

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”<sup>1</sup>.

\* 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.

<sup>1</sup> 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)<sup>2</sup>, 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)<sup>3</sup> como porque sus disposiciones sustantivas han sido incorporadas por referencia, primero al AADPIC<sup>4</sup> (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 obra<sup>5</sup>) y, luego, al ya mencionado TODA/WCT (art. 1.4<sup>6</sup>).

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 utilizaciones 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.

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> [www.wipo.int/export/sites/www/treaties/fr/documents/pdf/berne.pdf](http://www.wipo.int/export/sites/www/treaties/fr/documents/pdf/berne.pdf).

<sup>4</sup> Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (AADPIC) de la Organización Mundial del Comercio (OMC).

<sup>5</sup> 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”.

<sup>6</sup> 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. 5.1<sup>7</sup>) y la Convención Universal (art. II, juntamente con los puntos de vinculación a la Convención<sup>8</sup>)— 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. 7.8<sup>9</sup>, y en la Convención Universal, art. IV.4, a<sup>10</sup>) y el *droit de suite* (Convenio de Berna, art. 14 ter.<sup>11</sup>) 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

<sup>7</sup> 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, (...)”.

<sup>8</sup> 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”.

<sup>9</sup> “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”.

<sup>10</sup> “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”.

<sup>11</sup> 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,<sup>12</sup> 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*<sup>13</sup>. Como es sabido, la mayoría de los reclamos de protección de obras extranjeras son motivados por utilidades 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:

<sup>12</sup> 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.

<sup>13</sup> 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.<sup>14</sup>

<sup>14</sup> 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”.<sup>15</sup>

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

<sup>15</sup> 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 digital<sup>16</sup> y los arts. 8º, 10, 11 y 12.<sup>17</sup>

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

<sup>16</sup> 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”.

<sup>17</sup> 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 TODA<sup>18</sup>).

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. 1.4º<sup>19</sup>.

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

<sup>18</sup> 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”.

<sup>19</sup> 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”<sup>20</sup>.

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 material<sup>21</sup>.

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 —*concurrentia jurisdiccional*—) y la carencia de un sistema uni-

<sup>20</sup> C. Nac. Civ., sala B, 26/12/1997, “S. M., M. C. v. A., P. C.”, LL 1998-D-144.

<sup>21</sup> 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 compleja<sup>22</sup>.

### 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 foro<sup>23</sup>.

<sup>22</sup> POCAR, F. *La protection de la partie faible en droit intrernational privé*, París, Recueil des cours, 1994, vol. 188, pp. 397-99.

<sup>23</sup> 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. 11<sup>24</sup> y 12<sup>25</sup>.

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 produjeren 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 foro<sup>26</sup>.

#### 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?

<sup>24</sup> 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”.

<sup>25</sup> 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”.

<sup>26</sup> 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.<sup>27</sup> 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

<sup>27</sup> *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” California<sup>28</sup>. 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* federal<sup>29</sup>. 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 caso<sup>30</sup>.

#### — 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,

<sup>28</sup> 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—).

<sup>29</sup> 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*).

<sup>30</sup> 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.”<sup>31</sup>

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*<sup>32</sup> (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,

<sup>31</sup> [www.minefi.gouv.fr/directions\\_services/daj/lettre/2007/lettre22/competence\\_territoriale.pdf](http://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.

<sup>32</sup> 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 comenta<sup>33</sup> 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.

<sup>33</sup> *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 2007<sup>34</sup> 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.<sup>35</sup>

— “Real Madrid, Zidane y otros v. Unibet y otros”<sup>36</sup>

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.

<sup>34</sup> [www.droit-technologie.org/upload/jurisprudence/doc/229-1.pdf](http://www.droit-technologie.org/upload/jurisprudence/doc/229-1.pdf).

<sup>35</sup> [www.droit-technologie.org/jurisprudence/details.asp?id=229&seo=ok](http://www.droit-technologie.org/jurisprudence/details.asp?id=229&seo=ok).

<sup>36</sup> [www.droit-technologie.org/jurisprudence-256/real-madrid-zidane-et-autres-c-unibet-et-autres.html](http://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.<sup>37</sup>

— “Florence et Clara G. v. République du Chili” (en la apelación: “République du Chili v. Florence et Clara G.”)<sup>38</sup>

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 2011<sup>39</sup>, la decisión de la Corte de Apelación de París

<sup>37</sup> [www.droit-technologie.org/actuality-1139/pour-la-cour-d-appel-la-competence-des-juges-francais-necessite-un-li.html](http://www.droit-technologie.org/actuality-1139/pour-la-cour-d-appel-la-competence-des-juges-francais-necessite-un-li.html)

<sup>38</sup> [www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id\\_article=2730](http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=2730).

<sup>39</sup> [www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id\\_article=3142](http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=3142)

(*Pôle 1, 2ème chambre*) que había considerado el 2 de diciembre de 2009<sup>40</sup> 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”.<sup>41</sup>

— *Tribunal de Justicia de la Unión Europea*

— “Peter Pinckney v. KDG Mediatech AG”, TJUE (Sala Cuarta) de 3 de octubre de 2013<sup>42</sup>.

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-

<sup>40</sup> [www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id\\_article=2795](http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=2795)

<sup>41</sup> 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](http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=3145)).

<sup>42</sup> [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\\*](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,

<sup>43</sup> 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)<sup>44</sup>.

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, 29/4/2011<sup>45</sup> y “Nakayama, Alberto”, C. Nac. Crim. y Corr., sala 6ª, 7/10/2011, MJJ68801) el tribunal de alzada

<sup>43</sup> <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.

<sup>44</sup> 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”.

<sup>45</sup> [http://utsupra.com/php/index2.php?base=articulos\\_penal&id=A00276812565](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*<sup>46</sup>.

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-

<sup>46</sup> 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 fonograbaciones 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 titular 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*.<sup>47</sup>

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 2008<sup>48</sup> 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 SAIF<sup>49</sup>. 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.<sup>50</sup>

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.<sup>51</sup>

<sup>47</sup> [www.legalis.net/?page=jurisprudence-decision&id\\_article=2812](http://www.legalis.net/?page=jurisprudence-decision&id_article=2812).

<sup>48</sup> [www.legalis.net/?page=jurisprudence-decision&id\\_article=2342](http://www.legalis.net/?page=jurisprudence-decision&id_article=2342).

<sup>49</sup> *Société des Auteurs des arts visuels et de l'Image Fixe* (SAIF).

<sup>50</sup> [www.juriscom.net/jpt/visu.php?ID=1067](http://www.juriscom.net/jpt/visu.php?ID=1067).

<sup>51</sup> [www.juriscom.net/jpt/visu.php?ID=1285](http://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*<sup>52</sup>.

<sup>52</sup> *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](http://ec.europa.eu/civiljustice/glossary/glossary_es.htm#ForumShop)).