

Lucia Curutchet



Universidad de San Andrés

MAESTRÍA EN DERECHO EMPRESARIO

EL DERECHO DE AUTOR Y LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS: responsabilidad de los intermediarios por las infracciones a los Derechos de Autor en Internet. Cambio de paradigma bajo la nueva directiva europea.

Lucia Curutchet

DNI 33.084.879

Tutor de Tesis: Pablo Iannello

Buenos Aires, 31 de mayo de 2020

ABSTRACT

Los avances tecnológicos han hecho que los titulares de los derechos de autor no tengan el control y manejo sobre sus obras. La piratería online ha impactado la aplicación de las normas de derecho de autor y se ha vuelto uno de los principales problemas para los autores de creaciones intelectuales. La presente tesis tiene por objetivo analizar (i) si el rol y responsabilidad que la normativa vigente asigna a los intermediarios de Internet respecto de la problemática de los derechos de autor frente al entorno digital es adecuado y apto para combatir la piratería online o si por el contrario dicha normativa contribuye a que dichos intermediarios se beneficien económicamente en perjuicio de los titulares de derechos de autor; y (ii) la necesidad de que existan respuestas normativas equilibradas en relación a la responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación en Internet, a los fines de dar una mejor respuesta al problema de la piratería online y de que se fomente una distribución más justa del valor generado por la utilización de contenidos protegidos por el derecho de autor. A dicho fin, se analizará el rol que ocupan y la responsabilidad que tienen los intermediarios de la información respecto de dichas infracciones desde una perspectiva legislativa y jurisprudencial, y como – frente al hecho de que las grandes plataformas en las que se comparten contenidos *online* estaban siendo favorecidas en forma desproporcionada - la Directiva de la Unión Europea N° 2019/790 ha cambiado el paradigma respecto de dicha responsabilidad, intentando equilibrar los intereses de dichas plataformas con los de autores de obras protegidas por el derecho de autor. A la luz de los cambios impulsados por la Directiva de la Unión Europea N° 2019/790, que impone a dichos intermediarios un rol más proactivo para eximirse de la responsabilidad por las infracciones a los derechos de autor que se dan en Internet, vale la pena analizar el proyecto de ley de 2016 de la República Argentina que pretende regular la “Responsabilidad de los Proveedores de Servicios de Internet”, debido a que el mismo no requiere de dicha proactividad para que los intermediarios se eximan de responsabilidad, para determinar cuáles son los cambios necesarios a dicho proyecto para ponerlo en línea con las nuevas corrientes imperantes en la materia. Así, se proponen cambios al proyecto de ley mencionado, en virtud de la necesidad de que la República Argentina sancione una ley específica respecto de las infracciones de los derechos de autor en Internet, teniendo en cuenta la legislación contemporánea que rige la materia.

Índice

I.	Introducción.....	1
II.	La propiedad intelectual y el derecho de autor.....	7
	A. Concepto. Sujeto y objeto de protección (el autor y la obra).....	7
	B. El contenido de los derechos de propiedad intelectual: derechos morales y derechos económicos.....	9
	C. Marco legal en la República Argentina: Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas. Ley 11.723 Régimen Legal de la Propiedad Intelectual.....	12
	D. Delitos contra la propiedad intelectual: artículos 72 a 78 de la Ley de Propiedad Intelectual N° 11.723. Piratería.....	13
III.	El derecho de autor y la sociedad de la información.....	15
	A. Importancia económica del derecho de autor.....	15
	B. Piratería a través de Internet.....	17
	C. Rol de los intermediarios y su responsabilidad: ¿Responsabilidad directa o indirecta?	18
	D. Régimen de exención de responsabilidad: normativa relevante.....	21
	1. La teoría de puertos seguros (“ <i>Safe Harbor</i> ”)	21
	2. Estados Unidos de América	22
	(i) <i>Communications Decency Act</i>	22
	(ii) <i>Digital Millenium Copyright Act</i>	22
	(iii) La doctrina de la contribución a la infracción	24
	(iv) Jurisprudencia relevante de Estados Unidos de América: <i>Viacom International Inc. vs. YouTube, Inc. y You Tube LLC</i>	26
	3. Normativa europea	26
	(i) Directivas 2000/31/CE y 2001/29/CE de la Unión Europea	27
	(ii) Directiva 2019/790 de la Unión Europea. Un avance hacia la protección efectiva de los derechos de autor.....	29
	(iii) Jurisprudencia relevante de Europa	36
	a) Gestevisión Telecinco S.A. y Telecinco Cinema S.A. c. <i>YouTube LLC</i>	37
	b) El caso “ <i>RapidShare</i> ”	38
	4. Situación de la República Argentina: falta de legislación.....	40
	(i) Proyecto de ley “Responsabilidad de los proveedores de servicios en Internet”	40
	(ii) Jurisprudencia relevante de la República Argentina	44
	a) “Rodríguez, María Belén c/ <i>Google Inc. s/ daños y perjuicios</i> ” (2014)	44
	b) “Giambutas, Carolina Valeria c/ <i>Google Inc. s/ daños y perjuicios</i> ” (2017)...	46
	c) “Escobar Sabio Tomas y Ot. s/ Infracción de la Ley 11.723” (2017).....	47
	d) “Paquez José c/ <i>Google Inc. s/ Medidas Precautorias</i> ” (2019).....	48
	E. El <i>Value Gap</i>	50
IV.	Conclusión y propuesta	52
V.	Bibliografía	56

I. Introducción

La presente tesis tiene por objetivo evidenciar como se ven afectados los derechos de autor en Internet y analizar si el rol y responsabilidad que la normativa vigente a la fecha del presente trabajo asigna a los intermediarios de Internet respecto de las infracciones a los derechos de autor en el mundo digital, es apto y adecuado a los fines de la lucha contra la piratería *online*, o - si por el contrario - la misma es inadecuada a dichos fines, por contribuir a que dichos intermediarios continúen disfrutando de las obras protegidas por derechos de autor que no les pertenecen sin el pago de los derechos económicos correspondientes a sus titulares, beneficiándose económicamente mientras que los derechos patrimoniales de autores de obras protegidas siguen siendo vulnerados en dicho ámbito¹.

Asimismo, analizar la necesidad de que exista un balance en las normas sobre la materia que ponderen adecuadamente la responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación en Internet a los fines de dar una mejor respuesta al problema de la piratería *online*, y de fomentar una distribución más justa del valor generado por la utilización de los contenidos protegidos por el derecho de autor y derechos conexos en las plataformas; destacando el rol disruptivo de la Directiva de la Unión Europea N° 2019/790 en dicho sentido y como la República Argentina podría inspirarse en dicha normativa para regular lo atinente a la responsabilidad de los proveedores de servicios de Internet, que a la fecha no está regulado en particular en nuestro país. Esto es fundamental tanto para los usuarios de la *web*, para las empresas que desarrollan servicios en Internet, así como para los titulares de derechos de autor y las industrias que los nuclean. Es imperioso que las reglas sean claras, y equilibradas para todos los *players*, ya que lo contrario implicará un sinnúmero de reclamos mal direccionados, recursos mal aprovechados, y afectación a la industria del contenido, que se verá poco incentivada ante la falta de protección de sus derechos. En relación con el nuevo paradigma impuesto por la Directiva de la Unión Europea N° 2019/790, que (como se mencionará más adelante) exige un rol más proactivo de los intermediarios para poder eximirse de responsabilidad frente a las infracciones a los derechos de autor en *Internet*, trabajaré sobre los aspectos que podrían mejorarse del proyecto de ley de la República Argentina del año 2016 que pretende regular la “Responsabilidad de los Proveedores de Servicios de Internet” (en adelante, “Proyecto Argentino”), teniendo en cuenta las corrientes en la materia provenientes de la Directiva de la Unión Europea N° 2019/790, evaluando si el Proyecto Argentino, así como las nuevas normativas que regulan esta materia internacionalmente, son adecuados a los fines de una protección adecuada de los derechos de autor,

¹ Olenka Woolcot et al., “La Paradoja del Derecho de Autor en el entorno de la industria musical frente a las nuevas tecnologías”, *Prolegómenos. Derechos y Valores*, 17, 34, 13-32 (2014), <http://www.scielo.org.co/pdf/prole/v17n34/v17n34a02.pdf> (Consultado el 5 de febrero de 2020) “ El derecho de distribución (...) es uno de los que más se afecta con el advenimiento de las nuevas tecnologías de la información, pues la facilidad y el vertiginoso crecimiento que ha tenido la distribución de obras musicales en Internet, se acompañan de la ausencia de pago de derechos a los respectivos titulares (...)”, 20.

y equilibradas respecto del rol que los intermediarios ocupan en el mundo globalizada actual. Por último, se propondrán modificaciones al Proyecto Argentino, que contribuyan al fortalecimiento y a la consolidación responsable del rol de los intermediarios de Internet, de modo que no sean únicamente afectados en este escenario los titulares de los derechos de autor, que en definitiva, son también actores fundamentales de la economía y de la industria de la creatividad y entretenimiento, asumiendo riesgos y realizando inversiones, aportando a fin de cuentas a la cultura general de la sociedad. Únicamente con una tutela efectiva a los derechos de autor se generarán los incentivos correctos para la creación de obras, permitiendo la subsistencia de la industria del contenido (audiovisual, musical y editorial)².

*

El siglo XXI nos impuso e impone la regla del cambio constante. La nueva era de la digitalización y la popularización de Internet ha proporcionado a las personas un nuevo canal de acceso a la información; la revolución digital rompió para siempre las barreras naturales del flujo de información. Este mayor acceso a las tecnologías digitales en todo el mundo, sin discriminación de regiones, religiones, ni clases sociales, permite un acceso cada vez mayor a los productos culturales: obras literarias, obras musicales, obras audiovisuales, todas dichas obras que son protegidas por el derecho³.

Es específicamente el derecho de autor, el que protege a las creaciones literarias y los trabajos artísticos y se encuentra consagrado, entre otras normas por el artículo 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que establece que “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 autora”. Este derecho permite a escritores, compositores, artistas, entre otros, obtener una retribución por la expresión y protección del resultado de sus ideas; el sistema legal protege a dichos autores, titulares del derecho de propiedad de obras literarias y artísticas, contra todo aquel que copie o utilice la obra original del autor sin autorización⁴.

El avance de las nuevas tecnologías de la información, y en especial Internet, han impactado en todas las ramas del Derecho, incluso en el ámbito de la propiedad intelectual, sobre la que ha tenido

² A modo de ejemplo, las industrias culturales de Europa, aportan el 6.8% de la actividad económica de la Unión Europea y 11,6 millones de puestos de trabajo (Federico P. Vibes, “Derechos de Autor en el mercado único digital. Nueva Directiva Europea”. LA LEY 13/05/2019, 1. Cita online: AR/DOC/1442/2019, 4).

³ Carlos Cortes y Bertoni Eduardo. “Libertad de expresión versus libertad de expresión: la protección del derecho de autor como una tensión interna”. Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la información (CELE) de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo. <https://www.palermo.edu/cele/pdf/La-proteccion-del-derecho-de-autor-como-una-tension-interna.pdf> (Consultado el 10 de febrero de 2020).

⁴ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, “Principios básicos del derecho de autor y los derechos conexos” https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo_pub_909_2016.pdf (Consultado el 20 de mayo de 2020)

una gran repercusión: ha impactado en la forma de producción, distribución y explotación de las obras intelectuales y contenidos creativos, y como consecuencia, ha impactado y puesto en crisis a la aplicación de las normas de derecho de autor. El surgimiento de las plataformas en línea, aplicaciones y dispositivos digitales no solo democratizó el acceso a la información, sino que también democratizó el conflicto del uso sin autorización de obras protegidas por derechos de autor⁵.

Por otro lado, a partir del desarrollo de estas tecnologías se suman nuevos jugadores al esquema de la información, como lo son los proveedores de servicios de Internet y los creadores de nuevas tecnologías y medios informáticos. Las normas de derecho de autor actualmente vigentes, parecen tornarse insuficientes para paliar dicha afectación y para proteger debidamente a los titulares de dichos derechos; el auge de las nuevas tecnologías conlleva un reto para los derechos de autor, que a los fines de hacerle frente deberán encontrar la manera de adaptarse al nuevo entorno digital⁶.

La piratería de obras protegidas por el derecho de autor en el mundo digital es uno de los principales problemas que aqueja a los titulares de dichos derechos en la actualidad. La piratería es la reproducción de material protegido por el derecho intelectual sin el consentimiento por parte del autor, pudiendo ser utilizada tanto con fines comerciales, como con fines privados. La piratería no es nueva, sino que en cuanto tal, ha existido cada vez que los medios de reproducción técnica se tornaron accesibles⁷.

No obstante ello, los avances tecnológicos suponen una amenaza para los titulares de derechos de propiedad intelectual, y en particular de los derechos de autor, ya que se ha vuelto mucho más fácil vulnerar estos derechos y mucho más difícil ejercer control sobre la piratería y sobre las infracciones sobre esos derechos en el marco de Internet. Es importante mencionar que la piratería de contenido no solo lesiona de forma muy grave a los autores de dicho contenido, sino que además agravia a su industria. Pero, por otro lado, cabe destacar también que estos avances tecnológicos suponen la aparición de nuevas formas de distribución y explotación de los derechos de propiedad intelectual, una explotación que se torna global, con mayor alcance y más fácil. Ante este escenario, puede afirmarse que se presenta una confrontación de derechos fundamentales tales como son el derecho a la propiedad, el derecho a la creación, el derecho al honor y el derecho a la imagen, contra el derecho a la libertad de expresión o el derecho a la información.

⁵ Cortes Carlos y Bertoni Eduardo. Ob. cit. p. 3

⁶ Pablo A. Palazzi, trans., *La responsabilidad civil de los intermediarios de Internet* (Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot, 2012), 460-461.

⁷ Claudio Celis, "Crítica al Derecho de Autor en la era de la informatización de la producción", *Atenea* (Concepción), (504), 131-146, <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-04622011000200008> (Consultado el 5 de febrero de 2020)

Las legislaciones aplicables en la materia deben ponderar a todos los actores mencionados, así como a la sociedad en general, en tanto la protección y la regulación de los derechos de autor son cruciales para estimular la innovación y competitividad en el mercado global. De una efectiva protección de los derechos se puede colegir la existencia, suficiente o deficiente, de un incentivo a la creación y, como consecuencia, un crecimiento de la cultura y la economía. En ese sentido, es claro que es necesaria la retribución y el reconocimiento de las obras a sus creadores, a los fines de asegurar su continuidad y existencia, ya que de lo contrario nadie querrá continuar invirtiendo dinero en creaciones artísticas, culturales e innovaciones. Las creaciones intelectuales se protegen mediante un monopolio temporal a favor del autor, justamente para que este recupere la inversión y privatice los frutos de la explotación de su obra⁸.

Esta es la esencia de los derechos de propiedad intelectual, ya que de no proteger a los autores de dichas obras y creaciones, se frenaría la innovación. Desde el punto de vista económico, puede sostenerse que las legislaciones justifican la protección de dichos derechos con el argumento de que es un incentivo legal para que haya producción intelectual⁹.

También es claro que la aparición de nuevos jugadores tales como los prestadores de servicios de Internet, significan un aumento del bienestar de la sociedad en cuanto al acceso a nuevo conocimiento, ya que por ejemplo, los buscadores, son en definitiva el mecanismo técnico central a través del cual las personas satisfacen en Internet su derecho a buscar y recibir información. La creciente expansión de la red a nivel mundial, hace que Internet – y en particular los prestadores de servicios de Internet – contribuya a lograr mayores niveles de beneficios sociales e inclusión¹⁰.

Estos intermediarios y plataformas en línea (a modo de ejemplo, Google, Yahoo, You Tube, Facebook, Instagram, megasitios de almacenamiento masivo), actúan como centro de intercambio masivo de información para los usuarios de Internet y contribuyen a la formación e imparable desarrollo de un espacio global para el comercio paralelo de copias ilícitas, participando o auxiliando en ocasiones con su actividad en las infracciones masivas de derechos de autor y conexos en Internet¹¹.

⁸ Business Europe, “La Propiedad Intelectual es clave para la innovación, la creación, el espíritu empresarial, el crecimiento y la generación de empleo, el comercio y la sociedad” (<https://www.busseurope.eu/sites/buseur/files/media/imported/2015-00142-E.pdf>) (Consultada el 10 de mayo de 2020); Olenka Woolcot et al., *Obr. cit.*; Cortes Carlos y Bertoni Eduardo, *Ob. Cit.*, 7.

⁹ William M. Landes and Richard A. Posner, “An Economic Analysis of Copyright Law.” *The Journal of Legal Studies* 18, no. 2 (1989): 325-63. Consultado el 22 de mayo de 2020. www.jstor.org/stable/3085624.

¹⁰ Eduardo Molina Quiroga, “La responsabilidad de los buscadores en Internet. Libertad de expresión y función preventiva de la responsabilidad”. Publicado en *Supl. Esp. LegalTech* 2018 (noviembre), 5/11/2018, 163. Cita online: AR/DOC/2383/2018, 4-6.

¹¹ Fernando Carbajo Cascón, “Delimitación de la responsabilidad de los servicios de intermediación de la sociedad de la información (II)” *Revista Justitia*. 2015, España, 220. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5979043> (Consultado el 5 de febrero de 2020)

Con o sin intención, dichos intermediarios y/o plataformas brindan el escenario para la comisión de dichas infracciones, y es en ese marco en que se observan numerosos ataques y lesiones a los derechos de autor en la red, dado los contenidos subidos por los usuarios, sin permiso de los titulares de obras protegidas. Además, estos intermediarios digitales lucran utilizando contenido ajeno sin autorización y no remuneran debidamente por la utilización de dichas obras a los propietarios de sus contenidos. Como contraposición, se benefician económicamente de los accesos a las páginas web, principalmente por los espacios de publicidad contenidos en los sitios a los que brindan acceso¹².

Así, quienes se ven afectados en sus derechos, reaccionan contra dichas infracciones promoviendo acciones judiciales que buscan remover o bloquear los contenidos lesivos y obtener indemnizaciones por los daños sufridos. Estas acciones son en principio promovidas en contra de los autores de dichas infracciones, pero también en contra de quienes se encargaron de hospedar, alojar y enlazar esos contenidos; es decir, en contra de los prestadores que desarrollan actividades de intermediación en Internet. Esto supone también un peligro para los proveedores de servicios de internet, ya que la posibilidad de ser declarados responsables por los contenidos ilícitos que hayan alojado o transmitido constituye un riesgo de importancia económica, y más aún en los países donde la responsabilidad de dichos intermediarios no está legislada en particular, como por ejemplo en la República Argentina y en la República del Perú, donde resultan aplicables las normas del derecho común.

Por todo lo antedicho, resulta interesante analizar el rol de los intermediarios en relación a las infracciones a los derechos de autor que se dan en el marco de Internet y entender si cabe la posibilidad de imputarles responsabilidad por las violaciones a dichos derechos cometidos en sus plataformas. ¿Son los intermediarios responsables de dichas infracciones? ¿Los prestadores de servicios de intermediación en Internet deben responder por los contenidos que han sido colocados por terceros? ¿Pueden los posibles perjudicados dirigir sus pretensiones resarcitorias contra los que actuaron como intermediarios para la difusión del contenido que ocasiono el daño? ¿Es conveniente y/o posible que dichos intermediarios controlen previamente el contenido que los usuarios suben a la red?

En la República Argentina, carecemos en la actualidad de normas específicas que regulen la actividad de los proveedores de servicios de Internet; por ello, la responsabilidad de los mismos por el acceso, circulación y enlace de contenidos se resuelve o somete a las normas de derecho común, dando como resultado interpretaciones diversas, que atribuyen o exoneran de responsabilidad, según sea el caso. La ausencia de normativa específica tiene consecuencias disvaliosas, principalmente la

¹² Federico P. Vibes, Ob. cit., 3-4 “Ello fue visto como una suerte de competencia desleal, porque estas plataformas obtenían ingresos publicitarios por operar estos servicios informativos online, aprovechándose de contenidos ajenos y sin pagar nada por ello a sus titulares”.

de la inseguridad jurídica, no solo para los usuarios de Internet y titulares de derechos de autor, sino también sobre las empresas que desarrollan servicios en Internet, ya que en última instancia la solución a estos conflictos queda librada a la merced (e interpretación) de magistrados, que, en muchas ocasiones no tienen formación específica en la materia de propiedad intelectual¹³.

Es importante destacar que, en el año 2016, la Cámara de Senadores dio media sanción al Proyecto Argentino. Sin embargo, hasta la fecha del presente trabajo dicho proyecto no fue tratado por la Cámara de Diputados, perdiendo el mismo estado parlamentario. Se argumenta en dicho proyecto que la necesidad de incentivar la innovación tecnológica, de estimular la inversión industrial, de alentar la libertad de información y de ampliar los horizontes de la ciencia, hace necesario partir de la premisa de que los proveedores de servicios de intermediación no tienen la obligación general de controlar, supervisar o vigilar los datos que generan o difunden los terceros usuarios, dejando de lado en parte los perjuicios que sufren los titulares de derechos de autor¹⁴.

Con la pérdida de estado parlamentario se ha desaprovechado la oportunidad de debatir respecto de la situación actual y de sancionar una ley específica en la materia. Sería fundamental que dicho debate sea retomado a la brevedad, teniendo en cuenta la legislación novedosa en la materia recientemente dictada en Europa, a través de la Directiva de la Unión Europea N° 2019/790 de comienzos de 2019, que impone un rol más proactivo en cabeza de los intermediarios en lo que refiere al control de las obras que los usuarios suben a sus sitios y/o plataformas, dando un paso hacia adelante en lo que respecta a la protección de los derechos de autor en el mundo contemporáneo.

*

El presente trabajo se realizará a través del estudio y análisis del Proyecto Argentino, y de la legislación imperante en la materia - señalando si la misma resulta suficiente y/o adecuada para la tutela efectiva de los derechos de autor en el ámbito de Internet -, así como de la doctrina existente respecto al tema sujeto a análisis, en comparación con el nivel de tutela que dicho derecho recibe en Estados Unidos y en la Unión Europea. En particular, y para ello, se estudiará y analizará la

¹³ Diputados Argentina, “Fundamentos del Proyecto de Ley bajo el Expediente 8070-D-2012 de los ex diputados nacionales Julián Obiglio y Alberto José Pérez” (<https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=3842-D-2015&tipo=LEY>) (Consultado el 10 de marzo de 2020) “La ausencia de legislación proyecta sus consecuencias disvaliosas sobre los usuarios, los cuales carecen, por un lado, de remedios jurídico administrativos eficaces para hacer cesar los daños, y por otro lado, de una certidumbre con respecto a cuales son las reglas de responsabilidad civil que gobiernan la actividad de los proveedores de servicios de internet (...)”. “Para los proveedores de servicios de Internet, por cuanto la posibilidad de ser declarados responsables por los contenidos ilícitos ajenos que hayan alojado o transmitido constituye un riesgo de notable trascendencia económica; en especial cuando el volumen de información que alojan o transmiten hacen inviable su supervisión; y aun en los casos en que la supervisión fuera materialmente practicable, discernir la licitud o ilicitud de un determinado contenido, con excepción de aquellos casos en que la ilicitud es evidente, constituye una tarea de cierta complejidad que compromete los recursos y costos de las empresas”.

¹⁴ Diputados Argentina, “Fundamentos del Proyecto de Ley bajo el Expediente 8070-D-2012 de los ex diputados nacionales Julián Obiglio y Alberto José Pérez”; *ibid.*

legislación existente en la materia en Estados Unidos de América y Unión Europea, señalando las similitudes y diferencias entre ambas, a los fines de verificar como se ha incorporado la responsabilidad de los intermediarios de Internet en dichos ordenamientos. Por último, se estudiará la jurisprudencia relevante en la materia, nacional y extranjera.

II. La propiedad intelectual y el derecho de autor

A. Concepto. Sujeto y objeto de protección

Bajo los derechos de propiedad intelectual ubicamos a un amplio espectro de derechos de distinta naturaleza, algunos originados en un acto de creación intelectual que se reconocen para estimular y recompensar la creación intelectual, y otros, que se otorgan para regular la competencia entre los productores, ya sea que medie o no creación intelectual¹⁵.

Así, la propiedad intelectual se refiere a las creaciones de la mente, tales como las invenciones, los trabajos literarios o artísticos, y los diseños, símbolos y nombres empleados en el comercio¹⁶.

Dentro de la órbita de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), se establece que: “(...) por propiedad intelectual se entenderán los derechos relativos: a las obras literarias, artísticas y científicas; a las interpretaciones de los artistas intérpretes y a las ejecuciones de los artistas ejecutantes, a los fonogramas y a las emisiones de radiodifusión; a las invenciones en todos los campos de la actividad humana; a los descubrimientos científicos; a los dibujos y modelos industriales; a las marcas de fábrica, de comercio y de servicio, así como a los nombres y denominaciones comerciales; a la protección contra la competencia desleal; y todos los demás derechos relativos a la actividad intelectual en los terrenos industrial, científico, literario y artístico”¹⁷.

En lo particular, el derecho de autor es la rama del derecho que regula los derechos concernientes al autor de alguna creación individual resultante de su actividad intelectual (obras literarias, musicales, teatrales, artísticas, científicas y audiovisuales). Así, este derecho reconoce en cabeza del creador de esas obras intelectuales – el autor – distintos derechos exclusivos, que son oponibles erga omnes y que resultan aspectos indisolubles del mismo: derechos personales y/o morales, y derechos económicos o patrimoniales¹⁸.

Protege las creaciones expresadas en obras literarias, artísticas, musicales y científicas, desde el momento de creación de dichas obras, como consecuencia de su acto de creación y no por el reconocimiento de alguna autoridad administrativa. Sin embargo, se establecen ciertos sistemas de

¹⁵ Delia Lypszic, *Derecho de Autor y Derechos Conexos* (Buenos Aires: Unesco, Cerlalc, Zavalia, 2001), 65.

¹⁶ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, “¿Qué es Propiedad Intelectual?” <http://www.wipo.int/about-ip/en/index.html> (Consultado el 30 de abril de 2020).

¹⁷ Delia Lypszic, Ob. Cit., 14.

¹⁸ Mabel Goldstein, *Derecho de autor y sociedad de la información* (Buenos Aires: Ediciones La Rocca, 2005), 60.

registro “constitutivos” del derecho de autor, por los que el titular tiene sobre la obra derechos exclusivos y oponibles a cualquier tercero, siempre y cuando se cumplan con requisitos y formalidades registrales dispuestas en las normativas de los estados. En la República Argentina, por ejemplo, aún se mantiene el registro constitutivo del derecho, es decir, la obligación de efectuar el registro como condición para que el autor disfrute de los derechos patrimoniales que le reconoce la ley, en exclusiva y con oponibilidad *erga omnes*. Dichas obras literarias, artísticas, musicales y científicas son el objeto del derecho de autor. Desde el punto de vista del derecho de autor, “(...) obra es la expresión personal 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 reproducida¹⁹”.

La protección de las obras queda sometida a los siguientes principios: (i) el derecho de autor protege las creaciones formales y no las ideas (ii) la originalidad y/o individualidad es condición necesaria para la protección; no se requiere que la obra sea novedosa (iii) la protección no depende del valor o mérito de la obra, de su destino o de su forma de expresión (iv) la protección no está sujeta al cumplimiento de formalidades (con algunas excepciones).

Dado que a lo largo de este trabajo se analizarán legislaciones de Estados Unidos de América, legislación europea y legislación latinoamericana, a los fines de comprender el espíritu que dichas normas pueden tener en cada caso, corresponde señalar brevemente que en los países de tradición jurídica angloamericana (o de *common law*) el derecho de autor se denomina *copyright* (es decir, derecho de copia), como un monopolio limitado, patrimonial y exclusivo del autor, aludiendo únicamente a la actividad de explotación de la obra por medio de su reproducción. En los países de tradición jurídica continental europea (o latina, o basada en el derecho romano), se tiene una concepción más personalista e individual de los derechos de autor, por lo que se los denomina haciendo referencia al sujeto del derecho, al creador, y a los derechos o facultades que se le reconocen por ser autor. Esta concepción jurídica latina del derecho de autor originada en los decretos de la Asamblea Constituyente de la Revolución Francesa y formada en los países de Europa continental, considera al derecho de autor como un derecho personal e inalienable del autor-persona física a controlar el uso de las obras de su creación²⁰.

En comparación con el derecho de autor latino, el *copyright* tiene alcances más limitados en cuanto a los derechos subjetivos que reconoce y más extensos en relación al objeto de la protección y a las personas que admite como titulares originarios del derecho. El *copyright* se usa para proteger derechos originados en actividades técnico-organizativas que no tienen naturaleza autoral, tales como

¹⁹ Delia Lypszic, Ob. cit., 61.

²⁰ Mabel Goldstein, Ob. cit., 59.

las que realizan los productores de grabaciones sonoras y de películas, los organismos de radiodifusión, las empresas de distribución de programas por cable y los editores de obras impresas²¹.

En el sistema jurídico latino el objeto del derecho de autor es la creación intelectual expresada en algún tipo de obra que presenta originalidad o individualidad, mientras que en el sistema angloamericano, bienes que no son obras de creación también pueden ser objeto de protección del *copyright*²².

En cuanto a la calidad de autor, corresponde a la persona que crea la obra. El autor es el sujeto originario del derecho de autor. Las personas físicas son las únicas que tienen aptitud de realizar actos de creación intelectual. En la concepción jurídica latina únicamente se le reconoce la calidad de titular originario del derecho a la persona física que crea la obra; solo excepcionalmente se admite que la titularidad originaria esté en cabeza de otras personas (por ejemplo, en las obras colectivas)²³.

En los países del sistema angloamericano, cuando se trata de obras creadas en virtud de una relación contractual laboral por encargo o para producciones audiovisuales, se considera como titular originario del derecho de autor al empleador, comitente o productor, por atribución de titularidad originaria establecida en la ley (salvo estipulación en contrario). Incluso, y a diferencia del sistema latino, se le reconoce calidad de autores a personas jurídicas – y no solo a las personas físicas – que realizan actividades industriales de explotación de obras, productores de grabaciones sonoras y de obras cinematográficas, organismos de radiodifusión, empresas de distribución de programas por cable y editores. Será titular originario de la obra, la persona en cabeza de quien nace el derecho de autor. Por otro lado, será titular derivado, aquella persona física o jurídica que ha recibido la titularidad de algunos de los derechos de autor – los patrimoniales – por causa de cesión, presunción de cesión o por transmisión mortis causa. A los fines del presente trabajo, es importante distinguir las distintas calidades de autor, para comprender quienes son los sujetos que tienen legitimidad activa para perseguir o demandar la protección de sus derechos de autor.

B. El contenido de los derechos de propiedad intelectual: derechos morales y derechos económicos

Son derechos morales aquellos derechos de carácter extra patrimonial, que tienen duración ilimitada, relativos a la protección de la personalidad del autor respecto de la obra, que tienen por objeto garantizar los intereses intelectuales y a reconocer la autoría de dicho autor. Los derechos morales están compuestos por (i) el derecho a divulgar la obra del autor o a mantenerla reservada en

²¹ Delia Lypszic, Ob. cit., 40.

²² Delia Lypszic, Ob. cit., 41.

²³ Delia Lypszic, Ob. cit., 43.

la esfera de su intimidad (ii) el derecho al reconocimiento de su paternidad intelectual sobre la obra, es decir, a que se le reconozca a determinado autor que él es el creador de la obra, y no otro (iii) el derecho al respeto y a la integridad de su obra, es decir, a que cualquier difusión de la obra sea hecha respetando la forma en que el autor la creó, sin modificación alguna y (iv) el derecho de retracto o arrepentimiento por cambio de convicciones y a retirar su obra del comercio²⁴.

El derecho moral es inalienable e irrenunciable, por lo que toda transmisión entre vivos del derecho de autor solo puede involucrar derechos patrimoniales. Es inembargable, inejecutable e inexpropiable, así como imprescriptible, porque esta fuera del comercio. Cabe destacar que en los países de tradición jurídica latina los derechos morales se encuentran reconocidos dentro de las leyes de los derechos de autor, al menos en sus aspectos básicos: derecho a la paternidad y derecho a la integridad de la obra. A modo de ejemplo, el artículo 52 de la Ley N° 11.723, sobre el Régimen Legal de la Propiedad Intelectual, vigente en la República Argentina, dispone que “Aunque el autor enajenare la propiedad de su obra, conserva sobre ella el derecho a exigir la fidelidad de su texto y título, en las impresiones, copias, o reproducciones, como asimismo la mención de su nombre o seudónimo como autor”. Otra norma importante en la materia, como es el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, también reconoce los derechos morales en su artículo 6 bis²⁵.

Por el contrario, en la mayoría de los países del sistema anglosajón, es tradición que la protección de estos derechos morales sea tratada por los tribunales, y no directamente desde las leyes. La problemática del derecho moral no se encuentra enunciada en sus sistemas jurídicos y privilegian los derechos patrimoniales, considerando que la retribución patrimonial es más importante que el reconocimiento de la persona en su individualidad. En ese sentido, han sido los tribunales quienes reconocieron gran parte de los derechos que integran la faz moral, por considerarlos protegidos por

²⁴ Olenka Woolcot et al., Ob. cit., 21.

²⁵ Artículo 6 bis del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas: “Derechos morales: 1) Independientemente de los derechos patrimoniales del autor, e incluso después de la cesión de estos derechos, el autor conservará el derecho de reivindicar la paternidad de la obra y de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la misma o a cualquier atentado a la misma que cause perjuicio a su honor o a su reputación. 2) Los derechos reconocidos al autor en virtud del párrafo 1) serán mantenidos después de su muerte, por lo menos hasta la extinción de sus derechos patrimoniales, y ejercidos por las personas o instituciones a las que la legislación nacional del país en que se reclame la protección reconozca derechos. Sin embargo, los países cuya legislación en vigor en el momento de la ratificación de la presente Acta o de la adhesión a la misma, no contenga disposiciones relativas a la protección después de la muerte del autor de todos los derechos reconocidos en virtud del párrafo 1) anterior, tienen la facultad de establecer que alguno o algunos de esos derechos no serán mantenidos después de la muerte del autor. 3) Los medios procesales para la defensa de los derechos reconocidos en este Artículo estarán regidos por la legislación el país en que se reclame la protección”.

el *common law*, pero sin incluir su tratamiento dentro de la normativa del *copyright* (con alguna excepción)²⁶.

Son derechos económicos o patrimoniales aquellos derechos relativos a la explotación de la obra en cuestión, que da posibilidad al autor de obtener un rédito y beneficio económico. El autor tiene derecho a explotar económicamente la obra, ya sea por sí mismo o autorizando a otros terceros a hacerlo; en caso de transferencia a un tercero de los derechos de autor sobre determinada obra, no existe transferencia plena del derecho de autor, debido a que la obra nunca sale totalmente de la esfera de la personalidad de su creador, y que cada vez que la obra se utilice será obligatorio mencionar el nombre del creador y respetar la integridad de la obra. Los derechos económicos o patrimoniales están compuestos por: (i) el derecho de reproducción de la obra en forma material (ii) el derecho de comunicación pública de la obra y (iii) el derecho de transformación de la obra mediante la traducción y la adaptación. Además, en algunos países los autores de obras artísticas gozan del derecho de participación en los ingresos obtenidos por cada nueva venta pública de sus obras. Estos derechos tienen duración ilimitada (en general, y según cada normativa aplicable, la vida del autor y un número de años después de su muerte) y son objeto de numerosas excepciones²⁷.

Tanto en el sistema latinoamericano, como en el anglosajón, se reconoce como principio que el autor tiene derecho exclusivo a realizar por sí, o autorizando a terceros, la explotación económica de la obra. Esto les permite a los autores acordar y convenir las condiciones en que se realizará la utilización de la obra y la forma en que se obtendrá el beneficio económico por la utilización de la misma. Como principio, la autorización de uso de una obra implica el derecho del autor a obtener una remuneración; toda utilización de una obra es onerosa y origina el derecho a percibir una remuneración (con la excepción de los casos en que se permite la utilización libre y gratuita). En relación con el presente, y tal como se verá más adelante, los derechos patrimoniales de autor son los que se ven mayormente vulnerados en el marco de Internet²⁸.

Es importante mencionar que la exclusividad del derecho de autor no es ilimitada. Para satisfacer las necesidades educativas, culturales y de información del público general y facilitar a la sociedad el acceso a las obras, las normativas y legislaciones autorizan determinadas reproducciones y comunicaciones públicas sin requerir la autorización previa del autor o del titular del derecho (de manera excepcional). Este límite a la exclusividad del derecho de autor permite que las obras se usen en forma libre y gratuita, o bien por medio de sistemas de licencias no voluntarias (es decir, licencias

²⁶ Cfr. Mabel Goldstein, Ob. cit., 47. “La norma constitucional norteamericana (...) mantuvo los principios básicos anglosajones que conformaron el *common law*, en el cual la valoración superior se otorgó a los derechos económicos por encima de los derechos morales de las personas (...)”; Mabel Goldstein, Ob. cit., 60.

²⁷ Delia Lypszic, Ob. cit., 11-12.

²⁸ Delia Lypszic, Ob. cit., 50.

obligatorias y licencias legales). Estas limitaciones o excepciones no afectan el derecho moral del autor, sino que solo restringen sus derechos patrimoniales. En todos los casos en que se establecen limitaciones del derecho de autor, debe tratarse de obras cuya divulgación ya haya sido realizada anteriormente con autorización del autor. Es decir, solo se pueden aplicar después de la primera publicación de la obra realizada con autorización del autor (luego que este ha ejercido su derecho moral de divulgación), se debe mencionar el nombre del autor y la fuente, y no se pueden introducir modificaciones a la misma.

C. Marco Legal en Argentina: Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas. Constitución Nacional argentina. Ley 11.723 Régimen Legal de la Propiedad Intelectual

La protección del derecho de autor ha sido reconocida desde antaño. A modo ilustrativo, en Inglaterra, el Estatuto de la Reina Ana de 1709, se convirtió en la primera norma positiva que reguló el derecho de autor como un derecho individual, considerado como derecho de propiedad. El propósito enunciado en dicho estatuto fue el de fomentar la cultura y el saber, reconociendo la titularidad exclusiva de la obra a favor de los autores, quienes podrían ceder o no, el derecho de publicación de la obra. La norma inglesa tuvo influencia en el sistema jurídico de los Estados Unidos de América²⁹.

En la República Argentina, dicha tutela puede encontrarse en diversas leyes, de distinta jerarquía. El derecho de autor es un derecho de raigambre constitucional. Así, la Constitución Nacional argentina dispone en su artículo 17 que: “Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento por el término que le acuerde la ley”.

El Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas de 1886, y sus enmiendas, aprobado por la República Argentina en 1999 (en adelante, el “Convenio de Berna”) es el tratado multilateral más antiguo y de mayor nivel de protección en lo que refiere a los derechos de autor. En la misma época en que se concluyó el Convenio de Berna, se suscribió en Montevideo el Tratado sobre Propiedad Literaria y Artística, que permitió la protección de las obras originarias de Argentina, Bolivia, Paraguay, Perú y Uruguay, así como extender dicha protección a otras obras. Además, hay otros pactos internacionales que rigen la materia, y a los que la República Argentina ha adherido (como por ejemplo, Convención Universal sobre Derechos de Autor de Ginebra de 1952; Convención Internacional sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión de Roma de 1961; el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) de

²⁹ Mabel Goldstein, Ob. cit., 46.

1994; los tratados de la OMPI sobre el derecho de autor de 1996; entre otros), que también regulan la materia, complementando a las leyes locales que regulan las cuestiones sobre derechos de autor.

En la República Argentina, dicha ley es la Ley N° 11.723 sobre el Régimen Legal de la Propiedad Intelectual (en adelante, “LPI”), sancionada en el año 1933, modificada en varias ocasiones y que aún se encuentra vigente. La LPI reconoce derechos de propiedad intelectual a los titulares de obras científicas, literarias y artísticas, reconociendo derechos de propiedad y derechos morales³⁰.

D. Delitos contra la propiedad intelectual: artículos 72 a 78 de la Ley de Propiedad Intelectual N° 11.723. Piratería.

Las infracciones a los derechos de autor están sancionadas bajo nuestra LPI. Esto da la pauta que el Estado tiene un interés es desincentivar dichas conductas infractoras, y de que existe un bien jurídico a proteger por el Estado y por la sociedad.

Así, en Argentina, la LPI dispone en su artículo 71 que “Será reprimido con la pena establecida por el art. 172 del Código Penal³¹, el que de cualquier manera y en cualquier forma defraude los derechos de propiedad intelectual que reconoce esta ley”. Este tipo de tipificación tan amplia, se relaciona con las dificultades para prever de forma anticipada todas las modalidades delictivas, como resultado del continuo y rápido avance de la tecnología en la materia de derecho de autor. Se recomienda que la tipificación de los delitos que afecten los derechos de autor y conexos se describan con precisión tomando en cuenta sus peculiaridades y las reglas propias de la elaboración de la ley penal³².

La piratería de obras protegidas por el derecho de autor es la conducta antijurídica típica contra el derecho exclusivo de reproducción; consiste en la reproducción de material protegido por el derecho intelectual sin el consentimiento por parte del autor. Afecta a todo tipo de obras, especialmente a libros de texto, *best sellers* de literatura, grabaciones de obras musicales, obras audiovisuales, programas de informática, entre otras. Consiste en la fabricación, la venta y cualquier forma de distribución comercial de ejemplares ilegales de obras literarias, artísticas, audiovisuales, musicales, de las interpretaciones o ejecuciones de las mismas. Se utiliza dicho término también para describir a la representación, reedición y todo uso no autorizado de una obra. Bajo la LPI es piratería la reproducción no autorizada de copias efectuadas por encargos de tercero mediante un precio (artículo 72 bis inc. c), aun en casos en que la reproducción se efectúe en forma artesanal y de a uno

³⁰ Artículo 2 de la Ley 11.723 “El derecho de propiedad de una obra científica, literaria o artística, comprende para su autor la facultad de disponer de ella, de publicarla, de ejecutarla, de representarla y exponerla en público, de enajenarla, de traducirla, de adaptarla o de autorizar su traducción y de reproducirla en cualquier forma”.

³¹ Prisión de un mes a 6 años.

³² Delia Lypszic, Ob. cit., 556.

o pocos ejemplares por cada encargo, así como también se considera que hay piratería cuando una persona almacena o exhibe copias ilícitas y no puede acreditar el origen de las mismas mediante factura que lo vincule comercialmente con un productor legítimo (artículo 72 bis inc. d)³³.

La piratería puede ser utilizada con fines comerciales como con fines privados; afecta tanto a autores como editores (cuando se trata de piratería de obras literarias y artísticas protegidas) y a los titulares de los derechos conexos (cuando la piratería es de fijaciones de interpretaciones o ejecuciones protegidas, de fonogramas protegidos y de emisiones de radiodifusión protegidas). Además, también perjudica a los trabajadores de las industrias culturales, pues al desplazar la venta de productos legítimos causa un impacto recesivo en la producción de dichas obras; y afecta al Estado, porque los piratas siempre realizan su actividad, al menos parcialmente, en forma marginal. Los piratas no aportan nada a la creatividad nacional; en oposición, destruyen las bases de la industria local y tienen una influencia perjudicial en las relaciones de esta industria con los editores y productores extranjeros³⁴.

Es común que las legislaciones sancionen las infracciones a los derechos de los autores y sus herederos con sanciones penales (penas de prisión y/o multa) y con accesorias civiles (destrucción de ejemplares ilícitos, inhabilitación para el ejercicio de la profesión relacionada con el delito cometido; publicidad de la sentencia)³⁵.

La actividad infractora causa por sí misma un daño que debe ser reparado; origina el derecho a demandar su interrupción así como el derecho a exigir la indemnización de los daños materiales y morales derivados de dicha infracción. El titular del derecho de autor tiene que poder reclamar como resarcimiento el beneficio que hubiera podido obtener de no mediar la utilización ilícita o la mejor remuneración que hubiera podido percibir de haber autorizado la explotación. De esta forma se evita que sea más rentable infringir los derechos que observarlos, pues si el utilizador consigue pagar un precio más bajo en juicio que negociando con el titular del derecho, se alientan las infracciones³⁶.

En relación a ello, cabe indicar que en los ilícitos contractuales y extracontractuales en materia de derecho de autor, la norma que rige el resarcimiento del daño es la responsabilidad civil. Así, la LPI dispone que “La propiedad intelectual se regirá por las disposiciones del derecho común, bajo las condiciones y limitaciones establecidas en la presente ley”.

Sin embargo, más allá de que la piratería está legislada en la LPI, como se verá más adelante la evolución tecnológica que nos rodea, y en particular el desarrollo de Internet, han dado surgimiento

³³ Claudio Celis, Ob. cit., 138.

³⁴ Claudio Celis, Ob.cit., 138; Delia Lypszic, Ob.cit., 563.

³⁵ Delia Lypszic, Ob. cit, 569.

³⁶ Delia Lypszic, Ob, cit., 577.

a distintas formas de infringir derechos de autor. En ese sentido, cabe resaltar que la LPI está diseñada para un mundo analógico, es decir, aquel en el que las obras artísticas eran fundamentalmente distribuidas a través de copias o ejemplares físicos³⁷.

Por ello, correspondería su actualización para un combate más eficaz, de la piratería *online*, en el sentido de lograr el objetivo perseguido.

III. El derecho de autor y la sociedad de la información

A. Importancia económica del derecho de autor. El impacto del desarrollo tecnológico

El derecho de autor es la herramienta adecuada para estimular y potenciar la actividad creativa al asegurarle al creador la posibilidad de obtener una retribución económica, el respeto por su obra y/o el reconocimiento de su condición de autor³⁸.

A su vez, beneficia al empresario al garantizar su inversión, permitiendo que la industria cultural esté en auge, y se fomente la difusión de las obras, en beneficio de la sociedad, quien disfruta de la cultura. Por esto, es que es necesario contar con legislación adecuada que tutele a las obras protegidas por derechos de autor. Más aun, en la época en la que vivimos. El desarrollo tecnológico cambió el contexto en que se situaba al derecho de autor; este derecho, ocupaba una posición menor, porque afectaba principalmente a un grupo reducido de personas (escritores, compositores, artistas plásticos) que desarrollan actividades importantes, aunque en un campo económico restringido: la cultura, la educación, la información, y el espectáculo, que no resultan estratégicas, ni tienen demasiada incidencia en las economías nacionales. Sin embargo, con la irrupción de los nuevos medios de reproducción, difusión y explotación de las obras, se expandieron las industrias editoriales, del entretenimiento, de informática, y de los medios de comunicación, masivamente, tanto en los países industrializados, como en los países en desarrollo.

El área del derecho de autor se amplió en lo que refiere a los medios o canales en los que se utilizan las obras (transmisión de programas por satélite, por cable, por fibra óptica, por telefonía celular, el video, el alquiler comercial, la copia privada, etc.), los soportes materiales en que se fijan y comercializan las obras (los casetes sonoros y los audiovisuales, los discos compactos, las memorias de masa de los bancos de data, los CD-ROM, DVD, Blu-ray, etc.) y los medios en que se fijan y se

³⁷ Federico P. Vibes, Ob. cit., 1.

³⁸ Delia Lypszic, Ob. cit., 59.

reproducen las obras (equipos de grabación y reproducción de audio y video, fotocopiadoras, señales digitales de computación, teléfonos celulares, *smartphones*, *tablets*, etc.).

Estos cambios y avances pusieron de relieve la importancia económica del derecho de autor y su trascendencia política y social al estimular la creatividad, asegurar las inversiones y fomentar la difusión de bienes culturales. En varios países (entre ellos, Estados Unidos de América, Suecia, Reino Unido, Países Bajos, Australia, Alemania, Finlandia) se realizaron trabajos con el fin de analizar la importancia económica del derecho de autor, resultando – en general –, que la porción del Producto Bruto Interno de cada uno de esos países, por la producción de bienes protegidos por los derechos de autor es de entre el 2 y el 3 por ciento³⁹.

A modo de ejemplo, cabe indicar que en la República Argentina, la industria del *e-learning* generaba en 2012 una facturación de \$40 millones de pesos anuales; las operaciones de la industria del entretenimiento, que ha encontrado en Internet un nuevo canal de distribución de sus contenidos, representaba unos U\$S 3.000 millones, constituyendo el 1% del PBI y venían creciendo al 10% anual. Estos resultados son sin dudas indicadores de la importancia económica que tiene el derecho de autor, y lo inadecuado que resulta que no se lo proteja debidamente. La importancia económica en el derecho de autor en el mundo actual, alcanzada a través de la producción de bienes culturales, también se ha puesto en evidencia en la estimación de las cuantiosas pérdidas que origina la reproducción no autorizada de obras realizada a escala comercial (piratería) y la reproducción de obras hechas en forma privada⁴⁰.

La legislación sobre derecho de autor debe existir a los fines de evitar que existan externalidades que permitan que algún jugador de la cadena creativa (es decir, desde el autor/creador, hasta el usuario de dicha creación) pueda capturar ganancias sin afrontar costos. Dicha legislación debería ser acorde al tipo de tecnología en donde se desarrolle la industria cultural en particular y el medio en que se difunda la misma; además, los derechos de autor deberían otorgarse hasta llegar a un punto óptimo más allá del cual seguir concediendo derechos se volvería contraproducente⁴¹.

³⁹ Delia Lypszic, Ob. cit., 55-59.

⁴⁰ Pablo A. Palazzi, Ob. cit., 461.

⁴¹ William M. Landes et al., Ob. cit., 6. “Finally, while it may be difficult to determine whether, on balance, copyright is a good thing, it is easy to note particular distortions that a copyright law corrects. Without copyright protection, authors, publishers, and copiers would have inefficient incentives with regard to the timing of various decisions. Publishers, to lengthen their head start, would have a disincentive to engage in prepublication advertising and even to announce publication dates in advance, and copiers would have an incentive to install excessively speedy production lines. There would be increased incentives to create faddish, ephemeral, and otherwise transitory works because the gains from being first in the market for such works would be likely to exceed the losses from absence of copyright protection. There would be a shift toward the production of works that are difficult to copy; authors would be more likely to circulate their works privately rather than widely, to lessen the risk of copying; and contractual restrictions on copying would multiply”; Douglas Lichtman et al., “Indirect Liability for Copyright Infringement: An Economic Perspective”, *Harvard Journal of Law & Technology*, vol. 16, no 2 (2003), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=379201 (Consultado el 21

En particular, los países no desarrollados tienen necesidad de promover y ampliar la industria creativa nacional, así como de acceder a producciones extranjeras. Para esto, la protección adecuada de los derechos de autor juega un rol fundamental. Si se desprotege a las obras extranjeras, la explotación pirata de las mismas desplaza a las producciones nacionales, creándose una competencia desleal. La falta de condiciones propicias para el desarrollo de la actividad autoral causa por ejemplo la emigración de los creadores nacionales hacia otros destinos que brindan las condiciones adecuadas, y la posibilidad de obtener beneficios económicos y la difusión que sus obras merecen. Así, la desprotección de los derechos de autor desalienta a los titulares de derechos de obras extranjeras a autorizar su difusión en territorios que no ofrecen garantías jurídicas adecuadas, por lo que el desarrollo de las industrias de bienes culturales se retrasa, privando al sector laboral de fuentes de trabajo, al fisco de ingresos provenientes de dicha área, y restringiendo el acceso de la comunidad toda a la cultura y la información.

B. Piratería a través de Internet

Las tecnologías digitales han cambiado profundamente la manera en que se producen y distribuyen los contenidos creativos, así como el acceso a esos contenidos. Así, el desarrollo tecnológico ha avanzado a pasos agigantados quedando desactualizada mucha de la normativa local y extranjera sobre propiedad intelectual. La digitalización y la circulación en las redes informáticas han develado un alto nivel de inseguridad jurídica en el tejido social, con grave cercenamiento de principios fundamentales, porque su fuerte y rápida metamorfosis no llega a ser acogida por el derecho, lento por tradición en su evolución y de difícil aplicación extensiva al mundo virtual⁴².

Internet es definida como una red de redes, una red informática mundial, que con el transcurso del tiempo se ha ido convirtiendo en un instrumento que hoy en día facilita el acceso universal a todo tipo de contenidos⁴³.

Según encuestas efectuadas por la Comisión Europea en 2016, el 57% de los usuarios de Internet accede a artículos de prensa a través de redes sociales, agregadores de información o motores de búsqueda. El 47% lee extractos recopilados por esos sitios sin siquiera abrir el artículo correspondiente. La misma tendencia se observa en la industria musical y cinematográfica: el 49% de los usuarios de la Unión Europea accede a contenidos musicales o audiovisuales *online*, mientras

de mayo de 2020). “Assuming that there is sufficient social benefit from copyright protection in terms of increased incentives for authors to create and disseminate their work, legal rules should pressure the flea market proprietor to do his part in enforcing the law (...)”.

⁴² Mabel Goldstein, Ob. cit., 92.

⁴³ Pablo A. Palazzi, Ob. cit., 458.

que el 40% de los usuarios de entre 15 y 24 años de edad ve televisión *online* al menos una vez por semana. Esta tendencia se va incrementando⁴⁴.

A su vez, es la naturaleza misma de esta tecnología la que promueve la realización de copias o reproducciones, dada la alta velocidad de transferencia y alcance mundial que tiene Internet. Con el desenvolvimiento de las nuevas tecnologías y la utilización a gran escala de Internet, la realización de copias digitales de obras protegidas por las normas de propiedad intelectual se simplificó. El derecho de autor se enfrenta al desafío de encontrar una solución al problema de la utilización sin autorización y copia de las obras intelectuales en Internet, ya que una vez publicada dicha obra, cualquiera puede usarla y copiarla. A través de la *web* se pueden hacer copias de una obra original, lo que representa un problema importante para los autores, quienes, a final de cuentas, no se benefician en términos económicos de la explotación de su propia obra. Mediante la piratería a través de Internet, se distribuyen obras intelectuales protegidas a un costo marginal muy bajo⁴⁵.

La piratería en Internet puede darse en páginas web, por medio de aplicaciones o mediante dispositivos o televisiones Smart (IPTV). A través de estos medios se reproduce y distribuye contenido audiovisual ilegal, sin autorización de sus titulares, sacando los dueños de dichos medios un rédito económico a través de la venta de publicidad a los usuarios de dichas páginas web y/o aplicaciones, o por el cobro de suscripciones para el acceso a determinado contenido. Estos actos de piratería *online* son en general actos cubiertos por el anonimato, ocurridos a veces en jurisdicciones que resultan de difícil alcance por el damnificado y que no siempre representan una lesión que sea posible remediar en términos de eficiencia y economía⁴⁶.

C. Rol de los intermediarios y su responsabilidad: ¿Responsabilidad directa o indirecta?

Internet relaciona en sus dos puntas a quienes por un lado proporcionan información digitalizada (proveedores de contenido) y por el otro lado a los usuarios. Los proveedores de servicios de Internet (en adelante, “ISP”) actúan como centrales de intercambio para el acceso de los usuarios a Internet, brindando el marco en el que algunos usuarios disponen de contenido audiovisual sin autorización de los titulares de derechos legítimos sobre esas obras. Entre los ISP, podemos mencionar a los proveedores de contenido, a los proveedores de servicios, a los proveedores de acceso, a los proveedores de emplazamiento (por ejemplo, YouTube), a los operados de foros y a los

⁴⁴ Comisión Europea – Comunicado de Prensa (Estrasburgo, 13 de febrero de 2019), “Mercado único digital: los negociadores de la UE logran un avance decisivo en la modernización de las normas sobre derecho de autor”, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP_19_528 (Consultado el 2 de diciembre de 2019).

⁴⁵ Pablo A. Palazzi, trans., Ob. cit., 459-460; Olenka Woolcot et al., Obr. Cit., 22-23.

⁴⁶ Pablo A. Palazzi, trans., ibid, 358.

proveedores de herramientas de localización de información (por ejemplo, Google, Altavista o Yahoo)⁴⁷.

La transmisión de contenidos en Internet, depende de los intermediarios; son cualquier entidad que permita la comunicación de información de una parte hacia la otra⁴⁸.

Pueden considerarse como intermediarios a los proveedores de servicios de Internet, los motores de búsqueda, los servicios de blogs, las plataformas de comercio electrónico, los servidores web, y las redes sociales, entre otros. Los ISP, entonces, y en general, son quienes transmiten dicha información, por lo que en definitiva brindan el escenario para la infracción de los derechos de autor y ocupan un rol clave que debe tenerse en consideración para combatir la piratería. Esto, dado que para los titulares de derechos de autor que ven infringidos sus derechos, resulta muy complejo encontrar a los reales infractores que se esconden tras el anonimato de la web, mientras que por el contrario la ubicación de los ISP es sencilla y tienen mayores recursos en comparación a la mayoría de proveedores de contenido⁴⁹.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia nacional e internacional se encuentra dividida en relación a la determinación de la existencia o inexistencia de responsabilidad de los intermediarios por los contenidos publicados en Internet, y en cada caso, al tipo de factor de atribución aplicable. En ese sentido, pueden señalarse tres criterios de responsabilidad distinto, que establecen que: (i) el primer criterio, entiende que los buscadores en tanto intermediarios y no generadores de contenidos, nunca deben responder por los daños que pudieran derivarse de los contenidos infractores a los derechos de terceros a los que se acceda mediante su utilización. Lo contrario implicaría un freno a la libre circulación de información y costos muy altos para los ISP por hechos realizados por terceros; (ii) el segundo criterio, entiende que los buscadores son objetivamente responsables por el riesgo mínimo de la actividad desempeñada (es decir, que tienen responsabilidad objetiva); y (iii) el tercer criterio, sostiene que los buscadores (en tanto no sean productores, ni editores del contenido) no son responsables, salvo que, debidamente notificados, no actúen con diligencia para bloquear accesos a dichos contenidos (es decir, tienen responsabilidad subjetiva). Dentro de esta última corriente podemos ubicar a la legislación norteamericana y europea que analizaré y comentaré más adelante en el presente Capítulo⁵⁰.

⁴⁷ Pablo A. Palazzi, trans., Ob. cit., 462.

⁴⁸ Eduardo Molina Quiroga, Ob. cit., 4.

⁴⁹ Eduardo Molina Quiroga, Ob. cit., 4; Jorge Córdova Mezarina, “La responsabilidad en las infracciones al Derecho de Autor a través de Internet”, *Revista Foro Jurídico* N° 15 (abril), 100-112, <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/19838> (Consultado el 10 de abril de 2020)

⁵⁰ Brenda Fagan y Patricio Albornoz, “Regulación de los proveedores de servicios de enlace y búsqueda de contenidos alojados en Internet (ISPs). Comentario al Proyecto de Ley conocido como: Pinedo – Fellner”, <https://abogados.com.ar/regulacion-a-los-proveedores-de-servicios-de-enlace-y-busqueda-de-contenidos-alojados-en-internet-isps-comentario-al-proyecto-de-ley-conocido-como-pinedo-fellner/22670> (Consultado el 5 de marzo de 2020)

La mayoría de las legislaciones entienden que los “buscadores” no tienen una obligación general de monitorear ni de supervisar de manera previa los contenidos a los que facilitan acceso y que son provistos por terceros. Existe una tendencia actual en la legislación comparada a proveer soluciones de inmunidad o de disminución de responsabilidad frente a la falta de conocimiento del contenido infractor o a su imposibilidad de control en tiempo real⁵¹.

Es claro que los infractores reales a los derechos de autor en Internet son aquellos sujetos, terceros, que ofrecen o ponen a disposición de los usuarios contenidos intelectuales a través de plataformas o sitios de intermediación sin autorización de los respectivos titulares de los derechos. Sea subiendo a plataformas como YouTube o a redes sociales copias no autorizadas de contenidos protegidos por derechos de propiedad intelectual, o sea subiendo a páginas web enlaces que redirigen a otros usuarios a copias no autorizadas de contenidos protegidos por derechos de autor. Es decir, son los usuarios quienes directamente son infractores y la plataforma digital les sirve de escenario para cometer dichos ilícitos. Por el contrario, los intermediarios no infringen directamente a los derechos de autor, pero facilitan extraordinariamente el desarrollo en el ciberespacio de un mercado paralelo de contenidos piratas, lucrando mediante los ingresos por publicidad⁵².

En muchas ocasiones el éxito de la actividad de algunos intermediarios reside incluso en que los usuarios se aprovechan de su servicio de intermediación para vulnerar derechos de terceros, y esto es justamente conocido por estos intermediarios, que incluso organizan su servicio de forma tal que contribuyen a esas infracciones de derechos, para así atraer a un mayor número de usuarios a sus sitios. El acceso por parte de los consumidores al contenido en infracción resulta fácil debido – en parte – a los mecanismos y algoritmos incluidos en los motores de búsqueda. Entonces, si bien no podría sostenerse que los ISPs son los infractores directos a los derechos de autor, es cierto que “(...) si bien no proveen directamente los contenidos, ni deciden por si solos difundir las obras, participan directamente en la difusión de esos contenidos por lo que deberían responder por el carácter fraudulento de estos, aun cuando se trate de actos de intermediación en los cuales el ISP actúe como un mero transmisor⁵³”.

Parece poder descartarse entonces que pueda exigirse responsabilidad directa a los intermediarios o agregadores por posibles violaciones a los derechos de autor en el desarrollo de sus servicios de intermediación, pero podría imputarse responsabilidad por violaciones indirectas a los derechos de autor como consecuencia de una posible contribución a la infracción de dichos derechos cometidas por los usuarios de sus servicios. Más adelante en el presente trabajo, desarrollaré sobre

⁵¹ Eduardo Molina Quiroga, Ob. cit., 5; Pablo A. Palazzi, trans., Ob. cit., Prologo.

⁵² Fernando Carbajo Cascón, Ob. cit., 220.

⁵³ Delia Lypszic, *Nuevos temas de derecho de autor y derechos conexos* (Buenos Aires: Editorial Unesco/Cerlalc/Zavalía, 2004).

como graduar el nivel de contribución del intermediario para determinar una correcta y proporcional sanción.

Si bien los titulares de derechos tendrían bajo las distintas legislaciones de propiedad intelectual existentes las armas legales suficientes para dirigirse contra los usuarios de estos servicios (que, como mencione, son quienes llevan a cabo las vulneraciones de sus derechos), surgen problemas de identificación de dichos infractores, problemas derivados de la globalidad del medio (ya que es preciso determinar cuál sería la jurisdicción competente y la legislación aplicable, cuestión compleja en estos casos) y problemas derivados de la economía procesal que conlleva perseguir judicialmente a los infractores que en general son simples particulares. Ante dicha situación, resulta lógico que los titulares de derechos hayan apuntado hacia los intermediarios o facilitadores, que son quienes con sus servicios contribuyen a incrementar exponencialmente el tráfico ilícito de contenidos protegidos, incluso lucrando con esto, de manera directa o indirecta⁵⁴.

D. Régimen de exención de responsabilidad: normativa relevante

1. La teoría de puertos seguros (“Safe Harbor”)

Mediante la institución de *Safe Harbor*, los intermediarios – a modo de ejemplo, YouTube – son considerados como meros alojadores de contenidos, sin responsabilidad final sobre el uso de contenidos protegidos por derechos de propiedad intelectual subidos por los usuarios⁵⁵.

Esta institución se constituyó como un mecanismo para permitir a las plataformas eludir responsabilidad en materia de propiedad intelectual por las infracciones realizadas por los usuarios y de esa manera quedar “blindadas” frente a los actos cometidos por los usuarios de sus servicios. Esta teoría se ve reflejada en la *Digital Millenium Copyright Act*, de Estados Unidos de América, y la Directiva 2000 de la Unión Europea (definida más adelante). Cabe destacar que las plataformas sacaron ventaja de las legislaciones de *Safe Harbor* para evitar negociar licencias adecuadas con los titulares de derechos⁵⁶.

Estas normas, a su vez, distorsionaron el mercado digital, favorecieron a los gigantes tecnológicos y disminuyeron considerablemente los ingresos de los titulares de derechos de autor. Estos grandes *players* de Internet se aprovechan de estas normas para evitar remunerar

⁵⁴ Fernando Carbajo Cascón, Ob. cit., 221 “Un titular de derechos, por muy importante que sea, no dispone ni de la infraestructura material y personal ni de la capacidad económica suficiente para asumir los costos de vigilancia y persecución para neutralizar los millones de infracciones que se pueden cometer en sus derechos a través de las plataformas de los intermediarios”.

⁵⁵ Cubells, Eric Jordi. 2018. “Propuesta de directiva de copyright; ¿el fin de la “brecha de valor”?” *Cinco Días*. 4 de julio. Consultado el 15 de febrero de 2020. https://cincodias.elpais.com/cincodias/2018/07/04/legal/1530687190_336919.html.

⁵⁶ Lorenzo Martínez Ibáñez, “Síntesis del informe Economic Analysis of Safe Harbor Provisions”, 15 de marzo de 2018. <http://www.institutoautor.org/es-ES/SitePages/EstaPasandoDetalleActualidad.aspx?i=2037&s=1> (Consultado el 5 de abril de 2020)

adecuadamente y de forma justa a los creadores de obras por las utilidades de sus trabajos, en detrimento de las industrias creativas.

2. Estados Unidos de América

(i) *Communications Decency Act*

La *Communications Decency Act* de 1996 (en adelante “CDA”) es una ley sancionada por el Congreso de los Estados Unidos de América que buscaba prohibir la pornografía en Internet. Si bien no trata específicamente sobre los derechos de autor, es importante mencionarla ya que tuvo el objetivo de regular los contenidos en Internet, estableciendo que el proveedor de servicios no puede ser tratado como un editor respecto del material provisto por terceros. Así, el artículo 230 de la CDA, se interpretó como eximente de la responsabilidad de los proveedores de Internet y usuarios de servicios de computación interactivo frente a la información otorgada por otro proveedor de contenidos. La CDA proveía inmunidad general a cualquier intermediario respecto de responsabilidad basada en alguna causa legal de derecho estatal cuando el actor demanda a dicho intermediario por las acciones típicas de un editor o distribuidor, en el caso de que terceras partes hayan creado ese contenido en disputa⁵⁷.

Estableció una regla general de exención de responsabilidad para los proveedores de servicios considerados como intermediarios por el contenido de terceros. La CDA fue declarada parcialmente inconstitucional por la Corte Suprema de los Estados Unidos por considerar que la misma atentaba contra la libertad de expresión⁵⁸.

(ii) *Digital Millenium Copyright Act*

El 28 de octubre de 1998, se sancionó la *Digital Millenium Copyright Act* (en adelante, “DMCA”), modificando la existente *Copyright Act* en diversos puntos, con el objetivo de adaptar dicha ley a la explotación y protección de obras protegidas a través de Internet⁵⁹.

Tanto los servidores de internet, como la industria del software, la industria del cine y de la música consensuaron su adopción. A los fines del objeto de este trabajo, el título más relevante de la DMCA es el segundo (sección 512), ya que regula la limitación de la responsabilidad en línea de los ISPs, creando *safe harbors* para cada especie de proveedor de servicios y estableciendo un mecanismo de “detección y retiro” (“*Notice and Take Down*”). A diferencia de la CDA (y su artículo 230), que establece una regla muy simple que otorga inmunidad a los proveedores de Internet tanto por proveer como por remover el acceso al material infractor, la DCMA es muy diferente ya que establece un

⁵⁷ Pablo A. Palazzi, trans., Ob. cit., 341.

⁵⁸ Pablo A. Palazzi, trans., ibid., 464.

⁵⁹ R. Xalabarder, “Infracciones de propiedad intelectual y la Digital Millennium Copyright Act, en *Jornadas de Responsabilidad Civil y Penal de los Prestadores de Servicios en Internet* (Barcelona, 22-23 de noviembre de 2001) <http://www.uoc.edu/in3/dt/20060/index.html> (Consultado el 10 de diciembre de 2019)

detallado conjunto de recaudos que deben seguirse para poder beneficiarse de la limitación de responsabilidad por infracción al derecho de autor de sus usuarios⁶⁰.

La DMCA define como servidor de Internet a los proveedores de servicios en línea o de acceso a redes, o al operador de tales servicios, y los exime de responsabilidad por las infracciones a los derechos de autor acaecidas en Internet en cuatro casos, que son conocidos como *Safe Harbors* (“Puertos Seguros”), y sujetos a condiciones particulares en cada caso:

(a) La mera transmisión de contenidos: la transmisión del material infractor debe haber sido iniciada por el infractor, y no por el servidor; las operaciones de mera transmisión deberán realizarse a través de procesos técnicos automáticos, de forma de que el servidor no elija el material ni modifique su contenido; el servidor no debe haber seleccionado al receptor de la información; y el servidor no debe almacenar copia alguna del material infractor de modo que pueda ser accesible por otra persona distinta del receptor.

(b) El almacenamiento de contenidos, con el objetivo de transmitir el material (ya previamente transmitido) a suscriptores que lo soliciten posteriormente: el servidor no debe modificar el contenido; debe cumplir con condiciones de actualización; no debe interferir con la tecnología que hace posible al titular de la página web conocer el número de visitas a la misma; y debe mantener las condiciones de acceso establecidas por el titular del material.

(c) El almacenamiento de contenidos en sistemas o redes bajo la dirección de los usuarios; y

(d) El uso de mecanismos de localización de la información a través de los cuales se dirige a los usuarios a contenidos infractores: para los *safe harbors* (c) y (d) deben darse las condiciones de que no exista conocimiento por parte del servidor de que se producía una infracción, y, si el servidor tiene el derecho y la capacidad para controlar la actividad infractora, es necesario que no reciba ningún beneficio económico directamente derivado de dicha infracción. El requisito del conocimiento se definirá según sea un conocimiento real de que existe infracción, o un conocimiento de hechos o circunstancias por las que sea aparente que exista infracción⁶¹.

Además, esta norma otorga a los titulares de derechos de la propiedad intelectual la posibilidad de proteger sus derechos y sus obras, ya que establece un sistema de notificación extrajudicial, denominado *Notice and Take Down*, por medio del que los titulares de obras al identificar las infracciones que se cometen de sus obras a través de Internet podrán notificar a los servidores involucrados para que el material supuestamente infractor se retire o se bloquee. Apenas la plataforma reciba la notificación del reclamo por parte de un usuario, estará obligada a remover el material o impedir el acceso al mismo. Es decir, los ISPs notificados por titulares de derecho de autor de una

⁶⁰ Pablo A. Palazzi, trans., Ob. cit., 344.

⁶¹ R. Xalabarder, Ob. cit.

supuesta infracción deben remover o deshabilitar el acceso a ese contenido para permanecer inmunes de reclamos por responsabilidad directa contributiva (*contributory liability*)⁶².

Caso contrario, podrían llegar a ser encontrados responsable de la infracción. De acuerdo con este procedimiento, el servidor quedará doblemente exonerado de responsabilidad: por un lado, queda exonerado de responsabilidad por indemnización de daños y perjuicios frente al titular del material supuestamente infringido. Por el otro, también queda protegido de cualquier responsabilidad frente a la persona que le pudiera reclamar por haber retirado o bloqueado el acceso al material. También se establece un mecanismo que desalienta el accionar de terceros que pretenden el bloqueo, intencional o malicioso, de material legítimo, los que son responsables por los daños causados a los ISP y al titular de derecho de propiedad intelectual. A dicho fin, para limitar en lo posible el uso fraudulento o erróneo de este sistema, se prevé un sistema de contra notificación al suscriptor, quien tendrá entonces la posibilidad de responder a la notificación presentando la contra notificación. Como ventajas del sistema de *Notice and Take Down* puede señalarse que el titular no necesita acudir a los tribunales para lograr que el servidor retire o bloquee el acceso al contenido infractor. A cambio de eso, los proveedores de contenido (titulares de derechos de autor) renunciaron a reclamar indemnizaciones pecuniarias contra los servidores e incluso a incluirlos como responsables subsidiarios de la infracción en las demandas que inicien contra los usuarios infractores. El titular, además, puede acudir a los tribunales para obtener una orden que obligue a los servidores a identificar al supuesto infractor. Más allá de eso, la DMCA no impone a los servidores la obligación de monitorear ni controlar su servicio (la sección 512(m) de la ley dispone que los ISP no tienen deber de monitoreo) ni que investiguen hechos que puedan ser indicadores de actividad infractora de los derechos de autor⁶³.

En síntesis, bajo esta ley, la ausencia de responsabilidad de las plataformas se configura siempre y cuando se cumplan dos requisitos. Por un lado, que la plataforma no tenga conocimiento efectivo de la ilicitud relativa al contenido. Y por otro, que en cuanto tenga conocimiento de dicha ilicitud, actúe con celeridad para retirar el contenido o hacer que el acceso al mismo sea imposible. Para poder cumplir con esos requisitos, las plataformas tienen la obligación de contar con la herramienta llamada *Notice and Take Down*.

(iii) La doctrina de la contribución a la infracción

⁶² Pablo A. Palazzi, trans., Ob. cit., 344.

⁶³ Pablo A. Palazzi, trans., ibid, 468.

La posibilidad de imputar responsabilidad a los ISPs por los ilícitos (infracciones a derechos de propiedad intelectual) realizados por los usuarios de sus servicios, se inspira en la doctrina jurisprudencial estadounidense de la contribución a la infracción (*contributory infringement*)⁶⁴.

Conocimiento y participación son las bases para poder imputar responsabilidad contributiva. La infracción contributiva (o remota) requiere: (i) conocimiento de la actividad infractora y (ii) contribución material – asistencia real o inducción – a la alegada piratería⁶⁵.

No significa únicamente tener conocimiento de la infracción, sino que implica algún tipo de capacidad significativa para prevenir o desalentar dicha infracción. El requisito de conocimiento puede ser fácilmente satisfecho a través de la remisión al buscador de una nota que dé cuenta de la infracción y que describa con suficiente detalle la ubicación (URL) de la obra infractora e identifique el derecho de autor afectado en cuestión. Para determinar responsabilidad contributiva alcanza con que un operador tenga conocimiento actual de que un determinado material está disponible en virtud de su sistema y que pueda tomar simples medidas para prevenir más daños a las obras intelectuales, y que, sin embargo, continúe proveyendo acceso a las páginas infractoras⁶⁶.

Se trataría de una responsabilidad por hecho propio derivado de acciones u omisiones concretas encaminadas a promover, facilitar o contribuir a la infracción de derechos de terceros por parte de sus usuarios, normalmente asociadas a su propio beneficio como operador de un servicio de intermediación. La responsabilidad deriva del conocimiento de la actividad infractora de un tercero sin tomar medidas diligentes para impedirlo y de la contribución material (en forma de inducción o asistencia) a esa infracción⁶⁷.

La responsabilidad existe si el demandado se involucra en actividades que alientan a la infracción. En consecuencia, el infractor que contribuye debe conocer o tener razones para conocer la infracción directa. Solo así, podrán sortearse las barreras de responsabilidad establecidas por los *Safe Harbors* mencionados, que deberían interpretarse de manera restrictiva a los fines de no poner en riesgo y tutelar adecuadamente a los derechos de autor de las violaciones que los mismos sufren en Internet.

Quienes están a favor de este tipo de responsabilidad sostienen que estos intermediarios se encuentran en una buena posición para desalentar las infracciones a los derechos de autor, ya sea monitoreando a los infractores directos, rediseñando sus tecnologías para que el hecho de infringir se torne más difícil o pagando los daños causados; por el contrario, quienes están en contra sostienen

⁶⁴ Fernando Carbajo Cascón, Ob. cit., 233

⁶⁵ Douglas Lichtman et al., Ob. cit., 396. “Contributory infringement applies where one party knowingly induces, causes, or otherwise materially contribute to the infringing conduct of another”.

⁶⁶ Pablo A. Palazzi, trans., Ob. cit., 344.

⁶⁷ Fernando Carbajo Cascón, Ob. cit., 241.

que este tipo de responsabilidad colisiona con el uso legítimo de plataformas, herramientas y servicios⁶⁸.

(iv) Jurisprudencia relevante de Estados Unidos de América: *Viacom International Inc. vs. YouTube, Inc. y You Tube LLC*⁶⁹

En este caso que comentaré, la empresa *Viacom*, productora de contenidos de entretenimiento reclamó una multimillonaria indemnización al alegar que el buscador multimedia *YouTube* ofrecía miles de secuencias de programas de entretenimiento producidos por *Viacom* subidos al sitio web de la demandada por usuarios identificados o no identificados. En 2012, la Corte de Apelaciones coincidió con la Corte de Distrito en que *YouTube*, como operador de *hosting*, solo debería responder por los actos ilícitos de los usuarios de su servicio en el caso de que tuviera conocimiento o que fuera consciente de hechos o circunstancias que le indicaran la existencia de infracciones específicas y perfectamente identificables. Así, entendió que correspondía que en la instancia judicial anterior se probara con mayor profundidad si *YouTube* tuvo o no conocimiento efectivo respecto de la existencia del contenido ilícito en su plataforma. Esto sugirió que *YouTube* no podría ser objeto de protección bajo el régimen de *Safe Harbor* en caso de que existiera ignorancia premeditada por su parte⁷⁰.

En ese sentido, la Corte de Apelaciones afirmó que sería posible aplicar a operadores como *YouTube* la doctrina de la ceguera o ignorancia premeditada para demostrar la concurrencia de un conocimiento o consciencia por parte del alojador de información sobre la existencia en su plataforma de contenidos infractores de los derechos de terceros a pesar de no haber recibido denuncias específicas de terceros. En ese sentido, bastaría con que el intermediario haya tenido conocimiento de hechos o circunstancias a partir de los que un operador económico diligente hubiera debido deducir ese carácter ilícito y actuar rápidamente para retirar los datos o impedir su acceso. Finalmente, el caso se cerró con acuerdo entre las partes, pero resulta interesante mencionarlo a los fines de tener en cuenta la doctrina analizada por la instancia de apelación. Como se verá más adelante, la empresa *You Tube* también tuvo que defenderse ante los tribunales europeos por infracciones a los derechos de autor ocurridos en su plataforma.

3. Normativa europea

⁶⁸ Douglas Lichtman et al., Ob. cit. “The argument in favor of liability is that third parties are often in a good position to discourage copyright infringement either by monitoring direct infringers or by redesigning their technologies to make infringement more difficult. The argument against is that legal liability almost inevitably interferes with the legitimate use of implicated tools, services and venues”.

⁶⁹ United States District Court for the Southern District of New York, “*Viacom International Inc., Comedy Partners, Country Music Television Inc., Paramount Pictures Corporation and Black Entertainment Television LLC, Plaintiffs v. You Tube Inc., Youtube LLC and Google, Inc., Deffendants*”, case 1:07-cv-02 103 (LLS) (Related Case 1:07-cv-03582, (LLS).

⁷⁰ Fernando Carbajo Cascón, Ob. cit., 252.

(i) Directivas 2000/31/CE⁷¹ y 2001/29/CE de la Unión Europea

El marco regulatorio de la Unión Europea en esta materia está compuesto por dos directivas que establecen reglas generales de responsabilidad de los ISPs. Ambas directivas se complementan, estableciendo pautas mínimas a ser seguidas por todos los países miembros de la Unión Europea.

En primer lugar, en el año 2000, la Unión Europea introdujo la Directiva 2000/31/CE (en adelante, la “Directiva 2000”), conocida como la Directiva sobre Comercio Electrónico, para proveer un marco legal que asegurara certeza en los ambientes *online*. Fue adoptada a los fines de incentivar el comercio electrónico en la Unión Europea y crear un marco regulatorio destinado a asegurar la libre circulación de los servicios de la sociedad de la información entre los estados miembros⁷².

Esta norma estableció reglas generales de responsabilidad de los ISP, independientemente de la naturaleza de la ley violada a través de la transmisión ilícita, adoptando un sistema horizontal. Uno de sus objetivos principales fue limitar el espectro de responsabilidad de los proveedores de servicios de la sociedad de la información por el contenido ilegal que hicieran disponible al actuar como intermediarios en algunos de los roles mencionados por la directiva (mero conducto, almacenamiento u hospedaje de contenidos)⁷³.

Así, estableció un régimen de exención de responsabilidad para prestadores de servicios de la sociedad de la información por determinada información alojada en sus servidores, proporcionada por los usuarios, cuando no tuvieran, esos prestadores, conocimiento efectivo de la misma. Bajo esta norma, a dichos prestadores no se les podía imponer la labor de supervisar todo el contenido que se subía a sus redes o sistemas⁷⁴.

Conforme al artículo 15 de la Directiva 2000, los países miembros de la Unión Europea no deben imponer sobre los proveedores una obligación legal general de monitorear la información que ellos transmiten o almacenan, ni una obligación de buscar hechos o circunstancias que indiquen una actividad ilegal. En virtud de estos mismos principios, el Tribunal Superior Regional de Nuremberg sostuvo que los motores de búsqueda tampoco tienen un deber general de controlar los hipervínculos en sus resultados de búsqueda. Esta norma dispone que el proveedor no será responsable penalmente por hospedar información ilegal de terceros a menos que tenga conocimiento de la existencia de información ilegal en sus servidores, en tanto que bajo la óptica de la responsabilidad civil, se dispone

⁷¹ Directiva CE 2000/31 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 8/6/2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular del comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre Comercio Electrónico).

⁷² Pablo A. Palazzi, trans., Ob. cit., 339.

⁷³ Pablo A. Palazzi, trans., Ob. cit., 339.

⁷⁴ Inter Iuris, “Jurisdicción Digital o Responsabilidad de los ISPs 2.0”, (<http://www.interjuris.com/blog/jurisdicción-digital-o-responsabilidad-de-los-isps-2-0/>) (Consultado el 1 de diciembre de 2019)

que el proveedor de hospedaje no será responsable por daños si no tiene conocimiento de actos o circunstancias que evidencien una actividad o información ilegal. No establece claramente que significará tener conocimiento de dichos hechos o circunstancias⁷⁵.

Como consecuencia de la Directiva 2000, los grandes operadores de Internet (como Google, Facebook, Twitter, etc.), habilitaron formularios y herramientas para facilitar las puestas en conocimiento; una vez hecha la solicitud a través de las mismas, es el mismo ISP el que debe convertirse en juez y analizar si el contenido reclamado infringe o no derechos. Bajo este sistema, podía caberle una doble responsabilidad a dicho intermediario (por un lado, si decide no retirar el contenido y luego un tribunal considera que efectivamente infringía derechos; y por el otro, si tomaba una posición conservadora, retirando todo lo que se solicita). Este mecanismo adolece de varios defectos: es poco transparente, no se prevé revisión de la decisión del prestador del servicio y puede dar lugar a conductas abusivas. No beneficia ni al desarrollo de Internet, ni a la defensa de los derechos en dicho marco⁷⁶.

En segundo lugar, se dictó la Directiva 2001/29/CE (en adelante, la “Directiva 2001”), relativa a la armonización de ciertos aspectos de derechos de autor y de los derechos conexos en la sociedad de información. Establece la exención de responsabilidad de todo intermediario (incluidos en esa categoría los ISP) que almacene en forma temporal información cuando tal proceso sea inherente y necesario para la transmisión de información protegida por el derecho de propiedad intelectual⁷⁷.

En ese sentido, el artículo 5º de la Directiva 2001 dispone que “el derecho exclusivo de reproducción debe ser sujeto a una exención para permitir ciertos actos de reproducción temporaria, que consisten en reproducciones transitorias o puntuales y constituyen una parte integrante y esencial de un proceso tecnológico efectuado con el objeto de posibilitar una transmisión más eficaz. Los actos de reproducción mencionados no deberán tener, en sí, valor económico”. En cuanto al rol que ocupan los intermediarios de Internet, conforme a la Directiva 2001, el intermediario de la información a menudo es el actor idóneo para proceder contra la circulación de datos que infringen los derechos de autor.

Con base en las dos Directivas comentadas, cabe indicar que en los casos en que se pueda demostrar que los intermediarios no actúan de forma meramente neutral, automática y pasiva, o en los casos en que, conservando la neutralidad, tengan conocimiento por cualquier medio de que sus usuarios vulneran derechos de terceros, y no reaccionen diligentemente retirando la información o suspendiendo la actividad, los titulares de derechos perjudicados podrán dirigirse contra estos

⁷⁵ Pablo A. Palazzi, trans., Ob. cit., 337 y 474.

⁷⁶ Inter Iuris, Ob. cit.

⁷⁷ Pablo A. Palazzi, trans., Ob. cit., 472.

intermediarios para exigirles responsabilidad por los actos o informaciones almacenadas por los usuarios de dichos servicios, salvando así el régimen de exoneración de responsabilidad dispuesto en dichas Directivas. Esto por supuesto, será muy difícil de demostrar⁷⁸.

Se ha establecido así en Europa un régimen muy generoso de exención de responsabilidad, que consagra prácticamente un régimen de impunidad para los intermediarios de la sociedad de la información por las actividades o informaciones ilícitas de los usuarios de sus servicios, generando dificultades e indefensión para los titulares de derechos de autor. Dichos derechos son flagrante y masivamente vulnerados a través de la utilización de esos servicios de intermediación⁷⁹.

(ii) Directiva 2019/790 de la Unión Europea. Un avance hacia la protección efectiva de los derechos de autor

Las regulaciones bajo la Directiva 2000 y la Directiva 2001, se diseñaron teniendo en cuenta el contexto tecnológico particular de aquel momento. Pero con el paso del tiempo, quedo demostrado que la solución de principios de siglo no funcionaría de manera adecuada en los años siguientes⁸⁰.

Con el tiempo fue quedando en evidencia que algunas empresas comenzaron a ganar mucho dinero utilizando contenidos ajenos sin autorización y sin pagar una remuneración equitativa a los propietarios de los contenidos. Los ISPs se amparaban en la excepción de *safe harbor*, y hasta tanto los titulares de contenidos no los notificaran de la existencia de material en infracción, no había reproche legal posible⁸¹.

Como consecuencia de lo anterior, el 26 de marzo de 2019, después de más de dos años de debates y polémicas, el Parlamento Europeo aprobó, por 348 votos a favor y 274 votos en contra, la Directiva de la Unión Europea N° 2019/790 sobre los derechos de autor en el mercado único digital, que modifica el mecanismo de la Directiva 2001 (en adelante, la “Directiva 2019”) y supone un cambio de paradigma en la regulación europea del derecho de autor⁸².

La Directiva 2019 (denominada comúnmente “Directiva de reforma de Copyright en Europa”) intenta adaptar el derecho de autor de la Unión Europea a la era digital y de Internet, con una mirada mucho más proteccionista respecto de los derechos de autor, poniendo un enfoque en la actividad proactiva que deben tener los intermediarios de servicios de Internet para eximirse de responsabilidad respecto del uso *online* de obras protegidas por derecho de autor. Pretende crear un marco global en

⁷⁸ Fernando Carbajo Cascón, Ob. cit., 240.

⁷⁹ Fernando Carbajo Cascon, ibid, 235.

⁸⁰ Federico P. Vibes; Ob. cit., 2.

⁸¹ Federico P. Vibes, ibid, 2.

⁸² Cubells, Eric Jordi. 2018. “Propuesta de directiva de copyright; ¿el fin de la “brecha de valor”?” *Cinco Días*. 4 de julio. Consultado el 15 de febrero de 2020. https://cincodias.elpais.com/cincodias/2018/07/04/legal/1530687190_336919.html.

el que los materiales protegidos por derechos de autor, los titulares de derechos de autor, los editores, los proveedores y los usuarios puedan beneficiarse de normas más claras y adaptadas a la era digital; busca fijar un estándar que no afecte la innovación y los beneficios que brinda Internet en términos de acceso a los contenidos, pero al mismo tiempo, obliga a las plataformas a tomar medidas preventivas y proactivas que permitan un mayor respeto de los derechos de los propietarios de contenidos. El 15 de abril de 2019, el Consejo de la Unión Europea dio el visto bueno final a la Directiva 2019, por lo que, tras la publicación oficial de la misma, los países miembros de la Unión Europea tienen dos años desde dicha fecha para implementar la Directiva 2019 en sus legislaciones internas y reglamentarla⁸³.

En sus considerandos, la Directiva 2019 menciona que debido a la rápida evolución tecnológica, se transforma constantemente la manera en que se crean, producen, distribuyen y explotan las obras creativas, surgiendo continuamente nuevos modelos de negocios y nuevos agentes. Esto obliga a que la legislación aplicable mantenga un carácter estable frente a futuras innovaciones, sin limitar el desarrollo tecnológico. Mencionan dichos considerandos también que debido a la normativa que rige en la materia en la Unión Europea hasta dicha fecha, persiste cierta inseguridad jurídica, tanto para los titulares de derechos como para los usuarios de plataformas o portales web, en lo que se refiere a determinados usos, entre ellos los de carácter transfronterizo, de las obras y otras prestaciones en el entorno digital. Sostienen que las normas aplicables antes de esta reforma no están adaptadas al entorno digital. Por todo ello, se considera necesario adaptar el marco normativo de la Unión Europea, completándolo a los fines de mantener un alto nivel de protección de los derechos de autor y derechos afines⁸⁴.

Uno de los objetivos principales de la Directiva 2019 es lograr un reequilibrio de fuerzas entre los creadores y las plataformas digitales; incorporar normas de juego más justas para un mejor funcionamiento del mercado de los derechos de autor que estimulen la creación de contenidos de alta calidad: un nuevo derecho para las editoriales de prensa en lo que respecta al uso de su contenido por parte de los proveedores de servicios en línea, mejora de la posición de los titulares de derechos para negociar y ser remunerados por la explotación en línea de sus contenidos mediante plataformas de contenidos cargados por usuarios y normas de transparencia relativas a la remuneración de los autores y los artistas intérpretes o ejecutantes. Así, la Directiva 2019 viene a salvar las diferencias entre la remuneración de los creadores y la remuneración de las plataformas *online* (el llamado “*Value Gap*”,

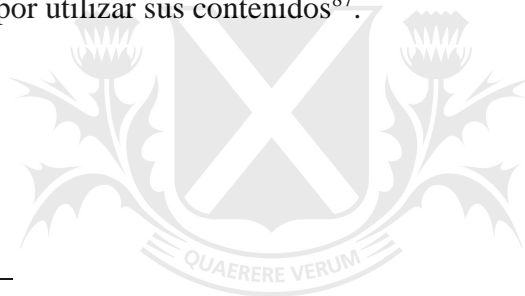
⁸³ Federico P. Vibes, “Nuevos aires en la regulación sobre protección de contenidos en el entorno digital”. Publicado en *SupAbCorp* (septiembre), 11/09/2019, 8. Cita *online*: AR/DOC/2930/2019, 1.

⁸⁴ Diario Oficial de la Unión Europea. Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de abril de 2019 sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE. <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2019/790/oj?locale=es> (Consultado el 25 de marzo de 2020)

concepto que desarrollaré en el punto E del presente capítulo, pero que adelanto es la distorsión del mercado generada por los intermediarios digitales que no remuneran debidamente a los creadores de obras protegidas por el derecho de propiedad intelectual por la utilización de dichas obras), reforzando la posición negociadora de los creadores y los titulares de derechos para ser remunerados correctamente por la utilización en línea de sus contenidos por parte de dichas plataformas⁸⁵.

En ese sentido, los artículos más importantes (y más controvertidos) de la Directiva 2019 son los artículos 15 y 17⁸⁶.

Por un lado, el artículo 15 trata sobre la protección de las publicaciones de prensa relativas a los usos en línea: refiere al pago que deberán recibir los editores de prensa y periodistas por parte de los agregadores de Internet por el uso digital de sus artículos o contenidos (incluidas redes sociales). Solo quedarán exceptuados si reproducen algunos pequeños extractos o palabras de los portales. En virtud de esto, los editores de prensa podrán exigir acuerdos (y pagos) a *webs* y agregadores de noticias como *Google News* por utilizar sus contenidos⁸⁷.



⁸⁵ Comisión Europea – Hoja Informativa, “Preguntas y respuestas: los negociadores de la UE logran un avance decisivo para modernizar las normas sobre derechos de autor”. Estrasburgo, 13 de febrero de 2019 (https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/MEMO_19_1151) (Consultado el 2 de diciembre de 2019).

⁸⁶ Cubells, Eric Jordi. 2018. “Propuesta de directiva de copyright: ¿el fin de la “brecha de valor”?” *Cinco Días*. 4 de julio. Consultado el 15 de febrero de 2020. https://cincodias.elpais.com/cincodias/2018/07/04/legal/1530687190_336919.html.

⁸⁷ Artículo 15 Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo del 17 de abril de 2019 sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital: “Artículo 15 Protección de las publicaciones de prensa en lo relativo a los usos en línea 1. Los Estados miembros reconocerán a las editoriales de publicaciones de prensa establecidas en un Estado miembro los derechos establecidos en el artículo 2 y en el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2001/29/CE para el uso en línea de sus publicaciones de prensa por parte de prestadores de servicios de la sociedad de la información. Los derechos contemplados en el párrafo primero no se aplicarán al uso privado o no comercial de las publicaciones de prensa por parte de usuarios individuales. La protección otorgada en virtud del párrafo primero no se aplicará a los actos de hipervínculo. Los derechos contemplados en el párrafo primero no se aplicarán al uso de palabras sueltas o de extractos muy breves de una publicación de prensa. 2. Los derechos contemplados en el apartado 1 no modificarán en absoluto ni afectarán en modo alguno a los derechos que el Derecho de la Unión establece para los autores y otros titulares de derechos, en relación con las obras y otras prestaciones incorporadas a una publicación de prensa. Los derechos contemplados en el apartado 1 no se invocarán frente a los autores y otros titulares de derechos y, en particular, no les privarán del derecho a explotar sus obras y otras prestaciones con independencia de la publicación de prensa a la que se incorporen. Cuando una obra u otra prestación se incorpore a una publicación de prensa sobre la base de una licencia no exclusiva, los derechos contemplados en el apartado 1 no se invocarán para prohibir su utilización por otros usuarios autorizados. Los derechos contemplados en el apartado 1 no se invocarán para prohibir la utilización de obras u otras prestaciones cuya protección haya expirado. 3. Los artículos 5 a 8 de la Directiva 2001/29/CE, la Directiva 2012/28/UE y la Directiva (UE) 2017/1564 del Parlamento Europeo y del Consejo se aplicarán, mutatis mutandis, en lo que respecta a los derechos contemplados en el apartado 1 del presente artículo. 4. Los derechos contemplados en el apartado 1 expirarán dos años después de haberse publicado la publicación de prensa. Este plazo se calculará a partir del 1 de enero del año siguiente a la fecha en que se publicó dicha publicación de prensa. El apartado 1 no se aplicará a las publicaciones de prensa que se publiquen por vez primera antes del 6 de junio de 2019. **5. Los Estados miembros dispondrán que los autores de las obras incorporadas a una publicación de prensa reciban una parte adecuada de los ingresos que las editoriales de prensa perciban por el uso de sus publicaciones de prensa por parte de prestadores de servicios de la sociedad de la información**” (el resaltado me pertenece).

Por su lado, el artículo 17 (llamado *upload filter* o filtro de subida), responsabiliza a las grandes plataformas de Internet frente a la publicación de contenidos no autorizados y las obliga a tomar una posición proactiva frente al filtrado⁸⁸.

⁸⁸ Artículo 17 Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo del 17 de abril de 2019 sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital: “Uso de contenidos protegidos por parte de prestadores de servicios para compartir contenidos en línea. 1. Los Estados miembros dispondrán que los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea realizan un acto de comunicación al público o de puesta a disposición del público a efectos de la presente Directiva cuando ofrecen al público el acceso a obras protegidas por derechos de autor u otras prestaciones protegidas que hayan sido cargadas por sus usuarios. Por consiguiente, los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea deberán obtener una autorización de los titulares de derechos (...), por ejemplo, mediante la celebración de un acuerdo de licencia, con el fin de comunicar al público o de poner a su disposición obras u otras prestaciones. 2. Los Estados miembros dispondrán que, si un prestador de servicios para compartir contenidos en línea obtiene una autorización, por ejemplo a través de la conclusión de un acuerdo de licencia, dicha autorización comprenda también los actos realizados por usuarios de los servicios que entren en el ámbito de aplicación del artículo 3 de la Directiva 2001/29/CE cuando no actúen con carácter comercial o en caso de que su actividad no genere ingresos significativos. 3. Cuando los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea sean responsables de actos de comunicación al público o de puesta a disposición del público en las condiciones establecidas en la presente Directiva, la limitación de responsabilidad prevista en el artículo 14, apartado 1, de la Directiva 2000/31/CE no se aplicará a las situaciones contempladas por el presente artículo. El párrafo primero del presente apartado no afectará a la posible aplicación del artículo 14, apartado 1, de la Directiva 2000/31/CE a esos prestadores de servicios con respecto a fines ajenos al ámbito de aplicación de la presente Directiva. 4. En caso de que no se conceda una autorización, los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea serán responsables de los actos no autorizados de comunicación al público, incluida la puesta a disposición de este, de obras y otras prestaciones protegidas por derechos de autor, a menos que demuestren que: a) han hecho los mayores esfuerzos por obtener una autorización, y b) han hecho, de acuerdo con normas sectoriales estrictas de diligencia profesional, los mayores esfuerzos por garantizar la indisponibilidad de obras y otras prestaciones específicas respecto de las cuales los titulares de derechos les hayan facilitado la información pertinente y necesaria, y en cualquier caso c) han actuado de modo expeditivo al recibir una notificación suficientemente motivada de los titulares de derechos, para inhabilitar el acceso a las obras u otras prestaciones notificadas o para retirarlas de sus sitios web, y han hecho los mayores esfuerzos por evitar que se carguen en el futuro de conformidad con la letra b). 5. Al determinar si el prestador del servicio ha cumplido con sus obligaciones en virtud del apartado 4 y a la luz del principio de proporcionalidad, deben tenerse en cuenta, entre otros, los siguientes elementos: a) el tipo, la audiencia y la magnitud del servicio, así como el tipo de obras u otras prestaciones cargadas por los usuarios del servicio, y b) la disponibilidad de medios adecuados y eficaces y su coste para los prestadores de servicios. 6. Los Estados miembros dispondrán que, respecto de los nuevos prestadores de servicios para compartir contenidos en línea cuyos servicios lleven menos de tres años a disposición del público en la Unión y cuyo volumen de negocios anual sea inferior a 10 000 000 EUR, calculado con arreglo a la Recomendación 2003/361/CE de la Comisión, los requisitos que les sean aplicables en virtud del régimen de responsabilidad establecido en el apartado 4 se limiten al cumplimiento de la letra a) de dicho apartado y a la actuación expeditiva, al recibir una notificación suficientemente motivada, para inhabilitar el acceso a las obras u otras prestaciones notificadas o para retirarlas de sus sitios web. Cuando el promedio de visitantes únicos mensuales de dichos prestadores de servicios supere los cinco millones, calculado sobre la base del año civil anterior, estos demostrarán asimismo que han hecho los mayores esfuerzos por evitar nuevas cargas de las obras y otras prestaciones notificadas respecto de las cuales los titulares de derechos hayan facilitado la información pertinente y necesaria. 7. La cooperación entre los prestadores de servicios de contenidos en línea y los titulares de derechos no dará lugar a que se impida la disponibilidad de obras u otras prestaciones cargadas por usuarios que no infrinjan los derechos de autor y derechos afines, también cuando a dichas obras o prestaciones se les aplique una excepción o limitación. Los Estados miembros garantizarán que los usuarios en cada Estado miembro puedan ampararse en cualquiera de las siguientes excepciones o limitaciones vigentes al cargar y poner a disposición contenidos generados por usuarios en los servicios para compartir contenidos en línea: a) citas, críticas, reseñas; b) usos a efectos de caricatura, parodia o pastiche. 8. La aplicación del presente artículo no dará lugar a ninguna obligación general de supervisión. Los Estados miembros dispondrán que los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea proporcionen a los titulares de derechos que lo soliciten información adecuada sobre el funcionamiento de sus prácticas en relación con la cooperación a que se refiere el apartado 4, así como, cuando se celebren acuerdos de licencia entre prestadores de servicios y titulares de derechos, información sobre el uso de los contenidos contemplados por los acuerdos. 9. Los Estados miembros dispondrán que los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea establezcan un mecanismo de reclamación y recurso ágil y eficaz que esté a disposición de los usuarios de sus servicios en caso de litigio sobre la inhabilitación del acceso a obras u otras prestaciones cargadas por ellos o sobre su retirada. Cuando los titulares de derechos soliciten que se inhabilite el acceso a obras u otras prestaciones específicas suyas o que se retiren tales obras o prestaciones, deberán justificar debidamente los motivos de su solicitud. Las reclamaciones presentadas con arreglo al mecanismo establecido en el párrafo primero se tramitarán sin dilación indebida

Refiere al uso de contenidos protegidos por parte de prestadores: todos los sitios y aplicaciones que almacenen, optimicen y difundan contenidos con fines comerciales, en que los usuarios puedan subir o publicar obras audiovisuales o musicales, son responsables de lo que suban sus usuarios. En primer lugar, deberán obtener licencias de los creadores o autores para poder utilizar las obras protegidas por *copyright*, o en ausencia de dichas licencias (por no haber llegado a un acuerdo con el titular del derecho, por ejemplo), deberán esmerarse y hacer todo lo posible para evitar e impedir que se suban copias no autorizadas de trabajos que estén alcanzados por los derechos de autor y que no hayan sido autorizados por sus titulares⁸⁹.

Es decir, en los casos en que no existan acuerdos de licencia celebrados con los titulares de derechos, las plataformas deberán adoptar ciertas medidas si desean eludir responsabilidades. En particular, deberán (i) hacer todo lo posible para obtener una autorización, (ii) hacer todo lo posible para garantizar que no estén disponibles contenidos no autorizados respecto de los cuales los titulares de derechos hayan proporcionado la información necesaria y pertinente, y (iii) actuar con prontitud para eliminar el contenido no autorizado después de recibir una notificación y hacer lo posible para impedir que se cargue el contenido no autorizado en un futuro. Al menos, deberán demostrar que han realizado “los mayores esfuerzos” para alcanzar un pacto con el titular del derecho, impedir rápidamente el acceso a las obras denunciadas y encargarse de que no vuelvan a estar disponibles. Además, el artículo mencionado impone mecanismos de reclamos y reparación eficaces para las

Universidad de
San Andrés

y las decisiones de inhabilitar el acceso a los contenidos cargados o de retirarlos estarán sujetas a examen por parte de personas. Los Estados miembros garantizarán además que se disponga de mecanismos de solución extrajudicial de litigios. Dichos mecanismos permitirán una resolución imparcial de los litigios y no privarán al usuario de la protección jurídica que ofrece el Derecho nacional, sin perjuicio de los derechos de los usuarios de emplear otros recursos judiciales eficaces. En particular, los Estados miembros garantizarán que los usuarios tengan acceso a un tribunal o a otro órgano jurisdiccional competente a fin de invocar el uso de una excepción o limitación a los derechos de autor y derechos afines. La presente Directiva no afectará en modo alguno a las utilidades lícitas, tales como usos al amparo de excepciones y limitaciones establecidas en el Derecho de la Unión, y no conducirá a identificación alguna de usuarios concretos ni al tratamiento de sus datos personales, salvo si es conforme con la Directiva 95/46/CE, la Directiva 2002/58/CE y el Reglamento (UE) 2016/679. Los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea informarán a los usuarios, en sus condiciones generales, de que pueden utilizar las obras y otras prestaciones al amparo de las excepciones o limitaciones a los derechos de autor y derechos afines establecidas en el Derecho de la Unión. 10. A partir del 6 de junio de 2019, la Comisión, en cooperación con los Estados miembros, organizará diálogos entre las partes interesadas para discutir las mejores prácticas para la cooperación entre los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea y los titulares de derechos. En consulta con los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea, los titulares de derechos, las organizaciones de usuarios y otras partes interesadas, y teniendo en cuenta los resultados de los diálogos con las partes interesadas, la Comisión dictará orientaciones sobre la aplicación del presente artículo, en particular en lo relativo a la cooperación a que se refiere el apartado 4. Al discutir las mejores prácticas se tendrán especialmente en cuenta, entre otros aspectos, la necesidad de encontrar un justo equilibrio entre los derechos fundamentales y el uso de excepciones y limitaciones. A efectos de los diálogos entre las partes interesadas, las organizaciones de usuarios tendrán acceso a información adecuada de los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea sobre el funcionamiento de sus prácticas en lo que se refiere al apartado 4”.

⁸⁹ European Commission, “Frequently asked questions on Copyright Reform” (<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/faq/frequently-asked-questions-copyright-reform>) (Consultado el 10 de febrero de 2020)

eventuales quejas de los usuarios, y dispone que para la resolución de controversias, se implementará la revisión humana⁹⁰.

Esto significa que las plataformas digitales como You Tube, Facebook, Google, deberán realizar controles a priori de los contenidos que los usuarios intenten subir a las plataformas y a monitorear previo a su utilización dichas obras, con el fin de comprobar si se violan o no derechos de autor. Justamente, se lo denomina “filtro de subida” porque se estima que para cumplir con estos lineamientos las plataformas deberían incluir filtros automáticos de contenido o instrumentar otro tipo de mecanismos que eviten que se publique contenido protegido con *copyright*. Sin embargo, la normativa no especifica el medio para hacerlo ni la tecnología particular que deberá usarse. Esta normativa cuestiona los principios de *safe harbors* ya analizada, que establece que estos intermediarios solo deben reaccionar *a posteriori*, es decir, cuando se les comunica que están alojando un contenido no autorizado. Hasta la fecha de la Directiva 2019, las plataformas en línea no tenían responsabilidad jurídica por utilizar y cargar contenidos protegidos por derechos de autor en su sitio. Solo debían controlar cuando existía un aviso de infracción (*Notice and Take Down*), es decir, la tarea de control era *a posteriori*. La responsabilidad de las plataformas no era controlar o censurar contenidos, sino de actuar *ex post* si se detectaba que estos incumplían los derechos de autor o violaban los términos de uso. Ahora, con la Directiva 2019, se les exige un rol más proactivo para eximirse de dicha responsabilidad.

La aprobación de la Directiva 2019 generó un gran debate de opiniones. Refleja la postura de aquellos que buscan proteger a los creadores de obras intelectuales con mayores defensas, garantías y remuneraciones justas frente a los grandes *players* de Internet que se benefician con los usos y difusión de dichas obras, ya que se sostiene que estos últimos ganan millones de usuarios y euros gracias a sus obras, sin compartir como se debe dichos ingresos con los autores titulares de derechos de propiedad intelectual. También, a favor, se destaca que la Directiva 2019 da más poder a los titulares de derechos de autor, protegiendo el patrimonio cultural; que contiene un texto más equilibrado, que implica una ayuda en la protección a los autores y creadores de contenido porque contribuirá a que se repartan de manera más equitativa los ingresos por publicidad que hoy por hoy están centrados en las grandes plataformas, creando múltiples oportunidades para los sectores creativos de Europa, pero también para los usuarios. Comparto la opinión de que se trata de un gran paso hacia el equilibrio en la explotación comercial de los contenidos en la red porque permite que los creadores reciban una remuneración justa por la utilización de sus obras en las plataformas de

⁹⁰ Federico P. Vibes, “Derechos de Autor en el mercado único digital. Nueva Directiva Europea”. LA LEY 13/05/2019, 1. Cita online: AR/DOC/1442/2019, 3; Comisión Europea – Hoja Informativa, “Preguntas y respuestas: los negociadores de la UE logran un avance decisivo para modernizar las normas sobre derechos de autor”. Estrasburgo, 13 de febrero de 2019 (https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/MEMO_19_1151) (Consultado el 2 de diciembre de 2019)

Internet. Como consecuencia de la Directiva 2019, los usuarios estarán automáticamente cubiertos por las licencias concluidas entre los titulares de derechos de autor y las plataformas online. Así, tendrán la posibilidad de usar y compartir online ese contenido, como música y videos, cubiertos por esas licencias y sin riesgo de estar infringiendo derechos de autor de terceros⁹¹.

En la postura de enfrente encontramos a quienes sostienen que la Directiva 2019 marca el fin de una era y que pone en peligro – por limitar - la libertad de expresión en Internet, que será sustituida por el reinado de la censura, creando una *web* menos democrática. Se dice que la implementación de medidas antipiratería por parte de estos portales se traducirá en filtros previos que multiplicarán la censura y el poder de los grandes *players*, quienes en definitiva, decidirán que se sube o no a sus plataformas, además de suponer un costo que solo los grandes de Internet pueden asumir. Los filtros podrían en riesgo las libertades de expresión y de prensa, dado que los criterios para filtrar podrían ser subjetivos. En ese caso, existiría la posibilidad de que se filtren contenidos válidos y nunca lleguen a publicarse. Además cabrían demoras en el retraso en el acceso a la información por parte del público⁹².

Es importante mencionar además que el texto de la Directiva 2019 protege a los prestadores de servicios que compartan contenidos en línea cuyos servicios lleven menos de tres (3) años de actividad como intermediario de Internet e ingresen menos de diez (10) millones de euros anuales, ya que reduce el nivel de responsabilidad por la suba de contenido en sus plataformas que infrinja derechos de autor. En caso de que dichos *startups* no logran cerrar una licencia de uso por el contenido protegido por derecho de autor, ante la eventual denuncia de titulares de dicho contenido por uso no autorizado, solo deberán actuar de manera expeditiva para remover dicho contenido de sus páginas web. A su vez, establece excepciones para enciclopedias *online* sin ánimo de lucro, plataformas como Tinder o Dropbox, parodias, caricaturas, citas, reseñas o críticas, y también incluye mecanismos de reclamos para los usuarios de Internet. La Directiva 2019 destaca que las excepciones y limitaciones establecidas buscan un justo equilibrio entre los derechos e intereses de los autores y otros titulares de derechos, por una parte, y los usuarios, por otra. Únicamente pueden aplicarse en determinados casos especiales que no sean incompatibles con una explotación normal de las obras u otras

⁹¹ Koch, Tommaso y Sánchez, Álvaro. 2019, “La reforma europea de los derechos de autor abre una nueva era en Internet”. *El País*. 26 de marzo. Consultado: 24 de marzo de 2020. https://elpais.com/cultura/2019/03/26/actualidad/1553596416_484654.html; European Commission, “Frequently asked questions on Copyright Reform” (<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/faq/frequently-asked-questions-copyright-reform>) (Consultado el 10 de febrero de 2020).

⁹² Koch, Tommaso y Sánchez, Álvaro. 2019, “La reforma europea de los derechos de autor abre una nueva era en Internet”. *El País*. 26 de marzo. Consultado: 24 de marzo de 2020. https://elpais.com/cultura/2019/03/26/actualidad/1553596416_484654.html; Cubells, Eric Jordi. 2018. “Propuesta de directiva de copyright; ¿el fin de la “brecha de valor”?” *Cinco Días*. 4 de julio. Consultado el 15 de febrero de 2020. https://cincodias.elpais.com/cincodias/2018/07/04/legal/1530687190_336919.html.

prestaciones y no perjudiquen injustificadamente a los intereses legítimos de los titulares de derechos⁹³.

Por último, la Directiva 2019 contiene, además, otros artículos que suscitaron menos polémica que el 15 y el 17, pero que también están en línea con la protección de los derechos de propiedad intelectual: obligan a los portales a una mayor transparencia, a informar a los artistas al menos una vez al año de sus ingresos y el uso de su repertorio, y facilitan que abandonen dichos portales o plataformas en caso de que no estén satisfechos con la mismas. En este sentido, la Directiva 2019 establece cinco medidas diferentes para fortalecer la posición de los autores e intérpretes, a los fines de garantizar una remuneración justa por el uso de sus obras: (i) principio de remuneración adecuada y proporcionada para autores y artistas intérpretes; (ii) obligación de transparencia para ayudar a los autores y a los artistas intérpretes a acceder a más información acerca de la explotación de sus obras e interpretaciones, colocándolos en una mejor posición para comprender el valor económico de sus obras y obtener una compensación justa por la explotación de las mismas; (iii) mecanismo de ajuste contractual que permita a los creadores e intérpretes obtener una parte justa y equitativa cuando la remuneración inicialmente pactada sea baja y desproporcionada en comparación con el éxito online de su trabajo (“*better-seller clause*”); (iv) mecanismo de revocación de derechos a favor de sus titulares, cuando sus obras no están siendo explotadas; y (v) resolución de controversias para autores⁹⁴.

Con la sanción de la Directiva 2019, la Unión Europea da un paso hacia adelante en la lucha contra el uso no autorizado de obras protegidas por el derecho de autor en Internet, y se reafirma como principal policía de los principales *players* de Internet, otorgando certeza jurídica a los usuarios e incrementando la remuneración de los creadores de obras y aquellos que invierten en contenido creativo.

(iii) Jurisprudencia relevante en Europa

Cabe adelantar que, previo al dictado de la Directiva 2019, la tendencia en las sentencias de los tribunales europeos es negar la aplicación de responsabilidad o limitarse a sentar las bases o fundamentos sobre los que podría llegar a aplicarse la responsabilidad sobre los intermediarios. Sin

⁹³ Comisión Europea – Hoja Informativa, “Preguntas y respuestas: los negociadores de la UE logran un avance decisivo para modernizar las normas sobre derechos de autor”. Estrasburgo, 13 de febrero de 2019 (https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/MEMO_19_1151) (Consultado el 2 de diciembre de 2019); Koch, Tommaso y Sánchez, Álvaro. 2019, “La reforma europea de los derechos de autor abre una nueva era en Internet”. *El País*. 26 de marzo. Consultado: 24 de marzo de 2020. https://elpais.com/cultura/2019/03/26/actualidad/1553596416_484654.html

⁹⁴ Comisión Europea – Hoja Informativa, “Preguntas y respuestas: los negociadores de la UE logran un avance decisivo para modernizar las normas sobre derechos de autor”. Estrasburgo, 13 de febrero de 2019 (https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/MEMO_19_1151) (Consultado el 2 de diciembre de 2019)

embargo, existe también una clara tendencia a restringir el régimen de impunidad provocado por una aplicación estricta del régimen general de exención de responsabilidad de los intermediarios, principalmente a través de acciones de cesación en la prestación de los servicios de intermediación, que pueden resultar en posibles imputaciones de responsabilidad por falta de diligencia en la retirada de contenidos⁹⁵.

a) Gestevisión Telecinco S.A. y Telecinco Cinema S.A. c. YouTube LLC

En el campo de los derechos de autor, tiene particular incidencia la violación masiva de estos derechos por los usuarios de redes sociales y plataformas, especialmente aquellas en las que se lleva a cabo una constante puesta a disposición de contenidos (especialmente musicales y audiovisuales), como sucede con *YouTube*. En el año 2010, el Juzgado en lo Mercantil núm. 7 de Madrid, España, resolvió la demanda interpuesta por Gestevisión Telecinco S.A. y Telecinco Cinema S.A. (en adelante, ambas “Telecinco”) contra *YouTube LLC* por la difusión en la plataforma *YouTube* de los capítulos de conocidas series de televisión. Telecinco sostenía que *YouTube* no se limitaba a actuar como intermediario de la sociedad de la información, sino que intervenía directa o indirectamente en la generación y puesta a disposición de esos contenidos, actuando entonces como proveedor de contenidos que infringen mayoritariamente legítimos derechos de propiedad intelectual⁹⁶.

Sostienen, en concreto, que los términos de uso del sitio web *YouTube* imponen a los usuarios una cesión no exclusiva de los contenidos subidos a la plataforma, por lo que *YouTube* estaría actuando como licenciataria de esos contenidos para explotarlos según su criterio en su sitio en línea. Para los actores, esto significaría que *YouTube* no se limita a prestar servicios de intermediación, sino que explota los contenidos en su propio beneficio – ingresos por publicidad – realizando también tareas editoriales dado que lleva a cabo un proceso de selección y control de contenidos, descartando los que consideran incompatibles con su política editorial y destacando los más populares en una sección de videos destacados. En la sentencia, y más allá de que se sostuvo que no se presentaron pruebas suficientes para respaldar las alegaciones de Telecinco, el juez sostuvo que es materialmente imposible para *YouTube* llevar a cabo un control de la totalidad de los contenidos que se suben a su plataforma y descartó que lleve a cabo tareas editoriales de provisión de contenidos y de selección de los mismos. Para el juez interviniente, *YouTube* presta servicios de intermediación conocidos como *hosting web 2.0*, en los que los usuarios participan incorporando materiales para compartirlos con otros usuarios, por lo que puede valerse del régimen de exención de responsabilidad establecido por las directivas europeas (receptadas por la ley española), no siendo posible imponer a *YouTube* una obligación general de supervisión previa de los datos almacenados en su plataforma, ni tampoco

⁹⁵ Fernando Carbajo Cascón, Ob. cit., 244.

⁹⁶ Fernando Carbajo Cascón, ibid, 250.

realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias de actividades ilícitas. En este caso, se consideró que *YouTube* mantiene una posición automática, neutral y pasiva respecto a las informaciones de sus usuarios, y que el conocimiento efectivo de los contenidos ilícitos exige la colaboración activa del titular de derechos perjudicado, que debe utilizar el procedimiento de denuncia, detección y retirada implementado por el intermediario, por medio de una notificación individualizada y concreta de las infracciones que se hayan detectado, ya que es posible que muchos de los contenidos subidos por los usuarios no estén protegidos por derechos de propiedad intelectual o puedan ampararse en algún límite a los mismos, como la parodia. En definitiva, el fallo analizado descarta la responsabilidad previa de los intermediarios⁹⁷.

También en 2012, el tema de la responsabilidad de los intermediarios se analizó en Alemania, en el fallo *GEMA c. YouTube*, en relación a la suba de obras musicales a la plataforma. Resulta interesante mencionarlo, porque el tribunal exigió a *YouTube* un mayor rigor en su deber de vigilancia. En este sentido, el Tribunal Regional de Hamburgo considero probado que algunos videos musicales habían sido puestos a disposición en la plataforma de manera ilícita y condenó a *YouTube* recurriendo a la doctrina jurisprudencial de responsabilidad por obstaculización, a partir de la que, quien sin ser infractor o colaborador directo en una infracción contribuye conscientemente de una manera que es causalmente adecuada para vulnerar un derecho, podrá ser obligado a cesar en ese comportamiento. De esta forma, consideró corresponsable a *YouTube* de los actos ilícitos de los usuarios de su servicio que subieron videos musicales a su plataforma, obligándole a retirar esos contenidos y advirtiéndole expresamente que esos videos no podrían volver a ponerse a disposición del público en el sitio *YouTube*, sea por los mismos usuarios infractores o por cualquier otro usuario del sitio.

b) El caso “RapidShare”

Los sitios web de almacenamiento compartido (a modo de ejemplo, puede mencionarse a *Megaupload*), participan también de forma importante en la distribución o puesta a disposición en línea de contenidos ilícitos (en el mercado pirata de contenidos); sin embargo, su actividad se rige por parámetros de aparente neutralidad tecnológica de difícil cuestionamiento, con vistas al ejercicio de acciones de responsabilidad por daños y perjuicios y acciones de cesación en la prestación de sus servicios. A esto se suma el hecho de que estos mega sitios se alojan normalmente en servidores de países lejanos con una nula o escasa protección de los derechos de propiedad intelectual. Si bien en la práctica estos sitios se utilizan masivamente para subir copias no autorizadas de obras y

⁹⁷ Fernando Carbajo Cascón, *ibid*, 251.

prestaciones protegidas, no podría afirmarse que el titular del mega sitio colabore activamente en ese comportamiento⁹⁸.

En principio, este tipo de servicios de alojamiento de datos actuarían de forma automática, neutral y pasiva, lo que implica que el prestador del servicio no tiene a priori conocimiento ni control de la información transmitida o almacenada, por lo que podrá beneficiarse del régimen de exención de responsabilidad existente. Estos sitios ofrecen normalmente un servicio de reclamos, que resultan ser absolutamente ineficaces si se tiene en cuenta el uso masivo y universal que se hace de este tipo de páginas web para subir a Internet copias piratas de contenidos protegidos.

En casos judiciales contra el sitio *Rapid Share* (“*rapidshare.com*”) en Alemania, los Tribunales Superiores de Colonia y Hamburgo se mostraron proclives a resolver a favor de los titulares de derechos, recurriendo a la doctrina de responsabilidad por obstaculización. Dichos tribunales consideraron que los servicios como *Rapid Share*, que ofrecen simultáneamente la oportunidad de emplearse tanto para usos lícitos como ilícitos, podría resultar responsable por obstaculizar derechos exclusivos de terceros si no se establecen los procedimientos adecuados y eficaces para vigilar los comportamientos ilícitos de los usuarios de sus servicios. Estos tribunales dispusieron que la obligación de reaccionar diligentemente ante el conocimiento efectivo del alojamiento de contenidos ilícitos no puede agotarse en la mera eliminación de contenidos ilícitos previa denuncia de los afectados, sino que el prestador de servicios debe desarrollar procedimientos técnicos para vigilar que los infractores no reincidan en su comportamiento y para evitar que los contenidos retirados sean subidos nuevamente al sitio por otros usuarios. Es decir, impone a los intermediarios de este tipo una responsabilidad mayor; no se cumplirá con el deber de diligencia realizando una vigilancia meramente reactiva, sino que deberá desarrollar una vigilancia proactiva para prevenir usos ilícitos que devienen luego en infracciones masivas de derechos de propiedad intelectual. Y en caso de que no actúen de dicha forma, podrá entenderse que participan conscientemente en el curso causal de los ilícitos contra derechos exclusivos, contribuyendo activamente a las infracciones de derechos de autor, pudiendo resultar responsables indirectos de las infracciones de sus usuarios, ya sea por la vía de responsabilidad civil extracontractual o por la vía de la competencia desleal.

No obstante lo anterior, en el año 2010, el Tribunal de Apelaciones de Dusseldorf – contrariamente a lo determinado por la primera instancia - determinó que el sitio *Rapidshare* no es responsable de los contenidos que almacenen y suban a sus servidores los usuarios. Dicho fallo anula lo resuelto en primera instancia que obligaba a *Rapidshare* a filtrar los contenidos que circulaban por sus redes. Para fallar en ese sentido, el Tribunal de Apelaciones tuvo en cuenta los argumentos de

⁹⁸ Fernando Carbajo Cascón, *ibid*, 255.

Rapidshare relativos a que filtrar los contenidos manualmente era inviable, como tampoco era efectivo hacerlo mediante palabras clave, agregando que el servicio no funciona como un motor de búsqueda, siendo los propios usuarios los que deciden qué contenidos suben y en qué forma los publicitan. Destacó que los derechos de autor contemplan que un usuario pueda realizar una copia de un original para uso propio o para compartirla con sus allegados, y que la introducción de filtros automáticos impediría este derecho⁹⁹.

En el futuro, será fundamental observar de cerca y estudiar las sentencias que los tribunales dicten a partir de la aplicación de la Directiva 2019, y que espero, se adecúen a una protección real de los derechos de autor.

4. Situación de la República Argentina: falta de legislación

(i) Proyecto de ley: “Responsabilidad de los proveedores de servicios en Internet”

Hoy en día, en la República Argentina carecemos de una ley específica que regule las cuestiones relativas a la responsabilidad de los proveedores de servicios de Internet en relación con el contenido generado por terceros, sino que la responsabilidad de los mismos se ha tratado por nuestros tribunales conforme a los principios generales del derecho civil en materia de daños y responsabilidad (responsabilidad contractual o responsabilidad extracontractual) y se han resuelto los reclamos a través de la aplicación de un factor de atribución subjetivo o, en otros casos, objetivo.

Dado que la doctrina del *safe harbor* resultó no ser efectiva a los fines de la protección de los derechos de autor, sino que además dio lugar a abusos de los grandes *players* de Internet en relación al uso de obras protegidas por derechos de autor, considero que es importante que en nuestro país se sancione una normativa que regule estos aspectos, que refleje la reciente normativa europea, a los fines de que tanto intermediarios de Internet, como titulares de derechos de autor tengan reglas claras respecto a sus derechos y obligaciones. Sin embargo, es importante mencionar que una regulación de estas características estaría en contra con la jurisprudencia del país (ver página 47 “Fallo Belén Rodríguez”), en la que – aplicando un factor de atribución subjetivo - se sostuvo que la actividad de los buscadores de Internet se encuentra amparada por la libertad de expresión que no origina responsabilidad civil. En tal sentido, la Corte Suprema de la Nación entendió que los buscadores son meros intermediarios que se limitan a mostrar contenidos ajenos (exhibidos en otras páginas web) y su responsabilidad surge – en supuestos excepcionales – cuando no actúan diligentemente a partir del efectivo conocimiento de la ilicitud de dichos contenidos.

⁹⁹ “Rapidshare no es responsable de los archivos que suben sus usuarios”, *Diario Judicial: Opinión*, 7 de mayo de 2010. <https://www.diariojudicial.com/nota/61841/noticias/rapidshare-no-es-responsable-de-los-archivos-que-suben-sus-usuarios.html> (Consultado el 20 de abril de 2020)

Resulta oportuno mencionar que el 2 de noviembre de 2016 la Cámara de Senadores dio media sanción al Proyecto Argentino, conocido como “Proyecto Pinedo Fellner”, ya que unificó los proyectos presentados por la senadora Liliana Fellner, del Frente para la Victoria y el senador Federico Pinedo, del PRO. Si bien no fue tratado por la Cámara de Diputados y perdió estado parlamentario en febrero de 2019, resulta interesante analizar la corriente contenida en dicho proyecto a los fines de entender cuál hubiera sido la postura receptada en nuestro país respecto de la responsabilidad de estos intermediarios y cuál hubiera sido la tutela buscada por dicha norma. A ese fin, el artículo 1 del Proyecto Argentino resulta ilustrador, al disponer que su objeto es “(...) regular la responsabilidad de los Proveedores de Servicios de Internet, a efectos de garantizar la libertad de expresión y el derecho a la información, preservando los derechos al honor, a la intimidad y a la imagen de las personas y cualquier otro derecho que resulte afectado”¹⁰⁰.

El Proyecto Argentino define a los ISPs como cualquier persona física o jurídica que provea a terceros servicios, aplicaciones o recursos tecnológicos que permitan el uso de Internet y el acceso a contenidos, y los clasifica como proveedores de acceso, interconexión, transmisión y/o re direccionamiento de contenidos; proveedores de servicios de almacenamiento automático o temporario; proveedores de servicios de publicación y alojamiento; y proveedores de servicios de comercio electrónico y buscadores. Por contenido, define a toda la información digitalizada que se encuentre disponible en Internet. En lo que respecta a esta tesis, el Proyecto Argentino dispone en general que los ISPs no serán responsables respecto de los contenidos generados por terceros, excepto cuando hayan sido debidamente notificados de una orden judicial de remoción o bloqueo, y no la obedezcan en el plazo correspondiente. En ese sentido, refuerza esta limitación de responsabilidad, estableciendo que los ISPs no tienen una obligación general de controlar o monitorear el contenido generado por terceros en sus plataformas en busca de posibles infracciones actuales ni para prevenir futuras infracciones. A los fines de obtener la orden judicial mencionada, el Proyecto Argentino dispone que cualquier persona podrá iniciar una acción judicial ante el juez federal de su domicilio para pedirle que se retire, se bloquee, suspenda y/o inhabilite el acceso a contenidos específicos a los que un ISP permita el acceso, en la medida que se lesionen derechos legalmente reconocidos.

Si bien, por otro lado, el Proyecto Argentino aclara que ninguno de sus artículos deberá entenderse como un limitante a la capacidad de los ISPs de implementar sistemas de auto regulación para establecer mecanismos alternativos para la notificación requerida, se aclara que, en ningún caso, se considerará que los sistemas de autoregulación implican el efectivo conocimiento judicial previsto.

¹⁰⁰ Artículo 1° del Proyecto Argentino con media sanción por la Cámara de Senadores en 2016.

En particular, el artículo 4 del Proyecto Argentino suscitó un gran debate por entender que el requisito de que el conocimiento de los ISPs debiera ser por orden judicial, impediría el efectivo cumplimiento de las normas de propiedad intelectual vigentes en la República Argentina y vulneraría derechos fundamentales de los autores y titulares reconocidos en la Constitución Nacional, así como en los diversos tratados celebrados por la República Argentina en la materia¹⁰¹.

Nótese, además, que el requisito de la orden judicial de remoción o bloqueo, va incluso más allá que la normativa extranjera analizada en este capítulo que requieren del conocimiento efectivo (siendo suficiente, por ejemplo, los mecanismos de *Notice and Take Down*, sin requerir de la intervención judicial). La mayoría de los países del mundo obligan a que se incluya un mecanismo de notificación para la inmediata baja de contenidos en infracción a las leyes de propiedad intelectual o establecen un mecanismo administrativo rápido, efectivo y económico.

El mecanismo previsto por el Proyecto Argentino, conociendo los tiempos de nuestra justicia, parece poco efectivo a los fines de la tutela de los derechos de autor. En contra del Proyecto Argentino, se sostiene que el mismo atenta contra los derechos de autor y que es contrario a las nuevas legislaciones que protegen a las industrias creativas en el ámbito digital¹⁰².

Se sostuvo que si bien la libertad de expresión es un derecho fundamental del ser humano, no debe desconocerse el derecho constitucional de los autores y titulares de derechos a proteger sus obras, trabajos y creaciones frente a los abusos que surgen a partir del uso de las nuevas tecnologías dentro del ámbito de Internet y de la cual se aprovechan los grandes distribuidores de contenido en Internet. Bajo el pretexto de garantizar la libertad de expresión y el derecho a la información, el Proyecto Argentino en realidad genera una protección exacerbada e innecesaria de las grandes empresas con enorme poder de decisión y recursos del sector económico-informático, menoscabando y vulnerando derechos constitucionales de los autores y titulares de derechos. Cada vez que un escritor, un fotógrafo, un ilustrador, un pintor, un editor, compositor musical, o cualquier artista o productor de contenidos culturales encuentre una reproducción ilegal de sus obras de Internet, deberá iniciar una acción legal al solo efecto de que el proveedor de servicios de internet tome efectivo conocimiento de la infracción o el delito. La solicitud de la baja de sus contenidos se tornará muy costosa, dificultosa e ineficiente para un autor o titular de derechos si para ello debe obligatoriamente acudir a la justicia. Esta necesidad de interponer una acción judicial impide garantizar una eficaz protección de los titulares del derecho, ya que encarecerá el sistema e imposibilitará eliminar los

¹⁰¹ Proyecto de Ley sobre Regulación de los Proveedores de Servicios de Internet (ISPs) Ley Pinedo - Fellner, <http://www.el-libro.org.ar/wp-content/uploads/2017/11/argumentos-de-oposicion-a-la-ley-pinedo.pdf> (Consultado el 3 de febrero de 2020)

¹⁰² Brenda Fagan y Patricio Albornoz, Ob. cit.

contenidos ilegales con la misma velocidad con la que se agregan. Resulta útil mencionar que el requisito de la orden judicial no es consistente con leyes del derecho comparado y puede implicar desprotección de los titulares de derechos de autor contra la piratería *online*, ya que en Internet los contenidos infractores aparecen y se distribuyen en Internet a una velocidad muy rápida¹⁰³.

Entre las voces a favor, se sostiene que esta ley sería un avance en la regulación de Internet, que otorgará certeza jurídica a la actividad de los intermediarios tecnológicos, garantizando la libertad de expresión y permitiendo fomentar la innovación y la generación de industrias locales de servicios, contenidos y aplicaciones en Internet. Estas voces sostienen que existen razones tecnológicas que impiden ejercer un control permanente de los contenidos de terceros que transmiten o alojan a los ISPs y que esto es imposible de controlar dada la cantidad de información que se encuentra en un servidor. Así, obligar a los intermediarios a eliminar discrecionalmente contenidos que crean ilícitos, “implicaría en cierta medida legalizar la privatización de la censura”¹⁰⁴.

Resulta interesante mencionar que hay quienes sostienen que aplicar un procedimiento del estilo del *Notice and Take Down* en la República Argentina estaría dejando de lado el principio de legalidad, que impone la necesidad de recurrir a un procedimiento judicial. Resaltan que en Europa, muchas legislaciones internas de sus estados miembro han dispuesto procedimientos similares al mencionado, pero llevados a cabo con intervención de la justicia. En mi opinión, esto no parece acertado en miras a la protección de los derechos de autor teniendo en cuenta la realidad y tiempos de los tribunales argentinos, comparativamente con los tiempos de Internet¹⁰⁵.

Si bien corresponde, y resulta razonable que debamos adaptarnos al desarrollo y evolución de las nuevas tecnologías, ello no puede ir en contra de derechos amparados por normas preexistentes, como lo es la LPI y la Constitución Nacional. Los derechos tutelados por esas normas no deberían dejarse de lado ni desprotegerse al momento de dictar una ley específica en esta materia¹⁰⁶.

¹⁰³ Proyecto de Ley sobre Regulación de los Proveedores de Servicios de Internet (ISPs) Ley Pinedo - Fellner, <http://www.el-libro.org.ar/wp-content/uploads/2017/11/argumentos-de-oposicion-a-la-ley-pinedo.pdf> (Consultado el 3 de febrero de 2020)

¹⁰⁴ Davidovsky, Sebastián. 2017. “Como es el proyecto de ley que busca regular la responsabilidad de los intermediarios en Internet”. *La Nación*, 24 de noviembre. Consultado: 15 de marzo de 2020. <https://www.lanacion.com.ar/tecnologia/como-es-el-proyecto-de-la-ley-que-busca-regular-la-responsabilidad-de-los-intermediarios-en-internet-nid2084998>; Martínez, Norma Adriana et. al, “Alcances de la Responsabilidad Civil de los Proveedores de Servicios de Internet (ISP) y de los Proveedores de Servicios Online (OSP) a nivel internacional, regional y nacional. Las disposiciones de Puerto Seguro, Notificación y Deshabilitación”, *Pensar en Derecho N°6* (2015) (<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/6/alcances-de-la-responsabilidad-civil-de-los-proveedores-de-servicios-de-internet.pdf>) (Consultado el 15 de marzo de 2020)

¹⁰⁵ Pablo A. Palazzi, trans., Ob. cit., 482.

¹⁰⁶ Laura Plavnick, “El Proyecto de Ley para regular las responsabilidades de los proveedores de servicios de internet”. (<https://www.abogados.com.ar/el-proyecto-de-ley-para-regular-las-responsabilidades-de-los-proveedores-de-servicios-de-internet/21182>) (Consultado el 24 de febrero de 2020)

Puede decirse entonces que la legislación argentina, que no ha introducido modificaciones para adoptarla al entorno “en línea” (ni para consolidar los derechos de los autores ante las agresiones que sufren en este nuevo ambiente, ni para crear excepciones que legitimen usos honestos en él), carece de toda adaptación a las necesidades de una comunidad que mayoritariamente produce y consume bienes protegidos por el derecho de autor y progresivamente aumenta su dependencia de los recursos que pueden obtenerse del uso de Internet¹⁰⁷.

(ii) Jurisprudencia relevante en la República Argentina

Ante la falta de legislación específica en la República Argentina relacionada con la responsabilidad de los intermediarios de Internet, resulta interesante comentar ciertos fallos de los tribunales argentinos que – si bien no tratan directamente las infracciones a los derechos de autor en el marco de Internet, sino de otro tipo de derechos – han resuelto sobre la responsabilidad de los intermediarios. Se adelanta que dichos fallos coinciden con el espíritu y lineamientos del Proyecto Argentino.

a) “Rodríguez, María Belén c/Google Inc. s/ daños y perjuicios” (2014)¹⁰⁸

En el año 2014, la Corte Suprema de Justicia de la Nación de nuestro país (en adelante, “CSJN”) dictó una sentencia muy relevante en materia de responsabilidad de los intermediarios en Internet. Si bien el fallo no se trató directamente de las infracciones a los derechos de autor, sino a los derechos personalísimos, corresponde comentar dicho fallo a los fines de la presente tesis en virtud de que en la actualidad (y como he analizado anteriormente) la República Argentina no cuenta con ley aplicable en la materia de responsabilidad de intermediarios. Por esto, la doctrina del fallo judicial bajo análisis resulta importante ya que las decisiones de los tribunales inferiores en casos similares deberían conformar sus decisiones a las sentencias de dicha corte, no solo por su carácter de intérprete supremo, sino por razones de celeridad y economía procesal que hacen conveniente evitar todo dispendio de actividad jurisdiccional¹⁰⁹.

Esta sentencia se dictó en autos “Rodríguez María Belén c/ Google Inc. s/ daños y perjuicios”, en los que la actora sostuvo que *Google Inc.* había procedido al uso comercial y no autorizado de su imagen, y que, además, se habían avasallado sus derechos personalísimos al habérsela vinculado a determinadas páginas de Internet de contenido erótico y/o pornográfico. La demanda fue luego

¹⁰⁷ Pablo A. Palazzi, trans., Ob. cit., 369.

¹⁰⁸ R. 522. XLIX. Rodríguez, María Belén c/ Google Inc. s/ daños y perjuicios (Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina)

¹⁰⁹ Lorena A. Vega y Gustavo J. Vega “Obligatoriedad de los precedentes en el sistema argentino” 1º de junio de 2015. www.infojus.gov.ar Id SAIJ: DACF150649 <http://www.saij.gov.ar/lorena-vega-obligatoriedad-precedentes-sistema-argentino-dacf150649-2015-06-01/123456789-0abc-defg9460-51fcanirtcod> (Consultado el 10 de abril de 2020)

ampliada contra *Yahoo* de Argentina SRL. Por ello, solicitó el cese de dicho uso y la eliminación de las vinculaciones a esos sitios web.

La sentencia de primera instancia hizo lugar al pedido de la actora y consideró que las demandadas había incurrido en negligencia culpable al no proceder a bloquear o impedir de modo absoluto la existencia de contenidos nocivos o ilegales perjudiciales a los derechos personalísimos de la actora, a partir de serles comunicada la aludida circunstancia. Condenó a Google a pagar \$100.000 y a Yahoo \$20.000, disponiendo la eliminación definitiva de las vinculaciones del nombre, imagen y fotografías de la actora con sitios y actividades de contenido sexual, erótico y/o pornográfico. Todas las partes apelaron el fallo, y la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil lo revocó parcialmente y encuadró la eventual responsabilidad de los motores de búsqueda en el ámbito de la responsabilidad subjetiva y descartó que pudiera aplicarse el artículo 1113 del Código Civil en lo que alude al riesgo de la actividad (es decir, responsabilidad objetiva). En esa línea, sostuvo que la responsabilidad civil de los motores de búsqueda encuentra su fundamento en la culpa, y que surge cuando, ante un reclamo específico de la víctima, la empresa omite adoptar las medidas conducentes para su efectiva solución, ya que, debido al modo en que funcionan los buscadores, resulta imposible hacerlo en forma previa, de modo general e indeterminado. Contra dicho fallo la parte actora y *Google Inc.* interpusieron recursos extraordinarios.

La CSJN desestimó el recurso extraordinario deducido por María Belén Rodríguez e hizo lugar al recurso de *Google Inc.*, revocando parcialmente la sentencia de la instancia anterior y rechazando la demanda de la actora en todas sus partes. Para así resolver, sostuvo que no corresponde juzgar la eventual responsabilidad de los motores de búsqueda de acuerdo a las normas que establecen una responsabilidad objetiva, desinteresada de la idea de culpa, sino que corresponde juzgarla en el ámbito de la responsabilidad subjetiva. Los motores de búsqueda, que ocupan un rol muy importante en el funcionamiento de Internet, sin los que resultaría casi imposible acceder a la información disponible en la red, no tienen una obligación general de monitorear los contenidos que se suben a la red y que son provistos por cada una de las páginas web; esos buscadores son, en principio, irresponsables por esos contenidos que no han creado. A la inexistencia de una obligación general de vigilar le sigue como lógica consecuencia la inexistencia de responsabilidad.

También estableció en el fallo que hay casos en los que los buscadores si podrán tener responsabilidad: el buscador podrá llegar a responder por un contenido que le es ajeno solo cuando haya tomado efectivo conocimiento de la ilicitud de ese contenido y a ese conocimiento no le siga un actuar diligente de dicho intermediario. Así, cuando exista un daño manifiesto, grosero y palmario, la notificación del particular será suficiente para entender que existe efectivo conocimiento por parte del buscador, y el buscador podrá eliminar el enlace. En los demás casos se necesitará de la

notificación judicial o administrativa competente, no bastando la simple comunicación del particular que se considere perjudicado ni de cualquier persona interesada.

En el fallo, la CSJN determinó que los derechos en conflicto en dicho caso eran, por un lado, la libertad de expresión e información y, por el otro, el derecho a la intimidad, al honor y a la imagen. Respecto de la libertad de expresión, entendió que comprende el derecho a transmitir ideas, hechos y opiniones difundidas a través de Internet; y que la búsqueda, recepción, y difusión de información e ideas de toda índole, a través del servicio de Internet se considera comprendido dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión. Reafirmó la importancia de la libertad de expresión en el régimen democrático al afirmar que entre las libertades que la Constitución consagra, la de prensa es una de las que poseen mayor entidad, constituyendo la libertad de expresión una piedra angular en la existencia de la sociedad democrática. Toda restricción, sanción o limitación a la libertad de expresión debe ser de interpretación restrictiva y toda censura previa que sobre ella se ejerza tendrá una fuerte presunción de inconstitucionalidad.

b) “*Giambutas, Carolina Valeria c/ Google Inc. s/ daños y perjuicios*” (2017)¹¹⁰

En este fallo, la CSJN - en su nueva composición - ratificó la doctrina del fallo analizado en los párrafos anteriores. En ese sentido, sostuvo que la actividad de *Google Inc.* importa el ejercicio pleno y regular de la libertad de expresión constitucionalmente protegido, y que conforme a las características propias de Internet es razonable admitir que los motores de búsqueda (que no tienen control sobre el contenido proveniente de un tercero, y que no pueden evitar la consumación de un perjuicio derivado de la difusión de ese contenido) solo responden civilmente por el contenido que les es ajeno cuando toman efectivo conocimiento de la ilicitud de ese contenido y ese conocimiento no es seguido de un actuar diligente. Son la indiferencia y la pasividad de los buscadores lo que convierten al buscador en responsable de los daños derivados de su actividad, pues con su deliberada conducta omisiva estarían contribuyendo al mantenimiento del evento dañoso que, en un primer momento, desconoce y le es ajeno¹¹¹.

Solo habrá responsabilidad cuando los motores de búsqueda tomen efectivo conocimiento de que las vinculaciones a contenidos de terceros lesionan derechos personalísimos de un sujeto, y no adopten medidas que, dentro de las posibilidades que ofrece el sistema, eliminen o bloqueen los enlaces pertinentes.

Además, en relación a la pretensión de la actora respecto de que sus imágenes fueron captadas, reproducidas por el buscador y puestas en el comercio sin su consentimiento, la CSJN concluyó que

¹¹⁰ CIV 40500/2009/CS1 y otro. *Giambutas, Carolina Valeria c/ Google Inc. s/ daños y perjuicios* (Corte Suprema de Justicia de la Nación)

¹¹¹ Considerando 3º) del fallo comentado.

los buscadores de imágenes como *Google* no captan, reproducen ni ponen en el comercio imágenes en el sentido empleado por los artículos 31 de la LPI¹¹² y 53¹¹³ del Código Civil y Comercial de la Nación, sino que simplemente facilitan al público usuario de internet el acceso a dichas imágenes. En este tipo de situaciones, debe tenerse en cuenta que el servicio que presta un buscador como *Google* es limitado y específico, constituyendo simplemente una herramienta de búsqueda. Así, el Dr. Rosenkrantz sostuvo en su ampliación de fundamentos que ninguna responsabilidad le puede caber a la demandada por la mera circunstancia de haber hecho accesible al público usuario de Internet, a través del funcionamiento de su buscador, las imágenes de la actora que fueran alojadas por terceros en sus páginas de Internet.

c) “Escobar Sabio Tomas y Ot. s/ Infracción de la Ley 11.723” (Expte. 46940/2011/CA2)

Cuevana es una plataforma digital, a la que se accede a través de Internet, muy conocida en la República Argentina. La misma, que utiliza un sistema de *streaming*¹¹⁴, permite – de manera gratuita – la descarga y reproducción de películas y series por parte de los usuarios de la plataforma, la mayoría de ellas producidas o distribuidas por grandes estudios norteamericanos (sin que estas autoricen dicha descarga y reproducción). Dicho sitio fue creado por el argentino Tomas Escobar Sabio, quien fue denunciado penalmente por infracción a la LPI.

En abril del año 2018, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional (Sala V) lo condenó, acusándolo de ser el diseñador y administrador de Cuevana, por violación a los derechos intelectuales de los autores de las películas que se reproducían mediante dicha plataforma. El delito fue encuadrado en el artículo 72 de la LPI, por considerarse que – con fines comerciales – Cuevana permitía la reproducción de contenido audiovisual (películas) – sin autorización de sus autores o titulares de derechos, defraudando de esa manera derechos de autor.

¹¹² Artículo 31 de la LPI “El retrato fotográfico de una persona no puede ser puesto en el comercio sin el consentimiento expreso de la persona misma y muerta ésta, de su cónyuge e hijos o descendientes directos de éstos, o en su defecto, del padre o de la madre. Faltando el cónyuge, los hijos, el padre o la madre, o los descendientes directos de los hijos, la publicación es libre. La persona que haya dado su consentimiento puede revocarlo resarcido daños y perjuicios. Es libre la publicación del retrato cuando se relacione con fines científicos, didácticos y en general culturales, o con hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieran desarrollado en público”.

¹¹³ Artículo 53 del Código Civil y Comercial de la Nación. “Derecho a la imagen. Para captar o reproducir la imagen o la voz de una persona, de cualquier modo que se haga, es necesario su consentimiento, excepto en los siguientes casos: a) que la persona participe en actos públicos; b) que exista un interés científico, cultural o educacional prioritario, y se tomen las precauciones suficientes para evitar un daño innecesario; c) que se trate del ejercicio regular del derecho de informar sobre acontecimientos de interés general. En caso de personas fallecidas pueden prestar el consentimiento sus herederos o el designado por el causante en una disposición de última voluntad. Si hay desacuerdo entre herederos de un mismo grado, resuelve el juez. Pasados veinte años desde la muerte, la reproducción no ofensiva es libre”.

¹¹⁴ Tecnología que nos permite ver un archivo de audio o video directamente desde internet en una página o aplicación móvil sin descargarlo completamente a nuestro dispositivo para reproducirlo. Lo visualizamos a medida que va descargando al PC, Tablet o Smartphone.

En el fallo, la Cámara no asimiló a Cuevana a otros intermediarios como lo son los buscadores de Internet, sino que destacó que el mismo no servía como un sistema de búsqueda de información, sino que era un sistema para lucrar con la reproducción de contenido de terceros.

Es importante mencionar también, que en noviembre de 2018, el mismo tribunal ordenó bloquear el sitio Cuevana2 provisoriamente, revocando el fallo de primera instancia que se había opuesto a la medida cautelar solicitada por Fox, Disney, Paramount, Columbia y otros estudios querellantes en la causa contra Tomas Escobio Sabio. Dichas compañías cinematográficas habían solicitado que se ordenase el bloqueo de todos los sitios web relacionados con el nombre de Cuavana, por utilizarse los mismos como plataforma de acceso a contenido audiovisual de dichas compañías. Para decidir en dicho sentido, los jueces interpretaron de forma análoga el artículo 79 de la LPI que faculta a los jueces a decretar preventivamente la suspensión de espectáculos teatrales, cinematográficos, filarmónico u otro análogo, para proteger eficazmente los derechos amparados por la norma. Así entendieron que el bloqueo de los sitios de internet Cuevana, solicitados por la querrela, resultaba razonable, idóneo y proporcional. De no contar con la autorización de sus titulares, el accionar de este tipo de sitios de Internet que permite el acceso a obras artísticas como lo son las películas y series, está violando derechos morales y patrimoniales protegidos por leyes y tratados internacionales¹¹⁵.

d) “Paquez José c/ Google Inc. s/ Medidas Precautorias” (2019)¹¹⁶

Este reciente fallo judicial dictado por la CSJN el 3 de diciembre de 2019 tampoco trata directamente la responsabilidad de los intermediarios ante las infracciones de los derechos de autor en Internet, sino que vuelve a tratarse la cuestión relativa al enfrentamiento entre la libertad de expresión y el derecho al honor y a la reputación a partir de sitios web que aparecen en Internet. Cabe mencionar este fallo en el presente trabajo, porque se ratifica la postura que nuestra CSJN tiene en la materia a partir de 2014, en un caso que - en los hechos - difiere del leading case “María Belén Rodríguez”. Así, la CSJN profundiza su doctrina en materia de responsabilidad de los buscadores y preeminencia de la libertad de expresión.

En este caso, el actor demandó judicialmente a *Google Inc.*, solicitando una medida cautelar para bloquear sitios web que contenían artículos periodísticos referidos a su actuación como Secretario General de una universidad nacional de la provincia de Buenos Aires, ya que sostenía que podía producirse un daño a su reputación y afectar su honor.

¹¹⁵ “La Justicia ordenó el cierre de la nueva Cuevana”. *Infobae: Opinión*. 14 de noviembre de 2018. <https://www.iprofesional.com/legales/281452-denuncia-ley-medida-cautelar-La-Justicia-ordeno-el-cierre-de-la-nueva-Cuevana> (Consultado el 10 de abril de 2020).

¹¹⁶ CIV 23410/2014/3/RH2 Paquez, José c/ Google Inc. s/medidas precautorias (Corte Suprema de Justicia de la Nación)

Confirmando la sentencia de primera instancia, la Cámara de Apelaciones hizo lugar a la medida cautelar solicitada, ordenando a *Google Inc.* eliminar provisoriamente determinadas sugerencias de búsqueda, cesar en la difusión de ciertas direcciones virtuales en ocasión de la búsqueda del nombre del actor y eliminar contenidos almacenados por el buscador.

La CSJN rechazó la sentencia de la Cámara por arbitraria. En su dictamen, el Procurador General de la Nación, destacó que la Cámara de Apelaciones únicamente realizó una ponderación respecto a si la información difundida tenía o no potencialidad de dañar la reputación del actor, pero no analizó la legitimidad o ilegitimidad de dicha información, resultando eso insuficiente. Sostuvo que no puede impedirse la libre circulación de información si es el resultado del ejercicio legítimo de la libertad de expresión, aun cuando ello pueda molestar u ofender al protagonista de la información que se publica o difunde. Recordó además, que en criterio de la CSJN y en consonancia con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el bloqueo del acceso a contenidos digitales por parte de quienes ofrecen servicios de búsqueda como *Google* deben realizarse solo luego de analizar si el contenido difundido es ilícito o no. Consideró que el bloqueo obligatorio de dirección IP, constituye una medida extrema, que no puede aplicarse frente a un contenido que reviste interés público (los artículos difundidos exponían una cuestión de interés público en cuanto exponen acusaciones al actor en su rol de funcionario público, criticando su desempeño en el cargo)¹¹⁷.

En la misma línea, para rechazar la sentencia de Cámara, la CSJN recordó en general que la libertad de expresión tiene un rol preeminente en el marco de las libertades constitucionales argentinas, y que comprende el derecho de transmitir ideas, hechos y opiniones difundidos a través de Internet¹¹⁸.

Volvió a destacar – como en los precedentes analizados – que los motores de búsqueda como *Google*, ocupan un importante rol en el funcionamiento de Internet, ya que su actividad juega un papel decisivo en la difusión global de información facilitando el acceso a todo internauta que lleva a cabo una búsqueda. También destacó que toda censura previa (incluidas las medidas preventivas de bloqueo) tiene una fuerte presunción de inconstitucionalidad que solo puede ceder frente a casos absolutamente excepcionales¹¹⁹.

En lo particular, sostuvo que la orden de eliminar provisoriamente determinadas sugerencias de búsqueda, cesar en la difusión de direcciones vinculadas al nombre del actor y eliminar contenidos

¹¹⁷ Relatoría Especial para la libertad de expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre Libertad de Expresión e Internet, OEA/Ser.L/V/II.CIDH/RELE/INF. 11/13, 31 de diciembre de 2013, párrafo 90. “(...) las medidas de bloqueo de contenidos no se pueden utilizar para controlar o limitar la difusión de discursos especialmente protegidos o que tienen presunción de protección cuando dicha presunción no ha sido desvirtuada por una autoridad competente”.

¹¹⁸ Eduardo Molina Quiroga, Ob. cit., 1.

¹¹⁹ Hugo A. Vaninetti, “Libertad de expresión e información, buscadores y el riesgo de la pseudocensura en Internet”. LA LEY 25/03/2020, 25/03/2020, 7. Cita online: AR/DOC/296/2020

almacenados por el buscador, implica un acto de censura que interrumpe el proceso comunicacional. Esto, porque al prohibir por medio de una medida cautelar el acceso a dicha información se impide (o se dificulta) la concreción del acto de comunicación. Para la CSJN, la decisión de la instancia anterior resultó una medida extrema que implica una grave restricción a la circulación de información de interés público, con una fuerte presunción de inconstitucionalidad. Más aun, dado que la información y las opiniones contenidas en el sitio que se intentó bloquear, sin dudas revestían interés público; no se configuran los supuestos excepcionales de contenidos palmariamente ilícitos vinculados a discursos que no están amparados por el derecho a la libertad de expresión. Por último, destacó que la sentencia de la Cámara fue arbitraria al considerar que en la causa se encontraba en juego la proliferación masiva de información que excedía la actividad del actor como funcionario, considerándolo suficiente para tener por acreditada la verosimilitud del derecho, sin siquiera analizar mínimamente el contenido de dichas publicaciones. Dicho tribunal debió haber evaluado si se estaba en presencia de una circunstancia excepcional que justificara el otorgamiento de medidas preventivas de bloqueo del acceso a contenidos de Internet.

Por medio de este fallo, la CSJN vuelve a mantener la preeminencia del derecho a la libertad de expresión y acceso a la información como un derecho humano de primer nivel y marca los límites del otro derecho humano, como el derecho al honor o a la reputación, especialmente cuando quien lo invoca es un funcionario público y los hechos o noticias que se debaten son de interés público¹²⁰.

E. Value Gap

Como contexto de la sanción de la Directiva 2019, resulta interesante mencionar el concepto de *Value Gap* (brecha de valor), que se vincula con los problemas que emergen en relación con la distribución de valor en el entorno digital. El *Value Gap* trata sobre la problemática que acarrea la distorsión del mercado generada por los intermediarios digitales que no remuneran debidamente a los creadores de obras protegidas por el derecho de propiedad intelectual por el uso de dichas obras. Ciertos servicios online que permiten la suba de contenido protegido por los derechos de propiedad intelectual, han alcanzado un rol protagónico en la distribución de dicho contenido protegido. Al mismo tiempo, los creadores o autores de dicho contenido no siempre tienen la posibilidad de decidir al respecto o de ser remunerados correctamente por el uso de ese contenido por dichos servicios. La información tiene características especiales dado que producirla cuesta mucho y difundirla cuesta muy poco¹²¹.

¹²⁰ Eduardo Molina Quiroga, Ob. cit., 6.

¹²¹ Comisión Europea – Hoja Informativa, “Preguntas y respuestas: los negociadores de la UE logran un avance decisivo para modernizar las normas sobre derechos de autor”. Estrasburgo, 13 de febrero de 2019 (https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/MEMO_19_1151) (Consultado el 2 de diciembre de 2019)

Esta diferencia de valor entre la remuneración de los creadores de contenido y la remuneración de las plataformas online es lo que se denomina como “*Value Gap*”. Estas distorsiones se generan en las legislaciones de *Safe Harbor*, que fueron diseñadas en los comienzos de Internet para ayudar a las plataformas a protegerse contra el comportamiento ilegal del usuario. Las plataformas aprovecharon las legislaciones de *Safe Harbor* para protegerse de negociar licencias justas con los titulares de derechos. Las normas de *Safe Harbor* distorsionaron el mercado digital, favorecieron a los gigantes tecnológicos y recortaron significativamente los ingresos de los titulares de derechos de autor¹²².

Justamente, la reforma más ambiciosa en la Directiva 2019 es sin dudas la revisión de la no aplicación de la excepción de *Safe Harbor* a ciertos operadores e intentar acercar esta brecha de valor. Uno de sus objetivos es reforzar la posición negociadora de los autores, artistas intérpretes o ejecutantes, lograr que sea más fácil para estos titulares de derechos de autor negociar las condiciones de explotación *online* de sus trabajos y ser remunerados adecuadamente por el uso *online* que las plataformas e intermediarios de Internet hacen de dichos trabajos de su autoría¹²³.

En esta línea, de acuerdo a lo dispuesto por la Directiva 2019, las plataformas llevan a cabo actos protegidos por el derecho de autor, es decir, actos de comunicación al público o de puesta a disposición del público, para los que deben contar con una autorización del titular del derecho, por ejemplo, a través de la celebración de un acuerdo de licencia. Entonces, a partir de la Directiva 2019, la excepción del *Safe Harbor* ya no se aplicará a aquellos intermediarios que pongan a disposición de forma masiva obras tuteladas por el derecho de autor, por lo que serán responsables de los contenidos que los usuarios suban a sus plataformas y de su control previo. Además, en los casos en que no existan acuerdos de licencia celebrados con los titulares de derechos, las plataformas deberán adoptar algunas medidas si desean eludir responsabilidades. En particular, deberán: (i) hacer los mayores esfuerzos para obtener una autorización; (ii) garantizar la no disponibilidad de obras respecto de las que los titulares de derechos les hayan proporcionado la información necesaria y pertinente; y (iii) actuar de modo expeditivo para eliminar el contenido no autorizado después de recibir una notificación y hacer los mayores esfuerzos para evitar que se carguen en un futuro. Mediante estos mecanismos, la Directiva 2019 busca poner fin al *Value Gap* originado en las legislaciones de *Safe Harbor*.

¹²² Liebowitz, Stan J., “Economic Analysis of Safe Harbor Provisions” (March 19, 2018). CISAC, February 27, 2018. <https://ssrn.com/abstract=3143811> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3143811> (Consultado el 24 de mayo de 2020); Federico P. Vibes, “Derechos de Autor en el mercado único digital. Nueva Directiva Europea”. LA LEY 13/05/2019, 1. Cita online: AR/DOC/1442/2019, 2-3.

¹²³ Cubells, Eric Jordi. 2018. “Propuesta de directiva de copyright; ¿el fin de la “brecha de valor”?” *Cinco Días*. 4 de julio. Consultado el 15 de febrero de 2020. https://cincodias.elpais.com/cincodias/2018/07/04/legal/1530687190_336919.html; Federico P. Vibes, “Derechos de Autor en el mercado único digital. Nueva Directiva Europea”. LA LEY 13/05/2019, 1. Cita online: AR/DOC/1442/2019).

IV. Conclusión y propuesta

La llegada de Internet y la popularización de su uso han significado para las personas un nuevo canal que permite el acceso rápido y directo a la información y un nuevo medio para realizar intercambios económicos a nivel global. Estos avances han repercutido de manera significativa en la propiedad intelectual. Por un lado, supone una amenaza, ya que se torna mucho más simple vulnerar el contenido amparado por el derecho de propiedad intelectual y dificulta la labor de ejercer un control sobre los mismos para evitar posibles infracciones. Por el otro, también supone la incorporación de nuevas modalidades de explotación de dichos derechos, por el carácter global y la posibilidad de acceder a productos y servicios de manera más fácil, realizar copias exactas de obras y/o prescindir de los soportes tradicionales. Lograr una coexistencia equilibrada entre los distintos intereses públicos y privados es de suma importancia; el legislador tiene que generar incentivos para que se creen nuevas obras, pero también debe fomentar la difusión y aprovechamiento de las mismas entre los ciudadanos. Es el fundamento mismo del derecho de autor generar los incentivos para la creación artística concediendo el derecho exclusivo de la obra a su autor, y logrando que dichos derechos sean realmente protegidos. Los Estados tienen la obligación de garantizar su protección para hacer posible la divulgación de las creaciones intelectuales.

Es indudable que Internet ha cambiado el modo en que nos relacionamos e intercambiamos información. También es indudable que los ISPs tienen un rol fundamental en este tipo de intercambios, y que no pueden desconocer las infracciones a los derechos de autor que se realizan en el marco que, a fin de cuentas, es propiciado por ellos. Es necesario que los Estados se adapten a los nuevos avances, con legislaciones homogéneas y efectivas que contemple las nuevas realidades. De esta manera, se evitará que cualquier vulneración a los derechos de autor quede impune por falta de legislación, lagunas legales o jurisprudencia contradictoria¹²⁴.

En la presente tesis se comparó el Proyecto Argentino con normativa europea y de Estados Unidos de América, y se analizaron fallos judiciales relevantes, a efectos de (i) determinar si el rol asignado a los intermediarios bajo las mismas favorece la lucha contra la piratería *online* o si por el contrario contribuye con la piratería; y (ii) destacar cuales son los puntos del Proyecto Argentino (o de una eventual ley argentina que regule la responsabilidad de los ISPs) que podrían mejorarse para lograr un justo equilibrio normativo, que favorezca la protección de los derechos de autor teniendo en cuenta el contexto tecnológico en el que vivimos.

¹²⁴ Federico P. Vibes, “Derechos de Autor en el mercado único digital. Nueva Directiva Europea”. LA LEY 13/05/2019, 1. Cita online: AR/DOC/1442/2019), 2.

Del trabajo realizado, se concluye que si bien parece claro (y unánime) que los intermediarios no tienen *per se* responsabilidad directa en la vulneración de derechos de autor en Internet, dichos intermediarios están en la mejor posición para terminar con las infracciones a estos derechos¹²⁵.

No puede ignorarse que actualmente, cualquier persona con acceso a Internet puede acceder por ejemplo a obras audiovisuales (tanto series, como películas) que están subidas a la web, sin autorización de los titulares de propiedad intelectual de las mismas, infringiendo sus derechos. Por otro lado, son los titulares de esos derechos (o autorizados económicamente a explotar los mismos, como por ejemplo, distribuidores) quienes terminan asumiendo el costo de contratar servicios que “vigilan” la web en búsqueda de sus productos, a los fines de poder enviar las notificaciones a dichos servidores para que bajen el contenido infractor¹²⁶.

Debe buscarse (y encontrarse) un equilibrio entre el cuidado y preservación de una Internet libre y abierta para todos los ciudadanos, así como la sanción de leyes y/o la adopción de políticas públicas que sean más proteccionistas de los derechos de autor. Hasta el momento, la legislación existente no ha sido efectiva para frenar la piratería en Internet, y algunas empresas continúan ganando mucho dinero utilizando contenido ajeno sin autorización de los titulares de ese contenido, sin pagar una remuneración equitativa a los mismos y amparándose en la excepción de *Safe Harbor*. El sistema especial de responsabilidad civil instaurado por la DMCA, y seguido luego por las Directivas 2000 y 2001 (así como en otras legislaciones nacionales), con el paso del tiempo demostraron ser insuficientes y que las grandes plataformas para compartir contenidos online estaban resultando favorecidas en forma desproporcionada, generándose el *Value Gap*¹²⁷.

Es en ese marco que la Directiva 2019 viene a revertir el estado de situación arriba comentado, y a romper con el esquema tradicional de responsabilidad de los ISPs, modificando su rol pasivo-reactivo, e imponiéndoles la obligación de realizar un control más proactivo, de manera equilibrada, ya que expresamente establece que las plataformas no tienen ninguna obligación general de supervisión. El hecho de que no estén obligadas a supervisar lo que hacen todos los usuarios no significa decir que no deban ser prudentes y diligentes en su forma de trabajar y actuar. La Directiva 2019 debería marcar el rumbo respecto del espíritu de las leyes que a su *posteriori* se dicten sobre la responsabilidad de los ISP.

¹²⁵ Synodinou, T.-E. (2015). “Intermediaries’ liability for online copyright infringement in the EU: Evolutions and confusions”, *Computer Law & Security Review*, <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2014.11.010> (Consultado el 2 de marzo de 2020)

¹²⁶ A modo de ejemplo, pueden mencionarse a los siguientes proveedores de este servicio: Smart Protection, de titularidad de 3ANTS DEVELOPMENT AND STRATEGIES y Red Points. Fuente: Diamond Films S.A.

¹²⁷ Federico P. Vibes, “Derechos de Autor en el mercado único digital. Nueva Directiva Europea”. LA LEY 13/05/2019, 1. Cita online: AR/DOC/1442/2019, 2.

Por todo lo expuesto, se concluye que el Proyecto Argentino perjudica los intereses de creadores y autores en general ya que no atiende la magnitud de las dificultades para resolver las infracciones en el entorno digital. En vez de reforzar los mecanismos de protección, impone un excesivo y costoso rigorismo para notificar las infracciones y adjudicar responsabilidad a los intermediarios, lo que facilitaría la piratería en Internet ya ampliamente extendida¹²⁸.

Como primera propuesta respecto del sistema argentino, es necesario y fundamental que obtengamos un marco legal claro y específico respecto de la responsabilidad de los ISPs, en sintonía con la normativa imperante en el mundo y que dé respuestas rápidas y eficaces a víctimas de infracciones a los derechos de autor. Para el dictado de una norma de este tipo, debe darse un tratamiento serio, extenso y profundo, dándole intervención y escuchando a las distintas industrias culturales, que son quienes representan a los sujetos que a fines de cuentas serán los principales afectados de aprobarse una norma tan restrictiva (en el sentido de limitativa) de la responsabilidad de los intermediarios. Deben participar en esta discusión todos los creadores, ya que son los directos interesados en que se preserven sus derechos autorales. Nuestro país debería tomar como fuente las legislaciones norteamericana y europea, en particular la Directiva 2019, para desarrollar un sistema legislativo que tenga por objeto mantener un equilibrio entre el respeto a los derechos a la propiedad intelectual y la responsabilidad de los ISP. Las normativas deben ser coordinadas, ya que vivimos en mundo de conectividad globalizada. Se necesita un balance por el que tanto los ISP como los titulares de derechos de autor reciban los beneficios comerciales de la explotación de sus obras, de manera de poner fin a la inseguridad jurídica que prevalece en la materia y de favorecer el crecimiento de las industrias relacionadas con los derechos de autor. Dicha legislación debe contemplar distintos aspectos, contando con la visión del empresariado local, tener presentes los objetivos y principios de la LPI al momento de legislar, definir claramente quienes son los ISPs, establecer con claridad cuáles son los casos de exenciones, otorgar herramientas útiles y prácticas que otorguen al titular de derechos de autor acciones rápidas y eficaces para hacer frente al desafío de la piratería en Internet y tener en cuenta la naturaleza fluctuante de la tecnología. La solución óptima deberá llegar de la moderación y de la búsqueda de una posición intermedia.

Como segunda propuesta, será necesaria la colaboración de los propios ISP. Ni el conocimiento efectivo ni los procedimientos voluntarios de denuncia y retirada deben poder emplearse como herramienta de impunidad de los intermediarios, sino que habrá que valorar en cada caso concreto la posibilidad de exigirles mayores diligencias en la adquisición de conocimiento de

¹²⁸ Proyecto de Ley sobre Regulación de los Proveedores de Servicios de Internet (ISPs) Ley Pinedo – Fellner, <http://www.el-libro.org.ar/wp-content/uploads/2017/11/argumentos-de-oposicion-a-la-ley-pinedo.pdf> (Consultado el 3 de febrero de 2020)

comportamientos infractores, así como en la reacción diligente que haya tenido el intermediario involucrado. Si los intermediarios prestan un servicio que tiene ciertos riesgos (por riesgo me refiero a que los usuarios puedan subir a las plataformas contenidos ajenos, sin autorización de los titulares) entonces deben realizar los mejores esfuerzos para evitar dañar o al menos mitigar dichos daños que los usuarios de su plataforma puedan generar. Si el procedimiento de detección (basado en denuncias puntuales) resulta a todas luces insuficiente y el intermediario sabe o puede saber sin faltar a la buena fe que su servicio es utilizado masiva e indiscriminadamente para vulnerar derechos exclusivos de terceros, debería exigirse una mayor diligencia a dicho intermediario, creando filtros que impidan, cuanto menos, que los contenidos retirados no puedan ser subidos nuevamente al sistema, y que los infractores no reincidan en su comportamiento, bajo penalidad de que cese el servicio y de que se impongan indemnizaciones en su contra por daños y perjuicios a los titulares de los derechos de autor vulnerados. El equilibrio deberá lograrse con la cooperación entre empresas tecnológicas, autores y titulares de derechos conexos, permitiendo que se compartan contenidos y que el sector de la innovación siga creciendo, pero respetando los derechos de propiedad intelectual. Es necesario entonces contar con un estándar que armonice el bien público del incremento de la adquisición de información y la facilitación de su difusión con los derechos¹²⁹, entre los que debería incluirse a los derechos de autor.

Por último, se aclara que esta tesis no abordó ciertos temas significativos que impactan en el tema de investigación, y que podrán ser objeto de futuras investigaciones, como por ejemplo el bloqueo de sitios web, las medidas tecnológicas de protección, acuerdos de cooperación contra la piratería, y efectos particulares de la piratería online.

¹²⁹ Considerando 11 de la ampliación de fundamentos del Ministro Dr. Carlos Fernando Rosenkratz, en fallo “Giambutas Carolina Valeria c/ Google Inc. s/ daños y perjuicios”.

V. Bibliografía

- Business Europe. “La Propiedad Intelectual es clave para la innovación, la creación, el espíritu empresarial, el crecimiento y la generación de empleo, el comercio y la sociedad”. <https://www.bussinesseurope.eu/sites/buseur/files/media/imported/2015-00142-E.pdf> (Consultada el 10 de mayo de 2020)
- Carbajo Cascón, Fernando. “Delimitación de la responsabilidad de los servicios de intermediación de la sociedad de la información” (II). *Revista Justitia*. 2015. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5979043> (Consultado el 5 de febrero de 2020)
- Celis, Claudio. “Crítica al Derecho de Autor en la era de la informatización de la producción”. *Atenea* (Concepción), (504), 131-146, <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-04622011000200008>. (Consultado el 5 de febrero de 2020)
- Cifuentes, Santos y VILLALBA, Carlos s.f. “Daños. Como evaluar el resarcimiento por la utilización no autorizada de las obras” En V Congreso Internacional sobre la protección de los derechos intelectuales, 317. Editorial Zavalia.
- Comisión Europea, 2015. “Hacia un marco moderno y más europeo de los derechos de autor” 9.12.2015 COM. Bruselas. 626.
- Comisión Europea – Comunicado de Prensa. “Mercado único digital: los negociadores de la UE logran un avance decisivo en la modernización de las normas sobre derecho de autor”. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP_19_528 (Consultado el 2 de diciembre de 2019).
- Comisión Europea – Hoja Informativa. “Preguntas y respuestas: los negociadores de la UE logran un avance decisivo para modernizar las normas sobre derechos de autor”. (https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/MEMO_19_1151) (Consultado el 2 de diciembre de 2019).
- Córdova Mezarina, Jorge. 2016. “La responsabilidad en las infracciones al Derecho de Autor a través de Internet”. *Revista Foro Jurídico* N° 15 (abril). 100-112. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/19838> (Consultado el 10 de abril de 2020)
- Cortes Carlos y Bertoni Eduardo. “Libertad de expresión versus libertad de expresión: la protección del derecho de autor como una tensión interna”. Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la información (CELE) de la Facultad de Derecho de la Universidad de

Palermo. <https://www.palermo.edu/cele/pdf/La-proteccion-del-derecho-de-autor-como-una-tension-interna.pdf> (Consultado el 10 de febrero de 2020).

- Cubells, Eric Jordi. 2018. “Propuesta de directiva de copyright; ¿el fin de la “brecha de valor”?” *Cinco Días*. 4 de julio. Consultado el 15 de febrero de 2020. https://cincodias.elpais.com/cincodias/2018/07/04/legal/1530687190_336919.html.
- Davidovsky, Sebastián. 2017. “Como es el proyecto de ley que busca regular la responsabilidad de los intermediarios en Internet”. *La Nación*, 24 de noviembre. Consultado: 15 de marzo de 2020. <https://www.lanacion.com.ar/tecnologia/como-es-el-proyecto-de-la-ley-que-busca-regular-la-responsabilidad-de-los-intermediarios-en-internet-nid2084998>
- Diario Oficial de la Unión Europea. “Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de abril de 2019 sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE”. <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2019/790/oj?locale=es> (Consultado el 25 de marzo de 2020)
- Diputados Argentina. “Fundamentos del Proyecto de Ley bajo el Expediente 8070-D-2012 de los ex diputados nacionales Julián Obiglio y Alberto José Pérez”. (<https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=3842-D-2015&tipo=LEY>) (Consultado el 10 de marzo de 2020)
- Directiva CE 2000/31 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 8/6/2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular del comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre Comercio Electrónico). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32000L0031&from=EN> (Consultada el 8 de febrero de 2020).
- European Commission. “Frequently asked questions on Copyright Reform”. <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/faq/frequently-asked-questions-copyright-reform> (Consultado el 10 de febrero de 2020)
- Fagan, Brenda y Albornoz, Patricio. “Regulación de los proveedores de servicios de enlace y búsqueda de contenidos alojados en Internet (ISPs). Comentario al Proyecto de Ley conocido como: Pinedo – Fellner”. <https://abogados.com.ar/regulacion-a-los-proveedores-de-servicios-de-enlace-y-busqueda-de-contenidos-alojados-en-internet-isps-comentario-al-proyecto-de-ley-conocido-como-pinedo-fellner/22670> (Consultado el 5 de marzo de 2020).
- Goldstein, Mabel. *Derecho de autor y sociedad de la información*. Buenos Aires: Ediciones La Rocca, 2005.

- Inter Iuris. “Jurisdicción Digital o Responsabilidad de los ISPs 2.0”, (<http://www.interjuris.com/blog/jurisdicción-digital-o-responsabilidad-de-los-isps-2-0/>) (Consultado el 1 de diciembre de 2019).
- Koch, Tommaso y Sánchez, Álvaro. 2019. “La reforma europea de los derechos de autor abre una nueva era en Internet”. *El País*. 26 de marzo. Consultado: 24 de marzo de 2020. https://elpais.com/cultura/2019/03/26/actualidad/1553596416_484654.html
- Landes, William M., and Richard A. Posner. "An Economic Analysis of Copyright Law." *The Journal of Legal Studies* 18, no. 2 (1989): 325-63. www.jstor.org/stable/3085624 (Consultado el 22 de mayo de 2020).
- Lichtman Douglas G. and Landes William. “Indirect Liability for Copyright Infringement: An Economic Perspective”. *Harvard Journal of Law & Technology* Volume 16, Number 2, Spring 2003 (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=379201) (Consultado el 21 de mayo de 2020).
- Liebowitz, Stan J., Economic Analysis of Safe Harbor Provisions (March 19, 2018). CISAC, February 27, 2018. (<https://ssrn.com/abstract=3143811> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3143811>) (Consultado el 24 de mayo de 2020)
- Lipszyc, Delia. *Derecho de Autor y derechos conexos*. Buenos Aires: Ediciones UNESCO/CERLALC/ZAVALIA, 2001.
- Lipszyc, Delia. *Nuevos temas de derecho de autor y derechos conexos*. Buenos Aires: Editorial Zavalia, 2004.
- Martínez Ibáñez, Lorenzo. “Síntesis del informe Economic Analysis of Safe Harbor Provisions”, 15 de marzo de 2018. <http://www.institutoautor.org/ES/SitePages/EstaPasandoDetalleActualidad.aspx?i=2037&s=1> (Consultado el 5 de abril de 2020).
- Martínez, Norma Adriana y Adriana Margarita Porcelli. “Alcances de la Responsabilidad Civil de los Proveedores de Servicios de Internet (ISP) y de los Proveedores de Servicios Online (OSP) a nivel internacional, regional y nacional. Las disposiciones de Puerto Seguro, Notificación y Deshabilitación”. *Pensar en Derecho* N°6 (2015), <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/6/alcances-de-la-responsabilidad-civil-de-los-proveedores-de-servicios-de-internet.pdf> (Consultado el 15 de marzo de 2020)

- Molina Quiroga, Eduardo. “La Corte Suprema revoca una cautelar contra un buscador y resalta la preeminencia de la libertad de expresión”. Publicado en La Ley 25/03/2020, 7. *Cita online:* AR/DOC/4090/2019
- Montagnani, María Lilla y Trapova Alina. “New obligations for Internet intermediaries in the digital single market – Safe Harbors in Turmoil”? January 2019 – Journal of Internet Law
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual , “Principios básicos del derecho de autor y los derechos conexos” (2016). https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo_pub_909_2016.pdf (Consultado el 20 de mayo de 2020)
- Palazzi, Pablo A, trans. *La responsabilidad civil de los intermediarios en Internet*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2012.
- Laura Plavnick. “El Proyecto de Ley para regular las responsabilidades de los proveedores de servicios de internet”. (<https://www.abogados.com.ar/el-proyecto-de-ley-para-regular-las-responsabilidades-de-los-proveedores-de-servicios-de-internet/21182>) (Consultado el 24 de febrero de 2020).
- Proyecto de Ley sobre Regulación de los Proveedores de Servicios de Internet (ISPs) Ley Pinedo - Fellner (<http://www.el-libro.org.ar/wp-content/uploads/2017/11/argumentos-de-oposicion-a-la-ley-pinedo.pdf>) (Consultado el 3 de febrero de 2020)
- Rubi Martinez, Nadia (2007) “Las nuevas tecnologías en el derecho de autor y su evolución en Colombia”. Prolegómenos. Derechos y Valores, vol. X, núm. 19. Universidad Militar, Nueva Granada. Bogotá, Colombia.
- Sala Mercado, Jose Pablo (2012). “Protección de la Propiedad Intelectual en Argentina” Serie de materiales de investigación de la Universidad Blas Pascal 10 (5)
- Sosa Gonzalez, Mariela s.f. “La piratería en el derecho de autor como problemática común”. Enfoque UCA. <http://enfoque.uca.edu.ni/la-pirateria-en-el-derecho-de-autor-como-problematica-comun-impacto-economico.html> (Consultado el 10 de enero de 2020)
- Synodinou, Tatiana-Eleni. (2015). “Internet intermediaries’ liability for online copyright infringement: European copyright law *acquis* and perspectives” *Computer Law and Security Review*, 57-67.
- Temesio, Silvana. 2014. “El derecho de autor en el entorno digital: reflexiones de un profesional de la información”. *Informatio. Revista Del Instituto de Información de la Facultad de Información y Comunicación* 19 (1), 25-51. Uruguay.

<https://informatio.fic.edu.uy/index.php/informatio/article/view/151> (Consultado el 25 de enero de 2020)

- Ugarteche Villacorta, Rubén. “El derecho de autor y las nuevas tecnologías”. *Themis*, 36. Perú. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5109710> (Consultado el 20 de enero de 2020)
- Vaninetti, Hugo A. “Libertad de expresión e información, buscadores y el riesgo de pseudocensura en Internet”. Publicado en *La Ley* 25/03/2020, 7. Cita online: AR/DOC/296/2020
- Vibes, Federico P. *Derecho de Entretenimiento*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2014.
- Vibes, Federico P. “Derechos de Autor en el Mercado Único Digital. Nueva Directiva Europea”. Publicado en *La Ley* 13/05/2019, 1. Cita online: AR/DOC/1442/2019.
- Vibes Federico P. “Nuevos aires en la regulación sobre protección de contenidos en el entorno digital”. Publicado en *SupAbCorp* (septiembre), 11/09/2019, 8. Cita online: AR/DOC/2930/2019
- Xalabarder, R. “Infracciones de propiedad intelectual y la Digital Millennium Copyright Act”. En *Jornadas de Responsabilidad Civil y Penal de los Prestadores de Servicios en Internet*. Barcelona, 22-23 de noviembre de 2001. <http://www.uoc.edu/in3/dt/20060/index.html> (Consultado el 10 de diciembre de 2019).
- Woolcott, Olenka y Florez, German. “La paradoja del derecho de autor en el entorno de la industria musical frente a las nuevas tecnologías”. *Prolegómenos. Derechos y Valores*, 17, 34, 13-32 (2014), <http://www.scielo.org.co/pdf/prole/v17n34/v17n34a02.pdf> (Consultado el 5 de febrero de 2020).