respectivamente) así como otros destinos (1%) completan la distribución. La artesanía no llega al 1%, aunque en el último año experimentó un incremento de 94%, así como las comunidades artísticas (+64%). Las bibliotecas (+25%), las artes visuales (+20%), el teatro (+16%), los museos (+13%), la literatura (+9%) y el cine y vídeo (+6%) experimentan, frente al año anterior, variaciones positivas en la cantidad recibida. Sin embargo, las artes intermedia (-52%), otras disciplinas (-20%), los servicios artísticos (-24%), las ópera (-19%), el patrimonio (-10%), la danza y los centros de arte (-8% respectivamente) y la música (-3%) experimentan descensos respecto al año anterior.

Veamos ahora de dónde proceden esos fondos. Las donaciones individuales suponen la mayoría de las aportaciones (el 55%, que, debe decirse, se destina en su casi totalidad —el 88%— a las principales organizaciones —aquellas con ingresos superiores a los 5 millones de libras). Las aportaciones realizadas por las empresas suponen el 22% y las realizadas por fundaciones y otros fondos el 23%. Se debe destacar que las aportaciones por parte de las fundaciones han crecido en los últimos años mientras que las correspondientes a las empresas han descendido desde 2006/2007, si bien ambos cambios han sido bastante leves (la aportación de las empresas desciende de 171,5 millones en 2006/2007 a 144,1 millones en 2009/2010 mientras que la aportación de las fundaciones crece de 129,4 millones en 2006/2007 hasta llegar a los 154,6 millones en 2009/2010). La aportación de los individuos experimenta un importante crecimiento entre 2006/2007 y 2007/2008, pasando de los 298,4 millones a los 382,1 millones (debido, sobre todo, a una donación particular de 20 millones de libras a un importante museo de Londres). Sin embargo, en 2008/2009 la cifra desciende hasta los 363,1 millones, descenso que continúa, aunque de modo menos pronunciado en 2009/2010, llegando a los 359,3 millones, cifra que, pese a todo, supera a la de 2006/2007.

Las empresas realizan sus aportaciones, principalmente con fondos de patrocinio (un 55%), si bien contribuyen también con servicios y en especie (16%), con cuotas de membresía (15%) y donaciones corporativas (14%). Los sectores empresariales que más invierten en cultura en el Reino Unido son finanzas, industrias creativas, sector inmobiliario, ocio y educación y salud. Sin embargo, debe señalarse que las empresas del sector financiero han disminuido sus aportaciones en los últimos años.

Las donaciones individuales proceden en su mayor parte (49%) de programas de “amigos de” o del carácter de socios de los donantes. Pese a que estos programas sufrieron un pequeño descenso en 2009/2010, su crecimiento en los últimos años ha puesto de manifiesto la importancia que, para las organizaciones culturales tiene vincularse a su público, que en un momento dado se hace más activo en sus niveles de compromiso con la organización y pasa a convertirse en donante. El resto de las contribuciones individuales proceden principalmente de donaciones particulares (27,1%) y de legados (23,4%).

Observando estas cifras y las tendencias experimentadas en el Reino Unido, Tina Mermiri (2011: 267-268) afirma que un descenso de los fondos públicos puede tener consecuencias negativas sobre la financiación en su conjunto. En primer lugar, el descenso de los fondos públicos hará crecer la demanda de fondos privados al mismo tiempo que las organizaciones culturales se encuentran ahora en peores condiciones para resultar atractivas para la inversión privada. Además, cabe preguntarse si los donantes privados, bien sean estas empresas, fundaciones o individuos estarán lo suficientemente motivados como para cubrir las fallas de financiación presumiblemente crecientes a corto plazo.

Evidentemente, la financiación pública y la financiación privada están indudablemente relacionadas. El problema es cuando, en momentos de dificultades económicas y de déficits públicos no compatibles con determinados compromisos, los Estados consideran la financiación privada mediante el patrocinio y el mecenazgo una fuente sustitutiva a los fondos públicos. Ya hemos visto en párrafos anteriores cómo las tendencias de aportación filantrópica en el Reino Unido favorecen a las principales organizaciones en vez de favorecer el desarrollo de ecosistema cultural. Hemos visto también cómo, en el plano teórico, diferentes objetivos corporativos pueden definir el carácter y el destino de las contribuciones, alejándolas de otro tipo de criterios (desarrollo equitativo, provisión de oferta cultural, diversidad cultural, democratización del acceso) propios de la política pública. Sin duda, el debate es complejo y necesario en estos momentos de crisis económica y de replanteamiento, en algunos Estados europeos, del papel del sector público y de su eficiencia.

5. La nueva Ley de Mecenazgo en España

Para finalizar, no podemos evitar hacer mención al estado de este debate en España. Para su documentación nos basaremos en la *Proposición de Ley de modificación de la Ley 49/2002 de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo* presentada por el Grupo Parlamentario Popular, cuando aún estaba en la oposición, en el Congreso de los diputados el 28 de enero de 2011 así como en el debate parlamentario que tuvo

lugar en torno a la citada Proposición de Ley el 22 de marzo de ese mismo año, presentada por el actual¹⁰ Secretario de Estado de Cultura José María Lassalle.

En la exposición de motivos de tal Proposición de Ley se menciona, en primer lugar, las divergencias entre el tratamiento fiscal al mecenazgo en España respecto a otros Estados europeos. Así, según la vigente Ley de mecenazgo española, los porcentajes de deducción son del 35% para las entidades sujetas al Impuesto de Sociedades y del 25% para las personas sujetas al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Se señala que en Francia los incentivos fiscales el 60% para la desgravación en la cuota para las empresas y entre el 66 y el 75% para las personas físicas. Que en Italia, dependiendo del tipo de donación, la desgravación puede alcanzar el 100%. Que en Alemania, las personas físicas se deducen el total de las donaciones hasta un máximo equivalente al 20% total de los ingresos del ejercicio. Y se hace mención expresa al contexto de la crisis económica: “En un contexto de crisis económica, en la que los primeros sectores perjudicados son los que resultan menos rentables y más dependientes de la ayuda externa, se hace evidente la urgencia de revisar la ley de mecenazgo, potenciando a través de medidas fiscales y de otra índole el incremento de la sociedad civil en el desarrollo de actividades de mecenazgo así como de responsabilidad social corporativa” (Grupo Parlamentario Popular, 2011).

En el articulado de la Proposición de Ley —que, probablemente sirva como base para la redacción de la nueva Ley de Mecenazgo por parte del nuevo Gobierno del Partido Popular, que redactó tal Proposición de Ley en la oposición, y cuyo ponente fue el citado José María Lassalle— se mencionan los principales cambios, entre los que, además de la creación del Observatorio del Mecenazgo para impulsar el arte joven y el Premio Nacional de Mecenazgo (art. 10), figuran la modificación de los límites de las deducciones, alcanzándose el 60% (desde el 35% actual) para el caso de las empresas con un límite que pasa del 10% al 15% (art. 5º) o el 50% para otras actividades culturales principalmente vinculadas al patrimonio (art. 7º) y, para el caso de las personas físicas, modificándose el límite actual del 25% sobre el valor de la donación hasta el 70% a deducir de la cuota íntegra con un límite que pasa del 10% al 20% (art. 4º).

La propuesta fue en su momento (22 de marzo de 2011) rechazada, ya que sólo obtuvo el apoyo, además del grupo proponente, de Coalición Canaria y la abstención de *Convergència i Unió* (CiU), principal partido en número de votos que representa los intereses nacionalistas de Cataluña. Sin embargo, el debate celebrado en el pleno del Congreso resulta, hasta la presentación de la nueva Ley, de gran interés para conocer los argumentos a favor y en contra de una propuesta como esta. En ese debate, el mencionado Secretario de Estado de Cultura, José María Lassalle y entonces diputado en la oposición del Grupo

¹⁰ Con la llegada del Partido Popular al Gobierno de España, José María Lassalle fue nombrado Secretario de Estado de Cultura el 23 de diciembre de 2011, cargo que ostenta en el momento de finalizar la redacción de este artículo (Septiembre de 2013).

Parlamentario Popular decía lo que sigue: “La proposición de ley que hoy presentamos supone, a nuestro modesto entender, un cambio de orientación estratégica en lo relativo a la política cultural. Hasta el momento, la política cultural de nuestro país ha girado alrededor de la subvención pública y a un intervencionismo público que ha protagonizado el Estado, las comunidades autónomas y los municipios. Hoy tenemos la oportunidad de introducir un cambio estratégico en el eje de gravedad de la política cultural. En primer lugar, atribuyendo a la sociedad civil el protagonismo, no solo en el hecho decisorio que sustenta la política cultural, sino al propio desarrollo de esta. Y, en segundo lugar, colocando a la libertad creativa y al estímulo de los emprendedores creativos como los soportes conceptuales de un nuevo diseño, insisto, de política cultural” (Lassalle, 2011:1).

En el debate surgieron algunos de los argumentos mencionados en las páginas anteriores de este documento. La diputada Nuria Buenaventura, de *Iniciativa per Catalunya* (ICV) mostró su oposición a la propuesta mencionando, por un lado, los efectos negativos que tendría tal reforma sobre la recaudación de impuestos en un contexto de déficit público y, por otro lado, exponiendo ciertas reticencias sobre el hecho de que tal reforma favorezca especialmente a las grandes empresas que, mediante sus propias fundaciones e incluso colecciones artísticas, detraigan ingresos públicos. El diputado Josep Sánchez, de CiU planteó en contra de la propuesta el hecho de que ésta se limite al entorno artístico y cultural, dejando de lado sectores como la investigación, la salud, la educación, la asistencia social, etc. (Sánchez i Llibre, 2011: 8-9): Desde el Partido Socialista, entonces en el Gobierno, la diputada María Monserrat Colldeforns i Sol rechazó la proposición en primer lugar argumentando que el propio Partido Socialista estaba trabajando en una nueva Ley de Mecenazgo. En segundo lugar, mencionó el hecho de que tal reforma debe hacerse extensiva a otros sectores además del cultural. También aparece en su argumento la ya citada pérdida de ingresos para las administraciones públicas sin una contrapartida clara en la creación de empleo. Y, finalmente, la crítica a la *privatización* o *mercantilización* de la intervención pública en el sector cultural consistente en dejar en manos de los mecenas, de las empresas, las decisiones sobre las aportaciones de unos fondos que, en cualquier caso, tendrían como consecuencia “menores dotaciones para asignar recursos a otras entidades según los deseos de una mayoría democrática en los Parlamentos” (Colldeforns i Sol, 2011: 6).

Desde entonces, y ya con el Partido Popular al frente del Gobierno español (con mayoría absoluta parlamentaria), la Ley de Mecenazgo ha constituido un constante anuncio, del cual sólo se tiene noticia de la inclusión en la misma de otras actividades (investigación) pero que, en los delicados momentos presupuestarios, con constantes ajustes de gasto y perspectivas negativas de ingresos, seguro que está siendo objeto de fuertes debates internos en el mismo Gobierno.

V. UN APUNTE Y UN FINAL

Cuando en las páginas iniciales del documento hacíamos mención a la *tripod economy* nos referíamos al hecho de que la financiación del sector de la cultura y las artes se sustenta en tres pilares: la financiación pública, la financiación privada y los ingresos vía mercado. En este documento, hemos analizado con detalle, en primer lugar, las características económicas de la cultura y, principalmente, su dimensión económica, ya que gracias a los diferentes estudios macroeconómicos se ha evidenciado que este sector aporta una parte importante al Producto Interior Bruto y al empleo en las economías nacionales. Sin embargo, pese a tal importancia, la financiación del mismo resulta problemática. Es por esos problemas por lo que, desde la Economía, se justifica la existencia de la financiación pública de la cultura y las artes, cuyos argumentos han quedado suficientemente explicados aquí. Es, sin duda, por algunos de esos problemas pero también por sus particularidades (valor simbólico, públicos determinados, etc.) por lo que también resulta objeto de financiación por parte del sector privado fuera del mercado, lo que hemos llamado, casi siempre en cursiva *filantropía*¹¹. Nos ha quedado por estudiar, como fuente de financiación, el propio mercado. Mercado que, para el caso del Reino Unido, supone el 38% del total de la financiación.

Analizar los mecanismos de financiación de mercado —cómo mejorar las ventas, cómo determinar las estructuras de coste y de precios teniendo en cuenta las particularidades de las organizaciones culturales, cómo utilizar determinados mecanismos del marketing, etc.— supera de largo los objetivos —y los límites— de este documento. Sin embargo, no queremos darlo por concluido sin hacer, al menos, una mención rápida a los efectos del nuevo paradigma tecnológico sobre el mercado de la cultura. Nos estamos refiriendo a las potencialidades del entorno 2.0 para, por un lado, desarrollar acciones de creación de públicos que nos permitan, además de generar más ingresos, hacer crecer la influencia y presencia de las organizaciones culturales en las diferentes comunidades, ahondando en el objetivo de democratización del acceso a la cultura, diversificando audiencias. Por otro lado, las nuevas tecnologías permiten el desarrollo de economías de nicho, modelos de negocio muy especializados que gracias a los efectos de las nuevas tecnologías sobre la reducción de costes y, sobre todo, de acceso a la demanda global, pueden suponer la supervivencia de organizaciones vía mercado que, en otro momento tecnológico, serían probablemente inviables (Anderson, 2007: 17-23).

¹¹ Pedro Vives, en su *Glosario Crítico de Gestión Cultural* (VIVES, 2007: 230) afirma: "Como quiera que se haya adaptado a sucesivas coyunturas, el mecenazgo no es ni filantrópico, ni altruista, ni redistribuidor, como en ocasiones se describe, sino más bien un mecanismo de acumulación. En su trayectoria socio-económica el mecenazgo ha agudizado su carácter instrumental para el coleccionismo en su sentido capitalista y, sobre esa base, para el prestigio familiar, institucional o empresarial en las sociedades occidentales".

Además, el nuevo modelo tecnológico trae nuevos usos y nuevas estrategias, entre las que se encuentra el aparente precio cero: la gratuidad. Gratuidad como elemento controvertido (*La gratuidad es el robo*, titula Denis Olivennes a su ensayo de 2008) y gratuidad como elemento estratégico (*Gratis, el futuro de un precio radical* de Anderson, 2009). Por otro lado, el entorno 2.0 parece que elimina cualquier límite para el contacto directo de la organización cultural con su público potencial, y entre esos límites que han explotado se encuentra el de la financiación. El *micromecenazgo* o *crowdfunding* que, en estos momentos de falta de recursos financieros aparece, con sus problemas¹², como la tabla de salvación para pequeños —y no tan pequeños— proyectos culturales.

Todas estas cuestiones forman parte del debate sobre la financiación del sector cultural, debate que, por momentos, se hace más crudo. Cuando hablábamos de las herramientas fiscales para el desarrollo de políticas culturales no hicimos mención al Impuesto sobre el Valor Añadido aplicable a los productos y servicios culturales.

O' Hagan afirma que “en Europa la intención es tener un tipo de IVA más bajo para el sector de las artes, ya que la Sexta Directiva del Consejo Europeo de 1977 comprometía a los Estados miembros a que el teatro, los conciertos y otros actos culturales estuvieran exentos de este impuesto por razones de interés público” (O' Hagan, 2005: 114-115). Durante el verano de 2012, asistimos en España al cambio del tipo de IVA aplicable a los bienes y servicios culturales, que pasaron del 8% anterior al 21%, lo que ha supuesto una serie de efectos directos negativos sobre la financiación de los proyectos culturales (o las empresas asumen el incremento, lo que supondría una disminución directa de los ingresos obtenidos a través de la venta de entradas, o el incremento de los precios afectará negativamente a la demanda, causando una mayor recesión en el sector cultural). Los primeros datos de los que se disponen confirman los efectos negativos sobre el sector. Así, los sectores afectados por este cambio impositivo mostraron en 2012 reducciones netas de la recaudación obtenida en taquilla, descenso que se suma al generado por la situación de crisis económica en España acumulado desde 2009. En este sentido, los descensos acumulados en la taquilla desde entonces y hasta el 2012 llegan al 22% en las artes escénicas, al 15% en música clásica (desde 2008), al 13,4% en música popular en vivo (desde 2009) y al 9,7% en el caso del cine (Fundación Autor, 2013. 5-6).

Es, precisamente, en el contexto descrito a lo largo de este artículo donde el volumen económico generado por la remuneración correspondiente de

¹² Recomendamos consultar el proyecto del músico gallego Miguel Prado *Grotesque position*, proyecto de *crowdfunding* que constituye en sí mismo una reflexión sobre este método de financiación: el propio artista, llevando al extremo las consecuencias del accionariado y la propiedad, pone un precio a la destrucción del proyecto, precio que, de ser pagado por un *micromecenas*, le daría el derecho de destruir el mismo, quedando tan sólo los residuos de tal destrucción como documentación de la existencia del proyecto. www.verkami.com/projects/1292-nzmbegrotesqueposition.

los derechos de autor aparece como una fuente imprescindible de recursos de financiación para los propios proyectos culturales. Así, a nivel mundial y con cifras procedentes de la Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores, CISAC, la facturación por licencias emitidas en concepto de ingresos por el derecho de autor supuso, en el año 2011, un total de 7.600 millones de euros (CISAC, 2012: 3). Sólo en España, y siguiendo con datos de 2011, los ingresos sociales generados por las ocho entidades de gestión colectiva de derechos de autor y conexos (SGAE, AIE, AISGE, AGEDI, EGEDA, CEDRO, VEGAP y DAMA) supusieron un total de 490,6 millones de euros (MECD, 2012. 5.1). Si ponemos esta cifra en relación con la correspondiente a lo que denominamos en el apartado 4.4 de este artículo contribuciones filantrópicas para las artes en el Reino Unido en 2010 (658 millones de libras, o, expresado en euros, unos 755 millones de euros), podemos comprobar la importancia que tienen los derechos de autor a efectos económicos. Desde este punto de vista, y dentro del debate sobre financiación de la cultura, la legislación sobre derecho de autor debe considerarse una herramienta fundamental de política cultural, una pieza relevante en el complejo sistema de la financiación de la cultura.

BIBLIOGRAFÍA

- ANDERSON, Chris, *La economía long tail*, Barcelona, Urano, 2007.
Gratis. El futuro de un precio radical, Barcelona, Urano, 2009.
- BAUMOL, William J. - BOWEN, William G., *Performing Arts-The Economic Dilemma*, New York City, The Twentieth Century Found, 1966.
- BUAINAIN, Antonio M., *Estudio sobre la importancia económica de las industrias y actividades protegidas por el derecho de autor y los derechos conexos en los países de Mercosur y Chile*, Buenos Aires, OMPI, 2001.
- CISAC, *En busca de crecimiento. Derechos de autor en 2011, 2012*; www.cisac.org.
- CUMMINGS, Milton C. - SCHUSTER, Mark D., *Who's to Pay for the Arts*, New York. American Council for the Arts Books, 1989.
- COLLDEFORN I SOL, María Monserrat, "Acta del debate parlamentario sobre la toma en consideración de proposiciones de ley", Madrid, Congreso de los Diputados, 22/3/2011.
- GALBRAITH, John K., *The Liberal Hour*, London, Hamish Hamilton, 1960.
- GRUPO PARLAMENTARIO POPULAR, *Proposición de ley 122/000264 de Modificación de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de Régimen Fiscal de las Entidades Sin Fines Lucrativos y de los Incentivos Fiscales al Mece-nazgo*, Madrid, Boletín Oficial de las Cortes Generales, 28/1/2011.
- FERNÁNDEZ BLANCO, Víctor - GUTIÉRREZ DEL CASTILLO, Rubén, "Competitiveness and Cost Disease in the Cultural Sector in Spain", XVI Congreso Internacional de Economía de la Cultura, Kyoto, junio de 2012.

- FREY, Bruno S., “El apoyo público a las artes”, en TOWSE, Ruth, *Manual de economía de la cultura*, Madrid, Fundación Autor, 2005, pp. 71-85.
- FUNDACIÓN AUTOR, *Anuario SGAE de las Artes Escénicas, musicales y audiovisuales*, Resumen ejecutivo, Madrid, Fundación Autor, 2013, pp. 5-6.
- GRAMPP, William D., *Arte, inversión y mecenazgo*, Barcelona, Ariel, 1991.
- GIVING USA, *The Annual Report on Philanthropy for the year 2011*, Chicago, Giving USA Foundation, 2012.
- HARVEY, Edwin, *La financiación de la cultura y las artes. Iberoamérica en el contexto internacional*, Madrid, Fundación Autor, 2003.
- Política y financiación pública de la cinematografía. Países iberoamericanos en el contexto internacional*, Madrid, Fundación Autor, 2005/2006.
- HEILBRUN, James - GREY, Charles M., *The Economic of Arts and Culture*. Cambridge, Cambridge University Press, 1993.
- JEVONS, William S., “The Use and Abuse of Museums”, en JEVONS, William S., *Methods of Social Reform and Other Papers*, London, Macmillan, 1883; oll.libertyfund.org/?option=com_staticxt&staticfile=show.php%3Ftitle=316&chapter=9815&layout=html&Itemid=27.
- KEA, *The Impact of Culture on Creativity*, Bruselas, Comisión Europea, 2009.
- KIRCHBERG, Volker, “El patrocinio empresarial de las artes”, en TOWSE, Ruth, *Manual de economía de la cultura*, Madrid, Fundación Autor, 2005, pp. 639-652.
- LASSALLE, José M., “Acta del debate parlamentario sobre la toma en consideración de proposiciones de ley”, Congreso de los Diputados, Madrid, 22/3/2011.
- LASUÉN, José R. - ARANZADI DEL CERRO, Javier, *El crecimiento económico y las artes*, Madrid, Fundación Autor, 2002.
- MCU, *Cuenta Satélite de la Cultura en España*, Madrid, Ministerio de Cultura, 2011.
- Anuario de Estadísticas Culturales*, Madrid, Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, 2011.
- MECD, *Anuario de Estadísticas Culturales*, Madrid, Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, 2012.
- MERMIRI, Tina, “Private investment in culture: the sector in and post recession”, en: *Cultural Trends*, vol. 20, ns. 3-4, London, Routledge, September-December 2011, pp. 257-269.
- MOORE, Thomas G., *The Economics of American Theater*, Durham, Duke University Press, 1968.
- NORTH, Douglas C., *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge University Press, 1990.
- O’HAGAN, John - HARVEY, David, “Why do Companies Sponsors Arts Events? Some Evidence and a Proposed Classification”, en *Journal of Cultural Economics*, Kluwer, n. 24, 2000, pp. 205-224.

- O'HAGAN, John, "Los beneficios fiscales", en TOWSE, Ruth, *Manual de economía de la cultura*, Madrid, Fundación Autor, 2005, pp. 107-116.
- OLIVENNES, Denis, *La gratuidad es el robo*, Madrid, FNAC, 2008.
- OMPI, *Wipo Studies on the Economic Contribution of the Copyright Industries*, Ginebra, OMPI-WIPO, 2012.
- PEACOCK, Alan - RIZZO, Ilde, *Cultural Economics and Cultural Policies*, Dordrecht, Kluwer Academic, 1994.
- PIEDRAS, Ernesto, *¿Cuánto vale la cultura? Contribución económica de las industrias protegidas por el derecho de autor en México*, Ciudad de México, Conaculta, 2004.
- POMMERHNE, Werner W. - FREY, Bruno S., *Muses and Markets*, Oxford, Basil Blackwell, 1990.
- PRIETO DE PEDRO, Jesús, *Cultura, culturas y constitución*, Madrid, Centro de Estudios Culturales, 1995.
- RIFKIN, Jeremy, "Un nuevo actor en la escena global", *El País*, 4/7/2001.
- ROBBINS, Lionel, *Politics and Economics*, London, St Martin's Press, 1963.
- SÁNCHEZ, Josep, "Acta del debate parlamentario sobre la toma en consideración de proposiciones de ley", Congreso de los Diputados, Madrid, 22/3/2011.
- SAMUELSON, Paul, *Economía*, Madrid, Mc Graw Hill, 1990.
- THROSBY, David - WITHERS, Glenn, A., *The Economics of the Performing Arts*, New York, St. Martin's Press, 1979.
- THROSBY, David - WITHERS, Glenn A., "Measuring the Demand for the Arts as a Public Good: Theory and Empirical Results", en SHANAHAN, James L. et al. (eds), *Economic Support for the Arts*, Akron, Association for Cultural Economics, 1983.
- TOWSE, Ruth, "Achieving Public Policy Objectives in the Arts and Heritage", en PEACOCK, A. - RIZZO, I. (eds.), *Cultural Economics and Cultural Policies*, Dordrecht Kluwer Academic Publishers, 1994.
- URRUTIA, Juan, "Economía de la cultura", en MINISTERIO DE INDUSTRIA, *Economía Industrial*, n. 267, Madrid, 1989, pp. 25-44.
- VIVES, Pedro, *Glosario crítico de gestión cultural*, Granada, Comares, 2007.
- WEBER, Max, *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, Madrid, Alianza, 2004.

ACERCA DE LA RESPONSABILIDAD POR LAS INFRACCIONES AL DERECHO DE AUTOR EN INTERNET

Por ALEJO BARRENECHEA*

I. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo abordaremos la problemática que representa la determinación y atribución de responsabilidad por las infracciones al derecho de autor en Internet.

Al respecto, prestaremos especial atención a la situación de los proveedores de servicios de Internet (ISP) dado el relevante rol que éstos cumplen.

Para ello, estudiaremos las diferentes posturas asumidas a fin de identificar los ejes centrales del debate.

A su vez, analizaremos brevemente algunos esfuerzos normativos tendientes a regular la cuestión que, aunque con distinto tratamiento o enfoque, intentan dar cuenta de este particular momento.

Finalmente, haremos referencia a una serie de pronunciamientos judiciales, del ámbito local e internacional, que han resuelto los planteos presentados fijando algunos parámetros sobre la cuestión.

Es que esta nueva realidad produce una influencia recíproca, que se retroalimenta, en tres aspectos de la realidad: el de la utilización autorizada y no autorizada de obras (nuevos actores, usos y modelos de negocios), el de las normas y el de los fallos dictados por los tribunales.

Todo esto ya que entendemos que, si bien todavía no se distingue con claridad el límite o frontera de esta nueva realidad, en el sentido de que todavía estamos en pleno proceso de cambio y evolución, las consecuencias que esta situación plantea al derecho de autor tornan relevante su planteo, análisis y discusión.

* Abogado, UBA (1993). Especialista en propiedad intelectual. Docente en distintas universidades e instituciones. Secretario del Instituto de Derecho de las Comunicaciones y Derecho de Autor del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal. Vicepresidente por la Argentina del Instituto Interamericano de Derecho de Autor. Abogado de AADI CAPIF, ACR.

Al respecto, resultan aplicables las palabras de Delia Lipszyc, cuando sostiene que “En materia de difusión de obras y prestaciones tuteladas por el derecho de autor y conexos por Internet, donde los cambios se producen tan rápidamente, las conclusiones no pueden ser más que provisorias. Escribir sobre el tema es como hacer el mapa de un continente en continua formación”¹.

II. EL NUEVO CONTEXTO TECNOLÓGICO

El actual contexto tecnológico representa un desafío para el derecho de autor, tanto para su ejercicio y gestión como para su efectiva tutela.

Es que al fenómeno de la digitalización, que ha permitido la desmaterialización de los soportes (e involucra, entre otras posibilidades, la realización de copias digitales idénticas a los originales, sin pérdida de calidad), y de las redes de telecomunicaciones (que comunican en tiempo real a usuarios situados en territorios distintos, e incluso muy distantes), hay que agregar la velocidad y capacidad de las transferencias que aumenta día a día, lo que permite el acceso y la difusión más amplia de todo tipo de contenidos protegidos por el derecho de autor, entre otros bienes jurídicamente tutelados.

Cabe recordar que en el entorno analógico, el derecho de autor se estructuró buscando mantener un cierto equilibrio entre los autores (que quieren ejercer plenamente los derechos que la ley les reconoce sobre sus obras) y el público (que desea acceder con la mayor amplitud a las creaciones), con el objetivo de contribuir y fomentar la actividad creativa.

A su vez, con un rol no menos relevante, se encontraban quienes podríamos considerar intermediarios, y que con su actividad contribuían a la difusión y explotación de las obras (editores, productores fonográficos, empresarios vinculados al entretenimiento y los medios, etc.).

El derecho se instrumentó, entonces, sobre la base del reconocimiento de una serie de facultades exclusivas, aunque con un doble componente, los *derechos morales* (relacionados con la personalidad del autor)² y los *derechos patrimoniales* (vinculados con la explotación de la obra)³.

El proceso creativo muchas veces estaba condicionado por los costos de producción (pensemos por ejemplo en las producciones audiovisuales, grabaciones musicales, etc.), lo que en algunos casos representaba un limitante para

¹ LIPSYC, Delia, *Nuevos temas de derecho de autor y derechos conexos*, Buenos Aires, UNESCO/CERLALC/ - Zavalía, 2004, p. 450.

² Derechos morales. Sólo los expresamente reconocidos en la ley. Divulgación o inédito, integridad, paternidad.

³ Derechos patrimoniales. Hay tantos como formas de explotación de la obra puedan existir. Se pueden englobar en los derechos de reproducción, distribución, transformación y comunicación pública (incluyendo las nuevas modalidades de puesta a disposición del público interactiva).

los autores, y un factor fundamental en términos de modelo de negocio y su correspondiente rendimiento comercial, etc.

En la actualidad, nuevos actores, tanto desde el lado de los creadores como del público y de los intermediarios, participan de diferente modo de la creación, explotación y/o circulación de bienes protegidos por el derecho de autor.

Asimismo, el acceso a los medios de producción de contenidos se ha democratizado y generalizado, de modo que ya no tiene la dificultad de otras épocas, lo que ha permitido que sean más las personas que puedan crear con los estándares de calidad técnica, etc. que el mercado requiere.

A esto debe sumarse el fenómeno de la interactividad, que ha posibilitado que toda una nueva generación participe del proceso creativo, aunque en algunos casos no tengan conciencia de su rol de creadores o de colaboradores.

Por otra parte, los antiguos intermediarios han debido reajustar su rol y actividad, al tiempo que ha surgido una nueva generación de éstos, que contribuyen a la explotación y difusión de las obras pero que, a diferencia de lo que sucedía en el entorno analógico, poco o nada hacen para fomentar el desarrollo de la actividad creativa.

También ha afectado la tradicional forma de explotación de las obras, en la mayoría de los casos ligada anteriormente en forma preeminente a la distribución de ejemplares físicos (libros, discos, etc.).

El acceso a contenidos protegidos por el derecho de autor involucra modalidades totalmente impensadas hace unos pocos años. Así, por ejemplo, *streaming*, *webcasting*, *simulcasting* son nuevas formas de difusión de obras que han alterado las pautas de comportamiento por parte del público y de los difusores de obras. También la venta de música en línea, los *ebooks*, *itunes*, etc. modifican el modelo tradicional de la explotación de obras.

Esto tiene notables consecuencias en el campo de las infracciones, es decir de todos aquellos usos de la totalidad o de parte de una obra sin el consentimiento de su autor o titular, lo cual incluye lo que la doctrina ha denominado *piratería*.

Si bien, tradicionalmente se identificaba a la piratería como la reproducción no autorizada a escala comercial de ejemplares físicos de obras protegidas (podía involucrar también la falsificación), en la actualidad se le otorga un sentido más amplio, esto es comprendiendo a la reproducción no autorizada en forma digital, incluyendo su difusión por Internet⁴.

⁴ Como explica Carlos Fernández Ballesteros, fue el Acuerdo sobre los ADPIC, en su nota 14 al art. 51 el que precisa la nueva caracterización de la piratería al establecer que “(b) se entenderá por ‘mercancías pirata que lesionan el derecho de autor’ cualesquiera copias hechas sin el consentimiento del titular del derecho o de una persona debidamente autorizada por él...”. FERNÁNDEZ BALLESTEROS, Carlos, “Tendencias actuales en la prevención y represión de la piratería en el medio digital”, en *Boletín Informativo IIDA*, octubre de 2012, p. 4.

Como consecuencia de esto, y en lo que hace al presente trabajo, surge como necesario estudiar la responsabilidad sobre las infracciones que se pueden producir en este nuevo contexto.

Y así, el tema toma su mayor complejidad cuando se analiza la posible responsabilidad por los actos generados por terceros, como sucede con los proveedores de servicios de Internet (ISP).

Todo esto se encuentra inmerso en un contexto cultural en donde se propicia la más amplia libertad y la neutralidad tecnológica.

Ahora bien, estos valores, sobre los que es fácil coincidir, no importan propiciar una desregulación total de la materia, o que los principios que históricamente le han dado sustento hayan perdido su razón de ser.

De lo que se trata, en definitiva, es de restablecer el equilibrio que mencionábamos al inicio, en el sentido de comprender que el derecho de autor es una herramienta de fomento de la actividad creativa y no un obstáculo tal como injustificadamente se ha llegado a esgrimir.

III. LOS NUEVOS ACTORES: LOS PROVEEDORES DE SERVICIOS DE INTERNET (ISP)

En el tráfico existente en Internet, el material protegido por el derecho de autor tiene un protagonismo fundamental.

Los derechos de autor involucrados son, el derecho de reproducción (fijación de la obra en un soporte material, lo cual también incluye el almacenamiento digital en un soporte electrónico) y la comunicación al público (acto por el cual una pluralidad de personas que exceden el ámbito familiar, pueden acceder a todo o parte de una obra, por medios distintos a la distribución de ejemplares), comprensivo del derecho de puesta a disposición interactivo (cuando el acto de comunicación es accesible al público en el momento y lugar que éste decida, incluyendo, en algunos casos, la posibilidad de obtener un ejemplar de la obra).

Ahora bien, no todos los nuevos actores juegan el mismo papel en la utilización de obras, y esto es fundamental a los fines de determinar su eventual responsabilidad.

A continuación, realizamos una breve enumeración de los que hasta aquí venimos mencionando como nuevos actores:

1. Proveedor de contenido

Es quien genera o selecciona y publica determinado contenido en una página en Internet. En lo que a este trabajo importa, todo o parte de una obra intelectual (fotografía, música, audiovisual, literaria, etc.).

2. Proveedores de servicios

Son intermediarios que con diferente grado de participación, transmiten y/o permiten que el contenido publicado por un proveedor de contenido, resulte accesible por terceros a través de las redes informáticas. Dentro de esta categoría incluimos a los siguientes:

a) *Proveedor de servicios de Internet (Internet Service Provider - ISP)*. Es quien permite la conexión de usuarios a través de la red, y además puede brindar al proveedor de contenidos un espacio en su servidor donde alojar el material que éste suba.

b) *Proveedor de acceso a Internet (Internet Acces Provider - IAP)*. Es uno de los tipos de ISP que posibilitan la conexión a Internet por diferentes medios técnicos.

c) *Proveedor de alojamiento (Host Service Provider - HSP)*. Es quien brinda alojamiento de contenidos, en servidores propios o ajenos, a los que se accede a través de los ISP o IAP, y permiten que éstos sean disponibles en Internet.

d) *Operador de servicios web*. Es quien otorga medios y/o espacios para que los usuarios puedan intercambiar o encontrar información y demás contenidos.

- *Buscadores*. Tienen por función indexar los contenidos que se encuentran en la web (por ejemplo *Google, Yahoo, etc.*) para facilitar a los usuarios su búsqueda mediante la utilización de palabras claves, etc., pero que para acceder a esos contenidos se debe dejar el sitio del buscador.
- *Redes sociales*. Comunidades virtuales donde los participantes comparten información, comentarios, e incluso material protegido (por ejemplo *YouTube, Facebook, etc.*).

3. Proveedor de red

Quien suministra la infraestructura técnica y que permite que el acto de comunicación se complete.

4. Fabricantes de equipos

Aquellos que fabrican y comercializan dispositivos técnicos que permiten la accesibilidad de los contenidos por parte de los usuarios.

IV. RESPONSABILIDAD

En este orden de consideraciones, es distinta la responsabilidad de cada uno de estos participantes, por las infracciones cometidas por terceros.

Resulta claro que el *proveedor de contenido* tiene responsabilidad subjetiva (directa) si sube material protegido sin la correspondiente autorización del autor o titular del derecho.

Por su parte, los *proveedores de servicios de Internet*, si bien no suben contenidos ni toman la decisión de difundirlos, tienen participación directa en su difusión lo que obliga a distinguir en qué consiste ésta para determinar su grado de responsabilidad⁵.

Así se discute en torno al tipo de responsabilidad (subjetiva u objetiva) y, en su caso, a los requisitos que se deben presentar para su atribución.

Por un lado, hay una corriente que intenta la aplicación de responsabilidad objetiva, en los términos del art. 1113 del Código Civil, pues tienen obligación de responder por los daños causados por las cosas riesgosas⁶.

Encontramos, entre otros, el antecedente en lo resuelto en autos “S. M. y L. E. M. de M. v. Jujuy Digital y/o Jujuy.com y O. L. s/daños y perjuicios”⁷.

Por el otro, se menciona la responsabilidad subjetiva, establecida en el art. 1109 del Código Civil⁸.

Cabe recordar que los presupuestos de atribución de este tipo de responsabilidad son, la existencia de daño, que se cumplan las condiciones de causalidad, que el obrar sea ilícito y que haya culpa o dolo en el agente.

Quienes sostienen la responsabilidad de los ISP, la fundamentan en el desarrollo profesional de la actividad que realizan, el provecho que de ésta obtienen (aunque el ánimo de lucro o el éxito comercial del emprendimiento no debería ser requisito al efecto), las posibilidades de control, la previsibilidad de la existencia de infracciones, entre otros.

De algún modo es como si se realizara un paralelismo con la responsabilidad que tiene el editor respecto de los contenidos publicados en el mundo analógico.

Establecer esta responsabilidad tiene ventajas prácticas ya que estos intermediarios, usualmente poseen una mayor solvencia y es más fácil su ubicación,

⁵ “No puede negarse, sin embargo, que desde un punto estrictamente fáctico, y por tanto sin que ello entrañe ahora ninguna clase de valoración o reproche jurídico de su conducta, mediante la prestación de sus servicios cooperan a la infracción de los derechos de propiedad intelectual ajenos cometidas por sus clientes”. MASSAGUER FUENTES, José, “La responsabilidad de los prestadores de servicios en línea por las infracciones al derecho de autor y los derechos conexos en el ámbito digital”, en el libro memoria del IV Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, Panamá, 2002, p. 273.

⁶ Art. 1113. La obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado. En los supuestos de daños causados con las cosas, el dueño o guardián, para eximirse de responsabilidad, deberá demostrar que de su parte no hubo culpa; pero si el daño hubiere sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder. Si la cosa hubiese sido usada contra la voluntad expresa o presunta del dueño o guardián, no será responsable.

⁷ C. Civ. y Com. Jujuy, sala 1ª, 30/6/2004, SJA del 17/11/2004.

⁸ Art. 1109. Todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio. Esta obligación es regida por las mismas disposiciones relativas a los delitos del derecho civil. Cuando por efecto de la solidaridad derivada del hecho uno de los coautores hubiere indemnizado una parte mayor que la que le corresponde, podrá ejercer la acción de reintegro.

a diferencia de lo que sucede con los proveedores de contenido, que se escudan en el anonimato y en las dificultades técnicas y jurídicas para su identificación, así como por el hecho de tratarse en algunos supuestos de un punto de convergencia o centralización de información.

Veamos entonces los ejes del debate:

1. Conocimiento o manipulación de los contenidos

Si el intermediario tiene conocimiento, o si modifica o manipula de algún modo los contenidos, será responsable por dicha actividad.

Así, los denominados buscadores o motores de búsqueda no responderían por las infracciones de sitios a los que dirijan las respuestas a las búsquedas que reciben, en forma automatizada, a excepción de que tengan conocimiento de que la actividad o información a la que remiten o recomiendan es ilícita o lesiona bienes o derechos de terceros.

Del mismo modo, si el proveedor de servicios, por ejemplo de *hosting*, promueve o impulsa la comisión de las infracciones, la responsabilidad es subjetiva.

El fundamento es el control de la actividad y el aprovechamiento que de esta actividad obtienen.

2. Sin conocimiento. ¿Obligación de control?

Si, en cambio, el intermediario no tiene conocimiento de la infracción efectuada por terceros, se discute la obligación o no de efectuar acciones que le permitan tenerlo.

En caso afirmativo, se entiende que deben realizar búsquedas activas y/o implementar filtros técnicos que permitan controlar el material difundido, alojado, etc.

A su vez, deberá ser efectuado con carácter previo, esto es, sin necesidad de notificación por parte de los titulares de derechos afectados. Es de señalar que existen en la actualidad algunos esfuerzos al respecto, que implican la adopción de medidas voluntarias de protección, por ejemplo el sistema *ID Content* desarrollado por *YouTube*, que si bien no solucionan definitivamente el problema por lo menos intentan minimizar sus consecuencias.

Es que, en orden a la previsibilidad de la comisión de infracciones se sostiene la razonabilidad de imponer la obligación de arbitrar medidas tendientes a tomar ese conocimiento, sin requerir de la notificación del titular de los derechos lesionados, para que su obrar no sea calificado de negligente.

En sentido contrario, quienes rechazan este tipo de responsabilidad de los proveedores de servicios de Internet, argumentan que es impropio atribuir la a quienes no tienen bajo control la infracción, por estricta aplicación de los

criterios que tornan procedente la responsabilidad extracontractual (relación de causalidad).

Ello, por cuanto su actividad se limita al desarrollo, utilización y puesta a disposición del público de una tecnología que no es en sí misma una infracción, y que en los hechos es igualmente utilizada para fines lícitos.

Asimismo, el rechazo a este tipo de supervisión o control previo está en que podría afectar la intimidad y la confidencialidad, lo que resulta violatorio de garantías constitucionalmente reconocidas.

Agregan también la dificultad técnica y su elevado costo (aunque sin brindar precisiones), y los perjuicios que pueden representar para la libre circulación de material lícito, incluido el derecho a la libertad de expresión, de información, etc.

3. Sin conocimiento ¿necesidad de notificación?

En caso de no tener conocimiento, y al no existir la obligación del monitoreo debe haber una notificación previa.

Entonces, la pregunta que surge es si basta con la comunicación de la parte interesada, o la orden de limitar el acceso al contenido en infracción debe provenir de una autoridad competente.

Y en este último caso, ¿es ésta una autoridad judicial o una administrativa alcanza?

Desde una postura se pretende sustituir la competencia judicial, la que resulta en general más lenta y se considera que no siempre está suficientemente calificada para evaluar las infracciones, por instancias administrativas especializadas que en definitiva resulten más operativas y que puedan dar respuesta más rápida y eficiente en el caso concreto.

En cambio, quienes rechazan esta posibilidad, cuestionan que la facultad que le compete a un juez (quien controlará en debida forma, entre otras cosas, que se den los presupuestos legales para el dictado de medidas contra los eventuales infractores) sea concedida a organismos gubernamentales, que no garanticen adecuadamente los derechos de todos los involucrados, incluidos los de la comunidad, y que esto puede favorecer la comisión de abusos y el avasallamiento de derechos fundamentales.

4. ¿Qué obligación surge una vez que se toma conocimiento de la infracción?

La responsabilidad sólo surgirá si no se toman medidas, es decir, si el intermediario notificado no demuestra un obrar diligente tendiente a evitar que el daño continúe o se agrave.

Pero, desde otro punto de vista, ¿qué sucedería si se tomaran acciones ante una presunta lesión que no fuera tal, tanto por una errónea detección automática

mediante algún sistema de filtrado automático como por una denuncia falsa o infundada?

En este orden de consideraciones, como una alternativa entre la obligación de control y la falta de responsabilidad absoluta, parece imponerse una posición intermedia (con diferencias en su implementación) que reclama un obrar efectivo y rápido cuando estos intermediarios son debidamente alertados sobre la infracción, y se los intima a rechazar el alojamiento y la circulación del material protegido, de modo tal que si no lo hicieran serían responsables por dicha infracción, ya que no podrían argumentar en su defensa el desconocimiento o la buena fe.

Así, en caso de tener conocimiento, deben actuar con prontitud para suprimir el enlace con el sitio en infracción.

En este sentido, los tribunales estadounidenses han distinguido y aplicado los conceptos de:

Contributory infringement (infracción coadyuvante), que consiste en la responsabilidad derivada de la colaboración para la infracción producida por un tercero (infractor directo). Por parte del responsable, hay conocimiento de la actividad infractora y participación (asistencia real o inducción) en ésta.

Vicarious liability (responsabilidad indirecta). Responsabilidad que surge por la infracción producida por un tercero (infractor directo). Hay beneficio por la actividad infractora y la facultad y posibilidad de control son sus elementos principales.

Finalmente, los proveedores de acceso nunca son responsables ya que sólo son conductores de la información y/o contenidos protegidos.

V. Normativa

Ante este nuevo entorno tecnológico digital y de redes, se ha discutido y dictado una serie de normas (tratados internacionales, normas regionales o leyes nacionales) con el objeto de brindar claridad y cierto grado de certeza sobre la cuestión, que recoge algunos de los elementos anteriormente esbozados⁹.

Prueba de ello, son los textos que a modo de ejemplo se detallan a continuación:

1. TODA. Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, 1996¹⁰

Atendiendo a lo que se dio en llamar la “agenda digital”, reguló aspectos del derecho de autor en ese nuevo contexto y que no habían sido objeto de

⁹ Al 30/9/2013 en la República Argentina no cuenta con una norma que regule expresamente la responsabilidad de los ISP.

¹⁰ Tratado OMPI sobre Derecho de Autor —TODA— (1996). Ratificado por la Argentina por ley 25.140 (BO del 24/9/1999).

tratamiento en el AADPIC¹¹, y por eso se lo conoce, junto al TOIEF, como los “Tratados Internet” de la OMPI.

En su art. 8º, relativo al derecho de comunicación pública, expresa que “Sin perjuicio de lo previsto en los arts. 11.1)ii), 11bis.1)i) y ii), 11ter,1)ii), 14.1) ii) y 14 bis.1) del Convenio de Berna, los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar cualquier comunicación al público de sus obras por medios alámbricos o inalámbricos, comprendida la puesta a disposición del público de sus obras, de tal forma que los miembros del público puedan acceder a estas obras desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija”.

Asimismo, en la declaración concertada respecto del art. 1.4 expresa que “El derecho de reproducción, tal como se establece en el art. 9º del Convenio de Berna, y las excepciones permitidas en virtud del mismo, son totalmente aplicables en el entorno digital, en particular a la utilización de obras en forma digital. Queda entendido que el almacenamiento en forma digital en un soporte electrónico de una obra protegida, constituye una reproducción en el sentido del art. 9º del Convenio de Berna”.

2. *TOIEF. Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, 1996*¹²

Este tratado, concluido al mismo tiempo que el TODA, y que se refiere a los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes establece: “Art. 7º. Derecho de reproducción. Los artistas intérpretes o ejecutantes gozarán del derecho exclusivo de autorizar la reproducción directa o indirecta de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas, por cualquier procedimiento o bajo cualquier forma”. “Art. 10. Derecho de poner a disposición interpretaciones o ejecuciones fijadas. Los artistas intérpretes o ejecutantes gozarán del derecho exclusivo de autorizar la puesta a disposición del público de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas, ya sea por hilo o por medios inalámbricos de tal manera que los miembros del público puedan tener acceso a ellas desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija”. “Art. 11. Derecho de reproducción. Los productores de fonogramas gozarán del derecho exclusivo de autorizar la reproducción directa o indirecta de sus fonogramas, por cualquier procedimiento o bajo cualquier forma”. “Art. 14. Derecho de poner a disposición los fonogramas. Los productores de fonogramas gozarán del derecho exclusivo a autorizar la puesta a disposición del público de sus fonogramas ya sea por hilo o por medios

¹¹ AADPIC - Acuerdo sobre los Aspectos de la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio. Ratificado por la Argentina por ley suprimir 24.425 (BO del 5/1/1995).

¹² Tratado OMPI sobre interpretación o ejecución y fonogramas - TOIEF (1996). Ratificado por la Argentina por ley suprimir 25.140 (BO del 24/9/1999).

inalámbricos, de tal manera que los miembros del público puedan tener acceso a ellos desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija”.

3. *BTAP. Tratado de Beijing sobre interpretaciones y ejecuciones audiovisuales, 2012*¹³

Muchos años después de que el TOIEF se ocupara de los artistas intérpretes o ejecutantes musicales y los productores fonográficos en el entorno digital, se concluyó este nuevo tratado que se refiere a los derechos de los artistas intérpretes actorales.

En él se dispone en favor de los intérpretes, entre otros, el derecho de reproducción y de puesta a disposición del público interactiva, cuando establece que:

“Art. 7º. Los artistas intérpretes o ejecutantes gozarán del derecho exclusivo a autorizar la reproducción directa o indirecta de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fijaciones audiovisuales, por cualquier procedimiento o bajo cualquier forma”.

La declaración concertada relativa a ese artículo dispone que: “El derecho de reproducción, según queda establecido en el art. 7º, y las excepciones permitidas en virtud de ese artículo y de los arts. 8º a 13, se aplican plenamente al entorno digital, en particular a la utilización de interpretaciones o ejecuciones en formato digital. Queda entendido que el almacenamiento de una interpretación o ejecución protegida en formato digital en un medio electrónico constituye una reproducción en el sentido de este artículo”.

Por su parte, el art. 10 establece que “Los artistas intérpretes o ejecutantes gozarán del derecho exclusivo de autorizar la puesta a disposición del público de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas, ya sea por hilo o por medios inalámbricos de tal manera que los miembros del público puedan tener acceso a ellas desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija”.

4. *Communications Decency Act (CDA), 1996. USA*¹⁴

Fue una de las primeras normas que intentó establecer cierta regulación sobre los contenidos en Internet (no solo respecto de la propiedad intelectual). Si bien ha sido declarada parcialmente inconstitucional, es interesante observar que establece que el proveedor de servicio no puede ser tratado como un editor, y como tal responsable del material provisto por terceros¹⁵.

¹³ Al 30/9/2013 el Tratado no había entrado en vigor.

¹⁴ www.law.cornell.edu/uscode/text/47/230.

¹⁵ “No provider or user of an interactive computer service shall be treated as the publisher or speaker of any information provided by another information content provider”.

5. DMCA. Digital Millenium Copyright Act, 1998, USA¹⁶

Modifica parcialmente la *Copyright Act* de 1976, a fin de implementar los tratados de la OMPI sobre derecho de autor (TODA) y sobre interpretación o ejecución y fonogramas (TOIEF). Su regulación es vertical: sólo se aplica al *copyright*.

La limitación de responsabilidad para los proveedores de servicios derivada de esta norma, está sujeta al cumplimiento de una serie de requisitos expresamente establecidos:

a) Política de cancelación en circunstancias apropiadas de las cuentas de suscriptores o titulares de cuentas del servicio o de la red que sean infractores reincidentes.

b) Informar a los suscriptores o titulares de las cuentas del servicio de dicha política.

c) La política no debe interferir con las medidas tecnológicas establecidas por los titulares para identificar o proteger sus obras.

Asimismo, los proveedores de servicios en línea cuentan con beneficios también conocidos como “*safe harbors*”, en función de que dan cierta seguridad sobre determinados actos que quedan exentos a la responsabilidad:

a) Comunicaciones transitorias (mera transmisión de contenidos);

b) Almacenamiento temporal en la memoria caché;

c) Sistemas de almacenamiento de datos (por ejemplo el servicio de *hosting*); y

d) Herramientas de localización de información (motores de búsqueda).

Por su parte, la norma incluye un procedimiento de notificación de infracciones llamado “*notice and take down*”, que permite a los proveedores de alojamiento evitar incurrir en responsabilidad a condición de:

a) No tener conocimiento efectivo de que el material o la actividad basada en éste es infractora.

b) No recibir beneficio financiero directo derivado de la actividad infractora, si tiene la posibilidad de controlar tal actividad.

c) Al recibir un reclamo por la actividad infractora, debe responder en forma rápida para remover o deshabilitar el acceso a la información o contenido.

No obstante, la fecha de su sanción, y que por lo tanto respondió a un contexto normativo, tecnológico y político particular, cabe destacar que la norma bajo análisis todavía hoy es una referencia en la discusión de la regulación de la materia.

¹⁶ www.copyright.gov/legislation/dmca.pdf.

6. Directiva Europea 2000/31 sobre comercio electrónico, 2000. UE¹⁷

Esta norma comunitaria se refiere a determinados aspectos jurídicos de los servicios en la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior. Fue dictada con el objeto de crear un marco jurídico que garantice la libre circulación de los servicios de la sociedad de la información entre los estados miembros, que regula en su apartado cuarto, la responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios.

La regulación es horizontal, lo cual significa que se aplica a toda una serie de derechos protegidos y no sólo a la propiedad intelectual.

Así, establece que no hay responsabilidad por parte de los proveedores de acceso por los contenidos en infracción de terceros, siempre que éstos:

- a) No hayan originado la transmisión;
- b) No seleccionen su destinatario; y
- c) No seleccionen ni modifiquen los datos transmitidos (art. 12).

En cuanto al almacenamiento automático o *catching*, prevé que se eximirá de responsabilidad al prestador del servicio que permite el almacenamiento automático, provisional y temporal de esta información, realizado con la única finalidad de hacer más eficaz la transmisión ulterior de la información a otros destinatarios del servicio, siempre que el prestador del servicio:

- a) No modifique la información.
- b) Cumpla las condiciones de acceso a la información.
- c) Cumpla las normas relativas a la actualización de la información especificadas de manera ampliamente reconocida y utilizada por el sector.
- d) No interfiera en la utilización lícita de tecnología ampliamente reconocida y utilizada por el sector, con el fin de obtener datos sobre la utilización de la información y
- e) Actúe con prontitud para retirar la información que haya almacenado, o hacer que el acceso a ella será imposible, en cuanto tenga conocimiento efectivo del hecho de que la información ha sido retirada del lugar de la red en que se encontraba inicialmente, de que se ha imposibilitado el acceso a dicha información o de que un tribunal o una autoridad administrativa ha ordenado retirarla o impedir que se acceda a ella (art. 13).

Por su parte, los prestadores de alojamiento no serán responsables por el contenido generado por el destinatario del servicio siempre que:

- a) No tengan conocimiento efectivo de que la actividad a la información es ilícita y, en lo que se refiere a una acción por daños y perjuicios, no tengan conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito; y
- b) En cuanto tengan conocimiento de estos puntos, actúen con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a ellos sea imposible (art. 14).

¹⁷ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0031:ES:HTML>.

Finalmente, establece que los prestadores de servicio no tienen una obligación general de supervisar los datos que transmitan o almacenen, ni la obligación general de realizar búsquedas activas de hechos o actividades ilícitas, respecto de los servicios de 12, 13 y 14 (art. 15).

7. *Ley promotora de la difusión y la protección de la creación en internet (ley HADOPI), 2010. Francia*

Creó una autoridad pública independiente (la HADOPI, por su sigla en francés) con la finalidad de controlar, entre otras cosas, la circulación de material protegido por el derecho de autor en Internet. Esta tiene la facultad de establecer sanciones administrativas a los infractores. Así, luego de una serie de avisos enviados al usuario infractor, con el objeto de evitar que continúe con su accionar ilegítimo, en caso de no obtener respuesta favorable se aplican las sanciones, que pueden incluir hasta la suspensión del servicio de Internet al usuario infractor.

8. *Ley de Economía Sustentable (conocida como SINDE por el nombre de la ministra de Cultura —Ángeles González Sinde—), 2011. España¹⁸*

La norma legisla sobre una gran cantidad de aspectos (regulación económica, vivienda, ciencia, competitividad, etc.), y en lo que a la propiedad intelectual se refiere (disposición final cuadragésima tercera), contiene un apartado cuyas previsiones tienen por objeto regular las descargas de material en infracción a los derechos de autor.

Se crea una Comisión de Propiedad Intelectual, para el ejercicio de las funciones de mediación y arbitraje, y de salvaguardia de los derechos de propiedad intelectual frente a su vulneración por los responsables de los denominados servicios de la sociedad de la información.

Para ello se fija un procedimiento donde se requiere al supuesto infractor para que en un plazo de 48 horas retire en forma voluntaria los contenidos declarados infractores, o en su defecto esgrima las defensas que entienda correspondan, y/o ofrezca las pruebas pertinentes. La resolución que tome la Comisión, luego de la sustanciación mencionada, habilitará su ejecución, sin perjuicio de que se deberá requerir previa autorización judicial.

¹⁸ www.boe.es/boe/dias/2011/03/05/pdfs/BOE-A-2011-4117.pdf. Reglamentada por Real Decreto 1889/2011, <http://www.boe.es/boe/dias/2011/12/31/pdfs/BOE-A-2011-20652.pdf>.

9. Ley 20.435, 2010. Chile¹⁹

La norma modifica la Ley 17.336²⁰ de propiedad intelectual y establece los requisitos que los distintos prestadores de servicio de Internet (ISP) deben cumplir para ver limitada su responsabilidad por las infracciones cometidas por terceros.

Así, por ejemplo, los prestadores de servicios de transmisión de datos, enrutamiento o suministro de conexiones no serán considerados responsables de los datos transmitidos a condición que el prestador:

- a) No modifique ni seleccione el contenido de la transmisión;
- b) No inicie la transmisión; y
- c) No seleccione a los destinatarios de la información.

Asimismo, los prestadores de servicios que a petición de un usuario almacenan, por sí o por intermedio de terceros, datos en su red o sistema, o que efectúan servicios de búsqueda, vinculación y/o referencia a un sitio en línea mediante herramientas de búsqueda de información, incluidos los hipervínculos y directorios, no serán considerados responsables siempre que:

- a) No tengan conocimiento efectivo del carácter ilícito de los datos;
- b) No reciban un beneficio económico directamente atribuible a la actividad infractora, en los casos en que tenga el derecho y la capacidad para controlar dicha actividad;
- c) Designen públicamente un representante para recibir las notificaciones judiciales; y
- d) Retiren o inhabiliten en forma expedita el acceso al material almacenado de acuerdo a un procedimiento judicial y prejudicial establecido por la norma.

También establece que los prestadores de servicios no tienen la obligación de supervisar los datos que transmitan, almacenen o referencien ni la obligación de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas.

10. Stop Online Piracy Act (SOPA), 2011. USA²¹

El proyecto tiene como objetivo luchar contra la piratería en Internet por medio del establecimiento de procedimientos ágiles y una serie de medidas tendientes a restringir su capacidad de acción. En este sentido, prevé la posibilidad de solicitar el bloqueo de publicidad y las redes de pago que financian los sitios en infracción, incluidos los que se encuentren fuera de los Estados Unidos, como así también el bloqueo de los resultados que enlazan con el sitio infractor a través de los motores de búsqueda.

¹⁹ www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1012827&buscar=20435.

²⁰ Título IV, Capítulo III, Limitación de Responsabilidad de los Prestadores de Servicios de Internet, arts. 85L y ss.

²¹ www.govtrack.us/congress/bills/112/hr3261.

Quienes cuestionan el proyecto alegan que atenta contra la libertad de expresión, la innovación y las inversiones en Internet, ya que habilita, por ejemplo, el bloqueo de todo un dominio por un solo acto en infracción.

11. Protect IP Act (PIPA), 2011. USA²²

Directamente relacionada con los derechos de autor, el proyecto tiene como finalidad otorgar a los titulares, y también al Gobierno, instrumentos que faciliten las acciones entabladas contra aquellos sitios dedicados a lesionar dichos derechos, no importa donde sea que tengan su radicación.

Prevé la posibilidad de solicitar órdenes judiciales contra aquellos sitios que infrinjan los derechos de autor, incluida la posibilidad de trabar o impedir todos aquellos actos de financiamiento, publicidad, enlace y búsqueda. En este sentido establece la obligación de los motores de búsqueda de tomar medidas técnicamente posibles y razonables, de manera expeditiva para remover o deshabilitar los accesos al sitio.

La norma ha sido cuestionada por los consumidores, y por aquellas empresas que temen ver afectadas sus actividades a partir de su regulación (*Google, Yahoo, Facebook, Wikipedia*, etc.). Aseveran que puede afectar la libertad de expresión; también se cuestiona la ley en función de cuestiones técnicas, ya que aseguran que su aplicación podría afectar el normal funcionamiento de la web.

12. Cyber Intelligence Sharing and Protection Act (CISPA), 2011. USA²³

Tiene por objeto proteger contra los ataques cibernéticos y garantizar la seguridad de las redes. Se refiere también a la propiedad intelectual como un bien protegible o susceptible de apropiación indebida.

Sin embargo, se ha objetado que avanza sobre las libertades civiles y la garantía de privacidad.

13. Decreto 554/1997 (BO del 23/6/1997). 1997. Argentina

Declara de interés nacional el acceso de los habitantes de la República Argentina a la red mundial Internet, en condiciones sociales y geográficas equitativas.

14. Decreto 1279/1997 (BO del 1/12/1997). 1997. Argentina

Declara que el servicio de Internet, se considera comprendido dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión, correspondiéndole

²² www.govtrack.us/congress/bills/112/s968/text.

²³ <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/z?c112:H.R.3523>.

en tal sentido las mismas consideraciones que a los demás medios de comunicación social, por lo que importa reafirmar el principio de la protección contra todo acto de censura previa.

15. *Ley 26.032 (BO del 17/6/2005). 2005. Argentina*

Establece que la búsqueda, recepción y difusión de información e ideas de toda índole, a través del servicio de Internet, se considera comprendido dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión.

VI. JURISPRUDENCIA

Dado el impacto tecnológico producido, las nuevas posibilidades de uso e infracción de material protegido por el derecho de autor, la aplicación de las leyes existentes (redactadas en un contexto totalmente distinto) y los textos normativos que buscan atender esta nueva realidad, corresponde analizar una serie de pronunciamientos judiciales dictados en distintas partes del mundo.

I. “Netlog”²⁴

El Tribunal de Justicia Europeo, sala 3^a, 16 de febrero de 2012, dictó sentencia ante la petición de una decisión prejudicial planteada por un Tribunal de Bélgica, en la causa “Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) y Netlog NV”, a los fines de interpretar distintas directivas europeas, especialmente en lo que se refiere a la obligación general de supervisión (prohibida por la Directiva Europea 2000/31).

Netlog (plataforma de red social en línea en la que los usuarios pueden realizar distintas actividades) fue demandado por *SABAM* (sociedad de autores, compositores y editores musicales de Bélgica), con el argumento de que la red social permitía a sus usuarios utilizar en forma no autorizada obras protegidas.

A tal fin, solicitó una medida (filtrado de información a los fines de evitar la publicación no autorizada de obras protegidas) a aplicarse con carácter preventivo a todos los usuarios, sin límite de tiempo, a expensas del demandado.

La accionada sostuvo que lo solicitado supondría imponer un sistema de filtrado, a los fines de identificar archivos que infrinjan derechos intelectuales, lo cual importaría que los datos personales de los usuarios quedaran sujetos a un tratamiento que violentaría la normativa sobre secreto de las comunicaciones y protección de los datos de carácter personal.

El tribunal rechazó la acción, entre otros considerandos por resultar violatoria de la directiva 200/31 (prohíbe a las autoridades nacionales adoptar medi-

²⁴ [http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62010CJ0360&lang1=en&lang2=ES&ty](http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62010CJ0360&lang1=en&lang2=ES&type=NOT&ancre=)
pe=NOT&ancre=.

das que obliguen a un prestador de servicios de alojamiento de datos a proceder a una supervisión general de los datos que transmita en su red), y porque además resultaría en una “vulneración sustancial de la libertad de empresa del prestador de servicios, dado que obligaría a establecer un sistema informático complejo, gravoso, permanente y exclusivamente a sus expensas,...”; que no solo violentaría derechos de proveedor de servicio sino también de los usuarios que podrían verse afectados por la violación del secreto de sus comunicaciones y la protección de los datos de carácter personal.

2. “Megaupload”²⁵

Servidor que, desde 2005, alojaba material en infracción, y sirvió de excusa para sitios como Cuevana y Taringa, que se analizan a continuación, para esgrimir que ellos no tenían almacenado el material en infracción. En enero de 2012, el FBI procedió a su cierre.

Los titulares y responsables del sitio fueron enjuiciados, entre otras cosas, por considerarlos responsables de piratería masiva en todo el mundo de diferentes tipos de obras, a través de la distribución de copias no autorizadas. Para ello, se entendió acreditado que el modelo de negocio estaba desarrollado con el deliberado objetivo de promover las descargas ilegales.

Se incentivaban las publicaciones con más descargas, al punto que hasta se eliminaban los archivos que no eran descargados.

Las empresas de los demandados reportaban millonarios ingresos, a través de la contratación de publicidad, ventas de cuentas Premium, etc.

3. “Cuevana”²⁶

Cuevana.tv es un sitio que permite la distribución gratuita por Internet de obras intelectuales, especialmente audiovisuales. No almacena en forma centralizada los archivos sino que se limita a conectar y/o permitir el enlace con aquellos que sí lo hacen, mediante la utilización de hipervínculos.

La accionante, titular de derechos sobre obras audiovisuales protegidas por el derecho de autor, solicitó una medida cautelar dirigida a los proveedores de servicio de Internet (ISP) con el objeto de que impidan el acceso a dichas obras a través del sitio Cuevana.tv.

La justicia nacional en lo civil proveyó favorablemente la medida solicitada, bajo el apercibimiento de la aplicación de una multa en caso de incumplimiento.

²⁵ www.elmundo.es/elmundo/2012/01/19/navegante/1327002605.html/.

²⁶ “Imagen Satelital SA v. quien resulte titular sitio web Cuevana s/medidas precautorias”, (MJJ69563).

Asimismo, en sede penal, a partir de la denuncia efectuada por titulares de derechos afectados por la actividad del sitio, el fiscal general ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal inició acciones por violación a la propiedad intelectual contra los titulares del sitio.

Los encausados argumentaron que el sitio no almacena material protegido, sino que sólo provee enlaces a servidores que si lo hacen, y que “linkear” no es delito.

Asimismo, adujeron no tener ánimo de lucro, siendo que los limitados ingresos que se obtenían se destinaban a sostener su funcionamiento. Este argumento fue rechazado por el fiscal que sostuvo que el sitio era un negocio y que recibía dinero por parte de los usuarios y por publicidad enviada por Google (esto último abre una nueva cuestión vinculada a la responsabilidad del buscador producto del financiamiento, a través de la asignación de publicidad, de sitios donde se infringen derechos de autor)²⁷.

Por otra parte, en un incidente donde se solicitó como medida cautelar que se disponga el bloqueo por parte de los proveedores de servicios de Internet al acceso por parte de los usuarios al sitio, ésta fue rechazada.

Se fundamentó el decisorio en que la medida precautoria era demasiado amplia y su alcance “excesivamente amplio y desproporcionado” por lo que podía afectar otros derechos fundamentales reconocidos por el ordenamiento jurídico²⁸.

4. “Taringa”²⁹

Se trata de un sitio web (*Taringa.net*), en el que los usuarios comparten información de todo tipo, incluyendo una gran cantidad de material protegido por el derecho de autor, permitiendo su acceso y descarga, por medio de *posts*. El sitio no centraliza el almacenamiento de material sino que se limita a compartir enlaces propuestos por los usuarios.

En su apogeo ha sido uno de los sitios de habla hispana más visitados en el mundo.

La defensa, entre otros argumentos, sostuvo que no se podía responsabilizar a *Taringa* por el uso o contenidos que generaban terceros, y sobre los que no tenían posibilidad de control. También cuestionó que se permitiera la figura delictiva por omisión, cuando en materia de derecho de autor, solo hay repro-

²⁷ ALBORNÓS, Sebastián, “El caso Cuevana y el porqué los expertos creen que marca un antes y un después para ver películas por Internet”, publicado en *www.Iprofesional.com/notas/132907*, del 19/3/2012.

²⁸ “Escobar, Tomas s/infracción - ley 11.723 s/incidente de medida cautelar (C. Nac. Fed. Crim. y Correc., sala 2ª, 1/2/2013, AR/JUR/78/2013).

²⁹ “Www.....net y otros s/procesamiento” (C. Nac. Crim. y Correc., sala 6ª, 29/4/2011, MJJ64679) y “Nakayama, Alberto s/procesamiento” (C. Nac. Crim. y Correc., sala 6ª, 7/10/2011, MJJ68801).

che cuando hay un tipo por comisión, y que en este sentido esgrimir que no se efectuara un control sobre lo que hacían los usuarios no era procedente dado su imposibilidad material para efectuarlo. La Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, dictó dos pronunciamientos confirmando el procesamiento de los distintos administradores del sitio, por lo que deberán afrontar un juicio oral por la conducta desplegada.

En el primero de ellos sostuvo que “Los imputados a través de su sitio permitían que se publiciten obras que finalmente eran reproducidas sin consentimiento de sus titulares (...) Si bien ello ocurría a través de la remisión a otro espacio de Internet, lo cierto es que justamente tal posibilidad la brindaba su servicio. ... Adviértase que si bien los autores del hecho finalmente serían aquéllos que subieron la obra al website y los que ‘la bajan’, lo cierto es que el encuentro de ambos obedece a la utilización de la página (...), siendo sus responsables al menos partícipes necesarios de la maniobra y además claros concedores de su ilicitud, por lo que el convenio que exhiben para pretender exonerarse de responsabilidad no podrá ser tenido en cuenta.”

En el segundo, expresó que “Se ha acreditado prima facie que Alberto Nakayama es titular junto a los hermanos Matías y Hernan Botbol del sitio ‘*www.taringa.net*’ (...) y que permitían que se publicaran obras que eran reproducidas sin el consentimiento de sus titulares (...) Si bien ello ocurría mediante la remisión a otro espacio de Internet, lo cierto es que no era posible si no se hacía a través de ‘Taringa’. Se invocó como estándar internacional una ‘Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión en Internet’ (...) que propone deslindar de responsabilidad a los intermediarios de sus servicios por los contenidos generados por terceros que se difundan a través de ellos. Sin embargo, esa manifestación no fue suscripta por la Argentina, ni tampoco sus parámetros han sido receptados por la legislación interna por lo que, de momento, no pueden ser aplicados al *sub examine*. (...) La imputación formulada por el a quo no sólo se construyó a partir de un tipo omisivo, el que es arduamente criticado por el apelante, sino también sobre una acción comisiva, consistente en facilitar los medios para que los usuarios pudieran compartir y descargar gratuitamente archivos que contenían obras sin las respectivas autorizaciones de sus autores”.

5. *Buscadores*

Como señala Antonio Millé, en la Argentina se plantearon algunos casos contra buscadores, que si bien “tuvieron que ver con los derechos a la intimidad y el respeto de los datos personales, no con la propiedad intelectual. De esos casos, podemos extraer la doctrina —igualmente aplicable a conflictos sobre derechos de autor— que consideró que una vez advertidos por los perjudicados, los empresarios de motores de búsqueda tienen obligación de tomar las

contramedidas para evitar que los resultados engañosos (y en este caso también injuriantes) sigan apareciendo en sus listas”³⁰.

- Da Cunha, V.³¹

En el renombrado caso Da Cunha, iniciado contra una serie de buscadores, se descartó finalmente la responsabilidad de éstos (la Excm. Cámara revocó el fallo favorable a la accionante de primera instancia), expresando el voto de la mayoría que su responsabilidad debe analizarse a la luz del art. 1109 del Código Civil.

Así la Dra. Barbieri sostuvo que “...no basta que la información o el contenido existente en la web y encontrado a través de los buscadores sea erróneo y aún lesivo para el honor, la imagen o la intimidad de una persona para que ésta tenga derecho a que le sea reparado el perjuicio causado. Comprobado el exceso o la ilegalidad, quien pretenda el resarcimiento deberá demostrar la culpa o negligencia en que incurrió el buscador conforme al régimen general de responsabilidad por el hecho propio que contiene la fórmula del artículo 1109 citado, y que sigue el principio ‘alterum non laedere’. Es decir, no basta la sola comprobación del daño para imponer el deber de resarcir, sino que es necesario probar el factor de imputabilidad subjetivo, sea la culpa o el dolo”.

Asimismo, argumentó que “aún admitiendo la responsabilidad civil, la misma solo puede hacerse efectiva contra las demandadas en la medida en que, frente a una situación ilícita, y advertidas a través de los mecanismos pertinentes, no realicen la conducta atinente y necesaria para obtener la cesación de las actividades nocivas, pues, recién en ese momento, se configuraría una falta propia susceptible de ser apreciada en los términos de los arts. 512, 902, 1109 y concs. del Código de fondo”.

El voto de la disidencia del Dr. Sánchez, en cambio, expresó que “claro que aun cuando en la actividad desplegada por los buscadores no media intervención humana por tratarse de procesos automatizados, no puede desligarse al titular de las consecuencias que generen sus diseños. Su quehacer constituye un servicio que facilita la llegada a sitios que de otro modo serían de muy dificultoso acceso, y además, esa facilitación hace precisamente al núcleo de una de las actividades centrales que desarrollan. Así pues, nos hallamos en condiciones de afirmar que el buscador al contribuir al acceso a los sitios de Internet se encuentra en las mejores condiciones técnicas para prevenir la eventual generación de daño y de allí surge el perfil de los buscadores como responsables de su actividad facilitadora del acceso a sitios. La dimensión de los buscadores como herramienta amerita su aliento para que puedan sostener un adecuado desarrollo,

³⁰ MILLÉ, Antonio, “Motores de búsqueda en internet y Derecho de autor. Los casos judiciales de la generación Google”, en *La responsabilidad civil de los intermediarios en internet*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, p. 383.

³¹ C. Nac. Civ., sala D, 10/8/2010, “D. C. V. c. Yahoo de Argentina SRL y otro s/daños y perjuicios”, MJJ59552.

más ello en modo alguno implica que deba apoyarse ese crecimiento a expensas de los derechos individuales o con afectación de los mismos”.

- Krum, A. P.³²

En sentido contrario, la sala J de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo civil consideró, en un extenso y profundo fallo, que la responsabilidad que le cabía a los buscadores (*Google* y *Yahoo!*) era objetiva.

Así, expresó respecto a la posible afectación de la libertad de expresión que “... resulta evidente que no resulta posible asimilar a los buscadores con los medios de prensa y, en consecuencia, aplicarles la doctrina judicial elaborada en torno a la labor periodística. Adviértase que una y otra vez en los párrafos precedentes se ha hecho mención al vocablo “noticia”. Ello significa, en sus distintas acepciones, noción, conocimiento; contenido de una comunicación antes desconocida; hecho divulgado; divulgación de una doctrina (Diccionario de la Real Academia Española). Aún en la posición más favorable a las accionadas, sólo podría considerarse que en algunos casos la referencia que realizan en los resultados de búsqueda al sitio en el que consta la información y la breve relación que la acompaña podría implicar, a su vez, una actividad de información, en la medida en que se tratara de noticias o divulgación de opiniones ajenas. No obstante, ello resulta contradictorio con su posición acerca de que se trata de una actividad robótica, en la que no controlan en modo alguno el contenido que publican. Ello implica que reconocen, sin más, su absoluta indiferencia por la veracidad y exactitud de las afirmaciones que reproducen textualmente, y ninguna preocupación les causa que la fuente de la cual provienen sea identificable o anónima, seria o irresponsable, por cuanto ni siquiera —aparentemente— indagaran acerca de cuál sería esa “fuente”. Insisten en que no realizan tareas de edición, que es precisamente lo propio de cualquier actividad de corte periodístico. La circunstancia de que no exista una prohibición expresa a realizar tal actividad en el contexto que ellas mismas refieren, si bien puede abonar —*contrario sensu* y porque lo que no está prohibido está permitido— su tesis de que se trata de un comportamiento genéricamente lícito, pero no implica en modo alguno que ello las exima de incurrir en ilícitos concretos en casos determinados”.

Más adelante, se expresa: “D)... constituye un aceptado principio que las garantías constitucionales se desenvuelven dentro de un marco que está dado por la finalidad con que son instituidas; y que en el caso de la libertad de expresión, consiste en asegurar a los habitantes la posibilidad de estar suficientemente informados para opinar y ejercer sus derechos respecto de todas las cuestiones que suceden en la república en un momento dado, tutelando la libre difusión de las ideas como concepto esencial del bien jurídico protegido (Fallos 315:1943).

³² C. Nac. Civ., sala J, 31/8/2012, “K. A. P. v. Yahoo de Argentina SRL y otro s/daños y perjuicios”, MJJ74318.

(...) Las medidas requeridas por la accionante no persiguen evitar una crítica, ni vedar la difusión de un pensamiento o una idea, ni silenciar algún tema relacionado con el interés público, sino la defensa de valores particularmente protegidos por el ordenamiento jurídico nacional e internacional, impidiendo la propagación de la actividad ilícita de quienes utilizan su nombre y/o imagen para publicitar engañosamente sitios vinculados con el comercio sexual o la pornografía. La indexación de sitios vinculados a la oferta sexual, no pueden ser asimilados a la prensa ni ser considerados de contenido periodístico (Malaurille Peltzer, Facundo, “Responsabilidad de los buscadores de Internet. Una deuda pendiente”, RCyS 2011-II-82).

Finalmente, respecto a la responsabilidad objetiva expresó que “Cuanto más se insiste en describir como una suerte de ‘robot ingobernable’ al mecanismo en que se basa la actividad de las accionadas, aduciendo que opera en forma automática, sin intervención humana, más parecen estar reconociendo que el elemento que preside el servicio que brindan es una cosa altamente riesgosa. Es de su propia descripción que resultaría tal conclusión. (...) De modo pues que se trata de programas informáticos, diseñados a tal fin por seres humanos, cuyos resultados son seleccionados y ordenados en forma automática, pero de acuerdo a criterios definidos por los seres humanos que los diseñaron. Según su propia descripción, el proceso de búsqueda se realiza por intermedio de un software altamente complejo que trabaja en función de algoritmos vinculándolos con la combinación de las palabras clave ingresadas por el usuario, y éste es el elemento o la cosa que nos ubica sin dudas en la órbita del art. 1113, párr. 2º, última parte, CCiv.”.

- Rodríguez, M. B.³³

En un reciente pronunciamiento, donde se discutió la responsabilidad de los buscadores, por la utilización de imágenes, se descartó la responsabilidad de Google por el enlistado en los resultados de búsquedas efectuadas por los usuarios.

Sin embargo, sí se la responsabilizó por la manipulación de las imágenes, mediante el sistema de enlistado como *thumbnails*.

Así se sostuvo que: “en tanto los titulares de motores de búsqueda en Internet asuman un rol meramente técnico, y se limiten a facilitar el acceso a páginas de terceros y a los contenidos alojados en ellas, únicamente serán responsables, en los términos del art. 1109 del Código Civil, si habiendo tomado conocimiento —en principio, mediante la comunicación del usuario— de la existencia de contenidos nocivos no proceden a bloquearlos con prontitud. Sin embargo, estimo que la situación puede ser diferente cuando los buscadores modifican

³³ Juzg. Nac. 1ª Inst. Civ. n. 95, 13/5/2013, “R., M. B. v. Google Inc. y otro s/daños y perjuicios”, no firme.

los contenidos, o los incorporan a sus propias páginas web, en vez de remitir a aquellas en las que originalmente se hallaban alojados. Tal situación, a mi criterio, se presenta concretamente en el caso de la utilización por parte de Google de las imágenes de la actora”.

“En efecto, el perito informático explicó que el procedimiento que utiliza Google en su ‘buscador de imágenes’ consiste en rastrear e indexar (clasificar) las imágenes que están asociadas a las páginas web, para luego ofrecer a los usuarios un buscador especial a ese fin (fs. 654, rta. 621). Asimismo, el experto fue contundente al afirmar que las imágenes que a modo de ‘thumbnails’ las codemandadas incluyen en sus buscadores cuentan con una definición suficiente como para ser exhibidas en un sitio web y ser apreciadas razonablemente, además de que permiten identificar a la persona; en el caso, a la actora (fs. 649, rta. 38). No cabe duda de la menor calidad de los ‘thumbnails’, pues pierden resolución al agrandarse (...). Pero ello no les quita el carácter de imágenes, que Google edita, reproduce, almacena y utiliza para brindar un servicio (“buscador por imágenes”) que es propio y para beneficio de sus usuarios”.

En el plano internacional, se resolvió en sentido contrario, con fundamento en la doctrina del *fair use*, al expresar que la creación y utilización de *thumbnails* por parte de un motor de búsqueda representaba un uso comercial secundario, por lo que no había perjudicado a los intereses del autor y accionante³⁴.

- Prete, P.³⁵

En este fallo se rechazó parcialmente la demanda iniciada contra el buscador, en el que se solicitaba, entre otras cosas, que se lo condene a tomar medidas técnicas y organizativas a fin de evitar que a través de sus buscadores pueda hacerse vinculación entre el nombre e imagen de la actora y sitios de contenido pornográfico.

Para ello se sostuvo que “...la eliminación o bloqueo genérico de todos los sitios que respondan a cierto patrón general, comporta una inevitable afectación del acceso a la información por cuanto significa poner en un plano de igualdad los sitios de contenidos lícitos, los sitios de noticias y de información de interés público y los de eventual infracción de derechos”.

“...razones de proporcionalidad exigen que la parte afectada individualice los sitios que impugna como lesivos de sus derechos pues el balance de intereses, y aun considerando las superiores capacidades tecnológicas de la demandada, la protección expedida de manera genérica puede conducir a un bloqueo excesivo, sustrayendo información que interese a la comunidad y bloqueando

³⁴ “Leslie A. Kelly v. Arriba Soft Corporation”, CV-99-00560-GLT, 9th Cir., feb. 6, 2002). Citado por VILLALBA, C. A. - LIPSZYC, D., *El derecho de autor en la Argentina*, Buenos Aires, La Ley, 2009, p. 528.

³⁵ C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala 1ª, 6/7/2012 “P. P. v. Yahoo de Argentina SRL y otro s/ daños y perjuicios”.

el acceso a direcciones de contenidos lícitos. La persona afectada no sólo tiene derecho a reclamar que el intermediario sea diligente en la cesación del daño sino que tiene la obligación de contribuir a la viabilidad del resultado”.

De modo tal que “la producción y difusión de ‘thumbnails’ no compromete por sí sola la responsabilidad del proveedor del servicio de motores de búsqueda”.

- C. A. M.³⁶

En estos actuados, donde se discutió la responsabilidad de los buscadores derivados del uso no autorizado de la imagen del actor, y por su vinculación con sitios vinculados a prácticas sexuales, pornográficos, etc., se expresó que “... no es razonable imponer a la demandada —en ausencia de legislación específica que contemple todas las complejas variantes— la obligación sistemática de monitorear todas las páginas existentes en Internet a fin de ejercer un filtrado previo de todos los contenidos que resulten ilícitos o presumiblemente ofensivos según algún criterio. Aun cuando este mandato fuese de cumplimiento técnicamente posible, no resulta una obligación razonable para quien desempeña un papel relevante en cuanto a posibilitar con eficiencia el acceso de todos los usuarios a todo tipo de contenidos. En el caso del buscador general de sitios, se ha constatado en el expediente que los contenidos de los sitios denunciados por la parte actora y enlazados por vínculos a partir de la página del buscador, son injuriantes y violatorios de derechos al honor, al buen nombre y a la privacidad del señor A. M. C. La parte demandada en su rol de intermediario de servicios on line es responsable y la conducta antijurídica —con factor de atribución subjetivo— es la omisión de eliminar con diligencia de sus listados, los sitios que le fueron notificados de manera apropiada como infractores. Si una vez advertida e intimada por el afectado, la demandada no elimina el alojamiento en su página y el acceso a esa información, no puede excusarse en su carácter de mero intermediario de buena fe (conf. Lipszyc, Delia, ‘Responsabilidad de los proveedores de servicios en línea por las infracciones del derecho de autor y derechos conexos en el entorno digital. Análisis de la jurisprudencia internacional’, OMPI-SGAE/DA/ASU/05/7 XI, Curso académico regional OMPI/SGAE sobre Derechos de Autor y Derechos conexos para países de América Latina, 3/11/2005)”.

Amén de la responsabilidad subjetiva determinada, rechazó el reclamo efectuado por la utilización de la imagen en “thumbnails”, al referir que “A esta altura del razonamiento, destaco una circunstancia fáctica relevante, que es la siguiente: no se ha demostrado y no se desprende de las constancias de la causa que el retrato o imagen de A. M. C. fuese reproducido y difundido en el

³⁶ C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala 1ª, 14/2/2013, “C. A. M. v. Yahoo de Argentina SRL y otro s/daños y perjuicios”.

propio sitio de los demandados de otra forma que no sea en vista de pequeño tamaño y bajo nivel de resolución. La elaboración de ‘thumbnails’ es un uso transformativo que no compite con la imagen en su versión original y, en tanto el hipervínculo envía al internauta al sitio que contiene la versión original y el programa desarrollado por la demandada sólo la capta y la transforma con fines de referencia, creo que esta práctica se revela de gran utilidad para favorecer el acceso a la información. Ello significa que, en el balance de intereses que debo efectuar y en tanto no se acumule otra infracción vinculada con el derecho al honor, a la dignidad y a la intimidad de la persona retratada, la producción y difusión de ‘thumbnails’ no compromete por sí sola la responsabilidad del proveedor del servicio de motores de búsqueda”.

VII. CONCLUSIÓN

Queda claro que el nuevo contexto tecnológico importa enormes ventajas y posibilidades que todos deseamos y debemos poder aprovechar.

El derecho de autor, como instrumento para el fomento y protección de la creación y la cultura no está al margen de este fenómeno, busca acompañarlo sin abandonar dicho objetivo, y en este sentido no puede considerarse un obstáculo al desarrollo o al acceso de las creaciones intelectuales.

Pero no es menos cierto que el entorno digital e Internet, debe ser un espacio del que todos debieran poder obtener razonables beneficios.

Y es una realidad que gran parte de los beneficios generados, apoyados o basados en material protegido por el derecho de autor, y que en un considerable porcentaje es utilizado sin el debido permiso, no tienen como destinatario a los creadores o el apoyo a su esfuerzo.

Es que las obras no son solo objeto de la circulación, sino en muchos casos el sustento mismo de la actividad.

Y en este sentido se abren, por lo menos, dos ejes de debate, por un lado sobre la forma de participación en los beneficios por esa explosión de usos, que exceden el limitado alcance del presente trabajo, y por el otro el de la responsabilidad por las infracciones cometidas.

Sobre el particular, entendemos que no hay anomia, en el sentido de que exista un vacío jurídico que habilita el libre uso de las obras a través de las redes informáticas hasta que se dicten normas específicas sobre la materia.

Ahora bien, esto no significa que no pueda considerarse útil el dictado de normas que fijen criterios uniformes y claros sobre usos, derechos involucrados, limitaciones, infracciones y responsabilidad por éstas.

En la actualidad, tanto las normas que se proyectan (si bien parecen legislar por la negativa: condiciones bajo las que *no* hay responsabilidad), como las sentencias y algunos, aunque tibios, esfuerzos técnicos por parte de los ISP, giran en torno a los siguientes conceptos:

— No se discute la importancia de proteger la propiedad intelectual y el derecho de autor.

— Se destaca el interés por preservar la más amplia libertad en el ámbito de Internet, para el ejercicio del derecho de expresión, de información y de acceso a éstos.

— El equilibrio entre los distintos intereses en juego, no impide el reproche de la violación consciente del derecho de autor (propios actos) o su fomento (infracciones cometidas por terceros), lo que generaría responsabilidad directa.

— Está en plena discusión la responsabilidad atribuible a los intermediarios (ISP), ya sea objetiva (en función de la consideración como riesgosa de su actividad) o subjetiva (en virtud del reproche que se les efectúa cuando al tomar conocimiento de la infracción cometida por un tercero, no toman medidas eficaces tendientes a evitar que el daño continúe o agrave), lo que ha generado pronunciamientos con apoyo en una u otra posición.

— El firme respeto del derecho de autor, no puede afectar otros derechos relevantes como el de privacidad y confidencialidad de las comunicaciones.

Es que en definitiva, el ordenamiento jurídico tiene hoy el desafío de contribuir al equilibrio que permita el acceso por parte de la comunidad a los bienes intelectuales, aprovechando las ventajas que brinda el entorno tecnológico, sin que esto importe amparar el aprovechamiento injustificado del esfuerzo de los creadores.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- BUGALLO MONTAÑO, Beatriz, *La responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación en línea*, en el libro memoria del Congreso Internacional en homenaje a la profesora Delia Lipszyc, Lima, Palestra / APDAYC, 2006.
- FERNÁNDEZ BALLESTEROS, Carlos, “Tendencias actuales en la prevención y represión de la piratería en el medio digital”, en *Boletín Informativo IIDA*, octubre de 2012.
- GAMBOA BERNATE, Rafael H., *P2P: La nueva amenaza a la propiedad intelectual en la red*, en *Derecho de Internet & Telecomunicaciones*, Colombia, Legis, 2003.
- LIPSZYC, Delia, *Derecho de Autor y derechos conexos*, Buenos Aires, UNESCO / CERLALC / Zavalía, 1993.
- *Nuevos temas de derecho de autor y derechos conexos*, Buenos Aires, UNESCO / CERLALC / Zavalía, 2004.
- *El derecho de autor y los derechos conexos ante los desafíos de un mundo cambiante*, en el libro memoria del Congreso Internacional en homenaje a la profesora Delia Lipszyc, Lima, Palestra / APDAYC, 2006.

- MASSAGUER FUENTES, José, *La responsabilidad de los prestadores de servicios en línea por las infracciones al derecho de autor y los derechos conexos en el ámbito digital*, en el libro memoria del IV Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, Panamá, 2002.
- MILLÉ, Antonio, *Motores de búsqueda en Internet y derecho de autor. Los casos judiciales de la generación Google*, en el libro *La responsabilidad civil de los intermediarios en Internet*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012.
- MOLINA QUIROGA, Eduardo, “Algunas reflexiones sobre las dificultades para resolver los problemas derivados de la responsabilidad por los contenidos publicados en Internet”, en *La responsabilidad civil de los intermediarios de Internet*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012.
- SCHUSTER VERGARA, Santiago, “La responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación en línea”, en el libro memoria del Congreso Internacional en homenaje a la profesora Delia Lipszyc, Lima, Palestra / APDAYC, 2006.
- VILLALBA, Carlos A. - Lipszyc, D., *El derecho de autor en la Argentina*, 2ª ed. actualizada, Buenos Aires, La Ley, 2009.
- WAISMAN, Agustín - Hevia, Martín, “¿Qué deberes de cuidado tienen los motores de búsqueda?”, en el libro *La responsabilidad civil de los intermediarios en Internet*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012.

LA REPRODUCCIÓN SIN AUTORIZACIÓN DE OBRAS EN INTERNET: EL TURNO DE LOS LIBROS

Por GERARDO FILIPPELLI*

I. INTRODUCCIÓN

Desde la invención de la imprenta, la tecnología ha facilitado la reproducción de libros y todo tipo de obras intelectuales, despertando conflictos con los intereses de los autores. La protección formal a las reproducciones de obras intelectuales comienza con la revolución industrial, dando inicio al “copyright” con el dictado del Estatuto de la Reina Ana. La tecnología fue permitiendo nuevas formas de reproducción de obras intelectuales que se materializaban sin el consentimiento del autor o del editor y fue necesario, en muchos casos, adecuar las normas para contemplar las nuevas realidades, permitiendo usos, incorporando excepciones u otorgando medidas de protección.

Algunas de las soluciones concretas que se alcanzaron, y a las que le daremos especial atención en este trabajo, fueron la *Gestión Colectiva*, la *Copia Privada* y el *Préstamo Público*.

Los autores encontraron en la *Gestión Colectiva* una solución a los usos ilícitos que se realizaban de sus obras. Estas entidades comenzaron a actuar como intermediarias entre los titulares de derechos y los usuarios, en los casos en que resultaba imposible hacer una gestión individual de los derechos. De esa manera, facilitaron el acceso a las obras otorgando autorizaciones para su utilización lícita, recaudando y distribuyendo a sus titulares los beneficios generados por los derechos de autor. La aparición de los organismos de radiodifusión, por ejemplo, obligó a replantear el sistema de administración de derechos hasta entonces tradicional, promoviéndose licencias gestionadas colectivamente que redundaron en beneficio de todas las partes.

La facilidad de reproducción doméstica alcanzada por la tecnología en los últimos 50 años, generó otra tensión que fue parcialmente resuelta con la *Copia*

* Abogado, Postgrado en Derecho de Autor, UBA. Máster en Gestión y Políticas Culturales, Universidad de Barcelona. Asesor legal Cámara Argentina del Libro y CADRA-Centro de Administración de Derechos Reprográficos.

Privada. La misma consiste en la posibilidad de realizar copias para uso exclusivamente personal y en las condiciones que las leyes determinan, estableciendo una retribución a los titulares del derecho, derivada de los equipos que permiten la reproducción de obras. En casi toda Europa, y en algunos países de América, la gestión colectiva incluye la percepción y distribución de la retribución por copia privada, aunque en el último tiempo las regulaciones están teniendo cambios importantes relacionados con los obligados al pago y las formas de distribución.

Por último, la Comunidad Europea ha innovado con la Directiva 92/100/CEE sobre alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual¹, estableciendo que los Estados miembros deben reconocer el derecho de los autores de autorizar o prohibir el alquiler y préstamo de originales y copias de obras protegidas por el derecho de autor, lo que ha generado un acalorado debate entre titulares, organizaciones de usuarios y bibliotecarios.

Internet ha puesto en crisis la manera habitual de producción y distribución de las obras y el mundo está esperando una conciliación entre los intereses en juego que redunde en un beneficio común. Pero hasta el momento, cada uno de los actores principales está defendiendo sus propios intereses, sin acuerdos próximos. La solución jurídica a la reproducción y comunicación pública de obras intelectuales en el entorno digital es difícil alcanzarla con idénticas instituciones del siglo pasado, pero el camino recorrido debe aprovecharse para proponer alternativas justas y estables.

II. INTERNET, CULTURA, LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO DE AUTOR

La era digital ha revolucionado la comunicación humana y dado lugar a un nuevo modelo social, económico y cultural que genera comportamientos, emprendimientos y negocios hasta ahora desconocidos. La facilidad, calidad y economía (con costos cercanos a cero) con que la tecnología digital permite que se reproduzcan y compartan en la red obras artísticas, literarias, científicas, mu-

¹ Art. 1º. Objeto de la armonización

1. Con arreglo a lo dispuesto en el presente capítulo, los Estados miembros, salvo lo dispuesto en el art. 5º, reconocerán el derecho de autorizar o prohibir el alquiler y préstamo de originales y copias de obras protegidas por el derecho de autor y demás objetos mencionados en el apart. 1º del art. 2º.

2. A efectos de la presente Directiva, se entenderá por “alquiler” de objetos, su puesta a disposición, para su uso por tiempo limitado y con un beneficio económico o comercial directo o indirecto.

3. A efectos de la presente Directiva, se entenderá por “préstamo” de objetos, su puesta a disposición, para su uso, por tiempo limitado sin beneficio económico o comercial directo ni indirecto, siempre que dicho préstamo se lleve a cabo a través de entidades accesibles al público.

4. Los derechos a que se refiere el apartado 1 no se agotan en caso de venta o de otro acto de difusión de originales y copias de obras protegidas por el derecho de autor u otros objetos mencionados en el apart. 1º del art. 2º.

sicales, audiovisuales y de otros tipos, ha puesto en crisis a las industrias culturales y generado un debate internacional sobre cómo se resuelve este conflicto.

Los titulares de derechos de autor combaten la reproducción sin autorización de obras protegidas por el derecho de autor y se enfrentan a cibernautas que pretenden acceder a ellas en forma libre y gratuita.

Sostienen los primeros que sin retribución, no hay esperanza para que los creadores realicen nuevas obras y puedan ser puestas a disposición del público, por lo que decaería la producción de bienes culturales. Entienden que el derecho de autor es la herramienta fundamental para estimular la creación y proteger a las industrias culturales. Solicitan más control para terminar con los usos indebidos y proponen normas que impidan el acceso a la red para los piratas reincidentes o que den de baja a los sitios web que permiten la reproducción ilegal.

Los usuarios, en cambio, argumentan que las producciones artísticas y científicas son la expresión individual de una evolución cultural común y, por lo tanto, pertenecen al conjunto social; que las obras científicas y culturales no deben ser tratadas como mercancías, ya que al ser bienes preferentes —aquellos que la sociedad entiende que favorecen a todo el conjunto— se debe garantizar su acceso; y que Internet es un espectacular medio facilitador para garantizar el acceso a la educación y a la cultura. Al grito de cultura libre, reclaman el fin de los derechos de autor.

Sin embargo, el derecho de autor no compete con el derecho a la cultura ni con la libertad de expresión. Se integran de forma tal que al asignarse valor a la creación intelectual como parte innata del desarrollo científico y cultural, se la protege jurídicamente. Las creaciones e interpretaciones cuando son divulgadas, aspiran a ser reconocidas, pero ello no implica que deban renunciar a los beneficios económicos que puedan derivarse por el uso de las obras intelectuales. Crear implica dedicar tiempo y esfuerzo, que si no es retribuido, obliga a los autores a elegir otras opciones para su sustento. En este aspecto, coincidimos con el profesor Ciuro Caldani, cuando sostiene que “en general el autor, como promotor y creador, es un *conductor* (repartidor) que se desenvuelve en un marco de distribuciones originadas, de manera más o menos espontánea, en la naturaleza, las *influencias humanas difusas* e incluso el azar. El autor puede invocar los *méritos* de su obrar; otros integrantes de la sociedad pueden esgrimir los *merecimientos* de su necesidad, pero dentro de la misma necesidad social está asegurar la producción del autor. El equilibrio justo de intereses es difícil, pero sólo puede lograrse reconociéndolos”².

Desde ya que es trascendente que uno de los derechos que integra el Estado Democrático sea el derecho cultural, pero ello no entra en conflicto con el derecho de los autores. Jesús Prieto de Pedro propone entender los derechos culturales como “aquellos derechos que garantizan el desarrollo libre, igualitario y fraterno de los seres humanos en esa capacidad singular que tenemos de poder

² CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *El derecho de autor y los desafíos tecnológicos*.

simbolizar y crear sentidos de vida que podemos comunicar a otros. Estos deben ser vistos como derechos de todos los grupos y seres humanos, independientemente del diferente grado de realización que unos y otros hayan logrado⁷³. Esos sentidos de vida *comunicables* son sustanciales en una comunidad armónica y democrática y la base de los derechos culturales. Ya en la Conferencia intergubernamental mundial de Venecia (1970), quedó claro que el derecho a la cultura constituye el elemento fundamental de la política cultural moderna y que su consagración importa dos cosas: “Que el derecho a la cultura adquiere una relevancia sociopolítica equivalente a la de los derechos a la libertad de expresión, a la educación, al trabajo, a la seguridad social, entre otros derechos humanos, económicos y sociales universalmente aceptados por la comunidad intencional. En consecuencia, que, frente al derecho a la cultura, la actitud de los poderes públicos ya no puede ser indiferencia, sino que debe asumir una posición de responsabilidad social, creando como obligación impostergable del Estado las condiciones que aseguren su reconocimiento y su ejercicio por parte de la población. Las naciones comienzan a adoptar el derecho a la cultura, en toda su significación trascendente, como expresión de la democracia cultural”.

Así como el derecho cultural es un elemento indispensable a la hora de evaluar cualquier solución que se vincule con el acceso a las obras intelectuales, sucede lo mismo con la libertad de expresión en Internet. El ejercicio del derecho de libre expresión comprende la posibilidad de crear libremente y de exhibir esas obras sin ninguna restricción o impedimento, siendo la libertad artística una de las formas de la libertad de expresión. La Comisión Europea de Derechos Humanos tiene dicho que “La libertad de expresión artística es de fundamental importancia en una sociedad democrática. Típicamente sucede en las sociedades no democráticas que la libertad artística y la libertad de circulación de trabajos artísticos son severamente restringidas. Mediante este trabajo creativo, el artista expresa no sólo una visión personal del mundo sino también su visión de la sociedad en la que vive. De este modo, el arte no sólo ayuda a formar la opinión pública sino que también es una expresión de ella y puede enfrentar al público con los principales asuntos de actualidad⁷⁴. En sentido similar, se ha expresado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: “Cuando se vulnera el derecho a la libertad de expresión no sólo se afecta el pensamiento y la actividad política de los pueblos; también sufre el desarrollo cultural; se restringe la libertad artística y expresiones culturales tan importantes como el teatro, las producciones literarias que muestran la idiosincrasia de los países con sus virtudes y defectos, no encuentran un medio favorable para laborar con libertad y así progresar. La censura previa a la prensa, a los libros, a las producciones artísticas en general y el veto en ocasiones a escritores y artistas son ma-

³ PRIETO DE PEDRO, Jesús, www.oei.es/pensariberoamerica/ric07a07.htm.

⁴ Comisión Europea de Derechos Humanos, caso “Müller”, Informe adoptado el 8 de octubre de 1986 citado por LESTER, Anthony, *Freedom of expression*.

nifestaciones más propias de sociedades totalitarias que deben ser desterradas de nuestro hemisferio”⁵; y la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina: “La garantía constitucional que ampara la libertad de expresión abarca las diversas formas en que aquélla se traduce, entre las que figura la libertad de creación artística, que constituye una de las más puras manifestaciones del espíritu humano y fundamento de una fecunda evolución del arte”⁶.

Como se desprende, la libertad artística es fundamental para la creación y se integra con los derechos culturales dentro de las sustancias de la vida democrática. Debemos entonces enfatizar sobre la necesidad de proteger a la creación, como una labor que requiere tiempo, esfuerzo y rigor. Por otra parte, hay que preservar el principio de jerarquía para medir el valor o la calidad intelectual de las creaciones. Para ello es fundamental el concepto de editor, que selecciona entre las múltiples creaciones; y el de autoría, como un fenómeno eminentemente personal e individual. Si bien hay obras colectivas y un vínculo con las preexistentes, la creación siempre va a requerir el esfuerzo de una o varias personas que se dediquen a crear y a expresar.

En la Recomendación Relativa a la Condición de Artista, aprobada por la Conferencia General de la UNESCO (27/10/1980) se destaca que “dado que la libertad de expresión y comunicación es la condición esencial de toda actividad artística, los Estados Miembros deberían procurar que los artistas gocen sin equívoco de la protección prevista en la materia por la legislación internacional y nacional relativa a los derechos humanos”. “Se entiende por ‘artista’ toda persona que crea o que participa por su interpretación en la creación o la recreación de obras de arte, que considera su creación artística como un elemento esencial de su vida, que contribuye así a desarrollar el arte y la cultura, y que es reconocida o pide que se la reconozca como artista, haya entrado o no en una relación de trabajo u otra forma de asociación”⁷. Esta recomendación es muy clara al solicitarle a los Estados a adoptar medidas apropiadas para:

a) asegurar que el artista sea remunerado por la distribución y la explotación comercial de su obra, y tomar medidas para que conserve el control sobre esa obra frente a los peligros de la explotación, modificación o distribución no autorizadas;

b) prever, en lo posible, un sistema que garantice derechos morales y materiales exclusivos para proteger a los artistas frente a los perjuicios que pudieran sufrir a causa del desarrollo técnico de los nuevos medios de comunicación y de reproducción y de las Industrias culturales;

c) resarcir a los artistas de los perjuicios que pudieran sufrir a causa del desarrollo técnico de los nuevos medios de comunicación de reproducción y de

⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe anual 1982-1983, OEA Rev. 1, septiembre 1983.

⁶ Fallos 295:216, caso “Colombres, Ignacio y otros v. Nación Argentina s/ordinario”.

⁷ <http://unesdoc.unesco.org/images/0011/001140/114029s.pdf#page=153>.

las industrias culturales favoreciendo, por ejemplo, la publicidad y la difusión de sus obras, y la creación de empleos;

d) velar porque las industrias culturales beneficiarias de los cambios tecnológicos, sobre todo los organismos de radio y televisión y las empresas de reproducción mecánica participen en el esfuerzo de fomento y estímulo de la creación artística, en especial en forma de creación de empleos, publicidad, difusión, pago de derechos y cualquier otra forma que se juzgue equitativa para los artistas;

e) ayudar a los artistas y a las organizaciones de artistas a remediar los efectos adversos de las nuevas tecnologías sobre el empleo o las posibilidades de trabajo de los artistas.

Internet es un vínculo extraordinario entre la humanidad, que además de facilitar la comunicación, permite compartir sus creaciones, acceder a las obras del arte y de la ciencia y democratizar la relación con el conocimiento, en un entorno de profunda libertad. Derechos culturales y libertad de expresión aparecen como elementos sustanciales de la era digital, donde la interconexión inmediata, sencilla y económica para relacionarse con las todas las expresiones artísticas y científicas, se desarrolla en un entorno sin barreras.

Pero los interrogantes actuales son innumerables, ¿Debemos pagar por el acceso a las obras intelectuales? ¿Qué sucederá con las librerías, los cines, las bibliotecas? ¿Qué ocurrirá con los editores de libros, con los productores de fonogramas, películas y con el resto de las industrias culturales? ¿Cuál será el modelo de negocios en la era digital? Las consecuencias de este proceso repercuten en el conjunto social de diversas formas, alterando el mercado en el que interactúan autores, productores, distribuidores, trabajadores y usuarios.

Las diferentes reacciones actuales al derecho de autor impiden un diálogo fecundo para arribar a un acuerdo. Aun así, como ya señaláramos, el debate no es nuevo: cada vez que se han incorporado sistemas novedosos de reproducción, se ha generado una crisis de los mecanismos de protección. Pero la tecnología mejora las condiciones previas, por lo que esta crisis debe terminar con soluciones en las que todos salgan beneficiados.

Nadie tiene todas las respuestas sobre el futuro, pero el camino a recorrer debe lograr que la producción artística y científica no se vea afectada, que el esfuerzo creativo y económico sea reconocido y se permita la mayor divulgación y acceso posible. Estas premisas no conmueven los objetivos más importantes de los derechos de autor:

- Fomentar la creación.
- Asegurar una remuneración a los autores y el respeto por su trabajo creativo.
- Regular las relaciones entre los distintos agentes que participan en la cadena de creación, edición, producción, promoción y distribución de las obras.
- Facilitar el acceso a los usuarios.

III. LA REPRODUCCIÓN SIN AUTORIZACIÓN EN EL ENTORNO DIGITAL

La reproducción sin autorización de obras protegidas por el derecho de autor en Internet comenzó con la música, para alcanzar luego de pocos años otro tipo de expresiones, según las dificultades de digitalización y distribución de los distintos soportes de las obras. Autores, intérpretes y productores de fonogramas asistieron a la primera gran ola de reproducciones no autorizadas en Internet, que alteraron definitivamente su situación, modificando vertiginosamente el panorama y volviendo obsoleto el modelo de negocio tradicional de la industria de la música⁸. La caída de la comercialización de los soportes tradicionales fue vertiginosa y si bien las ventas en línea empezaron a incrementarse, ya en 2009, las descargas ilegales eran 19 veces más que las autorizadas⁹ y ¹⁰. Nuevos modelos de negocio se están desarrollando a través de las plataformas comerciales de música en Internet¹¹, pero la reproducción sin autorización sigue siendo creciente, masiva y preponderante.

Esta nueva situación provocó innumerables reacciones de los titulares de derecho de autor y muchos de los reclamos han llegado a los tribunales. Desde el caso seguido contra Napster¹², en el cual los Tribunales Federales de Estados Unidos consideraron “que la demandada había coadyuvado a las infracciones de los copyrights de demandantes que realizaban los abonados a su servicio de ‘intercambio’ de archivos musicales *peer-to-peer* y, por tanto, había incurrido en responsabilidad indirecta”¹³, han sucedido acciones en distintos países, pero eso no impidió que se multiplicaran los sitios que facilitan el intercambio de obras musicales y los programas que posibilitan la interconexión entre usuarios que comparten archivos que contienen obras protegidas por el derecho de autor.

⁸ “Las interpretaciones sobre este descenso, según señalan las asociaciones que representan los intereses de las compañías discográficas multinacionales tales como la Internacional Federation Phonographic Industry (IFPI) y la Recording Industry Association of American (RIAA), se debe principalmente al impacto de la piratería comercial de CD, la copia privada de los mismos y las descargas gratuitas de música realizadas en Internet (IFPI, 2005a; RIAA, 2005). (IFPI, 2005b: 3).

⁹ Según los datos de la IFPI sobre el mercado digital de la música, a pesar de la caída en la venta de música en los soportes físicos tradicionales (LPs, casetes, CDs), en 2005 se descargaron 420 millones de canciones en Internet a través de las plataformas de distribución y comercialización de música, incrementándose veinte veces con respecto al año 2003, y representando el 6% del mercado global de la música (IFPI, 2006: 3). CALVI, Juan C., 126 Zer, 21, 2006, ps. 121/137.

¹⁰ IFPI 2009, en PETERSEN, Lucas, “Hacia la disolución definitiva del disco”, *Revista Ñ*, nro. 474, p. 52.

¹¹ Entre ellos, el modelo de pago por descarga, que consiste en el pago directo por la descarga de una canción o de un álbum musical; y el modelo por suscripción, que consiste en el pago de una cuota para acceder al servicio de recepción de música.

¹² “A&M Records Inc. *et al v.* Napster Inc.”, 239 F.3d 1004. N.

¹³ LIPSZYC Delia, *Nuevos temas de derecho de autor y derechos conexos*, Unesco-Cerlalc-Zavalía ps. 419 y ss.

La facilidad lograda por la tecnología para digitalizar, comprimir y distribuir obras audiovisuales en el entorno digital, hizo que este género secunde a la música en la piratería digital. Sea por bajadas directa o por el sistema de reproducción en línea, Internet permitió que las reproducciones sean fáciles, sencillas y de gran calidad. También en este sector, muchos titulares interpusieron acciones judiciales a fin de que cesaran las actividades ilegales. Uno de los casos más resonantes fue el seguido en Suecia contra Pirate Bay. En enero del 2008, el Fiscal de Estocolmo acusó a los titulares del dominio por su servicio de intercambio de archivos que permitía transferir y reproducir películas y otras obras protegidas por derechos de autor. “Los imputados se excusaron argumentando que no tenían ni el conocimiento ni la intención de motivar, incitar, facilitar o promover los actos infractores al derecho de autor. Pero los Tribunales consideraron que los acusados eran cómplices de las infracciones a los derechos de propiedad intelectual, pues las actividades infractoras se cometían gracias a la estructura tecnológica de su sitio web y ninguno tomó las acciones necesarias para remover de su sistema los archivos que se ponían a disposición del público de manera ilícita”¹⁴.

En un sentido distinto se resolvió el caso en el que la cadena española de televisión “Telecinco” accionó judicialmente contra YouTube como consecuencia de distintos contenidos de los que era titular, publicados en el sitio de Internet www.youtube.com. El juez interviniente sostuvo que “resulta materialmente imposible llevar a cabo un control de la totalidad de los videos que se ponen a disposición de los usuarios, porque en la actualidad hay más de 500 millones de videos.... YouTube no es un proveedor de contenidos y por tanto, no tiene la obligación de controlar *ex ante* la ilicitud de aquellos que se alojen en su sitio web, su única obligación es precisamente colaborar con los titulares de los derechos para, una vez identificada la infracción, proceder a la inmediata retirada de los contenidos”¹⁵.

En la Argentina, el Fiscal General de la Cámara del Crimen de Buenos Aires, Ricardo Sáenz, dio por concluida una investigación preliminar para abrir una causa penal contra los responsables del popular sitio de películas y series Cuevana por violación a la ley de propiedad intelectual, ya que a su criterio “ha quedado demostrado con el grado de convicción suficiente para esta etapa de Investigación Preliminar que Cuevana es un sitio web que tiene por finalidad primordial la reproducción, a través de la técnica del *streaming*, de programas de televisión, películas y, al menos, la programación oficial de TELEFE, en este caso, en vivo y en tiempo real, sin ningún permiso o autorización de los titulares

¹⁴ www.lanacion.com.ar/1119348-suecia-condena-a-un-ano-de-carcel-a-piratas-digitales.

¹⁵ www.google.com/hostednews/epa/article/ALeqM5gDDsEhDert62ozmgD-vGGXWV1jNrQ.

de dichas obras, en violación a las normas sobre propiedad intelectual previstas en la Ley 11.723¹⁶.

IV. EL TURNO DE LOS LIBROS

El libro electrónico, conocido según su expresión de habla inglesa como *e-book*, es una versión electrónica o digital de un libro de texto, que se suele leer a través de dispositivos de lectura (*e-reader*) y presentarse en formatos ePub (formato libre desarrollado por el IDPF-International Digital Publishing Forum) o PDF (Adobe Portable Document). El libro electrónico permite, de igual manera que los archivos que contienen obras musicales o cinematográficas, ser copiado, reproducido, almacenado, comunicado y compartido, en tanto y en cuanto no tenga incorporadas medidas de protección tecnológicas que permiten la gestión digital de derechos (DRM-Digital Right Management, en su expresión inglesa). Las DRM son medidas tecnológicas que les permite a los titulares de derechos determinar los usos posibles de los contenidos digitales.

En el informe publicado por CERLALC (Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe) en el 2012 sobre el libro electrónico¹⁷ se expresa con claridad la evolución reciente de estas obras en el entorno digital:

- El mundo de la reproducción, circulación y distribución de contenidos culturales (prensa, libros, publicaciones periódicas, música cine y televisión) se está transformando aceleradamente, en un proceso que lleva más de dos décadas, como producto de la incorporación intensiva de las tecnologías digitales.
- En el caso del mundo del libro, si bien la irrupción de las tecnologías digitales ha sido simultánea con la del otros sectores, es en la última década cuándo el cambio de soportes de lectura (de lo impreso a lo digital) y el cambio en los modelos de negocio, en la producción y la circulación, han planteado singulares transformaciones en el sector. La primera fase de esta revolución se inició con los acelerados cambios tecnológicos, en los años noventa del siglo pasado, en el campo de los procesos industriales conexos a la edición (pre-impresión e impresión).
- En el mundo desarrollado (en Estados Unidos y en Europa, en particular), las tasas de crecimiento de la producción y venta de contenidos editoriales digitales es bastante significativa en los últimos años, lo que es reflejo de sociedades en las que la penetración de Internet y el acceso a la banda ancha y a dispositivos de lectura (PV; computadores portátiles, dispositivos electrónicos de lectura, tabletas digitales y teléfonos inteligentes)

¹⁶ www.lavoz.com.ar/files/Promocion_de_accion_penal_en_el_caso_Cuevana.pdf.

¹⁷ *El libro electrónico. Tendencias y recomendaciones*, CERLALC, 2012, pp. 6 y ss.

es lo suficientemente amplia entre la población, que además ha alcanzado altos niveles educativos.

- Una necesaria respuesta a esos avances en la infraestructura ha sido la producción de contenidos y la digitalización de contenidos ya existentes a tasas que permitan satisfacer la demanda. La firma Aptara sondea periódicamente el sector del libro electrónico en Estados Unidos. En la encuesta realizada en 2009, arrojaba que el 53% de los editores estaba produciendo libros electrónicos y el 60% de los que no los estaban haciendo planeaba hacerlo en el corto plazo. La última encuesta, realizada en 2012, muestra que el 80% de los entrevistados estaban produciendo actualmente libros electrónicos. Los resultados de 2012 indican que cuatro de cada cinco editores producen hoy libros electrónicos.
- Sin embargo, la participación de los libros electrónicos en las ventas totales del sector, pese al rápido crecimiento en los últimos años, aun es baja. En Estados Unidos por ejemplo, en 2011, la participación en las ventas totales de libros llegaba a 6.4% (en el caso de libros de ficción la participación era de 13.6%). Lo destacable aquí es que en 2008 representaba el 0.8% de las ventas totales.
- La participación, en el mismo año, de los libros electrónicos en las ventas totales de libros era de 6% en Reino Unido, 6,2% en Alemania y el 2,0% en Francia. En España en 2011, pese a que la participación de los libros electrónicos en la producción total de títulos fue de 17.9%, la participación en las ventas sólo fue de 2.4%.
- En España, el primer productor de libros en español, los cambios se vienen dando aceleradamente, en particular en el campo de la digitalización de la oferta. En marzo de 2012, el Observatorio de la Lectura y el Libro, del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, publicó el informe “*Situación actual y perspectivas del libro digital en España II*”¹⁸, en el que se destacan las principales cifras en el ámbito de la incorporación del libro electrónico en España. El informe anota que el “*ebook*, aun no acaparando grandes cifras, evoluciona a paso lento pero continuado, con un 6.8% de lectores —un 5.3% en 2012—, un porcentaje que se eleva hasta el 13.7% en el caso de los jóvenes de entre 14 y 24 años. Son, por otro lado, muchas las editoriales españolas que se suben al carro de la edición digital: el pasado año más de 500 editoriales españolas publicaba ya libros digitales, la mayoría de ellas sin dejar de lado el libro de papel, aunque cada vez son más las editoriales que nacen digitales. Paralelamente el número de libros digitales que se producen en España crece: el incremento en los registros bajo esta categoría entre 2010 y 2011 ha superado el 55%. Es indudable que, en España, el proceso ha alcanzado ya velocidades similares a las de algunos mercados anglosajones.

¹⁸ www.mcu.es/libro/docs/MC/Observatorio/pdf/situacion_librodigital_2.pdf.

- Las grandes plataformas internacionales de comercialización de libros ya han empezado a trabajar en el mercado español. Amazon.es se puso en marcha el 14 de septiembre de 2011 y, desde entonces, el portal ya cuenta con 1.7 millones de libros en español y más de 10 millones de libros extranjeros, más de 2 millones de CD y DVD en catálogo, alrededor de 2 millones en productos de electrónica de consumo, 30000 videojuegos y, además, una gran selección en pequeños electrodomésticos, relojes y juguetes (categorías actualizadas el 25 de julio de 2012).
- De igual modo, las grandes editoriales españolas ya han emprendido proyectos para el desarrollo de infraestructuras que apoyen el comercio electrónico del libro (sean impresos o electrónicos), tales como Libranda y el desarrollo de plataformas idóneas para potenciar las relaciones entre editoriales, distribuidoras, librerías y bibliotecas, como es el caso de DILVE (Distribuidor de Información del Libro Español en Venta), que cuenta con una base de cerca de medio millón de títulos gestionados, a la que se le han vinculado 922 editoriales, 277 distribuidoras, 1196 librerías y tiendas en línea, 268 bibliotecas entre otros. La plataforma DILVE ha evolucionado, además, a ser un vehículo desde el cual se pueden realizar los registros en el ISBN.
- El registro de títulos en la Agencia Española del ISBN es un muy buen indicador de las tendencias en boga. Entre 2008 y 2011, los libros registrados en formato electrónico pasan de representar el 2,4% al 17,9%, mientras que el registro de los libros en papel pasa de representar el 91,6% al 73,4%, en el mismo periodo.
- En América Latina empiezan a dibujarse tendencias similares a las del mundo desarrollado. Mientras que, en 2003, del total de títulos registrados en las agencias nacionales del ISBN (para los países latinoamericanos miembros del CERLARC), sólo el 4% fue registrado como libros electrónicos, la proporción asciende, en 2011, a 15%. En valores absolutos, el registro de títulos en formato digital pasa de 2391 en 2009, a 21.757 en 2011. Obviamente, el desarrollo es bastante desigual. Del número total de títulos registrados en formato electrónico, en 2011, el 90,4% se concentra en Brasil, Colombia, Argentina y México.

Las características propias del soporte y las formas de lectura hicieron que el proceso de comercialización del libro electrónico fuera mucho más lento que el de otros tipos de obras, como las musicales o audiovisuales. La encuesta nacional de hábitos de lectura efectuada por la Secretaría de Cultura de Argentina¹⁹ muestra que si bien la cantidad de lectores digitales se duplicó entre el 2001 y el 2011, el libro digital es muy marginal: a diferencia de lo que ocurre con los diarios, los libros digitales no muestran un crecimiento significativo. Solo el 1%

¹⁹ www.cultura.gob.ar/noticias/encuesta-nacional-de-habitos-de-lectura-los-resultados/.

de los lectores de libros actuales menciona a Internet como la principal forma de conseguirlos.

Pero tanto como en la música o el cine, el libro electrónico comienza a impactar en el modelo de negocios tradicional y, con otras velocidades que en los otros sectores de los bienes culturales, pero de forma consolidada, se nota el aumento de producción de libros electrónicos, la disminución de la cantidad de ejemplares impresos en papel y todo ello, acompañado por un rápido y masivo crecimiento de los usos ilegales. El importante incremento de las ventas de tabletas y/o dispositivos de lectura estimula el consumo de libros electrónicos y simultáneamente favorece la “piratería digital”²⁰. Un rápido recorrido por los medios de comunicación demuestra la importancia creciente que está teniendo la piratería de libros en Internet:

- El sexto libro de la saga de Harry Potter, el libro vendido más rápidamente en toda la historia, se ha convertido también en el que más velozmente ha sido atacado por la piratería en Internet, con copias falsas disponibles en línea apenas horas después de su lanzamiento²¹.
- España: Los editores de libros achacan a la ‘piratería’ digital pérdidas de 150 millones. Supera ya a la fotocopia no autorizada, que ronda los 100 millones de euros, según cálculos de los propios editores²².
- Libros “pirata” gracias al iPad. Las descargas no autorizadas de libros digitales se duplicaron respecto al último semestre del año pasado, y de representar el 19% del total del mercado, ahora corresponde a más del 35%²³.
- La amenaza de la piratería frena el libro electrónico, según un informe. Durante el primer semestre de 2010, más de un 35 por ciento de los libros digitales fueron pirateados, con un valor de 421 millones de euros²⁴.
- El sector del libro dejó de ganar 350 millones por la piratería. El número de títulos cayó un 8%, según el informe del gremio de editores basado en los datos del ISBN. La mayor oferta digital legal (ya del 22% del total) no ha frenado las descargas ilegales. Los datos surgen del primer estudio del sector sobre 2012, según la información de la Agencia ISBN, y que ha presentado la FGEE (Federación de Gremios de Editores de España). Esas cifras indican que se publicó un 8% menos, es decir, 88.349 obras frente a

²⁰ Los libros son el nuevo objetivo de los “piratas”. La aparición de lectores electrónicos, como el Kindle de Amazon, y un uso extendido de obras en versiones digitales generan posturas enfrentadas entre editores, autores e internautas www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=1128460.

²¹ www.conocimientosweb.net/dt/article2972.html.

²² www.elmundo.es/elmundo/2010/04/08/navegante/25550.html.

²³ www.justa.com.mx/?p=27278

²⁴ www.diariovasco.com/agencias/20110413/amenaza-pirateriafrena-libro-electronico_201104132035.html.

la cifra récord de 2011: 103.102. De estos libros, el 78% son en papel y el 22% en formato digital²⁵.

- Todas las informaciones dan cuenta de que el sector del libro sigue el comportamiento de otras industrias, como la música. Sostienen también que la oferta de contenidos digitales para los libros electrónicos es muy baja, o los precios demasiados caros. En cuanto al libro, la industria asegura que su tasa de ‘piratería’ (es decir, el porcentaje de obra ‘pirata’ del total existente) alcanzó en dicho periodo de tiempo (primer semestre de 2010) el 35,1%, lo que supone casi el doble de 2009, con un 19,7%²⁶.

También son preocupantes las cifras que resultan de los estudios efectuados sobre las reproducciones sin autorización en el entorno digital de obras protegidas por la propiedad intelectual. En el informe sobre el fenómeno de la piratería en línea de contenidos digitales efectuado por IDC en España, sobre consumidores de edades comprendidas entre 16 y 55 años en el primer semestre de 2011, surgían las siguientes datos y conclusiones²⁷:

Piratería de contenidos digitales (millones de euros)

Concepto	Música	Videojuego	Películas	Libros	Total
Negocio legal	49	179	495	815	1538
Valor de lo pirateado	2.746	288	1.401	793	5.229
Consumo total	2.796	467	1.897	1.608	6.768
Tasa de piratería %	98,2	61,7	73,9	49,3	77,3

— La industria de contenidos digitales en España generó un volumen de negocios legal de 1.538,1 millones de euros en el primer semestre de 2011, con un descenso del 0,5% respecto al primer semestre de 2010.

— La tasa de piratería fue, en media ponderada, del 77,3% en el primer semestre de 2011, con un crecimiento del 0,4% a la obtenida en el mismo periodo del año anterior.

— El valor total de los contenidos pirateados asciende a 5.229,4 millones de euros; es decir, casi cuatro veces el valor del consumo legal.

— Por segmentos, el valor de lo pirateado en música fue de 2.746,4 millones de euros; en películas 1.401,6 millones; videojuegos 288,2 millones de euros, y en el sector del libro fue de 793,2 millones.

En el estudio efectuado por el Observatorio de piratería y hábitos de consumo de contenidos digitales 2012²⁸, realizado en España por la coalición de

²⁵ http://cultura.elpais.com/cultura/2013/01/16/actualidad/1358368254_624435.html.

²⁶ www.elmundo.es/elmundo/2010/11/05/navegante/1288959486.html.

²⁷ www.cedro.org/docs/documentos/estudiopirateria1sem11.pdf?Status=Master.

²⁸ www.mcu.es/libro/img/MC/Observatorio_Pirateria_2012.pdf.

creadores e industrias de contenidos, presentado en febrero de 2013, surgen los siguientes datos:

- 1 de cada 2 internautas ha accedido a algún producto ilegal
- 32 de cada 100 piratean música
- 43 de cada 100 piratean películas
- 7 de cada 100 piratean videojuegos
- 12 de cada 100 piratean libros
- 226,9 millones de accesos ilícitos en línea en el libro
- 2.118 millones de accesos ilícitos en línea en la música
- 536,2 millones de accesos ilícitos en línea en el cine

En México, según el Tercer Estudio de Descargas Digitales realizado por la Coalición por el Acceso Legal a la Cultura (CALC)²⁹ y publicado en febrero de 2012, en el 2011 se perdieron 16,022 millones de pesos (US\$ 1.254 millones) por las descargas ilegales de películas, música y libros, mientras que el gobierno federal dejó de percibir más de 2.300 millones de pesos (US\$ 180 millones) en impuestos. El 62% de las personas que tienen acceso a Internet bajan contenidos de manera ilegal.

En total se descargaron:

- 6.068 millones de canciones
- 96 millones de películas
- 710 millones de videos musicales
- 28 millones en series de televisión
- 86 millones de libros electrónicos

La lucha contra la reproducción ilícita de libros en Internet ha generado también conflictos judiciales. En la Argentina, uno de los casos recientes fue el seguido contra Horacio Rubén Potel³⁰, quien ofrecía la descarga sin autorización de textos de Jacques Derrida y Martin Heidegger en formato PDF mediante el sitio www.jacquesderrida.com.ar y www.heideggeriana.com.ar. Se promovió una acción penal desde UFITCO (Unidad Fiscal de Investigación de Delitos Tributarios y Contrabando) por el delito previsto y reprimido en los arts. 71 y 72 inc. a de la Ley 11.723. El Juzgado procesó al Sr. Potel por considerarlo penalmente responsable del delito imputado por haber efectuado una reproducción "por cualquier medio o instrumento" de obras protegidas por la Ley de Propiedad Intelectual, lo que fue confirmado por la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional. Sin embargo, al momento de estar completada la instrucción y correr vista al Fiscal, este postuló el sobreseimiento, argumentando que "por un lado, reconoce que la transformación de los

²⁹ <http://eleconomista.com.mx/tecnociencia/2012/02/29/aumenta-pirateria-digital-mexico>.

³⁰ Juzg. de Instrucción n. 37, Sec. n. 129, "Potel, Horacio s/infracción ley 11.723", causa 57.627/08.

textos originales a formato digital es una conducta comprendida en el precepto de "reproducción", pero por el otro sostiene, con respecto al ofrecimiento de las obras por Internet, que la creación de una nueva copia es producida por quien accede al sitio e inicia la descarga, por lo que concluye que el imputado "no ha ocasionado un real agravio al bien jurídico protegido por la norma" porque no toda afectación mínima es capaz de alcanzar esos extremos" agregando que "la insignificante afectación que podría resultar al patrimonio del titular de la obra, no habilita el severo reproche de esta justicia represiva" El juez expresó que la falta de impulso por parte del titular exclusivo de la acción penal impide cualquier persecución punitiva, pero llamó la atención al Fiscal que en ese estado procesal recién hizo saber su postura absolutoria al tribunal.

La posición Fiscal fue realmente incoherente. No sólo por lo que le indicó el juez, de no impulsar el juicio luego del procesamiento, y de actuar casi como "defensor oficial", sino por forzar la interpretación de la norma para exculpar una conducta que vulnera con tanta claridad los derechos de autor.

Todos, incluso el Fiscal, entienden que hubo reproducción de la obra. Pero este sostiene que "si bien el primer tramo de la maniobra —la transformación de los textos originales al formato digital— podría estar comprendida en el precepto (reproducir), no sucede lo mismo en relación al ofrecimiento desde las páginas de Internet del incurso, donde la acción de crear una nueva copia, de generar un nuevo ejemplar —también en formato digital— es producida por quien accede al sitio e inicia la descarga del archivo informático" El Fiscal realiza una diferencia entre "ofrecer para descargar" de "descargar", y "puesto que no se ha logrado determinar —ni parece posible hacerlo— si existieron y en su caso, cuantas descargas se habrían efectuado de las obras ilegalmente reproducidas e individualizar al responsable directo de ello, con lo que mal podríamos construir una imputación penal hacia Potel como partícipe necesario de un número indeterminado de delitos realizados por un número indeterminado de autores: Solo podrá achacarse a Potel, en el mejor de los casos, la reproducción de un único ejemplar de cada una de las obras en cuestión lo que coloca la imputación frente a nuevas objeciones a nivel típico, concluyendo entonces que su conducta no ha ocasionado un real agravio al bien jurídico protegido por la norma, toda vez que no toda afectación mínima es capaz de alcanzar esos extremos".

Este planteo llama la atención por lo absurdo. En efecto, si el imputado hizo "una reproducción" para subir la obra protegida a Internet (*upload*) y por lo tanto ello no es lesivo del bien jurídico protegido, los miles de usuarios que hagan "una reproducción" para bajarla (*download*), tampoco lo serán por el mismo motivo. O sea, en pocos minutos, el Fiscal pretende derogar todas las normas conocidas nacionales e internacionales de derechos de autor, eliminar la protección de los creadores por el uso de sus obras en Internet y habilitar la posibilidad de que cualquiera suba o baje al ciberespacio obras intelectuales, en tanto se haga de a una, ya que esa afectación que hacen los usuarios es mínima y no lesiona los derechos de los titulares de las obras.

Otro caso actual y resonante en nuestro país es el de Taringa!³¹, que tramita ante la Justicia Criminal en los Tribunales Orales de la Capital Federal a la espera de una resolución definitiva. Taringa! (www.taringa.net) “es una comunidad virtual donde los usuarios comparten todo tipo de información a través de un sistema colaborativo de interacción”³² constituyendo en lo esencial un sitio web que permite a los usuarios compartir enlaces que albergan diferentes tipos de archivos, cuyo contenido puede estar protegido por los derechos de autor. Taringa fue denunciado por un grupo de autores y editoriales, que acreditaron que desde su sitio de Internet se permitía la descarga de libros de los cuales eran titulares de los derechos de autor. El Juzgado de primera instancia, en el auto de procesamiento, ha definido que “el funcionamiento como biblioteca de hipervínculos justifica la existencia de www.taringa.net en la medida que obtiene un ingreso masivo de usuarios, lo que dispara el negocio de la venta de publicidad, la cual, en el negocio informático, se abarata o encarece en función de la cantidad de visitas que recibe un sitio. Dicho accionar ha permitido que usuarios publicaran *links* que permiten la descarga de obras cuya propiedad intelectual se encuentra protegida, sin que dicho accionar fuera evitado por la administración del sitio, facilitando con ello la reproducción ilícita de los mismos. Resulta autor material de la publicación de las obras ofrecidas a descarga aquel que reprodujera la misma en forma digital. Participa necesariamente en la comisión del delito en el art. 72, inc. a) de la Ley 11.723, quien, como en este caso, ofrece un sitio web como herramienta multiplicadora de la reproducción ilícita de una obra protegida por la citada legislación, para ello, reduciendo a su mínima expresión los mecanismos de control o burocratizando los medios de denuncia del hecho ilícito (cabe mencionar que el imputado reconoció haber recibido un *email* de denuncia pero como no se citaba las URLs de los sitios no procedió a eliminar el *post* que ofrecía la descarga).

La Cámara ha confirmado el procesamiento³³, al entender que “los imputados habrían intervenido en la maniobra de quienes subieran ilegítimamente las obras a la página Taringa.net al ofrecer un sitio web como herramienta para la reproducción ilegal de títulos protegidos. Permitieron que se alojaran hipervínculos, que redireccionaron la búsqueda de los usuarios hacia las publicaciones ilegales”. La esencia del fallo atribuye responsabilidad penal de los administradores del sitio por la carga y descarga a través de *links* que realizan terceros de contenidos que están protegidos por derechos de propiedad intelectual, utilizando como vehículo o plataforma a la página web www.taringa.net, que es la que proporciona los medios necesarios para que se tipifique el ilícito³⁴. Es muy importante la

³¹ Juzg. Nac. en lo Criminal de Instrucción n. 44, “www.taringa.net s/infracción ley 11.723”.

³² www.taringa.net.

³³ Cám. Nac. Apel. Crim. y Correc., sala VI, “www.taringa.net s/infracción ley 11.723”.

³⁴ www.cij.gov.ar/nota-6742-Confirman-el-procesamiento-de-propietarios-de-sitio-web-donde-usuarios-descargaban-musica.html. Fallo completo.

observación efectuada por el fiscal Ricardo Sáenz relacionado con el principio de ubicuidad³⁵ “La Cámara señala que más allá de que los *links* desde los cuales se descargaron las obras reproducidas ilegalmente están ubicados fuera de la Argentina, lo cierto es que los servidores de *Taringa.net* desde donde se ofrecía la descarga registran domicilio en nuestro país, y concluye que "sin perjuicio de ello, los efectos del delito se habrían producido en el territorio nacional, por lo que en virtud del principio de ubicuidad previsto en el art. 1º del CPen. es procedente la aplicación de la ley penal argentina”. “El principio de ubicuidad de la ley penal indica que ésta se aplica en todos los lugares donde se produce la acción, el resultado o alguno de sus pasos intermedios, si se trata de un delito más o menos complejo. En materia de delincuencia informática me parece absolutamente imprescindible que nuestro país declare que su derecho penal será aplicable en la medida de que alguno de los efectos se manifieste en nuestro territorio. Eso es lo que hace el fallo”.

No podemos dejar de mencionar también el caso seguido contra Google por las Asociaciones de Editores y Autores de EE.UU. (la Association of American Publishers y la Authors Guild), porque marca algunas tendencias del tratamiento de las grandes empresas de Internet a las obras intelectuales y la suerte del libro en el entorno digital. En el año 2004, Google anunció un servicio llamado Google Book Search con el objeto de poner a disposición del público libros descatalogados, para lo cual suscribió un acuerdo con varias bibliotecas de los Estados Unidos y Europa para digitalizar los libros (no sólo los descatalogados). En el año 2005 la Asociación de Editores de los Estados Unidos y el sindicato de autores Authors Guild iniciaron juicios contra Google por infringir el derecho de autor al reproducir digitalmente las obras así como al distribuir y exhibirlas posteriormente. Google repuso que sus actos estaban amparados por la doctrina del uso leal (*fair use*) puesto que los libros descatalogados no generaban beneficios para los titulares del derecho.

El proceso no tuvo resolución judicial porque las partes llegaron a un acuerdo extrajudicial, anunciado en octubre de 2008. Google debía pagar más de 125 millones de dólares distribuidos en distintas formas y programas convenidos entre las partes, pero en marzo de 2011, los tribunales rechazaron la propuesta de Acuerdo³⁶. Empresas tecnológicas crearon la llamada “Coalición del Libro Abierto” y se manifestaron en contra del acuerdo, por el supuesto monopolio que generaba a favor de Google.

Según el Observatorio Iberoamericano de Derecho de Autor (ODAI), “si bien la sentencia del juez Chin rechaza la Propuesta de Acuerdo (Amended Settle Agreement - ASA), de Google con la Asociación de Editores Americanos y el Sindicato de Autores indicando que este acuerdo “no es justo, adecuado, ni razonable”, también ha dejado la puerta abierta para que las partes puedan

³⁵ <http://www.perfil.com/tecnologia/-20111028-0029.html>.

³⁶ Sentencia dictada por el juez federal de Nueva York, Denny Chin.

revisar el acuerdo, con el fin de realizar cambios en este documento, entre los cuales se encuentra la posibilidad de que los titulares de los derechos soliciten su ingreso a Google Books y acepten las condiciones del acuerdo para hacerlo (*opt-in*), en contraposición a lo que establecía el acuerdo hasta ahora, en la que Google Books utilizaba las obras literarias sin autorización y los titulares que se consideraban afectados podían solicitar la exclusión de sus obras para poder estar fuera del acuerdo (*opt-out*). Asimismo, esta decisión judicial hace referencia a que “el Acuerdo le daría a Google un monopolio de hecho sobre las obras no reclamadas: Sólo Google tendría el derecho de hacer todos los libros no impresos, disponibles a los usuarios, sin tener que solicitar permisos de forma individual. Nadie más puede competir eficazmente con eso, ya que nadie más tendría los derechos a las obras no reclamadas”. En octubre de 2012, la Asociación Americana de Editores y Google informaron que han llegado a un acuerdo que no necesita aprobación de la Corte, y permite que las editoriales puedan decidir si quieren o no que sus obras formen parte de la colección de materiales digitalizados por la compañía californiana que están disponibles a través del servicio Google Books, si un 20% del contenido total de cada obra es accesible gratuitamente. Google Books permitirá la compra digital de cada publicación mediante su plataforma Google Play. Quienes prefieran dejar que sus trabajos formen parte de la base de datos de Google tendrán la posibilidad de solicitar una copia digital para su uso³⁷.

V. LA LEGISLACIÓN EXTRANJERA

Los conflictos sobre el uso ilegal de obras intelectuales en Internet están impactando en las legislaciones sobre derecho de autor y en muchos países se han dictado normas específicas para resolver con mayor agilidad y eficacia la vulneración del derecho de autor en el entorno digital.

Desde que en la declaración concertada respecto del art. 1.4) del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT) (1996)³⁸ se estableció que el derecho de reproducción, tal como se establece en el art. 9º del Convenio de Berna, y las excepciones permitidas en virtud de este convenio, son totalmente aplicables en el entorno digital, el autor de una obra incluida en una edición electrónica goza de los mismos derechos que en cualquier otro formato. Le son aplicables las mismas convenciones internacionales y normas locales, tanto en lo referido a los derechos morales como también a los patrimoniales, incluyendo formalidades, limitaciones, excepciones, duración del derecho, etc. Pero la dificultad de resolver las violaciones a los derechos con los instrumentos procesales tradicionales, provocó el desarrollo de una normativa específica.

³⁷ <http://mexico.cnn.com/tecnologia/2012/10/04/google-firma-un-acuerdo-con-editoriales-para-digitalizar-mas-libros-en-eu>

³⁸ www.wipo.int/treaties/es/ip/wct/trtdocs_wo033.html.

En el año 2009, el Parlamento Europeo aprobó la Directiva 2009/140/CE, que permite restringir el acceso a Internet de ser necesario y proporcionado, pero con estrictas condiciones. El art. 3º bis de la Directiva quedó finalmente redactado así:

"Las medidas adoptadas por los Estados miembros relativas al acceso o al uso por parte de los usuarios finales de los servicios y las aplicaciones a través de redes de comunicaciones electrónicas respetarán los derechos y libertades fundamentales de las personas físicas, como queda garantizado en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y en los principios generales del Derecho comunitario."

"Cualquiera de esas medidas relativas al acceso o al uso por parte de los usuarios finales de los servicios y las aplicaciones a través de redes de comunicaciones electrónicas, que sea susceptible de restringir esos derechos y libertades fundamentales sólo podrá imponerse si es adecuada, proporcionada y necesaria en una sociedad democrática, y su aplicación estará sujeta a las salvaguardias de procedimiento apropiadas de conformidad con el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y con los principios generales del Derecho comunitario, que incluyen una protección judicial efectiva y un procedimiento con las debidas garantías. Por lo tanto, dichas medidas sólo podrán ser adoptadas respetando debidamente el principio de presunción de inocencia y el derecho a la vida privada. Se garantizará un procedimiento previo, justo e imparcial, que incluirá el derecho de los interesados a ser oídos, sin perjuicio de que concurran las condiciones y los arreglos procesales adecuados en los casos de urgencia debidamente justificados, de conformidad con el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. Se garantizará el derecho a la tutela judicial efectiva y en tiempo oportuno".

Esta norma generó un intenso debate, hasta que entre el Consejo y el Parlamento Europeo se acordó esa redacción que fue aprobada casi por unanimidad. Los parlamentarios han argumentado que no hubo una marcha atrás respecto a la enmienda que impedía cualquier restricción indebida del acceso de los usuarios a Internet "sin una orden judicial previa" y señalan que el acceso a Internet podrá restringirse, de ser necesario y proporcionado, "únicamente tras un procedimiento justo e imparcial, que incluya el derecho del usuario a ser escuchado". Asociaciones de Internautas consideran, en cambio, que "el texto final está lejos de ser satisfactorio"³⁹. La Directiva estableció que los Estados miembros tendrían plazo hasta mediados de 2011 para adaptar sus legislaciones nacionales a la nueva normativa.

Los países Europeos iniciaron el proceso de adaptación, con uno de estos dos criterios principales:

³⁹ http://tecnologia.elpais.com/tecnologia/2009/11/24/actualidad/1259056865_850215.html.

- Atribuir la responsabilidad a los titulares de los sitios web, imponiendo multas a quienes realicen acciones que vulneren o faciliten la violación de los derechos de propiedad intelectual, con un procedimiento rápido, en parte de carácter administrativo.
- Advertir a los usuarios de las infracciones que están cometiendo, aplicando sanciones graduales mediante normas conocidas como *3 strikes out*, que consisten en ordenar a los proveedores de Internet quitar la conexión a quienes se les ha avisado por tercera vez que realizan acciones violatorias a las leyes de derecho de autor.

En España, la Ley 2/2011 incluye una propuesta de la entonces Ministra de Cultura Ángeles González Sinde, relativa a la regulación de Internet y la protección de la propiedad intelectual. En lo esencial, crea un organismo denominado Comisión de Propiedad Intelectual cuyo objeto es determinar si los sitios de Internet vulneran los derechos de propiedad intelectual y, en ese caso, determinar las sanciones. Actúa mediante denuncias de parte y en caso de considerar que se están vulnerando los derechos de autor, solicita a los responsables de la página que retiren los contenidos, quienes tendrán un plazo de 48 horas para hacerlo en forma voluntaria. Caso contrario, se inicia un proceso para resolver sobre la responsabilidad del imputado por la infracción. Los Juzgados Contencioso-Administrativo deben autorizar o rechazar la resolución de la Comisión, que podrá ordenar el cierre del sitio y la imposición de multas.

La ley fue reglamentada en el actual Gobierno, mediante el real decreto 1889/2011, del 30 de diciembre de 2011, regulando el funcionamiento de la Comisión de Propiedad Intelectual y estableciendo sus atribuciones. La Comisión comenzó a funcionar el 1 de marzo de 2012.

Una asociación de internautas presentó un recurso judicial contra las disposiciones del decreto, pero fue rechazado. “El Tribunal encontró ajustado al orden constitucional español las atribuciones de la llamada *Comisión Sinde* para la investigación de posibles infracciones al derecho de autor en Internet, el retiro de contenidos puestos a disposición sin autorización previa y el bloqueo de portales. La máxima instancia en lo contencioso administrativo estimó que las atribuciones de la Comisión de la Propiedad Intelectual eran razonables y necesarias para la protección de los derechos conferidos al sector creativo, sosteniendo que éstas no vulneran los derechos a la libertad de expresión y acceso a la información”⁴⁰. El Tribunal Supremo reconoce igualmente que “están en juego derechos fundamentales” como la libertad de expresión y de información, pero recuerda que “no son ilimitados” y que por tanto están justificadas las medidas para restablecer la legalidad en la red “siempre que respeten las garantías constitucionales y legales”. Puntualiza que en este tipo de asuntos confluyen derechos a la libertad de expresión, información, a la producción literaria, artís-

⁴⁰ www.luchacontralapirateria.com/detalle-paginas.php?tipo=noticia&id=85.

tica, científica y técnica junto a otros como la protección de datos personales y acceso a la cultura y que por eso existe una necesidad de adoptar medidas que delimiten sus ámbitos y “equilibren sus conexiones de manera proporcionada y sin suponer una restricción”. “El Tribunal sólo estima una pequeña parte del recurso interpuesto por la Asociación de Internautas, y anula un artículo del decreto: a partir de ahora, si un usuario de Internet retira de su web de forma voluntaria algún contenido con derechos de autor, no significará que esté reconociendo automáticamente haber vulnerado estos derechos”⁴¹.

En Francia, la reciente historia legislativa demuestra las dificultades de establecer regulaciones estables sobre este tema. La Ley de Creación e Internet o Ley promotora de la difusión y la protección de la creación en Internet, conocida como ley HADOPI (según la sigla en francés del nombre de la comisión), establecía avisos y sanciones progresivas, llegando hasta la desconexión de Internet, contra los usuarios que descargasen archivos de forma ilegal. La ausencia de intervención judicial en el proceso fue cuestionada en junio de 2009 por el Consejo Constitucional de Francia, estableciéndose que sólo un juez tiene la competencia para impedir el acceso a la Red.

En julio de 2009 se reformaba la versión original de la norma, incluyendo la revisión judicial previa a la desconexión y un sistema de multas.

La agencia HADOPI, encargada de implementar el sistema, publicó a principios de 2012 su primer reporte en el que aseguran que las descargas de obras protegidas han disminuido mientras el uso de servicios de *streaming* se ha incrementado⁴². El estudio de HADOPI asegura que más de 775.000 usuarios habían recibido el primer aviso por descargar material protegido con copyright de forma ilegal y de éstos el 95% no necesitó una nueva advertencia. Del resto, el 92% recibió el segundo aviso. El 98% de quienes reincidieron dejaron de hacerlo en la tercera advertencia y el 71% de estos se comprometieron a no volver a utilizar obras en infracción a la ley. Existían 4.5 millones de usuarios que compartían archivos en diciembre del 2010, que se redujeron a 3 millones en diciembre de 2011. En el informe se destaca el número de visitantes a servicios de *streaming*, para mostrar un incremento de 6.5 millones a 8.3 millones durante el mismo periodo.

El actual Gobierno de Francia presidido por François Hollande y su Ministra de Cultura, Aurélie Filippetti, se manifestó contrario a la ley HADOPI y encargó la realización de un informe a un comité de consulta, que se reunió con los representantes de las industrias creativas y de consumidores franceses, con el fin de que la nueva regulación satisfaga a todos los sectores involucrados.

El pasado mayo de 2013 se conocieron las conclusiones del estudio sobre los desafíos de las industrias culturales en el universo digital: “Durante este periodo, la misión estableció un panorama muy completo y condujo una reflexión

⁴¹ Ibidem.

⁴² www.hadopi.fr.

profundizada sobre los desafíos de las industrias culturales en el entorno digital, destinada a adaptar las herramientas clásicas de política cultural, basadas en mecanismos de solidaridad entre la creación y sus modos de difusión. La misión propone vías de evolución de estas herramientas denominadas de “excepción cultural” y presenta 80 propuestas según tres ejes:

- La oferta legal en línea y el acceso de los públicos a dicha oferta;
- La remuneración de los creadores y la financiación de la creación;
- La defensa y adaptación del derecho de autor en la era digital e incluso la lucha contra la piratería.

Las medidas para mejorar la oferta legal proponen la extensión de esta oferta, su racionalización, su precio y su ergonomía. El informe propone en particular reflexionar sobre una adaptación de los plazos legales que rigen las diferentes ventanas de explotación de las obras (“cronología de los medios de explotación”), los modos de financiación de la digitalización, la producción y la distribución de las obras. El informe sugiere dispositivos que faciliten el acceso y el uso de los contenidos para los internautas y considera en efecto que la convergencia digital obliga a volver a plantear la regulación de los contenidos culturales y propone una evolución de las competencias del Consejo Superior del Audiovisual (CSA) francés.

En lo que se refiere a la financiación de la creación, la misión advierte que la entrada en la era digital condujo a una transferencia de valores muy importante de los contenidos hacia los operadores de difusión (proveedores de acceso a Internet, materiales conectables, motores de búsqueda). El informe llama a la vigilancia sobre el reparto de los ingresos en el entorno digital, para que los creadores puedan recuperar el justo fruto de su creación. Se propone, en particular, integrar los fabricantes de aparatos y soportes conectados a la financiación de la creación, con el fin de permitir reequilibrar esta transferencia de valores hacia los creadores y ofrecer perspectivas nuevas a industrias culturales amenazadas que desempeñan un papel esencial en la economía.

Asimismo, la misión propone que se reoriente la lucha contra la piratería hacia sitios web ilegales, basándose, entre otras cosas, sobre los intermediarios técnicos (servicios de publicidad, sistemas de pago). El informe propone así reestructurar profundamente el sistema de respuesta graduada previsto en la ley HADOPI y suprimir la sanción que consiste en cortar la conexión a Internet, desarrollando un sistema de sanciones e insistiendo en los aspectos pedagógicos. Se propone suprimir la ley HADOPI e incluir el nuevo dispositivo a una autoridad administrativa existente⁷⁴³.

El Decreto 157 del 9/7/2013 del Ministerio de Cultura de Francia derogó la ley HADOPI. De todas formas, el Gobierno informó que los delitos por inter-

⁴³ www.institutoautor.org/story/Informe-Lescure-sobre-Acto-II-de-la-excepcin-cultural_3735

cambio de archivos ilegales a través de Internet pueden seguir siendo sancionados con multas de hasta 1.500 euros⁴⁴.

En el Reino Unido, se dictó en abril del 2010 la Ley de Economía Digital que incluye instrumentos procesales y sanciones por la violación de derechos de autor en Internet. Entre otros aspectos, incorpora un marco legal probatorio ágil y establece la posibilidad de cortar la conexión a Internet a aquellos usuarios que intercambien archivos con contenidos protegidos por el derecho de autor de manera habitual. La Ley atribuye a OFCOM (*Independent regulator and competition authority for the UK communications industries* - Oficina reguladora y autoridad de competencia para las industrias de comunicaciones del Reino Unido) competencias para llevar adelante los procedimientos contra las reproducciones ilegales en Internet, reconociéndose a los afectados el derecho de recurrir judicialmente la decisión. Los proveedores de servicios están obligados a seguir un código de buenas prácticas y a alertar de las infracciones, con severas multas por incumplimientos.

La ley fue cuestionada judicialmente por sitios de Internet, argumentando que restringía libertades de los usuarios. En abril de 2011 la justicia dictaminó que la ley cumple con las directivas de la Unión Europea y que el Parlamento había encontrado el equilibrio correcto entre la protección de los derechos de propiedad intelectual y dar al público el derecho a acceder a los contenidos libremente, aclarando que "Desde el punto de vista del titular de los derechos y el abonado, la DEA (Ley de Economía Digital) representa un sistema más eficiente, centrado y justo que el régimen actual. Aunque es difícil predecir el efecto de medidas como las contempladas por la DEA, hay razones para creer que dichas medidas pueden también tener un efecto positivo"⁴⁵.

Conocida como Enforcement Directive o IPRED, la ley aplicada en Suecia permite cortar la conexión a la red de los usuarios que intercambien archivos protegidos por el derecho de autor. Los proveedores de acceso a Internet deben enviar cartas de advertencia a los usuarios denunciados y, en última instancia, a cortarles la conexión a la Red. Los infractores son pasibles de multas.

Irlanda sancionó una norma basada en el sistema de tres avisos, previendo la desconexión del servicio de Internet ante la reincidencia de los usuarios de utilizar material protegido sin autorización. Este sistema fue modificado después del envío masivo de notificaciones por parte del operador Eircom a usuarios inocentes que no habían descargado material con copyright. La Comisión de Protección de Datos inició una investigación que terminó con el sistema de desconexión el servicio de Internet a los usuarios.

Alemania también ha dictado una legislación que impone sanciones económicas a aquellos usuarios que vulneren los derechos de propiedad intelectual,

⁴⁴ www.europapress.es/portaltic/internet/noticia-francia-cesa-cortes-conexion-internet-descargas-ilegales-20130710111631.html.

⁴⁵ <http://alt1040.com/2011/04/proveedores-internet-britanicos-pierden-batalla-industria-copyright>.

estableciendo además de las multas, penas de prisión. Se contemplan condenas con hasta dos años de prisión si se descarga obras protegidas para uso privado, que podrían extenderse hasta 5 años cuando tuvieran fines de lucro.

En Noruega, las enmiendas propuestas a la Ley de Propiedad Intelectual fueron aprobadas durante los primeros meses del 2013. "Las modificaciones propuestas facilitarían la tarea de localizar a los propietarios de sitios web y a los usuarios de material no autorizado "online" y permitiría llevar a juicio a propietarios de páginas web implicadas en la distribución de contenidos ilegales, así como ordenar a los proveedores de servicios de Internet (ISPs) que *"eviten o impidan el acceso"* a páginas webs que pongan a disposición de los usuarios contenidos protegidos con derechos de autor⁴⁶.

En los Estados Unidos de América se debatieron distintas propuestas relacionadas con la protección efectiva contra la reproducción ilegal de obras protegidas por los derechos de autor en el entorno digital, pero ninguna ha sido sancionada hasta el momento, debido a la resistencia de las propias empresas de tecnología en algunos casos o de los usuarios en otros.

La PROTECT IP Act, también conocida como PIPA, fue un proyecto presentado en el 2008 y brindaba herramientas para restringir el acceso a sitios web dedicados a infringir o falsificar bienes, incluso a sitios registrados fuera del territorio de los Estados Unidos.

El proyecto denominado SOPA (*Stop Online Piracy Act*) incluía la solicitud de una orden judicial para bloquear la publicidad y las redes de pago del sitio infractor y el bloqueo de los resultados que conducen al sitio a través de los motores de búsqueda. La propuesta de ley permitía extender las existentes leyes penales. Fue presentada en la Cámara de Representantes de los Estados Unidos el 26 de octubre de 2011.

Estos dos proyectos de ley antipiratería de EE.UU., SOPA en la Cámara de Representantes y PIPA en el Senado, han sido archivados o suspendidos indefinidamente.

Existe otro anteproyecto de ley que se conoce como OPEN Act (Online Protection and Enforcement of Digital Trade Act) que propone redirigir el entorno de las demandas desde el Departamento de Justicia hacia la Comisión Internacional de Comercio para investigar y procesar cada caso. Permite solicitar a los auspiciantes que publicitan en páginas que vulneren los derechos de propiedad intelectual, que interrumpan toda relación comercial. A diferencia de PIPA y SOPA, el proyecto OPEN Act cuenta con el apoyo de las principales empresas de tecnología. "El sistema de cierre de páginas web que OPEN Act propone es más estricto que el que se pretendía imponer con la SOPA y la PIPA. Solo se cerrarán aquellas páginas web extranjeras que inciten y promocionen directamente la violación del copyright y el proceso de cierre será distinto ya

⁴⁶ www.institutoautor.org/story/Noruega-prepara-una-ley-contr-la-piratera-en-Internet_3725#sthash.H1ez8gS8.dpuf.

que irá a través de la Comisión Internacional del Comercio (ITC) y no del Departamento de Justicia. Los titulares de derechos de autor presentan una queja frente a la ITC sobre la página extranjera que viola sus derechos y la página tiene derecho a contestar. En caso de que se pruebe la infracción, se solicitará a los intermediarios en el pago y a los publicistas que interrumpan sus acuerdos con la web. De esta manera pretenden acabar con la financiación de sitios web que infringen el copyright. Los usuarios de Internet se han mostrado más favorables a esta propuesta y sobre todo por lo llamativo de su presentación. El congresista D. Issa ha creado la web *KeepTheWebOpen* que permite a los usuarios acceder al borrador de la ley y proponer modificaciones y mejoras, de un modo similar al de Wikipedia. Este experimento se ha catalogado como un nuevo tipo de participación democrática y un nuevo paso en la democracia. Sin embargo, sectores vinculados con la industria ven la nueva propuesta como una ley más débil y ha sido criticada por ser impracticable, ya que en estos momentos los procesos en la ITC duran una media de 18 meses y además les obliga a pagar los costes del proceso (sólo reembolsables en el caso de que ganen el proceso). Para otros, el proyecto OPEN Act es una forma más efectiva pero mejorable de combatir la piratería sin afectar ciertos derechos ciudadanos y los intereses industriales de las fuertes empresas de Internet de Estados Unidos⁴⁷.

El impactante caso del cierre del sitio de Internet de Megaupload, un sitio web de alojamientos de archivos, con intervención directa del FBI, ha generado un debate actual sobre la necesidad de contar con instrumentos especiales para combatir a la piratería. Recordemos que el 19 de enero de 2012, el FBI realizó una acción internacional con la colaboración de la Justicia de Nueva Zelanda, que terminó con el cierre del portal y la detención de los responsables del sitio por infracción de derecho de autor. En un comunicado, el Departamento de Justicia de Estados Unidos⁴⁸ informó que "siete personas y dos empresas han sido acusados en los Estados Unidos por el funcionamiento de una empresa criminal organizada internacionalmente, supuestamente responsable de la piratería masiva en línea en todo el mundo de numerosos tipos de obras protegidas, a través de Megaupload.com y otros sitios relacionados. Esta acción es uno de los mayores casos criminales de derechos de autor jamás presentados por los Estados Unidos y se dirige directamente a la mala utilización de un sitio de almacenamiento y distribución de contenido público para cometer y facilitar delitos contra la propiedad intelectual". "El caso está siendo procesado por la Oficina del Fiscal de EE.UU. para el Distrito Este de Virginia y la Sección de Delitos Informáticos y Propiedad Intelectual de la División Criminal del Departamento de Justicia".

El ACTA (*Anti-Counterfeiting Trade Agreement* o Acuerdo comercial anti falsificación) es un acuerdo de compromiso internacional, que subscriben voluntariamente los países, destinado a fijar protección y respaldo a la propiedad

⁴⁷ www.institutoautor.org/story/La-nueva-propuesta-de-ley-OPEN-Act_2793#sthash.cnfxkAvx.dpuf.

⁴⁸ www.justice.gov/opa/pr/2012/January/12-crm-074.html.

intelectual, con el propósito, entre otros, de evitar la piratería en Internet. Para lograr el cometido, este acuerdo obligará a los proveedores de servicios de Internet a vigilar todos los paquetes de datos que sean cargados o descargados desde Internet. Además el usuario podría eventualmente recibir multas, perder el derecho a la conexión a la web, o penas de prisión. En Julio de 2012 el Parlamento europeo rechazó el ACTA y en diciembre del mismo año la Comisión Europea informó que el ACTA ya no volverá a ser estudiado por Europa⁴⁹. El Senado mexicano rechazó ratificar al ACTA, luego que fuera firmado por el representante diplomático. Hasta la fecha, fue suscripto por Australia, Canadá, Corea, Estados Unidos, Japón, Marruecos, Nueva Zelanda y Singapur.

VI. UNA SOLUCIÓN POSIBLE. HACIA LA GESTIÓN COLECTIVA DE DERECHOS DIGITALES

Las soluciones que se experimenten para resolver los conflictos vinculados con el uso de las obras protegidas por el derecho de autor en el entorno digital, deben lograr que la producción artística y científica no se vea afectada, que el esfuerzo creativo y económico sea reconocido y que se permita la mayor divulgación y acceso posible.

Cualquier propuesta jurídica debe considerar el actual contexto cultural, social, tecnológico y económico, que es complejo y novedoso. Los derechos de autor son el instrumento jurídico indispensable para conjugar la remuneración a los autores por su trabajo, el respeto a los derechos culturales y a la libertad de expresión y de creación artística. Pero es indudable que se debe innovar, atendiendo la nueva realidad digital y aprovechando la experiencia del recorrido histórico de los derechos de autor. Así como se puede escuchar libremente música en una radio, reproducir parte de un libro por fotocopias efectuando una copia privada, o utilizar una obra prestada por una biblioteca —retribuyéndose a los autores por esos usos de sus obras a través de una organización de gestión colectiva—, es posible imaginar un sistema por el cual las obras puedan ser compartidas en Internet libremente, en forma personal y privada, sin fines de lucro y se compense económicamente al autor.

Es decir, establecer un sistema por el cual los usuarios puedan compartir en forma libre obras intelectuales, devengándose un derecho a favor de sus titulares, con una administración en línea que le garantice al autor absoluta transparencia en la gestión y percepción.

La distribución de esos derechos correspondería que fuera realizada sobre obras identificables —en el caso del libro, con el ISBN— para que faciliten su individualización, cuantificándose sus usos y distribuyéndose lo recaudado a los autores y editores a través de sociedades de gestión colectiva, según porcentajes que se acuerden entre las partes.

⁴⁹ www.abc.es/cultura/20121221/abci-acta-europa-201212211356.html.

Los autores que deseen divulgar libre y gratuitamente sus obras o que no requieran la relación con un editor o productor, pueden hacerlo sin ninguna restricción, ya sea individualmente o mediante un sistema como el Creative Commons⁵⁰. Coincidimos con Federico Villalba Díaz, cuando sostiene que "quien voluntariamente introduce una obra propia en Internet presta consentimiento tácito al uso personal, entendiendo por tal el almacenamiento en el disco rígido y la impresión de una copia para sí mismo, sin derecho a darle un nuevo uso a la misma y en la medida que dicho uso no perjudique la normal comercialización de dicha creación. En efecto, el consentimiento es tácito porque la voluntad se infiere indubitablemente de una actitud y circunstancias de comportamiento que revelan su existencia, como es el caso de incorporar una obra en el ciberespacio sin restricciones ni claves de acceso"⁵¹. Pero aquellos autores que decidan obtener beneficios económicos por los usos que se realicen de sus obras, deben tener garantizados y protegidos sus derechos.

A través de sistemas de licencias y/o retribuciones es posible compensar los usos sin fines de lucro que realizan usuarios indeterminados de obras intelectuales en el entorno digital. Los derechos económicos deben surgir de una retribución a cargo de los proveedores de servicios de Internet, la publicidad digital o donde finalmente se determine. Lo que se propone es que se libere únicamente los vínculos entre usuarios que no tengan fin de lucro. Esta alternativa no sustituye los usos pagos que esas obras pueden tener por ventas directas o prestaciones de servicios en línea, accesos a productos *premium*, etc, que pueden requerir autorizaciones de los titulares o licencias colectivas; incluso, pueden estimular su consumo. Tampoco facilita usos no personales o que tengan fin de lucro, pudiendo agregarse alternativas de protección tecnológica temporal vinculadas con el concepto de novedad.

Los sitios tradiciones de venta directa (Amazon, Barnes & Noble, Itunes, Bajalibros, etc.) o los que promueven el acceso contra una retribución a repertorios autorizados de música (*Spotify*), cine (*Netflix*) o libros (24symbols) tendrán que brindar un grado de servicios, confiabilidad y precios que hagan atractivo a los usuarios acceder a las obras a través de ellos. Sobre esto, hay una atractiva teoría que vincula edades, ingresos, tiempo y calidad de servicio, para concluir que las personas que tienen ingresos estables y tiempo limitado, recurren a servicios que garantizan rapidez, calidad y seguridad para acceder a obras intelectuales. En cambio, los jóvenes, que no suelen tener ingresos fijos pero si tiempo y capacidad de operatividad tecnológica, optan por usos libres, aunque de difícil acceso y dudosa calidad y seguridad⁵².

⁵⁰ <http://creativecommons.org/>.

⁵¹ www.justiniano.com/revista_doctrina/LOS_DERECHOS_DE_AUTOR_EN_INTERNET.htm.

⁵² ANDERSON, Chris, Free, *The Future of a Radical*, Random House International, 2009.

Desde ya que las páginas web que pretendan ofrecer servicios pagos o gratuitos que impliquen poner a disposición del público obras protegidas por la propiedad intelectual, deberán obtener las autorizaciones correspondientes, que serán gestionadas a través de las sociedades de autor para garantizar la eficacia comprobada en la administración de los derechos.

El rol del editor profesional continuará siendo imprescindible, ya que sólo él puede realizar el proceso de evaluación para determinar si el original tiene el nivel de elaboración adecuado, realizar las correcciones de estilo, efectuar la diagramación y composición que caracteriza a la editorial, incluir las funciones multimediáticas y efectuar las tareas relacionadas con la difusión y comercialización. El editor es fundamental para evaluar la calidad intelectual de las creaciones, realizar la selección, agregar su sello distintivo, delinear estrategias de marketing y promoción y cierta actividad innovadora con la puesta en marcha de líneas editoriales.

Pero debemos analizar seriamente la posibilidad de que existan alternativas de acceso libre de las obras intelectuales en Internet, por varias razones:

- porque se trata de estimular y facilitar el acceso a las obras;
- porque lo contrario provoca acciones evasivas, generándose una carrera costosa entre las medidas de protección y su violación;
- porque crea una inmensa piratería que perjudica notablemente a los autores;
- porque el acceso libre a las obras va a incrementar notablemente su consumo, generando enormes beneficios económicos para los titulares de derechos.

Ya existen teorías económicas que sostienen, incluso, que los accesos gratuitos son el mejor modelo para obtener beneficios: Chris Andersen sostiene que "de algún modo, ha surgido una economía en torno a lo Gratis antes del modelo económico que pueda describirla... se creó una economía de miles de millones de dólares —la primera de la historia—, donde el precio primario es cero... Después de 15 años del gran experimento *online*, lo gratuito nos llega por defecto, y los muros del pago son la ruta hacia la oscuridad... Hoy en día, los modelos de negocio más interesantes consisten en encontrar maneras de hacer dinero en torno a lo Gratis"⁵³. El trabajo de investigación de Yochai Benkler plantea la posibilidad de que "una cultura en la que la información se compartiese libremente podría ser más eficiente económicamente que otra en la que la innovación con frecuencia se ve dificultada por las leyes de patentes o de copyright, puesto que el coste marginal de reproducir la mayor parte de la información es prácticamente nulo"⁵⁴.

Son varias las voces que se pronuncian a favor de propuestas semejantes.

⁵³ ANDERSON, Chris, ob. cit.

⁵⁴ BENKLER, Yochai, *The wealth of networks: how social production transforms markets and freedom*, 2006. Wikipedia, Benkler, Yochai.

En el programa electoral del actual presidente de Francia, se planteaba reemplazar la actual ley HADOPI por “la firma de un Acta de la ley principal de la excepción cultural francesa, que concilie los derechos de los creadores y las obras mediante el acceso a un Internet fácil y seguro. Los autores serán pagados de acuerdo con el número de accesos a su trabajo con el financiamiento basado en los actores económicos que se benefician de la difusión digital de las obras”⁵⁵.

Los propios autores e intérpretes comienzan a evaluar una solución relacionada con un sistema de licenciamiento que retribuya los usos que se realizan en la red. Así, “los compositores británicos anunciaron que pedirán una remuneración a los proveedores de banda ancha en función de la cantidad de música bajada sin pagar derechos. La Performing Right Society (PRS) asociación que aglutina a compositores, músicos y cantantes británicos, argumentó que este impuesto es la mejor manera’ de alinear los intereses financieros de los proveedores de Internet con los derechos de autor”⁵⁶.

ISPA, la asociación que representa a los ISPs en Reino Unido emitió un comunicado de prensa⁵⁷ en el cual manifestó que “las preocupaciones acerca del bloqueo excesivo, la facilidad de evadirlo y el incremento del cifrado... significan que el bloqueo no es una bala de plata para detener la violación de derechos de autor en línea. Más bien, como el Reporte Hargreaves, encargado por el gobierno (británico), ha descubierto recientemente, debería prestarse más atención a las industrias creativas con una oferta innovadora y contenido totalmente licenciado, para poder ofrecer a los consumidores lo que están claramente exigiendo”.

Lo que debemos analizar es si una solución de este tipo no es incompatible con la regla de los tres pasos establecida en distintos tratados internacionales, que determinan condiciones para que las normas nacionales incorporen limitaciones a los derechos de autor. En este punto cabe aclarar que esta regla contiene sutiles diferencias en los diferentes tratados. Consagrada en el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, París 1971⁵⁸; en

⁵⁵ www.institutoautor.org/story/Prxima-reforma-de-la-Ley-HADOPI_2996.

⁵⁶ EFE 28/7/2010.

⁵⁷ www.ispa.org.uk/press_office/page_987_4e451b15fd3fc2c60591e0e702bf080e.html.

⁵⁸ Art. 9º, Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas. Acta PARIS 1971. Derecho de reproducción: 1. En general; 2. Posibles excepciones; 3. Grabaciones sonoras y visuales:

1) Los autores de obras literarias y artísticas protegidas por el presente Convenio gozarán del derecho exclusivo de autorizar la reproducción de sus obras por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma.

2) Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras en determinados casos especiales, con tal que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

3) Toda grabación sonora o visual será considerada como una reproducción en el sentido del presente Convenio.

el AADPIC —Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio⁵⁹; y en el TODA— Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT) (1996)⁶⁰, las diferencias principales entre las distintas normas residen en el alcance de las limitaciones, restringidas al derecho de reproducción en Berna y ampliada a todos los derechos exclusivos en el AADPIC; y los sujetos protegidos —el autor en el Convenio de Berna y todos los titulares de derechos en el AADPIC—.

Respecto a las interpretaciones de la regla de los tres pasos, debe destacarse el Informe del Grupo Especial adoptado por el Órgano de Solución de Diferencias del AADPIC, promovido por la Comunidad Europea contra Estados Unidos por el art. 110 (5) de la Copyright Act, en el que, “analiza muy detalladamente las tres condiciones establecidas en el art. 13 del AADPIC, destacando que se aplican en forma acumulativa y cada una de ellas es un requisito separado e independiente que debe cumplirse. “El hecho de no cumplir cualquiera de las tres condiciones tiene por resultado que no puede hacerse efectiva una excepción prevista en el art. 13”⁶¹.

Si bien requiere en análisis más exhaustivo, una solución como la planteada —un sistema de licencias por el cual los usuarios de internet puedan compartir en forma libre obras intelectuales, devengándose una retribución a favor de los titulares de derecho de autor—, recoge las experiencias de instituciones ya previstas en el derecho de autor, tales como la copia privada, el préstamo público y la gestión colectiva, que no han sido objetadas a la luz de la regla de los tres pasos. De la manera propuesta no se perjudican los intereses legítimos de los titulares de los derechos, sino que se le agregan beneficios que hasta el momento no se perciben; por otro lado, debe considerarse que la explotación normal de la obra en Internet no es la misma que en el sector tradicional de bienes culturales. Así, se puede conjugar el acceso a la cultura y los derechos de

Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras en determinados casos especiales, con tal que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

⁵⁹ Art. 13, ADPIC. Limitaciones y excepciones. Los Miembros circunscribirán las limitaciones o excepciones impuestas a los derechos exclusivos a determinados casos especiales que no atenten contra la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos.

⁶⁰ Art. 10, TODA. Limitaciones y excepciones.

(1) Las Partes Contratantes podrán prever, en sus legislaciones nacionales, limitaciones o excepciones impuestas a los derechos concedidos a los autores de obras literarias y artísticas en virtud del presente Tratado en ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

(2) Al aplicar el Convenio de Berna, las Partes Contratantes restringirán cualquier limitación o excepción impuesta a los derechos previstos en dicho Convenio a ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

⁶¹ LIPSZYC, Delia, *Nuevos temas de derecho de autor y derechos conexos*, p. 53 cita a IGE, doc, WT/DS160/R 6.97.

autor, utilizando la tecnología digital para brindar más posibilidades de acceso sin perjudicar a los creadores ni a los editores. Se lograría ampliar al máximo el mercado potencial y obtener un rédito por el uso de las obras, beneficiándonos todos del desarrollo intelectual de nuestra era.

En cualquier caso, la tecnología digital debe facilitar el acceso a las obras intelectuales y, al mismo tiempo, generar beneficios para sus creadores. Para ello, es necesario formularse interrogantes que ayuden a visualizar el problema actual, sin respuestas que excluyan deliberadamente la visión de los distintos actores e interesados.

Coincidiendo con Milagros del Corral, “el apoyo a la creatividad como verdadero motor del desarrollo cultural y económico es inconcebible hoy en día sin un compromiso claro a favor de los creadores y de las industrias culturales. En la actualidad, el mejor antídoto contra la uniformidad cultural es la creación, producción y circulación mundial de la mayor variedad posible de productos culturales, para garantizar una oferta cultural pluralista por parte de todos los medios de comunicación, incluyendo las autopistas de la información. El objetivo final es, sin embargo, construir un mundo mejor para todos: una aldea global democrática basada en la justicia y en la tolerancia, donde las tecnologías estén al servicio de los seres humanos y donde “nuestra diversidad creativa” sea protegida, respetada y reconocida”⁶².

⁶² DEL CORRAL, Milagros - ABADA, Salah, “Desarrollo cultural y económico mediante el derecho de autor en la sociedad de la información”, www.crim.unam.mx/Cultura/informe/cap113.htm.

LA PROBLEMÁTICA DE LAS LLAMADAS
OBRAS HUÉRFANAS
(PROPUESTAS DE SOLUCIÓN CON PARTICULAR
REFERENCIA A LA DIRECTIVA 2012/28/UE
SOBRE CIERTOS USOS AUTORIZADOS
DE LAS OBRAS HUÉRFANAS) *

Por RAMÓN CASAS VALLÈS**

I. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA ¹

1. Introducción: Una nueva dimensión para un viejo asunto

1. De un tiempo a esta parte, se viene hablando mucho de las llamadas “obras huérfanas”. No son una rareza de reciente aparición. Se trata de una realidad antigua. Casi tanto como el propio derecho de autor. Sin embargo, sólo en fechas recientes ha llegado a convertirse en un problema; o, si se prefiere, sólo ahora hemos decidido o sentido la necesidad de tratarlo como tal. Como en tantas otras cosas, el detonante ha sido una iniciativa basada en la tecnología con la que se está construyendo la sociedad de la información. Tiene además nombre propio: *Google Inc.*, la omnipresente empresa estadounidense que, desde su cuartel general en *Mountain View* (California), trabaja —*Google dixit*— para hacer realidad el objetivo de “organizar la información del mundo y hacerla accesible y útil de manera universal”². El lema podría suscribirlo cualquiera de

* A la memoria de Ricardo Antequera Parrilli, *Scire est Reminisci*.

** Profesor Titular de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona y tiene a su cargo la asignatura Propiedad Intelectual, que se imparte como optativa en el Grado de Derecho. Ha sido miembro permanente durante nueve años de la Comisión de Propiedad Intelectual del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte de España y preside ALADDA, sección española de la Asociación Literaria y Artística Internacional (ALAI). Actualmente presta servicios a tiempo completo como Profesor Ordinario en la Escuela Judicial Española.

¹ Todas las direcciones electrónicas reseñadas en el presente trabajo han sido comprobadas con fecha 8/8/2013.

² Así lo proclama en su página electrónica: www.google.es/intl/es/about/. Interesa poner el acento en la condición empresarial de *Google*. Y no porque ello implique una tacha sino, simplemente, para evitar malentendidos. *Google* no es una institución de beneficencia ni una ONG. Es una empresa y como tal desarrolla su actividad económica de acuerdo con los intereses de sus accionistas. De la misma manera que *Google* puede proclamar que su objetivo es organizar

las grandes bibliotecas, antiguas y modernas, existentes o imaginadas. Tanto es así que resulta inevitable pensar en la más grande de todas. Una pura y poderosa entelequia: *La Biblioteca de Babel* de Jorge Luis Borges³. En ella no solo estaría todo lo escrito o pensado alguna vez sino incluso cuanto es posible llegar a pensar o escribir. Únicamente los sentimientos, inefables, quedarían fuera de ella.

2. “Cuando se proclamó que la Biblioteca abarcaba todos los libros”, explica Borges, “la primera impresión fue de extravagante felicidad. Todos los hombres se sintieron señores de un tesoro intacto y secreto”. Pero la certeza de que “no había problema personal o mundial cuya elocuente solución no existiera” ya en esa biblioteca llevaba consigo una dura condena: “A la desaforada esperanza, sucedió, como es natural, una depresión excesiva. La certidumbre de que algún anaquel en algún hexágono encerraba libros preciosos y de que esos libros preciosos eran inaccesibles, pareció casi intolerable”⁴.

3. Es aquí donde entra en escena, estrepitosamente, *Google* con su proyecto *Google Libros*; aunque, por ahora, no aspira a la inalcanzable e inquietante *Biblioteca de Babel* sino a un objetivo más modesto: Llevar al mundo virtual cuanto existe fuera de él. Se trata, *sólo* (...nada menos), de digitalizar el inmenso capital atesorado en el mundo físico por las más importantes bibliotecas y ponerlo al alcance de todos; y, acaso, como *spin off* (¿...u objetivo principal?), conseguir el pleno dominio de las lenguas que unen y separan a los seres humanos para articular herramientas de comunicación capaces de poner fin a la bíblica maldición de Babel. Tales objetivos, huelga decirlo, plantean retos enormes de los que una parte importante atañe a los derechos de autor. Entre ellos destaca la problemática de las llamadas obras huérfanas.

y hacer accesible la información mundial, la también conocida *Monsanto* puede decir que aspira a poner fin al hambre en el mundo: “Cubrir las necesidades actuales y preservar el planeta para el futuro”, se lee en su página (www.monsanto.com/global/es/quienes-somos/Pages/default.aspx). ¿Y cuál va a ser la “misión” de la multinacional farmacéutica *Novartis* sino “curar y prevenir enfermedades, aliviar el sufrimiento y mejorar la calidad de vida”? (cfr: www.novartis.es/sobrenovartis/3830cb59-a5e9-47fa-bc43-4bd8c164c2a9). Por supuesto, ninguna de esas afirmaciones es falsa. Pero quienes las sostienen son empresas. Al subrayarlo no pretendo derribar falsas imágenes o desenmascarar oscuros intereses. Sólo se trata de mantener claras las ideas y, sobre todo, de no perder de vista la distinción —esencial— entre poderes creados por y para el interés general y sometidos a un control social directo y otros poderes para los que el interés general puede, llegado el caso, sacrificarse y que sólo están sujetos a formas indirectas de control. *Last but not the least*: Paradójicamente, la asunción de elevadas “misiones” actúa a veces como una suerte de coartada moral para llevar adelante iniciativas que desbordan —o, si se prefiere, tensan-marcos normativos que, lamentablemente, siguen siendo por lo general de carácter nacional—.

³ “La Biblioteca de Babel” es un relato breve incluido en la obra *Ficciones*, que Borges publicó en 1944. Las referencias se hacen a la 1ª ed. revisada (1997), 10ª reimp. (2003) publicada por Alianza Editorial.

⁴ BORGES, J. L., *op. cit.*, pp. 92 y 94. “La Biblioteca de Babel” y “Pierre Menard, autor del Quijote” (también incluido en *Ficciones*) deberían figurar entre las lecturas recomendadas de cualquier curso de Derecho de autor. La tesis, bien conocida, es profundamente provocativa y perturbadora. ¿Hay creación o sólo descubrimiento? ¿La doble creación es un mirlo blanco o una simple cuestión de estadística?

4. ¿Cómo digitalizar obras que aún no están en el dominio público sin contar con la autorización de los titulares de los correspondientes derechos; en particular el de reproducción, cuyo papel de cancerbero del sistema se ha exacerbado hasta el límite en la sociedad de la información? ¿Cómo llevar a cabo la hercúlea tarea de negociar con esos titulares (a menudo varios para cada obra) y, antes, identificarlos y localizarlos?... La respuesta de *Google* ha sido simple y expeditiva: *Hagámoslo... Hagámoslo porque, una vez emprendida la tarea y antes incluso de culminarla, nadie osará oponerse. La bondad de la iniciativa brillará con una luz tan cegadora que todos se rendirán ante ella.* El arrojo de *Google* —su prepotencia, pensarán muchos— le ha acarreado los quebraderos de cabeza que eran de prever en forma de pleitos. Incluso ha habido ya alguna condena⁵. Pero también ha tenido la virtud de abrir el debate y estimular la creación de grandes bibliotecas digitales públicas, como *Europeana*⁶ y otras, poniendo así en la agenda normativa nacional e internacional la problemática de las obras huérfanas.

5. Las bibliotecas digitales han sido como el recién llegado que golpea con fuerza una puerta y logra hacerse oír, pasando por delante de otros que, en paciente espera, llevaban mucho tiempo ante ella. Ahora todos podrán aprovechar la ocasión para entrar o, al menos, hacer que se hable también de su caso. Sin embargo, no todas las situaciones son iguales ni, por tanto, pueden serlo las soluciones. Hay que tener en cuenta el *qué* y el *para qué*: el dato cuantitativo y el cualitativo. Qué obras se quieren y qué se va a hacer con ellas. Aun a costa de simplificar, esas son las dos preguntas clave. Algunos (las bibliotecas digitales) pretenden usos importantes en términos cuantitativos pero cualitativamente poco *agresivos*. Les basta con reproducir y dar acceso a las obras huérfanas, por lo general mediante comunicación pública en la modalidad de puesta a disposición interactiva. Otros, por el contrario, están interesados en obras concretas y aisladas. Pero sus objetivos, más allá de la mera reproducción y comunicación, pueden incluir también actos de transformación y, por tanto, la creación de obras derivadas.

6. Para un titular de derechos no será lo mismo descubrir su obra en una base de datos que, por ejemplo, verla integrada en una película. En el primer caso, cabe pensar en acciones de cesación y también de carácter compensatorio. ¿Pero deben ser ambas admisibles en el segundo?... Una cosa es impedir el acceso a una obra que todavía no ha entrado en el dominio público y otra retirar, además, una creación ajena. Se trata de un problema parecido —no igual— al

⁵ El proyecto *Google Books*, como es lógico, ha captado la atención general y ha dado lugar a numerosos análisis y comentarios. Su abundancia excusa las citas. Por otra parte, aunque esté en su origen, no es el objeto de estas páginas. Baste decir que la condena aludida es la recaída en Francia en el *Caso La Martinière* (disponible, entre otros lugares, en http://thepublicindex.org/docs/ec/martiniere_french.pdf; posteriormente, no obstante, las partes llegaron a un acuerdo). Para una visión de conjunto no específicamente jurídica puede verse el interesante documental *Google and the World Brain* (no disponible en red; la página del productor es www.worldbrainthefilm.com/es).

⁶ V. <http://europeana.eu/>

que se produce cuando se han creado obras derivadas a partir de obras rescatadas del dominio público por una ampliación del plazo de protección. Parece razonable buscar fórmulas de equilibrio entre los diferentes intereses en juego, protegiendo a los titulares pero también a quienes, de buena fe, hayan llevado a cabo proyectos o incluso producido obras nuevas aumentando así la riqueza intelectual común⁷.

2. Aproximación al concepto: Obras huérfanas, obras anónimas y obras descatalogadas

7. Lo primero que llama la atención de las obras huérfanas es su denominación. No está claro el origen pero ha tenido un éxito indudable y hoy es de uso común en la mayoría de países y lenguas: *Obras huérfanas*, *orphan works*, *oeuvres orphelines*, *opere orfane*, *verwaister werke*... Puede considerarse paradójico que el término orfandad, que debería asociarse con el instinto de protección, se haya escogido para describir lo que no es sino una decidida voluntad de explotación. Pero tampoco esto constituye novedad. Basta evocar la sociedad de la revolución industrial recreada por Dickens. Lo esencial era hacer de los huérfanos personas “de provecho”. Nada de estar ociosos. Tenían que trabajar, ya fuera en instituciones respetables o, como *Oliver Twist*, enlodados en la cuadrilla del malvado Fagin (y espero que nadie saque conclusiones precipitadas).

8. Lo mismo sucede con las obras huérfanas. Se propone *liberarlas* de un marco legal protector que sólo conduce a la inactividad y a la esterilidad. La orfandad, si no se pone remedio, impide que las obras cumplan su destino natural, que no es otro que facilitar la comunicación entre los autores y el público. Ahí están las obras huérfanas, totalmente protegidas, pero sin que nadie pueda acceder ni crear otras nuevas a partir de ellas. Quienes querrían usarlas se ven obligados a tratarlas como *apestadas*. Esta denominación, por supuesto, resulta muy poco atractiva. Pero asimismo describe bien el problema. Los interesados, se abstienen de explotar las obras —esto es, de hacerlas accesibles al público— porque saben que les pueden *contagiar* pleitos de alcance imprevisible. Cuesta

⁷ Para ilustrar la naturaleza multiforme de la problemática de las obras huérfanas Stef VAN GOMPEL ha acudido a una imagen ingeniosa tomada de la mitología clásica. Las obras huérfanas, explica, serían como la Quimera, un extraño monstruo con tres cabezas: de león, de serpiente y de cabra. La más imponente y sonora, es la primera. Vendría a representar las bibliotecas digitales que, con su rugido, han puesto a todo el mundo en pie de guerra. La segunda cabeza, la de la serpiente, es menos impresionante, pero su mordedura mata. Con ella identifica las hipótesis de usos transformativos de las obras huérfanas, cuyos titulares amenazan a las derivadas creadas a partir de ellas. La tercera representaría los usos marginales de carácter no transformativo. VAN GOMPEL, Stef, “The Orphan Works Chimera and how to defeat it: A view from across the Atlantic”, 2012, Berkeley Technology Law Journal, 2013-3, ps. 1347-1378. Disponible en la página del IVIR: www.ivir.nl/publications/vangompel/BTLJ_2013_3.pdf. Del mismo autor, v. también “Orphan Works”, cap. 7 de AA.VV., *Harmonizing European Copyright Law (The Challenges of Better Lawmaking)*, Kluwer, 2009, pp. 263-296.

poco imaginar la respuesta de manual de un abogado ante la hipotética consulta acerca de una obra cuyo titular no aparece por ninguna parte: ¿Una obra “*huérfana*”...? ¡*Ni la toques! En cuanto lo hagas adquirirá visibilidad. Le saldrán padres y parientes de debajo de las piedras. Y no será para darte las gracias.* Por supuesto, ese mismo abogado, ante la insistencia del cliente, no tendrá inconveniente en sustituir el *no lo hagas* inicial por el *toma precauciones*. En este sentido, no son pocos quienes deciden asumir un riesgo calculado, tanto menor cuanto más alejado del ánimo de lucro esté la actividad que desean emprender. Son típicas a este objeto las declaraciones en las que el usuario declara haber llevado a cabo una búsqueda de buena fe con resultado infructuoso, mostrándose dispuesto a cesar en la explotación e incluso a compensar al titular en caso de que aparezca. Es posible que con ello puedan mitigarse las consecuencias de eventuales reclamaciones judiciales. Pero nadie podrá contar con la plena inmunidad.

9. ¿Cuál es exactamente la situación a la que nos referimos? Por lo pronto, interesa señalar que, en este caso, la noción de “obra” se usa en sentido impropio, dándole una acepción más amplia de la habitual. No sólo se alude a “obras” *strictu sensu* (esto es, expresiones formales originales de la creatividad humana sobre las cuales existen derechos de autor) sino también a lo que, convencionalmente, denominamos “prestaciones” (es decir, otros objetos o bienes intelectuales a cuyos creadores o productores las leyes reconocen, de forma tasada, derechos llamados vecinos, afines o conexos a los derechos de autor⁸).

10. Hecha esta aclaración, las obras huérfanas se definen por dos rasgos concurrentes. En primer lugar, se trata de obras protegidas. De forma más específica, de obras protegidas en relación con el concreto uso que se pretende. Todavía no han hecho su entrada en el dominio público, en cuyo caso, como es obvio, la utilización sería libre⁹; ni cabe acudir tampoco a ninguno de los límites —excepciones y limitaciones— que hacen innecesaria la autorización de los titulares (así, por ejemplo, si sólo se pretendiera el uso honrado de fragmentos, bastaría con el límite de cita, *cf.* art. 10 del Convenio de Berna, en adelante CB). Lo más característico de las obras huérfanas, no obstante, es su segundo

⁸ En España, en 1987, se optó por llamarlos “otros derechos de propiedad intelectual” para dar satisfacción a quienes no querían que sus derechos se presentaran o pudieran ser entendidos como un apéndice de los derechos de autor. *Del rey abajo ninguno*, que diría el dramaturgo Francisco de Rojas. No obstante, en las traducciones al español de las Directivas suele usarse la expresión “derechos afines”. En el terreno terminológico hay que tener también presente que, en la legislación y jurisprudencia españolas, la expresión “propiedad intelectual” es equivalente a “derecho de autor y derechos afines”. No incluye también patentes y marcas. En el presente trabajo, cuando se hable de propiedad intelectual, se hará en este sentido restringido.

⁹ Son curiosos y significativos los términos usados para describir la entrada en el dominio público. Hay quien prefiere expresiones neutras, como la ya indicada “entrada” o bien “ingreso”; y quien, en cambio, se inclina por expresiones militantes como “caída” (una palabra dramática que evoca una cierta injusticia) o, en sentido contrario, “devolución” (término caro a quienes —con una sensibilidad propia del *Copyright*— creen que, al fin, con el dominio público las cosas vuelven a su estado natural).

rasgo: Los titulares de los derechos son de muy difícil —y a veces imposible— localización. Quienes quieren explotar esas obras son conscientes de que necesitan autorización y están dispuestos a solicitarla, pero no saben a quién o, aun sabiéndolo, no consiguen dar con él. Este es el punto clave del concepto: la ausencia de interlocutor. Eso es lo que debería destacarse. Por ello habría sido mejor no hablar de “obras huérfanas” sino de “titulares ilocalizables”, que pueden ser muchos y, además, variados en la medida en que los derechos son independientes¹⁰. La expresión “titulares ilocalizables” pone de manifiesto una complejidad que la unitaria referencia a “la obra huérfana” tiende a oscurecer. Pero se trata de una batalla perdida. En este trabajo por tanto se hablará, como se viene haciendo, de obras huérfanas. En el fondo, siempre que no se pierda de vista lo que acaba de decirse (que la orfandad no es de la obra sino de los derechos: de cada uno de ellos), ambas expresiones son intercambiables.

11. Bastaría lo dicho acerca de las obras huérfanas para tener una idea precisa al respecto. Pero nunca está de más completar la definición positiva (*es esto*) con la negativa (*no es esto*). A este objeto, la categoría de las obras huérfanas debe distinguirse de otras situaciones con las que, a veces, se confunde y, en cualquier caso, puede llegar a superponerse. Para evitar malentendidos, conviene señalar que las obras huérfanas no son obras anónimas, ni obras descatalogadas ni, por supuesto, obras cuyos titulares no desean explotar.

12. Es fácil asociar la orfandad a la falta de progenitor cuando, en realidad, debería relacionarse con la ausencia de “legal representante”, sea éste el propio progenitor o un tercero. Las obras anónimas (o divulgadas bajo seudónimo) pueden tener, además, la condición de huérfanas. Será frecuente incluso. Se trata, sin embargo, de conceptos del todo diferentes. La obra anónima es de autor ignorado u oculto. Pero esto no significa que esté necesariamente fuera del mercado ni que sea imposible contratar sobre ella. La normativa española, por poner un ejemplo, es clara al respecto: “Cuando la obra se divulgue en forma anónima o bajo seudónimo o signo, el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual corresponderá a la persona natural o jurídica que la saque a la luz con el consentimiento del autor, mientras éste no revele su identidad” (art. 6.2º, Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia*, en adelante TRLPI). Únicamente si no hubiera nadie legitimado para ejercitar los derechos o fuera ilocalizable, el anonimato iría acompañado de la orfandad. En sentido opuesto, de la misma forma que hay obras anónimas que no son huérfanas, también hay obras huérfanas —muchas más— que no son anónimas. Tener identificado al

¹⁰ Esta es la terminología usada, por ejemplo, en la página del *Copyright Board* canadiense, donde no se habla de “obras huérfanas” sino de “titulares ilocalizables” (*unlocatable copyright owners, Titulaires de droits d’auteur introuvables*; v. <http://cb-cda.gc.ca/>).

autor no garantiza poder localizarlo; una dificultad que se incrementa cuando los titulares son otras personas, cesionarias *inter vivos* o *mortis causa*¹¹.

13. Sería, asimismo, incorrecto identificar obras huérfanas con obras descatalogadas. Como en el caso de las anónimas, ambas categorías pueden solaparse. Pero, de nuevo, son claramente diferenciables. Hablamos de obras descatalogadas para referirnos a las que no están en el mercado o, en otras palabras, se encuentran “fuera del circuito comercial” (*cfr.* considerando 4º —en adelante, Cdo.— de la Directiva sobre obras huérfanas). Sabemos quiénes son el autor y los titulares y dónde se encuentran. No hay problemas de identificación ni de localización. Sin embargo, quien podría —y, a veces, debería— explotar la obra no lo hace, por la razón que sea¹². En el mundo académico conocemos bien esta situación, que sobrellevamos como podemos, acudiendo a los límites legales que afectan a los derechos de distribución (préstamo bibliotecario¹³), comunicación (consulta a través de terminales especializados¹⁴) y reproducción (copia privada¹⁵). La problemática de las obras descatalogadas, sin duda, es también grave y reclama asimismo una solución general¹⁶. Teóricamente, si la desca-

¹¹ La diferencia entre obras huérfanas y anónimas se destaca en la Directiva europea al declarar que la misma “se entenderá sin perjuicio de las disposiciones nacionales en materia de obras anónimas o seudónimas” (art. 2.5 DOH). Esto significa que, en caso de superposición —obra huérfana y, a la vez, anónima o seudónima— prevalecerán las normas nacionales aplicables a estas últimas.

¹² Para el específico sector del libro, la Ley española 10/2007, *de la lectura, del libro y de las bibliotecas*, ha ensayado una definición más precisa: “Se entiende que un libro ha sido descatalogado por el editor cuando no aparezca en su último catálogo o lo comunique por escrito a sus canales de distribución y venta y a la Agencia Española del ISBN o las Agencias autonómicas de ISBN correspondientes” (art. 10.1.h, al tratar de las *exclusiones* al precio fijo).

¹³ *Cfr.* Directiva 2006/115/CE, sobre derechos de alquiler y préstamo y derechos afines y art. 37.2 (TRLPI).

¹⁴ Arts. 5.3,n) de la Directiva 2001/29/CE de la Sociedad de la Información (DASI) y 37.3 TRLPI.

¹⁵ Desde este punto de vista, en España las cosas podrían ponerse difíciles si llega a materializarse la nueva y muy restrictiva definición de copia privada prevista en un Anteproyecto de reforma del TRLPI actualmente en curso (*v. infra*).

¹⁶ El alcance del problema puede ilustrarse con algunas cifras recogidas por William LANDES y Richard POSNER en su obra *La estructura económica del derecho de propiedad intelectual e industrial*, trad. española, Madrid, 2006, p. 278: De los 10.027 libros publicados en 1930 en los EE.UU., sólo 174 estaban disponibles en 2001, es decir, un 1,7 %. La cuestión es objeto de una referencia en el Cdo. 4 de la Directiva sobre obras huérfana: “La presente Directiva se entiende sin perjuicio de las soluciones específicas que se desarrollen en los Estados miembros para hacer frente a cuestiones más amplias relacionadas con la digitalización a gran escala, como en el caso de las llamadas obras «fuera del circuito comercial». Esas soluciones tienen en cuenta las especificidades de los distintos tipos de contenido y los diferentes usuarios y toman como punto de partida el consenso de los pertinentes interesados. Este planteamiento se ha seguido asimismo en el Memorando de entendimiento sobre los principios clave en materia de digitalización y oferta de obras fuera del circuito comercial, firmado el 20 de septiembre de 2011 por representantes de bibliotecas, autores, editores y entidades de gestión colectiva europeos, y atestiguado por la Comisión. La presente Directiva se entiende sin perjuicio de dicho Memorando de entendimiento, que invita a los Estados miembros y a la Comisión a garantizar que los acuerdos voluntarios suscritos entre los usuarios, los titulares de derechos y las entidades de gestión colectiva de derechos

talogación obedeciera a desidia del adquirente de los derechos, el autor o sus herederos podrían poner fin al contrato de cesión y proceder a una explotación directa o a través de un nuevo cesionario¹⁷. Pero, en la práctica, se trata de un remedio de resultado incierto y siempre gravoso. Es de esperar que la tecnología y la iniciativa de los editores faciliten las cosas mediante expedientes como la *impresión a la demanda* o, directamente, la puesta a disposición interactiva, para que sea el usuario quien descargue la obra en un dispositivo electrónico y, si lo desea, produzca una copia en papel. Pero ello no excluye la conveniencia e, incluso, necesidad de medidas normativas para promover la permanencia en el mercado de las obras descatalogadas.

14. Por último, aunque probablemente ya haya quedado claro, tampoco hay orfandad cuando el autor o el titular (en este último caso —se entiende— sin incumplir obligación alguna) no quieren explotar la obra. Hacerlo es una decisión soberana en la que nadie puede interferir, sin perjuicio de los límites previstos en la ley. Si la obra no ha sido divulgada, el autor ostentará además el derecho de inédito, prácticamente invulnerable¹⁸. Tampoco con la divulgación cambiarán mucho las cosas. Ningún titular puede ser forzado a explotar su obra.

con el fin de autorizar el uso de obras fuera del circuito comercial sobre la base de los principios recogidos en el Memorando de entendimiento se beneficien de la necesaria seguridad jurídica en un contexto nacional y transfronterizo”. El *Memorando* aludido puede consultarse en http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/out-of-commerce/index_en.htm.

¹⁷ El cesionario en exclusiva está obligado a explotar la obra. Para ello debe “poner todos los medios necesarios para la efectividad de la explotación concedida, según la naturaleza de la obra y los usos vigentes en la actividad profesional, industrial o comercial de que se trate” (art. 48 TRLPI). Al mecanismo de la resolución por incumplimiento se refiere también la Directiva 2011/77/UE (*por la que se modifica la Directiva 2006/116/CE, relativa al plazo de protección del derecho de autor y determinados derechos afines*) como un remedio para aquellos casos en los que los productores de fonogramas no aseguran la continuidad de su explotación. A este objeto, se añade el siguiente nuevo apartado 2 bis en el art. 3º de la Directiva 2006/116/CE: “Si, una vez transcurridos cincuenta años desde la publicación lícita del fonograma o, en caso de no haberse producido esta última, cincuenta años desde su comunicación lícita al público, el productor de fonogramas no pone a la venta un número suficiente de copias de un fonograma o no lo pone a disposición del público, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal modo que el público pueda tener acceso individual al fonograma en el momento y lugar que desee, el artista intérprete o ejecutante podrá poner fin al contrato en virtud del cual cede o hace concesión de sus derechos con respecto a la grabación de su interpretación o ejecución a un productor de fonogramas (en lo sucesivo, “contrato de cesión o concesión”). El derecho a resolver el contrato de cesión o concesión podrá ejercerse si, en el plazo de un año desde la notificación del artista intérprete o ejecutante de su intención de resolver el contrato de cesión o concesión conforme a lo dispuesto en la frase anterior, el productor no lleva a cabo ambos actos de explotación mencionados en dicha frase. Esta posibilidad de resolución no podrá ser objeto de renuncia por parte del artista intérprete o ejecutante. Cuando un fonograma contenga la grabación de las interpretaciones o ejecuciones de varios artistas intérpretes o ejecutantes, estos solo podrán resolver el contrato de cesión o concesión de conformidad con la legislación nacional aplicable. Si se pone fin al contrato de cesión o concesión de conformidad con lo especificado en el presente apartado, expirarán los derechos del productor del fonograma sobre este”.

¹⁸ Prácticamente, porque hay límites en los que la previa divulgación no es requisito (p.e. la reproducción para el correcto desarrollo de procedimientos judiciales o administrativos). Por otra parte, al menos en el caso español, el derecho de inédito sobrevive al autor pero debilitado (tras la muerte debe ceder ante el derecho de acceso a la cultura, v. art. 40, TRLPI).

El autor —pero sólo él— ostenta incluso la facultad de retirarla del mercado haciendo valer el derecho moral de arrepentimiento.¹⁹

3. *La magnitud de la tragedia y sus razones*

15. ¿Realmente es tan elevado el número de obras huérfanas como para provocar semejante agitación doctrinal y normativa?... Simplemente, para ilustrar el problema, cabe citar algunos datos tomados de un estudio elaborado para la Comisión Europea el año 2010²⁰. De acuerdo con él, los libros huérfanos podrían estimarse en 4 millones (un 13 % del total) y en 225.000 las obras audiovisuales (un 21%). En el caso de las fotografías guardadas en museos y archivos las cifras se disparan hasta los 17 millones (un 90 %). También pueden encontrarse cifras significativas en la “*Evaluación de impacto*” que acompañaba a la Propuesta de Directiva sobre obras huérfanas²¹.

16. Pero no se trata de acumular cifras, por otra parte, abiertas e imprecisas. Lo que interesa es la valoración cualitativa: El problema existe y, aunque su incidencia varía mucho en función de los sectores, es lo suficientemente importante como para ocuparse de él. Hay amplio acuerdo, casi unanimidad, al respecto. Ahora bien ¿a qué obedece la situación? Importa saberlo porque no se trata sólo de una herencia del pasado. También hay que mirar hacia el futuro y poner los medios adecuados para evitar que la *tragedia* vaya en aumento; o, al menos, para conseguir limitarla en la medida de lo posible²².

17. Por lo pronto, en línea con lo dicho en los párrafos introductorios de este trabajo, conviene distinguir entre las causas de la orfandad como situación objetiva y las razones por las cuales deviene conflictiva. En este sentido, el problema —como tal— es *de demanda*. Como ha quedado apuntado, lo ha creado una tecnología que ha abierto posibilidades antes inimaginables, salvo para unos pocos soñadores. En épocas pasadas se procuraba, con ahínco, conservar el patrimonio intelectual; pero, al propio tiempo, se asumía resignadamente el riesgo de pérdida. Se contaba con el olvido como una fatalidad inevitable. Memorizar y olvidar eran conceptos inseparables. La sociedad de la información, en cambio, consagrada a lo primero, promete acabar para siempre con lo segun-

¹⁹ En el caso español, está reconocido en el art. 14.6º, TRLPI, aunque sometido a algunas razonables cautelas: el arrepentimiento no es *ad nutum* (debe responder a un “*cambio de convicciones intelectuales o morales*”), exige indemnizar y, en fin, se otorga a los “expropiados” el derecho a reemprender la explotación en las mismas condiciones si el arrepentido, voluble él, decidiera volver sobre sus pasos.

²⁰ VUOPALA, Anna, “Assessment on the Orphan work issue and Costs for Rights Clearance”, Mayo 2010, http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/doc/z/anna_report.pdf.

²¹ *Commission Staff Working Paper. Impact assessment on the cross-border online Access to orphan Works*, Brussels, 24/5/2011, SEC(2011)615 final. Disponible en http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/orphan-works/impact-assessment_en.pdf.

²² V. a este propósito Cdo. 10 y art. 1.2,c) DOH.

do. Y tiene los medios para ello. La humanidad nunca más olvidará. ¿Y qué hay que recordar?... ¡Todo! Otra cosa, como diría Borges, sería “*casi intolerable*”. La memoria individual será tan frágil como siempre. Pero la colectiva no tendrá fisuras. Es la voraz avidez de la tecnología digital —con sus inconvenientes y enormes ventajas— la que ha convertido la situación de orfandad en un grave problema²³.

18. La orfandad obedece a varios factores. Sin pretender agotarlos ni establecer una jerarquía, cabe mencionar en primer lugar la amplitud objetiva de la propiedad intelectual. Para entrar en su esfera de protección no hay formalidades constitutivas. En la inmensa mayoría de países las obras se protegen por el mero hecho de la creación (*cf.* arts. 5.2º, Convenio de Berna y 1º, TRLPI); y lo mismo vale para las prestaciones objeto de derechos afines. No hay por tanto criterios para discriminar, a efectos de protección, entre las obras y prestaciones concebidas y realizadas para explotarse y las demás. La condición de autor, artista intérprete o ejecutante, productor etc. (posición fáctica) y la titularidad de derechos correspondiente (posición jurídica) se adquieren a la vez y mediante el mismo acto. Obviamente, la exigencia de registrar reduciría las dimensiones del problema de las obras huérfanas pues colocaría las no registradas en el dominio público (registro constitutivo) o, al menos, facilitaría la localización de los titulares (registro obligatorio). Sin embargo, sería una inaceptable vuelta a atrás, en absoluto aconsejable; aunque, por supuesto, es muy conveniente fomentar el uso voluntario de tecnologías de identificación y bases de datos, que permiten seguir la cadena de títulos, para prevenir o reducir el problema de la orfandad de cara al futuro.

19. A la falta de formalidades se añade la hospitalaria noción de “obra”, basada en un estándar de originalidad muy bajo; y ello no sólo en la tradición del *Copyright* sino también en la del *Derecho de autor*, teóricamente más exigente. Sólo se requiere que haya habido algún espacio de libertad para la toma de decisiones formales. Puede verse, en este sentido, la jurisprudencia de Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). En el *Caso Painer*, por ejemplo, saliendo al paso de las dudas suscitadas acerca de las “*posibilidades de creación artística*” por medio de la fotografía, se ha dicho que hay originalidad porque el autor, pese a tratarse de imágenes sencillas, “*ha podido expresar su capacidad creativa al realizar la obra tomando decisiones libres y creativas*” (STJUE,

²³ Ese permanente registro de la realidad hace añorar épocas en las que el olvido existía. En la sociedad de la información la vieja invitación a comportarse y hablar de la misma forma en privado que en público ha dejado de ser una máxima de autocontrol ético para convertirse en el recordatorio de una constante amenaza de supervisión y juicio externos. *Verba manent*. No es casual que hoy se hable del “derecho al olvido”. Sobre el particular, además de otros muchos trabajos y materiales, puede verse el interesante Asunto C-131/12 (“Google v. Agencia Española de Protección de Datos y Mario Costeja”, TJUE), en el que está directamente involucrado el motor de búsqueda de esta empresa. Por lo pronto, disponemos de las Conclusiones del Abogado General (25/6/2013). Las resoluciones y otros materiales del Tribunal de Justicia de la Unión Europea están disponibles en su página: http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo1_6308/.

1/12/2012, asunto C-145/10)²⁴. En otro ámbito, el de las creaciones literarias, se admite sin problemas —o, si se prefiere, no se descarta— que once palabras puedan gozar de protección (STJUE de 16/7/2009, Asunto C-5/08, *Caso Infopaq I*)²⁵. De todo ello, como es fácil deducir, resulta un universo inmenso, inabarcable, de obras y prestaciones protegidas.

20. Tampoco hay que perder de vista, como observa XALABARDER, el diferente ritmo de cambio de la tecnología y de los marcos normativos²⁶. Aquella puede moverse *per saltum* y a menudo lo hace. Estamos familiarizados con la expresión “revolución tecnológica”. Por el contrario, las mentalidades y por tanto las leyes se mueven con considerable lentitud (por cierto, más aquellas que éstas, siempre accesibles a minorías activas). Entre la aparición de una nueva herramienta y la aceptación de que, con ella, ha nacido un nuevo lenguaje expresivo, suele haber un trecho. Pensemos en la fotografía o en los primeros pasos del cinematógrafo. Se veía la máquina y lo que sucedía ante ésta. No, en cambio, a la persona que la utilizaba. La tecnología “se comía” al autor. Éste ni siquiera se sentía como tal y, por tanto, no se preocupaba de dejar constancia de su nombre en la propia obra, cosa que impedía —e impide— aplicar las presunciones al uso (*cf.* art. 15, CB²⁷). Tampoco quienes grababan sonidos o imágenes podían pensar que llegarían a reconocerse derechos afines sobre las primeras fijaciones de unos y otras. ¿Y qué decir de las fotografías carentes de originalidad y que, sin embargo, algunos ordenamientos, andando el tiempo, acabarían

²⁴ *V.* los párrs. 85 y ss. de la sentencia. El caso giraba en torno al uso de unas fotografías relacionadas con un crimen. Una mujer fue secuestrada y retenida durante largos años. Cuando fue liberada no se tenían imágenes suyas. Un periódico consiguió una captada en la niñez de la secuestrada y la publicó junto con otra manipulada informáticamente para ver cómo sería la cara de la mujer en la fecha de la noticia. La discusión se centró en la originalidad de la imagen captada por la fotógrafa demandante y las consecuencias jurídicas de su transformación informática.

²⁵ Concretamente, dice la sentencia: “No puede descartarse que determinadas frases sueltas o incluso algún elemento de las frases que integran el texto de que se trate pueda transmitir la singularidad de una determinada publicación, como un artículo de prensa, haciéndolo partícipe de un elemento que condensa la expresión de la creación intelectual única del autor” (nro. 47). Y añade: “La reelaboración de un extracto [...] concretamente un total de once palabras consecutivas [...] será una reproducción parcial [...] si el citado extracto contiene algún elemento capaz de expresar la creación intelectual propia del autor” (núm. 48). El caso tuvo su origen en un servicio de documentación. Para contextualizar el término buscado, se proporcionaba éste precedido y seguido de las cinco palabras anteriores y posteriores. Once en total. En círculos no expertos, siempre deseosos de criterios seguros, ello ha dado origen a la creencia —casi *leyenda urbana*— de que hay protección a partir de once palabras. La sentencia del “Caso Infopaq I” resulta particularmente interesante si tenemos en cuenta que, en la UE, el concepto de originalidad sólo está expresamente armonizado para los programas de ordenador (Directiva 2009/24/CE v.c.) las bases de datos (Directiva 96/9/CE) y las fotografías (Directiva 2006/116/CE). Se diría que el TJUE parece dispuesto a extender la armonización a todos los tipos de obra.

²⁶ XALABARDER, Raquel, “Las obras ‘huérfanas’ y las obras descatalogadas”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. monográfico sobre *Propiedad Intelectual y sociedad de la información* (coord. Fernando Carbajo), Wolters Kluwer, octubre 2012, p. 6.

²⁷ *V.* en el mismo sentido Cdo. 19 y art. 5 de la Directiva 2004/48/CE de 29/4/2004 relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual, así como art. 6.1º, TRLPI.

protegiendo como “meras fotografías”?... Así sucede en España donde la Ley de Propiedad Intelectual de 1987 “sacó del dominio público” y sujetó a propiedad intelectual, retroactivamente, muchas fotografías sobre las que nunca había habido derechos de esta naturaleza²⁸.

21. Ha contribuido, asimismo, a agravar el problema la progresiva ampliación de los plazos de protección de obras y prestaciones. La entrada en el dominio público pone fin a la problemática de las obras huérfanas que, a partir de entonces, podrán ser usadas libremente sin perjuicio del obligado respeto al derecho moral allí donde exista y subsista. Pero cuanto más se retrase ese momento, mayores serán los riesgos de que los titulares se multipliquen y aumenten los problemas de localización. Finalmente, no hay que echar en saco roto otros factores como, por ejemplo, determinados usos sectoriales²⁹; o algo tan obvio como la globalización, que ha hecho que el horizonte de cualquier actividad sea de carácter mundial. El entorno ha dejado de ser local tanto para procurarse material como para explotarlo.

II. ALGUNAS PROPUESTAS DE SOLUCIÓN

1. ¿Qué hacer?

22. Hay un alto grado de acuerdo en el diagnóstico del problema y en los objetivos generales, que consisten en dar satisfacción, de forma equilibrada, a los diversos derechos e intereses en conflicto. Por una parte, habrá que proteger a los ignorados o no localizados titulares de derechos sobre las obras huérfanas, cosa que exige establecer alguna forma de control para verificar *ex ante* la situación de orfandad y, asimismo prever la eventualidad de que aquellos aparezcan y hagan valer sus derechos. Al propio tiempo, hay que dar garantías a quienes han hecho uso de las obras, poniéndoles a cubierto de reclamaciones económicas desmesuradas y asegurando, en la medida de lo posible, la explotación de las obras derivadas que hubieran podido crearse. Movilizar las obras huérfanas en beneficio de todos sin causar daños irreparables a sus titulares es pues el objetivo a conseguir.

23. Ahora bien, sobre esa base común pueden establecerse distintas prioridades y, en consecuencia, optar por metodologías e instrumentos diferentes. Por lo general se consideran cuatro posibles líneas de actuación, susceptibles

²⁸ V. art. 128, TRLPI. Uso aquí la expresión “dominio público” en un sentido amplio, incluyendo no sólo lo que ha dejado de ser de dominio privado por el paso del tiempo sino también lo que nunca lo ha sido.

²⁹ En este sentido XALABARDER llama la atención sobre lo reciente que resulta la mención de autoría en los dibujos, fotografías e incluso textos incluidos en publicaciones periódicas (“Las obras ‘huérfanas’...”, cit., pp. 6-7).

de combinarse³⁰. En primer lugar, cabe optar por un planteamiento de corte administrativo y encomendar a un organismo público la función de verificar la situación de orfandad y conceder licencias *ad hoc*, determinando las condiciones de utilización. La segunda vía consistiría en intervenir para minimizar los efectos de la infracción cuando quien incurra en ella cumpla determinados requisitos. La tercera pasaría por conceder un papel protagonista a las entidades de gestión atribuyéndoles la posibilidad de otorgar licencias más allá de su estricto repertorio y, por tanto, capaces de abarcar también las obras huérfanas. Finalmente cabe también diseñar un límite a la propiedad intelectual que, respetando la prueba de los tres pasos, permita utilizar las obras y prestaciones de que se trata prescindiendo del consentimiento de los titulares de derechos afectados. Canadá, EE.UU, Países nórdicos y UE, por este orden, podrían identificarse con cada una de las opciones indicadas. Como veremos todas ellas tienen ventajas e inconvenientes.

2. Licencia administrativa *ad hoc*: El modelo canadiense

24. En varios países se ha optado por atribuir a un organismo *público la competencia* para autorizar, caso por caso, el uso de obras huérfanas. Así sucede, por ejemplo, en Japón, Corea, la India, Hungría y Canadá. Este último caso es el más conocido y por ello limitaré a él mi exposición³¹.

25. El *Copyright Board* o *Commission de droit d'auteur* de Canadá (en adelante la Comisión) es un órgano administrativo con funciones diversas, básicamente relacionadas con la fijación de tarifas. No obstante, desde 1988, ostenta también la competencia para otorgar licencias *ad hoc* para el uso de obras huérfanas. Inicialmente su cometido se limitaba a obras y derechos de autor en sentido estricto. Posteriormente, en 1997, se amplió a los derechos afines de artistas intérpretes y ejecutantes, productores de fonogramas y entidades de radiodifusión. La norma relevante es la sección 77 de la *Copyright Act* (“*Owners who cannot be located*”). Su actual contenido es como sigue:

³⁰ V. en este sentido la propuesta de VAN GOMPEL quien, siguiendo con la imagen de la Quimera, propone: domar al león (usos masivos), recurriendo a las sociedades de gestión colectiva; matar a la serpiente (usos concretos de carácter transformativo), mediante sistemas —y hay varios posibles— basados en la búsqueda diligente; y, finalmente, controlar la cabra (usos incidentales sin carácter transformativo), mediante expedientes más bien “artesanos” y que en la práctica ya vienen usándose (VAN GOMPEL, Stef, *The Orphan Works Chimera*, cit. p. 1360).

³¹ Las normas de interés en los otros países son las siguientes: arts. 67 y 67 bis de la ley japonesa (disponible en la página del *Copyright Research and Information Center*: www.cric.or.jp/english/index.html); art. 50 de la ley coreana (disponible en la página de la *Korea Copyright Commission*: <http://eng.copyright.or.kr/>); art. 50 de la ley india (disponible en la página de su *Copyright Office*: <http://copyright.gov.in/>). En la legislación húngara, que también incluye el sistema de licencias colectivas ampliadas (v. *infra*), las condiciones de concesión de licencias para el uso de obras huérfanas vienen fijadas en el Decreto 100/2009, disponible en la página de la *Hungarian Intellectual Property Office*, www.sztih.gov.hu/English/jogforras/100_2009.pdf.

“(1) Where, on application to the Board by a person who wishes to obtain a licence to use (a) a published work, (b) a fixation of a performer’s performance, (c) a published sound recording, or (d) a fixation of a communication signal in which copyright subsists, the Board is satisfied that the applicant has made reasonable efforts to locate the owner of the copyright and that the owner cannot be located, the Board may issue to the applicant a licence to do an act mentioned in section 3, 15, 18 or 21, as the case may be.

(2) A licence issued under subsection (1) is non-exclusive and is subject to such terms and conditions as the Board may establish.

(3) The owner of a copyright may, not later than five years after the expiration of a licence issued pursuant to subsection (1) in respect of the copyright, collect the royalties fixed in the licence or, in default of their payment, commence an action to recover them in a court of competent jurisdiction.

(4) The Copyright Board may make regulations governing the issuance of licences under subsection (1)”³².

26. Como resulta de la norma transcrita, cuando alguien pretenda utilizar una obra o prestación de las indicadas, publicada o fijada, sin haber conseguido localizar al titular o titulares, podrá dirigirse a la Comisión para que ésta le conceda la correspondiente licencia. El solicitante deberá acreditar haber llevado a cabo un esfuerzo de búsqueda razonable (*reasonable efforts, a fait son possible, dans les circonstances*)³³. Si la Comisión entiende satisfecho ese requisito “podrá” (*may, peut*) otorgar una licencia al solicitante³⁴. En otro caso, le será denegada. Por supuesto tampoco se concederá la licencia cuando se compruebe que no es necesaria, ya sea por tratarse de material carente de protección (por ejemplo, por falta de originalidad o haber entrado ya en el dominio público), por resultar aplicable un límite legal o, sencillamente, por tratarse de un acto no de explotación sino de mero uso (por ejemplo, uso privado).

27. La ley no concreta el contenido ni el alcance territorial y temporal de las licencias. Todo ello se deja al criterio de la Comisión con el límite de que, en todo caso, la licencia tendrá carácter no exclusivo —sec. 77 (2)—. En lo demás,

³² V. <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-42/>. Para el texto en francés v. <http://laws-lois.justice.gc.ca/fra/lois/C-42/index.html>. Sin perjuicio de las explicaciones que siguen, pueden verse las de la propia Comisión en su *Folleto explicativo* (<http://cb-cda.gc.ca/unlocatable-introuvables/brochure1-e.html>). Para más detalles es muy útil el informe de DE BEER, Jeremy - BOUCHARD, Mario, *Report on Canada’s ‘Orphan Works’ Regime: Unlocatable Copyright Owners and the Copyright Board*, 2009 (disponible también en la página de la Comisión: <http://cb-cda.gc.ca/about-apos/2010-11-19-newstudy.pdf>).

³³ El *Folleto explicativo* de la Comisión da una serie de útiles indicaciones que apuntan a un nivel de exigencia alto. Las licencias no están para ayudar a perezosos o negligentes. La búsqueda debería empezar por contactar con las sociedades de gestión colectiva (cuya lista facilita la propia Comisión). Otras opciones serían usar Internet, contactar con editoriales, bibliotecas, universidades, museos etc.

³⁴ Ello no impide que la Comisión pueda conceder licencias provisionales por razones de urgencia, a reserva de un examen más detenido de la cuestión (DE BEER, J. - BOUCHARD, M., *Report*, cit. p. 23).

hay una amplia discrecionalidad de la que, sin embargo, se hace un uso muy prudente. Por lo general las licencias se cortan a la estricta medida de las necesidades del solicitante, sin darle más facultades de precisas y procurando dejar a salvo, en lo posible, los derechos morales de atribución e integridad. En cuanto al alcance territorial, la Comisión limita la validez y eficacia de sus licencias a Canadá. También hay límites temporales, como resulta del hecho de que el plazo de cinco años de que disponen los titulares para reclamar una compensación se cuente a partir de la expiración de la licencia. La duración concreta de ésta, no obstante, varía en función de las circunstancias y usos del mercado. Puede limitarse a lo mínimo imprescindible para llevar a cabo el acto pretendido. Pero también podría alcanzar todo el período de protección, sin perjuicio de los efectos de la eventual aparición de los titulares de derechos.

28. No está claro, a la vista de la norma, qué sucede cuando el titular aparece y pretende no sólo cobrar sino, además, poner fin a la explotación autorizada. Al parecer, esta última posibilidad no está prevista en las licencias otorgadas por la Comisión, de forma que el licenciataria podría seguir explotando la obra, pese a la oposición, sin perjuicio de la compensación correspondiente. Se trata, no obstante, de una cuestión controvertida. Como lo son también las relativas a la posibilidad, o no, de ceder la licencia a terceros; su revocación por parte de la propia Comisión en caso de incumplimiento; o la facultad de conceder licencias *a posteriori*, para dar cobertura a actos ya realizados³⁵.

29. La discrecionalidad de la Comisión en lo que se refiere a los términos y condiciones de la licencia alcanza también a los aspectos económicos. El licenciataria, como queda dicho, deberá pagar a los titulares si estos aparecen y reclaman. ¿Pero debe hacerse un pago previo o se trata simplemente de una previsión de pago futuro y eventual? La ley no fija un criterio. En la práctica de la Comisión, no obstante, se suele exigir que el beneficiario de la licencia —que en principio nunca es gratuita— pague de inmediato, entregando la suma correspondiente a la sociedad de gestión que normalmente se haría cargo de administrar el tipo de derechos de que se trata y siendo esta, por tanto, la que en su caso deberá responder ante los titulares.

30. Probablemente la mejor forma de hacerse una idea precisa del modelo canadiense sea leer algunas de las licencias concedidas por la Comisión. Son un total de 272 desde 1990 hasta junio de 2013 y están disponibles en su página electrónica. He aquí un ejemplo. Se trata de una licencia concedida para la sincronización de un fragmento de una serie televisiva³⁶:

“Conforme a las previsiones de la subsección 77(1) de la Copyright Act, la Comisión otorga a PCF Angle Mort Film Inc. la siguiente licencia:

³⁵ Sobre todas estas cuestiones puede consultarse el informe de DE BEER, J. - BOUCHARD, M., *Report*, cit.

³⁶ Nro. 253, File: 2010-UO/TI-17. Traducción del autor. Texto original: <http://cb-cda.gc.ca/unlocatable-introuvables/licences/252-e.pdf>.

(1) La licencia autoriza la sincronización, en una película de 90 minutos titulada ‘Angle Mort’, *de un extracto de una serie de televisión titulada ‘María del Barrio’*. Duración total: 10 segundos. La acción que tiene lugar puede describirse como sigue: Un personaje femenino enciende una cerilla mientras pronuncia las palabras ‘Prefiero [sic] la muerte’ [en español en el original] y arroja la cerilla al suelo tras lo cual la habitación prende en llamas. // La licencia también autoriza la reproducción de la escena en DVD, su representación pública (*public performance*) y su comunicación al público mediante telecomunicación.

(2) La licencia —que lleva fecha de 21/02/2011— expira el 31/12/2021.

(3) La licencia es no exclusiva y válida sólo en Canadá. Para otros países, se aplica su legislación.

(4) La concesión de la licencia no libera al licenciatarario de la necesidad de conseguir autorización para cualquier uso no incluido en la misma.

(5) El licenciatarario pagará la suma de 250 dólares a la entidad ‘Producers Adiovisual Collective of Canada (PACC)’ que podrá disponer de dicha suma de la forma que considere adecuada para el beneficio general de sus miembros. PACC se obliga, no obstante, a reembolsar dicha suma a cualquier persona que, antes del 31/12/2026 —esto es dentro de los cinco años posteriores a la expiración de la licencia— acredite la titularidad de los derechos sobre la obra a la que se refiere esta licencia.

(6) La eficacia de esta licencia queda condicionada a que PACC notifique a la Comisión que se ha pagado la compensación prevista en el párrafo (5) y que PACC se compromete a cumplir con las condiciones establecidas en el mismo”

31. No menos ilustrativas son las resoluciones negativas. En la página de la Comisión constan únicamente ocho. En ninguna se denegó la licencia por entender que el esfuerzo de localización había sido insuficiente; y sólo en una se concluyó que los titulares eran localizables, aunque transitoriamente no estuvieran determinados por estar en curso un litigio entre quienes pretendían tal condición³⁷. En los demás casos, la Comisión entendió que el solicitante no necesitaba licencia alguna, bien fuese por estar la obra en el dominio público, bien por ser de aplicación algún límite legal o, en fin, porque la parte de obra que pretendía usarse no era “importante” o “sustancial”³⁸.

32. Como puede verse, el modelo canadiense está previsto para usos aislados. Para quien quiera reproducir unas fotos en un libro, colgar un artículo en una página electrónica, editar una recopilación de canciones populares... es un sistema adecuado. Proporciona un alto nivel de seguridad jurídica a los

³⁷ No hay pues contradicción alguna cuando se dice que el titular es indeterminado pero localizable. *Cfr.* Resolución denegatoria núm. 5, File: 2005-UO/TI-34, <http://cb-cda.gc.ca/unlocatable-introuvables/other-autre/5-b.pdf>.

³⁸ Se trataba, en este último caso, de una descripción de 58 palabras tomada de un libro de 136 páginas (Núm. 7, File: 2007-UO/TI-22, <http://cb-cda.gc.ca/unlocatable-introuvables/other-autre/7-b.pdf>). Probablemente en otros ordenamientos, como el español, la cuestión se habría abordado desde el punto de vista del límite de cita y no desde el del ámbito de protección.

solicitantes y, al propio tiempo, resulta bastante respetuoso con los intereses de los titulares. Pero su utilidad acaba aquí. Si alguien pretende vaciar el orfanato para poner a trabajar a todos los huérfanos, este modelo le servirá de poco. La Comisión, por seguir con la imagen de VAN GOMPEL, no se ocupa de leones. Sólo de cabras y serpientes. Esta es la principal crítica que cabe hacer al modelo canadiense. Pero dejando al margen este problema —a fin de cuentas una opción deliberada— el sistema funciona razonablemente bien³⁹.

3. *Minimización de las consecuencias jurídicas de la infracción: el modelo estadounidense*

33. Vaya por delante que hablar de modelo estadounidense es una simplificación por razones de comodidad. En los Estados Unidos no hay todavía normativa sobre obras huérfanas, aunque sí estudios y propuestas de interés⁴⁰. A principios de 2005, cuando el proyecto de digitalización a gran escala de *Google* ya había adquirido pleno protagonismo, el *Register of Copyrights* recibió el encargo de elaborar un estudio sobre el particular. El informe, extenso y documentado, se presentó un año después⁴¹. En él, tras constatar que el problema “*es real*”, se proponía una reforma legislativa centrada en el capítulo quinto de la *Copyright Act* (“*Copyright Infringement and Remedies*”). A diferencia del modelo canadiense, el *Register of Copyrights* proponía un sistema capaz de funcionar sin control administrativo previo, sobre la base de la iniciativa privada, sin perjuicio del eventual control judicial posterior.

34. Ante todo, se explicaba en el Informe, el interesado en utilizar la obra ha de intentar localizar a los titulares. Pero si no lo logra tras una “búsqueda diligente”, entonces, debe permitírsele usarla, *dándole certidumbre en cuanto a las consecuencias de lo que, objetivamente, constituye una infracción de los derechos del titular*. La reforma propuesta por el *Register of Copyrights* se basaba para ello en dos puntos básicos. En primer lugar, la doble exigencia de una búsqueda diligente previa y del reconocimiento de la autoría y titularidad de los sujetos no localizados aunque identificados. En segundo, la restricción de los recursos o acciones a disposición de los titulares. La esencia del sistema consistiría en asegurar al usuario de buena fe —en sentido subjetivo y objetivo— una responsabilidad limitada y predecible; y, al propio tiempo, la facultad de seguir explotando su propia creación en caso de usos transformativos. Se trataría, en

³⁹ Otras críticas (como los costes administrativos, la lentitud, la limitación territorial o el deber de pagar una remuneración) tienen menos base. V. en este sentido el informe de J. DE BEER - M. BOUCHARD, *Report*, cit.

⁴⁰ Puede verse la información correspondiente en la página del *Register of Copyrights* www.copyright.gov/orphan/. V. asimismo GINSBURG, Jane, “*Chronique de États Unis, Recent Developments in US Copyright Law: PART I- ‘Orphan’ works*”, *Revue Internationale du Droit d’Auteur/RIDA*, nro. 217/2008, pp. 99-197.

⁴¹ Register of Copyrights, *Report on Orphan Works*, January 2006. Disponible en www.copyright.gov/orphan/orphan-report-full.pdf.

resumen, de evitar tratar al usuario como un infractor, pese a serlo objetivamente, poniéndole para ello en una situación igual o parecida a la que habría ocupado si hubiera localizado a los titulares y obtenido su consentimiento.

35. De acuerdo con la normativa propuesta⁴², cumplidas las exigencias de búsqueda diligente y, en su caso, de reconocimiento de la autoría y titularidad, los usuarios de las obras huérfanas quedarían a salvo de las voluminosas indemnizaciones legalmente previstas en la legislación estadounidense en caso de infracción (*monetary relief*). Sólo estarían obligados a pagar “una compensación razonable”, de la que incluso cabría prescindir en supuestos de uso no comercial, siempre que el usuario pusiera fin a la infracción tan pronto como recibiera una notificación del titular aparecido. La “compensación razonable” sería la que, en condiciones normales, habrían acordado el titular y el cesionario por el uso de la obra, sin descartar que, en algún caso, tal compensación pudiera no existir⁴³.

36. Para el usuario, sin embargo, no sólo existe el riesgo de las reclamaciones pecuniarias. También cabe que el titular exija el cese de la explotación. En algunos casos esta pretensión puede tener una importancia relativa. Pero en otros será muy grave. Así sucederá cuando la obra huérfana haya sido transformada. Pensando en estas situaciones, el informe del *Register of Copyrights* sugería limitar de dos maneras las acciones de cesación (*injunctive relief*). En primer lugar, excluyendo la posibilidad de poner fin a la explotación cuando la obra huérfana, merced a una aportación creativa sustancial del usuario, hubiera dado lugar a una obra derivada, sin perjuicio, claro está, del derecho a cobrar una compensación razonable. En segundo lugar, para los demás casos, aun reconociendo al titular la plena acción de cesación, los tribunales estarían facultados para dar algún tipo de protección a los intereses atendibles que pudiera ostentar el usuario.

37. El informe del *Register of Copyrights* ha dado lugar hasta la fecha a dos proposiciones de ley, ambas de 2008: La *Shawn Bentley Orphans Work Act* (con diferentes versiones)⁴⁴ y la *Orphans Work Act*⁴⁵. En líneas generales ambas responden al planteamiento y sugerencias del repetido informe.

4. Recurso a las sociedades de gestión colectiva: el modelo nórdico

38. Parece lógico que, ante el problema de las obras huérfanas, la mirada se dirija, casi de inmediato, hacia el sistema de gestión colectiva. En él podría encontrarse algún modelo de solución, al menos parcial. Por lo pronto, aunque

⁴² V. *Register of Copyrights, Report*, p. 127

⁴³ Así en relación con ciertos usos por parte de instituciones sin ánimo de lucro como museos, bibliotecas o universidades. Cfr: *Register of Copyrights, Report on Orphan Works*, p. 118

⁴⁴ www.copyright.gov/orphan/ y www.thomas.gov/cgi-bin/query/z?c110:S.2913:

⁴⁵ www.copyright.gov/orphan/ y www.thomas.gov/cgi-bin/query/z?c110:H.R.5889:

no en todos los sectores ni en todos los países, las sociedades de gestión son el interlocutor natural de quienes buscan a los titulares de derechos. ¿Pero qué hacer si, en el sector del que se trate, no hay entidades o sociedades de gestión bien establecidas o, aun habiéndolas, no administran los derechos que se necesitan?

39. Algunas sociedades de gestión han dado un paso más allá de su repertorio para crear un sistema que, *de facto* y aun sin ser éste propiamente su objetivo, permite el uso de obras huérfanas. No es raro que los grandes usuarios se resistan a suscribir las licencias que les proponen las sociedades de gestión aduciendo que su repertorio, siendo grande, no es universal. Aun contando con la licencia, dicen, no estarían a cubierto de posibles demandas de terceros sujetos no representados. Pues bien, para minimizar el alcance de esta objeción, algunas entidades complementan la licencia con una expresa asunción de las responsabilidades derivadas de tales reclamaciones. De este modo, por ejemplo, un servicio de reprografía podría reproducir con tranquilidad cualquier obra protegida, incluso ajena al repertorio de la sociedad de gestión, siempre que lo hiciera con la extensión y condiciones previstas en la licencia.

40. El sistema resulta atractivo y puede funcionar. Sin embargo, tiene sus limitaciones e inconvenientes. El usuario puede contar con que, al fin, quedará indemne. Pero esa seguridad no le evita el riesgo de ser demandado y condenado, con lo que ello puede suponer en términos de costes e imagen *pública*. Por otra parte, aunque es altamente improbable que la licencia incluya el derecho de transformación, cabe que el tercero no sólo pretenda una indemnización sino también el cese de la explotación de la obra derivada y, en este caso, de poco servirá la licencia con asunción de responsabilidad por parte de la sociedad de gestión. Como es fácil colegir, este expediente se queda en el terreno de lo anecdótico en relación con el problema de las obras huérfanas.

41. Para resolverlo o incidir en él de forma significativa haría falta algún mecanismo capaz de extender *ultra vires* los efectos de la licencia. Pero eso, en principio, *sólo* puede hacerlo la ley, como —por cierto— se puso de manifiesto en la decisión sobre el acuerdo transaccional con el que se pretendió zanjar el *Caso Google Books* en los Estados Unidos⁴⁶.

42. Fue la falta de seguridad en el caso de usos masivos lo que llevó a los Países nórdicos (Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia) a explorar esta vía a partir de 1960, para acabar desarrollando las que se conocen como licencias colectivas ampliadas (*Extended Collective Licenses*, ECL). Al principio se trataba sólo de resolver el problema de la radiodifusión de obras literarias y musicales buscando un equilibrio entre los intereses de los usuarios y los derechos de los titulares de la propiedad intelectual. Posteriormente este tipo de li-

⁴⁶ En la página de *The Publicindex* puede encontrarse amplia información al respecto: <http://thepublicindex.org/>

cencia se extendería a otros sectores⁴⁷. En el caso danés, por ejemplo, la sección 50(1) de su Ley de Derecho de autor contempla los siguientes:

“(1) Extended collective license according to sections 13 —reproducción en el marco de actividades educativas—, 14 —reproducciones para uso interno de empresas e instituciones— and section 16 b —reproducciones por parte de bibliotecas—, section 17(4) —copias de programas de radio y televisión para personas con discapacidades—, and section 24 a —reproducción de obras de arte—, 30 —radiodifusión, con excepción de obras dramáticas y cinematográfica—, 30 a —puesta a disposición interactiva por parte de las entidades de radiodifusión— and 35 —retransmisión simultánea— may be invoked by users who have made an agreement on the exploitation of works in question with an organization comprising a substantial number of authors of a certain type of works which are used in Denmark”⁴⁸.

43. El sistema se basa en el respeto de la propiedad intelectual y en el principio de libre negociación entre las entidades de gestión colectiva y los usuarios, pero añadiendo un elemento de intervención estatal⁴⁹. Una vez que una sociedad de gestión suficientemente representativa alcanza un acuerdo con un usuario o un grupo de usuarios, no antes, la ley extiende sus efectos a todos los demás titulares de la misma clase, nacionales o extranjeros, ajenos a la sociedad licenciante. A este objeto, por ejemplo, la sección 50 (3) de la ley danesa dispone:

“The extended collective license gives the user right to exploit other works of the same nature even though the authors of those works are not represented by the organisation. The extended collective license gives the user right only to exploit the works of the unrepresented authors in the manner and on the terms that follow from the license agreement made with the organization”.

⁴⁷ V. RIIS, Thomas - SCHOVSBO, Jens, “Extended Collective Licenses and the Nordic Experience - It’s a Hybrid but is it a VOLVO or a Lemon?”, enero 2010, Columbia Journal of Law and the Arts, Vol. 33, Issue IV. “Paper” disponible en la *Social Science Research Network*: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1535230. Asimismo KOSKINNEN-OLSSON, Tarja, “Collective management in the Nordic countries”, en GERVAIS, Daniel (ed.), *Collective management of Copyright and related Rights*, Kluwer, 2010, p. 290. Para una visión rápida del modelo, v. OLSSON, Henry, *The extended collective licence as applied in the Nordic Countries*, www.kopinor.no/en/copyright/extended-collective-license/documents/the-extended-collective-license-as-applied-in-the-nordic-countries. Con particular referencia a la gestión colectiva en general como solución, aunque se trata de un estudio de mucha más amplitud, v. PIRIOU, Florence-Marie, “Las ‘obras huérfanas’ a la búsqueda de soluciones jurídicas”, *Revue Internationale du Droit d’Auteur/RIDA*, 218/2008, pp. 2-11.

⁴⁸ Disponible en inglés en la página del Ministerio de Cultura (<http://kum.dk/da/English/>). V. <http://kum.dk/english/Services/Legislation/Copyright/>.

⁴⁹ Esta mezcla de autonomía privada e intervención pública sería uno de sus atractivos ideológicos. En este sentido, RIIS, Th. - SCHOVSBO, J., *Extended Collective Licenses*, cit. p. 4.

En sentido análogo pueden verse el art. 42(a) de la ley sueca⁵⁰, secciones 26 de la finlandesa⁵¹ y 36 de la noruega⁵² y arts. 15(a) y concordantes de la islandesa⁵³.

44. La seguridad para el usuario es total. Queda excluida la eventualidad de que sea demandado por titulares ajenos a la sociedad de gestión. Los intereses de éstos, no obstante, son objeto de tutela específica. Se les asegura el mismo trato que a los miembros de la entidad y, además, si no están conformes con los términos de la licencia, pueden solicitar a la sociedad de gestión una remuneración individual. Aunque no siempre, también disponen de un derecho de veto (*opt out*), cuyo alcance real es no obstante poco claro⁵⁴.

45. El sistema de las licencias colectivas ampliadas, como puede verse, podría servir para abordar con eficacia la cuestión de las obras huérfanas, sin perjuicio de otras herramientas complementarias. No hay duda de que se adapta bien a la problemática de los usos masivos. Pensando en ello, en 2008 la ley danesa abrió su uso, de forma general, a casos diferentes de los previstos de forma expresa en la sección 50 (1)⁵⁵. De acuerdo con la nueva sección 50 (2):

“Extended collective license may also be invoked by users who, within a specified field, have made an agreement on the exploitation of works with an organization comprising a substantial number of authors of a certain type of works which are used in Denmark within the specified field. However, this does not apply, if the author has issued a prohibition against use of his work in relation to any of the contracting parties”.

46. No obstante, hay que tener en cuenta que las licencias colectivas ampliadas requieren un sistema de sociedades de gestión bien establecido y, quizá, una cultura particular en la que el derecho de autor se aleja un tanto del Derecho civil (propiedad y autonomía de la voluntad) para acercarse un poco más al Derecho laboral (salario y negociación colectiva).

5. Definición de un límite legal *ad hoc*: el modelo de la Unión Europea (UE)

47. Los límites a la propiedad intelectual también pueden constituir una respuesta adecuada al reto de las obras huérfanas en la medida en que su esen-

⁵⁰ Disponible en inglés en la página del Gobierno (www.government.se/sb/d/6015). V. www.government.se/content/1/c6/01/51/95/c42a53bc.pdf.

⁵¹ Disponible en inglés en la página del Ministerio de Justicia (www.finlex.fi/en/). V. www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/1961/en19610404.pdf.

⁵² Disponible en inglés en la página de la sociedad de gestión KOPINOR. V. www.kopinor.no/en/copyright/copyright-act.

⁵³ Disponible en inglés en la página del Ministerio islandés de Educación, Ciencia y Cultura (<http://eng.menntamalaraduneyti.is/Acts>). V. <http://eng.menntamalaraduneyti.is/media/MRN-pdf/he-Copyright-Act.pdf>.

⁵⁴ Sobre esta facultad, v. T.KOSKINNEN-OLSSON, “*Collective management in the Nordic countries*”, cit., p. 291.

⁵⁵ RIIS, Th. - SCHOVSBO, J., *Extended collective Licenses*, cit. p. 6.

cia radica en prescindir del consentimiento de los titulares, cuya localización resultará así innecesaria. La orfandad, por ejemplo, no impide la copia privada, ni la cita, ni la reproducción de obras situadas permanentemente en vías públicas, ni la parodia etc. No hay duda de que, antes incluso que a las entidades de gestión, los interesados en usar obras huérfanas dirigirán su mirada hacia el sistema de límites. Muchas leyes nacionales ya contemplan la posibilidad de que las bibliotecas, archivos y otras instituciones reproduzcan, presten e incluso pongan limitadamente a disposición del público obras y prestaciones protegidas —huérfanas o no— sin contar con la autorización de los titulares de los derechos. En este sentido, el art. 37 TRLPI español dispone lo siguiente:

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

2. Asimismo, los museos, archivos, bibliotecas, hemerotecas, fonotecas o filmotecas de titularidad pública o que pertenezcan a entidades de interés general de carácter cultural, científico o educativo sin ánimo de lucro, o a instituciones docentes integradas en el sistema educativo español, no precisarán autorización de los titulares de derechos por los préstamos que realicen. [...]”⁵⁶.

3. No necesitará autorización del autor la comunicación de obras o su puesta a disposición de personas concretas del público a efectos de investigación cuando se realice mediante red cerrada e interna a través de terminales especializados instalados a tal efecto en los locales de los establecimientos citados en el anterior apartado y siempre que tales obras figuren en las colecciones del propio establecimiento y no sean objeto de condiciones de adquisición o de licencia. Todo ello sin perjuicio del derecho del autor a percibir una remuneración equitativa”.

48. Los límites existentes, sin embargo, se quedan cortos para los objetivos pretendidos. El citado art. 37 TRLPI, por ejemplo, permite ciertos actos de reproducción. Pero en modo alguno una puesta a disposición masiva. ¿No podría ser una buena solución ampliar los límites para remover los obstáculos que impiden hacer uso de obras huérfanas y, en concreto, facilitar su acceso generalizado al público, todo ello salvaguardando a la vez los derechos de los titulares no localizables?

49. En España hubo ya alguna propuesta aislada a favor de un límite para permitir el uso de obras huérfanas con gran amplitud, a reserva del reglamento

⁵⁶ El límite, no obstante, es remunerado. A esta cuestión se refieren los párrafos que se omiten en la cita.

al que se remitía⁵⁷. Esta era también la línea del *Informe Gowers* británico⁵⁸, basada en un documento preparado por el *British Screen Advisory Council* (BSAC)⁵⁹. Este expediente debería completarse con otras medidas, configurando así una respuesta múltiple de aplicación sucesiva: En primer lugar el límite; donde este no llegara, deberían hacerlo las licencias colectivas ampliadas; y, finalmente, para los casos individuales, se podría acudir a licencias *ad hoc* concedidas por el *Copyright Tribunal*⁶⁰. Su propuesta consistiría en legislar para permitir la concesión de licencias sobre obras huérfanas mediante el sistema de licencias colectivas ampliadas para los usos masivos y un procedimiento de autorización con control público para las obras individualizadas. En ambos casos, la obra sólo se trataría como huérfana si no pudiera localizarse en las bases de datos contempladas en la propuesta. Los licenciarios pagarían, en el primer caso, a la entidad de gestión que, a su vez, debería responder frente a los titulares si estos aparecieran. De no ser así, lo recaudado se destinaría a fines sociales o culturales. Se contempla, no obstante, la posibilidad de que el uso sea gratuito en ciertos casos.

50. La opción por los límites a la propiedad intelectual, sin embargo, suscita problemas desde el punto de vista internacional pues es claro que debe respetarse la *prueba de los tres pasos*. En el caso europeo, además, existía un problema adicional derivado del carácter tasado del listado previsto en el art. 5º de la Directiva 2001/29/CE de determinados aspectos de los derechos de autor y

⁵⁷ La remisión abusiva a reglamentos es un viejo vicio cuyas razones están unas veces en la improvisación de las normas de rango legal, otras en la incompetencia técnica y, por supuesto, en algunas más en la malicia política tan bien sintetizada por el primer conde de Romanones: “Vds. hagan la ley, que yo haré el reglamento”. La propuesta aludida en el texto consistía en añadir al art. 40 bis, TRLPI, en el que se recoge la prueba de los tres pasos, el siguiente nuevo párrafo: “Las obras consideradas obras huérfanas, aquellas de las que no que ha resultado posible localizar los titulares de los derechos de explotación después de una búsqueda legítima, podrán ser utilizadas sin autorización previa de acuerdo con las condiciones que se fijen reglamentariamente” (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, VIII Legislatura, Serie II, nro. 53(c), 21/4/2006, Enmienda núm. 49 de “Entesa Catalana de Progrés”, v. www.senado.es/legis8/publicaciones/pdf/senado/bocg/II0053C.PDF).

⁵⁸ Se trata de un informe encargado por el gobierno británico. *Cfr. Gowers Review of Intellectual Property*, diciembre 2006, disponible en www.official-documents.gov.uk/document/other/0118404830/0118404830.pdf. V. su Recomendación núm. 13.

⁵⁹ De acuerdo con dicho documento, el límite se aplicaría a todo tipo de obras y prestaciones, publicadas o no. Para beneficiarse del límite se exigía haber hecho todo lo posible para localizar a los titulares e indicar, al usar la obra, su condición de huérfana. Los titulares aparecidos tendrían derecho a una remuneración razonable, remitida al Copyright Tribunal en caso de desacuerdo, con la posibilidad de que éste, en algunos casos, optara por la gratuidad. El titular reaparecido podría poner fin al uso salvo si se han creado obras derivadas o el cese causa dificultades financieras importantes al usuario. El “paper” puede consultarse en www.bsac.uk.com/files/copyright_orphan_works_paper_prepared_for_gowers_2006.pdf

⁶⁰ V. el posterior “*Orphan Works and Orphan Rights. A Report by the British Screen Advisory Council (BSAC) Working Group*”, datado en 11/07/20011, en www.bsac.uk.com/policy-papers.html. El más reciente *Informe Hargreaves*, no obstante, pone el énfasis en las licencias. V. *Digital Opportunity: A review of Intellectual Property and Growth. An independent report by Ian Hargreaves*, www.ipo.gov.uk/ipreview-finalreport.pdf.

derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (en adelante, Directiva de la sociedad de la información o, por su acrónimo, DASÍ)⁶¹. Sucede, sin embargo, que la propia Unión Europea ha decidido ir más allá al aprobar la nueva Directiva sobre obras huérfanas.

III. LA DIRECTIVA EUROPEA SOBRE OBRAS HUÉRFANAS

1. Un límite a la propiedad intelectual, imperativo pero subsidiario

51. En la Unión Europea la cuestión de las obras huérfanas ha sido polémica y se han considerado múltiples opciones⁶². La “Evaluación de impacto” que acompañaba a la Propuesta de Directiva contemplaba hasta seis de ellas. Ninguna que no se haya mencionado ya en estas páginas, añadiendo, claro, las necesidades de la armonización. La primera opción, muy simple, consistiría en *no hacer nada*, dejando libertad a los Estados para abordar la cuestión. La segunda pasaría por imponer un límite legal destinado a permitir que ciertas instituciones (bibliotecas, centros de enseñanza, museos y archivos), tras una *búsqueda diligente infructuosa, pudiesen facilitar* el acceso en línea a las obras huérfanas, todo ello sin perjuicio de proteger a los titulares que eventualmente pudieran aparecer. La tercera opción se basaría en las “licencias colectivas ampliadas”, según el modelo nórdico. Conforme a la cuarta, los Estados estarían obligados a establecer a favor de las instituciones mencionadas (bibliotecas, centros educativos etc.) un sistema de licencias específicas, otorgadas por sociedades de gestión, siempre tras una búsqueda diligente infructuosa y asegurando los derechos de los titulares. La quinta opción consistiría en el otorgamiento de licencias específicas por parte de algún organismo encuadrado en la Administración pública, conforme al modelo canadiense. Finalmente, la sexta opción pasaría por un mecanismo de reconocimiento mutuo de las soluciones nacionales, imponiendo unos mínimos a los Estados en cuanto al estatus de las obras huérfanas y a las garantías de los derechos de los titulares. Esta última solución era la escogida —o la que se decía escoger— por la Propuesta de Directiva presentada por la Comisión⁶³. Al fin, como se viene diciendo, triunfó la

⁶¹ El listado es tasado pero facultativo. Con la sola excepción del límite de copia técnica (art. 5.1 DASÍ) todos los demás incluidos en el listado son opcionales. Los Estados pueden adoptarlos si quieren. Pero no hay más peces en el estanque.

⁶² La información básica sobre el Derecho de autor en la Unión Europea está disponible en la página de la Comisión: http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/index_en.htm. Toda la información relevante sobre obras huérfanas (Propuesta, informes...) puede consultarse en: http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/orphan_works/index_en.htm. Para la situación previa a la Propuesta de Directiva puede verse el estudio de VETULANI, Agnieszka, “The Problem of Orphan Works in the EU (An overview of legislative solutions and main acts in this field)”, febrero 2008, disponible en http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/doc/reports_orphan/report_orphan_v2.pdf.

⁶³ La Propuesta está disponible, en español, en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0289:FIN:ES:PDF>. Sobre ella puede verse, entre otros comen-

tesis favorable a la introducción de un límite *ad hoc*; aunque, lógicamente, en la medida en que seguirá habiendo diferencias nacionales, se impone también el reconocimiento mutuo.

52. En octubre de 2012 vio la luz *Directiva 2012/28/UE, sobre ciertos usos autorizados de las obras huérfanas* (en adelante, Directiva sobre obras huérfanas o, simplemente, DOH)⁶⁴. Se trata de una respuesta de alcance limitado. Para comprobarlo, basta preguntarse por el *quién* (beneficiarios) el *qué* (actos permitidos) y el *para qué* (finalidades) del límite de orfandad. Como se verá, este no beneficia a cualquiera (solo a algunos sujetos), únicamente permite “ciertos usos” (con exclusión de toda transformación) y está al estricto servicio de misiones “de interés público” que dejan casi totalmente al margen al sector privado (art. 1º, DOH). No es de extrañar que haya suscitado una reacción más bien tibia⁶⁵.

53. Conviene no perder de vista, sin embargo, las premisas y objetivos de la norma. No se trata de debilitar la propiedad intelectual, cuya protección constituye un auténtico *leit motiv* para el legislador europeo, como destacan los Cdos. 5 y 14 DOH⁶⁶. Las obras huérfanas no están en el dominio público ni se pretende que entren en él de forma precipitada. Siguen y deben seguir gozando de un nivel elevado de protección. Lo único que se pretende es eliminar —con contención— los impedimentos que la orfandad supone para determinadas iniciativas consideradas de alto valor social. Para ello, y sin perjuicio de soluciones nacionales compatibles con la Directiva, se ha optado por el establecimiento de un límite, que, como tal, está sujeto a la llamada prueba de los tres pasos (Cdo. 20 *in fine* DOH). Esto supone que debe ceñirse a casos especiales o concretos, mostrarse compatible con la normal explotación de las obras y, en fin, no perjudicar intereses legítimos del titular de los derechos (*cf.* Cdo. 20 *in fine*

tarios, EVANGELIO, Raquel, “Un nuevo reto para la digitalización y puesta a disposición de obras huérfanas y descatalogadas”, *La Ley*, nro. 7884, jun. 2012, pp. 14 a 19.

⁶⁴ La Directiva está disponible, en español, en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:299:0005:0012:ES:PDF>. De acuerdo con su art. 11 entró en vigor al día siguiente de su publicación, que tuvo lugar el 27/10/2012 (DOCE L-299/9). La fecha límite para su transposición por parte de los Estados es el 29/10/2014 (art. 9 DOH).

⁶⁵ V., por ejemplo, RIERA, Patricia, “La solución europea a las obras huérfanas: la Directiva 2012/28/UE”, *La Ley*, nro. 8128, 2013. Para diversas opiniones de expertos españoles, con representación de entidades de gestión, Google y académicos, v. el interesante *Debate sobre la Directiva de obras huérfanas*, 9/1/2013, *Máster de Propiedad Intelectual de la Universidad Autónoma de Madrid*. Está disponible, segmentado, en Youtube: www.youtube.com/watch?v=MTeps1sF4M y otras direcciones concordantes.

⁶⁶ La necesidad de alcanzar “una elevada protección” (Cdo. 14 DOH) se destacaba ya en otras anteriores. V. Cdo. 4 DASI. En el mismo sentido, Cdo. 11 de la Directiva 2006/116/CE, v.c. relativa al plazo de protección. La protección de la propiedad intelectual (en sentido amplio, incluyendo también patentes y marcas) se recoge en el art. 17.2 de la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* de 2007.

DOH). *A priori*, nada indica que el límite europeo de orfandad no satisfaga esas exigencias⁶⁷.

54. Al margen de lo anterior, de forma más general, también hay que tener en cuenta que las Directivas son normas peculiares destinadas a armonizar —que no unificar— las diferentes leyes nacionales, que por lo general siguen teniendo un amplio margen de maniobra⁶⁸. Los compromisos básicos suelen ser de mínimos. En lo que ahora interesa, no se aspira a resolver de forma exhaustiva el problema de las obras huérfanas sino solo a hacer posible la puesta en práctica de iniciativas valiosas que traspasan las fronteras estatales. Así se destaca en el Cdo. 8 DOH al explicar la necesidad de “garantizar el reconocimiento mutuo de [la condición de obra huérfana], ya que permitirá el acceso a [tales obras] en todos los Estados miembros”. Por lo demás, todavía en el terreno de las reflexiones generales, interesa recordar que los destinatarios de las Directivas son países pertenecientes —incluso como *socios fundadores*— a las dos grandes tradiciones jurídicas del *Copyright* y el *Derecho de autor*. Eso, como cabe suponer, suele complicar bastante las cosas; aunque, al propio tiempo, dota a las normas europeas de una excelente carta de presentación en el *mercado legal* mundial.

55. Descendiendo a aspectos más concretos, hay que destacar, finalmente, dos importantes características del límite europeo de orfandad, que es de carácter necesario o imperativo pero, al propio tiempo, subsidiario. En cuanto a lo primero, los Estados carecen esta vez de libertad de elección, sin perjuicio de que no pocas cuestiones de detalle se dejen luego a su criterio. A diferencia de lo que sucede con la mayoría de los límites previstos en la Directiva de Sociedad de la Información (DASI)⁶⁹, el de orfandad debe ser obligadamente incorporado a las legislaciones nacionales. Como explica el Cdo. 20 DOH: “Con el fin de promover el estudio y la difusión de la cultura, los Estados miembros ‘deben’

⁶⁷ La Propuesta de Directiva, sin embargo, había sido objeto de algunas críticas desde este punto de vista. Puede verse la Nota u Opinión, datada el 14/1/2012, elaborada por algunos especialistas, en su mayor parte miembros del Comité Ejecutivo de ALAI. En ella se expresa una clara preferencia por el sistema de licencias y una correlativa desconfianza hacia la construcción de un límite *ad hoc* para las obras huérfanas. A juicio de los firmantes, el art. 7 de la Propuesta de Directiva (usos autorizados) podría chocar con cada uno de los tres pasos de la prueba. El punto más delicado estaría en la posible inexistencia de remuneración cuando la reclamación se presentara una vez transcurridos cinco años desde el uso de la obra huérfana —art. 7.1.(6) de la Propuesta—. El texto de la Opinión está disponible en la página de ALAI: www.alai.org/en/assets/files/resolutions/orphan-works-opinion.pdf.

⁶⁸ Aunque es otra batalla perdida (pues el término “directiva” está plenamente consolidado), habría sido mejor hablar de “directrices”. Acaso de este modo se habría contribuido a evitar el *seguidismo* o mimetismo en que han incurrido, indebidamente, algunas leyes de transposición. En oídos españoles el extranjerismo “directiva” se asocia con “orden” y sugiere acatamiento; el castellano “directriz”, en cambio, evoca la idea de “recomendación” y sólo provoca un tibio “ya veremos”.

⁶⁹ Con la sola excepción, como sabemos, del límite de copia técnica (art. 5.1, DASI). No obstante, en otras Directivas sí hay límites a los que los Estados no se pueden sustraer. Por ejemplo, en las Directivas sobre programas de ordenador y bases de datos.

prever excepciones o límites adicionales a los establecidos en el art. 5 de la Directiva 2001/29/CE [DASI]” (comillas internas añadidas). La misma fórmula imperativa se usa en el art. 6.1 DOH: Los Estados miembros “*deberán*” prever excepciones o límites para permitir los usos de que se trata. No hay alternativa.

56. La segunda de las características mencionadas se refiere a la relación con los límites preexistentes. El nuevo límite de orfandad se añade a ellos sin modificarlos ni alterar su campo de aplicación. Por tanto, no se aplicará cuando el uso de que se trate pueda llevarse a cabo al amparo de algún otro preexistente. Si, por ejemplo, una obra o prestación puede reproducirse al amparo del límite educativo, habrá que atenerse a las reglas previstas para éste [art. 5.3,a) DASI]. Esta relación aparece con claridad en el Cdo. 20 *in fine* DOH: “La excepción o límite establecidos por la presente Directiva respecto a la autorización del uso de obras huérfanas se entiende ‘sin perjuicio’ de las excepciones y límites previstos en el art. 5 [DASI]”. Desde el punto de vista de su protección, por tanto, las obras huérfanas nunca serán de peor condición que las demás afectadas por algún límite. En sentido contrario, la eventual aplicación del límite de orfandad no impedirá que, si este se desvanece (porque nunca debió aplicarse o porque se ha puesto fin a la condición de huérfana de la obra), los beneficiarios de los otros límites objetivamente concurrentes, los hagan valer.

57. Y una última observación, que puede parecer una obviedad aunque no lo es. Los límites a la propiedad son claros *marcadores* de la extensión de los derechos. No ignoro la fragilidad de los argumentos *a contrario y lo polémico de la cuestión pero, en principio, donde hay un límite es*, sencillamente, porque hacía falta. Dicho de otra forma, si el límite no existiera, los actos de que se trata constituirían infracciones. Desde este punto de vista, paradójicamente si se quiere, el límite de orfandad —como los demás— viene a reforzar los derechos de propiedad intelectual de los titulares al desautorizar las defensas de algunos infractores que se escudan en su propia ignorancia o en la buena fe. Si la ley ha decidido que ciertas instituciones pueden realizar determinados actos tras una búsqueda diligente, podemos entender que las habituales protestas de buena fe de poco servirán a quienes se ha decidido dejar fuera del límite⁷⁰.

⁷⁰ Donde hay límites es porque hay derechos. Por supuesto no ignoro que la construcción del espacio protegido a partir de los límites tiene puntos de fuga, como los que pueden resultar de la aplicación de doctrinas generales (abuso del derecho, uso inocuo etc.). Tampoco desconozco que la distancia entre el argumento *a contrario* y la analogía se franquea a veces con gran facilidad e incluso ligereza (como se ha puesto de manifiesto en alguna sentencia del TS español relativa a las obras realizadas por encargo, STS, 1ª, 18/12/2008). Pero, aun así, creo que esa es la aproximación correcta a la cuestión. Véase, como ejemplo señero, el límite de copia técnica del art. 5.1 DASI. Da la medida justa de hasta dónde ha llegado el desbocado concepto de reproducción. ¿Haría falta ese extraño límite si no fuera porque, sin él, los actos de que se trata podrían ser prohibidos por el titular del derecho?

2. *Ámbito subjetivo*

58. El ámbito subjetivo es restringido. Como ya ha habido ocasión de señalar, el límite que afecta a las obras huérfanas no está previsto en favor de cualquiera que quiera hacer uso de ellas. Según el art. 1.1 DOH el elenco de beneficiarios se reduce a tres grupos de sujetos. En primer lugar, las “bibliotecas, centros de enseñanza y museos, accesibles al público”. En segundo, los “archivos” y “organismos de conservación del patrimonio cinematográfico o sonoro”. En tercero los “organismos públicos de radiodifusión” (no por tanto los de carácter privado). Todos ellos deben estar “*establecidos*” en algún Estado miembro de la Unión Europea.

59. Además de la restricción subjetiva, existe otra de carácter finalista. Los usos que se permiten a los sujetos indicados han de estar orientados a “objetivos relacionados con su misión de interés público”. No basta con ser, por ejemplo, un “organismo público de radiodifusión”. Hay que admitir, no obstante, que la fórmula “misión de interés público” resulta imprecisa y podría suscitar problemas interpretativos.

60. La Directiva, por tanto, no cambia en nada la situación de otras personas que pueden tener interés en usar obras huérfanas. Muchos de los que, por ejemplo, habrían encontrado una respuesta satisfactoria con otros modelos de solución (canadiense, estadounidense, nórdico) quedarán frustrados ante la respuesta europea. Ningún productor, ningún editor podrá ampararse en ella. Con todo, hay que recordar que la Directiva no excluye posibles soluciones nacionales complementarias, alguna de las cuales —como las licencias colectivas ampliadas— deja expresamente a salvo.

3. *Ámbito objetivo*

61. También es restringido el ámbito objetivo. La condición de huérfanas sólo puede predicarse de obras y prestaciones protegidas. No, en cambio, de las que, habiendo merecido protección, ya han ingresado en el dominio público (art.1.2 *últ. pfo.* DOH). Ahora bien, no todas las obras y prestaciones en situación de orfandad quedan afectadas por el nuevo límite. Para definir las que *sí van a estarlo* la Directiva maneja varios parámetros. Concretamente, la naturaleza, ubicación y, en algunos casos, el origen y la fecha de producción. También es necesario que se trate de obras o fonogramas publicados o radiodifundidos, aunque, como veremos, se admite una importante excepción a este respecto.

1. Ni todas las obras ni todas las prestaciones

62. La Directiva *sólo se aplica* a las “obras publicadas en forma de libros, revistas especializadas, periódicos, revistas u otro material impreso”⁷¹ [art. 1.2,a) DOH], así como a las “obras cinematográficas o audiovisuales” y “fonogramas” [art. 1.2,b) y c) DOH]. Las demás obras y prestaciones protegidas —muchas por tanto— quedan al margen de la Directiva. No obstante, el art. 10 DOH (*Cláusula de reexamen*) contempla, en su párrafo 1º, una posible ampliación futura, pensando sobre todo en las fotografías: “La Comisión hará un seguimiento permanente del desarrollo de fuentes de información sobre los derechos de autor y presentará a más tardar el 29 de octubre de 2015, y posteriormente con carácter anual, un informe sobre la posible inclusión dentro del ámbito de aplicación de la presente Directiva de editores y obras u otras prestaciones protegidas que actualmente no estén englobados en su ámbito de aplicación, en particular fotografías y otras imágenes independientes”.

63. No obstante, si las fotografías y otras obras y prestaciones no son independientes, entonces sí están sujetas a la Directiva. En este sentido, con carácter general, el art. 1.4 DOH dispone que “se aplicará también a las obras y otras prestaciones protegidas que estén insertas o incorporadas en las obras o en los fonogramas [...] o que formen parte integral de éstos”⁷². Ahora bien, una cosa es que las obras y prestaciones “insertas o incorporadas” puedan verse afectadas por el límite de orfandad y otra que, necesariamente y a todos los efectos, deban seguir sin más la suerte de la obra o prestación principal. Lo que se pretende es que el límite pueda aplicarse a todo el material. En modo alguno, en cambio, que el titular localizable de una obra huérfana incorporada o inserta (por ejemplo una fotografía) deba resignarse a que sea utilizada por no haberse podido localizar al titular de los derechos de la obra en la que se ha insertado (por ejemplo un libro). Por ello, antes de que una obra o fonograma puedan considerarse huérfanos “ha de efectuarse una búsqueda diligente y de buena fe del titular de derechos de la obra o el fonograma, ‘incluidos los titulares de derechos de las obras y otras prestaciones protegidas que estén insertados [*sic*] o incorporados [*sic*]’ en la obra o el fonograma” (Cdo. 13 DOH; comillas internas añadidas). En el mismo sentido se expresa el Cdo. 17 DOH al tratar de la pluralidad de titulares. La posibilidad de usar una obra parcialmente huérfana (en el sentido de que se ha podido localizar a alguno de los titulares) sólo cabe —explica— cuando los interesados “han recibido una autorización de los titulares de derechos que

⁷¹ La distinción, un tanto extraña, entre “revistas especializadas” y “revistas” se corresponde con la que se establece, en francés, entre *revues* y *magazines* y, en inglés, entre *journals* y *magazines*. Más problemas puede plantear la expresión “otro material impreso”. En las versiones francesa e inglesa se habla, respectivamente, de *autres écrits* y *other writings*. Parecen fórmulas más amplias. Un manuscrito, por ejemplo, es un escrito, pero no es “material impreso”.

⁷² “Estos” no se refiere sólo a los fonogramas sino a las obras y fonogramas. *Cfr.* las versiones inglesa y francesa de la Directiva.

hayan sido identificados y localizados, ‘incluidos los titulares de derechos de aquellas obras que estén insertadas o incorporadas’” (Cdo. 17, DOH).

64. Como se explicaba en la introducción de esta sección, para la determinación del ámbito objetivo de la Directiva no sólo importa *el qué* (tipos de obras y prestaciones) sino también *el dónde* (ubicación, en sentido amplio) e incluso, para algunos de los beneficiarios, *el quién* y *el cuándo* de la producción.

65. En relación con lo primero, la Directiva establece un vínculo directo de pertenencia entre los beneficiarios y las obras huérfanas. Las bibliotecas, centros de enseñanza, museos, archivos y organismos de conservación del patrimonio gráfico y sonoro, *sólo podrán usar al amparo del límite los libros, revistas y otro material impreso y las obras cinematográficas o audiovisuales y fonogramas “que figuren en [sus propias] colecciones”* (al margen del lugar concreto en que éstas se hallen: por eso he hablado de ubicación en sentido amplio). No podrán usar, en cambio, las obras y prestaciones que formen parte de colecciones ajenas. En este sentido, las obras huérfanas, por tanto, no lo son de forma general sino institución por institución. Si, por ejemplo, se conservara solo un ejemplar de un libro, la biblioteca que lo poseyera sería la única legitimada para llevar a cabo los actos permitidos por la Directiva.

65. En el caso específico de los organismos de radiodifusión, al factor ubicación se añaden el origen y el momento de la producción. El límite no se aplica, sin más, a cuantas obras cinematográficas o audiovisuales y fonogramas “figuren en sus archivos”. Es preciso también, en primer lugar, que tales obras audiovisuales y fonogramas hayan sido producidos precisamente por los propios organismos que los guardan en sus colecciones; o, al menos, que hayan sido encargados por ellos a terceros “para la explotación en exclusiva por su parte o por parte de otros organismos públicos de radiodifusión coproductores” (Cdo. 11, DOH). Para el resto del material archivado por los organismos beneficiarios, es decir para el que tenga otro origen, habrá que estar a las reglas generales o, en su caso, al contenido de las licencias correspondientes (Cdo. 11, *in fine*, DOH). En segundo lugar, asimismo para los organismos de radiodifusión, hay que contar también con un dato temporal. Las obras cinematográficas o audiovisuales y fonogramas no deben haber sido producidos más tarde del 31 de diciembre de 2002 [art. 1.2,c), DOH]. Como explica el Cdo. 10, DOH: “Dada la especial situación de los organismos de radiodifusión como productores de fonogramas y material audiovisual y la necesidad de adoptar medidas que limiten el fenómeno de las obras huérfanas en el futuro, resulta apropiado fijar una fecha límite para la aplicación de la presente Directiva a las obras y los fonogramas contenidos en los archivos de los organismos de radiodifusión”. Se establece así una suerte de *cut-off date*, aunque no tanto para facilitar la aplicación del límite como para indicar una fecha a partir de la cual ya no se considera aceptable que se produzca la situación de orfandad.

2. Las obras y fonogramas no publicados ni radiodifundidos

66. En principio la Directiva sólo se aplica a las obras y fonogramas que hayan sido objeto de “publicación” o “radiodifusión”. En otro caso, aun dándose la situación de orfandad, no podrán llevarse a cabo los actos permitidos por el art. 6º, DOH. Esto podría tener graves consecuencias para algunos beneficiarios, en particular archivos, parte de cuyos fondos jamás han sido publicados ni radiodifundidos. Por tal razón se ha añadido una importante previsión destinada a extender el límite a tales casos. Conforme al art. 1.3, DOH, la Directiva se aplica también, aunque no haya habido publicación ni radiodifusión, a las obras y fonogramas “que hayan sido puestos a disposición del público por las entidades mencionadas en el apartado 1 [es decir, por los sujetos beneficiarios] con el consentimiento de los titulares de derechos, siempre y cuando sea razonable suponer que no se opondrían a los usos contemplados en el art. 6º”. Hay que aclarar que la expresión “puesta a disposición del público” debe entenderse aquí en su amplio –y muy correcto– sentido literal. Por tanto, bastará que se haya dado acceso al público, cualquiera que sea la vía utilizada para ello⁷³.

67. El art. 1.3, DOH es una norma destinada a facilitar la salida a una situación *de facto* creada a lo largo de muchos años. Basta pensar en las muchas grabaciones de aficionados o en los múltiples escritos no publicados que se conservan en los archivos cinematográficos y en las bibliotecas. Es significativo que el art. 1.3, DOH se cierre permitiendo a los Estados restringir su aplicación a las obras y fonogramas depositados en las entidades beneficiarias antes del 29 de octubre de 2014, fecha límite para la incorporación de la Directiva a los ordenamientos nacionales (art. 9.1, DOH). Se ha considerado por tanto que, a partir de esta fecha es legítimo, que los Estados cierren la puerta a la aplicación del límite a obras y fonogramas no publicados ni radiodifundidos, como una forma de estimular la adopción de medidas para prevenir la situación de orfandad.

68. Hay que decir, no obstante, que el art. 1.3 DOH resulta algo impreciso y puede dar lugar a serios problemas interpretativos, con la consiguiente inseguridad para los beneficiarios. ¿Qué significa y *cómo* se demuestra, por ejemplo, que la puesta a disposición por parte de los titulares fue consentida?... Cabe suponer que se hará amplio uso de la noción de consentimiento tácito y de la prueba de presunciones. Problemas semejantes planteará la condición de que “sea razonable suponer” que los titulares, más allá del consentimiento que constituye el punto de partida de la norma, “no se opondrían” a los actos que permite el art. 6º, DOH. Las conjeturas, desde luego, no son la mejor base para la toma de decisiones.

⁷³ Poner a disposición del público es, simplemente, hacer que el público pueda acceder a la obra. Por ejemplo, mediante consulta *in situ*. No se trata pues de la concreta modalidad de explotación conocida como “puesta a disposición interactiva”, a la que se refieren los arts. 3.1 y 2, DASI). En las versiones inglesa y francesa del art. 1.3, DOH se habla de obras y fonogramas *made publicly accesible* o *rendus publiquement accessibles*.

3. Una restricción por deferencia internacional

69. Uno de los efectos colaterales del proyecto *Google Libros* ha sido el (re)surgimiento de un cierto sentido de posesión colectivo en relación con lo que se estima la propia cultura. Así, desde Europa, se reprochaba a *Google* que pretendiera saquear *su* capital intelectual aplicando además para ello las reglas vigentes en los Estados Unidos (plazos para la entrada en el dominio público, *fair use*...). Quizá ese trasfondo explica que la Unión Europea, al dar el paso de introducir un límite aplicable a las obras huérfanas, haya optado por un expediente de autocontención inusual en materia de límites. Éstos, como es bien sabido, son una manifestación del principio de que la propiedad intelectual es lo que cada país dice que es, sin perjuicio, por supuesto, de sus compromisos internacionales. Ningún límite se aplica sólo a obras nacionales o publicadas en el país de que se trate. Pues bien, sea por prudencia o, como dice el Preámbulo, “por motivos de cortesía internacional” (Cdo. 12, DOH), la Directiva europea sólo se aplica a obras huérfanas que, además de reunir los requisitos indicados, “hayan sido publicadas por primera vez en un Estado miembro o, a falta de publicación, cuya primera radiodifusión haya tenido lugar en un Estado miembro” (art. 1.2 párr. final, DOH). La cortesía internacional, no obstante, se relaja cuando se trata de obras huérfanas no publicadas ni radiodifundidas pero que cumplen las condiciones del art. 1.3, DOH. En ese caso, la única cortesía que se mantiene es con los propios titulares, que —como sabemos— deben haber consentido que la obra o fonograma se hayan puesto a disposición del público⁷⁴.

4. La situación de orfandad

70. El art. 2.1, DOH da una definición clara y completa: “Se considerará que una obra o un fonograma son obras huérfanas si ninguno de los titulares de los derechos sobre dicha obra o fonograma está identificado o si, de estarlo uno o más de ellos, ninguno está localizado a pesar de haber efectuado una búsqueda diligente de los mismos debidamente registrada con arreglo al art. 3^o”. Como puede verse, además de subrayar la amplitud de la noción (obras en sentido estricto pero también prestaciones) la orfandad se define como el resultado del fracaso de una búsqueda diligente. Pese a los esfuerzos, el titular no ha podido ser identificado o, en su caso, localizado. Si hubiera llegado a serlo y el problema consistiera en la imposibilidad de establecer contacto (por ejemplo, porque vive muy lejos, porque ha decidido no responder a las peticiones del interesado o porque está en prisión incomunicada), la obra no es huérfana. Como ya ha

⁷⁴ Así parece indicarlo el Cdo. 12 DOH, según el cual: “Por motivos de cortesía internacional, resulta oportuno que la presente Directiva se aplique solo a obras y fonogramas cuya primera publicación se efectúe en el territorio de un Estado miembro o, a falta de publicación, cuya primera radiodifusión se lleve a cabo en el territorio de un Estado miembro o, a falta de publicación o radiodifusión, cuya puesta a disposición del público por los beneficiarios de la presente Directiva se realice con el consentimiento de los titulares de derechos”.

habido ocasión de señalar anterioridad, la relativa indeterminación derivada de litigios acerca de la titularidad tampoco determina la orfandad.

71. Carecen asimismo de la condición de huérfanas, como sabemos, la obra anónima o bajo seudónimo cuando el titular o, al menos, el sujeto legitimado para el ejercicio de los derechos, pueda ser localizado (cfr. el ya mencionado art. 6.º, de la LPI española). La Directiva de obras huérfanas deja expresamente a salvo “las disposiciones nacionales en materia de obras anónimas o seudónimas” (art. 2.º, DOH).

1. Pluralidad de titulares

72. Será muy frecuente —y aquí radica buena parte del problema— que en la obra o fonograma confluyan varios titulares, ya sean originarios o sobrevenidos, *inter vivos* o *mortis causa*. Es lógico que la cuestión sea objeto de atención específica por parte de la Directiva. Su art. 2.º dispone a este efecto lo siguiente: “Si existen varios titulares de derechos sobre una misma obra o un mismo fonograma y no todos ellos han sido identificados o, a pesar de haber sido identificados, no han sido localizados tras haber efectuado una búsqueda diligente, debidamente registrada con arreglo al art. 3º, la obra o el fonograma se podrán utilizar de conformidad con la presente Directiva, siempre que los titulares de derechos que hayan sido identificados y localizados hayan autorizado, en relación con los derechos que ostenten, a las entidades a que se refiere el art. 1º, apart. 1º, a realizar los actos de reproducción y puesta a disposición del público contemplados, respectivamente, en los arts. 2º y 3º de la Directiva 2001/29/CE”. La solución adoptada es del todo razonable. Una obra sólo es huérfana cuando no es posible localizar a ninguno de los que ostentan derechos sobre la misma. Si cabe identificar y localizar a uno solo ya no hay orfandad y, por tanto, la obra o fonograma no se podrán utilizar. No es preciso que formulen oposición. Basta con la situación de hecho. Son los interesados en usar la obra quienes deben dirigirse al titular localizado para obtener su consentimiento. Si no lo da, el uso de la obra quedará vedado⁷⁵. Como ya ha habido ocasión de señalar, este bloqueo también se producirá si quien niega su autorización, una vez localizado e interpelado, es titular de derechos sobre obras o prestaciones “insertadas o incorporadas” en el sentido del art. 1.4, DOH.

73. Ahora bien, si el titular localizado concede la autorización en lo que concierne a sus propios derechos, el problema de la orfandad se concreta o concentra en los demás, abriéndose, entonces sí, la posibilidad de aplicar la Directiva y de llevar a cabo, de acuerdo con ella, los actos amparados por el límite

⁷⁵ Por ello resulta equívoco en mi opinión, aunque pueda ser correcto, el nuevo art. 37 bis propuesto en el Anteproyecto español de reforma del TRLPI (sobre él *v. infra*). De acuerdo a dicho precepto, cuando existen varios titulares y no todos han sido identificados y, en su caso, localizados, “la obra se podrá utilizar conforme a la presente Ley, sin perjuicio de los derechos de los titulares que hayan sido identificados y localizados”.

de orfandad (art. 2.2º y 3º, DOH). En definitiva, lo que nos viene recordar el art. 2.2º, DOH es que, en rigor, no hay obras huérfanas sino derechos de titulares ilocalizables. Hay que insistir en que es bueno no perderlo de vista.

2. Búsqueda diligente

74. La propiedad intelectual, como cualquier otra, se basa en un principio bastante simple. Quien quiere usar algo que pertenece a otro, debe contar con el permiso correspondiente y a su cargo van los esfuerzos de localización y, en su caso, persuasión. El propietario no tiene por qué mover ni un dedo. El interesado en la obra o prestación no puede escudarse en la ignorancia (no sabía que había un propietario, creía que la obra estaba en el dominio público...). Tampoco en los costes que implica la localización y el establecimiento de contacto. Una rígida aplicación de esta regla, sin embargo, podría conducir en algunos casos a resultados indeseados. ¿Y si, pese al tiempo y dinero invertidos, no se logra dar con los titulares?... ¿Deseamos un panorama de campos yermos?... La clave de la cuestión está en el nivel de diligencia exigible a los interesados.

75. Por supuesto, caben soluciones que eliminan de raíz la cuestión. Como se ha visto, algunos modelos eximen al interesado del coste de hacer indagaciones por su cuenta. Así sucede con las licencias colectivas ampliadas y es sin duda, uno de sus grandes atractivos. La Directiva europea, sin embargo, ha optado por una vía diferente; aunque —importa subrayarlo— “sin perjuicio de las disposiciones relativas a la gestión de los derechos a nivel nacional” (art. 1.5º, DOH)⁷⁶. No hay orfandad sin una búsqueda infructuosa desarrollada de forma “diligente y de buena fe”. Podríamos hablar de buena fe objetiva y subjetiva. Sin ella, el uso de la obra será constitutivo de infracción, como recuerda el Cdo. 19, DOH: “Si una obra o un fonograma han sido considerados erróneamente obras huérfanas, a raíz de una búsqueda no diligente, se pueden utilizar las vías de recurso existentes en las legislaciones de los Estados miembros contra las infracciones [...]”.

76. Para evitar la incertidumbre y los litigios, la Directiva se ha esforzado en perfilar la noción de búsqueda diligente en torno a tres puntos: A cargo de

⁷⁶ Los países nórdicos tuvieron mucho interés en que la Directiva no afectara a su sistema de licencias colectivas ampliadas, a los que hay una expresa referencia en el Cdo. 24, DOH: “La presente Directiva no afecta a las disposiciones que existen en los Estados miembros en materia de gestión de derechos, como las licencias colectivas ampliadas, las presunciones legales de representación o transmisión, la gestión colectiva o disposiciones similares, o combinaciones de estos elementos, también para la digitalización a gran escala”. Esa misma preocupación explica el párr. 4º del art. 10, DOH (*Cláusula de reexamen*): “Si un Estado miembro tiene razones válidas para considerar que la aplicación de la presente Directiva impide la aplicación de alguna disposición nacional relativa a la gestión de los derechos a que se refiere el artículo 1, apartado 5, podrá poner el asunto en conocimiento de la Comisión, junto con todas las pruebas pertinentes. La Comisión tendrá en cuenta tales pruebas a la hora de elaborar el informe mencionado en el párrafo segundo del presente artículo y de evaluar si es necesario presentar propuestas para la modificación de la presente Directiva”.

quién corre la misma; *cuándo* debe llevarse a cabo; y, finalmente, *dónde*. Como es lógico, la carga de la búsqueda recae sobre quien pretenda beneficiarse del límite, es decir las instituciones mencionadas en el art. 1.1º, DOH (bibliotecas, centros de enseñanza, museos, archivos, organismos de conservación del patrimonio cinematográfico o sonoro y organismos públicos de radiodifusión). El art. 3.1º, DOH, sin embargo, no exige que las instituciones mencionadas actúen directamente. Lo que se les exige es que “velen” a fin de que la búsqueda diligente se lleve a cabo; y nada impide el recurso a terceros a este efecto. Como explica el Cdo. 13º, DOH: “Se ha de permitir que los Estados miembros prevean la posibilidad de que las entidades a que se refiere la presente Directiva ‘u otras entidades’ puedan efectuar esa búsqueda diligente. Esas ‘otras entidades’ pueden exigir una retribución por el ‘servicio de búsqueda diligente’” (comillas internas añadidas). Con toda probabilidad, aun sin cerrar el mercado a otros agentes, las “entidades” en las que se piensa son las sociedades de gestión colectiva, sin duda las mejor situadas y las más adecuadas para prestar el servicio de búsqueda. En cualquier caso, la externalización de la tarea no libera al beneficiario de la condición de infractor si, al fin, resulta que la búsqueda no ha sido diligente; sin perjuicio de eventuales acciones de repetición o reembolso contra el prestador del servicio⁷⁷.

77. La cuestión del *cuándo* de la búsqueda diligente no requiere grandes explicaciones. El art. 3.1 *in fine* DOH exige de forma expresa que se desarrolle “*con carácter previo al uso de la obra o del fonograma*”. La posterior búsqueda diligente infructuosa no elimina la infracción. El orden de los factores (busca y usar) sí altera el producto. Lo que importa es la posibilidad o no de localización en el momento previo al uso; no después, cuando las circunstancias pueden haber cambiado. Por lo mismo, no puede penalizarse a quien, habiendo usado una obra huérfana tras una búsqueda diligente, mantiene las pesquisas y, al fin, logra localizar al titular. Es claro que la posterior aparición de éste no puede considerarse, por sí sola, como una prueba de la falta de diligencia en la búsqueda. En relación con esta problemática, quizá el caso más discutible sea aquel en el que, ante una acción de infracción por parte de un titular aparecido, el demandado aduzca con razones sólidas que, aun habiendo buscado con la mayor diligencia, la identificación y localización habrían resultado imposibles. Ciertamente, la letra de la Directiva es clara y, de acuerdo con el principio de “elevada protección” de la propiedad intelectual, *castiga* la inobservancia del requisito de búsqueda previa. Pero acaso no sea descartable que, en algún caso muy particular, pueda llegarse a otra solución.

⁷⁷ El servicio de búsqueda se prestará en el marco de un acuerdo voluntario, en el que las partes no dejarán de pactar sobre las eventuales responsabilidades en caso de aparición de los titulares. Es lógico suponer que la simple aparición carecerá de consecuencias para el prestador del servicio. En cambio, probablemente se le podrán exigir responsabilidades si ha actuado de forma negligente, incumpliendo sus obligaciones. Habrá que ver cuál es el contenido exacto y, en su caso, validez de las previsibles cláusulas de exoneración de responsabilidad.

78. Lo más delicado es el *dónde* de la búsqueda. Téngase en cuenta que la diligencia es siempre un dato subjetivo. No se trata de que algo —en este caso el titular o titulares— sea objetivamente ilocalizable sino de que alguien —quien busca— ha fracasado en el intento. Lo que para unos es ilocalizable puede no serlo para otros. Ante esta realidad se impone reducir los márgenes de subjetivismo. A ello se aplica la Directiva, imponiendo unos estándares, cuya aplicación, por otra parte, viene facilitada por la naturaleza de las instituciones beneficiarias del límite. Son dos los parámetros a valorar. Uno se refiere a las fuentes a consultar. El segundo, al que no obstante me referiré en primer lugar, es de carácter territorial.

79. Es llano que para una institución española puede ser más o menos fácil localizar a los titulares de un libro publicado en España y, en cambio, bastante más complicado hacer lo propio con un libro publicado en el extranjero. Esta es una de las razones, junto a la deferencia internacional, por las que la Directiva sólo se aplica a obras o fonogramas publicados o radiodifundidos por primera vez en un Estado miembro o, como ya se ha explicado, a obras o fonogramas que, no habiendo sido nunca publicados o radiodifundidos, hayan sido puestos a disposición del público, con el consentimiento del titular, por parte de las instituciones beneficiarias (art. 1.3º, DOH). Los libros publicados por primera vez en la Argentina, Japón o los Estados Unidos, por ejemplo, quedarán fuera del ámbito de la Directiva. Ahora bien, incluso dentro de ese ámbito, se ha tenido en cuenta un principio de facilidad indagatoria, directamente relacionado con la proximidad. Las instituciones españolas son las mejor situadas para lidiar con la búsqueda de los titulares de libros publicados en España. Por ello, y para evitar duplicar esfuerzos (Cdo. 15, DOH), el art. 3.3º, párr. 1º, DOH dispone que: “Se efectuará una búsqueda diligente en el territorio del Estado miembro de primera publicación o, a falta de publicación, de primera radiodifusión”. Este criterio incluye las obras o prestaciones insertadas o incorporadas que, a estos efectos, se sujetan a la regla que rige para las obras que las incluyen o acogen⁷⁸.

80. Por razones comprensibles, se añade una excepción para las obras cinematográficas o audiovisuales cuyo productor tenga su “sede o residencia habitual” en un Estado miembro, en cuyo caso será este donde deberá llevarse a cabo la búsqueda diligente (art. 3.3º, párr. 1º, *in fine*, DOH)⁷⁹. También hay norma *ad hoc* para las obras o fonogramas no publicados ni radiodifundidos a los que se refiere el art. 1.3 DOH. En este caso, “la búsqueda diligente deberá efectuarse en el que esté establecida la entidad que haya puesto la obra o el

⁷⁸ Como se explica en el Cdo. 15, DOH: “Las búsquedas diligentes de los titulares de derechos de obras y otras prestaciones protegidas que estén insertadas o incorporadas en otra obra o en un fonograma deben efectuarse en el Estado miembro en el que se realice la búsqueda diligente de la obra o el fonograma que contenga de manera insertada o incorporada la otra obra o prestación protegida”.

⁷⁹ Si hay coproducción y los productores están establecidos en diferentes Estados miembros, la búsqueda deberá efectuarse en cada uno de ellos (Cdo. 15, DOH).

fonograma a disposición del público con el consentimiento del titular de derechos” (art. 3.3º, párr. 2º, DOH).

81. La restricción territorial al Estado miembro al que remiten los puntos de conexión indicados no exime, sin embargo, de llevar la búsqueda más allá de sus fronteras —y de la propia Unión Europea— “si existen pruebas que sugieran que en otros países existe información pertinente sobre los titulares de derechos”, en cuyo caso “deberá efectuarse asimismo una consulta en las fuentes de información disponibles en esos países” (art. 3.4º, DOH). Teniendo en cuenta que entre las fuentes de información adecuadas (v. *infra*) se incluyen algunas bases de datos disponibles en Internet (como VIAF y ARROW⁸⁰) no será difícil que se produzca esa situación.

82. Como queda dicho, la diligencia de la búsqueda no sólo se define conforme a un parámetro territorial. También se hace en función de las fuentes. El art. 3.1º, DOH exige que se consulten las *adecuadas* para la categoría de obra o prestación de que se trate. Cuáles sean esas fuentes se remite a los Estados miembros, que las establecerán mediante consulta con los titulares de derechos y los usuarios (art. 3.2º, DOH). Los Estados podrán asimismo hacer referencia a las directrices acordadas en el Grupo de trabajo de alto nivel sobre bibliotecas digitales en el marco de la *Iniciativa i2010* (Cdo. 14, DOH)⁸¹. La Directiva, no obstante, fija un mínimo en el que se detallan las fuentes que, en todo caso, deberán ser consultadas para que la búsqueda merezca la consideración de diligente (v. el Anexo de la DOH). Como cabe suponer, el listado incluye el depósito legal, las asociaciones profesionales, las entidades de gestión colectiva, el ISSN y muchas otras razonables fuentes de información, en función de las diferentes categorías de obras huérfanas (cuatro en concreto: libros; periódicos y revistas; obras plásticas contenidas en libros y revistas; y obras audiovisuales y fonogramas).

83. Nada indica si las fuentes establecidas (el mínimo europeo y, en su caso, las que se puedan añadir a nivel nacional) agotan la diligencia exigible. Lo más razonable es entender que sí, aunque sin cerrar la puerta a que, invirtiendo la carga de la prueba, el titular aparecido pueda demostrar que, pese a todo, hubo negligencia o mala fe por parte del usuario. No creo que nadie acepte que pueda beneficiarse del límite de orfandad quien, por ejemplo, consulté las fuentes exigibles haciendo caso omiso de otra información que, aun ajena a ellas, le consta por la razón que sea.

⁸⁰ VIAF, “Fichero de Autoridades Virtual Internacional” (<http://viaf.org/>). ARROW, “Accessible Registries of Rights Information and Orphan Works” (www.arrow-net.eu/).

⁸¹ *Final Report on Digital Preservation, Orphan Works, and Out-of-Print Works*, ps. 14 y ss. Disponible en http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/doc/hleg/reports/copyright/copyright_subgroup_final_report_26508-clean171.pdf.

3. Prueba de la búsqueda diligente y difusión de la información obtenida

84. Asimismo para reducir la inseguridad jurídica, el art. 3.5, DOH dispone que los Estados “velarán por que las entidades mencionadas en el art. 1º, apart. 1º [es decir, los sujetos beneficiarios del límite de orfandad] mantengan registros de sus búsquedas diligentes”. Con ello se busca facilitar la prueba de la exigencia legal en eventuales conflictos entre los usuarios y los titulares de obras huérfanas. Como explica el Cdo. 15, *in fine*, DOH: “Las búsquedas diligentes pueden generar varios tipos de información, como un expediente de búsqueda y el resultado de la búsqueda. El expediente de búsqueda se debe mantener en un archivo a fin de que las entidades pertinentes puedan demostrar que la búsqueda fue diligente”.

85. Pero no se trata sólo de facilitar la solución del conflicto concreto ya suscitado sino, también, de dar visibilidad a la información obtenida; en particular, en interés de los titulares. A este objeto, se contemplan dos medidas. En primer lugar, las instituciones beneficiarias del límite deberán proporcionar una serie de informaciones a las autoridades nacionales competentes. Concretamente: “a) Los resultados de las búsquedas diligentes que dichas entidades hayan efectuado y que hayan llevado a la conclusión de que una obra o un fonograma debe considerarse obra huérfana; b) el uso que las entidades hacen de las obras huérfanas de conformidad con la presente Directiva; c) cualquier cambio, de conformidad con el art. 5º, en la condición de obra huérfana de las obras y los fonogramas que utilicen las entidades; d) la información de contacto pertinente de la entidad en cuestión” (art. 3.5º, DOH).

86. La segunda medida busca la puesta en común y divulgación de toda la información de manera organizada. Para ello se encomienda a la *Oficina de Armonización del Mercado Interior* (OAMI) la creación y gestión de “una base de datos en línea única y accesible al público”⁸². Dicha base de datos se nutrirá de la información obtenida por las autoridades nacionales, que deben remitirla a la Oficina *sin demora* (art. 3.6º, DOH). Con esta base de datos se espera evitar la duplicación de esfuerzos y facilitar las búsquedas. También prevenir y erradicar posibles infracciones “en particular en el caso de cambios en la condición de obras huérfanas de las obras y de los fonogramas” (Cdo. 16, DOH).

4. Reconocimiento mutuo de la orfandad

87. El régimen de la situación de orfandad se cierra con una pieza básica teniendo en cuenta el deseo de facilitar la creación de bibliotecas digitales europeas: El reconocimiento mutuo de la condición de obra huérfana entre los diferentes Estados miembros. “Toda obra o todo fonograma que se consideren obras huérfanas en un Estado miembro, conforme al art. 2º, se considerarán

⁸² Información disponible en la página de la OAMI: <http://oami.europa.eu/ows/rw/pages/index.es.do>.

obras huérfanas en todos los Estados miembros” (art. 4º, DOH). Parafraseando la terminología y solución acuñadas para el agotamiento del derecho de distribución, puede decirse que el límite de orfandad es regional (en y para la Unión Europea). No nacional ni mundial. La obra huérfana en un país miembro, es huérfana en todos. En consecuencia: “Se permitirá el uso de tales obras o fonogramas y el acceso a ellos de conformidad con la presente Directiva en todos los Estados miembros. Lo mismo se aplicará también a las obras y los fonogramas a los que se hace referencia en el art. 2º, apart. 2º [pluralidad de titulares], en lo que concierne a los derechos de los titulares no identificados o no localizados” (art. 4º, DOH). Tan solo conviene aclarar, para evitar malentendidos acerca de la *orfandad europea*, que el art. 4º, DOH no pretende extender el límite a beneficiarios diferentes de los contemplados en el art. 1.1º, DOH. Se trata de que las bibliotecas, museos etc., que tengan una obra huérfana en su colección pueda dar acceso a ella, a través de las redes digitales, a todos los ciudadanos e instituciones en territorio europeo. No de que cualquiera de éstos pueda hacer luego otro tanto y, aun menos, disponer de ella libremente para cualquier fin.

5. Alcance del límite

88. Los límites, como es bien sabido, se definen en función de sus beneficiarios y también, cómo no, de los actos permitidos y de su eventual gratuidad. Veamos qué dispone la Directiva en relación con las dos cuestiones:

1. Actos permitidos

89. El título de la Directiva no engaña. Se prevén sólo “ciertos usos” de las obras huérfanas: los justificados por la “misión de interés público” de las instituciones beneficiarias. No olvidemos que, al final, se ha optado por abordar la problemática de las obras huérfanas mediante el establecimiento de un límite y que, por tanto, es obligado respetar la regla de los tres pasos o criterios, empezando por el primero: *casos concretos o especiales*. Conforme al art. 6.1º, DOH, los Estados deben prever excepciones o límites para que los beneficiarios puedan llevar a cabo dos tipos de actos que afectan a los derechos de reproducción (art. 2º, DASI) y comunicación al público en la concreta modalidad de puesta a disposición del público (art. 3º y 3.1º y 2º, DASI).

90. En primer lugar (invirtiendo el orden en que los menciona la Directiva), los beneficiarios podrán reproducir total o parcialmente las obras huérfanas “a efectos de digitalización, puesta a disposición del público, indexación, catalogación, conservación o restauración” [art. 6.1,b), DOH]. Cabe observar que la posibilidad de reproducir obras y prestaciones al amparo del límite de orfandad puede superponerse con la que conceden otros límites contemplados en la Directiva de la sociedad de la información (DASI). Es el caso del art. 5.2,c) DASI que permite, a los mismos sujetos (*cf*: Cdo. 20, DOH), llevar a cabo “actos

específicos de reproducción [...] que no tengan intención de obtener un beneficio económico o comercial directo o indirecto”. También, en menor medida, del límite del art. 5.2,d) DASI, que autoriza a las entidades de radiodifusión la reproducción, con fines de conservación, de las grabaciones efímeras realizadas por sus propios medios y para sus propias emisiones. Teóricamente sería posible que la indicada superposición no se produzca pues los límites previstos en la DASI, a diferencia del de orfandad, tienen carácter facultativo. Pero, en la práctica, son muchos los Estados que los han incluido en sus leyes de una u otra forma y, en tal caso, sí puede haber superposición. Ahora bien, como ya ha habido ocasión de indicar, el límite de orfandad “se entiende sin perjuicio de las excepciones o límites previstos en el art. 5º de la Directiva 2001/29/CE [DASI]”. Por tanto, en caso de superposición o concurrencia, prevalecerán estos últimos. Las bibliotecas, por ejemplo, podrán digitalizar obras de titulares ilocalizables a efectos de conservación sin necesidad de una búsqueda diligente previa.

91. En segundo lugar, el art. 6.1.a), DOH permite a los beneficiarios del límite de orfandad la “puesta a disposición del público de la obra huérfana, conforme al art. 3º de la Directiva 2001/29/CE [DASI]”. En este caso, “puesta a disposición del público” tiene un sentido diferente, más preciso, que en otros preceptos (cfr. art. 1.3, DOH). Aquí se trata, específicamente, de la posibilidad de poner a disposición del público obras o prestaciones (arts. 3º y 3.1, DASI) “de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija”⁸³. Se trata de lo que se conoce como “puesta a disposición interactiva” y es la forma de comunicación al público por excelencia en la sociedad de la información. Cabe señalar que también en relación con este acto puede darse la situación de superposición o concurrencia con otros límites. En concreto con los previstos en el art. 5.3.a), DASI (ilustración de la enseñanza) y 5.3.n), DASI (puesta a disposición a efectos de investigación o estudio personal, mediante terminales especializados instalados en los propios locales de las instituciones de que se trata). La Directiva de obras huérfanas permite ir mucho más allá que estos dos límites. Pero, en la medida en que concurren, prevalecerán las reglas de éstos, cosa que puede proporcionar a sus beneficiarios una segunda, aunque limitada, línea defensiva si, en un eventual conflicto, cayera la primera (por ejemplo porque no ha habido búsqueda diligente).

92. El alcance del límite de orfandad se perfila insistiendo en su justificación. Como subraya el art. 6.2º, DOH, los beneficiarios podrán llevar a cabo los actos permitidos “únicamente a fines del ejercicio de su misión de interés público, en particular la conservación y restauración de las obras y los fonogramas que figuren en su colección, y la facilitación del acceso a los mismos

⁸³ En las versiones inglesa y francesa de la Directiva se distingue con claridad entre *made publicly accessible* o *rendus publiquement accessibles* (art. 1.3 DOH) y, de otro lado, *making available to the public* o *rendus publiquement accessibles* (art. 6.1, DOH).

con fines culturales y educativos”⁸⁴. Queda excluida cualquier otra finalidad. En particular no se contempla la realización de actividades con ánimo de lucro; aunque se admite la posibilidad de “obtener ingresos en el transcurso [de los usos permitidos], a los efectos exclusivos de cubrir los costes derivados de la digitalización de las obras huérfanas y de su puesta a disposición del público” (art. 6.2, DOH)⁸⁵.

93. La Directiva ha dado un portazo a cualquier pretensión de uso comercial de las obras huérfanas y, en particular, a su explotación por parte de lo que, *grosso modo*, podemos llamar sector privado⁸⁶. Lo único que se contempla es la posibilidad de que la obtención de ingresos se haga “también en el contexto de acuerdos de asociación público-privada” (Cdo. 21, DOH)⁸⁷. Los “acuerdos con socios comerciales” pueden “prever aportaciones financieras” y “ser útiles para promover la digitalización del patrimonio cultural europeo”. Sin embargo rápidamente se les cortan las alas al añadirse que “tales acuerdos no deben imponer restricción alguna a los beneficiarios de la presente Directiva en cuanto al uso por su parte de las obras huérfanas, y no se debe conceder al socio comercial ningún derecho a utilizar o controlar el uso de las obras huérfanas” (Cdo. 22, DOH). No hay que descartar posibles “socios comerciales” que se contenten con obtener réditos indirectos, por ejemplo por vía publicitaria. Pero parece improbable. En cualquier caso, lo que no impide la Directiva es la colaboración con entidades privadas sin ánimo de lucro, como las fundaciones o asociaciones.

2. Gratuidad eventual

94. Los beneficiarios del límite de orfandad no deben hacer ningún pago o depósito previos, a diferencia de lo que, por ejemplo, sucede con los modelo

⁸⁴ Hay que entender que la restauración debe entenderse aquí en sentido estricto, excluyendo cualquier actividad transformativa. Cuestión aparte es la relativa al reconocimiento o no de derechos de autor a quien lleva a cabo una restauración, como ha sucedido en los conocidos casos *De Lalande* y *Manuscritos del Mar Muerto* (v. una reseña en TORREMANS, Paul, “Legal issues pertaining to the restoration and reconstitution of manuscripts, sheet music, paintings and films for marketing purposes”, en TORREMANS, P. [ed.], *Copyright Law. A Handbook of Contemporary Research*, EE, 2007, pp. 28 y ss)

⁸⁵ La obtención de ingresos para sufragar costes no es algo nuevo. También se contempla, en relación con el préstamo, en la Directiva 2006/115/CE sobre derechos de alquiler y préstamo y derechos afines (*cf.* su Cdo. 11)

⁸⁶ *Grosso modo* porque nada impide que los centros de enseñanza, museos o archivos beneficiarios del límite de orfandad puedan ser de titularidad privada, sin perjuicio de desempeñar una “misión de interés público”.

⁸⁷ Resuena aquí el eco de los acuerdos alcanzados por *Google* con diferentes bibliotecas públicas, en los que la empresa asumía los costes de digitalización de los fondos a cambio de disponer de ellos para su propio proyecto *Google Libros*. El acuerdo resultaba beneficioso para ambas partes. Para las bibliotecas, en particular, suponía ver culminado en poco tiempo un sueño que, con dinero público, en el mejor de los casos, habría tardado muchos años en realizarse. Todos ganaban, salvo, claro está, los autores y en general titulares cuyas obras se digitalizaban sin consultarles ni pedirles permiso.

canadiense o nórdico. No obstante, como se verá, deberán hacerlo si los titulares de derechos llegan a aparecer y reclaman ser compensados.

3. Respeto al derecho moral

95. Una típica condición *sine qua non* de los límites a la propiedad intelectual es el respeto al derecho moral de los autores y, en su caso, de los artistas, cosa que a menudo se relaciona con el tercero de los criterios de la prueba de los tres pasos (no dañar injustificadamente los intereses legítimos del titular). Esta exigencia ha de acomodarse a las circunstancias de cada límite⁸⁸. Pero los derechos morales deben ser respetados en la mayor medida posible. En el caso de las obras huérfanas no parece especialmente amenazado el derecho a la integridad⁸⁹. Sí lo están en cambio los derechos de divulgación y de atribución. La Directiva, no obstante, se ocupa de evitar el problema.

96. En cuanto al primero de los derechos morales indicados, se parte de la premisa de que las obras huérfanas son obras divulgadas. Recuérdese que debe tratarse de obras o fonogramas publicados o radiodifundidos o “que hayan sido puestos a disposición del público con el consentimiento de los titulares de derechos” (art. 1.3 DOH). En lo que se refiere al segundo, el art. 6.3 DOH impone a los Estados el deber de velar por que los beneficiarios del límite “indiquen el nombre de los autores y otros titulares de derechos identificados”. Esta previsión constituye una medida de salvaguarda del derecho de atribución o paternidad de los autores y también, allí donde exista, de los artistas intérpretes o ejecutantes (v. por ejemplo art. 113, LPI española)⁹⁰. Pero su alcance no se limita al derecho moral sino que alcanza también a los titulares de derechos económicos; cosa lógica pues, como venimos reiterando, el problema de las obras huérfanas no es a la postre sino un problema de localización. Si se sabe quiénes son los titulares hay que decirlo. Es más, la buena fe exige proclamarlo para facilitarles el conocimiento de los hechos.

6. Fin de la orfandad: Compensación y cesación

97. La orfandad es una situación provisional, aunque de duración indefinida. Cabe que la obra llegue huérfana al dominio público. Pero también cabe que

⁸⁸ Basta pensar en el límite sobre procedimientos administrativos o judiciales, en el que se prescinde nada menos que del derecho de divulgación. Lo mismo sucede con otros límites, como la cita o la parodia, en los que se ve afectado el derecho a la integridad.

⁸⁹ Es cierto que al amparo del límite cabe la reproducción parcial (art. 2º, DASI), pero no hay que olvidar que el daño a la integridad exige que la modificación o atentado causen perjuicio al honor o reputación del autor (art. 6 bis Convenio de Berna).

⁹⁰ Esta incursión en el derecho moral es una excepción en el planteamiento habitual de las Directivas. Como efecto de las diferentes sensibilidades de las tradiciones del *Copyright* y el *Derecho de autor*, las Directivas europeas suelen dejar expresamente al margen de la armonización la cuestión de los derechos morales.

sus titulares aparezcan con anterioridad. Este es uno de los puntos calientes de la problemática de las obras huérfanas. La Directiva sienta al respecto un principio claro, conforme al cual los titulares tendrán, “en todo momento”, la posibilidad de “poner fin” a la orfandad “en lo que se refiere a sus derechos” (art. 5º, DOH). La regla funciona con independencia para cada uno de los titulares y, como es lógico, también se aplica cuando sólo algunos de ellos no están identificados ni localizados (art. 2.4º, DOH). La Directiva, sin embargo, no menciona cómo debe materializarse el fin de la orfandad. El art. 5 DOH parece referirse a una facultad de los titulares y el Cdo. 18 DOH habla de “que reclamen sus derechos”. No hay duda de que cualquier requerimiento por su parte pondrá fin a la situación. Pero no es seguro que deba tratarse de una reclamación en sentido estricto y menos aún que deba tener carácter judicial. Debería ser suficiente que el titular ponga, sin más, su existencia en conocimiento del beneficiario que hace uso de la obra huérfana.

98. Ahora bien, nada se dice de la posibilidad de que el beneficiario llegue a conocer la realidad por otros medios. ¿Pierde la obra la condición de huérfana en tal caso o, por el contrario, ello sólo sucede cuando el titular actúa para “poner fin” a la situación?... La pregunta recuerda el viejo debate sobre la mala fe sobrevenida. ¿*Mala fides superveniens nocet*? En mi opinión, la respuesta debe ser afirmativa. La buena fe ha de mantenerse durante todo el tiempo que dura el uso. Solo eso es compatible con el alto nivel de protección que la Directiva proclama. La cuestión, desde luego, no es irrelevante. Concluir que la pérdida de la condición de huérfana de la obra es inmediata supone aceptar que, a partir de ese mismo momento, se está cometiendo una infracción y, por tanto, que desde entonces deben aplicarse las reglas correspondientes y no las del límite de orfandad. A favor de la solución que propongo cabría invocar el Cdo. 19, DOH en el que se califica como infracción el uso realizado a partir de una búsqueda no diligente. También el hecho de que la base de datos unificada a cargo de la OAMI tiene por objeto, entre otras cosas, dar a conocer los cambios que puedan producirse en la situación de las obras huérfanas (art. 3.6 y Cdo. 16, DOH). La Directiva no exige que el beneficiario se aplique a una constante tarea de verificación cuando, tras la búsqueda diligente, ya ha emprendido el uso autorizado. Pero una cosa es dejar de buscar y otra muy diferente cerrar los ojos a la realidad.

99. Aunque, como hemos visto, la Directiva no regula de forma general el cese de la situación de orfandad, sí se ocupa de lo que sucede cuando los titulares le ponen fin. A este efecto, les reconoce el derecho a “una compensación equitativa” por el uso que los beneficiarios del límite “hayan hecho” de la obra o fonograma. Por lo pronto, parece claro que no se trata de la remuneración que habrían podido exigir. “Compensar” no es lo mismo que “remunerar”. Aparte de ello, el margen de maniobra que se deja a los Estados es muy grande. Probablemente demasiado. Según el art. 6.5, DOH: “Los Estados miembros determinarán libremente las circunstancias con arreglo a las cuales se puede

disponer el pago de dicha compensación. La cuantía de la compensación será determinada, dentro de los límites impuestos por el Derecho de la Unión, por la legislación del Estado miembro en el que esté establecida la entidad que utilice la obra huérfana en cuestión”. Es de temer que esta disposición dé lugar a diferencias considerables dentro de la Unión Europea. Tampoco es descartable que, a la postre, deba intervenir el Tribunal de Justicia, como ha hecho en otras ocasiones, para precisar qué debe entenderse por “compensación equitativa”

100. El Cdo. 18, DOH añade algunas explicaciones sobre la compensación prevista en el art. 6.5, DOH. Una de ellas de gran importancia. Se dice que, entre las circunstancias “con arreglo a las cuales se puede disponer el pago”, se encuentra “la fecha del vencimiento”. Los Estados podrán establecer así un plazo de prescripción diferente para la acción dirigida a reclamar la compensación, cosa que, probablemente, no es muy deseable. También se dan, en el mismo Cdo. 18, DOH, algunas indicaciones sobre la determinación de la cuantía: “Deben tenerse debidamente en cuenta, entre otras cosas, los objetivos de los Estados miembros en materia de promoción cultural, la naturaleza no comercial de la utilización realizada por las entidades en cuestión con el fin de alcanzar objetivos relacionados con su misión de interés público, como el fomento y difusión de la cultura, así como el posible daño de los titulares de derechos”. No parece contemplarse, o es muy discutible, la posibilidad de que no haya compensación alguna. Pero todo depende de cómo se interprete el art. 5.5º, DOH. ¿Deja a criterio de los Estados sólo el *cómo* o también el *sí o no* de la compensación? Entra dentro de lo posible que se entienda aplicable al límite de orfandad el mismo criterio recogido en el Cdo. 35 *in fine*, DASI, según el cual: “Determinadas situaciones en las que el perjuicio causado al titular del derecho [por la utilización al amparo de un límite] hay sido mínimo no pueden dar origen a una obligación de pago”.

101. Entre las cuestiones sobre las que la Directiva no se pronuncia de forma expresa se incluye la capital cuestión de las acciones de cesación. No obstante, debe entenderse que el titular aparecido ostenta, en efecto, la facultad de prohibir el uso. Cuando la obra huérfana pierde su condición de tal, el límite deja de estar operativo y el titular podrá ejercer en toda su plenitud los derechos que ostenta. Nótese que se compensa el uso que los beneficiarios “hayan hecho” en el pasado (art. 6.5º, DOH). No se prevé compensación alguna para dar continuidad al uso en el futuro, con la salvedad de lo que pueda acordarse con los titulares de los derechos afectados. Esta solución no resulta traumática pues, como sabemos, en la Directiva, a diferencia de lo que sucede con otros modelos, el límite de orfandad no contempla la posibilidad de crear obras derivadas.

102. No obstante, hay que recordar que aunque el titular “ponga fin” a la orfandad, su eventual pretensión de cese no podrá impedir la puesta a disposición limitada del art. 5.3.d) DASI ni, en particular, la reproducción del art. 5.2.c), DASI. Quienes hayan digitalizado obras y fonogramas al amparo del límite de orfandad se verán forzados a restringir la puesta a disposición inte-

ractiva. Pero no tendrán que eliminar de sus bases de datos las obras y prestaciones de que se trata. A este propósito, y aunque ya quepa una interpretación en tal sentido, no estaría de más que el legislador español mencionase de forma expresa, entre los “actos específicos de reproducción” permitidos por el art. 5.2.c), DASI, aquellos que se orientan a satisfacer los fines mencionados en el art. 6.1.b), DOH. De este modo, el art. 37.1, TRLPI, en vez de limitarse a hablar de reproducción “exclusivamente para fines de investigación o conservación”, pasaría a aludir a “investigación, puesta a disposición del público [a los efectos del art. 37.3 TRLPI, equivalente al art. 5.3.d), DASI], indexación, catalogación, conservación o restauración”.

7. Implementación de la Directiva por los Estados. Primeros movimientos

103. Como cierre de este ya excesivamente largo artículo cabe dar cuenta de las informaciones disponibles acerca de la implementación de la Directiva por parte de los Estados miembros. Hasta la fecha, en lo que me consta, sólo existen algunos documentos. Cabe mencionar un proyecto de ley en Alemania⁹¹ y un documento de trabajo en Austria⁹². En España aborda la cuestión, entre muchas otras, un Anteproyecto de Ley de modificación del TRLPI (AP) aprobado provisionalmente por el Gobierno en abril de 2013 y que todavía está en la fase de elaboración previa a su presentación como proyecto de ley en las Cortes o Parlamento. En el momento de redactar estas líneas el Anteproyecto ha incorporado ya la regulación de las obras huérfanas⁹³. Salvo inadvertencia por mi parte, la nueva versión, datada a principios del mes de julio de 2013, no está disponible en red, aunque ha circulado con fluidez entre los interesados⁹⁴. Se trata de un

⁹¹ “Ley relativa al uso de obras huérfanas y obras descatalogadas (*verwaister und vergriffener Werke*) y otras modificaciones de la Ley de Derecho de Autor”. El texto está disponible, en alemán, en la página del Ministerio Federal de Justicia: www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/RegE_Gesetzes_zu_Nutzung_verwaister_Werke_und_zu_weiteren_Aenderungen_des_Urheberrechtsgesetzes_und_des_Urheberrechtswahrnehmungsgesetzes.pdf;jsessionid=79D1F78341879AB7AAC36FEE5AA908D3.1_cid334?__blob=publicationFile.

⁹² En este caso la información es de una fuente privada y, por tanto, debe tomarse con todas las reservas del caso. El documento, sin fecha ni sello oficial, se recoge en la página de “Netzpolitik”, una entidad que se ocupa de los derechos civiles en la sociedad de la información. Está disponible en la dirección <https://netzpolitik.org/wp-upload/UrhNov-Arbeitspapier.pdf>.

⁹³ El Anteproyecto, de mucho calado, se ocupaba inicialmente de las siguientes cuestiones: 1) Algunos límites ya existentes (la copia privada y su compensación y el límite educativo; 2) el sistema de gestión colectiva (que modifica de forma muy sustancial; 3) la lucha contra infracciones en las redes digitales; y 4) la incorporación de Directivas (inicialmente sólo la Directiva 201/77/UE, de modificación de la Directiva 2006/116/CE en lo que se refiere al plazo de protección de los fonogramas). A este último bloque se ha añadido la Directiva sobre obras huérfanas.

⁹⁴ En la página del Ministerio de Educación Cultura y Deporte sigue estando disponible, en cambio, la versión inicial (de abril de 2013), que no trata de las obras huérfanas. V: www.mecd.gob.es/servicios-al-ciudadano-mecd/participacion-publica/propiedad-intelectual.html y www.mecd.gob.es/servicios-al-ciudadano-mecd/dms/mecd/servicios-al-ciudadano-mecd/participacion-publica/propiedad-intelectual/propiedad-intelectual-anteproyecto-ley.pdf.

texto provisional muy polémico y, desde luego, sujeto a cambios. Pese a ello, creo que puede resultar de algún interés dar cuenta brevemente de su contenido.

104. La reforma prevista consistiría en añadir al TRLPI un nuevo art. 37 bis (con la rúbrica “Obras huérfanas”) y una nueva Disposición Adicional 6ª, recogiendo, por lo general en términos literales, las disposiciones esenciales de la Directiva (concepto de obra huérfana, ámbito objetivo, sujetos beneficiarios, actos permitidos, requisitos para poder llevarlos a cabo etc.)⁹⁵. Probablemente lo más destacable del proyectado art. 37 bis no sea tanto lo que se regula como aquello que se remite a un futuro reglamento. Son tres las materias afectadas

⁹⁵ “Art. 37 bis. Obras huérfanas:

1. Se considerará obra huérfana a la obra cuyos titulares de derechos no estén identificados o, de estarlo, no están localizados a pesar de haberse efectuado una búsqueda diligente de los mismos.

2. Si existen varios titulares de derechos sobre una misma obra y no todos ellos han sido identificados o, a pesar de haber sido identificados, no han sido localizados tras haber efectuado una búsqueda diligente, la obra se podrá utilizar conforme a la presente ley, sin perjuicio de los derechos de los titulares que hayan sido identificados y localizados

3. Toda utilización de una obra huérfana requerirá la mención de los nombres de los autores y titulares de derechos de propiedad intelectual identificados, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 14. 2º.

Los titulares de derechos de propiedad intelectual de una obra podrán, en cualquier momento, solicitar el fin de su condición de huérfana en lo que se refiere a sus derechos, mediante el procedimiento que reglamentariamente se determine.

4. Los centros educativos, museos, bibliotecas y hemerotecas accesibles al público, así como los organismos públicos de radiodifusión, archivos, fonotecas y filmotecas podrán reproducir, a efectos de digitalización, puesta a disposición del público, indexación, catalogación, conservación o restauración, y poner a disposición del público, en la forma establecida en el art. 20.2.i), las obras huérfanas, siempre que tales actos se lleven a cabo sin ánimo de lucro y con el fin de alcanzar objetivos relacionados con su misión de interés público, en particular la conservación y restauración de las obras que figuren en su colección y la facilitación del acceso a la misma con fines culturales y educativos.

Las entidades citadas podrán utilizar las siguientes obras huérfanas conforme a lo dispuesto en el párrafo anterior, siempre que hayan sido publicadas por primera vez o, a falta de publicación, hayan sido radiodifundidas por primera vez en un Estado miembro de la Unión Europea:

a) Obras cinematográficas o audiovisuales, fonogramas y obras publicadas en forma de libros, periódicos, revistas u otro material impreso que figuren en las colecciones de centros educativos, museos, bibliotecas y hemerotecas accesibles al público, así como de archivos, fonotecas y filmotecas.

b) Obras cinematográficas o audiovisuales y fonogramas producidos por organismos públicos de radiodifusión hasta el 31 de diciembre de 2002 inclusive, y que figuren en sus archivos.

El Gobierno podrá modificar por vía reglamentaria lo establecido en este apartado

5. La utilización de una obra huérfana podrá llevarse a cabo previa búsqueda diligente y de buena fe de los titulares de los derechos de propiedad intelectual de la misma, conforme a los términos y condiciones que reglamentariamente se determinen, sin perjuicio del derecho de los titulares que pongan fin a su condición de obra huérfana a percibir una compensación equitativa por dicha utilización”.

“Disposición Adicional sexta:

Las obras consideradas huérfanas conforme a la legislación de otro Estado miembro de la Unión Europea, dictada en transposición de lo dispuesto en la Directiva 2012/28/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25/10/2012, sobre ciertos usos autorizados de las obras huérfanas, tendrán asimismo reconocida dicha naturaleza en España a los efectos de lo dispuesto en el art. 37 bis”.

por tal remisión. En primer lugar, la forma en que los titulares de derechos podrán poner fin a la condición de huérfanas de las obras y fonogramas de que se trata, cosa que deberán hacer “mediante el procedimiento que reglamentariamente se determine” (art. 37 bis 3, II AP). En segundo lugar, el Gobierno podrá “modificar por vía reglamentaria” cuanto se establece en el apart. 4º (art. 37.4 AP). En tercer y último lugar también se remiten a reglamento los términos y condiciones para poder entender que la búsqueda realizada por los beneficiarios del límite ha sido diligente y de buena fe (art. 37.5º, AP). Es posible que tanta remisión a normas reglamentarias obedezca a las prisas derivadas del cambio de criterio acerca de la oportunidad de ocuparse ya de las obras huérfanas. Pero, cualquiera que sea la razón, no es un planteamiento óptimo⁹⁶. Los beneficiarios del límite, aunque podrán invocarlo de inmediato, cargarán con la incertidumbre derivada de la falta de determinación de los parámetros de diligencia exigible para las búsquedas. Por su parte los titulares parecen ver condicionado su derecho a poner fin a la orfandad a un futuro desarrollo reglamentario, lo que no se compadece con los tajantes términos de la Directiva en relación con esta facultad. Finalmente, el apartado 4 incluye elementos esenciales del límite (entre ellos los actos permitidos) y no parece que deslegalizar estas cuestiones —pues de eso se trata— sea una buena opción normativa. Habrá que esperar para ver cómo evoluciona el Anteproyecto, y en su caso el Proyecto, para ver cuál es el resultado final.

⁹⁶ Se formulan algunas críticas en este mismo sentido en el Informe elaborado por el Consejo General del Poder Judicial. V. www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Consejo_General_del_Poder_Judicial/Actividad_del_CGPJ/Informes/Informe_al_Anteproyecto_de_Ley_de_modificacion_del_Texto_Refundido_de_la_Ley_de_Propiedad_Intelectual_aprobado_por_Real_decreto_Legislativo_1_1996_de_12_de_abril_y_de_la_ley_1_2000_de_7_de_enero_de_Enjuiciamiento_Civil.

LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS SOBRE
LEY APLICABLE Y JURISDICCIÓN COMPETENTE
POR INFRACCIÓN AL DERECHO DE AUTOR
Y CONEXOS EN INTERNET*

Por DELIA LIPSZYC**

*I. LA TERRITORIALIDAD DEL DERECHO DE AUTOR.
EL CONVENIO DE BERNA*

De acuerdo al Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, el derecho de autor existe en forma separada e independiente en cada país. El art. 5.2° dispone “[...] la extensión de la protección así como los medios procesales acordados al autor para la defensa de sus derechos se regirán exclusivamente por la legislación del país en que se reclama la protección”¹.

* El presente trabajo se basa en la versión escrita de la presentación efectuada por la autora como relatora en las vii jornadas Nacionales de Derecho Internacional Privado de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, Sección de Derecho Internacional Privado, celebradas en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 12 y 13 de septiembre de 2008 y publicado en la revista *DeCita. Derecho del comercio internacional*, 10.2009, Asunción, Centro de Estudios de Derecho, Economía y política (CEDEP), 2009, ps. 27-52.

** Profesora consulta de Derecho Internacional Privado y titular de la Cátedra UNESCO de Derecho de Autor y Derechos Conexos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Profesora visitante en las Maestrías en Propiedad Intelectual de las universidades Externado de Colombia, Carlos III de Madrid (España) y Austral (Argentina) y honoraria de las universidades Femenina del Sagrado Corazón (UNIFE) de Lima (Perú) y Católica de Guayaquil). Integrante del Instituto de Derecho Civil y de la Sección de Derecho Internacional Privado del Instituto de Derecho Empresarial de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Presidenta del Instituto Interamericano de Derecho de Autor (IIDA) y de la ALAI-Argentina (grupo nacional de la ALAI). Directora del Instituto de Derecho de las Comunicaciones y Derecho de Autor del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal (Argentina). Sus principales obras son los libros *Derecho de autor y derechos conexos* —escrito por encargo de la Unesco para la enseñanza universitaria del derecho de autor— y editado por UNESCO/CERLALC/Zavalía en 1993 y reimpresso en 2001, 2005 y 2006. Ha sido publicado en francés en 1997, en inglés en 1999, en chino en 2000, en ruso en 2002 y en árabe en 2003. *Nuevos temas de Derecho de autor y derechos conexos* —complementario del anterior— publicado por los mismos coeditores en 2004. *El derecho de autor en la Argentina*, en colaboración con Carlos Alberto Villalba, Buenos Aires, La Ley, 1ª ed. 2001 y 2ª ed. 2009.

¹ En el Acta originaria de Berna de 1886, el goce de los derechos que la ley del lugar donde se reclamaba la protección concedía a sus nacionales estaba subordinado al cumplimiento

El Convenio de Berna es el tratado multilateral más antiguo y, hasta la adopción —el 20 de diciembre de 1996— del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA/WCT)², fue el de mayor nivel de protección internacional en la materia.

Ese nivel de protección se fue plasmando en etapas sucesivas, a través de revisiones periódicas, previstas por el mismo Convenio desde su origen (art. 17 del Acta originaria) y que se sucedieron cada veinte años aproximadamente, la última en París en 1971.

Sin embargo, continúa siendo el instrumento básico de protección del derecho de autor en virtud tanto del número de Estados en cuyos territorios se aplica (167 al 22 de agosto de 2013)³ como porque sus disposiciones sustantivas han sido incorporadas por referencia, primero al AADPIC⁴ (art. 9.1, *salvo el art. 6 bis, relativo a la protección del derecho moral* o derechos de *carácter personal* concernientes a la tutela de la personalidad del autor en relación con su obra⁵) y, luego, al ya mencionado TODA/WCT (art. 1.4⁶).

La aplicación a las obras extranjeras de la ley del país donde se reclama la protección (*lex loci protectionis* —o sistema de la territorialidad—) tiene fundamento pragmático: contribuye a allanar los problemas que origina la explotación internacional de las obras al evitar las dilaciones y dificultades que se derivan de la prueba del derecho del titular de conformidad con la ley extranjera, teniendo en cuenta la fugacidad de la mayor parte de las utilidades de obras en infracción a los derechos de autor. Es el sistema generalmente adoptado por

de las condiciones y formalidades prescriptas por la legislación del país de origen de la obra; asimismo, el tiempo de duración de la protección concedida en el país de origen no podía exceder en los demás (art. 2.2º de dicha acta). En consecuencia, el sistema adoptado en 1886 participaba de los caracteres del sistema de la territorialidad —o de la ley del país de protección (*lex loci protectionis*)— y del sistema de la *lex originis*, pero se acercaba más a este. En la revisión de Berlín —1908— el criterio se revierte en favor de la aplicación de la ley territorial: por un lado se suprime toda condición relativa al cumplimiento de formalidades y, por el otro, se consolida el principio de la *independencia de la protección* al establecer que el goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la ley territorial son independientes de la existencia de la protección en el país de origen de la obra, salvo en lo relativo a la duración.

² WCT es el acrónimo de *WIPO Copyright Treaty* (Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor). Si bien la Conferencia diplomática sólo adoptó las siglas en inglés, el Tratado se firmó en sendos ejemplares originales en español, árabe, chino, francés, inglés y ruso; todos los textos se consideran igualmente auténticos (art. 24), razón por la cual utilizamos indistintamente TODA/WCT.

³ www.wipo.int/export/sites/www/treaties/fr/documents/pdf/berne.pdf.

⁴ Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (AADPIC) de la Organización Mundial del Comercio (OMC).

⁵ AADPIC, art. 9º: “Relación con el Convenio de Berna. 1. Los Miembros observarán los arts. 1º a 21 del Convenio de Berna (1971) y el Apéndice del mismo. No obstante, en virtud del presente Acuerdo ningún Miembro tendrá derechos ni obligaciones respecto de los derechos conferidos por el art. 6º bis de dicho Convenio ni respecto de los derechos que se derivan del mismo”.

⁶ TODA/WCT, art. 1º, “4) Las Partes Contratantes darán cumplimiento a lo dispuesto en los arts. 1º a 21 y en el Anexo del Convenio de Berna”.

las disposiciones de derecho internacional privado de las legislaciones de fuente interna (v. gr. Argentina, Ley 11.723, art. 13). En las convenciones internacionales —el Convenio de Berna (Acta de París, art. 5.1⁷) y la Convención Universal (art. II, juntamente con los puntos de vinculación a la Convención⁸)— se establece el principio del *trato nacional* (o de la *asimilación* del autor extranjero al nacional). Sin embargo, la aplicación a las obras extranjeras de la ley del país donde se reclama la protección (*lex loci protectionis*) suele excluir algunos aspectos, como la duración del derecho cuando es mayor que en el país de origen de la obra (por ejemplo, en el Convenio de Berna art. 7.8⁹, y en la Convención Universal, art. IV.4, a¹⁰) y el *droit de suite* (Convenio de Berna, art. 14 ter.²¹¹) en que la norma de fuente convencional admite que el trato nacional se sujete a condición de reciprocidad.

En cambio, el Tratado sobre Propiedad Literaria y Artística adoptado durante el Iº Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado (1888-1889), si bien por una parte revela una marcada influencia del Acta originaria

⁷ Art. 5º: “1) Los autores gozarán, en lo que concierne a las obras protegidas en virtud del presente Convenio, en los países de la Unión que no sean el país de origen de la obra, de los derechos que las leyes respectivas conceden en la actualidad o concedan en lo sucesivo a los nacionales, (...)”.

⁸ Art. II: “1. Las obras publicadas de los nacionales de cualquier Estado contratante, así como las obras publicadas por primera vez en el territorio de tal Estado, gozarán, en cada uno de los otros Estados contratantes, de la protección que cada uno de esos Estados conceda a las obras de sus nacionales publicadas por primera vez en su propio territorio, así como de la protección especial que garantiza la presente Convención.

2. Las obras no publicadas de los nacionales de cada Estado contratante gozarán, en cada uno de los demás Estados contratantes, de toda la protección que cada uno de estos Estados conceda a las obras no publicadas de sus nacionales, así como de la protección especial que garantiza la presente Convención.

3. Para la aplicación de la presente Convención todo Estado contratante puede, mediante disposiciones de su legislación interna, asimilar a sus propios nacionales toda persona domiciliada en ese Estado”.

⁹ “En todos los casos, el plazo de protección será el establecido por la ley del país en el que la protección se reclame; sin embargo, a menos que la legislación de este país no disponga otra cosa, la duración no excederá del plazo fijado en el país de origen de la obra”.

¹⁰ “Ningún Estado contratante estará obligado a proteger una obra durante un plazo mayor que el fijado, para la clase de obras a que pertenezca, por la ley del Estado del cual es nacional el autor, cuando se trate de una obra no publicada, y, en el caso de una obra publicada, por la ley del Estado contratante donde ha sido publicada por primera vez”.

¹¹ Art. 14ter: “1) En lo que concierne a las obras de arte originales y a los manuscritos originales de escritores y compositores, el autor -o, después de su muerte, las personas o instituciones a las que la legislación nacional confiera derechos- gozarán del derecho inalienable a obtener una participación en las ventas de la obra posteriores a la primera cesión operada por el autor.

2) La protección prevista en el párrafo anterior no será exigible en los países de la Unión mientras la legislación nacional del autor no admita esta protección y en la medida en que la permita la legislación del país en que esta protección sea reclamada.

3) Las legislaciones nacionales determinarán las modalidades de la percepción y el monto a percibir”.

del Convenio de Berna,¹² por la otra presenta varias importantes diferencias entre las que se cuenta el art. 2º, según el cual la protección se rige por la ley del país donde se publicó originariamente la obra (*lex loci publicationis* o *lex loci originis*). La adopción de la *lex loci publicationis*, que seguramente se debió al rigor científico de los internacionalistas de Montevideo, fue objeto de una importante limitación en el art. 11 al establecer que en materia de *responsabilidad por usurpación del derecho*, la jurisdicción competente y la ley aplicable son *las del país en el que se haya cometido el fraude*¹³. Como es sabido, la mayoría de los reclamos de protección de obras extranjeras son motivados por utilizaciones ilícitas y, en materia de normas penales y procesales aplicables en las causas que se sustancian ante sus Tribunales, los Estados reservan, casi sin excepciones, la aplicación de la ley territorial.

II. LA INTERNACIONALIZACIÓN DE LOS MERCADOS DEL LIBRO Y DE LA MÚSICA DURANTE EL SIGLO XIX. LOS DESARROLLOS TECNOLÓGICOS

La internacionalización de los mercados del libro y de la música durante el siglo XIX hizo necesaria una uniformación del régimen de protección transfronteras.

Los convenios bilaterales eran insuficientes y a ello se debió que el derecho de autor fuera una de las primeras materias en las que se logró concretar entre los países europeos una codificación internacional de derecho internacional privado a través de un tratado multilateral: el Convenio de Berna suscripto el 9 de septiembre de 1886 (anteriormente, en 1883, se había concluido el Convenio de París para la protección de la Propiedad Industrial, de modo que el área de los bienes intangibles fue la primera en que se concretaron tratados multilaterales de D.I.Privado).

Y si bien en la actualidad se habla mucho de los problemas que plantea la tecnología digital y la puesta a disposición del público *en línea* —es decir, en forma interactiva y previa solicitud— de obras, interpretaciones, productos culturales y servicios del entretenimiento, cabe recordar que tanto el derecho de autor como los derechos conexos (de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas, los organismos de radiodifusión y de cable, etc.) nacieron como respuesta a los desafíos que en su momento plantearon otras formidables tecnologías:

¹² Algunos de los Estados que participaron del I Congreso de Montevideo (Argentina, Brasil, Paraguay) demostraron interés en los preparativos del Convenio de Berna, pero, en definitiva, no lo suscribieron por entender que sus disposiciones no resultaban adecuadas para países en los que la producción literaria y artística era muy escasa.

¹³ Art. 11: “Las responsabilidades en que incurran los que usurpen el derecho de propiedad literaria o artística, se ventilarán ante los tribunales y se regirán por las leyes del país en que el fraude se haya cometido”.

- la invención de la imprenta de tipos móviles por Gutenberg, a mediados del siglo XV, que constituyó la génesis del derecho de autor,
- y el fonógrafo de Edison, el cinematógrafo de los hermanos Lumière y la radio de Hertz y de Marconi que fueron, entre fines del siglo XIX y principios del XX, los puntos de partida del desarrollo tecnológico que dio lugar al reconocimiento de los derechos conexos.

De modo que, aunque la circulación internacional de obras fue en constante aumento con las grabaciones sonoras y el cinematógrafo, ese fenómeno se incrementó, particularmente, a partir de los años 70 del siglo pasado con el auge de las comunicaciones por satélites, en combinación con la televisión y la distribución por cable, que abrieron insospechadas posibilidades de acceso a la información y al entretenimiento, a la vez que graves problemas para la protección de los intereses de los titulares de derechos de autor y de derechos conexos involucrados en la comunicación de obras, interpretaciones, grabaciones musicales y emisiones de radiodifusión protegidas.

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

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

III. LA EXPLOSIÓN DIGITAL

A partir de 1980, las obras musicales comenzaron a ser comercializadas en soportes digitales (CD). A esto se sumó el surgimiento, entre 1996 y 1998, de tecnologías de compresión de archivos de audio —que dieron por resultado reproducciones de calidad sonora similar a la original y de tamaño diez a doce veces menor—, entre ellas, *Real Audio*, *MP3*, *MP4*, y otras que fueron quedando en desuso.

A su vez, a mediados de los años 90, comienza la etapa del uso masivo de Internet con millones de usuarios de todo el mundo que incorporan a sus hábitos cotidianos las distintas funciones de la red mundial (como el correo electrónico, los canales de *chat*, los mensajeros instantáneos, los *blogs* y el entorno multimedia de la *World wide web* donde se puede acceder a todo tipo de contenidos). La unión de estas dos circunstancias: archivos de música de alta calidad y lo suficientemente pequeños como para ser enviados y recibidos en pocos minutos por un usuario final de Internet, quien se puede conectar mediante una conexión telefónica convencional —o, más recientemente, por accesos de alta velocidad

(*banda ancha*)—, y el acceso masivo del público a la red mundial dieron como resultado el comienzo de uno de los principales problemas que hoy por hoy enfrentamos: *la circulación de la mayor parte del catálogo mundial de música sin el control de los titulares de los derechos*, fenómeno incrementado de manera exponencial, primero por la tecnología P2P (o *peer-to-peer*) que facilitó el intercambio de archivos digitales entre los ordenadores que participan del sistema, de manera tal que cada miembro de la comunidad que “comparte” dichos archivos puede poner a disposición del resto, para su descarga, los almacenados en su ordenador —o una parte de estos— y adquiere la posibilidad de acceder a una copia de los ofrecidos por los demás (P2P descentralizado) y, actualmente, por los internautas en las redes sociales (YouTube, Facebook, etc.) donde comparten no solo información que les atañe sino también material protegido por el derecho de autor sin autorización de los autores y demás titulares, facilitando con ello la reproducción ilícita de ese material, al que lo hacen los sitios que ofrecen la posibilidad de compartir y descargar gratuitamente archivos, sin contar con dicha autorización, como en los bien conocidos casos de Megaupload, Taringa, etc. Otro tanto sucede con las obras audiovisuales, las literarias y las fotográficas.

IV. LOS “TRATADOS INTERNET” DE LA OMPI

El 20 de diciembre de 1996 se concluyeron en Ginebra dos Tratados: el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas cuyos acrónimos en inglés son —como se dijo, v. nota 2—, respectivamente, WCT: *WIPO Copyright Treaty* y WPPT: *WIPO Performances and Phonograms Treaty*. Si bien la Conferencia diplomática sólo adoptó acrónimos en inglés, igualmente utilizaremos indistintamente las siglas en ambos idiomas: TODA o WCT y TOIEF o WPPT. Estos Tratados se suelen denominar “*Tratados Internet*” porque se refieren a la utilización *en línea* —en el entorno de redes digitales—, a diferencia de lo que ocurre con las transmisiones digitales “a pedido” (o “a la carta”) de obras protegidas por el derecho de autor, de interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas y de fonogramas.

A su turno, el 24 de junio de 2012, la Conferencia Diplomática celebrada en la ciudad homónima adoptó el Tratado de Beijing sobre Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales (BTAP) que, por primera vez estableció una protección internacional efectiva de las interpretaciones y ejecuciones audiovisuales.¹⁴

¹⁴ No obstante ello, un número considerable de países ya habían otorgado —en distintos grados— protección a las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales (v. gr., la ley argentina 11.723, “sobre régimen legal de la propiedad intelectual” en el art. 56).

La Convención de Roma las había excluido expresamente (el art. 19 establece que sus disposiciones no se aplican a las actuaciones en obras audiovisuales). El TOIEF/WPPT tampoco cubre los derechos de los artistas intérpretes y ejecutantes en obras audiovisuales; esta exclusión se manifiesta en sus arts. 5.1º, 6º, 7º, 8.1º, 9º y 10 que, en forma expresa, se refieren sólo a *interpretaciones “en vivo”* y a *fijaciones en fonogramas*.

En el BTAP se siguieron —*mutatis mutandis*— muchas de las disposiciones del TOIEF/WPPT, razón por la cual, como señala Mihaly Ficsor, merece ser calificado como tercer “Tratado Internet” toda vez que “Ofrece básicamente los mismos tipos de reglas para la protección de las interpretaciones y ejecuciones audiovisuales en el entorno digital en línea que ofrecen el WCT y el WPPT para la protección de obras literarias y artísticas, interpretaciones y ejecuciones fijadas en fonogramas y para los mismos fonogramas. Las diferencias entre el WPPT y el BTAP solo se desprenden de las diferentes características del objeto del nuevo Tratado y no de consideraciones políticas, económicas y legales que pudiesen ser adecuadas para cuestionar la validez de los estándares internacionales establecidos por los dos primeros “Tratados Internet” y por la adecuada puesta en práctica de sus normas (de lo cual, por ejemplo, el *acquis communautaire* de la Unión Europea es un buen ejemplo). Por lo tanto, el BTAP, además de mejorar la protección de las interpretaciones y ejecuciones audiovisuales, cumple con el importante papel de confirmar esos estándares y rebatir los alegatos infundados que tratan de cuestionar su validez”.¹⁵

Las disposiciones del TODA pueden dividirse en tres grupos:

- El *primero* es el que *incorpora* los arts. 1º a 21 y el Anexo del Convenio de Berna
- El *segundo* es el que *incorpora* el “plus Berna” y las disposiciones sobre observancia de los derechos que forman la Parte III del AADPIC y
- El *tercero* es el que *reconoce* derechos exclusivos “plus Berna” y “plus AADPIC”, incorporando las disposiciones de la “agenda digital” que se plasmaron en el TODA.

Las disposiciones del TODA en que quedó plasmada la “agenda digital” son: la declaración concertada al art. 1.4 sobre la noción de reproducción y la

¹⁵ FICSOR, Mihaly, “Los tres ‘Tratados Internet’ de la OMPI para la protección de los derechos de los autores, artistas intérpretes o ejecutantes y productores. Las objeciones contra el WCT y el WPPT respondidas por el BTAP”, en el libro memoria del Congreso Internacional *El Derecho de Autor y los Derechos Conexos ante las nuevas tecnologías ¿Intereses compatibles o contrapuestos? Homenaje a Carlos Alberto Villalba*, Lima, APDAYC, IIDA, ASISGE, 2012, ps. 263-64.

aplicación del derecho de reproducción en el entorno digital¹⁶ y los arts. 8º, 10, 11 y 12.¹⁷

El art. 8º del TODA reconoce en forma expresa el derecho exclusivo del autor a autorizar la comunicación pública de todas las categorías de obras, incluidas la comunicación por medios alámbricos (por cable, etcétera) e inalámbricos (por aire —radiodifusión hertziana, incluida la satelital—), mencionando explícitamente los actos de transmisión digital:

“Sin perjuicio de lo previsto en los arts. 11.1.ii), 11 bis.1º i) y ii), 11 ter., 1º ii), 14.1º, ii) y 14 bis.1º, del Convenio de Berna, los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar cualquier comunicación al público de sus obras por medios alámbricos o inalámbricos, comprendida la puesta a disposición del público de sus obras, de tal forma que los miembros del público puedan acceder a estas obras desde el lugar y en el momento en que cada uno de ellos elija”.

De modo que este artículo reconoce expresamente, en la primera parte, el derecho exclusivo de comunicación al público de todas las categorías de obras, incluida toda comunicación por medios alámbricos e inalámbricos, y, en la segunda parte, que la comunicación al público comprende “la puesta a disposición del público de sus obras, de tal forma que los miembros del público puedan acceder a estas obras desde el lugar y en el momento en que cada uno de ellos elija”.

Con ello no se dejan dudas en el plano de la legislación de fuente internacional acerca de que la puesta a disposición interactiva y previa solicitud en el mercado electrónico, se encuentra cubierta por el derecho exclusivo del autor calificado como derecho de comunicación pública.

Antonio Delgado enseña que la redacción del art. 8º del TODA se debió a una propuesta de la Unión Europea y de sus Estados Miembros. La Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores (CISAC) apoyó ese artículo por cuanto articulaba la protección en las redes sobre la base de la noción de comunicación pública y no en la de distribución, cubierta por un derecho que está afectado por el principio del “agotamiento”, que disminuye *el control de las copias* realizadas a través del sistema. Pero si bien la Conferencia diplomática no se opuso a que el derecho de autorizar la “puesta a disposición del público” fuera reconocido por las legislaciones nacionales mediante cualquier derecho exclusivo (como el de distribución), lo que no está permitido es

¹⁶ TODA, Declaración concertada respecto del Artículo 1.4): “El derecho de reproducción, tal como se establece en el art. 9º del Convenio de Berna, y las excepciones permitidas en virtud del mismo, son totalmente aplicables en el entorno digital, en particular a la utilización de obras en forma digital. Queda entendido que el almacenamiento en forma digital en un soporte electrónico de una obra protegida, constituye una reproducción en el sentido del art. 9 del Convenio de Berna”.

¹⁷ En el TOIEF, la “agenda digital” se encuentra plasmada en los arts. 10 (respecto de los artistas intérpretes o ejecutantes), 14 (respecto de los productores de fonogramas) y 16, 18 y 19 (respecto de ambas categorías de beneficiarios).

que el derecho de distribución esté afectado por el agotamiento, que sólo es aplicable a la distribución propiamente dicha (art. 6.2º del TODA¹⁸).

A su vez, los actos de puesta a disposición del público interactivos y previa solicitud se diferencian de la radiodifusión y de la distribución por cable porque en los primeros la *elección es individual y previa petición*.

En consecuencia, el acto de comunicación pública definido en el art. 8º del TODA también es igual y acumulativamente susceptible del derecho de reproducción: el almacenamiento en una memoria de computadora es, *per se*, un acto de reproducción. Sin embargo, en el texto final del TODA no hay un artículo que trate específicamente del derecho de reproducción, pese a lo cual los actos de reproducción permanente o temporal que se realizan en el proceso de una transmisión digital constituyen actos de reproducción protegidos por el art. 9.1º del Convenio de Berna como se expresa en la declaración concertada relativa al art. 1.4º¹⁹.

Además, el texto de dicho art. 9.1º del Convenio de Berna forma parte del TODA porque éste (en virtud del art. 1.4º) incorpora los arts. 1º a 21 y el Anexo del mencionado Convenio de Berna.

El art. 10 se refiere, en la primera parte, a las excepciones y limitaciones admitidas y en la segunda extiende la prueba de las tres condiciones (o prueba de los “tres pasos”) a todas las excepciones y limitaciones establecidas en el Convenio de Berna cuando las Partes Contratantes apliquen este último en virtud de lo dispuesto en el art. 1.4º del TODA.

Los arts. 11 y 12 establecen obligaciones de las partes contratantes “*relativas a medidas tecnológicas*” y “*relativas a “la información sobre la gestión de derechos*”, respectivamente.

V. EL CARÁCTER PRIMORDIALMENTE PLURIJURISDICCIONAL DE LAS EXPLOTACIONES EN LÍNEA

La moderna legislación sobre derecho de autor nació en el siglo XVIII en un mundo de libros, de teatro representado y de música ejecutada en vivo. Nació

¹⁸ TODA, art. 6 [...]: “2) Nada en el presente Tratado afectará la facultad de las Partes Contratantes de determinar las condiciones, si las hubiera, en las que se aplicará el agotamiento del derecho del párrafo 1) después de la primera venta o transferencia de propiedad del original o de un ejemplar de la obra con autorización del autor”.

¹⁹ A este respecto hay que señalar que alguna legislación (como es el caso de la Directiva europea 2001/29/CE, sobre la sociedad de la información) ha aprovechado la disposición transcrita para establecer una excepción al derecho de reproducción a favor de los actos de reproducción provisional, transitoria o accesorio, de una obra o prestación protegidas, cuando ellos formen parte integrante y esencial de un proceso tecnológico (*grabaciones técnicas*), su única finalidad consista en facilitar una transmisión en una red entre terceras partes por un intermediario (*proxy caching*) o una utilización lícita de esa obra o prestación y no tengan por sí mismos una significación económica independiente (art. 5.1º de la Directiva citada). Naturalmente, por utilización lícita se entiende la autorizada por el titular del derecho exclusivo que la cubra, o por la ley.

y se mantuvo como una legislación de carácter territorial y los tribunales podían señalar los territorios del espacio geográfico en que las obras se imprimían, se representaban y se ejecutaban.

Ahora las obras pueden ser creadas y presentadas simultáneamente en forma virtual mediante la red digital mundial, gracias a la cual se difundirán cada vez más en todo el mundo y, en consecuencia, los tribunales van a tener que resolver con mas frecuencia el problema de determinar la jurisdicción competente y la ley aplicable.

Porque, a diferencia de lo que ocurre con las difusiones satelitales, en las que pueden distinguirse claramente el país donde se inicia la comunicación y el o los países donde esta se completa, es decir, de la recepción de las señales, en cambio, en las redes digitales los comunicadores y los receptores pueden interactuar e intercambiar funciones instantáneamente a través de miles de kilómetros y la información que circula en Internet resulta —en principio— accesible a todos quienes se conectan a la red mundial en cualquier lugar del planeta.

De modo que la explotación en línea de obras protegidas por el derecho de autor y de prestaciones protegidas por los derechos conexos es esencialmente plurijurisdiccional, porque en Internet la información puede ser accesible simultáneamente a una cantidad ilimitada de personas en todo el mundo.

Si se piensa en un sitio localizado en el servidor de un país que, sin autorización de los titulares de las obras y los derechos conexos, permite descargar grabaciones musicales a cualquier miembro del público que tenga una computadora con acceso a Internet, se aprecia hasta qué punto las comunicaciones en línea han permitido una expansión del fenómeno de la piratería hasta niveles insospechados.

El ejemplo propuesto también pone de manifiesto que la explotación en línea de obras y prestaciones protegidas involucra a una multiplicidad de Estados, cada uno de los cuales tiene sus propias leyes y organización judicial. Quienes resulten víctimas de actos de infracción a sus derechos de autor y conexos deberán accionar para defender sus derechos. Los sistemas jurídicos nacionales de los países involucrados deberán proveer las reglas de atribución de competencia a los tribunales de un Estado, así como las reglas conforme a las cuales se examinará la competencia de los jueces extranjeros que se hayan considerado competentes cuando se trate de reconocer y ejecutar una sentencia emanada de los tribunales de otro Estado.

VI. LA JURISDICCIÓN INTERNACIONAL

La jurisdicción internacional ha sido definida como el poder o la potestad que tienen los jueces y tribunales de un país para conocer y decidir en casos *iusprivatistas* internacionales. Tribunales argentinos han sostenido que “la jurisdicción internacional es el poder que tiene un país, derivado de su soberanía, para resolver un caso de derecho privado con elementos extranjeros, o un caso

mixto con el cual el Estado al cual se atribuye aquella considera que tiene una relación relevante a tales efectos”²⁰.

Como señala Boggiano, la tarea decisiva de dar solución a los casos requiere que el funcionamiento de las normas culmine con su aplicación. Y la aplicación de las normas se relaciona directamente con la jurisdicción internacional. El análisis completo de la solución de los casos puede requerir su examen en el ámbito de una jurisdicción estatal, de una pluralidad de jurisdicciones estatales o, excepcionalmente, de una jurisdicción internacional. De ahí que la consideración de las normas de competencia resulten de ineludible consideración respecto de las normas de solución material²¹.

La determinación de cuando un juez es competente para entender y decidir en un caso con elementos extranjeros relevantes presenta un alto grado de complejidad, como problemática general del DIPr. En el tema que nos ocupa, el grado de complejidad se verá agudizado y será necesario revisar la razonabilidad de la adopción de criterios generales aceptados por el DIPr. en su aplicación a la protección de obras y prestaciones protegidas en el supuesto de su explotación en línea.

En el Derecho internacional, existen criterios atributivos de jurisdicción que tienen y han tenido históricamente gran aceptación y van a encontrarse recogidos en diversos sistemas jurídicos nacionales y en instrumentos internacionales. Así, por ejemplo, la atribución de jurisdicción a los jueces del lugar de producción del hecho o acto dañoso en los supuestos de responsabilidad o a los jueces del domicilio o de la residencia habitual del demandado en materia de acciones personales, o de los jueces del lugar donde el delito se ha cometido (*iudex loci comissi*) o donde se producen sus efectos (sistema tradicional de la territorialidad de la ley penal).

Cada sistema jurídico nacional determina el ámbito de la competencia de sus jueces de acuerdo a sus propios criterios. La infinitas cuestiones que se plantean ha conducido a los países a suscribir tratados internacionales para intentar la unificación de las soluciones jurisdiccionales, tanto en lo que respecta a la atribución de competencias a los jueces nacionales como en lo atinente a las reglas según las cuales se examinan las decisiones de foros extranjeros que pretendan producir efectos en el territorio nacional.

Pero esta múltiple y fraccionada regulación de la cuestión jurisdiccional en distintos estados nacionales supondrá, a su vez, que —con frecuencia— ante un mismo caso se abra un abanico de posibilidades en cuanto a los jueces ante los cuales se podrá incoar la demanda. La existencia de diferentes criterios para otorgar jurisdicción (junto con la posibilidad de que más de un juez resulte competente —*concurrency jurisdictional*—) y la carencia de un sistema uni-

²⁰ C. Nac. Civ., sala B, 26/12/1997, “S. M., M. C. v. A., P. C.”, LL 1998-D-144.

²¹ BOGGIANO, Antonio, *Derecho internacional privado*, 3ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1991, p. IX.

forme de distribución de la jurisdicción de los jueces nacionales, generan que la determinación de la jurisdicción se presente muchas veces como una cuestión problemática y compleja²².

VII. LA CUESTIÓN DE LA DIVERSIDAD DE CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN DE JURISDICCIÓN Y SU DIFERENTE GRADO DE ACEPTACIÓN EN LOS DISTINTOS PAÍSES

Como quedó dicho, los criterios de atribución de jurisdicción difieren en su grado de aceptación en los distintos países. La cuestión de la diversidad reviste especial relevancia si se piensa que en muchos casos la decisión adoptada por los jueces que se han considerado investidos de jurisdicción de conformidad con sus reglas nacionales, deberá ejecutarse en un país distinto de aquel en el que dicha decisión fue dictada.

Si los criterios que informan la atribución de jurisdicción en ambos países difieren, difícilmente será posible obtener el reconocimiento y ejecución de las decisiones judiciales en los diversos Estados con los que el caso se conecta.

La intrínseca *multinacionalidad* de las relaciones cuyo análisis nos ocupa, conduce a la proyección de la problemática jurisdiccional. Sin embargo, es fácil advertir que el desarrollo de la totalidad de los supuestos que requieren detenido análisis, no solo en materia de atribución de competencia a uno u otro foro nacional, sino la necesidad de examinar las diferentes acciones que cada sistema jurídico pone a disposición del particular cuyos derechos son vulnerados, excede en mucho toda posibilidad de su presentación en un trabajo como el presente. En atención a ello, y en la medida de lo posible, abordaré el análisis de la cuestión jurisdiccional en lo que respecta a las acciones que puede interponer quien alega la vulneración de sus derechos, en tanto persigue la declaración de responsabilidad civil o penal.

En materia de responsabilidad civil extracontractual, generada por infracciones resultantes de la explotación en línea no autorizada lícitamente de obras y prestaciones protegidas —que es la que nos ocupa— el criterio tradicionalmente aceptado por muchos ordenamientos jurídicos es *el lugar de producción del daño*. La presencia de este criterio en un concreto sistema de Derecho Internacional Privado significa que, en principio, el juez será competente si el daño que motiva la demandada de responsabilidad se ha producido en el foro²³.

²² POCAR, F. *La protection de la partie faible en droit intrernational privé*, París, Recueil des cours, 1994, vol. 188, pp. 397-99.

²³ FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P., *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR*, Buenos Aires, Zavalía, 2003, p. 153.

Es el criterio consagrado por los Tratados de Montevideo: *sobre propiedad literaria y artística* (1889) y *sobre propiedad intelectual* (1939), respectivamente en los arts. 11²⁴ y 12²⁵.

El Tratado de Montevideo sobre propiedad intelectual de 1939, a la vez que reitera el criterio adoptado por el de 1889, al establecer que las responsabilidades en que incurran quienes usurpen los derechos protegidos en el Tratado se resolverán por los Tribunales y legislación del Estado en que el acto ilícito se hubiere cometido, agrega —en el mismo art. 12— un foro concurrente: los Tribunales del Estado donde se produjeran los efectos cuando dicho acto se hubiera consumado en un Estado no adherido.

La aceptación general de este foro tiene mucho que ver —como enseña Fernández Arroyo— por un lado, con el carácter esencial o principal que los elementos tenidos en cuenta detentan por regla general dentro de la relación jurídica, y con la evidencia de la vinculación del caso con el foro (a través precisamente de esos elementos), por otro lado. Los extremos indicados son los que nos permiten saber que estamos frente a un foro razonable o, mejor dicho, a un foro adoptado razonablemente: la relevancia particular del elemento escogido dentro de la relación jurídica y la conexión que por su intermedio se establece entre el supuesto y el Estado a cuyos jueces se les atribuye la jurisdicción. Utilizando otros términos, cabría decir que un foro es razonable cuando se cumple con el índice de proximidad (Lagarde), es decir, cuando el caso regulado presenta una vinculación suficiente con el foro²⁶.

VIII. LA JURISDICCIÓN COMPETENTE CUANDO SE TRATA DE COMUNICACIONES POR INTERNET EN INFRACCIÓN AL DERECHO DE AUTOR Y CONEXOS

Cuando se trata de comunicaciones por Internet que se inician en un país, y que también son recibidas en otros, a los efectos de determinar la jurisdicción competente y, generalmente, la ley aplicable de acuerdo al principio de la *lex loci protectionis*, cabe preguntarse cuál es el territorio donde se localiza el acto que infringe el derecho de autor y conexos en la red digital mundial.

¿Es aquel donde se inicia la comunicación?

¿O es éste y todos aquellos en los que la comunicación puede ser recibida?

²⁴ Art. 11 (1889) “Las responsabilidades en que incurran los que usurpen el derecho de propiedad literaria o artística se ventilarán ante los tribunales y se regirán por las leyes del país en que el fraude de haya cometido”.

²⁵ Art. 12 (1939). “Las responsabilidades en que incurran los que usurpen los derechos protegidos en este Tratado, se resolverán por los Tribunales y legislación del Estado en que el acto ilícito se hubiere cometido, o en cuyo territorio se produjeron sus efectos en el caso de haberse consumado aquél en un Estado adherido”.

²⁶ FERNÁNDEZ ARROYO, ob. cit., p. 153.

¿O sólo aquel o aquellos que resultan ser foros razonables por existir una conexión o vínculo sustancial?

Cada supuesto va a presentar una multiplicidad de elementos que resultarán relevantes a la hora de determinar el Estado o los Estados cuyos jueces tendrán competencia para entender en el litigio que planteen los titulares de derechos vulnerados.

Una vez que un proveedor de contenidos abre una cuenta con un *proveedor de servicios en Internet* (ISP), puede almacenar obras y prestaciones protegidas en un ordenador conectado a Internet, es decir, puede “subirlas” (*uploading*) —o “colgarlas” o “cargarlas”— en un sitio web que se encuentra físicamente ubicado en el servidor de ese proveedor (al igual que puede hacerlo este último cuando, además de proveedor de servicios, es proveedor de contenidos). A continuación, *los contenidos se encuentran a disposición —libre o restringidamente— de las personas conectadas a la red.*

Pero cargar obras y prestaciones protegidas en un sitio web constituyen actos que —como se dijo— los “Tratados Internet” de la OMPI reservan con exclusividad a los autores (declaración concertada respecto del art. 1.4º y art. 8º del TODA/WCT), a los artistas intérpretes o ejecutantes y a los productores de fonogramas (arts. 7º y 10 y arts. 11 y 14, respectivamente, del TOIEF/WPPT) y a los artistas intérpretes y ejecutantes audiovisuales (art. 10 del BTAP), sin perjuicio del reconocimiento pacífico de estos derechos efectuado en las leyes nacionales y por los tribunales de justicia en diversos casos y países.

El proveedor de contenidos es directa y plenamente responsable por las lesiones que causa a los titulares de derechos de autor y conexos porque sabe —o debe saber— si los contenidos que pone a disposición del público están protegidos y, en este caso, si tiene las pertinentes autorizaciones —o licencias—.

Si carga en un sitio web obras y prestaciones protegidas por el derecho de autor y conexos sin tener esas autorizaciones incurre en las conductas comisivas básicas que las leyes describen como delitos, además de estar obligado a reparar los daños ocasionados.

Como la identificación y la localización de los proveedores de contenidos suelen ser problemáticas y, aun en el caso de que sean individualizados, es muy posible que sean poco solventes, o que estén asentados en países donde el nivel de protección legal sea bajo o ineficaz, en caso de infracción los titulares de derechos de autor y conexos deberán dirigirse a las otras personas que intervienen en la cadena operativa de la difusión de contenidos en línea.

Estas personas son los intermediarios en el entorno de Internet y su responsabilidad se incrementa en la medida en que su participación, aunque de diferente grado, es cada vez más importante. Nos estamos refiriendo a los *proveedores de servicios intermediarios en línea*: el proveedor de servicios en línea o ISP (*Internet Service Provider*); el proveedor de acceso o IAP (*Internet Access Provider*); el proveedor de alojamiento —o albergador— (*Host Service Provider*); los proveedores de motores —o herramientas— de búsqueda (bus-

cadore) y de hipervínculos —o enlaces de hipertexto, hiperenlaces, *links*, *hyperlinks*, etc.—; los operadores de servicios web, entre otros, los sitios de Web 2.0 —como los *wikis* (por ejemplo, la enciclopedia Wikipedia), las plataformas de videos (como YouTube) y otros contenidos (como *Flickr*, *Picasa*) y las redes sociales (como *Facebook*, *Twitter*, *MySpace*, *Google Plus*, *Linkedin*, etc.), de subastas y de mercados en línea (como *eBay*)—; los intermediarios financieros (generalmente tarjetas de crédito) y los proveedores de programas para ofrecer publicidad patrocinada a potenciales anunciantes (como *Google AdWords*); el proveedor de red —o de infraestructura de telecomunicaciones—.

La complejidad del problema queda de manifiesto con un ejemplo muy simple: una librería digital, que pone a disposición de los usuarios de Internet libros en español escaneados, de distintos orígenes y que fueron digitalizados y se difunden por Internet sin autorización de sus autores y editores, puede ser una persona física o jurídica con domicilio o sede social en la Argentina, la cual aloja esos contenidos en el servidor de una empresa proveedora de alojamiento (*hosting*) domiciliada en Brasil, pero cuyos servidores, es decir, donde materialmente están alojados los ficheros digitales, se encuentra en Uruguay. Y volvemos, entonces, a la pregunta de si tanto los países mencionados como aquellos donde la comunicación puede ser recibida son foros razonables, o si solo donde existe una conexión o vínculo sustancial.

IX. LA JURISPRUDENCIA ESTADOUNIDENSE, CANADIENSE, FRANCESA, COMUNITARIA EUROPEA Y ARGENTINA

— Estados Unidos de América

Ese *último* (existencia de una conexión o vínculo sustancial) ha sido el criterio observado en los Estados Unidos de América en el caso *Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc.*, 243 F. Supp.2d 1073 (CD Cal. 2003). Al respecto, Jane C. Ginsburg señala que en 2003 el Tribunal Federal del Distrito Central de California, se declaró competente con respecto a operadores del sitio Internet de Kazaa y de su red de intercambio de archivos P2P.²⁷ Establecido inicialmente en Estados Unidos, según Ginsburg, Kazaa fue comprado por una sociedad australiana matriculada luego en Vanuatu, isla (y paraíso fiscal) del Pacífico sur. Kazaa contaba con miles de abonados en California y en todos los Estados Unidos; buena parte de los contenidos —obras musicales y audiovisuales— “compartidos” por los usuarios de Kazaa era de origen estadounidense. Kazaa afirmaba que los tribunales de Estados Unidos eran incompetentes ya que no era residente ni estaba inscrita en Estados Unidos. En cuanto a las violaciones que los usuarios hubieran cometido en este país, Kazaa afirmaba que no estimulaba

²⁷ *Metro-Goldwyn Mayer Studios, Inc.*, 243 F. Supp.2d 1073 (CD Cal. 2003) at *1.

la copia no autorizada y que, en cualquier caso, no era la sociedad la que realizaba esos actos sino sus abonados estadounidenses.

Sin embargo, el Tribunal estimó que Kazaa podía *ser citada ante una jurisdicción de California porque los servicios prestados a un elevado número de abonados de este Estado indicaban una intención de “beneficiarse conscientemente” de las ventajas de California; además, los estudios de cine que habían enablado la acción eran empresas de California y predominaban los filmes hollywoodenses en la red de Kazaa* lo cual indicaba que esta última tomaba como “objetivo” California²⁸. En fin, prosiguió el Tribunal, aunque se estimase que Kazaa no tenía los lazos mínimos necesarios con California, el conjunto de los lazos con los Estados Unidos en general justificaba que se admitiese la competencia de la jurisdicción a la que se había sometido la demanda basada en el *copyright* federal²⁹. La acción por infracción coadyuvante —o contributiva— (*contributory infringement*) y responsabilidad indirecta (*vicarious liability*) se juzgará, pues, sobre el fondo. Añadamos —dice Ginsburg— que los demandantes no parecen tratar de obtener una decisión que afirme que Kazaa, al poner su programa y su red a disposición en el mundo entero, ha facilitado también la violación de sus derechos en el exterior de los Estados Unidos. Puesto que su acción está basada en la alegación de que Kazaa es responsable de haber facilitado las infracciones en los Estados Unidos, el tribunal no examinará probablemente la cuestión de saber si la ley australiana (o la de Vanuatu) debe aplicarse en este caso³⁰.

— Canadá

También en Canadá, en “WIC Premium Ltd. v. General Instrument Corporation” *et al.* (en la apelación: “United States Satellite Broadcasting Company, Inc. v. WIC Premium Television Ltd.”, 2000 ABCA 233) los Tribunales intervinientes consideraron que tenían jurisdicción para entender en el caso, porque el daño que motivaba la demandada de responsabilidad se había producido en ese foro. Y aunque la situación era diferente de la explotación en línea, porque se trataba de la distribución de señales codificadas de radiodifusión satelital,

²⁸ Metro-Goldwyn Mayer Studios, Inc., 243 F. Supp.2d 1073 (CD Cal. 2003) at *37, *43, *48; *Calder v. Jones*, 465 U.S. 783, 789 (1984) (*affirming property of personal jurisdiction under the effects test* —jurisdicción competente reconocida aplicando el criterio del lugar donde se produjeron los efectos—).

²⁹ V. la regla federal de procedimiento civil 4(k)(2) (que autoriza a una jurisdicción a declararse competente sobre la base del conjunto de contactos —o lazos— en cualquier país cuando el demandante alega una violación del derecho federal) (*v. Federal Rule Civil Procedure 4(k)(2) permitting jurisdiction on the basis of aggregate nationwide contacts when the claim asserts the violation of federal law*).

³⁰ GINSBURG, Jane C., “Chronique des États-Unis”, RIDA, nro. 196, abril de 2003, pp. 213-15.

entendemos que es muy pertinente para ilustrar la aplicación de ese criterio de atribución de jurisdicción competente.

La Corte de Apelación de Alberta (Canadá), en sentencia del 22 de agosto de 2000 señaló que la cuestión planteada por los apelantes era si el Tribunal de Alberta (*the Alberta Court of Queen's Bench*) tenía jurisdicción en la acción planteada por WPT (*WIC Premium Ltd.*), un proveedor de servicios de televisión por satélite de Alberta, contra compañías estadounidenses que, por lo general, proporcionaban servicios similares en los Estados Unidos, y que también los suministraban a clientes que residían en Canadá. Los demandados apelantes alegaban que las pruebas no justifican que el Tribunal de Alberta tuviera jurisdicción sobre ellos.

La Corte de Apelación señaló que la cuestión a resolver era si había suficiente conexión real y sustancial (*sufficient real and substantial connection*) y buenos argumentos que justificaran la jurisdicción de esa Corte sobre los demandados, todos los cuales residían o tenían su sede social en los Estados Unidos.

La Corte de Apelación consideró que las argumentaciones de los demandados apelantes debían rechazarse y que el Juez de Sala (*Chambers Judge*) había razonado y aplicado la prueba apropiada para decidir la cuestión de la jurisdicción y no había errado en su evaluación de los hechos ni en la aplicación de la ley.

El Juez de Sala había señalado que las señales del satélite de la codemandada USSB (*United States Satellite Broadcasting Company*) entraban al territorio en el cual la accionante WPT tenía derechos exclusivos, y que los residentes en Canadá accedían a las señales mediante el uso de decodificadores que habían sido activados por USSB. Esta última cobraba a los residentes en Canadá por suministrarles el servicio en el territorio de WPT. En consecuencia, WPT sufría daños en Alberta, consistentes en una pérdida en los ingresos que tenía derecho a esperar como resultado de sus derechos exclusivos en Canadá Occidental. Esto era suficiente para establecer una conexión real y sustancial con esta jurisdicción. Podía ser que USSB probara que había hecho todo lo posible para asegurarse de no interferir en los derechos de WPT, y podía ser que tuviera una defensa contra la reclamación de WPT. Esta era una cuestión de fondo que debería juzgarse en el juicio y no afectaba la cuestión de si WPT había presentado contra USSB un caso con una conexión real y sustancial con esa jurisdicción en la cuestión principal de la acción y, por lo tanto, si tenía derecho a demandar a USSB en dicha jurisdicción. Por ello rechazó la apelación.

Lo mismo sucedía con los codemandados Echostar Communications y Warren Supply, razón por la cual la Corte de Apelación consideró que no podía decir que el Juez de la Sala estuvo evidentemente equivocado al concluir que las dos compañías estuvieron involucradas en, por lo menos, parte de la operación que resultó en la interferencia, en Canadá, en los derechos de la demandante WPT.

— Francia

1. La teoría del vínculo sustancial como determinante de la jurisdicción competente

En fallos recientes los tribunales de Francia consideraron que la competencia de los jueces franceses depende de la existencia de un “vínculo suficiente, sustancial o significativo” de los actos ilícitos con el territorio francés.

— “Casse, Yves v. Société EBAY Inc.”³¹

El pintor Yves Casse, (nombre artístico Cass) autor de dos obras tituladas *Walkyrie, fille de Wotan* y *Africa*, divulgadas en Francia y en otros países, había constatado que dos de sus pinturas (las tituladas *Joan of Arc* e *India blue art bull elephants fighting*), que eran una *contrefaçon*³² (que se traduce habitualmente como falsificación) de sus cuadros, habían sido reproducidas en un sitio Internet de ventas en subasta (*www.ebay.ca*) perteneciente a la sociedad EBAY Inc. con asiento en San José, California (Estados Unidos de América).

Después de hacer constatar la infracción por un ujier el 7 de junio de 2005, Casse demandó a la sociedad EBAY Inc. —sociedad de derecho estadounidense— con fundamento en la aludida *contrefaçon*. Por decisión del 6 de setiembre de 2006, el TGI (*Tribunal de Grande Instance*) de París se declaró incompetente. Recurrida esta decisión por el accionante, la Corte de Apelación de París, dictó la sentencia que nos interesa del 9 de noviembre de 2007.

Casse se agravió de la decisión del TGI por haber juzgado que la reproducción y la representación de las obras en el sitio Internet no constituían hechos dañosos distintos a la “oferta en venta” y por haber ponderado que las ofertas de venta estaban dirigidas a la clientela canadiense o norteamericana, pero no a la clientela francesa. El apelante sostenía que la *contrefaçon* consistía en la representación o reproducción total o parcial de la obra sin autorización del autor, y que no se requería que la obra ilícita fuese ofrecida a la venta, pues la *contrefaçon* se configuraba por el hecho de reproducir o de comunicar al público en el sitio EBAY.

En primer lugar la Corte de Apelación señaló que no se hallaba en discusión la aplicación del art. 46 del nuevo Código de Procedimiento Civil, según el cual la competencia correspondía los tribunales del lugar del hecho dañoso (*du fait dommageable*), lo cual comportaba establecer que existía un vínculo (*lien*) suficiente, sustancial o significativo entre los hechos ilícitos (en el caso,

³¹ www.minefi.gouv.fr/directions_services/daj/lettre/2007/lettre22/competence_territoriale.pdf.

La autora agradece a María Susana Najurieta la gentileza de haberle suministrado esta sentencia y su síntesis en español.

³² En Francia (y en otros países que siguen el criterio francés, como Bélgica, Argelia, Camerún, Senegal, etc.) las infracciones del derecho de autor son genéricamente denominadas *contrefaçon*.

la *contrefaçon*) y el daño invocado en territorio francés. Señaló el tribunal que, desde este enfoque, el régimen de responsabilidad relativo a la reproducción y a la representación de obras protegidas sin la autorización del autor no merecía un régimen específico.

La Corte coincidió con el juez de primera instancia —y con la posición de la sociedad demandada— en cuanto a que los hechos reprochados habían sido constatados en un sitio (*www.ebay.ca*) destinado al público canadiense, pues llevaba el código “.ca”, que era una indicación descriptiva comprendida por todo internauta, la cual vinculaba el sitio al mercado de un país determinado. El público tenido en consideración por la reproducción o la representación como así también para la venta en subasta, era el público canadiense o anglosajón —y no el público francés—. Justificó esta conclusión en la constatación de que los precios estaban indicados en dólares o en libras esterlinas, las menciones aparecían en lengua inglesa, las unidades de medida eran las anglosajonas y también los medios de pago eran extranjeros. Agregó la Corte que, si bien los medios de pago indicados podían ser utilizados por personas de otros estados (afirmación que no excluía a los franceses), ese vínculo era meramente ocasional y no llegaba a constituir el vínculo suficiente, sustancial y significativo con el territorio francés, tal como se requería para abrir la jurisdicción.

Consecuentemente confirmó la decisión del *Tribunal de Grande Instance* de París.

Sobre esta sentencia, Cédric Manara comenta³³ que el fundamento de la Corte de Apelación de París significa la utilización en el contencioso de derecho de autor de una doctrina que ya había sido utilizada en conflictos internacionales vinculados con las infracciones marcarias, exigiendo un vínculo “suficiente, sustancial o significativo” con el territorio francés para justificar la apertura de la jurisdicción en Francia. Se trata de la aplicación del régimen general (para actos ilícitos) a la materia de la responsabilidad por reproducción y representación de derechos de autor sin la autorización de éste, en casos de conflictos originados en Internet.

— “Axa v. Google”

Anteriormente, este criterio también había sido aplicado en materia de infracción marcaria en Internet. En 2003 AXA y otras empresas del grupo advirtieron que al ingresar al motor de búsqueda Google los términos AXA o DIRECT ASSURANCE, aparecían anuncios publicitarios de sociedades que no tenían relación alguna con las accionantes. Esto era posible merced a una nueva aplicación del célebre sistema *AdWords* de Google.

³³ *Recueil Dalloz 2008* nro. 1, Actualité Jurisprudentielle p. 8.

Por ello demandaron a las sociedades Google Inc. y Google France por infracción a sus derechos sobre sus renombradas marcas, competencia desleal y parasitaria y publicidad engañosa.

Se plantó entonces si la jurisdicción francesa era competente. En primera instancia el juez respondió por la afirmativa pero el criterio de la Corte de apelación fue diferente.

La Corte de Apelación de París, en sentencia del 6 de junio de 2007³⁴ destacó que, en la especie, los enlaces *AdWords* de Google no aparecían en el sitio *www.google.fr* destinado al público francés, sino en los sitios *www.google.de*, *www.google.co.uk* y *www.google.ca*, destinados —respectivamente— al público alemán, británico y canadiense de lengua inglesa, y que para cualquier internauta el “código de país” —.fr para Francia, .uk para el Reino Unido, .ca para Canadá y .de para Alemania— marca la relación del sitio en cuestión con el mercado de ese país, y esos códigos constituyen una indicación descriptiva que es entendida por todos los internautas como una referencia al país de que se trata. La Corte subrayó que los sitios cuestionados por las sociedades demandantes reenvían a los sitios extranjeros y que, por ende, esos sitios estaban exclusivamente redactados en lenguas inglesa y alemana.

La Corte señaló que, en vez de reconocer automáticamente competencia territorial a las jurisdicciones francesas en los casos en que los hechos o actos incriminados tienen como soporte técnico a Internet, conviene investigar caso por caso si existe un vínculo suficiente, sustancial o significativo, entre esos hechos o actos y el daño invocado.³⁵

— “Real Madrid, Zidane y otros v. Unibet y otros”³⁶

El anterior criterio fue reiterado por la Corte de Apelación de París en la decisión del 14 de febrero de 2008, adoptada en la causa promovida por varios clubes de fútbol (entre ellos el Real Madrid) y muy renombrados jugadores profesionales (como Zinedine Zidane, Dav Beckham, Ronaldo y Figo) contra diversos sitios de juego en línea (*Ubinet*, *Sporting Exchange*, *Sportingbet*, *William Hill Credit*, *Ladbrokes Betting and Gaming* e *Internet Opportunity Entertainment*), a fin de hacer cesar las apuestas en línea que les concernían. Invocaron el derecho sobre las marcas de las cuales los clubes eran titulares y el derecho a la imagen de los jugadores accionantes. Los actores estimaban que la utilización de las marcas de los clubes en los sitios de juego en línea en cuestión, y la reproducción de las fotos de los jugadores (que habían sido tomadas lícitamente), constituían una infracción que debía hacerse cesar mediante una medida cautelar.

³⁴ www.droit-technologie.org/upload/jurisprudence/doc/229-1.pdf.

³⁵ www.droit-technologie.org/jurisprudence/details.asp?id=229&seo=ok.

³⁶ www.droit-technologie.org/jurisprudence-256/real-madrid-zidane-et-autres-c-unibet-et-autres.html.

La activad infractora involucraba varias jurisdicciones nacionales, y los actores intimaron simultáneamente a diversas sociedades de juego en línea constituidas en diferentes países, entre ellos, el Reino Unido y Malta. Al ser una de ellas una sociedad establecida fuera de la Unión Europea se planteó la cuestión de la jurisdicción competente.

Por resolución del 31/5/2006, el juez de la causa rechazó las diferentes excepciones de incompetencia planteadas por los demandados. Esta resolución fue apelada.

La Corte de Apelación consideró que, por tratarse de demandados europeos, debía aplicarse el art. 5.3 el reglamento de la CE 44/2001 del 22 de diciembre de 2000, que establece que una persona domiciliada en el territorio de un Estado miembro de la Unión Europea puede quedar sometida en materia de delitos o de cuasi delitos a la jurisdicción de otro Estado miembro, ante el Tribunal del lugar donde se produjo el hecho dañoso, o bien donde existe riesgo de que se produzca.

En cuanto a la sociedad no europea a la cual no se aplicaba el reglamento antes citado, la cuestión debía dirimirse de conformidad con el ordenamiento aplicable, que en el caso era el art. 46 del Código Procesal Civil. Esta norma prevé que el actor puede elegir entre la jurisdicción del lugar de la residencia habitual del demandado, o en materia de delitos, la jurisdicción del lugar donde se perpetró el ilícito o bien, donde se producen los efectos.

En cuanto a cuál es el lugar donde ocurre el hecho dañoso, o donde ha causado sus efectos, tratándose de Internet la Corte afirmó que la existencia de un hecho dañoso susceptible de producir efectos en Francia supone que se constate que efectivamente existe un vínculo suficiente, sustancial o significativo entre los hechos ilícitos y el territorio francés.

La Corte realizó un análisis detallado del funcionamiento de los sitios implicados, concluyendo que (1) ninguno de ellos estaba alojado en Francia, es decir, en un proveedor de servicios de Internet que operara en Francia; (2) en lo concerniente a los litigios relativos a las apuestas realizadas los sitios estaban sometidos a la competencia de jurisdicciones extranjeras; (3) dos de los sitios no contenían textos en francés, a pesar de que sus páginas podían ser leídas en varios otros idiomas; (4) uno de los sitios estaba sólo en español; (5) al menos uno de los sitios implicados no proponía ninguna apuesta relativa a partidos de fútbol francés; (6) para aquellos que proponían apuestas relativas a partidos de fútbol franceses, la Corte destacó que la activad relacionada con Francia era extremadamente reducida (al respecto analizó el número de apuestas efectuadas, su impacto económico, y el número de partidos involucrados).

Para la Corte, del conjunto de los elementos antedichos se deducía que, por su modo de funcionamiento y contenido, los sitios de Internet en cuestión sólo estaban destinados al público francés de manera marginal tal como lo sostenían los operadores de esos sitios; por ende, y bajo esas condiciones, el hecho dañoso

invocado no presentaba un vínculo suficiente, sustancial o significativo con el territorio francés.³⁷

— “Florence et Clara G. v. République du Chili” (en la apelación: “République du Chili v. Florence et Clara G.”)³⁸

Las accionantes —hija y viuda, respectivamente— del pintor chileno Hernán Gazmuri, fallecido en Chile en 1979, demandaron por la reproducción no autorizada de obras de dicho artista en el sitio “*artistasplasticoschilenos.cl*” publicado por el Museo Nacional de Bellas Artes de Santiago de Chile, el cual, por carecer de personalidad jurídica fue considerado como un organismo del Estado chileno.

El gobierno chileno sostuvo que el tribunal francés no era competente porque no había una conexión suficiente, sustancial y significativa entre el litigio y el territorio francés.

En su decisión del 9 de setiembre de 2009, la sala 1ª de la Corte de Apelación de París señaló que el sitio representaba una fuente de información sobre los artistas chilenos desde la época colonial hasta nuestros días, destinada tanto al público de aficionados como al de historiadores de arte, *por esencia internacional*, interesados en la pintura y, al igual que el TGI de París (resolución del 3 de setiembre de 2008) la Corte de Apelación aplicó el art. 46 del Código de procedimientos civiles que prevé que, en materia delictiva, la jurisdicción competente es la del lugar del hecho ilícito o bien la del lugar donde se produce el daño. Para esta segunda opción *debe existir un vínculo suficiente entre los hechos imputados y el daño supuestamente sufrido en el territorio francés*. En estas condiciones, la Corte de Apelación estimó que poco importa la nacionalidad o el lugar de residencia de la persona que consulta el sitio, concluyendo que: “toda vez que se ha comprobado que el sitio es accesible desde Francia, es forzoso señalar que el público francés pertinente se encuentra en condiciones de recibir los contenidos denunciados como ilícitos, circunstancia que justifica la existencia de un vínculo suficiente, sustancial o significativo entre los hechos denunciados como ilícitos y el supuesto daño sufrido en el territorio francés, lo cual determina la competencia del Tribunal de Grande Instance de París para conocer en la infracción”.

— “Maceo v. eBay Europe, France et Inc.”

La Corte de Casación francesa, sala comercial, financiera y económica, revocó, el 29 de marzo de 2011³⁹, la decisión de la Corte de Apelación de París

³⁷ www.droit-technologie.org/actuality-1139/pour-la-cour-d-appel-la-competence-des-juges-francais-necessite-un-li.html

³⁸ www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=2730.

³⁹ www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=3142

(*Pôle 1, 2ème chambre*) que había considerado el 2 de diciembre de 2009⁴⁰ que cuando se puede constatar la venta en Francia de productos litigiosos, el tribunal francés es competente “sin que sea útil buscar si existe o no un vínculo suficiente, sustancial o significativo entre los hechos denunciados y el territorio francés”, considerando que interesa poco que los anuncios estuvieran redactadas en inglés: “la comprensión de algunas palabras básicas en esta lengua es fácil para cualquiera”. Y que, en cuanto al código “.com”, “no importa ningún vínculo con un público de un país determinado”. En consecuencia, para la Corte de Apelación desde el momento que el sitio explotado en los Estados Unidos de América es accesible en el territorio francés, el perjuicio alegado y sufrido en Francia puede ser considerado por un juez francés.

El criterio de la Casación fue menos laxo: sostuvo que, para que un tribunal francés fuera competente, era necesario que el sitio se dirigiera al público de Francia y que solo el criterio de la accesibilidad de un sitio de Internet en Francia no permite admitir la competencia del tribunal francés tomado como el tribunal del lugar del lugar del daño alegado. Para admitir esa competencia, hubiera sido necesario que la Corte de Apelación de París investigara “si los anuncios impugnados estaban destinados al público de Francia”.

La demandada había alegado que “Ebay.com” era explotado desde los Estados Unidos y que estaba destinado a los países de habla inglesa, invocando la incompetencia de los tribunales franceses porque el sitio no estaba orientado hacia el público francés, criterio definido por la Corte de casación Comercial, financiera y económica el 11 de enero de 2005 en la sentencia “Hugo Boss v. Reemtsma Cigarettenfabriken”.⁴¹

— *Tribunal de Justicia de la Unión Europea*

— “Peter Pinckney v. KDG Mediatech AG”, TJUE (Sala Cuarta) de 3 de octubre de 2013⁴².

El demandante Peter Pinckney, residente en Toulouse (Francia), afirmó ser el autor, compositor e intérprete de doce canciones grabadas por el grupo Aubrey Small en un disco de vinilo.

Tras descubrir que dichas canciones habían sido reproducidas sin su autorización en discos compactos (CD) prensados por la sociedad Mediatech en Austria, y que posteriormente dichos CD fueron comercializados por las socie-

⁴⁰ www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=2795

⁴¹ En este caso la Casación francesa consideró que, como el sitio estaba redactado en lenguas extranjeras y los productos no estaban disponibles en Francia, no se había tenido en vista al público de Francia, pese a que dicho sitio era accesible desde Francia y contenía una página de inicio con la palabra “bienvenida” destinada al público francófono (www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=3145).

⁴² http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?doclang=ES&text=&pageIndex=0&part=1&mode=lst&docid=142613&occ=first&dir=&cid=253165#Footnote*.

dades británicas Crusoe o Elegy en distintos sitios de Internet accesibles desde su domicilio de Toulouse, Pinckney demandó el 12 de octubre de 2006 a Mediatech ante el *Tribunal de Grande Instance* de Toulouse con el objeto de obtener la reparación del perjuicio sufrido debido a la vulneración de sus derechos de autor.

Mediatech alegó la incompetencia de los órganos jurisdiccionales franceses. Mediante resolución de 14 de febrero de 2008, el juez de instrucción civil (*juge de la mise en état*) del citado tribunal desestimó dicha excepción de incompetencia debido únicamente a que el hecho de que el accionante pudiera adquirir los discos de que se trataba desde su domicilio francés en un sitio de Internet abierto al público francés bastaba para establecer un vínculo sustancial entre los hechos y el daño alegado que justificara la competencia del órgano jurisdiccional ante el que se había presentado la demanda.

Mediatech presentó un recurso contra dicha resolución alegando que los CD se habían prensado en Austria, país de su domicilio, a instancia de una sociedad británica que los comercializa en un sitio de Internet. Por lo tanto, en su opinión, únicamente eran competentes los tribunales del lugar del domicilio de la demandada, que se encuentra en Austria, o los del lugar donde se había producido el daño, a saber, los del lugar en el que se había cometido la infracción imputada, es decir, el Reino Unido.

La Corte de casación francesa, mediante resolución de 5 de abril de 2012, recibida en el Tribunal de Justicia el 11 de abril de 2012 efectuó una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al art. 267 TFUE (Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea).

El TJUE (Sala Cuarta) declaró, con fecha 3 de octubre de 2013:

“El artículo 5, punto 3, del Reglamento (CE) 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, debe interpretarse en el sentido de que, *en caso de que se alegue una vulneración de los derechos patrimoniales de autor garantizados por el Estado miembro del órgano jurisdiccional ante el que se haya presentado la demanda, éste es competente para conocer de una acción de responsabilidad ejercitada por el autor de una obra contra una sociedad domiciliada en otro Estado miembro y que ha reproducido en éste la referida obra en un soporte material que, a continuación, ha sido vendido por sociedades domiciliadas en un tercer Estado miembro a través de un sitio de Internet accesible también desde la circunscripción territorial del tribunal ante el que se ha presentado la demanda.* Dicho órgano jurisdiccional únicamente es competente para conocer del daño causado en el territorio del Estado miembro al que pertenece”. (Énfasis añadido).

— Anteriormente, y con respecto a la última cuestión del decisorio transcrito, el TJUE había tenido un criterio más amplio. En la sentencia de 25 de octubre de 2011 dictada por la Gran Sala del TJUE en el Asunto que se conoce como “*eDate Advertising & Martinez*”, Casos acumulados C509/09 y C161/10,

⁴³ entendió que la persona que considera lesionados sus derechos de la personalidad mediante un contenido publicado en un sitio de Internet podía ejercitar la acción de responsabilidad ante los tribunales de cada Estado miembro en cuyo territorio dicho contenido hubiera sido accesible pero también podía ejercitarla por la totalidad del daño causado.

Sostuvo “que el art. 5º, nro. 3º, del Reglamento debe interpretarse en el sentido de que, en caso de que se alegue una lesión de los derechos de la personalidad mediante el contenido publicado en un sitio de Internet, la persona que se considera lesionada puede ejercitar una acción de responsabilidad por la totalidad del daño causado, bien ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro del lugar de establecimiento del emisor de esos contenidos, bien ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que se encuentra su centro de intereses. Esa persona puede también, en vez de ejercitar una acción de responsabilidad por la totalidad del daño causado, ejercitar su acción ante los tribunales de cada Estado miembro en cuyo territorio el contenido publicado en Internet sea, o haya sido, accesible. Dichos órganos son competentes únicamente para conocer del daño causado en el territorio del Estado miembro del órgano jurisdiccional al que se haya acudido” (consid. 52)⁴⁴.

La cuestión tiene gran importancia, porque imponer a la víctima la carga de ir a cada Estado a reclamar los daños que se produjeron en ese territorio es demasiado pesada, no solo por las dificultades procesales que implica la promoción de tantas acciones sino porque las cantidades a reclamar no siempre son suficientemente importantes en la relación costo-beneficio ni el responsable tiene un patrimonio ejecutable en los diferentes países.

— Argentina

En el caso que se conoce como “Taringa” (“www.....net y otros s/ procesamiento”, C. Nac. Crim. y Corr., sala 6ª, 29/4/2011⁴⁵ y “Nakayama, Alberto”, C. Nac. Crim. y Corr., sala 6ª, 7/10/2011, MJJ68801) el tribunal de alzada

⁴³ <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=111742&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=519264>.

La autora agradece a Ramón Casas Vallès la gentileza de haberle señalado esta sentencia.

⁴⁴ En la Argentina la justicia nacional en lo civil tuvo un criterio análogo en “Moreno, Norberto Venancio v. Iglesias, Julio y Otro s/daños y perjuicios”. La sala G de la C. Nac. Civ., en sentencia de 21 de marzo de 1994 (L.L. 1995-C-557), confirmó el decisorio de la primera instancia que había dicho “que el monto indemnizatorio no puede limitarse a apreciar las ganancias obtenidas por derechos de autor en la República Argentina (y en España, según los informes que menciona) sino que debe considerarse prudencial y estimativamente lo que pudo percibirse en los países donde Julio Iglesias llevó su canción (además Estados Unidos, países de habla latina, etc.). Luego de considerar lo abonado por SADAIC como una pauta indiciaria, merita que el demandado es coautor de un tercio de la obra, que no puede suponerse gratuitas las cesiones alegadas; también que el éxito de ‘Morriñas’ se ha encontrado indudablemente determinado por la popularidad de Iglesias, y no exclusivamente por el mérito musical de la composición”.

⁴⁵ http://utsupra.com/php/index2.php?base=articulos_penal&id=A00276812565.

confirmó los procesamientos de los imputados —los hermanos Matías y Hernán Botbol y Alberto Nakayama, respectivamente— en orden al delito previsto en el inc. a) del art. 72 de la Ley 11.723, como partícipes necesarios en su calidad de propietarios de “Wiroos SRL”, que contrata el servicio de *hosting* del portal web “*www.taringa.net*”, la posibilidad de compartir y descargar gratuitamente archivos, sin autorización de los autores y demás titulares para publicarlos, facilitando con ello la reproducción ilícita de dicho material. El sitio web “*Taringa.net*”, uno de los sitios de habla hispana más visitados en el mundo —con un importantísimo tráfico de obras protegidas— ofrece a los usuarios la posibilidad de acceder sin restricciones (descargar y compartir) material protegido por el derecho de autor.

El tribunal de alzada destacó que “El funcionamiento como biblioteca de hipervínculos justifica la existencia de la página, que tiene un ingreso masivo de usuarios, percibiendo un rédito económico con la venta de publicidad, la cual en el negocio informático se abarata o encarece en función de la mayor cantidad de visitas que recibe”. Ello posibilitó que los concurrentes divulgaran links permitiendo la descarga de obras cuya propiedad intelectual está protegida —y su consiguiente reproducción ilícita— sin que se hubiera evitado por la administración del sitio, a cargo de los imputados. La defensa de los acusados adujo que las obras literarias no estaban almacenadas en la página “*taringa.net*”, sino en el sitio “*rapidshare*”, cuyos servidores están localizados fuera del territorio nacional, por lo que no podía aplicarse al caso la ley penal argentina.

Los jueces de la alzada recordaron que mas allá de que los links desde los cuales se habrían descargado las obras reproducidas ilegalmente (*rapidshare.com*, *Ashared.com* y *mediafire.com*) estén ubicados fuera de nuestro país, lo cierto es que los servidores del dominio “*taringa.net*” desde donde se ofrecía su descarga (*kui.wiroos.com.ar* y *lanarkwiroos.com*) y cuyos titulares serían los imputados, registran domicilio en la República Argentina. Sin perjuicio de ello, los efectos del delito se habrían producido en el territorio nacional, por lo que en virtud del principio de ubicuidad previsto en el art. 1° del CPen. es procedente la aplicación de la ley penal argentina.

Respecto del agravio de los imputados relacionado con que no se determinó que efectivamente alguna persona hubiera “descargado” los archivos que contenían las publicaciones ilegales, los jueces concluyeron que no debía prosperar, pues se comprobó que las obras fueron reproducidas indebidamente al “colgarlas” en una página web sin los permisos pertinentes por los usuarios cuyos *nicknames* surgían del expediente y a la cual “*Taringa*” redireccionaba la búsqueda de terceros no identificados.

La defensa de Nakayama también sostuvo que no se podía responsabilizar a “*Taringa*” por el uso o contenidos que generaran terceros. Asimismo cuestionó que se permitiera la figura delictiva por omisión, cuando en materia de derecho de autor, solo hay reproche cuando hay un tipo por comisión, y que en este sentido el reprochar que no se efectuara un control sobre lo que hacían los usuarios

no era procedente dado la imposibilidad material de hacerlo. No obstante ello —como se dijo— el Tribunal confirmó el procesamiento del encausado por considerar que sin la intermediación de este portal, las infracciones no se hubieran podido cometer, y que el reproche no era por lo que no habían hecho (omisión) sino porque actuaron al facilitar los medios para hacerlo (comisión).

X. CONCLUSIONES

— Ley aplicable

Como se puso de relieve al inicio de este trabajo, la ley aplicable a las obras protegidas en virtud del art. 5.2º del Convenio de Berna es la ley del país donde se reclama la protección.

Así lo resolvió el *Tribunal de Grande Instance* de París, sala 3ª, sección 2ª, en el caso conocido como Google Libros (“Editions du Seuil et autres v. Google Inc et France”). En sentencia del 18 de diciembre de 2009 el tribunal rechazó la pretensión de la demandada de que se aplicara la ley estadounidense —la *Copyright Act*— cuyo art. 107 establece la excepción del *fair use*⁴⁶.

Google alegaba que, de acuerdo al art. 5.2º del Convenio de Berna, en materia de delitos complejos la ley aplicable es la ley del Estado en cuyo terri-

⁴⁶ El “*fair use*” se desarrolló como doctrina judicial y fue reconocido legalmente como excepción en los Estados Unidos de América, en la *Copyright Act* de 1976:

Art. 107: “Limitaciones a los derechos exclusivos: *Fair use*: Sin perjuicio de las disposiciones de los arts. 106 y 106A, el *fair use* de una obra protegida por el *copyright*, incluyendo dicho uso mediante la reproducción en copias o fonogramas o por cualquier otro medio especificado por ese artículo, con objetivos tales como la crítica, el comentario, la información, la enseñanza (incluyendo copias múltiples para su uso en clase), el estudio o la investigación, no es una violación del derecho de autor.

Para determinar si en un caso en particular el uso de una obra es un *fair use* se tomarán en cuenta, entre otros, los siguientes factores:

- 1) el propósito y las características del uso, incluyendo si es de naturaleza comercial o bien para propósitos educativos sin fines de lucro;
- 2) la naturaleza de la obra protegida por el *copyright*;
- 3) la extensión e importancia de la parte utilizada en relación con la totalidad de la obra protegida por el *copyright*; y
- 4) el efecto del uso con respecto al mercado potencial al cual está destinada la obra o el valor de ésta.

El hecho de que una obra no esté publicada, no impide por sí mismo que se considere que existe un *fair use*, si el análisis es realizado considerando todos los factores arriba mencionados”.

Se trata de una excepción *abierta* y constituye una importante limitación general del derecho exclusivo del *copyright* que autoriza la utilización libre y gratuita de una obra protegida para la realización de una copia para uso personal, para citas con fines docentes, de investigación o de crítica, para reseñas de prensa, etcétera. Sin embargo, si bien la mayoría de las legislaciones admiten estas excepciones, lo hacen con características diferentes. Así, en los países que siguen la concepción continental europea o latina del “derecho de autor” las legislaciones contienen disposiciones que expresamente las autorizan —bajo ciertas condiciones— por ejemplo, respecto de la reproducción de obras protegidas para uso personal, en un solo ejemplar y sin fines de lucro; en relación con las reseñas de prensa, etcétera. En cambio, en los Estados Unidos esas reproducciones de obras protegidas se consideran desde el punto de vista de la excepción general de *fair use*.

torio se cometieron los actos controvertidos y, en el caso, la digitalización había sido realizada en los Estados Unidos, donde tanto esos actos de digitalización de las obras para las necesidades del servicio Google Libros como los actos de comunicación pública de extractos de dichas obras en el marco de ese servicio, respondían a las condiciones impuestas por el *fair use* y no constituían, por tanto, infracciones a los derechos de los demandantes.

Estos argumentos fueron desestimados por el tribunal que consideró aplicable la ley francesa y que Google había infringido los derechos de los titulares al digitalizar y al difundir extractos de los libros franceses sin autorización de dichos titulares. En consecuencia, prohibió a Google Inc. continuar esas actividades bajo pena de astreintes de 10.000 euros por día de retraso y condenó a la empresa estadounidense demandada a pagar 300.000 euros por daños y perjuicios a los accionantes, así como un euro al Sindicato nacional de la edición y a la *Société des Gens de Lettres*.⁴⁷

Anteriormente, otra sección (la 1ª) de la misma sala 3ª del TGI de París, en el caso “SAIF v. Google France y Google Inc.”, en resolución del 20 de mayo de 2008⁴⁸ había hecho lugar a la aplicación de la ley estadounidense —y de la excepción del *fair use*— por considerar que la ley del país donde se reclama la protección es la ley *del lugar del hecho generador del daño*. Y por aplicación del *fair use* estadounidense concluyó que Google no infringía el derecho de autor al permitir a los usuarios de su motor de búsqueda Google Imágenes que vieran en forma de miniaturas las fotografías pertenecientes al repertorio de la SAIF⁴⁹. Por otra parte consideró que la reducción de las obras al tamaño de miniaturas y en una resolución de inferior calidad no constituía una desnaturalización de las obras sino una simple adaptación necesaria para la información del usuario.⁵⁰

Esta resolución fue recurrida y la Corte de Apelación de París (Pôle 5, sala 1ª), el 26 de enero de 2011 sostuvo —a diferencia del TGI— que no se puede discutir seriamente que la ley aplicable en materia de derecho de autor sea la del país donde se reclama la protección, de acuerdo al art. 5.2º del Convenio de Berna, y que a fin de dirimir el litigio, el país de recepción del servicio constituía un vínculo de proximidad mucho más lógico que aquel en el que el servicio se originó. Por consiguiente, la decisión apelada fue revocada en tanto había dispuesto la aplicación de la *Copyright Act* de 1976 en vez de la legislación francesa.⁵¹

⁴⁷ www.legalis.net/?page=jurisprudence-decision&id_article=2812.

⁴⁸ www.legalis.net/?page=jurisprudence-decision&id_article=2342.

⁴⁹ *Société des Auteurs des arts visuels et de l'Image Fixe* (SAIF).

⁵⁰ www.juriscom.net/jpt/visu.php?ID=1067.

⁵¹ www.juriscom.net/jpt/visu.php?ID=1285

— *Jurisdicción competente*

Dado el carácter plurijurisdiccional de las explotaciones en línea, ya que en Internet la información puede ser accesible simultáneamente a una cantidad ilimitada de personas en todo el mundo, los fallos reseñados permiten advertir que los tribunales de distintas jurisdicciones nacionales coinciden en la necesidad de que exista una conexión o vínculo sustancial como determinante de la jurisdicción competente. Ese vínculo se manifiesta de diferentes formas, pero se toman en cuenta los elementos que permiten inferir que el sitio está destinado al público localizado en determinado territorio el cual, por ello, resulta ser un foro razonable. De esta forma se procura aventar el tan temido recurso del *forum shopping*⁵².

⁵² *Forum shopping* —o búsqueda del órgano jurisdiccional más ventajoso— es un concepto propio del Derecho internacional privado. La persona que inicia la acción puede verse tentada a elegir un foro no porque sea el más adecuado para conocer del litigio, sino porque las normas sobre conflictos de leyes que este tribunal utilizará llevarán a la aplicación de la ley que más le convenga al accionante (http://ec.europa.eu/civiljustice/glossary/glossary_es.htm#ForumShop).

BIBLIOGRAFÍA

LEVINE, ROBERT, *PARÁSITOS. CÓMO LOS OPORTUNISTAS DIGITALES ESTÁN DESTRUYENDO EL NEGOCIO DE LA CULTURA*, MADRID, ARIEL/INSTITUTO IBERCREA, 2013, TRADUCCIÓN DE FERRÁN CABALLERO Y VICENTE CAMPOS DE *FREE RIDE: HOW DIGITAL PARASITES ARE DESTROYING THE CULTURE BUSINESS, AND HOW THE CULTURE BUSINESS CAN FIGHT BACK*, DOUBLEDAY, 2011*

Por JANE C. GINSBURG**

La piratería digital penetra actualmente en todos los sectores de la actividad autoral. Mi propia experiencia evidencia que las copias ilegales que circulan libremente no solo flagelan a la industria del entretenimiento. Cuando comencé a dar clases en mi curso de Métodos Legales (introducción al razonamiento legal), el semestre de otoño (en el hemisferio norte) de este año, noté imágenes de mi Manual en las pantallas de las computadoras de varios estudiantes. Desconcertada, porque no había autorizado una edición electrónica de mi Manual, le pregunté a mi editor si aun así había producido una versión electrónica. El editor, sin embargo, estaba tan sorprendido como yo, y rastreeó el origen (¿o un origen?) de las copias digitales: un sitio web que parecía oficial (cuyo URL no divulgaré) en el que cada libro para la escuela de derecho y otras disciplinas (y había muchos, incluyendo otro de mis manuales y muchos títulos de mis colegas de Columbia) está listado en páginas individuales, con descripciones cortadas y pegadas de los catálogos editoriales, y un botón que ostentaba la frase “haga clic para descargar gratis”.

El sitio web, obviamente destinado a estudiantes universitarios estadounidenses, afirma ser un sitio de “intercambio”, y resulta que se origina en los Países Bajos, fuera del alcance del derecho de autor de los Estados Unidos. Claro está, todas las solicitudes de mi editor de remoción de libros piratas han sido ignoradas. Y cuando el editor intentó publicar un comentario en el sitio, ad-

* Traducción de Melisa Espinal.

** Titular de la cátedra Morton L. Janklow de Propiedad Literaria y Artística en la Escuela de Derecho de la Universidad de Columbia (New York), en la cual dirige el Centro Kernochan de Derecho, Medios de Comunicación y Artes. Enseña Métodos Legales, Copyright y Derecho de Marcas y es autora o coautora de numerosos libros y artículos sobre estos temas.

virtiendo que las copias ofrecidas para descarga eran ilegales, el administrador del sitio removió el aviso (demostrando así la capacidad del sitio para remover contenido no deseado por cuenta propia; depende solo de qué contenido y quién no lo desea).

Este episodio me pareció extremadamente irritante, pero la pérdida de una porción de mis exiguas regalías no comprometerá ni mi bienestar material, ni mi capacidad de producir otros tomos para mortificar a estudiantes de derecho u otros aportes (hasta ahora humildes) a la doctrina legal. Los profesores de derecho pueden permitirse ser altruistas, razón por la cual no sorprende que tantos de ellos aboguen con entusiasmo por los proveedores de la “cultura gratis”. Sus ímpetus por regalar sus obras son completamente loables. Sin embargo, su calidad de encomiables se suspende ante la concomitante campaña de regalar las obras de *otros* autores.

El impacto de los sitios de “intercambio” y otras empresas parasitarias similares sobre los autores que viven de la creación de sus obras y, por lo tanto, sobre el futuro de la creatividad, preocupa a Robert Levine. En *Parásitos. Cómo los oportunistas digitales están destruyendo el negocio de la cultura*, Levine nada contra la marea de “la información quiere ser gratis” (demasiado popular en la prensa popular) para revelar los intereses comerciales que se benefician de la liberación del contenido. Como lo afirma Levine, “En Silicon Valley, la información que quiere ser gratis es casi siempre la información que pertenece a otra persona”. Levine exhorta a la protección efectiva de derecho de autor no solo en beneficio de autores y titulares de derechos, sino por el bien de nuestra cultura futura. La comunicación y copiado no autorizados de obras pueden gratificar a los consumidores en el corto plazo, pero Levine predice que “Al convertir en esencialmente opcional el pago por contenidos, la piratería ha fijado el precio de los bienes digitales en cero. El resultado es una carrera hacia el abismo, y la inevitable respuesta de las compañías de medios han sido los recortes; primero en plantilla, luego en ambición y finalmente en calidad”.

El libro de Levine es aun más refrescante y aun más necesario a la luz de la debacle de las leyes SOPA-PIPA en el Congreso de los Estados Unidos y del circo del ACTA en el Parlamento de la Unión Europea, ambos eventos poco felices posteriores a la publicación original en inglés de *Parásitos*. No sería demasiado severo afirmar que, por lo menos en los Estados Unidos, mucha de la cobertura de prensa que recibieron los proyectos de ley pendientes ante el Congreso fue absolutamente indolente. Más que leer el texto (verdaderamente largo y tortuoso) de los proyectos de ley, muchos de los reporteros que me contactaron admitieron que buscaban la frase con gancho, la cita citable. Así, en lugar de examinar de manera crítica las afirmaciones de los proponentes y oponentes de la legislación, gran parte de la prensa simplemente le hizo el juego a demagogos, quienes probaron ser tanto más numerosos como populares entre los oponentes. Esos proyectos de ley hubiesen proporcionado un remedio contra los sitios web piratas en el extranjero que tenían como objetivo usuarios esta-

dounidenses (como el sitio que está “compartiendo” mis libros); en su lugar, mi editor e innumerables otros editores y autores sufren frustración y disminución de ganancias, un lamentable presagio para la futura producción profesional de obras.

Hago énfasis en la palabra “profesional” porque los autores, editores y productores cuya subsistencia y modelos de negocios son protegidos por el derecho de autor son las especies que Robert Levine percibe como amenazadas con el surgimiento de empresas “parasitarias” de internet, como Google, YouTube, sitios de intercambio de archivos musicales y cualesquiera otras empresas que dependen de contenido protegido por derecho de autor pero que no pagan por él. Muchos de los capítulos del libro examinan cómo internet ha afectado a varios sectores de la actividad creativa —música, libros, periodismo, televisión, películas—. Los dos años intermedios no han confirmado todas las nefastas predicciones de Levine; por ejemplo, la llegada de servicios legales de transmisión en continuo de música como Spotify y Pandora parece, finalmente, haber contenido el flujo de pérdidas. Dicho esto, apenas salir de las cifras rojas nos da una vaga razón para celebrar, especialmente dado que la compensación que los autores han recibido hasta ahora es muy modesta.

El primer y tercer capítulo del libro establecen el marco legal, tanto la génesis representada por la *Digital Millennium Copyright Act* de 1998 (que si bien estaba destinada a adaptar el derecho de autor para hacer frente a los desafíos de la era digital, efectivamente proporcionó el cuaderno de estrategias para muchas de las actividades oportunistas que Levine deplora) como las actuales actividades de presión para disminuir aun más al derecho de autor. Levine abre los ojos de sus lectores sobre el carácter no desinteresado de los esfuerzos de reforma legislativa de muchos académicos y promotores de políticas públicas: las compañías de tecnología, especialmente Google o sus funcionarios, esencialmente aseguran la consideración de sus objeciones a la protección de derecho de autor.

Levine también confronta lo que podríamos llamar el romanticismo del contenido generado por usuarios. Ahora, que es tan fácil publicar las obras propias de manera independiente ¿quién necesita editores (o empresas discográficas, o productores cinematográficos...)? Una vez que se desvanecen los costos de producción y distribución de copias impresas y tradicionales, todo lo que queda es el contenido intelectual, y muchas personas crean por amor, no por dinero. Incluso aquellos que quieren recibir un pago, pueden cobrarlo a sus usuarios directamente. En un mundo de diseminación generalizada (si la remuneración es incierta), los intermediarios de distribución está condenados a la extinción. Levine detalla las falacias de este tipo de posición: producir y distribuir copias físicas representa muy poco de lo que los editores hacen. Éstos agregan valor al seleccionar, editar (bueno, quizás) y mercadear libros —esfuerzos para los cuales los autores no son los más idóneos—. Podría decirse que los autores pueden subcontratar esas tareas, aunque dar seguimiento a cómo sus delegados las ejecutan podría distraer a los autores del trabajo real de escribir. La misma

observación se aplica a otras formas de remuneración, como los honorarios por giras de charlas, que solían ser un accesorio a las ganancias por regalías, y que ahora algunos esperan que los reemplacen.

Levine puede presentar su argumento más contundente a favor de los editores (y sus equivalentes fuera del sector del libro) cuando hace énfasis en los costos iniciales que los editores asumen. Es decir, el adelanto que el editor le paga al autor le permite a este último vivir mientras emplea el tiempo necesario, que a veces es considerable, en investigar y escribir el libro. Podría responderse que internet brinda una alternativa incluso a los adelantos, a través de apelaciones a la audiencia como Kickstarter. Pero además de quitar tiempo a los autores, este tipo de campaña tiende a requerir animación constante en forma de frecuentes boletines suplicantes de sus beneficiarios —el sistema de petición de limosnas corre el riesgo de saturarse—. Una cosa es obtener financiamiento de esta forma para el libro, CD u obra audiovisual ocasional; pero si cada creación literaria o artística requiriese su propio evento de recaudación de fondos, no está claro para nada que podamos brindar medios de subsistencia a la mayoría de los autores durante el período de gestación de sus obras. Por esta razón, Rob Levine tiene un aliado en Lord Macaulay (citado con frecuencia por detractores del derecho de autor por haber declarado que este era “sumamente malo”), quien en 1841 (en el mismo discurso) reconoció —proféticamente, a la luz de los acólitos del derecho de autor aficionado de hoy en día— lo siguiente:

“Las ventajas que surgen de un sistema de derecho de autor son obvias. Es conveniente que tengamos un buen suministro de buenos libros; no podemos tener ese suministro salvo que los hombres de letras sean remunerados generosamente; y la forma menos objetable de remunerarlos es a través del derecho de autor. La instrucción literaria y el entretenimiento no pueden depender del tiempo libre de hombres ocupados en las tareas de la vida activa. Dichos hombres pueden producir ocasionalmente composiciones de gran mérito. Pero no debemos esperar de esos hombres obras que requieran meditación profunda e investigación prolongada. Las obras de ese tipo sólo pueden esperarse de personas que hagan de la literatura su empresa de vida... Dichos hombres deben ser remunerados por su labor literaria...”.

Aunque las cosas están mal, *Parásitos* no es implacablemente desalentador. Los últimos capítulos ofrecen comparaciones, propuestas y predicciones. Por medio de comparación, Levine vuelve la mirada a la Unión Europea, donde a pesar de la persistencia de la piratería —para muestra *Pirate Bay*—, muchos tribunales y gobiernos nacionales han sido menos propensos al *laissez faire* a Google. En el aspecto normativo, Levine favorece las “licencias globales” de contenido a proveedores de servicios de internet, quienes cobrarían una tarifa mensual adicional a sus suscriptores de acceso a internet. Las ganancias serían distribuidas por las sociedades de gestión colectiva (como ASCAP y BMI) a sus miembros. Sin embargo, Levine reconoce la gran dificultad que existe para lograr que los titulares de derecho de autor participen, particularmente en un

mercado en el que (principalmente por razones antimonopolio) las sociedades de gestión colectiva juegan un papel mucho menor que en la Unión Europea. Además, las licencias globales pueden parecer una buena idea cuando no hay una forma rentable de conceder licencias de manera más individualizada. A medida que la explotación digital se mueve del copiado masivo (p. ej. intercambio de archivos) al suministro de acceso a obras de autoría, las posibilidades de controlar el acceso y cobrar por él pueden ofrecer mejores expectativas para modelos de negocios en internet exitosos.

Finalmente, viendo al futuro, Levine sugiere que no obstante la seductora retórica de internet “abierta”, las plataformas cerradas como iTunes pueden brindar un ambiente más hospitalario para el comercio legítimo de obras. Levine también hace énfasis en la importancia de una aplicación nacional e internacional efectiva del derecho de autor, y cita esperanzado (y ahora leemos con tristeza) los esfuerzos legislativos que, después de la publicación del libro, degeneraron en la peor ruta de política pública que el derecho de autor ha sufrido hasta ahora. Aun así, Levine acoge las “maravillas” que internet ha producido, sin dejar de reconocer la paradoja de que “Nunca ha sido tan sencillo distribuir obras de creación. Al mismo tiempo, nunca ha sido tan difícil que te las paguen”. Levine es un apasionado creyente en la necesidad de desarrollar un mercado digital funcional, no sólo para que los autores reciban un pago, sino también para que internet esté a la altura de “todo su potencial” para distribuir y, más importante aun, para fomentar creaciones de calidad.

ANTEQUERA PARILLI, RICARDO, *DERECHOS
INTELECTUALES Y DERECHO A LA IMAGEN
EN LA JURISPRUDENCIA COMPARADA,*
MADRID, REUS/AISGE, 2012

Por GUSTAVO SCHÖTZ*

La obra bajo comentario es la última que publicara en vida el querido profesor Ricardo Antequera Parilli. Cuando se me encargó la preparación del presente, todavía era muy nueva la noticia de su enfermedad. Su reciente deceso nos deja a todos quienes lo conocimos y tratamos con un gran vacío, aunque poblado de felices recuerdos. Agradezco, entonces, que se me haya solicitado este comentario, porque es un modo de traer al presente los buenos y pacíficos momentos que compartimos. Si bien el trato que tuve con Ricardo es de hace pocos años, logramos buena sintonía, y su carácter afable y sincero permitió que fuéramos más allá de las consideraciones profesionales y académicas. En concreto, respecto de este libro, me manifestó que su principal interés en publicarlo radicaba en poder hacerle un homenaje a su madre como figura en la dedicatoria. Sentía hacia ella un afecto enorme, le había golpeado fuerte su deceso pese a ser previsible por la avanzada edad de ella.

Creo que ese párrafo, la dedicatoria a su madre, pinta a Ricardo de cuerpo entero, porque también él era apasionado por el estudio, tierno y afectuoso, solidario, fuerte en las adversidades. En este último aspecto, era inevitable que en todas las últimas veces que hablamos me manifestara su dolor por su querida patria, Venezuela, a la que veía herida y dividida. Así y todo, pese a las dificultades crecientes para ejercer su profesión o la libertad de expresión, quería seguir allí, sin escapar de sus responsabilidades ciudadanas. Recuerdo que debimos acomodar la agenda de sus últimas clases para que pudiera ejercer su derecho a voto.

Esta obra es el fruto maduro de un “huerto” que Ricardo cultivaba con esmero y pasión: el portal de jurisprudencia internacional sobre el derecho de

* Profesor asociado en la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, en Contratos Civiles y Comerciales, Derecho Internacional Privado y Propiedad Intelectual. Director del Centro de la Propiedad Intelectual y de la Maestría en Propiedad Intelectual de la Universidad Austral.

autor y derechos conexos del CERLALC. Su generosidad se ponía allí de manifiesto de modo evidente, y a su vez le permitía analizar cientos de fallos de todo el continente y más allá, de modo que a la actualidad y comprehensividad él agregó su síntesis, criterio y sabiduría. Este libro es el resultado de aplicar ese método, para extraer los principios de la praxis, y así modelar la práctica jurídica ulterior¹.

Aplicó esa tarea inductiva a las obras fotográficas, el plagio, los intérpretes audiovisuales y el derecho a la imagen, que son las cuatro partes en que se divide la obra. Cuatro temas de “vacancia” en la literatura especializada, por decirlo de algún modo, ya que hasta el momento no habían sido analizados en la literatura castellana con la profundidad que lo hizo el Dr. Antequera Parilli en la obra bajo comentario.

Así, va hilvanando los fallos más destacados de cada asunto, junto a sus comentarios, críticas y alabanzas, en un tono sencillo pero profundo, llegando a la médula de los problemas. A modo de ejemplo, cuando analiza la relación entre plagio, las ideas y las formas de expresión (pp. 88 y ss.), distingue de modo claro y distinto, los modos de expresión de la idea, y el nivel de originalidad requerido, tanto para el conjunto como para los elementos expresivos considerados en su individualidad; queda como resultado el aporte creativo que representa la expresión particular del autor. El lector podrá hacer aplicación luego de ese método y los principios que de allí emanan a un nuevo caso.

También compara los resultados de sus pesquisas con la legislación vigente en los distintos países, otra gran tarea sólo posible luego de tantos años de recorrer el continente enseñando los fundamentos del derecho de autor, y de su colaboración con la OMPI en la proposición de legislaciones modelo. Doctrina, legislación y jurisprudencia se van así entremezclando, dando como resultado un acabado mosaico de principios y criterios útiles para resolver los casos futuros. Es muy gratificante para el lector este compartir dialógico del “ver más allá”, las consecuencias a veces impredecibles de los textos legales o las sentencias caprichosas o arbitrarias. A modo de ejemplo, invito a releer su crítica al “plagio de ideas” de algunos fallos referidos a métodos de procedimiento (ps. 95 y ss.).

Es mucho de agradecer el nivel de detalle en la estructuración de los temas. Basta con leer el índice de la obra, que resulta una guía clarísima para el lector curioso. Sin embargo, al adentrarse en cada uno de los tópicos, no deja de sorprender la minuciosidad en desmembrar un asunto en tantas partes como sea necesario, cual microscopio aplicado a un objeto que a simple vista engaña por su unidad aparente. Así y todo, es igual de relevante el amplio panorama que nos presenta el Dr. Antequera, al mostrar el detalle sin perder la perspectiva del conjunto, permitiéndonos ver cómo el derecho es un sistema. A modo de

¹ El autor ya había realizado una tarea semejante en una obra anterior: *Estudios de derecho industrial y derechos de autor: análisis de jurisprudencia*, Colombia, Pontificia Universidad Javeriana, 2009.

ejemplo, aborda las interrelaciones de la propiedad intelectual con la libertad de expresión de la parodia, el derecho a trabajar con el derecho a la intimidad, los derechos humanos y las garantías constitucionales con los intereses individuales y sociales. A modo de ejemplo, el plagio no sólo afecta al autor damnificado sino también a la fe pública y al patrimonio cultural (ps. 85 y ss.).

En esa búsqueda de un sistema, el uso de la jurisprudencia que hace Ricardo Antequera implica acudir al método problemático/aporético de la tópica jurídica, propuesto por Theodor Viehweg. Allí se establece que el planteo problemático requiere primero identificar la cuestión que resulta acuciante e ineludible, para luego intentar descubrir cuáles son los “tópicos”, los datos desde donde responder a la situación planteada². Por tanto, si la solución no está en el sistema, o bien no existe un sistema, entonces hay que dirigir la mirada primero al problema. Una serie de deducciones pueden constituir un sistema, pero si la solución no está allí, es decir si el problema resulta irresoluble, o la cadena de razonamientos no elimina el problema, que aparece por doquier, la solución sólo puede provenir de un sistema distinto. El problema mismo busca un sistema que le aporte la solución³.

En definitiva, así es como actúa el derecho: sin las adecuadas descripciones no son posibles justas prescripciones⁴. Se trata de establecer lo justo aquí y ahora, por lo que, desde la tópica, los enunciados no serán definitivos. Finalmente, habrá que acudir al sistema como un lugar donde se encuentran los principales *topoi*, es decir las normas válidas y vigentes, intentando no quedarse en la “correcta comprensión” sino en la “acción correcta”, qué es lo adecuado para resolver el conflicto. Así hace el autor con las dificultades que plantean las obras fotográficas, o cualquiera de los otros temas a los que se aboca el autor bajo comentario⁵.

No deja de llamar la atención su afán por estar al día de los últimos desarrollos tecnológicos y cómo impactan en la aplicación del derecho. Así, analiza

² Cfr. CIANCIARDO, Juan, “Problema y sistema, una aproximación al pensamiento de Theodor Viehweg”, en *Anuario de filosofía jurídica y social*, vol. 25, Buenos Aires, 2006, ps. 33-41.

³ Cfr. VIEHWEG, THEODOR, *Tópica y jurisprudencia*, trad. de Luis Díez-Picazo Ponce de León, Madrid, Taurus, 1986, pp. 49 y 56-57.

⁴ A Antequera no le es ajena la tarea valorativa. En la conformación de los *topoi*, resulta útil hacer referencia a las acepciones del “valor” consideradas por Goldschmidt. Los valores tienen una primera misión de indicador del “deber ser ideal”, independientemente de cómo se juzgue su vigencia. Luego, el valor realiza “valoraciones”, mide y estima los hechos sociales. En caso de que el valor no se realice, y esto de lugar a repartos injustos, surge un deber ser actual que reclama un cambio de la realidad, para adaptarla al valor. Finalmente, los valores actúan como orientadores de la conducta humana, para que esta se adapte, mediante el actuar en las virtudes, a los bienes objetivos que los valores trasuntan. Cfr. GOLDSCHMIDT, *Introducción al derecho*, numerales 128-134.

⁵ Cfr. CANARIS, Claus-Wilhelm, *El sistema en la jurisprudencia*, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1998, trad. de la 2ª ed. alemana de Juan Antonio GARCÍA AMADO (*Systemdenken und Systembegriff in den Jurisprudenz: entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts*, 2, überarbeitete Auflage, Berlin, 1983, p. 180.

las llamadas “meras fotografías”, entendidas como aquellas donde la personalidad humana poco tiene que decir en la creación intelectual, ya que constituyen la aplicación de una tarea mecánica sin creatividad. También se sumerge en las transmisiones de internet, sean en tiempo real o bien *on demand*, para analizar los derechos de los intérpretes. No ahorra esfuerzos en analizar el supuesto de hecho que originará la adecuada solución de un caso. Los matices y circunstancias son así concluyentes. Leyendo la obra del profesor Antequera, se aplica a la perfección la recomendación que hiciera Larenz, en cuanto la necesidad de descubrir la “naturaleza de la cosa” o de una determinada institución, que implica un sentido del ser propio de las relaciones humanas y cognoscibles al menos parcialmente⁶. En ese análisis de las situaciones, el profesor Antequera nos pone de manifiesto las esferas prepositivas que hay en los principios ético-jurídicos y de la convicción general. Queda claro que los principios se forman primero inconscientemente, “en un largo proceso que transcurre subterráneamente (...), hasta que luego lo obvio, el hallazgo de una idea hasta entonces no formada todavía, encuentra de repente una formulación convincente, que se distancia de la mera interpretación y construcción de lo positivamente existente”⁷.

Aquí se nos presenta el principal e invaluable aporte de la tópica: cuando faltan las valoraciones legales suficientes o no existe todavía un sistema. De aquí que Ricardo Antequera trate de mostrar cómo es el proceso de formación de los principios jurídicos. No hace una derivación inductiva de la ley de acuerdo a su contenido objetivo de sentido, porque esa ley no siempre existe, ni tampoco los deduce de un sistema de derecho natural ni de un orden jerárquico estable de valores esenciales por sí mismos. Acude a los lugares comunes, criterios, argumentos, fórmulas de búsqueda, directivas argumentativas, que permitan orientar la solución del problema. Al modo de quien revuelve en un “almacén de provisiones” en busca de la herramienta adecuada para lograr la mejor aproximación. Por tanto, el profesor Antequera no prescinde de las referencias valorativas que están detrás de las normas, ya que ello sería falsificar necesariamente la conexión de sentido peculiar del derecho, la cual no es de naturaleza lógico-formal, sino teleológica⁸.

La lectura muestra cómo ha logrado sistematizar una realidad sólo en apariencia anárquica o caprichosa. En su “laboratorio”, logró armar el rompecabezas de los principios aparentemente ausentes. Nos muestra así un “cajón de sastre” compuesto en su gran mayoría con los criterios jurisprudenciales, relativamente homogéneos en las distintas jurisdicciones.

⁶ Cfr. LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, Barcelona, Ariel, 1994, p. 147.

⁷ *Ibidem*.

⁸ Cfr. LARENZ, *Metodología...*, cit., pp. 173-174. La única forma de pensamiento sistemático, tanto para la ciencia jurídica como para la filosofía práctica es el sistema abierto y en parte móvil, que está destinado a ser puesto en tela de juicio, y en cierta medida siempre en construcción.

Un asunto no menor, cara a la recomendación de esta obra, es el estilo ameno y ágil. Nos recuerda mucho a sus clases. La presentación pintoresca y “desacartonada” de los casos era siempre seguida de un debate vivo, abierto y reflexivo. Al mismo tiempo, era altamente responsable para cumplir con el temario comprometido, riguroso en la preparación, exigente en la organización. Como no podía ser de otra manera, volcó en la obra su modo de ser.

Gracias, muchas gracias, Ricardo.

Se terminó de imprimir en la 2da. quincena de noviembre de 2014
en los talleres gráficos de La Ley S.A.E. e I. - Bernardino Rivadavia 130
Avellaneda - Provincia de Buenos Aires - República Argentina

