

LA UTILIZACIÓN DE OBRAS EN INTERNET EN LA ARGENTINA¹

Fernando Juárez²

I. INTRODUCCIÓN

El nacimiento y la evolución del derecho de autor siempre ha estado vinculado de alguna manera, a algún hecho o acontecimiento tecnológico. Así como la imprenta de tipos móviles (Siglo XV) ayudó a que surjan los primeros atisbos de legislación positiva, y el fonógrafo, la televisión y la comunicación satelital incidieron en la utilización de obras y la forma de regulación de los derechos que los autores tenían sobre ellas o los intérpretes sobre sus interpretaciones; la aparición de la red global de internet también trajo nuevas cuestiones que las legislaciones positivas debieron o deberían atender.

La inmaterialidad de la obra y el don de ubicuidad que la caracteriza no permiten su custodia física.³ Una vez que las mismas se publican se hace muy difícil controlar sus distintas reproducciones y comunicaciones. Esta dificultad adquiere mayor importancia cuando la obra es "subida" a internet.

La Red de Redes forma parte de una comunidad real, llamada también Ciberespacio, conformada por personas que pueden interactuar entre ellas a voluntad, computador de por medio, y en tiempo real sin importar la distancia física que las separe. Internet se encuentra realmente abierta a cualquier persona que quiera ingresar sin importar orígenes, nacionalidad, limitaciones físicas y geográficas.⁴

En los puntos siguientes nos dedicaremos a las cuestiones que surgen con motivo de la utilización de obras en internet, específicamente si es lícito o no subir a la red global una

¹ Trabajo presentado en el Marco de la MAESTRÍA REGIONAL EN PROPIEDAD INTELECTUAL organizada por la Universidad Austral, el Instituto Nacional de Propiedad Industrial y la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.

² Fernando Juárez, es abogado egresado de la Universidad Nacional del Sur. Actualmente ejerce la profesión y especialmente en relación a la temática que escribe es Responsable de Transferencia de Tecnología y Propiedad Intelectual de la Universidad Nacional del Sur y ha asesorado a distintas Universidad del país en Relación a Propiedad Intelectual.

³ Carlos Villalba Díaz, Delia Lipszyc, EL DERECHO DE AUTOR EN LA ARGENTINA, Segunda Edición Actualizada, 2009, La Ley, Pág. 260, Impreso en Argentina.

⁴ Federico Andrés Villalba Díaz, ALGUNOS ASPECTOS SOBRE LOS DERECHOS DE AUTOR EN INTERNET. (Conflictos con el uso de obras en el ciberespacio), http://www.justiniano.com/revista_doctrina/revista_doctrina.htm

obra literaria o musical contenida en un archivo digital. O, si una vez que accedemos a una obra alojada en la web, podemos libremente descargarla en nuestra computadora o imprimirla.

II. INCORPORACIÓN O CARGA DE LA OBRA A LA WEB

La puesta en línea o en red de obras protegidas por derecho de autor o prestaciones por derechos conexos o vecinos generó un primer interrogante en el sentido de si se aplicaba o no a estas nuevas utilidades, las normas de las mencionadas disciplinas. Hubo quienes manifestaron una posición negativa o contraria, afirmando que el derecho de autor y los derechos conexos no se aplicarían al entorno o ámbito de redes digitales, porque la aplicación de estas normas colisionan con uno más importante, cual es el derecho al acceso a la cultura.

La posición doctrinaria mayoritaria, como así también la jurisprudencia predominante ratificó la postura de que a estas nuevas utilidades de derechos intelectuales se aplica no solo las leyes de propiedad intelectual sino también sus principios rectores. Y, en efecto, los derechos de reproducción y comunicación pública consagrados por todas las leyes

derecho de autor del mundo como los dos derechos fundamentales y exclusivos de los autores de obras literarias, científicas, artísticas, musicales, dramáticas, audiovisuales, etcétera, incluyendo leyes vetustas (como la argentina de 1933) cubre las operaciones de su utilización en las redes digitales.⁵

Dando por sentado lo expuesto en el párrafo anterior, va de suyo que se debe contar con las autorizaciones o pagar los cánones correspondientes cuando se suban o incorporen obras a la Web. De no ser así, tal incorporación es un acto ilícito generador de responsabilidad, tanto **para el titular del sitio** que incorpora la obra sin esa autorización, como incluso, en algunos, casos **para los Proveedores de Servicios de Internet** (ISPs - Proveedor de Acceso y Proveedor de Hosting), que posibilitan tal incorporación⁶.

Merece mencionarse el caso "S. A. Moulinsart y Fanny R. c. SCP Jacques y Francos T.", Tribunal de Grande Instance de Paris de 21 de marzo 2003 analizado por la Profesora Delia

⁵ Delia Lipszyc, NUEVOS TEMAS DE DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS, Unesco, Cerlalc y Zavalía, 2004, Pág. 281, Impreso en Argentina.

⁶ Horacio Fernández Delpech, INTERNET: SU PROBLEMATICA JURIDICA, Segunda Edición Actualizada, 2004, Lexis Nexis Abeledo Perrot, Pág. 247, Impreso en Argentina.

Lipszyc en el libro Nuevos temas de derecho de autor y derechos conexos. En dicho caso los demandantes, derechohabientes de los derechos de autor del dibujante M. Remi (Hergé), creador de las Aventuras de Tintín, reclamaron a una empresa de martilleros públicos llamada Tajan por haber utilizado en sus catálogos de venta publicados en internet, obras del dibujante. Se reproducían sin autorización obras publicadas e inéditas del dibujante. El Tribunal resolvió que la demandada había violado el derecho patrimonial de reproducción por no tener autorización para dicha publicación y el moral por haber omitido el nombre del creador.

Por otra parte, cuando se incorpora una obra a la red debe tenerse siempre presente el principio de independencia de los derechos y el de interpretación restrictiva de los contratos de explotación de obras. Por ejemplo, una editorial puede tener con un autor de una obra literaria un contrato de edición para publicar en formato libro, sin embargo ello no la autoriza a hacer una publicación digital en internet de esa misma obra literaria⁷.

Es importante resaltar que en argentina las entidades de gestión colectiva como SADAIC y ARGENTORES han establecido aranceles por la utilización de obras en internet. En dichos aranceles se contempla la carga del contenido como otros usos que puedan realizar los usuarios finales incluyendo usos que impliquen descargas.

En el fallo "SADAIC c. Arte Grafico Editorial Argentino S.A.", en relación con la difusión de obras musicales en sitio web, se afirmó que de la letra y espíritu de las normas internacionales ratificadas por la Argentina, no sólo resulta la protección para autores, intérpretes y productores de fonogramas sino que también se infiere que puede haber comunicación pública de una obra por su modalidad, aún cuando ésta se recepcione en un ámbito privado y, consecuentemente, bajo ese contexto legal, la difusión de música en un sitio de Internet debe ser considerada un acto de comunicación pública⁸.

III. UTILIZACIONES AUTORIZADAS O LICITAS DE OBRAS PUBLICADAS O INCORPORADAS A LA WEB

⁷ Es interesante leer sobre este aspecto el caso Random House, Inc. v. Rosetta Books, LLC en Delia Lipszyc, NUEVOS TEMAS DE DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS, Unesco, Cerlalc y Zavalía, 2004, Pág. 302, Impreso en Argentina.

⁸ Carlos Villalba Díaz, Delia Lipszyc, EL DERECHO DE AUTOR EN LA ARGENTINA, Segunda Edición Actualizada, 2009, La Ley, Pág. 314, Impreso en Argentina.

Una vez que un usuario accede vía internet a una obra incorporada lícitamente pueden darse diversos usos, como la lectura a través de una computadora, almacenamiento en el disco duro de nuestra computadora o en un USB, o impresión en formato papel. Debemos analizar ahora si dichos usos resultan también autorizados o si, en algunos casos, se puede producir una violación a derechos de autor.

Cualquiera de los usos mencionados implica un acto incluido en el concepto de reproducción de los Convenios Internacionales y de las Legislaciones Nacionales.

Así por ejemplo el **Convenio de Berna** dice al respecto:

"El Artículo 9 Derecho de reproducción⁹:

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 **Tratado sobre Derechos de Autor de la OMPI¹⁰** luego de reafirmar en su art. 1.4 que "Las Partes Contratantes darán cumplimiento a lo dispuesto en los Artículos 1 a 21 y en el Anexo del Convenio de Berna". establece también en la declaración concertada respecto al art. 1.4 que "El derecho de reproducción, tal como se establece en el Artículo 9 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 Artículo 9 del Convenio de Berna".

⁹ http://www.wipo.int/treaties/es/text.jsp?file_id=283700#P149_28191

¹⁰ http://www.wipo.int/treaties/es/text.jsp?file_id=295167#P63_3161

En Argentina, la ley 11723¹¹ dispone en su art. 1 que protege "en fin toda producción científica, literaria, artística o didáctica sea cual fuere el procedimiento de reproducción" y agrega, en su art. 2, que "El derecho de propiedad de una obra científica, literaria o artística, comprende para su autor la facultad de disponer de ella, de publicarla, de ejecutarla, de representarla, y exponerla en público, de enajenarla, de traducirla, de adaptarla o de autorizar su traducción y de reproducirla en cualquier forma".

Aplicando la normativa citada a los usos arriba descriptos podemos afirmar con certeza que los mismos configuran un acto de reproducción.

Analicemos ahora si los mismos serían usos autorizados o no.

Cuando ingresamos a la web para poder visualizar una obra publicada en la misma, necesariamente se producen dos actos de reproducción, uno cuando se transfiere la obra a la memoria RAM de nuestra computadora y, otro, cuando se almacena en la memoria caché¹². Estos actos son totalmente necesarios para poder visualizar una obra que se encuentra en el entorno digital de la red, y la transferencia y almacenamiento son transitorios o no permanentes. Por lo tanto, quien autoriza a subir una obra a la web o la sube directamente, autoriza dichos actos ya que los mismos son totalmente imprescindibles o necesarios. Sin ellos no podría visualizarse la obra subida a la red.

Ahora bien, cuando guardamos una copia en el disco duro de computadora o en otro dispositivo de almacenamiento externo para tener disponible una copia en cualquier lugar y tiempo sin necesidad de conectarnos a la red, también estamos realizando un acto de reproducción. Cabe preguntarnos si en nuestra legislación dicho uso es lícito o no.

Si su uso no está expresamente autorizado por quien comunica la obra, surge la duda sobre si hay una violación de derechos de autor. Se trataría de un uso personal sin fines de lucro asimilable a lo que en otras legislaciones se conoce como copia privada; sin embargo en nuestro país no está establecida la copia privada como excepción a los derechos de autor.

¹¹ <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/40000-44999/42755/texact.htm>

¹² ¹² Horacio Fernández Delpech, INTERNET: SU PROBLEMATICA JURIDICA, Segunda Edición Actualizada, 2004, Lexis Nexis Abeledo Perrot, Págs. 249-252, Impreso en Argentina.

Además, la doctrina recalca que en derecho de autor las limitaciones están sujetas a *numerus clausus* y deben interpretarse y aplicarse en forma restrictiva.¹³

Fernández Delpech afirma que en nuestra legislación la reproducción de una obra para fines privados y aún sin fines comerciales no está incluida en las excepciones a los derechos de su titular, por lo que tal accionar es ilícito¹⁴. Sin embargo, la ley 11.723, a diferencia de otras legislaciones, no contiene normas expresas sobre la materia, lo cual es explicable por que al tiempo de su sanción (1933) no existían métodos de sofisticada tecnología para la reproducción de obras, como la fotocopiadora¹⁵.

La jurisprudencia penal mayoritaria parecería entender que en casos de reproducciones con fines privados o personales no comerciales no se comete el delito del art. 72 inc. a) de la ley 11.723, aunque este artículo no requiera expresamente para su configuración dicho elemento, como sí lo hace en el art. 72 bis inc. a) de la misma ley cuando trata la piratería de fonogramas. Así se resolvió en "JAUREGUI DE CANEDO, MARIA DE LAS MERCEDES"¹⁶ y "LADOWSKI, CARLOS"¹⁷.

Sin embargo, resta determinar si en relación a la responsabilidad civil podemos llegar también a una misma solución en donde no se considere ilícito este uso.

Respecto a la copia privada, resulta interesante, por ser una opinión contraria a la mayoritaria, la de Mabel Goldstein, cuando afirma "No obstante la interpretación restrictiva que se haga del artículo (se refiere al art. 10 de la ley 11.723), no se requiere la autorización del titular de los derechos autorales respecto de la copia que se realice para uso privado, ya que se trata de un solo ejemplar que no tiene por objeto la comunicación pública y, por lo tanto, carece de valor y puede ser realizada sin que la ley lo sancione¹⁸".

¹³ Delia Lipszyc, DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS, Unesco, Cerlalc y Zavalía, 2006, Págs. 219-220, Impreso en Argentina.-Carlos Villalba Díaz, Delia Lipszyc, EL DERECHO DE AUTOR EN LA ARGENTINA, Segunda Edición Actualizada, 2009, La Ley, Pág. 191, Impreso en Argentina. Miguel Ángel Emery, PROPIEDAD INTELECTUAL, LEY 11723. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1999, pág.105, Impreso en Argentina.

¹⁴ Horacio Fernández Delpech, INTERNET: SU PROBLEMATICA JURIDICA, Segunda Edición Actualizada, 2004, Lexis Nexis Abeledo Perrot, Pág.268, Impreso en Argentina.

¹⁵ Federico Andrés Villalba Díaz, LIMITACIONES AL DERECHO DE AUTOR, Octubre de 1999, http://www.justiniano.com/revista_doctrina/limitaciones.htm

¹⁶ CNCrim. y Corr., Sala V, 30/11/73, LL 184-385.

¹⁷ CNCrim. y Corr., Sala IV, 25/8/77, LL 1978-B-390.

¹⁸ Mabel Goldstein, DERECHO DE AUTOR, Ediciones La Roca, Buenos Aires, 1995, Pág. 114, Impreso en Argentina.

El tratado de Derecho de Autor de la OMPI en su art. 10 cuando legisla sobre las limitaciones y excepciones expresa "(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"¹⁹.

Y la **DECLARACIÓN CONCERTADA** respecto al mismo artículo 10 del Tratado OMPI dice: "Queda entendido que las disposiciones del Artículo 10 permiten a las Partes Contratantes aplicar y ampliar debidamente las limitaciones y excepciones al entorno digital, en sus legislaciones nacionales, tal como las hayan considerado aceptables en virtud del Convenio de Berna. Igualmente, deberá entenderse que estas disposiciones permiten a las Partes Contratantes establecer nuevas excepciones y limitaciones que resulten adecuadas al entorno de red digital".

Y sigue diciendo la declaración concertada citada en el párrafo anterior que "También queda entendido que el Artículo 10.2) no reduce ni amplía el ámbito de aplicabilidad de las limitaciones y excepciones permitidas por el Convenio de Berna"²⁰.

Analizando el tratado de Derecho de Autor de la OMPI se podría afirmar que Argentina debería dictar una norma, como ya lo han hecho varios países latinoamericanos y la Comunidad Europea, que convierta a este uso común en el entorno digital en uso lícito o permitido. Sin embargo, hasta que no lo haga, debemos que en nuestro país esa utilización, aunque culturalmente aceptada, puede llegar a ser considerada por nuestros tribunales como ilegal, por lo menos en el ámbito civil. Aunque a favor de que se considere lícita dicha utilización podríamos decir que quien autorizó la incorporación de la obra a la red dio una autorización genérica para reproducción en el entorno digital.

Queda por analizar el caso en que un usuario de internet procede a imprimir una obra en papel. De no existir autorización por parte del titular de derechos de autor resulta más difícil

¹⁹ http://www.wipo.int/treaties/es/text.jsp?file_id=295167#P63_3161.

²⁰ Iden. anterior.

justificar o considerar lícito este uso; pues no existiría diferencia en este supuesto con el caso en donde una persona reproduce total o parcial un libro impreso. Si bien podríamos aceptar la excepción de la copia privada en el entorno digital, en este caso, donde ya pasamos a una copia analógica, no parece razonable aceptar este uso como legal.

IV. CONCLUSIONES

De lo dicho podemos concluir:

Que el derecho de autor y los derechos conexos o vecinos son plenamente aplicables al entorno digital.

Que la incorporación a la red de una obra literaria, artística, científica o musical, debe contar con las autorizaciones correspondientes o abonar los aranceles que sociedades de gestión colectiva hayan establecido.

Que la transferencia a la memoria RAM y el almacenamiento en la memoria caché, imprescindibles para poder ver o leer la obra, son reproducciones transitorias no permanentes que deben reputarse lícitas.

Que cuando se almacena una copia de la obra en el disco duro de la computadora o en un dispositivo externo, para uso privado sin fines de lucro, estamos realizando una reproducción culturalmente aceptada, autorizada en otras legislaciones nacionales, y hasta encuadrable en las normas generales de limitaciones y excepciones de los Convenios de Berna y Derecho de Autor de la OPMI, pero no reglamentada legalmente en Argentina, con el aditamento que tampoco en nuestro país se encuentra legalmente admitida la excepción de la copia privada.

Que cuando se imprime en papel, sin autorización, una obra publicada en internet se está realizando una reproducción no autorizada o ilícita. Si bien se podría admitir que almacenamiento de una obra en un disco duro o dispositivo de almacenamiento externo es un uso autorizado, ya que se realiza en el marco del entorno digital donde el autor incorporó o autorizó a cargar su obra, no se podría concluir lo mismo en la anterior situación, porque ya se sale del entorno digital al analógico.

Respecto a la excepción de copia privada sostenemos que la no incorporación a ley argentina se corresponde con una política legislativa que considera que, en caso de admitir

la copia privada, será luego muy difícil controlar el número de copias que realmente se hacen, como también si solo se hacen para fines privados y no comerciales. Sin embargo, debería adecuarse legislativamente las excepciones en relación a los usos en el entorno digital y quizás pensar en una limitación de copia privada en versión analógica en casos de usos para educación e investigación.