



UNIVERSIDAD DE BELGRANO

# Las tesis de Belgrano

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales  
Carrera Abogacía

El derecho de autor y las reproducciones no  
autorizadas frente a las nuevas tecnologías

N° 674

Rocio Loubet

Tutora: Dra. Gisela Ghorsich

Departamento de Investigaciones  
Fecha defensa de tesina: 20 de febrero de 2015

Universidad de Belgrano  
Zabala 1837 (C1426DQ6)  
Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina  
Tel.: 011-4788-5400 int. 2533  
e-mail: [invest@ub.edu.ar](mailto:invest@ub.edu.ar)  
url: <http://www.ub.edu.ar/investigaciones>



## ÍNDICE:

1) <b>INTRODUCCIÓN</b> .....	5
2) <b>PLANTEO DEL PROBLEMA</b> .....	6
3) <b>DESARROLLO</b> .....	6
3.1) <b>Historia y Nacimiento del Derecho de Autor</b>	
3.1.1) Evolución Legislativa Nacional. Argentina. De la idea de censura a la del derecho de propiedad. "Privilegios y Monopolios" .....	8
3.1.2) Reglamento sobre la libertad de imprenta .....	9
3.1.3) Revolución de Mayo. Constitución Nacional de 1819 .....	11
3.1.4) Nuevas ideologías. Cambio de conceptos. La constitución de 1853.....	11
3.2) <b>Ley de Propiedad Intelectual 11.723</b> .....	12
3.2.1) Creaciones Artísticas. Concepto y Definición .....	14
3.2.2) Obras legalmente protegidas por la ley 11.723 .....	15
3.2.3) El soporte documental .....	17
3.2.4) El copyright .....	17
3.3) <b>Las "Nuevas Tecnologías de la comunicación y la información". Concepto.</b>	
3.3.1) Inicio y desarrollo. ¿Qué entendemos por Nuevas Tecnologías? .....	18
3.3.2) Derecho de Internet en la Argentina .....	19
3.3.2.1) Estructura del Derecho de Internet en la Argentina .....	20
3.3.3) Interacción de la tecnología con el derecho de autor .....	20
3.3.4) La piratería informática en el ciberespacio .....	21
3.3.4.1) ¿A Quién Demandar? .....	23
3.3.4.2) La Criptografía como medio alternativo de Protección .....	24
3.4) <b>Tipificación Nacional.</b>	
3.4.1) Fraude a los Derechos de autor: REPRODUCCION ILICITA MANUAL O MATERIAL DE UNA OBRA PUBLICADA POR CUALQUIER MEDIO O INSTRUMENTO SIN AUROTIZACION DEL AUTOR O DERECHOHABIENTES (Art. 72. INC "A" Ley 11723) .....	25
3.5) <b>Jurisprudencia.</b>	
3.5.1) "El caso Napster" (Estados Unidos) .....	26
3.5.2) "El caso Grokster (Estados Unidos) .....	27
3.5.3) "El caso PirateBay" (Suecia) .....	27
3.5.4) "El caso Gestelevision" (España) .....	29
3.5.5) "El caso Taringa" (Argentina) .....	29
3.5.6) "El caso Cuevana" (Argentina).....	30
3.6) <b>Derecho Comparado. Soluciones propuestas</b> .....	31
3.6.1) Proyectos Estadounidenses. SOPA. PIPA y ACTA .....	32
4) <b>CONCLUSIONES</b> .....	34
5) <b>COLOFÓN</b> .....	35
6) <b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	36



## 1) INTRODUCCION:

En estos tiempos que vivimos las posibilidades tecnológicas han avanzado a pasos agigantados, dejando atrás la letra de la ley de Propiedad Intelectual, sancionada el 14 de octubre de 1998, en donde nadie imaginaba lo fácil que resultaría acceder a una infinidad de contenidos, descargarlos, reproducirlos y modificarlos como resulta por estos días.

Para comenzar, es necesario hacer un análisis histórico de la idea de protección de las obras, es decir, hay que tener en cuenta el momento del nacimiento del marco normativo, para poder comprender acabadamente desde donde viene y hasta donde ha llegado actualmente. Por ello, el presente inicia con la propia historia y nacimiento del Derecho de Autor, avanzando sobre la evolución legislativa que ha merecido éste tema en nuestro país, atravesando diversas posturas que se fueron modificando con el propio avance de la sociedad. Naturalmente, estas posturas variaron, en un primer momento siguiendo la línea del pensamiento Español utilizando el sistema de "Privilegios y Monopolios", y en un segundo momento, después de la Revolución de Mayo, cuando se comprende finalmente como un Derecho de Propiedad tal como lo conocemos hoy en día.

Así es como se encuentra receptado por nuestra Ley de Propiedad Intelectual 11.723, la cual ha sufrido diversas modificaciones, pero sigue en pie siendo la herramienta legal con la que cuentan los artistas, para defender sus derechos. El presente, trata el cuerpo de la citada norma, analizando las obras que comprende, la protección que les brinda a éstas y veremos si la misma varía o no dependiendo del soporte documental en el que se encuentre fijada la creación.

Finalizada la parte histórica y llegando al análisis de la problemática planteada actualmente, nos ubicamos frente a las "Nuevas Tecnologías de la Información y la Comunicación" para ver si desde su surgimiento éstas han comprendido las mismas cosas o si fueron variando con el propio avance de la tecnología. Nos enfocaremos específicamente en Internet, para desarrollar como ha sido el surgimiento de esta Red internacional que se ha vuelto de vital importancia en la cotidianidad de la gran mayoría de las personas, siendo ya la herramienta más utilizada y consultada, para desenvolverse en todos los ámbitos, sea este laboral, social o de recreación. Internet se ha involucrado en todos los aspectos de la sociabilidad e interrelación con nuestros pares incluso en la relación jurídica entre el Autor y la Obra.

Esto ha provocado un choque de intereses, una violación y fraude a los derechos de autor y a la creación intelectual constituyendo un delito a la Propiedad Intelectual, al encontrarse obras legalmente protegidas deambulando por la Red y siendo estas descargadas y reproducidas por millones de usuarios ubicados en diversas partes del mundo, sin contar con la debida autorización que se requiere del Autor o derechohabientes.

Veremos qué posibilidades legales tiene el autor para defender sus derechos ante estas violaciones provocadas en el plano de la Web.

Es cierto que la sociedad, ha tenido y tiene la posibilidad de encontrar en Internet todo aquello que necesita sin aportar o retribuir nada a cambio, así es como se concibe la Web desde su inicio, por eso no solo estamos hablando de un cambio jurídico, sino también de un cambio en la conciencia colectiva de los usuarios de contenidos protegidos.

Creemos que en los últimos años se ha generado un análisis más profundo sobre el tema, aunque al referirnos a "últimos años" estamos hablando de dos como mucho, período totalmente escaso para poner en debate ésta problemática y más aún para encontrarle una solución. Lo planteado resulta un tema al cual el Derecho nunca se ha enfrentado y ni siquiera ha sorteado obstáculo parecido, como para poder aplicar otro tipo de reglas o principios generales, es algo completamente nuevo cuya existencia se basa en un mundo digital, abstracto y contradictorio con los hechos, la temporalidad, y lo concreto.

Por ello es que planteamos, cuestiones concretas como a quién se debería demandar, en que fuero se debería iniciar el reclamo, en que normas debería ampararse este, y tomaremos jurisprudencia sobre la problemática para ver como se ha resuelto, si es que ha sido jurídicamente posible resolver el problema. Veremos no solo que ha sucedido en el plano Nacional sino también Internacional tomando casos de Estados Unidos, Suecia y España.

Para finalizar tomaremos las soluciones propuestas por los Estados Unidos mediante los proyectos "SOPA", "PIPA" y "ACTA" y veremos si han podido dar acabada solución a este problema o si se han tenido que enfrentar a otro tipo de conflicto.

## 2) PLANTEO DEL PROBLEMA:

Mediante el desarrollo del presente trabajo trataremos la ley Argentina de "Propiedad Intelectual" 17.723, enfocándonos específicamente en el "Derecho de Autor" entendido este como: La relación jurídica que nace a partir de la creación de la obra entre esta y su autor y como varía, dependiendo del soporte documental en el que se confecciona la obra.

A partir del desarrollo del marco teórico que se verá, proponemos analizar si:

- **Los medios legales brindados por nuestro ordenamiento jurídico resultan suficientes, para que el autor de la obra pueda defender sus derechos frente a las reproducciones no autorizadas que se efectúan a través de Internet.**

Es decir, que sucede cuando la obra, la creación artística, científica, literaria, la composición musical, las cinematográficas, los escritos, etc. Entran en el plano virtual, cuando son subidas a Internet, y deambulan en la red.

Para ello debemos determinar si en nuestro país, el marco regulatorio del derecho que le corresponde al autor se encuentra a la expectativa y en coordinación con la informática y la digitalización de las obras y de la reproducción electrónica de las mismas

¿Podemos combatir la defraudación al "Derecho de autor" mediante las reproducciones no autorizadas en el plano de Internet?

## 3) DESARROLLO

### 3.1) HISTORIA Y NACIMIENTO DEL DERECHO DE AUTOR:

Las primeras ideas que surgen sobre el derecho de autor, se remontan a la antigua Irlanda, aproximadamente en el año 550, cuando San Columba "El Copista" recibió órdenes expresas por parte de San Finnian de realizar una copia del "Cathach", el manuscrito irlandés más antiguo existente de los Salmos ("Alabanzas"). Es aquí donde se plantea la primera controversia sobre a quién pertenecía la propiedad de la copia.

Frente al conflicto el rey Diarmait Mac Cerbhaill falloóde la siguiente manera: "*A cada vaca le pertenece su cría; por lo tanto, a cada libro le pertenece su copia*".

En el mundo clásico, siglo VII a.C a V d.C, durante el imperio Romano el comercio de libros, no se encontraba regulado, no había normas que resulten aplicables. Los libros se intercambiaban sin mayores inconvenientes entre los libreros profesionales y con un escaso reconocimiento al autor de la obra, más moral que jurídico. La incipiente industria editorial se apoyaba en las copias manuscritas realizadas por los esclavos que sabían leer y escribir, con un costo económico muy alto ya que a ellos había que comprarlos y mantenerlos.

Peor fortuna tuvo este comercio durante la Baja y Alta Edad Media, ya que la copia y distribución quedo únicamente en manos de los Monasterios, donde los monjes eran los encargados de copiar manualmente los textos, y fue más escasa aún.

Comenzada la Edad Moderna, en el año 1041 en China, aparece la imprenta bajo el primer sistema de "tipos móviles" (complejas piezas de porcelana o plomo en la que se tallaban los caracteres), creado

por Johann Gutenberg. Esto generó la revolución de la industria, permitiendo la producción masiva de miles de copias, con menor costo y en menor tiempo. Así el comercio de libros se torna rentable y genera riquezas, y por ello se empieza a pensar en un marco legal aplicable al intercambio de los textos.

La información corría a una velocidad mucho mayor, comenzó a ser más real para los ciudadanos la posibilidad de tener un libro. Los gobiernos y la iglesia pusieron sus máximos esfuerzos en controlar y regular la producción de los impresores, ya que no solo llegaba al pueblo las noticias que ellos querían, sino también las opiniones disidentes, y la crítica. Entonces establecen un sistema de regulación de la imprenta denominado "Privilegios y Monopolios". Consistían en licencias oficiales para el comercio y la producción de libros, estas daban el derecho exclusivo a imprimir trabajos particulares, dentro del territorio del país, durante un periodo determinado y prohibía a otras imprentas a realizar copia de los libros asignados. Su apogeo transcurrió durante la época del reinado de la "Reina Isabel" y duró hasta 1623, cuando se promulga la "Ley de Monopolios" que pone fin a ellos.

El derecho de autor nace bajo este sistema de "Privilegios y Monopolios" sobre la impresión y copia de libros, inicialmente se concibió como una manera para restringir la reproducción.

El primer reglamento jurídico sobre ello es la "Ley de Derecho de Autor" conocida como "El Estatuto de la Reina Ana" promulgado el 10 de Abril de 1710, de origen Británico. Fue creado en 1709 por los parlamentos de Inglaterra y Escocia (Unión Anglo-Escocesa).

Es el antecedente histórico más importante para el ámbito de la propiedad intelectual, ya que reconoce la propiedad de la obra al autor y consagra lo que en derecho anglosajón se denomina "Copyright", tema en el que profundizaremos más adelante. Pone punto final al Monopolio más famoso denominado "Compañía de Libreros"

Creado el "Estatuto" el Autor adquiere la titularidad de su obra, la facultad de explotarla y los derechos que de ellas se desprenden, como autorizar la reproducción de la misma, elegir la editorial, etc. Por un plazo de 14 años, vencido el cual podía renovarlo por otros 14 años o elegir a un nuevo editor. Las obras anteriores a la promulgación del Estatuto quedaron protegidas por un plazo único de 21 años.

Los profesores Patterson y Lindberg, de Derecho y de Ingles respectivamente, de la Universidad de Georgia han dicho sobre el "Estatuto de Ana" en su obra "The Nature of the Copyright: a Law of users Rights":

***"... Los derechos de autor transforman la imprenta- que había sido utilizada como un sistema de monopolio y un instrumento de censura - dentro de un concepto de regulación del comercio para promover el aprendizaje y para reducir el monopolio de los editores... Las características del Estatuto de Ana que justifican el calificativo de regulación de comercio, incluyen la duración limitada de los derechos de autor, la disponibilidad de derechos de autor para cualquiera, y las disposiciones de control de precios. El Derecho de Autor, en lugar de ser perpetuo, se limita ahora a una duración de catorce años, con una renovación de plazo que está disponible sólo para el autor (y sólo sí el autor estaba viviendo al final del primer período)".***

El derecho de autor se encuentra compuesto por tres elementos, que son, el autor, el público y la obra. Por ello resulta necesario ver cómo nace la idea de "obra", para remontarnos sobre ella en la historia seguiremos la palabras del Dr. Julio Raffo expresadas en su obra "Derecho Autoral, Hacia un Nuevo Paradigma".<sup>1</sup> "La comprensión del fenómeno originario la <<obra>>, en Occidente, se remonta a los griegos. En ellos la poiesis comprendía básicamente el hacer intencional del hombre que producía ciertos resultados. El concepto de poiesis es comprensivo de la *theoria*, que producía el conocimiento teórico, la praxis que producía las relaciones sociales, y era comprensiva del problema moral, y la *tekné* —que los romanos denominaron <<ars>>— la cual producía ciertos resultados concretos: el opus u obras o arte en general.

Las obras podían ser instrumentos cuyo destino es ser utilizados en ciertas acciones, tales como las herramientas o instrumentos musicales; o usados en acciones de intencionalidad comunicacional, tales como lo son las señales en los caminos, útiles destinados a cobijar o proteger al hombre, tales como

<sup>1</sup> "Derecho Autoral, Hacia un Nuevo Paradigma" Monografías Jurídicas. Propiedad Intelectual. Julio Raffo Prólogo de Valentina Delich. Editorial: Marcial Pons. Año 2011 Buenos Aires. Capítulo segundo Página 29.

la casa, la ropa, la armadura; o útiles instrumentales para su relación con los dioses o expresión de lo sagrado, como los templos, el altar, la indumentaria sacerdotal, etcétera.

Entre esa gran variedad de obras surgió la obra artística que tuvo destino y motivación diferente. Fue parte de lo sagrado en la escultura griega y en la pintura del románico, del renacimiento y del barroco; fue edificio, en el palacio y el templo; fue refinado adorno en la pintura en general y expresión de las vanidades humanas en el retrato; fue también parte de la religión y del entrenamiento pagano, en el origen del ditirambo, el teatro y la música de todos los tiempos; fue religión, memoria colectiva, crítica social e instrumento del quietismo o la revolución en la literatura; fue vínculo con el ser y expresión de las pasiones humanas en la poesía. Cuando la obra artística apareció como expresión de una identidad cultural colectiva que la generaba en un estilo y materialidad repetida, se llamo artesanía. A todo ello –como obra autoral– se suma la obra teórica, que produce o difunde conocimientos.

Todo producto del quehacer humano es el resultado de la poiesis griega y por ende susceptible de integrar el mundo de las obras autorales”

Como conclusión a lo anteriormente citado podemos definir a la obra como un fenómeno cultural, que posee una dimensión expresiva y comunicacional, con múltiples contenidos posibles, ya que su significado depende únicamente de la interpretación que el destinatario hace sobre ella.

Cabe destacar que para el autor citado, no es posible concebir la idea del derecho de autor sin analizar que es la creación artística y que sucede con ella en su impacto con la sociedad, con la historia. Su mirada crítica apunta a cambiar la escena de los problemas autorales, rotando el enfoque desde la posición positivista-normativista (que reduce un fenómeno jurídico a la ley) hacia una descripción fenomenológica de la realidad, tomada en primer término, para luego examinar la normativa jurídica que circunda dicho tema.

El sentido expresado por la obra artística no es objetivo, es decir, la obra no va hacia un solo sentido. Sólo resultaría válido sostener que la obra tiene un sentido objetivo si lo miramos desde el punto de vista del autor, ya que este suele tener un solo objetivo en la mira cuando realiza su creación, pero luego, el público, al contemplarla puede asignarle millones de significados diferentes.

Así también lo sostenía el maestro Hegel en su obra “Lecciones de estética”, donde decía “En las Obras de arte, los pueblos han depositado sus pensamientos más íntimos y sus más fecundas intuiciones. Muchas veces las bellas artes son la llave única que nos permite penetrar en los secretos de la sabiduría y en los misterios de su religión”.<sup>2</sup>

### **3.1.1) Evolución Legislativa Nacional. Argentina. De la idea de censura al Derecho de Propiedad. “Privilegios y Monopolios”.**

Durante la época colonial, nuestro país se encontraba bajo dominio Español y por ello se aplicaba aquí el mismo sistema de los “Monopolios y Privilegios”, de hecho en el Archivo General de Indias de Sevilla se encuentran antecedentes de privilegios otorgados para la impresión y venta de libros en las colonias españolas de América. El sistema de la censura previa, típica del régimen de los privilegios fue utilizado como la primera forma de protección de las inversiones de los impresores y libreros, contra aquellos que imprimían los mismos contenidos pero sin su autorización.

Los privilegios eran otorgados por el poder gubernativo, como una licencia especial despachada por el Consejo de Indias, consistían en monopolios de explotación otorgados por tiempo determinado; su obtención se encontraba condicionada a la aprobación de la censura, de modo que permitían el control de las doctrinas que se difundían, y al registro de la obra publicada. Algunos libros se encontraban prohibidos directamente como por ejemplo aquellos que trataban sobre historias fabulosas o fingidas y aquellos de romances profanos.

Después de la Revolución de Mayo de 1810, si bien se siguió aplicando el mismo sistema de “Privilegios”, este se vio aminorado ya que se proclamó la libertad de escribir sin necesidad de licencia previa.

<sup>2</sup> “Lecciones sobre estética”. G.W.H. Hegel. Editorial: Losada, Buenos Aires., 2008 página 80.



El 20 de abril de 1811 se promulgó el reglamento sobre libertad de prensa, que si bien fue la primera disposición sobre la libertad de imprenta, no corresponde al objeto del derecho de autor ya que no tuvo por objeto regular los derechos subjetivos de los creadores sobre sus obras. Pero no por ello resulta menos importante, ya que contiene un nuevo pensamiento sobre las posibilidades de expresarse abriendo el camino de la libertad, el conocimiento, y la formación de la opinión pública. Por supuesto, esto tiene que ver, con que hasta el momento siempre se enfocó la libertad de expresión y la literatura desde el punto de vista político, como medio de difusión de las ideas de los gobernantes, de los diferentes pensamientos y de esa preocupación constante de controlar las críticas que se divulgaban entre la población. Hasta este momento histórico no se cuenta con un acabado "Derecho de autor", visto desde la concepción contemporánea, es decir, como las herramientas necesarias en cabeza del creador o autor para proteger su obra. No existía un enfoque subjetivo desde el nacimiento de la relación jurídica ente el Autor y su Obra, sino, objetivo utilizado como herramienta de poder y control sobre la población.

### 3.1.2) Reglamento sobre libertad de imprenta:

*"Atendiendo a que la facultad individual de los ciudadanos de publicar sus pensamientos e ideas políticas, es no solo un freno de la arbitrariedad de los que gobiernan, sino también un medio de ilustrar a la nación en general, y el único camino para llegar al conocimiento de la verdadera opinión pública. Decretamos lo siguiente.*

- 1. Todos los cuerpos y personas particulares de cualquiera condición y estado que sean, tienen libertad de escribir, de imprimir, y publicar sus ideas políticas, sin necesidad de licencia, revisión, y aprobación alguna anteriores a la publicación, bajo las restricciones, y responsabilidades que se expresarán en el presente decreto.*
- 2. Por tanto quedan abolidos todos los actuales juzgados de imprentas, y censura de las obras políticas precedente a su impresión.*
- 3. Los autores e impresores serán responsables respectivamente del abuso de esta libertad.*
- 4. Los libelos infamatorios, los escritos calumniosos, los licenciosos, y contrarios a la decencia pública y buenas costumbres, serán castigados con la pena de la ley, y las que aquí se señalarán.*
- 5. Los jueces y tribunales respectivos entenderán en la averiguación, calificación y castigo de los delitos que se comentan por el abuso de la libertad de la imprenta, arreglándose a lo dispuesto por las leyes, y en este reglamento.*
- 6. Todos los escritos sobre materias de religión quedan sujetos a la previa censura de los ordinarios eclesiásticos según lo establecido en el concilio de Trento.*
- 7. Los autores, bajo cuyo nombre quedan comprendidos el editor, o el que haya facilitado el manuscrito original, no estarán obligados a poner sus nombres en los escritos que publiquen; aunque no por eso dejan de quedar sujetos a la misma responsabilidad.*

*Por tanto deberá constar al impresor, quién sea el autor o editor de la obra; pues de lo contrario sufrirá la pena que se impondría al autor o editor si fuesen conocidos.*

- 8. Los impresores están obligados a poner su nombre y apellidos, y el lugar y año de la impresión, en todo impreso, cualquiera que sea su volumen; teniendo entendido, que la falsedad en algunos de estos requisitos se castigará como la omisión absoluta de ellos.*
- 9. Los autores o editores, que abusando de la libertad de imprenta contravinieren a lo dispuesto, no solo sufrirán la pena señalada por las leyes según la gravedad del delito, sino que este y el castigo que se les impongan, se publicarán con sus nombres en la gaceta del gobierno.*
- 10. Los impresores de obras o escritos que se declaren inocentes o no perjudiciales, serán castigados con 50 pesos de multa, en caso de omitir en ellas sus nombres, o algún otro de los requisitos indicados en el Art. 8.*

11. *Los impresores de los escritos prohibidos en el Art. 4, que hubieren omitido su nombre u otra de las circunstancias ya expresadas, sufrirán además de la multa que se estime correspondiente, la misma pena que los autores de ellos.*
12. *Los impresores de escritos sobre materias de religión sin la previa licencia de los ordinarios, deberán sufrir la pena pecuniaria que se les imponga, sin perjuicio de las que, en razón del exceso en que incurran, tengan ya establecidas las leyes.*
13. *Para asegurar la libertad de la imprenta, y contener al mismo tiempo su abuso; se nombrará una Junta Suprema de censura, que deberá residir cerca del gobierno, compuesta de cinco individuos, y a la propuesta de ellos otra semejante en cada capital de provincia, compuesta de tres.*
14. *Serán eclesiásticos dos de los individuos de la Junta Suprema de censura, y uno de los dos de las Juntas de las provincias, y los demás serán seculares; y unos y otras sujetos instruidos, y que tengan virtud y probidad; y el talento necesario para el grave encargo que se les encomienda.*
15. *Será de su cargo examinar las obras que se hayan denunciado al poder ejecutivo o justicias respectivas, y si la Junta Censoria de provincia juzgase, fundando su dictamen, que deben ser detenidas, lo harán así los jueces, y recogerán los ejemplares vendidos.*
16. *El autor o impresor podrá pedir copia de la censura, y contestar a ella; si la Junta confirmase su primera censura, tendrá acción el interesado, a exigir que pase el expediente a la Junta Suprema.*
17. *El autor o impresor podrá solicitar de la Junta Suprema, que se vea primera y aun segunda vez su expediente, para que se le entregue cuanto se hubiese actuado. Si la última censura de la Junta Suprema fuese contra la obra, será ésta detenida sin más examen; pero si la aprobase, quedará expedito su curso.*
18. *Cuando la Junta Censoria de provincia o la Suprema según lo establecido declaren que la obra no contiene sino injurias personales, será detenida, y el agraviado podrá seguir el juicio de injurias en el tribunal correspondiente con arreglo de las leyes.*
19. *Aunque los libros de religión no puedan imprimirse sin licencia del ordinario, no podrá éste negarla sin previa censura y audiencia del interesado.*
20. *Pero si el ordinario insistiese en negar su licencia, podrá el interesado acudir con copia de la censura a la Junta Suprema, la cual deberá examinar la obra, y si la hallase digna de aprobación, pasar su dictamen al ordinario, para que más ilustrado sobre la materia, conceda la licencia, si le pareciere, a fin de excusar recursos ulteriores.*

*Buenos Aires, 20 de abril de 1811.*

*Teniendo en consideración las importantes ventajas, que debe lograr la causa pública con la libertad de la prensa, del mismo modo que las han conseguido por este medio todas las naciones cultas de la Europa; y creyendo que este será un poderoso estímulo para que los literatos se esfuercen a dar a luz los conocimientos, de que pueda aprovecharse el congreso nacional, y concluir con feliz éxito las grandes causas que deben ocuparlo; se aprueba por ahora el reglamento, que antecede, dejando al congreso su decisión perentoria, el que se publicará en la gaceta de gobierno para la inteligencia de todos.*

*Cornelio de Saavedra Domingo Mateu Atanasio Gutiérrez Juan Alagón Dr. Gregorio Funes Dr. José García de Cosío José Antonio Olmos Dr. Manuel Felipe de Molina Manuel Ignacio Molina Francisco de Gurruchaga Dr. Juan Ignacio de Gorriti Dr. José Julián Pérez Marcelino Poblet José Ignacio Maradona Francisco Antonio Ortiz de Ocampo Dr. Joaquín Campana, secretario.*<sup>3</sup>

<sup>3</sup> "Ciudades, provincias, Estados: Orígenes de la Nación Argentina" (1800-1846), José Carlos Chiaramonte, Biblioteca del pensamiento Argentino /I. documentos. Editorial: Emecé.

### 3.1.3) Revolución de Mayo. Constitución Nacional de 1819.

La Constitución Nacional de 1819, sancionada por el Congreso de Tucumán y jurada por todas las provincias (excepto las del litoral), atribuyó al Congreso, en su artículo 44, la facultad de “Asegurar a los autores e inventores de establecimientos útiles, privilegios exclusivos por tiempo determinado”. Análogo resultaba el artículo 57 de la Constitución Nacional de 1826 y las Provinciales, como la de Tucumán 1820 y Córdoba 1821.

En 1841, la Legislatura porteña sanciona una ley de patentes de invención, según la cual el Gobierno, es decir el poder ejecutivo, podía premiar con patentes de privilegio a los autores de nuevos inventos. Cuyos antecedentes nacen en peticiones individuales, como ser la de Don Carlos Pellegrini, quien solicitaba un privilegio por su invención en la marcación de ganados, la cual fue remitida a la Comisión de Hacienda, así también Juan Baralta solicitaba un privilegio para extraer de la carne la sustancia nutritiva, etc. El tratamiento casuístico de dichos temas dejaba ver la falta de una ley que regulara los privilegios exclusivos y las patentes de invención, en efecto el 17 de Junio del mencionado año se sancionó una ley en ese sentido.

Sin embargo, Vélez Sarfield se pronunció en contra de la misma, sosteniendo que carecía de fuerza legal y diciendo que la Comisión de Hacienda había tenido presente la conveniencia de una ley general sobre privilegios, y para esto no había más que copiar la ley de Austria o de Estados Unidos, que es la más perfecta que se conoce en esa materia pero [...] para ponerla en práctica era necesario crear oficinas, comisiones investigadoras, para no incomodar a los ciudadanos, lo que ocasionaría grandes gastos que hoy no podía soportar por el estado del erario [...]

### 3.1.4) Nuevas ideologías. Cambio de conceptos. La constitución de 1853.

El panorama de la Propiedad Intelectual y del Derecho de Autor cambian frente a la Constitución de 1853, la cual establece en su artículo 17 “Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento por el término que le acuerde la ley”. El giro trascendental resulta, en que aquí, se abandona completamente la idea de “Privilegio” y se reconoce al Derecho de Autor como un Derecho de Propiedad, como era considerado en Inglaterra desde el Estatuto de la Reina Ana. Esta idea se encuentra íntimamente relacionada con la concepción angloamericana del Copyright, de claro tinte comercial y basada en la tradición jurídica del “*Common Law*” y de la europea o latina, de orientación individualista.

Resulta semejante a primera vista el Derecho de propiedad reconocido, al derecho de dominio sobre las cosas, pero ahondando en el tema y buscando las diferencias entre ellos topamos con las características típicas del derecho de autor, ya que el mismo recae sobre un bien inmateria que es la “obra”, su origen se encuentra en el acto de la creación y no se adquiere por las formas previstas para el dominio de las cosas (apropiación, tradición, etc.); el derecho patrimonial del autor tiene una duración limitada y determinada por la ley; a si mismo está compuesto por derechos conexos como el “derecho moral”; en este ámbito resulta imposible una transferencia total ya que la obra nunca sale por completo de la esfera de la personalidad de su creador. Como es incluido en nuestra constitución dentro de los derechos fundamentales del individuo –los que deben ser reconocidos sin que sea necesaria una reglamentación sobre los mismos– se permitió que los tribunales aplicaran el derecho de autor aún antes de dictarse una ley específica sobre la materia.

Ante la ausencia de regulación especial, la materia queda sometida a los principios generales del derecho que rigen el dominio de las cosas, este es el caso de los artículos 2335<sup>4</sup> y 2513 del Código Civil de 1869, en ellos Vélez Sarfield se pronuncia a favor del arte, dentro de la antigua discusión sobre si lo principal es la obra o la materia, apartándose del Derecho Romano.

<sup>4</sup> **ARTÍCULO 2335.-** Las pinturas, esculturas, escritos e impresos, ser n siempre reputados como principales, cuando el arte tenga mayor valor e importancia que la materia en que se ha ejercido, y como accesorios la tabla, lienzo, papel, pergamino o piedra a que se hallasen adheridos. (Código Civil de la República Argentina. Año: 1869)

**ARTICULO 2513.-** Es inherente a la propiedad el derecho de poseer la cosa, disponer o servirse de ella, usarla y gozarla conforme a un ejercicio regular. (Código Civil de la República Argentina. Año: 1869)

El 5 de Noviembre de 1884 el juez Tedín, dicta sentencia en la causa “Hernández, José c. Barbieri Hermanos” en donde hizo lugar a la demanda por lesión a la propiedad literaria por reproducción no autorizada de la obra “La vuelta de Martín Fierro”, basándose en el reconocimiento que la Constitución hace en su artículo 17 de la propiedad literaria y por tratarse de un ilícito del artículo 1072<sup>5</sup> del Código Civil y el artículo 342<sup>6</sup> del, entonces vigente, Código penal. Dicha doctrina fue aplicada en varias causas, las cuales versaban sobre reproducciones no autorizadas, así fue como diversos sectores de la sociedad Argentina comenzaron a reclamar la sanción de una ley específica sobre la materia.

Finalmente el de Febrero de 1903 en la causa “Podestá y Scotti c. Anselmi”, el Juez Quesada se expresó de la siguiente manera uniendo las voces de los reclamantes: *“Quizá podría observarse que ha sido cabalmente la falta de esa ley lo que ha impedido que aquí el escritor viva de su producción intelectual, desde que, estando de facto tolerada la piratería literaria, se usaba y abusaba de los libros extranjeros como si fueran bienes mostrencos, de modo que, teniendo ese material gratis, los editores o los libreros no necesitaban ocuparse ni preocuparse de los escritores nacionales, ni tenían por qué pagarles sus producciones ni por qué imprimirlas siquiera, ni menos procurar vender los libros que aquellos les llevaban a comisión, -por más que exigieran por esa “diferencia” la participación modesta de un tercio %30- desde que era más lucrativo y fácil el negocio de vender lo que venía de afuera, consignando a precios de pacotilla o poco menos, o reproducir aquí lo mejor que se producía en el exterior ganando así sobre el trabajo ajeno y como si este fuera res nullius”*<sup>7</sup>

Finalmente la primera ley sobre la materia fue sancionada sobre la base de un proyecto de los Diputados Carlos Carlés y Manuel Carlés, presentado el 24 de Agosto de 1910. El Congreso Nacional sancionó el 16/09/1910 la ley 7.092, que como carecía de sanciones penales, resultó inocua y dejó las cosas en el estado en el que estaban. Si bien sufrió algunas modificaciones en 1914, en 1918, en 1923, etc. nada aportaron al respecto.

### 3.2) LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL 11.723.

Sus precedentes son los proyectos presentados ante el Congreso Nacional por el diputado Matías G. Sánchez Sorondo en 1925, quien luego fue senador, y por el diputado Roberto J. Noble en 1932.

En el año 1933 se conformó una Comisión Parlamentaria Especial, bicameral, encargada de estudiar el proyecto de ley sobre propiedad literaria, artística y científica, integrada por los senadores Sanchez Sorondo (presidente) y Mario Bravo, y los diputados Noble, Ramón G. Loyarte y Silvio L. Ruggieri.

Después de haber escuchado las opiniones de personalidades trascendentales de la época, tales como Gustavo Martínez Zuviría (Director de la Biblioteca Nacional) Atilio Chiapori (Director del Museo Nacional de Bellas Artes) Francisco Canaro (presidente de la Sociedad de Compositores Musicales) etc. En conjunto estos conformaron la opinión pública, cuyo fruto fue que el proyecto fue tratado y aprobado, primero por la Cámara de Senadores el 18/9/1933 y después por la de Diputados el 25/9/1933. Así nació la **Ley 11.723 “sobre régimen de la propiedad intelectual”**, promulgada el 28/9/1933 por el Poder Ejecutivo Nacional y publicada en el Boletín Oficial del 30/9/1933.

El Derecho de Autor goza de autonomía legislativa, científica y educativa, tanto en el plano Nacional como en el de las nuevas Convenciones Internacionales. Esto refiere a que dicha disciplina posee principios y soluciones particulares para resolver los conflictos básicos que dentro de esta área se plantean. De todos modos el artículo 12 de la ley 11.723 consagra la relación entre esta rama independiente y el Derecho Común (entendido este, en sentido amplio como las reglas normalmente aplicables a un conjunto de relaciones jurídicas y, en sentido estricto, son las reglas normalmente aplicadas en Derecho Privado<sup>8</sup>) estableciendo que: “La propiedad intelectual se registrará por el derecho común, bajo las condiciones

<sup>5</sup> **ARTICULO 1072.-** El acto ilícito ejecutado a sabiendas y con intención de dañar a la persona o los derechos de otro, se llama en este código “delito”. (Código Civil de la República Argentina. Año: 1869)

<sup>6</sup> **ARTÍCULO 342.-** “El que publicare una producción literaria sin consentimiento de su autor, sufrirá multa de 25 a 500 pesos fuertes, si no hubiese expendido ningún ejemplar. En caso contrario se duplicará la multa sin perjuicio del comiso. En las mismas penas incurrirán los que, sin consentimiento del autor, representen o hagan representar una obra dramática, o publiquen sus invenciones en ciencias o artes”.

<sup>7</sup> “Memorias de un Hombre de teatro”, Buenos Aires, Editorial: Fondo Nacional de las Artes. Autor: Garcia Velloso Enrique. Editorial: Ibid., p. 29. Año 1960.

<sup>8</sup> “*Termes Juridiques*” Raymond Guillen y Jean Vincent, París, Editorial: Dalloz 10 Edición, 1995, p. 218

y limitaciones establecidas en la presente ley”. Los principios generales del Derecho serán aplicados, únicamente, cuando no contradigan lo normado en la ley especial, y además mientras se mantengan en concordancia con los principios propios de la materia.

Corolario de la relación entre el derecho común y el derecho de autor resulta el gran principio jurídico conocido como “Principio de la Especialidad”, es decir, ley especial deroga ley general.

La reforma constitucional de 1994 ubica en la cima de la pirámide jurídica de Kelsen, a los Tratados Internacionales junto con la Constitución Nacional. En el artículo 75, Inc. 22 otorga jerarquía constitucional a 12 Tratados Internacionales, tornándose estos complementarios de los derechos y garantías reconocidos en la Constitución, entre los cuales se encuentran la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Bogotá 1948); la Declaración Universal de Derechos Humanos (París 1948) y el pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Nueva York, 1966) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (San José de Costa Rica, 1969). El artículo 75 de nuestra ley suprema consagra que corresponde al Congreso Nacional aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados tienen jerarquía superior a las leyes. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Únicamente los tratados enumerados taxativamente en el artículo 75 Inc. 2 son lo que gozan de jerarquía constitucional, el resto requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la equiparación con la Constitución Nacional.

El Derecho de Autor de encuentra contemplado dentro del artículo 27 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, documento declarativo adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de Diciembre de 1948 en París. Consta de 30 artículos en donde se recogen los Derechos humanos considerados básicos, a partir de la Carta de San Francisco de 1945. **“1) Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar del progreso científico y en los beneficios que de él resultan. 2) Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea la autora.”**

La ley nacional de Propiedad Intelectual a sufrido ciertas modificaciones, a saber: Decreto ley 12.063/57 modificando el artículo 5 y elevando a cincuenta años el plazo de protección, Decreto-ley 1.224/58 creando el Fondo Nacional de Artes, con el objeto de instituir un sistema financiero para prestar apoyo y fomentar las actividades artísticas, literarias y culturales de todo el país. Constituye un mecanismo financiero especializado que actúa como un verdadero banco nacional de la cultura, a título de administrador y redistribuidor de medios y recursos adecuados de fomento para la promoción y desarrollo de las actividades vinculadas a la cultura del país.

La ley 17.567, en el año 1967, la cual tipifica el delito de falsa atribución de autoría, que fue finalmente derogado por la ley 23.077. La ley 17.753, en el año 1968, estableciendo un límite al derecho de autor y del derecho de intérprete, garantizando la libre y gratuita representación, ejecución y recitación de las obras ya publicadas, en actos públicos organizados por establecimientos de enseñanza, con fines educativos, siempre que sea difundido dentro del lugar que se realice y la concurrencia y actuación de los intérpretes fuera gratuita.

La ley 18.453, en el año 1969, extendiendo el mismo límite anteriormente mencionado, también a la interpretación o ejecución de piezas musicales en conciertos o audiciones públicas por las fanfarrias pertenecientes a instituciones del Estado Nacional, Provincias o Municipios siempre que el espectáculo sea gratuito. La Ley 20.098, en el año 1973, nuevamente extiende la limitación a todos los organismos musicales pertenecientes a instituciones del Estado Nacional, Provincias y Municipios.

La ley 23.741, del año 1989, introduce el artículo 72 bis, tipificando el delito de piratería fonográfica; reproducción no autorizada de grabaciones sonoras con fin de lucro, comercialización, importación y actos adicionales respecto de tales reproducciones.

La Ley 24.249, del año 1993, elevando a cincuenta el número de años de protección de las obras cinematográficas.

La ley 24.870, en el año 1997, modifica el artículo 5 y elevando el plazo a setenta años contados desde el primero de enero del año siguiente a la muerte del autor y el artículo 84 disponiendo que vuelven automáticamente al dominio privado las obras que se encontraban en el dominio público sin que hubieran transcurrido los setenta años.

Ley 25.006, de 1998, modifica la forma de computar el plazo de protección de las obras cinematográficas, contando el mismo desde el deceso del autor del argumento, el productor, el director, y en el caso de la obra cinematográfica musical, el compositor, desde el último que fallezca.

Ley 25.036, de 1998, incorpora como titulares del derecho de propiedad intelectual a las personas físicas o jurídicas cuyos dependientes contratados para ese fin, elaboren un programa de computación en el desempeño de sus funciones laborales. También autoriza al licenciatarario legítimo a efectuar una copia única de salvaguardia del ejemplar original de dicho programa.

Ley 25.847 del año 2003, que coloca al director en el rango de colaborador en las obras cinematográficas y finalmente la ley 26.285 del año 2007, la cual establece una excepción para la reproducción y distribución de las obras científicas o literarias en sistemas especiales para personas ciegas o con especiales capacidades perceptivas.

### 3.2.1) Creaciones Artísticas. Concepto y definición.

La creación artística es una capacidad imaginativa que se encuentra en el plano de la mente del hombre, de manera abstracta, que luego de un proceso deja como resultado, en el mundo real, la obra.

Para el filósofo KANT la creación artística radica en el genio, el cual consiste en “un talento para producir aquello para lo cual no cabe dar una regla determinada...de ahí que el autor de un producto, que debe a su genio, no sepa él mismo cómo se han juntado en él las ideas para ello, ni siquiera está en su poder imaginarlas a voluntad o siguiendo un plan”. La imaginación del artista de la “idea estética”, que es una “representación a la cual ningún lenguaje llega totalmente, ni logra hacer totalmente comprensible. Se ve fácilmente que constituye la contrapartida de la idea racional. Estas representaciones de la imaginación son instituciones internas, no pueden tener un concepto enteramente adecuado”.<sup>9</sup>

Para dicho filósofo el proceso de creación es incluso previo a la articulación del lenguaje y preside un hacer mecánico que construye la obra materialmente, esto es para nuestra terminología el “soporte” en el que se desarrolla la obra.

Según Kant el proceso creativo sería de la siguiente manera:

Imaginación → Ideas Estéticas → Pensar → Creación Artesanal → **OBRA**.

Las obras son y expresan un sentido, y por ello es que se convierten en fenómenos comunicacionales, tal como lo señalo John Dewey: “La obra es un objeto expresivo que nos dice algo, como los objetos de arte son expresivos, se hacen comunicativos. Yo no digo que la comunicación a otro se la intención del artista, pero es una consecuencia de su obra, que vive solamente en la comunicación cuando opera en la existencia de otro”.<sup>10</sup>

El autor se constituye existencialmente como tal mediante su obra, que siempre es un fenómeno comunicacional dirigida a un público actual o potencial, y todo público se constituye como tal en relación a la obra de un autor.

La obra es aquello que, se obtiene como producto del proceso de creación artística y es lo que le da sentido al campo del “Derecho de Autor”, ya que constituye su objeto. Toda esta disciplina se encuentra enfocada en su protección. Según la Dra. Lipszyc “Para el derecho de autor, “obra” es la expresión perso-

<sup>9</sup> “*Criticas del juicio*”. Kant. Página 149 Año: 1790

<sup>10</sup> “*El Arte como experiencia*” J. Dewey página 93 Año 2008, Barcelona. Editorial: Paidós

nal de la inteligencia que desarrolla un pensamiento que se manifiesta bajo una forma perceptible, tiene originalidad o individualidad suficiente, y es apta para ser difundida y reproducida”.<sup>11</sup>

La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, con intención de brindarle a los inventos, marcas comerciales y a la obra autoral, una protección legal, se ha subsumido a todos esos fenómenos bajo la categoría de “Propiedad Intelectual” que comprende a:

- Las obras artísticas, literarias y científicas.
- Las interpretaciones de los artistas interpretes y a las ejecuciones de los artistas ejecutantes, a los fonogramas y a las emisiones de radiodifusión.
- Las invenciones en todos los campos de la actividad humana.
- Los descubrimientos científicos.
- Los dibujos y modelos industriales.
- Las marcas de Fabrica, de comercio y de servicio, así como a los nombres y denominaciones comerciales.
- La protección contra la competencia desleal.
- Todos los demás derechos relativos a la actividad intelectual en los terrenos industrial, científico, literario y artístico.

En conclusión, lo trascendental para el derecho de autor es la obra, ella constituye su objeto y su protección legal, motiva su nacimiento y existencia hasta el día de hoy. Nuestra legislación enumera las obras protegidas, que serán detalladas a continuación.

### 3.2.2) Obras legalmente protegidas por la ley 11.723.

Artículo 1 de la ley 11.723: “ A los efectos de la presente Ley, las obras científicas, literarias y artísticas comprenden los escritos de toda naturaleza y extensión, entre ellos los programas de computación fuente y objeto; las compilaciones de datos o de otros materiales; las obras dramáticas, composiciones musicales, dramático musicales, las cinematográficas, coreográficas y pantomímicas; las obras de dibujo, pintura, escultura, arquitectura, modelos y obras de arte o ciencia aplicadas al comercio o a la industria; los impresos, planos y mapas; los plásticos, fotografías, grabados y fonogramas; en fin, **toda producción científica, literaria, artística o didáctica**, sea cual fuere el procedimiento de reproducción.

La protección del derecho de autor abarca la expresión de las ideas, procedimientos, métodos de operación y conceptos matemáticos pero no esas ideas, procedimiento, métodos y conceptos en sí”.

Nuestra legislación se aparta de utilizar un criterio de “numerus clausus”, la enumeración realizada por la ley no es taxativa, cualquier obra goza de tutela jurídica y cualquiera sea la modalidad en que se presente. El derecho de autor protege toda clase de obras, tanto las originarias como las derivadas (traducciones, adaptaciones, arreglos musicales, etc.).

Esta técnica seguida por nuestra ley se asemeja a la seleccionada por algunas convenciones internacionales, como por ejemplo: artículo 5 del Tratado de Montevideo de 1889; el artículo 2 de la Convención de Buenos Aires de 1910; al artículo 3 de la Convención de Washington de 1946; artículo 1 de la Convención Universal y artículo 2 del Convenio de Berna. En todos ellos la enumeración es sólo a título ejemplificativo.

El artículo 1 de la ley 11.723 menciona tres grandes categorías de obras: “Científicas”, “Literarias” y “Artísticas”. El término obra para el derecho de autor significa: “Expresión personal de la inteligencia que

<sup>11</sup>“Derechos de Autor y Derechos conexos” UNESCO, Cerlalc, Buenos Aires Año:1993 Página: 61

desarrolla un pensamiento que se manifiesta bajo una forma perceptible, tiene originalidad o individualidad suficiente y es apta para ser reproducida o comunicada al público.”

Las literarias son las que se expresan por escrito u oralmente, según el Diccionario de la lengua Española<sup>12</sup> “es el arte que emplea como instrumento la palabra y comprende no sólo las producciones poéticas, sino también las obras en que caben elementos estéticos como las oratorias, históricas y didácticas”

Las artísticas son propias de la evolución y el desarrollo del ser humano. Así lo expresa Germain Bazin “el hombre primitivo estaba animado de la convicción profunda de que creaba. Para él la imagen no es un simulacro; provista de las mismas facultades vivientes que el ser reproducido, es una operación mágica por la cual el hombre manifiesta su poder en el orden cósmico. Sabemos que nuestro antepasado de la Edad de Piedra no pintó o modeló con sus manos formas naturales con la intención de “hacer obra de arte”, sino que lo hizo para asegurar la reproducción de la caza, atraer a ésta a sus trampas, o incluso, para hacer suya la fuerza de las bestias feroces. El artista primitivo es un mago cuyo dibujo tiene un valor de encantamiento, y si se ciñe con tanta atención a la verdad viva, es para dar a estas formas el máximo valor de reproducción, la virtud propia de la criatura”.<sup>13</sup>

Por lo desarrollado hasta el momento sabemos que el objeto del Derecho de Autor es la obra, ella recibe la protección legal que le brinda nuestra legislación a través de la ley de Propiedad Intelectual, sea cual fuere la modalidad en la que se presenta, sea originaria o derivada, sea científica, literaria o artística y no es necesario que se encuentre enumerada taxativamente dentro del artículo 1 de la ley. Por un lado sabemos que la obra tiene un sentido comunicacional, es decir, que está dirigida al público, aunque esto haya o no haya sido la meta del autor al crearla, termina cobrando razón de ser cuando llega a manos del resto de las personas. Por otro lado, se encuentra protegida su reproducción sea cual fuere el medio o el procedimiento. Por lo tanto el manto de la tutela legal que recae sobre la obra y que consecuentemente es el derecho de propiedad que le asiste al autor, siendo una especie de dos caras de la misma moneda, es amplísimo y a simple vista pareciera bastar pero a continuación veremos que sucede con todo esto cuando se enfrenta a las “nuevas tecnologías” en donde las posibilidades y procedimientos de reproducción y divulgación son infinitos y corren a un tiempo muy veloz. Será que en este ámbito el derecho y sus herramientas de protección resultan efectivas o será que, por más que sea amplio, no resultan aplicables.

Existe una variada gama de sentidos atribuida a la palabra “arte” u “obras artísticas” incluidas en la enumeración del artículo 1 de la 11.723, por ejemplo “pintura” hace referencia tanto al lienzo, como a la obra misma expresada en él, o al color preparado para realizarla y también a la descripción de ésta o la representación viva y animada por medio de la palabra.

Las obras científicas son aquellas que desarrollan temas adaptándose y cumpliendo todos los requisitos de un método científico, como las obras de ciencias exactas, naturales, medicas, sociales, los escritos de carácter técnico y de divulgación científica, las guías prácticas, los mapas, gráficos, diseños, etc.

La Cámara Nacional Civil, sala E, el 28 de Julio de 1983 en el caso “Cosmopolita S.R.L c/ Editorial Caymi S.C.A y otros” destacó que las obras científicas y técnicas son tutelables por la ley 11.723, lo mismo que las obras didácticas o de enseñanza, las recopilaciones, los catálogos y los manuales, no por la verdad que ellos consignan, no por la doctrina que desarrollen o por la utilidad que aportan al hombre, sino sólo, como cualquier otra obra en el cuadro del Derecho de Autor, por su carácter representativo, al considerar que la elaboración intelectual materializada por el autor por medio de las distintas publicaciones tenía suficiente entidad como para dar una respuesta afirmativa al interrogante de si sus obras merecían la protección que otorga la ley de Propiedad Intelectual.

Resulta necesario dejar en claro que esta tutela legal que reciben las obras científicas, no comprende ni las invenciones científicas, ni los descubrimientos, ni la labor de investigación, ya que el Derecho de Autor, no protege meras ideas o procedimientos.

Todos los términos descriptos deben ser comprendidos y entendidos con sentido amplio, ya que su protección tiene un criterio amplio y existen infinitos significados y enumeraciones sobre los mismos.

<sup>12</sup> Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española. Madrid 21 edición, 1992

<sup>13</sup> “Historia del Arte”, Germain Bazin traducción de Jorge Benet Aurell, Barcelona, Editorial: Omega. Año: 1976.



Requiere que el intérprete se guíe con el orden normal de las cosas, con la naturaleza de los bienes tutelados por el Derecho de Autor que abarcan todas las obras artísticas, literarias y científicas y obliga a destacar, por ejemplo tanto el derecho de autor del impresor como los propios impresos.

### 3.2.3) El soporte Documental

La legislación argentina determina que las obras se encuentran protegidas, bajo el manto de la tutela legal sin que sea necesario que se encuentren fijadas en un soporte documental, esto se desprende del texto de la ley que dice que obras son aquellas que se comunican al público en forma oral, las improvisaciones y las cosas que se dictan en el marco de actividades docentes. Así lo resolvió la Cámara Civil, sala F, el 20 de febrero de 1969 “De la economía de la ley surge que “no es necesaria la publicación” de la obra para que sea amparada la propiedad intelectual, cada vez que esta no se refiere a la impresión de la obra “sino a su creación” como manifestación del pensamiento y se halla protegida contra terceros “cualquiera sea el medio por el cual se haya llegado a su conocimiento”.

Las obras son objetos que poseen una dimensión material denominada “substrato” al cual se accede a través de la percepción sensible, el sentido de la misma se comprende a partir del acto de percepción del substrato. Esta materialidad es el inicio del camino hacia la comprensión del sentido de la obra. Sobre esto HEIDEGGER<sup>14</sup> “todas las obras tienen esa condición de cosa...Ni siquiera la tan cacareada vivencia estética pasa por alto la condición de cosa de la obra de arte. Lo pétreo está en la obra de arquitectura. La madera en la talla. La pintura en el colorido. La fonación en la obra de arte hablada. Lo sonoro en la obra musical. La condición de cosa en la obra de arte es tan ineludible que más bien tendríamos que decir lo contrario: la obra arquitectónica está en la piedra. La talla en la madera. La pintura en el colorido. La obra de arte hablada en la fonación. La obra musical esta en el sonido... El fondo de la obra es siempre, tela, piedra, palabras...”

El derecho de autor, sostiene que la obra existe como tal, y protege al autor de la misma en sus derechos, aún antes de la fijación de esta en un soporte material. Así lo señala la Dra. Delia Lypzic: “Las obras comunicadas al público en forma oral se encuentran protegidas sean o no registradas en un soporte”.<sup>15</sup>

Sin embargo, es requisito para nuestra ley que la obra tenga aptitud para ser reproducida, según resulta de la última parte del artículo 1 “...En fin, toda producción científica, literaria, artística o didáctica, sea cual fuere el procedimiento de reproducción”. En su artículo 56 hace diferencia entre la obra y su soporte material “...mediante la radiofonía, la televisión, o bien grabada o impresa sobre disco, película, cinta hilo o cualquier otra sustancia o cuerpo apto para la reproducción sonora o visual” justamente ese “cuerpo” es su soporte material. Pero la ley protege la autoría de obras, y no de substratos o soportes, sino las obras que se expresan en un sentido y se comprenden a través de la materialidad del substrato que la expresa.

El Código Civil Argentino de 1869 también se había tratado este tema, dentro de la normativa respectiva a las “cosas” en el artículo 2335 “Las pinturas, esculturas, escritos e impresos, serán siempre reputados como principales, cuando el arte tenga mayor valor e importancia que la materia en que se ha ejercido, como accesorios la tabla, el lienzo, el papel, pergamino o piedra en que se hallasen adheridos”

### 3.2.4) El Copyright:

Nacido en el siglo XVII. Traducido literalmente como “Derecho de Copia” es el término jurídico mediante el cual se otorga al creador la propiedad exclusiva de su obra, más todos los derechos conexos que de ella derivan, incluyendo por supuesto su uso, distribución y reproducción, por un tiempo determinado. Su objetivo principal es que el inventor perciba algo a cambio de su trabajo, generando los ingresos necesarios para financiar su propia actividad. Sin ir más lejos es el término anglosajón utilizado para tratar el “Derecho de Autor”.

<sup>14</sup> “*Sedas Perdidas*”. Holzwege, M. HEDENGER Capítulo “El origen de la obra de arte”, Losada, Buenos Aires. Año 1960.

Página 13.

<sup>15</sup> “*Derecho de Autor y Derechos Conexos*”. Ediciones UNESCO-Cerlalc-Zavallá, Buenos Aires, Año 1993, punto 2.2.1.1 Página 70.

Protege la obra llevada a cabo en concreto, una vez manifestada, no así las ideas abstractas. Para obtenerlo el creador, tiene la carga de la prueba, es decir, él debe demostrar que la obra le pertenece a su propio intelecto. Probada que sea esta situación, a la obra se le agregará el famoso símbolo de copyright, el cual puede ser “©” (letra “C” mayúscula dentro de una circunferencia) utilizado para las obras intelectuales: libros, folletos, obras dramáticas, obras cinematográficas y audiovisuales, dibujos, pinturas, etc. Ó puede ser una letra “P” mayúscula ubicada dentro de un círculo, comúnmente utilizada para representar el derecho de reserva sobre una grabación de sonido, hace referencia directa a la obra musical, contenida en diferentes soportes como discos, cassette, CD, etc. Ambos símbolos indican que la obra se encuentra sujeta al “Derecho de Autor”.

Existe una diferencia entre el “Derecho de Autor” que es el conjunto de normas que regulan los derechos morales y patrimoniales que la ley le concede al inventor, por el mero hecho de la creación, y el Copyright ya que este último se dedica exclusivamente al “Derecho de Copia” y por lo tanto comprende la parte patrimonial y no moral, la protección se limita exclusivamente a la obra sin importar prácticamente quién ha sido el creador.

La protección es otorgada por un plazo determinado, el cual puede resultar renovable, mientras el autor se encuentre vivo, luego, se transmite por herencia a sus derechohabientes quienes mantienen la propiedad exclusiva por un período de tiempo, transcurrido el cual, la obra pasa a ser de Dominio Público. Este plazo va variando, dependiendo de la legislación, en la mayoría de los países el plazo expira no más allá de los 70 años desde la muerte del Autor. El primer antecedente histórico legal, es el “Estatuto de la Reina Ana” de 1710, el cual consagraba un plazo de 14 años de protección, renovable por una vez si el creador se encontraba vivo, y todas las obras anteriores a la promulgación del estatuto recibían protección por un plazo único de 21 años, sin embargo hasta 1774 no se conoció el concepto de “Dominio Público”, hasta el caso “Donaldson contra Beckett” en el cual se discutió la existencia del Copyright a perpetuidad. El fallo que pone fin a este conflicto, por 22 votos a 11, resolvió por la negativa de esta idea.

Desde entonces existe la discusión sobre la naturaleza del “Derecho de Autor”, una teoría sostiene que nace con la creación de la obra, y otra sostiene que solo existe a través de la ley.

En 1787 la idea de protección de las obras es recogida por Estados Unidos, incorporándolo a su Constitución y promulgando la primera ley sobre copyright en 1790 con un tinte claramente comerciante. Mientras que en Europa, se desarrolló bajo la idea de “Derecho de Autor” como expresión única del autor, tal como lo expresaba el filósofo alemán Kant “una obra de arte no puede separarse de su autor”.

### **3.3) LAS “NUEVAS TECNOLOGÍAS DE LA COMUNICACIÓN Y DE LA INFORMACIÓN.**

#### **3.3.1) Inicio y desarrollo. ¿Qué entendemos por nuevas tecnologías?**

Las tecnologías de la información y de la comunicación constituyen un concepto amplio y dinámico, que dependiendo del momento histórico en el que nos situemos, puede abarcar unos u otros conceptos. Así por ejemplo para fines del siglo XIX se consideraba al teléfono integrante de las nuevas tecnologías y la misma suerte corrió el televisor, y luego la computadora tal cual la conocemos hoy. Todos estos elementos continúan hasta nuestros días integrando las T.I.C (tecnologías de la información y la comunicación) ya que favorecen el intercambio de comunicación en el mundo actual.

A una gran velocidad éstas fueron evolucionando, y se convirtieron en una parte muy grande de nuestra vida cotidiana. Esto es denominado, usualmente, “sociedad de la información” el cual es debido al surgimiento de INTERNET en el año 1969, la cual se gestó como parte de la Red de la Agencia de Proyectos de Investigación Avanzada (ARPANET) dentro del Departamento de Defensa de los Estados Unidos cuyo fin era mantener comunicados a los diferentes organismos del país. Los principios en que se basó esta idea fueron: crear una red descentralizada con múltiples caminos entre dos puntos y que los mensajes estuvieran divididos en partes que serían enviados por caminos diferentes. Todo en miras a generar un mayor tráfico informativo y a mayor velocidad. Así pues, se crearon los correos electrónicos, los servicios de mensajería y las páginas Web.

Luego de la década de los 90, Internet abandona ya su rótulo de “proyecto militar” y es entonces cuando surge su verdadera explosión y con ella todo lo que hoy conocemos como T.I.C. Para el 3 de Enero de 2006 Internet alcanzó los cien mil millones de usuarios y se prevé que en los próximos diez años, los navegantes de la Red asciendan a dos mil millones.

Las “Nuevas Tecnologías” resultan por lo general inmateriales, ya que lo único material allí es la información, permitiendo instantáneamente la interconexión y la interactividad.

La aparición de Internet, de las World Wide Web (WWW) como medio de comunicación de masas, confieren a las TIC una dimensión puramente social.

Las T.I.C se pueden clasificar en: 1) Las Redes (Telefonía fija, Banda Ancha, Telefonía Móvil, etc.). 2) Las terminales (Computadora, Navegadores de Internet, ETC). 3) Los servicios (Correo Electrónico, Banca Online, Búsqueda de Información, Audio y Música, ETC).

Hecha ya la descripción sobre a qué nos referimos con las “Nuevas Tecnologías” tomaremos para el presente trabajo pura y exclusivamente el ámbito de Internet, y analizaremos si los “Derechos de Autor” se ven vulnerados por esta T.I.C, cuando se encuentran deambulando en la Red.

### **3.3.2) Derecho de Internet en la Argentina.**

No existe en nuestro país una codificación general sobre las reglas que son aplicables a Internet y las cuestiones relativas a la misma. Si bien esta rama del Derecho se encuentra evolucionando, resultan actualmente aplicables a ella las reglas contenidas en el Código Civil y otras leyes generales, y luego algunas normas específicas que regulan algunos aspectos de Internet, como ley de la Firma Digital.

La velocidad con que el desarrollo de Internet se ha instalado en nuestra sociedad, impide su regulación a través del proceso legislativo tradicional. La Red crea problemas en áreas muy controvertidas del Derecho Argentino tales como, las Patentes, Regulaciones Financieras, Derecho de Autor, ETC. Debido a la dificultad de llegar a un tratamiento jurídico adecuado para estas áreas en el marco de Internet, es que se mantuvo el statu quo legal, no ya por la existencia de una política conservadora en la materia, sino por la imposibilidad de llegar a un acuerdo sobre cuál era el cambio deseable.

Los sistemas de Derecho Continental están basados en una estructura normativa de naturaleza en extremo abstracta, y por ende resulta la norma aplicable a casi cualquier tipo de conducta humana, la estructura básica es luego ajustada a situaciones específicas a través de una regla jurídica más concreta, ya sea vía reglamentaciones administrativas o sentencias de casos judiciales concretos. De ello resulta que la estructura legal podría adaptarse fácilmente a cambios tecnológicos y es menester de la jurisprudencia ir realizando estos cambios necesarios para que resulten aplicables a los conflictos específicos. Por ejemplo el Derecho de Daños, cuya estructura básica ha sobrevivido a grandes desarrollos tecnológicos, cambios económicos y movimientos sociales, aunque este ha trascendido los límites del Código Civil mediante el continuo fluir de casos judiciales, ha cambiado según el criterio con el que los Tribunales Argentinos aplicaron éste.

Es por ello que a la hora de aplicar el Derecho, los jueces también crean reglas jurídicas, dando alcance interpretativo a la normas y determinando cuales son los sucesos que encuadran en los supuestos de hecho estipulados por las normas legales.

En un primer momento la metodología utilizada por el Derecho de Internet Argentino, fue aplicar los conceptos jurídicos y normas legales existentes a las nuevos conflictos creados por Internet. En el área de los Derechos de Autor en el plano de Internet, se han adaptado algunas normas jurídicas, pero las mismas han tenido un éxito relativo. Esta metodología demostró de manera inmediata sus limitaciones, así por ejemplo, el Código Penal y sus normas complementarias, son interpretados de acuerdo a la prohibición constitucional de analogía y por ende es imposible penalizar conductas que han utilizado Internet como medio para cometer delitos, ya que se apartan de los elementos preestablecidos en el tipo penal.

En ciertos aspectos de la actividad de Internet la normativa existente no alcanza a otorgar un marco jurídico que brinde seguridad jurídica, más allá de la diligencia de los Tribunales, esta es la suerte que corren hoy en día los delitos cometidos a través de Internet, las transacciones financieras, y la PROTECCION DE LAS OBRAS DIGITALES POR EL DERECHO DE AUTOR.

La Red presenta ciertas notas características que resultan negativas para lograr la adaptación a un Sistema Legal estas son:

- 1) Es un sistema Internacional, por ende resulta difícil ubicar territorialmente una conducta realizada en el ciberespacio y los efectos que esta provoca suelen trascender automáticamente fronteras. La aplicación de normas legales requerirá mayor cooperación entre diversos Estados, pero América Latina, no es precisamente el ejemplo de cooperación internacional en cuestiones legales relacionadas con Internet.
- 2) Los desafíos técnicos que implica el desarrollo de Internet van más allá de las posibilidades de aplicabilidad de los Principios Generales del Derecho y su ajuste a los casos concretos, a pesar de la amplitud de sus términos.
- 3) En cuanto a la aplicación y ejecución de la Ley, la internacionalidad de la Red resulta negativa para éstas. Por ejemplo ciertas infracciones a las normas de Derecho de Autor son posibles sólo en Internet y tienen un efecto negativo potencial. Tema que se desarrollara más adelante con el tratamiento del caso "A&M Records V. Napster". Particularmente, toda norma legal o judicial tendiente a prohibir la reproducción de un determinado contenido carece de eficacia desde el momento en que la obra intelectual que se busca proteger es reproducida en la Red por varios sitios.
- 4) En nuestro país no se encuentran grupos de personas generando presión sobre las autoridades, para que estas generen la adaptación del Derecho a los conflictos nuevos creados por Internet.
- 5) Se origina una crisis cuando se intenta aplicar una ley anterior a una nueva situación no prevista específicamente.

### **3.3.2.1) Estructura del Derecho de Internet en la Argentina.**

Nuestro sistema, se encuentra basado en el Derecho Continental y por ende utiliza la metodología de adaptar los conceptos legales pre-existentes a las nuevas conductas. La metodología opuesta toma las nuevas conductas y crea las reglas legales en base a ellas.

Pero en el ámbito de Internet no existe conjunto de reglas generales, o principios generales del Derecho que resulten aplicables a Internet. Por ejemplo, si una cuestión de Derecho de autor relacionada con Internet no puede ser resuelta con la aplicación de leyes o casos, la solución no puede ser encontrada en una regla general hipotética sobre Internet (aunque algunos tribunales, en el Derecho Comparado, han receptado como fuente del Derecho la costumbre, y dentro de Internet, un conjunto de normas conocido como "netiquette", que son reglas de convivencia existentes en Internet. Así sucedió en el caso canadiense "Ontario Inc. V. Nexx Online Inc. De Junio de 1999) pero si mediante el Derecho de Autor en general o algún principio aplicable al Derecho de Propiedad Intelectual.

### **3.3.3) Interacción de la Tecnología con el Derecho de Autor.**

Antes de abarcar de lleno el presente título, haremos un breve racconto, ya que la misma fue analizada en capítulos anteriores, de los puntos centrales y característicos de la Ley 11.723:

- a) Las obras protegidas son enunciadas a título ejemplificativo ya que la protección legal acoge a toda clase de creaciones.
- b) Establece derechos exclusivos, relativos a la Propiedad, en cabeza del Autor.
- c) Se reconocen derechos, tanto a los autores de obras "originales" como "derivadas" y como a los que adquieren estos Derechos por "cesión" o por "herencia".

- d) El plazo de duración de la protección es de 70 años, a partir de la muerte del Autor.
- e) Las excepciones al derecho exclusivo del autor son limitadas y son: licencias onerosas por inacción de los herederos, licencias gratuitas en materia de representación y ejecución, suspensión del Derecho del Autor en caso de omisión del registro, y derecho de cita.

En nuestro país el Derecho de Autor otorga facultades amplias al titular de la obra, y en los casos que se han presentado en los tribunales, estos fueron muy amplios e incluyeron la posibilidad de presentar tanto demandas Civiles como Penales, y permitieron hasta requerir el secuestro de la obra como Medida Cautelar fundándose en los artículos 80 a 82 de la L.P.I.

Sin embargo no se encuentra adaptada, la letra de nuestra ley, al impacto producido por Internet en el Derecho, aunque la norma es amplia para aceptar las nuevas tecnologías, no es suficientemente flexible para adaptarse a los conflictos que se presentan en los estrados de la justicia. Nuestra Ley no tiene una excepción expresa para uso privado, las normas penales se suelen aplicar si existe fin de lucro en la conducta negativa, pero este requisito no es necesario a la hora de determinar la responsabilidad Civil. Es por ello que, la distribución de obras literarias o musicales a través de Internet sin la autorización del titular de los derechos puede configurar una infracción civil al derecho de autor por parte de las personas que descarguen o utilicen dichas obras, y una infracción penal cuando la persona distribuye o reproduce sin autorización y con fin de lucro, a través de Internet.

### 3.3.4) La piratería informática en el ciberespacio.

Los actores principales de este fenómeno, se denominan “hackers”, son los “piratas informáticos” que son expertos técnicos en temas relacionados con las comunicaciones o la seguridad, es quién se decida a violar claves de acceso, demostrando así las falencias en los sistemas de protección en Redes de computadoras.

Generalmente los “hackers” actúan desde su PC situada en el país en que se encuentren y poseen sitios piratas en otros países extranjeros.

Para analizar el presente título vamos a tomar el ejemplo y la hipótesis planteada en el libro “Derecho de Internet”, donde se desarrolla un conflicto fáctico de hecho y de derecho sobre las inquietudes que puede llegar a tener Bill Gates y la protección de Windows, ya que este es un programa de computación pasible de ser protegido por la ley de Propiedad Intelectual y Copyright, como una obra literaria el cual dice:

“Supongamos que Bill Gates, presidente y CEO de Microsoft, acaba de descubrir la creciente amenaza que implica la piratería en Internet. La dimensión internacional de la piratería es para él motivo de particular preocupación ya que –como en el caso de muchas empresas de software– las ventas internacionales constituyen casi la mitad de los ingresos totales para Microsoft. El señor Gates pide a los asesores jurídicos de Microsoft que expongan las opciones que tiene la empresa cuando un pirata informático “sube” una copia de Microsoft Windows a su sitio de la Red. En primer lugar desea saber si Microsoft puede iniciar acciones judiciales y, en ese caso, contra quienes y en que tribunales. En segundo lugar, suponiendo que Microsoft tiene elementos que justifican la demanda, el señor Gates quiere saber si el litigio beneficiaría a la empresa. Finalmente, desea saber si Microsoft tiene otras alternativas además de litigar en el caso de que los recursos judiciales no sean viables.

Este artículo es una respuesta a los interrogantes hipotéticos del Sr. Gates. La parte I explora las posibilidades de litigio que tiene Microsoft, teniendo en cuenta que leyes aplicar, a quien demandar y en que fueros tramitar las causas. Según las leyes aplicables, tanto de EE.UU. como extranjeras, Microsoft puede interponer recursos judiciales contra TRES PARTES bien diferenciadas: Los “uploaders”, los “downloaders” y los intermediarios. La parte II sopesa las ventajas y las desventajas de iniciar las acciones mencionadas y llega a la conclusión de que probablemente Microsoft debería litigar solamente contra los infractores acérrimos. Finalmente, la Parte III considera una alternativa tecnológica al litigio: el generalizado uso de sistemas de protección de software por medio de la “encriptación” o cifrado. Las soluciones basadas en la encriptación son muy superiores a los sistemas de “protección de copia” abandonados a fines de la década de 1980. La parte III sostiene que, dada la falta de soluciones globales coherentes, la industria

del software necesita encontrar recursos tecnológicos en lugar de esperar a que el gobierno intervenga. De todos modos, en última instancia el Derecho puede contribuir con la tecnología, aunque de manera complementaria, si se enmienda la ley de Copyright para que incorpore una medida contra la elusión”

Para desentrañar los interrogantes planteados, el texto mencionado, comienza hablando del litigio propiamente dicho, y para ello en necesario, hacerse tres preguntas claves: 1) ¿Qué leyes aplicar? 2) ¿A quién demandar? 3) ¿En qué fuero iniciar la demanda?

1) Si el caso se desarrollara completamente en el territorio de un solo país, no se plantearían mayores inconvenientes, ya que sería aplicable la ley de dicho país. Pero la realidad de Internet, no suele ser comúnmente esta, ya que supone una interconexión global. Al producirse un acto de piratería internacional a través del ciberespacio.

Uno de los principios fundamentales de las leyes internacionales de Propiedad Intelectual es el de “territorialidad”, el cual deriva de la noción de que no existe un copyright internacional, existe una multiplicidad de regímenes de copyright. Por lo tanto no existe un “Tribunal internacional del Copyright”. Aquí cobran notable importancia los Tratados Internacionales tales como: “Convención de Berna”, “Convención Universal de Copyright”, “Acuerdo TRIPS del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio. Todas ellas exigen estándares mínimos de protección del copyright a los países signatarios, en términos de Derecho Positivo. Y requieren el tratamiento Nacional, que equivale al compromiso de no discriminar contra los extranjeros. Cuando un autor obtiene un copyright en uno de los Estados parte, lo obtiene simultáneamente en el resto de los estados signatarios.

Cuando existen múltiples opciones de leyes, hay dos maneras, al menos de resolver el conflicto, una en base al principio de cortesía y la otra mediante la aplicación de tratados específicos de elección del Derecho aplicable.

Actualmente se ha sentado el criterio entablado por la Directiva Satelital Europea, para resolver los conflictos internacionales de piratería, el cual sostiene que es son aplicables la leyes del país en donde se comete la primera infracción, en donde se realiza el primer acto ilícito, donde se produce el “up link”, que es “la primera instancia de reproducción no autorizada”.

2) “Downloaders”: Es el grupo más numeroso de infractores, y son responsables de la mayor parte de los actos individuales de reproducción no autorizada. Ya que cada vez que se baja un archivo digitalizado de cualquier servidor se realiza una copia del mismo.

“Uploaders”: No son tan numeroso como el grupo anterior, pero éstos no sólo realizan actos de reproducción si no también distribuyen copias sin autorización y permiten que otros a su vez las reproduzcan. Ellos también realizan copias de las obras que “suben” del archivo digitalizado desde su computadora al un servidor.

“Intermediarios”: es un actor coadyuvante en la infracción que realiza una serie de actividades, entre las cuales está la provisión de la infraestructura necesaria para el intercambio de la información entre los “downloaders” y los “uploaders”, son los proveedores de los servidores de Internet. Los creadores de la “nube virtual” en la cual los “uploaders” suben el contenido, la información, la obra para que sea recibida por los “downloaders”.

Por último debemos analizar en que fuero deberíamos iniciar la demanda, y para ello veremos cuáles son las opciones en nuestro país según lo que marca nuestra ley de Propiedad Intelectual. En Argentina deberíamos iniciar la demanda en el fuero civil buscando la indemnización de los daños y perjuicios ocasionado al autor, y también podríamos iniciar una demanda penal en el caso de que el ilícito encuadre en el artículo 71 de la 11.723 (con la pena prevista en el artículo 172 del Código Penal); artículo 72; 72 bis; 73; 74; 74 bis de la mencionada ley. Tal como ésta lo establece en su artículo 75 la acción se iniciara de oficio, por denuncia o querrela.

Dependiendo del lugar en donde se haya cometido el delito tanto el procedimiento como la jurisdicción serán establecidas por el respectivo Código de Procedimientos en lo criminal vigente.

Por otro lado la ley establece que el juicio Civil, como el criminal sus resoluciones son independientes y sus resoluciones definitivas no se afectan.

Se permite que los jueces utilicen Medidas Cautelares, previa contra cautela otorgada por el peticionante para evitar que se sigan violando derecho amparados por la L.P.I, tales como la suspensión de un espectáculo teatral, cinematográfico, el embargo de las obras denunciadas, etc.

En cuanto al procedimiento, la ley determina que se regirá por lo establecido en los Códigos de procedimiento en lo Civil y en lo Criminal pero estableciendo algunas excepciones en su artículo 81 que son:

- a) Siempre habrá lugar a prueba, a pedido de las partes o de oficio pudiendo ampliarse su término en 30 días, si el juzgado lo creyere conveniente y quedando firme a esta resolución;
- b) Durante la prueba y a pedido de los interesados se podrá decretar una audiencia pública, en la sala del tribunal donde las partes, sus letrados y peritos, expondrán sus alegatos y opiniones. (...)
- c) En las mismas condiciones del inciso anterior y cuando la importancia del asunto y la naturaleza técnica de las cuestiones lo requiera, se podrá designar un jurado de idóneos en la especialidad de que se tratare, debiendo estar presidido para las cuestiones científicas por el Decano de la Facultad de Ciencias Exactas o la persona que éste designare, bajo su responsabilidad, para reemplazarlo; para las cuestiones literarias, el Decano de la Facultad de Filosofía y Letras; para las artísticas, el Director del Museo Nacional de Bellas Artes y para las musicales, el Director del Conservatorio Nacional de Música.

Complementarán el jurado dos personas designadas de oficio.

El jurado se reunirá y deliberará en último término en la audiencia que establece el inciso anterior. Si no se hubiere ella designado, en una especial y pública en la forma establecida en dicho inciso.

Su resolución se limitará a declarar si existe o no la lesión a la propiedad intelectual, ya sea legal o convencional.

Esta resolución valdrá como los informes de los peritos nombrados por partes contrarias, cuando se expiden de común acuerdo.

El cargo de este jurado será gratuito y se le aplicarán las disposiciones procesales referentes a los testigos.

#### **3.3.4.1) ¿A quién demandar?**

Como vimos anteriormente existen tres grupos bien diferenciados de personas que, a través de Internet, violan el Derecho de Autor infringiendo la Ley de Propiedad Intelectual, los “downloaders”, los “intermediarios” y los “uploaders”.

Pues bien, ahora analizaremos contra quién resulta más conveniente entablar las acciones judiciales. En el primero de los casos los “downloaders” presentan varias desventajas para ser la parte demandada en nuestro reclamo ya que ellos son los usuarios finales por ende son el grupo más numeroso, suelen encontrarse en múltiples y diferentes países, son difíciles de identificar y de detectar, además deberíamos enfrentar un muy alto costo y es probable que el resto de la sociedad tome “partido” por ellos. El único punto positivo de demandarlos sería el efecto persuasor que generaría en el resto de las personas.

Por otro lado los “uploaders” por lo general “piratean” las obras, contenido o información y la suben a la Red por mera diversión, ante la posibilidad de obtener una sentencia favorable contra ellos sería irrisorio pensar que éstos podrían hacer frente al fallo. A menos, claro está, que sea detectada una especie de sociedad de “uploders” con fines de lucro.

Ellos, al igual que los “downloaders” resultan muy difíciles de identificar. Suelen recurrir a la “encriptación” (proceso mediante el cual cierta información o texto sin formato es cifrado de forma que el resultado sea ilegible) para ocultar la naturaleza ilícita de sus transmisiones.

Por último encontramos a los intermediarios, suelen ser entidades corporativas identificables, pero poseen varias desventajas para ser demandados. Deberían ser monitoreados constantemente para determinar si sus mensajes resultan amparados por el copyright y para ello una computadora debería compararlos con un base de datos protegidos por éste o bien buscar algún tipo de aviso de registro de copyright. Sin embargo no resultan estos sistemas viable ya que la Convención de Berna estipula que, las formalidades tales como el depósito y el aviso de registro no son necesarias para la protección:

*Artículo 5. Segundo Párrafo: “El goce y el ejercicio de estos derechos no estarán subordinados a ninguna formalidad y ambos son independientes de la existencia de protección en el país de origen de la obra. Por lo demás, sin perjuicio de las estipulaciones del presente Convenio, 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.”*

Por ende la única solución que quedaría para lograr el monitoreo, sería un grupo de personas que los este controlando constantemente, pero el volumen de mensajes que se intercambian a diario, convierte en inútil cualquier recurso humano que se pretenda utilizar para su control.

Otro problema resultante del monitoreo es que puede ocasionar violaciones a la privacidad de los usuarios que trabajan en Red, ya que este implicaría examinar los archivos personales de los usuarios, y debido a que la piratería también se puede llevar a cabo a través del Correo Electrónico, implicaría leer los mensajes personales.

Por todo lo antedicho, consideramos que la vía más conveniente para defender los derechos de autor frente a las reproducciones no autorizadas vía Internet, no resulta la demanda judicial. Ya que encontramos varios problemas en cuanto a quién demandar, como superar el anonimato de los posibles demandados, que vamos a poder recuperar efectivamente de los “piratas”, el poder disuasivo hacia el resto de la sociedad resultaría mínimo. Deberíamos ir contra los infractores de mayor envergadura, aunque esto no asegura el éxito de la medida.

### **3.3.4.2) La Criptografía como medio alternativo de protección.**

La criptografía es el proceso mediante el cual se codifica un texto legible para que quede ilegible. La decodificación resulta por ende el proceso inverso. Ambos están basados en algoritmos matemáticos complejos. Éstos utilizan claves, es decir, cadenas de dígitos alfanuméricos, para encriptar y decodificar mensajes. Cuanto más larga es la clave más eficiente resulta la encriptación

Ambos sistemas requieren de computadoras con una capacidad muy alta para procesar la información. Hoy en día esta ciencia puede utilizarse en muchas aplicaciones nuevas. Una de ellas es encriptar los programas de computación para protegerlos de la piratería.

La encriptación se encuentra muy presente en las mentes de los líderes de la industria de los DVD (Digital Video Disk) para protegerlos del fraude. Sin embargo, la mayor parte del software disponible hoy en día no está encriptado.

Los beneficios que acarrea registrar una clave de encriptación son varios y uno de los más importantes es el fin del problema del anonimato, ya que al estar registrada a nombre de un usuario particular, el titular de los derechos de propiedad sobre la obra sabría quien infiltró la copia ilegal.

Brinda una solución sólida, ya que piratear una clave demandaría miles de años con los niveles actuales de tecnología.

Por otro lado la encriptación protege al producto únicamente del uso no autorizado, por lo que los usuarios podrían libremente realizar copias de seguridad.



Tampoco se encuentra limitada por las fronteras, resultaría una solución a nivel mundial, superando ya los problemas de soberanía y territorialidad.

### 3.4) TIPIFICACIÓN NACIONAL.

#### 3.4.1) Fraude a los Derechos de autor: REPRODUCCION ILICITA MANUAL O MATERIAL DE UNA OBRA PUBLICADA POR CUALQUIER MEDIO O INSTRUMENTO SIN AUTORIZACION DEL AUTOR O DERECHOHABIENTES (Art. 72. INC "A" Ley 11723).

Como lo viene sosteniendo la Jurisprudencia Nacional es la actividad ilícita realizada por el agente en perjuicio de la obra del autor, que tiene por finalidad hacer aparecer un hecho falso como verdadero. La equiparación al artículo 172 del Código Penal que hace el artículo 71 de la ley 11.723 es, por tanto, a los efectos de la pena y no de los elementos constitutivos del delito indicado.

El artículo 72 inciso "a" sanciona con la pena establecida en el artículo 172 del Código Penal, además de ordenar el secuestro de la edición inédita, al que edite, venda o reproduzca por cualquier medio o instrumento una obra inédita sin autorización de su autor o derechohabientes.

Tiene por finalidad proteger sin termino de duración el secreto de la obra aun no publicada, basada no solo en razones morales que atañen exclusivamente a la acción personal del autor, entre las cuales cabe citar el de poder continuar la obra, ampliarla, modificarla hasta destruirla sino también reprimir su explotación ilícita como reproducción intelectual al prohibir que el corpus mechanicum que es lo tutelable en el derecho de inédito, llegue a integrarse con el corpus mysticum para la protección de la obra como unidad ideológica sin la debida autorización del autor o sus derechohabientes.

La procedencia de la acción criminal se encuentra sujeta al cumplimiento de cinco requisitos a saber:

- 1) se edite, venda o reproduzca por cualquier medio una obra ajena.
- 2) Que la citada obra sea inédita, es decir, que no haya pasado al conocimiento del público
- 3) Que la edición, venta o reproducción se realice sin la autorización del autor o derechohabientes
- 4) Que el acto ilícito cometido se publique mediante el procedimiento conforme a su naturaleza, quedando incluidas la venta y la edición porque su realización entraña coetáneamente su publicación.
- 5) Dolo del agente.

La protección recae sobre el secreto de corpus mechanicum, su punición da lugar al delito de violación de secretos, legislado por el derecho penal común, en el artículo 156 del Código Penal.

Por otro lado el artículo 72 inciso "a" determina que será también reprimido con las penas impuestas en el artículo 172 del Código Penal "el que reproduzca por cualquier medio o instrumento una obra publicada sin autorización de su autor o derechohabientes".

Esta figura penal consiste en la facultad exclusiva del agente de contrahacer materialmente los ejemplares de una obra ajena por cualquier medio o instrumento. También deben observarse seis requisitos para que proceda la acción penal:

- 1) multiplicar una o varias obras originales y novedosas
- 2) debe tratarse de una obra publicada
- 3) debe abarcar la totalidad de la obra o sus partes esenciales
- 4) debe llevarse a cabo sin autorización de su autor o derechohabientes
- 5) la obra reproducida debe ser puesta a disposición del publico
- 6) Existencia de dolo

El momento consumativo de la reproducción como delito es, la publicación de la obra. En cambio, la mera realización de la obra reproducida configura un acto preparatorio no punible, transformándose en tentativa del delito cuando los actos del agente se limitan a lograr la publicación de dicha obra de ingenio, sin llegar a consumarse por circunstancias ajenas a su propia voluntad (artículo 42 del Código Penal).

### 3.5) JURISPRUDENCIA.

#### 3.5.1) El caso “Napster” (Estados Unidos)

*“Recording Industry Association of America (RIAA) v. Napster Inc. por violación a los Derechos de Autor”.*

En este caso se debate la protección de los Derechos de Autor para obras musicales comercializadas por Internet. Aquí se ha producido una exitosa defensa de los Derechos de Autor por parte de las industrias discográficas.

“Napster” es un software/freeware (el usuario no tiene ninguna obligación legal de pagar por el uso del programa) creado por un niño de 19 años llamado Shawn Fanning. Dicho sitio [www.napster.com](http://www.napster.com), permite a un usuario entrar en una Red e intercomunicarse e intercambiarse archivos con miles de millones de usuarios de todo el mundo, que se encuentran utilizando el mismo programa. Los archivos se intercambian en un formato digital, poseen una alta calidad, y se encuentran almacenados en los discos rígidos de los usuarios y no en el sitio en sí, ya que este no almacena nada, actúa sólo como entidad de administración del sistema, permitiendo la interconexión de los usuarios, por lo que el servidor es cada computadora de cada usuario.

Este sitio mencionado es sólo un ejemplo de la infinidad de sitios de las mismas características y con las mismas funciones existentes en la Red. Todos estos son agrupados bajo un nuevo concepto denominado distribución de igual a igual (“Peer-to-peer”) siendo estas un tecnología de redes descentralizada convirtiendo a los usuarios en distribuidores de archivos.

Sin dudas, esta “Nueva tecnología de la Información y la comunicación” constituye la amenaza más grande para los titulares de los Derechos de Autor, en cuanto a la facilidad, la gratuidad y la velocidad de distribución y reproducción de las obras. Trae aparejado un impacto fuertísimo en la estructura legal tradicional de los Derechos de Autor mediante este nuevo mercado que se ha creado a través de Internet.

El análisis económico realizado por Landes y Posner permite observar la relación entre los costos que implica un régimen de protección de los Derechos de Autor y su efecto sobre la producción de obras.

Como se ha planteado en la Introducción del presente trabajo, investigamos en miras a lograr armonizar la relación entre la era digital y los derechos de autor, que consideramos lleva intrínseca la capacidad de llevar a la propiedad intelectual a su máximo apogeo, buscando un sistema legal que logra maximizar el bienestar económico de una sociedad. Los Derechos de Autor, no se desentienden de esta meta y es más, fueron creados en miras a lograrlas, buscando por un lado la satisfacción individual de los autores y por el otro la satisfacción de la sociedad al disfrutar de nuevas obras. Lo que no significa que se persigan únicamente fines de lucro o fines altruistas. El Individualismo metodológico sostiene que el hombre racional actúa aumentando y maximizando su utilidad lo cual es un reflejo de la felicidad que no es necesariamente apreciable en dinero.

En este sentido el Preámbulo del Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) se expresa en este sentido:

*“Las partes Contratantes:*

*Deseosas de desarrollar y mantener la protección de los derechos de los autores sobre sus obras literarias y artísticas de la manera más eficaz y uniforme posible,  
Reconociendo la necesidad de introducir nuevas normas internacionales y clarificar la interpretación de ciertas normas vigentes a fin de proporcionar soluciones adecuadas a los interrogantes planteados por nuevos acontecimientos económicos, sociales, culturales y tecnológicos,*

*Reconociendo* el profundo impacto que han tenido el desarrollo y la convergencia de las tecnologías de información y comunicación en la creación y utilización de las obras literarias y artísticas,  
*Destacando* la notable significación de la protección del derecho de autor como incentivo para la creación literaria y artística,  
*Reconociendo* la necesidad de mantener un equilibrio entre los derechos de los autores y los intereses del público en general, en particular en la educación, la investigación y el acceso a la información, como se refleja en el Convenio de Berna...

Es por ello que será necesario analizar si los medios y herramientas que existen hoy en día resultan efectivos a los fines de la defensa y el fomento de los Derechos de Autor en el nuevo mercado.

El caso “Napster” a todas luces resulta el ejemplo por excelencia del conflicto existente entre los agentes del “mercado real” y los agentes del “mercado digital” y la gran problemática a la que se enfrentan los Derechos de Autor en el campo de Internet.

Tal como se expresa en el libro “Derecho de Internet”: *“El desarrollo de las tecnologías, el surgimiento de nuevos agentes económicos, la modificación de estructuras de distribución, la globalización de los mercados y en especial la reducción de los costos de reproducción en el caso de la música, abren interrogantes sobre estas proposiciones centrales, generándose la duda de si pueden seguir sustentándose para el mercado de la música en Internet”*.

Este “leading case” se trata del primer servidor que desarrollo el sistema peer-to-peer que permitía a los usuarios conectarse entre sí e intercambiar música en formato MP3 de manera gratuita, sin pagar suma alguna a los titulares de los Derechos de Autor.

Comenzó a funcionar el 1º de Junio de 1999, como programa que permitía a los usuarios conectarse entre sí e intercambiar archivos musicales.

Esta situación alertó a las compañías discográficas, que al verse imposibilitadas de demandar a millones de usuarios, promovieron la demanda directamente contra Napster, como responsable indirecto de la violación a los derechos de propiedad intelectual.

En 2001 la Corte de Apelaciones de San Francisco condenó a Napster al pago de una indemnización de cinco millones de dólares y ordenó bloquear cualquier tipo de distribución gratuita de los archivos MP3 protegidos por derechos de autor. En la sentencia se consideró a Napster responsable indirecto por violación los derechos de autor, ya que ponía a disposición los medios técnicos para que millones de personas violaran las leyes de COPYRIGHT.

### **3.5.2) “El caso Grokster” (Estados Unidos).**

Un grupo de compañías cinematográficas, entre ellas MGM, iniciaron demanda contra las firmas “Grokster Ltd”. y “ SteamCast Networ Inc.” Por violación a los Derechos de Autor.

Los demandados ofrecían programas de computación de archivos “peer-2-peer”, que les permitían a sus usuarios el intercambio de música y videos protegidos por Derechos de Autor. Las empresas demandadas no recibían ingresos de los usuarios sino que generaban utilidades mediante la venta de publicidad.

En este casi, a diferencia de Napster, los contenidos no se alojaban en servidores de Grokster sino que se “linkeaban” a otros servidores. En el expediente se demostró que el 90% de los obras disponibles estaban protegidas por Derechos de Autor. La Corte Suprema Estadounidense condenó a Grokster, por responsabilidad secundaria (indirecta) a pagar daños y perjuicios.

### **3.5.3) “El caso PirateBay” (Suecia).**

En enero del 2008, el fiscal del Distrito de Estocolmo acusó a Frederik Neij, Gottfrid Swatholm Warg, Peter Sunde Kolmisoppi y Carl Lundström, por complicidad en la violación de la normativa sueca sobre Copyright.

El fiscal consideraba que los nombrados sujetos eran penalmente responsables por la operación de su servicio de intercambio de archivos, el reconocido sitio "PIRATE BAY", que permitía a los usuarios reproducir archivos que contenían ciertas grabaciones de sonidos, películas, y software de juegos para computadoras protegidos por los Derechos de Autor.

Los acusados, por medio del servicio que prestaban proporcionaban a otras personas la oportunidad de cargar o subir archivos, proveían a otras personas de una base de datos vinculados a un catálogo de archivos, proporcionaban la oportunidad a miles de personas para que buscaran archivos para una futura descarga y proveían toda la funcionalidad del sistema.

Estos se defendieron alegando que, solo proporcionaban un servicio que podría servir tanto para usos lícitos como ilícitos. Sostuvieron que no tenían ni el conocimiento ni la intención de motivar, facilitar, o promover actos de infracción que sus usuarios materializaban por medio de sus redes y sistemas.

La Corte, considero que los acusados eran cómplices de las infracciones a derechos de la propiedad intelectual que se materializaban por sus redes y sistemas, pues les debía ser obvio que su sitio contenía archivos que se relacionaban con obras legalmente protegidas por derechos de autor.

En conclusión, la Corte del Distrito de Estocolmo sostuvo que los acusados conocían que las obras protegidas por los derechos de autor se encontraban en su sitio Web "Pirate Bay" y deliberadamente eligieron ignorar este hecho. Lo cual determina su complicidad en el delito.

En Abril del 2009 los acusados fueron condenados por la Corte a la pena de un año de prisión a pagar 3,3 millones de Euros por daños y perjuicios ocasionados a la industria del cine y la música, por violación a la ley de propiedad intelectual.

En Noviembre del 2010 el Tribunal de Apelación de Suecia redujo las penas de prisión, pero aumentó la reparación por daños a cinco millones de Euros. En febrero de 2012 la Suprema Corte local rechazó la última instancia de apelación que interpusieron los acusados.

Sin embargo, dos de los acusados, Neij y Kolmisoppi, recurrieron a la Corte Europea por violación a su Derecho de Libertad de Expresión. Esta Corte rechazo el recurso interpuesto, considerando que tal derecho no había resultado violado en el mencionado caso, en atención a que lo adoptado por el Tribunal de Apelación sueco era "necesaria en una sociedad democrática" conforme lo establecido en el artículo 10, punto 2 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

## **ARTÍCULO 10**

### **Libertad de expresión**

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.

2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.

### 3.5.4) “El caso Gestevisión” (España).

Resulta el caso más importante en materia de propiedad intelectual en línea dictado por la justicia española, en la causa promovida por la cadena española de televisión “Telecinco”, que accionó judicialmente contra “YouTube”, como consecuencia de distintos contenidos publicados por usuarios de propiedad del canal.

El Juez, eximió de responsabilidad a YouTube y consideró que *“resulta materialmente imposible llevar a cabo un control de la totalidad de los videos que se ponen a disposición de los usuarios, porque en la actualidad hay más de quinientos millones de videos... YouTube no es un proveedor de contenidos y por tanto, no tiene la obligación de controlar ex ante la ilicitud de aquellos que se alojen en su sitio Web, su única obligación es precisamente colaborar con los titulares de los derechos para , una vez identificada la infracción, proceder a la inmediata retirada de los contenidos”*. Juzgado Mercantil Nº 7 Madrid, 20/9/2010, “Gestevisión Telecinco S.A y Telecinco Cinema SAU c/ YouTube LLC s/ Infracción a derechos de Propiedad Intelectual” Expediente Número 289/2010

### 3.5.5) “El caso Taringa” (Argentina).

“Taringa” es un sitio Web que permite a los usuarios compartir contenidos creados de manera directa o enlaces que pueden contener diferentes tipos de archivos, como juegos, videos, noticias y programas, entre otros. En algunos casos el material compartido está protegido por Derechos de Autor.

Según su propia página Web, es una “plataforma Web (red social) donde millones de usuarios comparten todo tipo de contenido a través de diferentes secciones como Post, Shouts (micro contenido) y Comunidades. Dicho contenido es comentado y valorado por la comunidad. Taringa permite expresarse y conectarse libremente, exponiendo ideas, pensamientos y contenido con millones de personas alrededor del mundo. Además de su plataforma social, cuenta con un canal oficial de música por streaming, Taringa música, una sección de juegos online, Taringa Juegos, y una versión en Ingles, Socialphy, dirigida a la comunidad Anglosajona.

Taringa solo alberga enlaces al material “subido” por los usuarios registrados en la página Web y pone a disposición de estos una aplicación que permite denunciar los contenidos que violenten derechos de propiedad intelectual o derechos personalismos, para su monitoreo y eliminación.

El sitio fue creado en 2004 por Fernando Sanz, estudiante de secundario, y adquirido en 2006 por los hermanos Matías y Hernán Botbol y Alberto Nakayama. En 2008 alcanzó un millón de usuarios registrados.

El 29 de Abril de 2011 en autos caratulados “www.taringa.net s/ infracción a la Ley 11.723” se confirmó el procesamiento de los hermanos Botbol, como partícipes necesarios del delito previsto en el artículo 72 inciso “A” de la ley 11.723, también se confirmó el embargo supuesto por el Juez de grado sobre su dinero o bienes, hasta alcanzar la suma de \$200.000 (Cámara Nacional Criminal Correccional, Sala VI, 29/4/11.)

La causa había sido iniciada tiempo atrás por distintas editoriales contra los administradores del sitio WEB, por infracción a las normas de propiedad intelectual, y según expresa el fallo, se imputó a los dos procesados, en su carácter de propietarios de la firma “Wiroos SRL”, que contrataba el servicio de hosting del portal Web www.taringa.net, ofrecer a usuarios anónimos la posibilidad de compartir y descargar gratuitamente archivos cuyo contenido se encuentra protegido por derechos de autor, garantizando con ello la reproducción ilícita del material.

Al respecto agregó el tribunal que “el funcionamiento como biblioteca de hipervínculos justifica la existencia de la página que tiene un ingreso masivo de usuarios, mediante el cual percibe un rédito económico con la venta de publicidad, la que en el negocio informático se abarata o encarece en función de la mayor cantidad de visitas que éste recibe”, agregando que ello “ha permitido que personas, aun no identificadas, publicaran links para descargar ilegítimamente las obras descriptas por los denunciantes... sin que la maniobra fuera evitada por la administración del sitio de los imputados, facilitando con ello las copias cuestionadas”

La resolución adoptada considero, en particular, por un lado, que los imputados, por medio de sus sitio Web, permitirían que se publicaran obras que finalmente eran reproducidas sin consentimiento de sus titulares y que –si bien ello ocurría por la remisión a otro espacio de Internet– lo cierto era que tal posibilidad la brindaba su servicio, por otro lado, que –si bien los autores del hecho finalmente serían aquellos que “suben” la obra al website y los que la “bajan”– el encuentro de ambos obedece a la utilización de la página Taringa, siendo sus responsables al menos partícipes necesarios de la maniobra y además “claros concedores de la ilicitud”.

La Cámara del Crimen encuadró la conducta de los procesados en el artículo 72 inciso “A” de la ley 11.723, que considera incurso en un caso especial de defraudación (y le aplica la pena correspondiente al delito de estafa del artículo 172 del Código Penal) al que “edite, venda o reproduzca por cualquier medio o instrumento, una obra inédita o publicada sin autorización del autor o derechohabientes”.

El tribunal consideró que los procesados actuaron como partícipes necesarios en los términos del artículo 45 del Código Penal, cuyo texto considera tales a aquellos que tomasen parte en la ejecución del hecho o prestasen al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales el delito no habría podido cometerse. Posteriormente se confirmó el procesamiento de Alberto Nakayama, como partícipe necesario.

Por último, los servidores del dominio “taringa.net”, desde donde se ofrecía la descarga de contenidos protegidos por los Derechos de Autor, y cuyos titulares serían los imputados, registran domicilio en la República Argentina, por lo que los efectos del delito se habrían producido en territorio Nacional, lo que determina la aplicación de la Ley Penal Argentina por el principio de ubicuidad previsto en el artículo 1 del Código Penal.

### 3.5.6) “El caso Cuevana” (Argentina)

Cuevana es un sitio Argentino dedicado a la distribución gratuita y a través de la Web, de producciones de cine y televisión.

Es una plataforma Web que facilita a sus usuarios la reproducción de películas que pueden ser vistas en línea (streaming) o que pueden ser bajadas a sus propias computadoras. A tales efectos, Cuevana pone a disposición de los usuarios un hipervínculo hacia otro servidor, donde se aloja el contenido.

El streaming es la reproducción de una obra sin descargarla y se caracteriza por la trasmisión de una obra –sonora, visual o audiovisual–, de tal modo que la computadora del usuario la reproduce sin tener que utilizar un espacio en su disco rígido para alojarla. El que reproduce no obtiene una copia de la obra protegida.

Cuevana fue creada en 2009 por Tomás Escobar, David Fernández y Mario Cardosio, tres estudiantes sanjuaninos que apostaron a simplificar el proceso de descarga de cine en la Web.

Esta plataforma digital registraba un tráfico vertiginoso en el año 2011, hasta que comenzaron a presentarse los primeros reclamos en sede judicial por violación a derechos de propiedad intelectual.

En efecto, a fines de 2011 distintas compañías cinematográficas así como también Televisión Federal S.A. (Telefé) promovieron sendas denuncias que fueron encauzadas como “investigaciones preliminares” contra sus supuestos administradores, Tomás Escobar, Mario Cardosio y David Fernández, por la posible comisión de delitos de defraudación a la propiedad intelectual (artículos 71 y 72, Ley 11.723)

Las investigaciones preliminares se acumularon materialmente y fueron impulsadas por el fiscal general ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal. En Marzo del 2012 el Dr. Saenz Ricardo resolvió dar por concluida la investigación preliminar caratulada “Denuncias contra los responsables del sitio Web [www.cuevana.tv](http://www.cuevana.tv)” y promover la acción penal publica contra Tomas Escobar, Mario Cardosio y David Fernández por violación a normas de propiedad intelectual, considerando que existía suficiente prueba para solicitar la declaración indagatoria de Escobar.

El fiscal interviniente consideró, entre otras cosas, que *“ha quedado demostrado, con el grado de convicción suficiente para esta etapa de la investigación preliminar que Cuevana es un sitio Web que tiene por finalidad primordial la reproducción, a través de la técnica del streaming, de programas de televisión, películas y al menos, la programación oficial de Telefé, en este caso, en vivo y en tiempo real, sin ningún permiso o autorización de los titulares de dichas obras, en violación a las normas sobre propiedad intelectual previstas en la ley 11.723”, que “ha quedado demostrado – la presencia de un lucro para sus dueños o administradores. Para decirlo derechamente, considero que Cuevana es un negocio” y que “el nombrado Escobar se declara responsable y creador de Cuevana. Con el grado de convicción alcanzado hasta el momento, entiendo que al menos existe suficiente prueba para solicitar la declaración indagatoria de Tomas Escobar”*

En el expediente habrían quedado demostrados, con el grado de convicción suficiente para una investigación preliminar dos extremos de peso para la investigación judicial que se promovía. Uno, que Cuevana es un sitio Web cuya finalidad primordial es la reproducción mediante la técnica de streaming, de programas de televisión y películas de propiedad de los denunciados protegidos por derechos de autor. El otro, la presencia de un ánimo de lucro para sus dueños o administradores, esto es, que ellos desarrollan un “negocio” que proporciona beneficios económicos, especialmente por el medio de la publicidad y sin perjuicio de las donaciones realizadas al sitio.

Así fueron aportadas a la causa pruebas documentales tales como constataciones notariales aportadas por los denunciados; prueba de informes producida en el expediente y proporcionadas por empresas como Dattatec, que fue quien registro el nombre de dominio [www.cuevana.tv](http://www.cuevana.tv), Google, Despegar.com y por la División Delitos Tecnológicos de la Policía Federal, entre otros, junto con prueba testimonial con relación a la cual se destacan los dichos de Taki George Skiadas, investigador de piratería en línea, que refirió que el 50% del contenido de Cuevana correspondía a títulos de propiedad de los miembros de Motion Picture Association of America y que el 98% del material de Cuevana sería ilegal, al estar protegido por el Derecho de Autor.

De allí en más la causa recorrió un largo camino de cuestiones de competencia que a la fecha no han sido definitivamente dirimidas en sede judicial, pero el pedido realizado por HBO, para bloquear el sitio fue rechazado por la Cámara Federal de la Capital Federal Sala II por resultar “excesivamente amplio y desproporcionado” de momento se ignora quienes son los usuarios que administran el sitio y donde está ubicado el servidor. En concreto en el expediente no se ha imputado debidamente al sujeto o a los sujetos que habrían hecho el uso indebido de la marca y violado los derechos de Autor, así lo sostuvieron los Camaristas Irurzuni, Cattani y Farah.

### **3.6) DERECHO COMPARADO. SOLUCIONES PROPUESTAS.**

Las soluciones judiciales no son unívocas, a la luz de una legislación que tampoco guarda uniformidad a nivel mundial.

Estados Unidos establece reglas propias para cada especie de proveedor de servicios de Internet (ISP), a través de la Digital Millennium Copyright Act del año 1998. El artículo 512 de la DMCA establece cuatro supuestos en los cuales las actividades de los proveedores de servicios de Internet quedan exentas de la obligación de reparar los daños ocasionados, como consecuencias de infracciones a derechos de la propiedad intelectual concretadas por terceros. Establece un procedimiento de notificación de las infracciones, denominado “notice and takedown”, que significa quitar de Internet los contenidos denunciados que están en infracción, luego de recibida la notificación pertinente (notice).

En Europa, la directiva Europea 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa define a los prestadores de servicios de la sociedad de la información y consagra el principio de “ausencia de obligación general de vigilancia”, que exige al proveedor del deber de monitorear los datos que transmite o almacene y de la obligación general de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas respecto de los servicios que presta (artículos 12 y 15).

En cuanto a las leyes adoptadas por el derecho interno europeo, tendientes a dar protección a los titulares de derechos de autor, cada país tiene su tratamiento. Así por ejemplo Francia tiene la deno-

minada ley “HADOPI” nombre de la Alta Autoridad para la Difusión de las Obras y la Protección de los Derechos en Internet. Sanciona con el corte de conexión al usuario que desoiga tres avisos para que deje de descargar copias de canciones o películas protegidas por derechos de autor, aunque la sanción final la impone un Juez.

Primeramente recibirá un Correo Electrónico que servirá de primer aviso; si persiste en su actitud, a los seis meses recibirá en su domicilio una carta certificada, intimándolo a abandonar dicha conducta. Si no hiciere caso de esta segunda advertencia, su conexión a la Web quedará invalidada por dos meses, debiendo abonar dicho servicio como si lo estuviese realmente utilizando.

En Alemania se aprobó la ley contra la descarga ilegal en Internet en el año 2008. Todo internauta sorprendido en una descarga ilegal se arriesga a una pena de entre tres y cinco años de prisión y a una demanda por daños y perjuicios.

En España, el 15 de Febrero de 2011 se aprobó la “ley Sinde”, la cual crea un procedimiento y un órgano administrativo que define discrecionalmente si el contenido de una página Web es lícito o ilícito, mientras que la figura del juez aparece para la ejecución de las decisiones administrativas.

La norma permite el bloqueo o cierre de páginas Web donde se puedan descargar contenidos protegidos por derechos de autor. Crea la Comisión de Propiedad Intelectual, dividida en dos secciones; una encargada de ejercer funciones de mediación y arbitraje en conflictos vinculados a derechos de la propiedad intelectual en Internet, y la otra destinada a velar por la seguridad y salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual, frente a su vulneración por los responsables de servicios de Internet.

El 22 de Marzo de 2013 se aprobó la “Ley Lasalle” que actualiza y endurece la “Ley Sinde” contemplando la posibilidad de clausurar sitios de enlace que hayan causado o que sean susceptibles de causar un daño patrimonial a los derechos de autor, autoriza a los ISP a identificar infractores para agilizar el bloqueo de sitios Web de enlace; modifica la definición de “copia privada”, y amplía las funciones de Propiedad Intelectual creadas por la “Ley Sinde”.

En el Reino Unido rige la Digital Economy Act (Ley de economía digital), que regula las infracciones de derechos de autor en Internet y establece que los ISP de acceso están obligados a enviar cartas de advertencia a los usuarios denunciados y a cortarles la conexión a la Web cuando el usuario hace caso omiso a tres avisos que le son enviados.

Nueva Zelanda, Irlanda y México poseen normativas con principios similares a los de la ley de los tres avisos, denominado “three strikes out”.

Japón dictó una ley a fines de 2012 que permite establecer condenas de hasta dos años de prisión para los usuarios de Internet que realicen descargas ilegales o multas que pueden llegar hasta los veinte mil euros. La subida de archivos constituyen un delito más grave, con penas máximas de prisión de hasta diez años y una multa adicional de cien mil euros.

En el caso de nuestro país, a fines del 2012, los diputados Julián Obiglio y Alberto Pérez presentaron un proyecto de ley (expediente 8070-D-2012, trámite parlamentario 167), que tiene por objeto regular la responsabilidad de los proveedores de servicios de Internet.

El proyecto establece un mecanismo que permite a los particulares solicitar a los ISP el bloqueo de acceso a contenido que afecten derechos personalísimos, tales como el honor, la intimidad y la reputación. Similar criterio sería aplicable para los contenidos protegidos por el Derecho de Autor, pero el proyecto no ha sido considerado hasta el momento.

### **3.6.1) Proyectos Estadounidenses “SOPA”, “PIPA” y “ACTA”.**

Estos proyectos fueron presentados en el Congreso de los Estados Unidos, a fines del año 2011 y tenían por objeto poner límite definitivo a la piratería a través de Internet, es decir, de contenidos mediante la Web.



SOPA (Stop Online Privacy Act) y PIPA (Protect IP Act) tenía por objeto ser debatidos a fines del 2012 pero la presión ciudadana y de algunos jugadores del sector los dejaron en el “tintero”, y el debate y tratamiento fue imposible. La presión ejercida por los defensores de la libertad de expresión e intercambio de contenidos en Internet fue imparable.

Twitter estalló con el hashtag #STOPSOPA junto con los perfiles de Facebook. Los principales proveedores de servicios de Internet manifestaron su desacuerdo con el tratamiento de dichas leyes.

El 18 de Enero de 2012 se produjo el primer “apagón virtual” en signo de manifestación contra el proyecto, el mismo día en que este se trataría.

Ambos proyectos implicaban la modificación del régimen estadounidense ya que se incorporaba la obligación de monitoreo de los contenidos a los ISP, para la detección de aquellos que violaban la propiedad intelectual, el Departamento de Justicia estadounidense podía obtener una orden judicial para bloquear el acceso a cualquier sitio extranjero que alojara contenidos protegidos por derechos de autor o facilitara su descarga, el también podía ordenar a los buscadores de Internet que eliminen, bloquen o dejen de indexar resultados de búsqueda con contenidos protegidos por Derechos de Autor o impedirles cobrar beneficios de anunciantes y se responsabilizaba a los usuarios que “linkearan” contenidos protegidos por Derechos de Autor con fuertes sanciones penales y reparaciones patrimoniales para todos aquellos que se involucraran en acciones de piratería.

El representante republicano texano Lamar Smith fue el autor de proyecto SOPA y el senador demócrata Patrick Leahy redactó el proyecto PIPA. El tratamiento de ambos fue demorado hasta nuevo aviso.

Por otro lado el ACTA (Anti-Counterfeiting Trade Agreement) Acuerdo Comercial Anti Falsificación, es un acuerdo multilateral voluntario a nivel mundial que tenía por objeto, entre otras cosas, poner límite definitivo a la piratería en Internet. Éste dio lugar a innumerables críticas y no prosperó, corriendo la misma suerte que el proyecto SOPA y PIPA.

#### 4) CONCLUSIONES:

Luego de analizado el material utilizado para la confección del presente trabajo y de éste mismo, arribamos a las siguientes conclusiones:

- La legislación nacional de Propiedad Intelectual receptada en la Ley 11.723 resulta amplia y permite, a quien se ve afectado en sus derechos de autor, iniciar reclamos judiciales por la violación de los Derechos de Autor en Internet realizada por los proveedores de servicios o cualquier usuario que reproduce una obra u obtiene copia de ésta sin la autorización correspondiente.
- Se podrán invocar artículos tales como el 71, 72 y 72 bis de la mencionada norma, los cuales se componen de términos amplios tales como "... el que de CUALQUIER MANERA y en CUALQUIER FORMA defraude los derecho de propiedad intelectual...", "El que edite, venda o reproduzca por CUALQUIER MEDIO o instrumento...", que permiten su aplicabilidad conjuntamente con la posibilidad de interponer acción civil de Daños y Perjuicios".
- Esto no significa que nuestra ley brinde la solución al problema jurídico que hoy nos plantea Internet, que sea amplia no significa que sea flexible, y en todo caso la protección legal llegaría después de consumado el hecho ilícito, con el fin único de reparar.
- La ley de Propiedad Intelectual NO se encuentra en coordinación y a la expectativa con las "Nuevas Tecnologías".
- No podemos pretender que una norma sancionada en el año 1933 regule el ámbito digital, y tratar de aplicar leyes que regulan un "Mercado Analógico" resulta, cuanto menos intrincado para buscar soluciones a la problemática que presenta el nuevo "Mercado Digital".
- Por último concluimos que los autores NO cuentan con los medios legales suficientes para proteger sus obras cuando estas se encuentran en el plano de Internet y para obtenerlos se requerirá un vasto esfuerzo académico, científico y de investigación.

## 5) COLOFÓN:

Para finalizar no podemos dejar de advertir que, suponiendo que algún día finalmente lleguemos a la solución de este inconveniente, tendremos que enfrentarnos a la opinión pública. La sociedad considera a Internet como un “Espacio Público” y será difícil que se comprenda desde otro lado, que sería el lado de un sector minoritario configurado por los “Autores”, “Compositores” y todo otro tipo de artista.

Si bien no resulta objeto del presente plantear la solución definitiva, creemos que la misma proviene de la tecnología (tal como la ciencia de la criptografía), de las propias reglas digitales y en segunda medida del Derecho.

Resulta totalmente cierta la necesidad de que dicho debate cobre real importancia y sea puesto en el “tapete” por legisladores, abogados, juristas y el público en general, ya que, lejos de mermar este problema será aún mayor con el paso del tiempo. Por estos días no se nota un real interés para solucionar este planteo científico desafiante. Seguimos ante este choque de intereses en donde por un lado encontramos a la sociedad, cómoda, utilizando material que resulta de propiedad de otra persona, reproduciéndolo, modificándolo, etc. Y por otro lado tenemos a un grupo minoritario de artistas que ven constante y cotidianamente violado su derecho de propiedad.

Lo más preocupante es que este problema acarrea el detrimento de la producción artística, destruye la cultura y es un fraude a la creación intelectual. Los artistas han perdido ampliamente la posibilidad de generar ingresos a través del arte.

Por el momento no se vislumbra solución eficaz alguna para que cese esta defraudación a los Derechos de Autor mediante las reproducciones no autorizadas a través de Internet.

## 6) BIBLIOGRAFÍA:

- *“Ciudades, provincias, Estados: Orígenes de la Nación Argentina” (1800-1846)*, José Carlos Chiaramonte, Biblioteca del pensamiento Argentino /I. documentos. Editorial: Emecé.
- *“Críticas del juicio”*. Kant. Año: 1790
- *“Derecho Autoral. Hacia un Nuevo Paradigma”* Monografías Jurídicas. Propiedad Intelectual. Raffo Julio. Editorial: Marcial Pons. Buenos Aires, Madrid, Barcelona. Año 2011.
- *“Derecho de Internet”*. Guillermo Cabanellas de las Cuevas (Director) Ángeles Montes de Oca (Coordinador) Keith Aoki, Kory D. Christensen, Cristian Elbert, José Massaguer, Bill Maurer, Juan C. Menéndez Mato, Pablo Palazzi, Henry H. Perritt, Manuel Jesús Rodríguez Puerto, Caroline Scaglia, Juan Calvo Vergez. Segunda Edición Corregida y aumentada. Editorial: Heliasta. Año 2012.
- *“Derecho Penal Intelectual. Obras y Producciones literarias, artísticas y científica”*. Ledesma Julio C. Editorial: Universidad. Año 1992.
- *“Derecho económico empresarial”* Zuccherino Daniel R., Mitelman Carlos O. Editorial: Errepar. Año: 2000 Buenos aires.
- *“Derechos de Autor y Derechos conexos”* Cerlalc. Editorial: UNESCO, Buenos Aires Año:1993
- *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española. Madrid 21 edición, 1992
- *“El Arte como experiencia”* J. Dewey página 93 Año 2008, Barcelona. Editorial: Paidós
- *“El Derecho de Autor en la Argentina. Ley 11723 y Normas Complementarias y Reglamentarias, concordadas con los tratados internacionales, comentadas y anotadas con la jurisprudencia”*. Carlos A. Villalba – Delia Lypszyc. Segunda edición actualizada. Editorial: La Ley. Año 2009
- *“Historia del Arte”*, Germain Bazin traducción de Jorge Benet Aurell, Barcelona, Editorial: Omega. Año: 1976.
- *“Lecciones sobre estética”*. G.W.H. Hegel. Editorial: Losada, Buenos Aires., 2008.
- *“Memorias de un Hombre de teatro”*, Buenos Aires, Editorial: Fondo Nacional de las Artes. Autor: Garcia Velloso Enrique. Editorial: Ibid., p. 29. Año 1960.
- *“Redes Sociales y Tecnologías 2.0”*. Fernando Tomeo. Editorial: Astrea. Buenos Aires – Bogotá. Año 2013.
- *“Sedas Perdidas”*. Holzwege, M. HEDENGER Capítulo “El origen de la obra de arte”, Losada, Buenos Aires. Año 1960.
- *“Termes Juridiques”* Raymond Guillen y Jean Vincent, París, Editorial: Dalloz 10 Edición, 1995.

### Sitios Online Consultados:

- [http://es.wikipedia.org/wiki/Historia\\_de\\_los\\_derechos\\_de\\_autor](http://es.wikipedia.org/wiki/Historia_de_los_derechos_de_autor)
- [https://saintcolumbachelsea.org/SanColumba\\_breve.html](https://saintcolumbachelsea.org/SanColumba_breve.html)
- [http://www.eoi.es/wiki/index.php/Historia\\_de\\_la\\_propiedad\\_intelectual\\_en\\_Propiedad\\_intelectual](http://www.eoi.es/wiki/index.php/Historia_de_la_propiedad_intelectual_en_Propiedad_intelectual)
- <http://copyright.es/quienes-somos.html>
- <http://www.wipo.int/portal/es/>