

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 cuando 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 indubitadamente 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.