

LIPSCYK, Delia. "Nuevos temas de derecho de autor y derechos conexos", UNESCO-CERLALC-Zavallia, Argentina, 2005

pos de investigadores de física de alta energía del CERN (*Conseil Européen pour la Recherche Nucléaire* = Consejo Europeo para la Investigación Nuclear -Ginebra, Suiza-). En poco tiempo, la web se convirtió en una plataforma de desarrollo de programas relacionados con ese entorno. El número de ordenadores conectados creció rápidamente, sirviendo de soporte a muchos proyectos, por ejemplo, un mercado a gran escala.

La labor de investigación y desarrollo de Internet continúa en todo el mundo al igual que el número de personas que disponen de un equipo que les permite la conexión a la red mundial, elemento fundamental para la expansión del sistema, porque de él depende su utilidad a nivel masivo (como sucedió en el caso del telefax).

Actualmente, para Internet, uno de los grandes desafíos técnicos es que se generalice la disponibilidad de un *ancho de banda* adecuado para aplicaciones con contenidos de audio y video, porque es el ancho de banda el que define la cantidad de información por unidad de tiempo que puede pasar por la conexión. Como en Internet encontramos la misma tipología de información que en las producciones multimedia -textos, sonidos, imágenes fijas y en movimiento, animaciones- y la conexión se hace a través de una cadena de conexiones que pueden tener diferente ancho de banda, se dice que el *ancho real* es el del tramo de menor velocidad de la cadena. A ello se debe que descargar de Internet una foto, una ejecución musical o un audiovisual aún lleve cierto tiempo, mientras

<sup>14</sup> *World Wide Web* = *red mundial*: nombre que se le da a la red formada por ordenadores conectados a Internet y que utilizan el protocolo http para la transmisión de información.

Reggini destaca que las palabras inglesas *World Wide Web* describen de una manera acertada y colorida un complejo y vasto campo de actividades humanas en ebullición continua, donde las expresiones y los esfuerzos de numerosas personas y organizaciones están ligadas entre sí. Literalmente, el vocablo *web* significa, en este caso, tejido, trama, telaraña; *wide*, dilatado, extenso, abierto, y *world*, se refiere al mundo (*op. cit.*, p. 208).

que si fuera en tiempo real, la foto, la música y el audiovisual deberían aparecer instantáneamente.

### 3.3. El funcionamiento de Internet

Los sistemas de redes como Internet permiten intercambiar información entre ordenadores. En una red de transmisión de datos se interconectan un gran número de fuentes de información, de forma tal que los datos pueden transmitirse entre ellas libremente. Pueden ser una noticia, una carta, un artículo, una novela, la interpretación de una composición musical, un film, una transacción bancaria, un balance de banco, un programa de computación, una producción multimedia, etcétera.

En general, cuando se habla de Internet se la relaciona con la web -y con el *http*.<sup>15</sup> hasta tal punto que existe una tendencia a hablar de Internet como si fuera un equivalente de sitio web. Sin embargo, en Internet funcionan una serie de protocolos de intercambio, entre ellos, el SMTP (*Simple Mail Transfer Protocol*) comúnmente empleado para enviar correos electrónicos (*e-mails*), el POP3 (*Post Office Protocol 3*) utilizado para recibirlos, y otros menos conocidos.

En informática, como en las relaciones humanas, el protocolo de intercambio es el conjunto de normas que se utilizan para realizar una comunicación<sup>16</sup>. El protocolo básico empleado

<sup>15</sup> El *http*, acrónimo de *hypertext transfer protocol*, es el protocolo de Internet para la transmisión de información en la WWW; el *html* (*hypertext markup language*) es el lenguaje utilizado para el formato de las páginas que se transmiten en la WWW.

<sup>16</sup> En una conversación entre dos personas también se observa un protocolo: cuando una habla la otra calla, usan el mismo idioma, aumentan el volumen de voz cuando quieren enfatizar algo o lo bajan cuando consideran que no es importante o quieren indicar reserva; en otras palabras, el protocolo de intercambio es una serie de normas que permiten la comunicación.

En Internet los protocolos de intercambio se pueden controlar tanto con *hardware* como con *software*. Un protocolo de intercambio de *hardware*, como el existente entre un ordenador y una impresora o con un módem, es un intercambio de señales, a través de cables específicos, en el que cada dispositivo señala su disposición para enviar o recibir datos. Un protocolo de *software*, normalmente es el que se intercambia durante las

para controlar el sistema de redes es el denominado TCP/IP (acrónimo de *Transmission Control Protocol / Internet Protocol*)<sup>17</sup> el cual permite que diferentes tipos de ordenadores se comuniquen a través de redes heterogéneas.

Pero —como se dijo— en Internet funcionan una serie de protocolos de intercambio o comunicación que suelen ser menos conocidos, como el protocolo FTP (*File Transfer Protocol*) de transmisión de archivos<sup>18</sup> entre un ordenador local y uno remoto —en Internet y en otras redes (LAN o WAN)— y otros que permiten leer e interpretar archivos de ordenadores remotos (*gopher*)<sup>19</sup>, los cuales normalmente funcionan entre el ordenador del usuario final y un servidor, conectados por, como se dice en la jerga cibernética, una “tubería”, traducción literal del término inglés *pipeline*. Cuando se pide la comunicación con otro ordenador, la información pasa por una cantidad de ordenadores intermedios que se llaman enrutadores (*routers*) que eligen el camino a seguir: encaminan la información mediante la tecnología del intercambio de paquetes, según la cual, como se dijo, al salir éstos se desintegran y transmiten por la vía más accesible al destino buscado, donde se rearmen y así se integra nuevamente el mensaje originario.

comunicaciones del tipo módem a módem, consiste en una determinada información transmitida entre los dispositivos de envío y de recepción. Un protocolo de intercambio de *software* establece un acuerdo entre los dispositivos sobre los protocolos que ambos utilizarán al comunicarse. Un protocolo de intercambio de *hardware* es, por tanto, similar a dos personas que físicamente estrechan sus manos, mientras que un protocolo de intercambio de *software* es más parecido a dos grupos que deciden conversar en un lenguaje particular (*vid.* “Internet”, *Enciclopedia Microsoft Encarta 95*).

<sup>17</sup> El Protocolo de Control de Transmisión (TCP) define distintos parámetros de transmisión de datos y el Protocolo de Internet (IP) define el modo en que los datos se dividen en bloques, denominados —como se dijo— *paquetes*, y establece el camino que recorre cada paquete hasta su destino (*ibid.*).

<sup>18</sup> El protocolo FTP forma parte del conjunto de protocolos TCP/IP que permiten la comunicación en Internet entre distintos tipos de ordenadores y redes. Suele ser utilizado por los operadores de sitios web para cargar o descargar información de un servidor remoto pues se trata de un protocolo más rápido que el http. Para hacerlo se utilizan programas de ordenadores específicos como el SmartFTP y el Total Commander.

<sup>19</sup> El protocolo http para la transmisión de información en la WWW es un descendiente del *gopher*.

En Internet existe un direccionamiento que consiste en darle un nombre o dirección electrónica a cada ordenador que está conectado a la red de redes, que se denomina URL (*Uniform Resource Locator* = Localizador Uniforme de Recursos). El URL es el localizador de un objeto en la web. Ejemplos de URL son: <http://www.unesco.org>; <http://www.wipo.int>; <http://www.wto.org>. (la sigla www indica que se trata de un sitio o de una página web). El URL se compone, pues, de una primera parte que muestra la forma de acceso hacia el servidor, indicando qué tipo de protocolo se está utilizando (http); la segunda es la dirección en la web del proveedor de contenidos (por ejemplo, [www.unesco.org](http://www.unesco.org)).

Hay una equivalencia entre las direcciones puramente numéricas que maneja el TCP/IP (IP *address* = dirección IP) y las direcciones mnemotécnicas (URLs, en los cuales están comprendidos los nombres de dominio) más fáciles de recordar (el URL es <http://www.unesco.org>, en el cual [www.unesco.org](http://www.unesco.org) es el nombre de dominio). En el proceso DNS los nombres de dominio se enrután a una dirección numérica compuesta por una cadena de números que tiene un formato de cuatro cifras separadas por puntos. En otras palabras, el sistema de nombres de dominio (DNS) ayuda a los usuarios a navegar en Internet, pues en la red mundial cada ordenador tiene una dirección única: la *dirección IP* o dirección de protocolo de Internet; y como estas direcciones están compuestas por una *cadena de números* y son difíciles de recordar, el DNS permite usar una *cadena de letras* (el *nombre del dominio*) para que el usuario pueda, por ejemplo, escribir “[www.unesco.org](http://www.unesco.org)” en vez de “193.242.192.100”.

De modo que el DNS traduce el *nombre del dominio* a la dirección IP que le corresponde y lo conecta con el sitio web que desea. El DNS también permite el funcionamiento del correo electrónico, de manera tal que los mensajes que se envían lleguen a los destinatarios que correspondan, y muchos otros servicios de Internet; cada cifra puede tener valores entre 0 y 255. Como ese direccionamiento se está saturando, desde hace un tiempo se trabaja para extenderlo (IPv6 es un nuevo protocolo IP que, en lugar de numerar a los ordenadores con cuatro grupos de números, lo hace con seis grupos. El desarrollo de este protocolo responde —como se dijo— a la escasez de direcciones que se presenta en Internet.

### 3.3.1. El Sistema de Nombres de Dominio (DNS) de Internet<sup>20</sup>

Como se explica en el "Informe Final sobre el Proceso de la OMPI relativo a los Nombres de Dominio de Internet", de 30 de abril de 1999<sup>21</sup>, el sistema de nombres de dominio (DNS) tiene como función principal facilitar a los usuarios la navegación en Internet. Esto lo logra con la ayuda de dos componentes: el nombre de dominio y su número correspondiente de Protocolo Internet (IP). Un nombre de dominio es –como se dijo– la dirección fácilmente comprensible para el usuario, en forma sencilla de recordar o de identificar, como "www.wipo.int". Un número IP es una dirección numérica única subyacente, como "193.5.93.80". Las bases de datos distribuidas contienen las listas de los nombres de dominio y sus correspondientes direcciones numéricas IP y realizan la función de establecer mapas de los nombres de dominio con sus correspondientes direcciones numéricas IP, con el fin de dirigir las solicitudes de conexión de los ordenadores en Internet.

Para acceder a Internet, el usuario debe contratar –mediante un pago mensual o en forma gratuita– con un proveedor de acceso (*Internet service provider* = ISP) la conexión (telefónica, por cable, antena, satélite, etcétera) entre ambos ordenadores (el ordenador del usuario y el del proveedor). El usuario recibe el programa para la conexión, soporte técnico y un nombre (*username*) y establece una contraseña (*password*); cuando quiere ingresar a un sitio de la red indica el nombre de dominio de ese sitio que es transformado en el número IP necesario para "enrutar" la información.

El DNS está estructurado de forma jerárquica, lo cual permite la administración descentralizada de los mapas *nombredirección*. Esta característica ha sido la base de la extraordinaria velocidad con la que los ordenadores pueden sumarse a Internet, a la vez que se garantiza la resolución exacta de su nombre<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> La autora agradece a Pablo Wegbrat su valiosa ayuda en este tema.

<sup>21</sup> <http://wipo2.wipo.int>.

<sup>22</sup> *Vid. doc.OMPI cit.* de 30 de abril de 1999, p. 2.

El DNS ha sido administrado durante varios años por el gobierno de los Estados Unidos de América a través de la IANA (*Internet Assigned Numbers Authority*) y de empresas contratistas como la Network Solutions Inc., de conformidad con los principios descritos en la invitación a formular comentarios realizada por la IANA (*Request for comments* - RFC 1591) de marzo de 1994<sup>23</sup>.

En junio de 1998, la NTIA (*National Telecommunications and Information Administration* = Administración Nacional de Telecomunicaciones e Información), organismo dependiente del Departamento de Comercio de los Estados Unidos, hizo pública su *Declaración de política sobre la gestión de los nombres y direcciones de Internet* (conocida como "Libro Blanco")<sup>24</sup> propiciando un cambio en la coordinación de determinadas funciones del sistema de nombres de dominio, en beneficio del conjunto de la comunidad de Internet, a través de la creación de una nueva corporación privada y sin ánimo de lucro. A partir de ahí se inició un proceso que culminó en la fundación, en noviembre de 1998, de la ICANN (*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* = Corporación de Asignación de Nombres y Números de Internet), organismo de coordinación técnica establecido como corporación privada sin fines de lucro, de conformidad con las leyes del Estado de California (Estados Unidos de América), donde tiene su sede la ICANN, la cual coordina un sector específico de funciones del manejo técnico de Internet, actualmente desempeñada por el gobierno de los Estados Unidos o por voluntarios (como es el caso de la IANA) y subcontratistas. La ICANN está asumiendo, entre otras funciones, la responsabilidad de coordinar la definición de parámetros de protocolo y la determinación de un sistema global de nombres de dominio<sup>25</sup>.

El DNS opera –como se dijo– sobre la base de una jerarquía de nombres; en la parte superior están los dominios de nivel

<sup>23</sup> <http://www.isi.edu/in.notes/rfc1591.txt>

<sup>24</sup> [http://www.ntia.doc.gov/ntiahome/domainname/6\\_5\\_98das.htm](http://www.ntia.doc.gov/ntiahome/domainname/6_5_98das.htm)

<sup>25</sup> El Estatuto de la ICANN, así como los documentos sobre las diferentes reuniones que ha organizado y las actividades que ha llevado a cabo, se encuentran en <http://www.icann.org>.

superior, que normalmente están divididos en dos categorías: los dominios de nivel superior genéricos (gTLD = *generic Top Level Domains*) y los dominios de nivel superior correspondientes a códigos de países (ccTLD = *country code Top Level Domains*).<sup>26</sup>

Los dominios de nivel superior genéricos (gTLD) son el último sufixo, que especifica el tipo de organización. Actualmente existen catorce gTLD, que pueden ser divididos en dos etapas de creación (correspondiendo siete a cada etapa). Entre los siete gTLD de la primera etapa hay tres "abiertos" -en el sentido de que no hay restricciones respecto de las personas o entidades que pueden registrar nombres en esos dominios-: .com (organizaciones comerciales), .net (administradores de red) y .org (organizaciones sin fines de lucro); los otros cuatro son restringidos, de modo que en ellos sólo pueden registrar nombres ciertas entidades que satisfacen determinados criterios y son: .int, limitado al uso de las organizaciones internacionales; .edu, cuya utilización se restringe a universidades e instituciones de educación superior; .gov, limitado a organismos gubernamentales y .mil, a las fuerzas armadas.

En la reunión celebrada el 16 de noviembre de 2000 en Marina del Rey (California), tras un proceso dirigido por ésta, fueron adoptados los siete dominios de nivel superior correspondientes a la segunda etapa para su posterior introducción. Estos se agregarían a los ya existentes, y serían administrados exclusivamente por las entidades que se designaron en esa ocasión. Los siete nuevos gTLD se dividen en dos categorías: 1) gTLD "no patrocinados", destinados a ser relativamente amplios y a funcionar con arreglo a las políticas establecidas directamente por "la comunidad mundial de Internet mediante el proceso de la ICANN"<sup>27</sup>, y 2) gTLD "patrocinados", cada

<sup>26</sup> Antes la IANA y ahora el ICANN delegan la gestión de las direcciones y los dominios de nivel superior a entidades registradoras (*registries*). Estos registradores se responsabilizan de determinados dominios. La lista completa de registradores reconocidos actualmente puede verse en <http://www.wicann.org/registrars/accredited-list.html>. Los registradores están asociados en el CORE (*Council of Registrars*), <http://corenic.org>, que defiende sus intereses y los representa ante la ICANN (*vid.* <http://www.eumened.net>).

<sup>27</sup> *Vid.* ICANN, "Programa para los nuevos TLDs", <http://www.icann.org/tlds/>

uno de los cuales está destinado a ser "un gTLD especializado cuya organización patrocinadora represente al segmento de la comunidad más afectado por los asuntos relativos al gTLD en cuestión".<sup>28</sup>

Estos nuevos dominios son: .aero (patrocinado) para el ámbito de la aviación; .biz (no patrocinado) para negocios y empresas (biz es un apócope de *business* en pronunciación figurada); .coop (patrocinado) para cooperativas; .info (no patrocinado) para uso general; .museum (patrocinado) para museos; .name (no patrocinado) para nombres propios; .pro (no patrocinado) reservado para profesionales cualificados, inicialmente, contadores, abogados y médicos, agrupados en subdominios: .cpa.pro para contadores -*cpa=chartered public accountant*<sup>29</sup>-, .law.pro para abogados y .med.pro para médicos, habiéndose previsto que también podrán registrarse las entidades que agrupen a diversos profesionales, tales como firmas de contadores, de abogados y hospitales<sup>30</sup>.

Respecto de los gTLDs "no patrocinados" que ya se encuentran en funcionamiento se pueden establecer puntos en común: en todos los casos se estableció (i) un período "*landrush*" o etapa pre-registral en la cual los dominios fueron asignados al azar<sup>31</sup>, (ii) mecanismos de protección en favor de los titulares de mar-

<sup>28</sup> *Ibid.*

<sup>29</sup> En español, "contador público matriculado".

<sup>30</sup> Los administradores de los registros serán: Société Internationale de Télécommunications Aéronautiques, SC (SITA) de .aero; NeuLevel, Inc. de .biz; Asociación Nacional de Negocios Cooperativos (NCBA) de .coop; Afiliadas, LLC de .info; Museum Domain Management Association (MuseDoma) de .museum; Global Name Registry Ltd. de .name y RegistryPro Ltd. de .pro.

<sup>31</sup> A partir del 12 de septiembre de 2001, el registro (*registry*) encargado del dominio .info -Afiliadas-comenzaría aceptando presentaciones de los diferentes registros descentralizados (*registrars*), de conformidad con los pedidos de registro presentados por solicitantes de nombres de dominio que no estuvieran basados en un derecho de marca. Podría interpretarse que dicho período fue denominado "*landrush*" para dar a entender que se trataba de una etapa que se desarrollaba con suma rapidez (el período *landrush* fue dividido en cinco rondas de asignación, al azar, de solicitudes de nombres de dominio, no superando ninguna de dichas rondas los siete días de duración). A ello probablemente se debió la elección del término inglés "*rush*" (*prisa, apuro*).

cas, y (iii) mecanismos especiales de resolución de controversias, los cuales no impedirían que se recurriera a la "Política Uniforme de Solución de Controversias en materia de Nombres de Dominio" (la "Política Uniforme"), de la ICANN (*vid. infra*, § 3.3.2).

En relación con los gTLDs .biz e .info, se establecieron mecanismos de protección en favor de los titulares de marcas –previos al lanzamiento de los dominios– para evitar en todo lo posible los problemas de "ciberocupación" (expresión con la cual se denomina el registro abusivo y deliberado de mala fe, de nombres de dominio que infringen los derechos de terceros) que habían tenido lugar con el .com. En el caso del .biz el mecanismo elegido fue el IP Claim, mediante el cual se "reivindicaba" la propiedad sobre una determinada marca. En el caso del .biz, los requisitos para poder presentar un IP Claim eran sumamente laxos: no hacía falta que la marca estuviera registrada (podía ser una solicitud) e incluso tratarse de una marca simplemente usada y no registrada (*common law trademark*). El nombre de dominio respecto del cual se presentaba un IP Claim debía coincidir exactamente con la marca. En caso de existir conflicto entre solicitantes se resolvía mediante un proceso denominado STOP (*Start-up Trademark Opposition Policy*) –siempre y cuando se hubiera presentado un IP Claim– aunque, como se dijo, también existía la posibilidad de recurrir a la Política de la ICANN<sup>32</sup>.

<sup>32</sup> Entre diciembre de 2001 y septiembre de 2002, el Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI tramitó 338 casos con arreglo a la Política de oposición de los titulares de marcas en el período inicial de registro de nombres de dominio en .biz (STOP), adoptada por su administrador NeuLevel, y aprobada por la ICANN. En el Informe Final de la OMPI sobre la Administración de Casos en virtud de la "Política de Oposición de los Titulares de Marcas en el Período Inicial de Registro de Nombres de Dominio en .biz" se ofrece una reseña de las actividades del Centro en la administración de casos con arreglo a esa Política, con un doble propósito: 1) informar acerca del funcionamiento de una de las opciones destinadas a proteger las marcas durante la fase de introducción de un nuevo dominio genérico de nivel superior (gTLD). Se recuerda que uno de los criterios aplicados por la ICANN para seleccionar los nuevos gTLDs fue la posibilidad de que sirvieran como "prueba preliminar" aplicable a las eventuales adiciones al sistema de nombres de dominio y sus modalidades de implemen-

Asimismo, cuando había múltiples solicitudes respecto de un mismo nombre de dominio, NeuLevel<sup>33</sup> las asignaba al azar, salvo que hubiera un IP Claim. Precisamente, el sistema de distribución de nombres llevó a que en los Estados Unidos, el 23 de julio de 2001 David Smiley, un *disc jockey* de Phoenix, Arizona, presentara una demanda ante *Los Angeles County Superior Court* con el objeto de que se declarara que dicho sistema constituía una lotería ilegal a la luz de las leyes del Estado de California. Si bien el proceso fue interrumpido debido a que Smiley no depositó una caución de 1.600.000 dólares, NeuLevel decidió cambiar el método de distribución de nombres de la etapa pre-registral<sup>34</sup>.

En el caso del .info, el mecanismo de protección de los titulares de marcas fue el "*sunrise period*", el cual se extendió del 27 de julio al 27 de agosto de 2001. Sólo podían acceder al *sunrise period* los titulares de las marcas registradas ante la oficina de la propiedad industrial de cualquier país<sup>35</sup> con anterioridad al 2 de octubre de 2000<sup>36</sup>; en este sentido, pue-

tación, lo cual incluye una adecuada protección por la propiedad intelectual. Al introducir nuevos gTLDs sería necesario examinar atentamente la experiencia adquirida en los distintos casos; 2) analizar la interpretación de la Política STOP a la luz de sus decisiones, en tanto pueda ser interesante a efectos comparativos para las decisiones adoptadas en virtud de la Política uniforme de solución de controversias en materia de nombres de dominio (*vid. <http://arbitr.wipo.int/domains/reports/biz-stop/index-es.html>*).

<sup>33</sup> Ya dijimos que NeuLevel es el administrador del registro ("*registry*") .biz. Sin embargo, NeuLevel no es quien recibe las solicitudes de los solicitantes. Estas son tramitadas por los "*registrars*", o registros descentralizados, mecanismo que también fue adoptado en los casos del .info y el .name.  
<sup>34</sup> Por su parte, la muy conocida *librería electrónica* Amazon.com el 30 de julio de 2001 envió una carta amenazando con demandar a NeuLevel en caso de que éste no modificara el método de distribución de nombres, lo que a su vez motivó una demanda de NeuLevel contra Amazon.com presentada ante un tribunal federal del distrito de Alexandria, Virginia, Estados Unidos de América (*vid. INTA Bulletin*, vol. 56, N° 16, 01/09/2001, pp. 16-17).

<sup>35</sup> Incluyéndose las marcas registradas ante la Oficina Comunitaria de Marcas, cuyo nombre oficial es Oficina de Armonización del Mercado Interior (OAMI).

<sup>36</sup> El período *sunrise* estuvo destinado a solicitantes que poseyeran –al 2 de octubre de 2000– una marca registrada (de producto o de servicio) a fin de que pudieran solicitar el registro de un nombre de dominio que coincidiera exactamente con el (los) elemento(s) textual(es) de dicha marca. Po-



de apreciarse que el *sunrise period* era más exigente que el IP Claim, para el cual bastaba con que la marca hubiera sido usada en el comercio. En caso de conflicto, los dominios presentados durante el *sunrise period* podían ser sometidos a un mecanismo especial de resolución de controversias, el *Sunrise Challenge Procedure*, a cargo de la OMPI<sup>37</sup>.

En el caso del .name, si bien está destinado a personas físicas, también se presentan problemas marcarios ya que, además de que el nombre en ocasiones puede funcionar como marca, está permitido registrar como .name el nombre de un personaje ficticio, como podría ser *Joe Camel*<sup>38</sup>, siempre y cuando la empresa solicitante sea titular de derechos marcarios sobre dicho nombre. En éste, el mecanismo eran los DRs (*defensive registrations*) o "registros defensivos", que interrumpían el registro de otro nombre de dominio, a me-

diaría interpretarse que el concepto que intentaba transmitir el término inglés "*sunrise*" (*salida del sol, amanecer*) era que antes de que comenzara verdaderamente el proceso de registro de los dominios .info, los titulares de marcas pudieran acceder a un período de pre-registro para, en la medida de lo posible, evitar casos de *ciberocupación*.

<sup>37</sup> El plazo para presentar disputas ante la OMPI en virtud del *Sunrise Challenge Procedure* venció el 26 de diciembre de 2001.

El 26 de agosto de 2002 el Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI completó la tramitación de la última de las 15.172 impugnaciones interpuestas en virtud de la Política de *Afilias* de impugnación de registros efectuados en el período de arranque para el dominio .info ("Política .info"). En el Informe Final de la OMPI relativo a la administración de casos en virtud de la mencionada Política de *Afilias* durante el período de arranque para el dominio .info se ofrece un resumen de las actividades de dicho Centro en relación con la administración de los procedimientos en virtud de esa Política. La OMPI ha administrado estos casos en lo que –según destaca– constituye probablemente el proyecto de mayor envergadura llevado a cabo de una sola vez por un proveedor de solución de controversias en materia de nombres de dominio. Y no solamente ha servido para poner en práctica los objetivos de la Política .info con el fin de establecer un mecanismo de protección para los titulares de marcas en la fase previa al registro, sino que también ha proporcionado al Centro la valiosa oportunidad de ampliar su experiencia como proveedor de servicios de solución de controversias (*vid.* <http://arbitr.wipo.int/domains/reports/info-sunrise/index.html>).

<sup>38</sup> Utilizado en relación con la afamada marca de cigarrillos *Camel*.

nos que el solicitante presentara una reclamación en virtud del mecanismo especial de resolución de disputas del .name (*Eligibility Requirements Dispute Resolution Policy*).

Cabe señalar que la adopción de estos nuevos gTLDs, así como el proceso de nombres de dominio en general, ha implicado –tal vez de forma elíptica– una cierta alteración al paradigma tradicional de la soberanía estatal, toda vez que la ICANN –una organización *no gubernamental*– adopta disposiciones sustantivas (por ejemplo, sobre los derechos de que gozará el solicitante de un nombre de dominio, que pueden alcanzar gran importancia económica) y es obedecida sin cuestionamientos. Ello, a pesar de que la ICANN –contrariamente a la doctrina tradicional de la soberanía estatal– no ejerce el monopolio de la fuerza en ningún territorio<sup>39</sup>.

Respecto de los dominios de nivel superior correspondientes a códigos de países (ccTLD), las redes situadas fuera de Estados Unidos utilizan un último sufijo correspondiente a un código de país, formado por un punto y dos letras, derivado de la Norma 3166 de la Organización Internacional de Normalización (ISO 3166)<sup>40</sup>, por ejemplo, .ar (Argentina), .au (Australia), .de (Alemania), .br (Brasil), .ca (Canadá), .eg (Egipto), .es (España), .fr (Francia), .jp (Japón), .it (Italia), .mx (México), .pe (Perú), .uy (Uruguay), .za (Sudáfrica)<sup>41</sup>. Algunos de estos dominios de nivel superior correspondientes a códigos de países son abiertos en el sentido de que no hay restricciones sobre las personas o entidades que pueden registrarse con ellos. Otros restringen los registros de nombres única-

<sup>39</sup> *Vid.* Weber, M., *Economía y Sociedad*, traducción de J. Medina Echavarría, J. Roura Parella, E. Imáz, E. García Máñez y J. Ferrater Mora, décima reimpresión, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 43.

<sup>40</sup> La atribución de un código de país a un dominio por la IANA no representaba reconocimiento de la situación del territorio designado por el código de país. Como se indicó en la RFC 1591, la IANA no está en la actividad de decidir qué es y qué no es un país ("Informe Final sobre el Proceso de la OMPI relativo a los Nombres de Dominio de Internet", 30 de abril de 1999, nota 8, p. 14, <http://wipo2.wipo.int>).

<sup>41</sup> A la fecha del "Informe Final sobre el Proceso de la OMPI relativo a los Nombres de Dominio de Internet" (30 de abril de 1999) existían 243 ccTLDs (p. 3).

mento a las personas o entidades que satisfagan ciertos criterios (por ejemplo, domicilio o sede social en el territorio).

Funcionalmente, no existen diferencias entre los gTLDs y los ccTLDs. Un nombre de dominio registrado en un ccTLD proporciona exactamente la misma conectividad que un nombre de dominio registrado en un gTLD. Y, como se dijo, tampoco puede pensarse que los gTLDs sean abiertos y que los ccTLDs sean restringidos. Como se señaló, existen gTLDs y ccTLDs sin restricciones en cuanto al uso y gTLDs y ccTLDs que limitan el uso a personas o entidades que satisfagan ciertos criterios<sup>42</sup>.

Ahora bien, más allá de su función técnica originaria, y en atención al uso que de ellos se hace habitualmente en el tráfico ciberespacial—como destaca Massaguer—, los nombres de dominio han pasado a ser signos distintivos atípicos. “En la práctica, los nombres de dominio establecen una vinculación entre el recurso Internet y un sujeto, así como entre este sujeto y la actividad, en su caso económica o empresarial, a que se refiere el contenido del recurso Internet en cuestión, y en su caso entre ese sujeto y el recurso Internet como lugar de contratación de las prestaciones allí ofrecidas. La proximidad funcional con los signos típicos en el sistema de marcas, sin embargo, no tiene reflejo en una paralela proximidad institucional y organizativa, y desde esta última perspectiva el paralelo no existe ni en el orden sustantivo (condiciones para el registro) ni en el orden procedimental (trámites para el registro). En efecto, si el sistema de marcas tiene un carácter territorial, esto es, su vigencia se limita al territorio del Estado y sólo en dicho territorio se puede reclamar el uso exclusivo, el DNS tiene un alcance universal, el nombre de dominio permite acceder al ordenador así identificado desde cualquier parte. Si el sistema de marcas asume el riesgo de confusión como clave para solventar los conflictos entre signos, en el DNS este papel corresponde al principio de identidad. Si el sistema de marcas está presidido por el principio de especialidad, el DNS es también universal, siempre, eso sí, dentro de cada dominio. Si en el sistema de marcas no es desconocida la protección de los signos usados pero no

registrados, en el DNS no existe protección sin registro. Si el acceso al sistema de marcas está condicionado al cumplimiento de ciertos requisitos estructurales y al respeto de ciertas condiciones expresadas como prohibiciones de registro que, en esencia y de forma muy simple, aseguran que las marcas no monopolicen signos que deben estar a disposición de cualquier operador y que no invada los derechos anteriores de terceros, el DNS es, en principio, ajeno a muchas de las preocupaciones que inspiran la regulación del sistema de marcas en este punto, como manifiesta con claridad la admisibilidad del registro de términos genéricos como nombres de dominio” (en nota 1, Massaguer cita: *LG Frankfurt aM “wirtschaft-online.de”*<sup>43</sup> = NJW-CoR 1997, p. 173, *LG München I “sat-shop.com”* = NJK-CoR, 1997, p. 496)<sup>44</sup>.

Por su parte, Salis señala que estas asimetrías entre marcas y nombres de dominio no han sido aún solucionadas y tendrán gran incidencia en la respuesta que se brinde a los distintos conflictos que aparezcan, pues desde hace unos años se observa el surgimiento de una multiplicidad de controversias planteadas en ocasión de la obtención y ulterior utilización de un nombre de dominio idéntico o similar a una marca previamente solicitada y registrada por un tercero no relacionado con el titular del nombre de dominio. “Como todos bien sabemos, el fabuloso crecimiento de Internet convierte a la red en un sitio de publicidad ideal donde además se pueden concretar gran cantidad de transacciones comerciales. Es por ello que resulta sumamente conveniente que una empresa que utiliza Internet como vehículo de comercialización de sus productos y servicios informe a sus clientes dónde puede ser ubicada en el ciberespacio. La dirección más apropiada en este contexto es aquella que contiene la marca y/o el nombre de la compañía, a través de los cuales la empresa es conocida entre el público consumidor. A través del IP—*Internet Protocol*—se representa la dirección numérica de un or-

<sup>43</sup> *Wirtschaft* = economía.

<sup>44</sup> Massaguer, J., “El uso de marcas en Internet”, documento presentado en la *Consulta Regional de la OMPI sobre Comercio Electrónico y Propiedad Intelectual*, Buenos Aires, 2 y 3 de agosto de 1999.

<sup>42</sup> *Ibid.*

denador en Internet para que cada ordenador conectado a esta 'red de redes' pueda comunicarse con cualquier otro. Sin embargo, y debido a la dificultad de la gente en recordar estas direcciones numéricas, se han asignado a las mismas los llamados *nombres de dominio* que son elegidos por los registrantes de acuerdo con las pautas brindadas en el párrafo anterior, es decir, utilizando sus propias marcas. Y es precisamente aquí donde se plantean los mayores problemas"<sup>45</sup>.

En el Primer Proceso de la OMPI sobre Nombres de Dominio, se investigó la interfaz entre las marcas y los nombres de dominio de Internet, y se recomendó el establecimiento de un procedimiento uniforme de solución de controversias que tratase las controversias relativas al registro y uso de mala fe de marcas como nombres de dominio, práctica conocida —como ya se dijo— con la expresión "*ciberocupación*", a lo cual se dio respuesta con la Política Uniforme de Solución de Controversias relativas a Nombres de Dominio (*Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy* = UDRP), adoptada por la ICANN como consecuencia del mencionado Primer Proceso de la OMPI. La Política Uniforme es parte integrante de los acuerdos de registro y establece los términos y condiciones aplicables a una disputa entre partes concerniente al registro y uso de un nombre de dominio. Se entiende que está prevista para casos de registro abusivo; las cuestiones que deban ser objeto de un debate amplio no pueden ser resueltas de conformidad a dicha Política Uniforme.

El Segundo Proceso de la OMPI sobre Nombres de Dominio tuvo lugar a raíz de determinados aspectos que el Primer Proceso no cubrió, toda vez que éste tuvo como fin resolver los conflictos surgidos entre las marcas y los nombres de

dominio, pero no trató los conflictos entre los nombres de dominio y diversos identificadores que no son marcas, razón por la cual los Estados Miembros de la OMPI solicitaron a ésta<sup>46</sup> que tratara los conflictos entre los nombres de dominio y estos identificadores, a saber:

- Denominaciones Comunes Internacionales (DCI) para las Sustancias Farmacéuticas (un sistema internacional de nomenclatura para sustancias farmacéuticas adoptado por consenso);
- los nombres y acrónimos de organizaciones internacionales intergubernamentales (OII);
- los nombres de personas físicas;
- los indicadores geográficos, tales como las indicaciones de procedencia utilizadas en determinados productos; y
- los nombres comerciales (que son los utilizados por empresas).

El problema que se presenta con estos identificadores es que su tutela no está tan desarrollada como la protección de las marcas y por ello era necesario relevar la situación de dichos identificadores en Internet a fin de intentar hallar una solución a los problemas que plantea su uso en el ciberespacio. A lo largo del Segundo Proceso, la OMPI pudo constatar que en gran cantidad de casos hubo personas que registraron como nombres de dominio, por ejemplo, los nombres de ciudades o de poblaciones indígenas sin tener ninguna relación con éstas<sup>47</sup>. Lo mismo ocurrió con personalidades científicas y del ámbito político, en relación con quienes se pudieron apreciar registros de sus nombres en Internet por parte de personas que no representaban a esas personalidades<sup>48</sup>. Estas prácticas, que causaron un gran malestar en los sectores involucrados, se deben principalmente a que el sistema de nombres de dominio asigna el registro a quien pri-

<sup>45</sup> Salis, E., "Los nombres de dominio en Internet y las marcas. La OMPI y el proceso de nombres de dominio en Internet", documento presentado en el *Seminario Itinerante sobre la Propiedad Intelectual en un mundo globalizado*, organizado por la OMPI, realizado en las Universidades de Guanajuato, de Nueva León y Nacional Autónoma de México y en la Asociación Mexicana de Directivos de la Investigación Aplicada y el Desarrollo Tecnológico (Guanajuato, Monterrey y Ciudad de México, 30 de junio, 3 y 5 de julio de 2000).

<sup>46</sup> Solicitud recibida por el Director General de la OMPI el 28 de junio de 2000 y formulada por diecinueve Estados Miembros.

<sup>47</sup> "El reconocimiento de los derechos y el uso de nombres en el sistema de nombres de dominio en Internet" - Informe del *Segundo Proceso de la OMPI relativo a los Nombres de Dominio de Internet*, de 3 de septiembre de 2001, p. vi (<http://wipo2.wipo.int>).

<sup>48</sup> *Ibid.*, p. vi.



mero lo solicita y sin examinar el interés legítimo del solicitante lo cual por una parte se corresponde con el carácter dinámico y descentralizado de Internet, pero -tal como ocurrió en un primer momento con las marcas- genera problemas cuando los verdaderos titulares de las locuciones registradas abusivamente como nombres de dominio quieren ingresar en el espacio virtual.

En el *Informe Final del Segundo Proceso de la OMPI* se propusieron soluciones para los registros abusivos de DCI y de nombres y acrónimos de OII. Para las primeras, se adoptó un sistema en virtud del cual cualquier interesado puede notificar a la OMPI la existencia de un registro de una DCI como nombre de dominio idéntico (no se prevé el caso de DCI registradas como nombres de dominio similares). A partir de ese momento, la OMPI da intervención a la Organización Mundial de la Salud (OMS) y, en forma conjunta, ambas organizaciones notifican la cuestión a la ICANN, la cual se encarga de hacer saber la existencia del registro de la DCI al correspondiente registrador a fin de que lo suprima<sup>49</sup>. Para las segundas -las OII- se recomendó a los Estados Miembros de organizaciones internacionales que aprueben un sistema similar a la Política Uniforme de Resolución de Disputas (adoptada a resultados del Primer Proceso), conforme al cual una OII puede denunciar: a) que un nombre de dominio coincide o se presta a confusión con el nombre o la sigla de la OII; b) que el registrante carece de interés legítimo, o c) que puede darse una asociación errónea entre el titular del registro de nombres de dominio y la OII en cuestión<sup>50</sup>. Vemos entonces que respecto de las OII la propuesta tiene mayor alcance, dado que se contempla la posibilidad de oponerse a nombres de dominio *similares*, mientras que respecto de las DCI sólo se prevé la supresión de nombres de dominio *idénticos*.

Respecto de los demás identificadores, es decir, los nombres de personas, los identificadores geográficos y los nombres comerciales, no se llegó a un acuerdo.

<sup>49</sup> *Ibid.*, p. vii.

<sup>50</sup> *Ibid.*, p. viii.

En el caso de los nombres de personas, se constató una gran disparidad entre las diversas legislaciones nacionales y una falta de protección a nivel internacional. De todas formas, el *Informe Final sobre el Segundo Proceso de la OMPI* llegó a la conclusión de que constituye una ofensa el registro de dichos identificadores por personas no autorizadas, dando a entender que es la comunidad internacional la que debe decidir si desea elaborar normas que prevean la protección de dichos identificadores contra el registro abusivo de nombres de dominio<sup>51</sup>.

Respecto de los identificadores geográficos, el *Informe Final del Segundo Proceso de la OMPI* expresó que si bien existe a nivel internacional una protección de dichos identificadores (por ejemplo, denominaciones de origen), las normas mencionadas se aplican al comercio, por lo cual, en caso de querer aplicarlas a los nombres de dominio, deberían adaptarse. Se concluyó que el Derecho internacional debe avanzar en este ámbito antes de adoptar una normativa sobre el tema. Una conclusión similar se adoptó respecto de otros identificadores geográficos, como los nombres de países o de poblaciones indígenas -ámbito en el que, como se dijo, se constató la existencia de gran cantidad de registros abusivos (por personas no autorizadas)- expresando que aún falta decidir si la comunidad internacional desea adoptar una legislación que regule estas cuestiones<sup>52</sup>.

Finalmente, los más perjudicados por el *Informe Final* parecen haber sido los nombres comerciales, pues si bien por una parte se mencionó la existencia de normas a nivel internacional que prevén su protección, por la otra se verificó una gran disparidad de enfoques respecto de aquello que las legislaciones nacionales entienden por "nombre comercial" y, por lo tanto, se consideró que existiría una gran dificultad para coordinar su protección en el plano internacional, por lo cual se recomendó que en este ámbito no se tomara medida alguna<sup>53</sup>.

<sup>51</sup> Respecto de los nombres de persona, debe destacarse que la ICANN ha adoptado -como nombre de dominio de nivel superior genérico- el nombre, al que sólo pueden acceder personas físicas.

<sup>52</sup> "El Reconocimiento de los Derechos y el Uso de Nombres en el Sistema de Nombres de Dominio en Internet" - *Informe del Segundo Proceso de la OMPI*, p. viii.

<sup>53</sup> *Ibid.*, p. ix.

Durante el período de sesiones de la Asamblea General de la OMPI que tuvo lugar en septiembre de 2002<sup>54</sup>, la mayoría de las delegaciones recomendó que se modificara la Política Uniforme de Solución de Controversias en materia de Nombres de Dominio (Política Uniforme) con el fin de suministrar protección a los nombres de países dentro del sistema de nombres de dominio (DNS). No obstante, se observó que, en particular, las siguientes cuestiones debían ser objeto de un examen más detenido: 1) la lista que debía tomarse como base para determinar los nombres de países objeto de la protección propuesta; 2) la ampliación del plazo para notificar a la Secretaría los nombres por los que se conoce familiar o comúnmente a los países, y 3) la manera de proceder respecto de los derechos adquiridos.

El Comité Permanente sobre el Derecho de Marcas, Dibujos y Modelos Industriales e Indicaciones Geográficas (SCT) continuó examinando estas cuestiones en su novena sesión, en la cual las delegaciones apoyaron —entre otros puntos— que la protección debía valer contra el registro o utilización de un nombre de dominio que fuera idéntico o similar a un nombre de país, cuando el titular del nombre de dominio no tuviera derecho ni interés legítimo alguno respecto del nombre.

La Oficina Internacional transmitió la recomendación a la ICANN y ésta aceptó la propuesta de la OMPI de protección en el DNS de los nombres de países y de las organizaciones internacionales intergubernamentales (OII).

Entre las cuestiones pendientes, el SCT (Documento SCT/9/8) destacó las siguientes: i) la ampliación de la protección a los nombres por los que se conoce familiar o comúnmente a los países; ii) la aplicación retroactiva de la protección a los registros vigentes de nombres de dominio respecto de los cuales, presuntamente, se hayan adquirido derechos, y iii) la cuestión de la inmunidad soberana de los Estados

<sup>54</sup> Vid. "La protección de los nombres de países en el sistema de nombres de dominio". Documento OMPI/SCT/10/5 de 30 de marzo de 2003, preparado por la Secretaría, Comité Permanente sobre el Derecho de Marcas, Dibujos y Modelos Industriales e Indicaciones Geográficas, décima sesión, 28 de abril a 2 de mayo de 2003.

ante los tribunales de otros países en acciones judiciales relacionadas con la protección de nombres de países en el DNS.

### 3.3.2. Los servicios de solución de controversias

Con el aumento de las inversiones comerciales, la publicidad y otras actividades en Internet, las empresas comenzaron a advertir no sólo la conveniencia de tener un sitio de Internet con su marca como nombre de dominio, sino que muchas veces descubrieron que no podían hacerlo porque otro ya se había adelantado a registrar ese nombre sin su autorización, fenómeno que —como se dijo— se denomina *ciberocupación*.

Las controversias aumentaron tanto que se hizo necesario disponer de mecanismos ágiles y adecuados para resolverlas, además del trámite judicial que en muchos casos no resultaba satisfactorio dado el carácter normalmente plurijurisdiccional de las divergencias originadas en Internet.

Luego de un intenso proceso de consultas que involucró a gran cantidad de personas e instituciones, tanto oficiales como privadas, nacionales e internacionales, el 24 de octubre de 1999 la ICANN aprobó el texto de la ya mencionada "Política Uniforme de Resolución de Disputas sobre Nombres de Dominio" y sus "Reglas"<sup>55</sup>, acreditó a cinco proveedores de servicios de solución de controversias para que tramitaran las disputas surgidas al amparo de la Política Uniforme: el Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI, aprobado efectivamente el 1° de diciembre de 1999; el Foro Nacional de Arbitraje (NAF = *National Arbitration Forum*) aprobado efectivamente el 23 de diciembre de 1999; el Instituto de Solución de Controversias (CPR = *Institute for Dispute Resolution*) aprobado efectivamente el 22 de mayo de 2000; *e-Resolution*, aprobado efectivamente el 1° de enero de 2000 (desde el 16 de octubre de 2000 figura como DeC)<sup>56</sup> y el Centro Asiático para

<sup>55</sup> <http://www.icann.org/udrp/udrp-policy-24oct99.htm> y <http://www.icann.org/udrp/udrp-rules-24oct99.htm>

<sup>56</sup> A partir del 30 de noviembre de 2001, *e-Resolution* no acepta más disputas relativas a nombres de dominio; sin embargo, las pendientes a esa fecha continuarán hasta su conclusión (vid. *INTA Bulletin*, vol. 57, N° 2, 15 de enero de 2002).

la Solución de Controversias sobre Nombres de Dominio (ADNDRC = *Asian Domain Name Dispute Resolution Centre*), aprobado efectivamente el 28 de febrero de 2002 (tiene dos oficinas: en Beijing y en Hong Kong). Los registradores acreditados por la ICANN para efectuar registros en los dominios .com, .net o .org tienen la obligación de aplicar las resoluciones dictadas por los grupos de expertos en virtud del procedimiento de solución de controversias.

Desde la entrada en vigor de la Política Uniforme el 1° de diciembre de 1999, y hasta el 30 de enero de 2004, según información suministrada por la ICANN, se habían incoado 9.224 casos con arreglo a dicha Política, correspondientes a 15.397 dominios en disputa; en 6.134 casos (el 66,5% del total) se transfirieron los dominios controvertidos (10.603 dominios)<sup>57</sup>.

De ese total, en el Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI, hasta el 9 de febrero de 2004 se tramitaron 5.826 casos (145 de ccTLDs y 5.681 de gTLDs)<sup>58</sup>, en el NAF, entre el 10 de enero de 2000 y el 2 de febrero de 2004, se tramitaron 3.380 casos (en 2.791 –equivalente al 82,57 %– se transfirieron los dominios en disputa; en 20 –el 0,6 %– dichos dominios fueron cancelados y en 569 –el 16,83 %– fueron rechazadas las demandas)<sup>59</sup>; en el CPR, entre el 13 de junio de 2000 y el 24 de enero de 2004 se tramitaron 91 casos<sup>60</sup>, *e-Resolution* intervino en 110 casos y DoC en 173<sup>61</sup>; el *Asian Domain Name Dispute Resolution Centre*, entre el 1° de julio de 2002 y el 12 de enero de 2004, intervino en 53 casos<sup>62</sup>.

Como resulta de las estadísticas reseñadas, la mayoría de los casos fueron tramitados en el Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI. La OMPI ha puesto de relieve que en ma-

<sup>57</sup> <http://www.icann.org/udrp/proceedings-stat.html>

<sup>58</sup> <http://arbitrator.wipo.int/domains/statistics/cumulative/countries-es.html> y <http://arbitrator.wipo.int/domains/statistics/cumulative/countries-cclds-es.html>

<sup>59</sup> <http://www.arbforum.com/domains/>

<sup>60</sup> [http://www.cpradr.org/ICANN\\_Cases.htm](http://www.cpradr.org/ICANN_Cases.htm)

<sup>61</sup> Información suministrada por ICANN (*url*: <http://www.icann.org/cgi-bin/udrp/udrp.cgi>). Como *e-Resolution* ha dejado de operar, no se ofrecen más datos oficiales por parte de la compañía (<http://www.eresolution.ca>).

<sup>62</sup> [http://www.adndrc.org/adndrc/bj\\_statistics.html](http://www.adndrc.org/adndrc/bj_statistics.html) y [http://www.adndrc.org/adndrc/fuk\\_statistics.html](http://www.adndrc.org/adndrc/fuk_statistics.html)

yo de 2003, con la demanda presentada por el club inglés de fútbol *Tottenham Hotspur* para recuperar su identidad en Internet, usurpada por un supuesto *ciberocupante*, llegó a 5.000 el número de las interpuestas en virtud de la Política Uniforme desde que se creó dicho Centro, a las cuales vienen a añadirse más de 15.500 casos sometidos a éste en virtud de otras políticas específicas de solución de controversias, con lo cual el número total de demandas interpuestas ante la OMPI por *ciberocupación* asciende a 20.511. También ha destacado que, curiosamente, el primer caso de nombres de dominio que recibió dicha Organización en diciembre de 1999 fue presentado y ganado por la *World Wrestling Federation*, otra entidad deportiva, y que en virtud de la Política Uniforme se han presentado y resuelto un gran número de casos en el ámbito del deporte<sup>63</sup>.

El número de demandas interpuestas en virtud de políticas de solución de controversias relativas a dominios específicos, en particular, la política *sunrise* (para .info) y la política STOP (para .biz), ha sido de 15.511. La finalidad de dichas políticas era evitar un sinnúmero de demandas por ciberocupación a raíz de la introducción en 2002 de nuevos dominios genéricos de nivel superior (gTLD) que –como se dijo– amplió el número de gTLDs, los cuales inicialmente eran tres (.com, .net, y .org), a diez (los siete nuevos fueron .aero, .biz, .coop, .info, .museum, .name y .pro). La OMPI presta también servicios de solución de controversias en relación con treinta y tres dominios de nivel superior correspondientes a códigos de país (ccTLD).

El referido Centro recibe una media diaria de tres demandas relacionadas con la Política Uniforme, con lo cual se destaca que sigue habiendo casos de registro abusivo de marcas como nombres de dominio, aunque los progresos han sido importantes si se tiene en cuenta que cuando entró en vigor la Política Uniforme la media de casos era de cinco por día. Hasta mayo de 2003, el Centro se había ocupado de controversias en diez idiomas: español, alemán, chino, coreano, francés, japonés, inglés, noruego, portugués y ruso; y desde el punto de

<sup>63</sup> <http://www.wipo.int/pressroom/es/updates/2003/upd193.htm>

vista geográfico, en las demandas interpuestas en virtud de la Política Uniforme estuvieron implicadas partes procedentes de 110 países. En cuanto a las demandas interpuestas por país, encabezan la lista los Estados Unidos de América (46,8%); siguen el Reino Unido (9%), Francia (6%), España (5,5%) y Alemania (5,1%). En cuanto a los principales países demandados, en primer lugar vuelven a estar los Estados Unidos de América (44%), seguidos por el Reino Unido (9,4%), España (6%), República de Corea (5,2%) y Canadá (3,9%).

Entre las resoluciones que más interés han suscitado están las relativas a las demandas de los cantantes Madonna y Sting y la actriz Julia Roberts. Madonna y Julia Roberts ganaron sus respectivos casos, mientras que Sting no pudo presentar las pruebas que se exigen para recuperar un nombre de dominio (*vid.* <http://arbitr.wipo.int/domains/cases/all-es.html>). La Política Uniforme dispone al respecto que debe probarse: a) que el nombre de dominio objeto de controversia es idéntico o tan similar que pueda crear confusión con la marca del demandante; b) que el demandado no tiene derechos ni intereses legítimos respecto del nombre de dominio, y c) que ha registrado y utilizado el nombre de dominio con mala fe. Entre los sectores más afectados por ese tipo de demandas están: 1) la alimentación, el alcohol y los restaurantes; 2) la moda; 3) el espectáculo; 4) Internet y las tecnologías de la información y 5) los medios de información y edición.

El costo de iniciación de un procedimiento ante el Centro de la OMPI asciende a 1.500 dólares estadounidenses cuando se incluyen en la demanda de uno a cinco nombres de dominio; las partes suelen conocer la resolución en un plazo de aproximadamente cincuenta días a partir del inicio del procedimiento<sup>64</sup>.

La Política Uniforme ha demostrado ser un instrumento eficaz y adecuado para resolver controversias derivadas del uso abusivo, deliberado y de mala fe de marcas mediante el

<sup>64</sup> Un análisis estadístico de los casos incoados ante el Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI se encuentra disponible en <http://www.arbitr.wipo.int/domains/statistics/index.html>. Las tarifas pueden consultarse en <http://arbitr.wipo.int/domains/fees/index-es.html>

registro y la utilización de nombres de dominio en los gTLDs, toda vez que ha logrado atraer a participantes de todo el ámbito internacional<sup>65</sup>.

Como bien ha señalado Bianchi, constatamos que frente a nuevas realidades las comunidades dinámicas responden de manera también nueva. En ocasiones lo hacen de un modo adaptativo e ingenioso, y proporcionando soluciones de calidad y en condiciones de eficiencia, como sucedió hace diez siglos con la *lex mercatoria*<sup>66</sup>, y como está ocurriendo en el proceso de regulación del tráfico en la "red de redes" existe una alta probabilidad de que se establezca un orden jurídico adecuado a las características del medio, y a los intereses legítimos de los usuarios<sup>67</sup>.

### 3.4. El comercio electrónico

El comercio electrónico es una actividad propia de la sociedad de la información que consiste en el tráfico comercial de bienes y servicios a través de redes digitales.

<sup>65</sup> *Viz.* "Informe del Segundo Proceso de la OMPI relativo a los Nombres de Dominio de Internet", p. 4, en <http://wipo2.wipo.int>

Un estudio elaborado en agosto de 2001 reveló que dos proveedores de resolución de controversias, OMPI y NAF, entendieron en el 92% de los casos con arreglo a la "Política" de la ICANN. A raíz de ello, *e-Resolution* estimó que no era viable continuar ofreciendo sus servicios. Se considera que esto es consecuencia de la forma de funcionamiento de la mencionada "Política" pues permite que sean los reclamantes quienes seleccionen al servicio de solución de controversias (*vid.* *INTA Bulletin*, *cit.*).

<sup>66</sup> Actualmente se entiende que la *lex mercatoria* emergente de los modernos laudos arbitrales, en particular de los dictados por la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, no puede ser concebida como un sistema jurídico autónomo creado por términos y usos del comercio internacional al margen de los derechos nacionales, sino que es un conjunto de reglas y principios que dentro de los derechos nacionales urea, con delimitada libertad, un nuevo derecho común del comercio internacional (del dictamen del Fiscal de Cámara en el caso *Cia. Pérez Companc S.A. y otro c. ECOFISA S.A. y otro*, resuelto el 21/12/1990 por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala B, Buenos Aires, *Rev. El Derecho*, t. 143, p. 435).

<sup>67</sup> Bianchi, R.A., "Conflictos entre marcas y nombres de dominio de Internet. ¿Primera aplicación de un derecho global?", Buenos Aires, *Rev. La Ley*, t. 2000-C, p. 1117.

En este contexto el término *comercio* involucra toda clase de transacción de bienes y servicios que posibilite el intercambio de valores, ya sea de empresa a empresa, lo cual se conoce como B2B (*business to business*), o de empresa a consumidores, B2C (*business to consumer*). También puede tener lugar solo entre consumidores, como en el caso de los sitios de remates.

Y *electrónico* hace referencia:

- a la infraestructura global de ordenadores (es decir, a todos los ordenadores existentes conectados a la red),
- en combinación con las tecnologías de telecomunicaciones y redes que procesan y transmiten datos digitalizados, • ya sean redes públicas o redes privadas.

El comercio electrónico de bienes es *indirecto* cuando la operación se concerta *en línea*, pero la entrega es de un bien material, un producto tangible que se hace llegar al destinatario por las vías tradicionales de envío a domicilio. Un ejemplo muy conocido es el de las compras de libros en los sitios web de las librerías, como amazon.com; barnesandnoble.com; marcialpons.es, etcétera.

El comercio electrónico de bienes es *directo*, cuando toda la operación se realiza *en línea*, incluida la entrega, por ejemplo, de obras multimedia, música, programas de ordenador, etcétera.

En resumen, puede decirse que *comercio electrónico* es cualquier transacción comercial respecto de obras, interpretaciones, fonogramas, informaciones en general, productos y servicios en la cual las partes interactúan electrónicamente, es decir, a través de redes de ordenadores.

Estos servicios cubren una amplia variedad de actividades económicas, que pueden consistir, por ejemplo, en:

- la venta de productos culturales y otras mercancías *en línea*;
- poner a disposición del público información a través de una red digital de telecomunicación;
- ofrecer acceso a una red digital de comunicación o alojar información suministrada por quien contrata el servicio de alojamiento en un servidor;
- los servicios que se transmiten entre dos puntos, como las ejecuciones musicales o el video "a pedido" o "a la carta", o el envío de comunicaciones comerciales por correo electrónico.

En cambio, los servicios de radio y televisión por aire—o hertziana—(terrestre o satelital) y de cable distribución, no son servicios de la sociedad de la información, ya que no se prestan a petición individual de su destinatario y en el momento que éste elige, sino que la programación está predispuesta.

### 3.5. La puesta a disposición *en línea* (online) de obras y prestaciones protegidas por el derecho de autor y los derechos conexos

A) Si bien en la actualidad se habla mucho de los problemas que plantea la tecnología digital y la puesta a disposición del público *en línea*—es decir, en forma interactiva y previa solicitud—de obras, interpretaciones y productos culturales, no hay que olvidar que tanto el derecho de autor como los derechos conexos nacieron como respuesta a los desafíos que en su momento plantearon otras formidables tecnologías:

- la invención de la imprenta de tipos móviles por Gutenberg, a mediados del siglo XV, que constituyó la génesis del derecho de autor,

- y el fonógrafo de Edison, el cinematógrafo de los hermanos Lumière y la radio de Hertz y de Marconi que fueron, entre fines del siglo XIX y principios del XX, los puntos de partida del desarrollo tecnológico que dio lugar al reconocimiento de los derechos conexos.

Pero también es cierto que ninguno de los desarrollos tecnológicos precedentes fue tan impactante como los que tuvieron lugar en las últimas dos décadas

- con la explosión digital, y
- con el uso combinado de la tecnología digital y las redes de telecomunicaciones, porque la aparición de nuevas técnicas se aceleró y diversificó como nunca hasta entonces.

B) Con el desarrollo de las redes digitales, y en especial de Internet, ya hemos asistido a tres etapas del debate sobre el impacto de la tecnología digital<sup>68</sup>:

<sup>68</sup> Ficsor, M., Conferencia sobre "La protección del derecho de autor y derechos conexos. Papel que desempeñan los Tratados de la OMPI sobre In-



1) En la primera se predijo que el derecho de autor y los derechos conexos no serían aplicables en el entorno tecnológico de redes digitales.

Es posible que la idea de la inaplicabilidad de las normas sobre la materia se haya debido a que en gran medida Internet quedó marcada por su origen, a fines de 1969, en una primera red nacional de ordenadores, la Arpanet, patrocinada por la Agencia de Proyectos de Investigación Avanzada del Departamento de Defensa de los Estados Unidos de América. El propósito específico de esta red era el establecimiento y la experimentación de vínculos de comunicación entre ordenadores e investigadores universitarios (*vid. supra* § 3.2).

De modo que al principio la red tenía un uso limitado, ligado a la investigación, y por ello es probable que se la vinculara más con la posibilidad de acceder a la información y de reproducirla perfectamente, que con el derecho de autor, al que el público en general, y los investigadores en particular, suelen ser poco afectos en cuanto impone restricciones al libre flujo de información cuando ésta consiste en obras protegidas por el derecho de autor.

Y —como destaca André Lucas— todavía no se ha superado la prédica de algunos pioneros de Internet que, inspirados en la tradición libertaria de los primeros tiempos, querrían fomentar a toda costa la idea de que la dimensión mundial de las redes supone un vacío jurídico profundo<sup>69</sup>.

Internet", durante la *Consulta Regional de la OMPI sobre Comercio Electrónico y Propiedad Intelectual*, Buenos Aires, 2 y 3 de agosto de 1999, "Obligaciones relativas a las medidas tecnológicas y la información sobre la gestión de derechos - La tecnología como respuesta a los retos de la tecnología (Bosquejo)", *Seminario nacional de la OMPI sobre las medidas tecnológicas de protección en los Tratados de la OMPI de 1996*, y en el nuevo *Código Penal colombiano*, Bogotá, 25 a 27 de abril de 2001, Documento OMPIDA/BOG/01/2 de 19 de abril de 2001, §1. 2, y *La gestión colectiva del derecho de autor y de los derechos conexos*, Ginebra, OMPI, 2002, p. 102, §257.

<sup>69</sup> Lucas, A., "Aspectos de Derecho internacional privado de la protección de las obras y los objetos de derechos conexos transmitidos por las redes digitales mundiales", trabajo presentado en el *Grupo de consultores sobre los aspectos de Derecho internacional privado de la protección de obras y objetos de derechos conexos transmitidos mediante redes digitales mundiales*, Ginebra, OMPI, 16 a 18 de diciembre de 1998, Documento GOMPI de 25 de noviembre de 1998, §9.

2) Con posterioridad se generalizó un enfoque totalmente contrapuesto: todo podía seguir igual en el derecho de autor porque éste es perfectamente apto también en el entorno de redes digitales.

Y en efecto, los derechos de reproducción y comunicación pública consagrados por todas las leyes de derecho de autor del mundo como los dos derechos fundamentales y exclusivos de los autores de obras literarias, científicas, artísticas, musicales, dramáticas, audiovisuales, etcétera, incluyendo leyes vetustas (como la argentina de 1933 que, al 30 de abril de 2004, continuaba vigente) cubre las operaciones de su utilización en las redes digitales. Y aunque en la concepción jurídica continental europea los derechos le son reconocidos al autor con carácter genérico, en algunas legislaciones recientemente sancionadas, la puesta a disposición del público en Internet de obras protegidas por el derecho de autor, ofreciendo acceso a ellas en forma interactiva —que es la forma de utilización pública de obras característica de la sociedad de la información— es objeto de mención expresa, por ejemplo, en América Latina, en las dictadas en 1996 en México (art. 16, §II, c, art. 27, §II, c y art. 113, y en la reforma de 2003 que agregó el inc. e) al art. 27, §III); en 1998 en Brasil (art. 29, §VII) y en Guatemala (art. 21, §d, viii); en 1999 en Nicaragua (art. 23, §5, d y e); en 2000 en República Dominicana (art. 19, §6, h) y en las reformas sancionadas en Costa Rica (art. 16, §1, f); en 2003 en Uruguay (art. 2, último párrafo). Pero aun cuando las leyes no contengan tal mención, esto no es óbice para que el autor disponga igualmente del derecho exclusivo sobre toda forma de utilizar la obra, porque —como se dijo— *los derechos patrimoniales le son reconocidos con carácter genérico*, lo cual aparece indicado en ellas en distintas formas y *no están sujetos a numerus clausus*; los derechos de explotación de que dispone el autor son tantos como formas de utilización de la obra sean factibles, no sólo en el momento de la creación de la obra, sino durante todo el tiempo en que ella permanezca en el dominio privado.

3) Finalmente, en la tercera etapa se llegó a la conclusión de que sólo eran necesarias algunas adaptaciones. En el plano de las normas internacionales esas adaptaciones llegaron con los Tratados de la OMPI sobre Derecho de Autor

(TODA/WCT) y sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (TOIEF/WPPT). Como señala Ficsor, estos tratados "ponen respuestas adecuadas a todas las predicciones de que los derechos de autor y derechos conexos no serían aplicables en el entorno digital y de redes. Los mismos reflejan el reconocimiento de que se hacían necesarios ciertos cambios de las normas internacionales, pero que no se justificaba ninguna transformación fundamental del sistema de derecho de autor y derechos conexos. El nivel de protección de los tratados corresponde prácticamente al del Convenio de Berna y la Convención de Roma, *más* (al menos, en lo que hace a las principales normas sobre derechos, y las excepciones y limitaciones a los mismos) al del Acuerdo sobre los ADPIC, *más* a lo que todavía se ha agregado sobre la base de la llamada 'agenda digital' de los trabajos preparatorios y la Conferencia Diplomática de 1996. Este último nivel agregado consistió en: i) la aclaración de cómo se deben aplicar en el entorno digital las normas internacionales existentes (en particular, aquellas referidas al derecho de reproducción y a las excepciones y limitaciones; ii) alguna adaptación de las normas existentes a las condiciones nuevas (en particular, la extensión del derecho de [primera] distribución y del derecho de comunicación al público a todas las categorías de obras, junto con el reconocimiento de los derechos correspondientes a la 'puesta a disposición' interactiva de obras, interpretaciones o ejecuciones grabadas y fonogramas); y iii) la introducción de algunas obligaciones verdaderamente nuevas (en particular, las referentes a la protección de las medidas tecnológicas y la información sobre la gestión de derechos)".<sup>70</sup>

C) Estas adaptaciones fueron motivadas por las particularidades de la explotación de las obras y prestaciones en el entorno digital, porque:

- en las redes digitales la información se encuentra desmaterializada: existe sólo en la memoria del ordenador;
- no se transmiten copias tangibles. La copia tangible la hace el usuario final y no el proveedor;

<sup>70</sup> Ficsor, M., *La gestión colectiva del derecho de autor y de los derechos conexos*, p. 102, §257.

- en la red digital mundial la información puede ser accesible simultáneamente a una cantidad ilimitada de personas en todo el mundo, y

- al no ser necesario trasladarse, la información es recibida por el usuario final, a su pedido, en el momento y lugar que él elige (en su casa o en su lugar de trabajo, etcétera).

Estas características de Internet determinan que sea un medio de comunicación más masivo que elitista, y que en todas partes aumente constantemente el número de personas que utilizan la red en vista de las formidables posibilidades que ofrece como herramienta de trabajo, tanto para intercambiar mensajes y archivos como para consultar toda clase de datos, estadísticas, documentos, catálogos de bibliotecas, conocer libros, revistas, artículos, etcétera, y no sólo los textos sino las imágenes, los sonidos y las secuencias de video que se ponen a disposición del público en los respectivos sitios, o para adquirirlos.

Es que todas las obras pueden ser digitalizadas, es decir, transformadas en señales binarias e incorporadas a la memoria de un ordenador personal o de un servidor que puede poner esos contenidos en Internet.

Una vez que las obras y las prestaciones están disponibles, el público puede efectuar copias en forma rápida y perfecta sin importar cuántas veces se hagan ni a qué distancia se encuentre el usuario, frecuentemente sin el conocimiento de los titulares de los derechos. Una vez descargadas en el ordenador del usuario final, las obras que no estén protegidas por medidas técnicas que permitan controlar la utilización que se efectúa de ellas<sup>71</sup>, pueden ser manipuladas, procesadas, modificadas, ampliadas, reducidas y copiadas (mediante los distintos programas de edición --como el Fireworks para imágenes fijas, el Sound Forge para sonidos y el Adobe Premier para videos--) y transmitidas por correo electrónico o puestas a disposición del público en un sitio web.

Por eso Omai dice que "en este nuevo entorno, cada consumidor que se conecta, es un autor, un editor y un infractor

<sup>71</sup> *Id. supra*, cap. 2, §2.2.2.3.3.1, B).

en potencia, las tres cosas al mismo tiempo o en diferentes momentos<sup>72</sup>.

D) Hay formas de comportamiento bastante frecuentes en las que es posible que los problemas de derecho de autor y conexos que plantean las transmisiones en Internet aparezcan menos expresas. Veamos algunas.

• *El correo electrónico*

El correo electrónico permite tanto intercambiar mensajes y archivos más o menos voluminosos en forma desmaterializada y en fracciones de minuto, sin limitaciones geográficas (y al costo de una comunicación telefónica local, y generalmente aún menor, o de un abono a un sistema de *banda ancha*), como trabajar en un grupo nacional o transnacional, sin que los usuarios tengan que trasladarse.

Quien envía un mensaje por *e-mail* no está realizando un acto de comunicación pública como cuando se pone una información en un sitio o en una página web pero, respecto del derecho de autor y conexos, los actos de reproducción y de comunicación al público de información protegida pueden tener un alcance mucho mayor cuando se hacen por redes digitales que en el mundo analógico: digitalizar un artículo de una revista *escaneándolo* y enviarlo luego a uno o varios grupos de destinatarios, requiere de un costo y un esfuerzo muy reducidos y, sin embargo, se llega a distribuir, en muy escaso tiempo, un gran número de ejemplares de una obra protegida, con el consiguiente daño para el autor y el editor.

Es por ello que actualmente se plantea que las limitaciones tradicionales del derecho de autor y conexos, en especial las relativas al derecho de reproducción, tienen un significado muy distinto en el entorno digital que en el entorno analógico, y su alcance debe ser evaluado mucho más estrictamente, porque no es lo mismo que una biblioteca haga una fotocopia de un ejemplar de una obra para reponer el destruido o perdido, a que entregue copias electrónicas de todo o parte de obras

<sup>72</sup> Oman, R., "El imperativo de la responsabilidad compartida en Internet", *Boletín de Derecho de Autor*, París, Unesco, 2/1998, p. 29.

protegidas por el derecho de autor que integran sus colecciones, o que una persona envíe por *e-mail* cientos de ejemplares a otros tantos destinatarios. Es muy difícil que pueda alegarse que estos actos caben dentro de alguna de las excepciones al derecho de autor—en particular, de la excepción de copia privada, ya que por medio de los correos electrónicos no sólo se pueden reproducir con increíble facilidad las obras, haciendo innumerables copias perfectas, sino comunicarlás a otros cientos o miles de usuarios—ni que cumplan la regla de las tres condiciones establecidas en el art. 9, §2 del Convenio de Berna, receptadas con carácter general respecto de todas las excepciones en el art. 13 del ADPIC<sup>73</sup> y, del mismo modo, en los arts. 10, §2 del TODA y 16, §2 del TOIEF (*vid.* cap. 1, §1.9.4.4.5 y cap. 2, §§2.2.3.2. y 2.3.5.3, 3).

• *La consulta de información publicada*

En Internet es posible consultar la información disponible sin necesidad de que el usuario se traslade; puede recibir la información en el ordenador que tiene en su casa o en el lugar donde trabaja; no hay *limitaciones geográficas*. Tradicionalmente, para consultar el catálogo de una biblioteca pública, el usuario tenía que desplazarse. Ahora, a través de Internet, un usuario de Bogotá puede conocer el catálogo de una biblioteca situada en esa ciudad o en cualquier parte del país o del exterior, así como los catálogos del conjunto de las bibliotecas vinculadas (por hipervínculos o *links*).

<sup>73</sup> El art. 9, §2 del Convenio de Berna (Acta de París, 1971) establece que: "Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras en determinados casos especiales, con tal de que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor" y en el art. 13 del Acuerdo sobre los ADPIC (o TRIPS), las tres condiciones acumulativas enunciadas se extienden a todas las excepciones que prevean las legislaciones nacionales de los países Miembros de la Organización Mundial del Comercio (OMC): "Los Miembros circunscribirán las limitaciones o excepciones impuestas a los derechos exclusivos a determinados casos especiales que no atenten contra la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos".

Supongamos que se trata de una biblioteca del Uruguay (o de cualquier otro país donde el plazo de protección *post mortem auctoris* es de cincuenta años) y que en su catálogo se encuentra un gran número de obras de un escritor argentino fallecido en 1942 cuyas obras han sido publicadas por primera vez en la Argentina. Esas obras estarán en el dominio público en el país donde está situada la biblioteca, porque allí como se dijo— el plazo de protección *post mortem auctoris* es de cincuenta años, pero no en la Argentina donde en 1997 dicho plazo se extendió a setenta años *p.m.a.* y se dispuso que las obras que se encontraban en el dominio público sin que hubiesen transcurrido los mencionados setenta años posteriores a la muerte del autor, volvían automáticamente al dominio privado (ley 11.723, art. 84). Supongamos que, además de permitir consultar el catálogo, el menú de la biblioteca ofrece otras opciones: ver un resumen del contenido de cada una de las obras, o algunos capítulos e, incluso, los textos completos de los libros y, además, que se pueden bajar esos textos al disco rígido del ordenador o a un dispositivo de *e-book* del usuario de Internet en la Argentina. Y, finalmente, supongamos que todos esos actos de digitalización y puesta a disposición del público en Internet de las obras y de sus resúmenes hayan sido realizados durante 2004, y que la biblioteca lo haya hecho porque, como en el país donde está situada, el plazo de protección *p.m.a.* es de cincuenta años y el autor de obras argentinas falleció en 1942, allí sus obras se encuentran en el dominio público desde el 1° de enero de 1993.

Entonces, ¿qué problemas de derecho de autor se plantean? Veamos: si bien para realizar todos los actos descriptos, en Uruguay y otros países cuyo plazo de protección *p.m.a.* es inferior al establecido en el país de origen de la obra (setenta años), no era necesaria la autorización de los herederos o de los derechohabientes del autor del ejemplo, hay que tomar en cuenta que en Internet las obras atraviesan las fronteras y los derechos de la biblioteca uruguaya y los derechos de los causahabientes del autor argentino entran en colisión en la Argentina, porque en este país es necesaria la autorización de estos últimos y, si en lugar de una publicación electrónica en Internet, la biblioteca hubiera producido una edición de ejemplares tangibles, estaría muy claro que esos

ejemplares no pueden circular en la Argentina ni en otros territorios en los que la obra todavía se encuentra en dominio privado, y que los causahabientes del autor se podrían oponer y solicitar medidas para impedir la importación.

De modo que las instituciones que desean digitalizar las obras que poseen e instalar un programa de acceso en línea semejante al del ejemplo, deben proceder con suma cautela, no sólo en cuanto a la digitalización —ya que el almacenamiento en una memoria de ordenador es, *per se*, un acto de reproducción (*vid. supra*, cap. 2, §2.2.2, 1)— sino en relación con los tipos de acceso que van a ofrecer, y también respecto de los territorios donde se podrá acceder a dichas obras. También deben tener en cuenta que el derecho de autor cubre no sólo la puesta a disposición y la reproducción de la obra completa, sino también de partes o extractos o resúmenes, porque éstos constituyen una transformación de la obra, y que —al igual que el derecho de reproducción— el derecho de transformación es uno de los derechos patrimoniales exclusivos del autor.

#### • La publicación de información

El autor de una obra inédita y no contratada tiene, naturalmente, pleno derecho a publicarla en Internet y ponerla a disposición del público en todo el mundo, o de autorizar a un tercero a hacerlo; pero si quiere difundir obras de otros autores, necesita las correspondientes autorizaciones. Supongamos que un docente que publica un trabajo de su autoría en el sitio web de la Facultad o de la Universidad decide aprovechar las posibilidades que ofrece la tecnología y agrega material bibliográfico de otros autores, que también necesitan los alumnos, *escaneándolo* de las ediciones en papel y convirtiéndolo así en material electrónico. Los alumnos podrán encontrar esas obras en el sitio web y, eventualmente, imprimir las; otros podrán, simplemente, fotocopiar los textos impresos por los compañeros que descargaron e imprimieron ese material. Y como el sitio web de la Facultad o de la Universidad es un sitio abierto al que se puede acceder directamente o a través de hipervínculos (o *links*), esas operaciones podrán hacerse en todo el mundo.

En los actos descriptos —salvo en lo que respecta a la obra de autoría del docente— éste y sus alumnos habrán realiza-

do, sin autorización de los autores de las obras, una serie de actos cubiertos por el derecho de autor tales como: digitalizar mediante tecleo o bien de escaneo una obra protegida de un soporte papel a un medio informático; poner la obra a disposición del público; sacar copias electrónicas; transferir copias; almacenar la obra en un disquete o en un CD-Rom o en una base de datos; colocar la obra en una red digital; imprimir la obra en papel. El docente del ejemplo y sus alumnos habrán realizado actos que el Convenio de Berna, el AADPIC, el TODA/WCT y las leyes nacionales reconocen exclusivamente al autor y que estas últimas tipifican como delitos penales. Estos derechos no sólo los tienen los autores de obras nacionales sino también los autores de obras extranjeras porque, de acuerdo al Convenio de Berna y los demás mencionados, se les debe aplicar el trato nacional, es decir, se les deben reconocer los mismos derechos que a aquellos.

Es fácil imaginar cómo, entre los ejemplos precedentes, se pueden incluir interpretaciones de obras musicales y, de este modo, involucrar a los respectivos titulares de derechos conexos.

E) Actualmente, la web es una gigantesca librería, base de datos, tienda de música y de toda clase de productos informáticos, culturales y de entretenimiento que se encuentran a disposición del público (en forma onerosa o bien gratuitamente). Esa biblioteca-tienda virtual, enorme, desordenada y muchas veces caótica, ofrece la posibilidad a todos quienes dispongan de una conexión a Internet de acceder a toda clase de obras que se encuentran alojadas en ella, con la facilidad que brinda la puesta a disposición del público en línea —interactiva y previa solicitud— lo cual, como se dijo, le permite hacerlo en cualquier momento y sin trasladarse, en el ordenador de su casa, en el lugar de trabajo o en la calle (desde una línea telefónica) y sin limitaciones geográficas.

¿Y cómo se hace para saber cuál es la bibliografía sobre ediciones electrónicas y su contenido disponible en Internet y accesible en todo el mundo? Naturalmente, a partir de una dirección electrónica, pero también por medio de *buscadores* —o *motores* o *herramientas de búsqueda*— que tienen una par-

ticipación decisiva. Los sistemas de búsqueda son megabases de datos que registran contenidos temáticos que circulan por Internet, clasificándolos para una búsqueda rápida y eficaz. Para utilizarlos basta acceder a cualquiera de los buscadores que se encuentran en Internet y solicitar la búsqueda indicando sólo algunas palabras principales y luego seleccionando el nombre que se quiere encontrar y el idioma (existe incluso la posibilidad de relacionar distintos términos pidiendo que se encuentre material sobre un tema pero que excluya específicamente a otro). Algunos buscadores son muy conocidos, como Yahoo (www.yahoo.com) o Google (www.google.com), que algunos proveedores de servicios publicitan poniéndolos directamente a disposición en su página de inicio (o primera página de un sitio web).

F) En todos los medios hay dos modelos de comunicación: el *push* (empujar) y el *pull* (tirar, halar, atraer).

La web es de modelo *pull*, porque el usuario tiene que ir a buscar la información que le interesa, y encontrarla, y luego traerla hacia él, halarla hacia su ordenador. Es por ello que los motores de búsqueda en Internet son indispensables y los buenos se han hecho tan famosos.

En cambio el *e-mail* es modelo *push* porque quien origina el mensaje es el que lo envía, quien lo empuja hacia el destinatario.

La radiodifusión y la cable distribución corresponden al modelo *push* porque sin hacer más que una selección mínima, la de un canal, el usuario recibe toda la información (el organismo de radiodifusión o el distribuidor de cable la “empuja” hacia el usuario). Los diarios y revistas también son del modelo *push* porque el lector no es quien inicia la acción comunicativa. La mayor parte de los medios de comunicación masiva son de modelo *push* y requieren poco trabajo (o participación) del usuario final.

G) En cuanto a la calificación jurídica de las transmisiones en el entorno de las redes digitales, en los Tratados de la OMPI de diciembre de 1996 se evidencian los distintos criterios mayoritariamente sostenidos en los países de tradición continental europea (derecho de comunicación pública y, tam-



bién, derecho de reproducción) y en los Estados Unidos de América (derecho de distribución).

Como se vió *supra* (cap. 2, §2.3.5.1, 2, d), en el TODA el art. 8 reconoce en forma expresa el derecho exclusivo del autor a autorizar la comunicación pública de todas las categorías de obras, mencionando explícitamente los actos de transmisión digital (*"la puesta a disposición del público de sus obras, de tal forma que los miembros del público puedan acceder a estas obras desde el lugar y en el momento en que cada uno de ellos elija"*). Esta redacción —enseña Delgado— se debió a una propuesta de la Unión Europea y de sus Estados Miembros, apoyada por la Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores (CISAC), por cuanto esa redacción del art. 8 articulaba la protección en las redes sobre la base de la noción de comunicación pública y no en la de distribución, cubierta por un derecho que se encuentra normalmente en las manos de los editores, productores, etcétera, y que está afectada por el principio de agotamiento, que disminuye el control de las copias realizadas a través del sistema. De modo que en el TODA las transmisiones en el entorno de las redes digitales están sometidas explícitamente al derecho exclusivo de comunicación pública (art. 8 del TODA), al mismo tiempo que al derecho exclusivo de reproducción, como resulta de la declaración concertada aprobada en la Conferencia Diplomática respecto del art. 1, §4 (*"El derecho de reproducción, tal como se establece en el art. 9 del Convenio de Berna, y las excepciones permitidas en virtud del mismo, son totalmente aplicables en el entorno digital, en particular a la utilización de obras en forma digital. Queda entendido que el almacenamiento en forma digital en un soporte electrónico de una obra protegida, constituye una reproducción en el sentido del art. 9 del Convenio de Berna"*), que confirma la aplicación del art. 9 del Convenio de Berna a todos los actos de reproducción, incluidos los almacenamientos transitorios o accesorios en memorias de ordenadores, llevados a cabo en el proceso de transmisión digital. Pero si bien la Conferencia Diplomática no se opuso a que el derecho de autorizar la "puesta a disposición del público" fuera reconocido por las legislaciones nacionales mediante cualquier derecho exclusivo (como el de distribución), lo que

no está permitido es que el derecho de distribución esté afectado por el agotamiento, que sólo es aplicable a la distribución propiamente dicha, es decir, de ejemplares tangibles (art. 6, §2 del TODA).

Sin embargo, en el TOIEF este derecho no se quiso amparar en la noción de comunicación pública, que en este Tratado está formalmente separada de la noción de radiodifusión. El derecho del art. 10 para los artistas intérpretes o ejecutantes es un *derecho exclusivo* sobre sus interpretaciones fijadas en fonogramas, al igual que el previsto en el art. 14 para los productores de fonogramas sobre sus fonogramas. El acto generador de estos derechos es idéntico al que hace nacer el derecho de autor denominado *"derecho de comunicación al público"* en virtud del art. 8 de TODA. Las expresiones *"puedan tener acceso"* y *"desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija"* utilizadas en el TOIEF (en el art. 10 respecto de los artistas intérpretes o ejecutantes y en el art. 14 respecto de los productores de fonogramas) cubre todas las situaciones interactivas. Como se recuerda en un documento de la Oficina Internacional de la OMPI (*"Los nuevos Tratados de la OMPI. Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas"*, Documento OMPI/DA/PDE/97/7 (b), p. 8) al examinar esta disposición en la Comisión Principal I de la Conferencia Diplomática de 1996, se declaró —y ninguna Delegación se opuso a esta declaración— que las Partes Contratantes tenían la libertad de otorgar el derecho exclusivo de autorizar dicha "puesta a disposición del público" también mediante el establecimiento de un derecho distinto del derecho de comunicación al público, o mediante la combinación de diferentes derechos. *Al referirse a un derecho "distinto" se quería indicar, en primer lugar, el derecho de distribución.*

### 3.5.1. Las ediciones electrónicas (e-books), los dispositivos físicos y los programas de ordenador para leerlas

Desde hace un tiempo, muchos editores de libros, diarios, periódicos y revistas tienen sitios web y versiones electrónicas de sus publicaciones en soporte papel, que pueden ser des-

cargadas a una memoria de ordenador (ya sean los ordenadores tradicionales, o bien, los distintos soportes electrónicos que, por extensión, también suelen denominarse libros electrónicos —*e-books*—). Algunos *e-books* permiten también la impresión en soporte papel, aunque la mayoría de los programas incluyen medidas tecnológicas de protección que impiden que los textos puedan ser reproducidos, modificados o distribuidos. Sin embargo, el solo hecho de que al usuario le sea técnicamente posible realizar una o varias de esas acciones, no significa *per se* ni constituye presunción alguna de que hayan sido autorizadas por el autor. Algunas ediciones ya se presentan sólo en formato digital.

Al igual que los músicos, también los escritores consideran a Internet una excelente oportunidad para efectuar una distribución mundial sin depender de los editores.

Resulta interesante recordar una experiencia muy difundida: la del popular escritor estadounidense Stephen King por el que, si bien la edición electrónica de libros se venía practicando desde hacía una década, la publicación en el año 2000 en Internet de su obra *Riding the bullet* volvió a agitar el tema, porque era la primera vez que una novela para el gran público de un autor *best seller* se publicaba exclusivamente en ese medio. Sólo 48 horas después de ponerse a la venta en el sitio web de la librería Barnes & Noble ya se habían descargado, desde diversas partes del mundo, más de 500.000 ejemplares. King dijo que *The New Yorker* o *Playboy* podían haberle pagado 10.000 dólares por su obra, pero que estimaba que recibiría por lo menos 450.000 por el libro electrónico.<sup>74</sup>

A continuación, King decidió tantear el mercado con una propuesta novedosa: desde su sitio web<sup>75</sup> en junio de 2000 ofreció al público *The plant*, una nueva novela por entregas que podrían ser descargadas desde allí a medida que fueran apareciendo; por cada descarga el lector debería pagar un dólar. King aclaraba que los textos no estarían protegidos bajo ningún sistema de encriptado, de modo que quien no pagase

también podría realizar la descarga. El autor se comprometía a realizar la publicación de los dos primeros capítulos, pero condicionaba la entrega de los restantes a que por lo menos el 75% de las descargas fueran abonadas. King manifestó que tras el éxito obtenido con la publicación electrónica de *Riding the Bullet* quería probar cuáles eran los beneficios de ser dueño absoluto de la propia obra creativa.

Después de las dos primeras entregas de *The plant*, King informó sobre los resultados: durante la primera semana se habían realizado 152.132 descargas de la obra, de las cuales 116.200, el equivalente al 76,38%, habían sido pagadas.<sup>76</sup> Muchos lectores aumentaron voluntariamente su contribución a fin de compensar la falta de pago de otros, con el fin de evitar que King decidiera paralizar la obra si no se cumplían las metas que había fijado; sin embargo, los pagos disminuyeron y el autor cesó las entregas.<sup>77</sup>

Las expresiones *ediciones* o *libros electrónicos* —*e-books*— hacen referencia, como se dijo, tanto a las obras editadas en esa forma, como al dispositivo físico (*hardware*) apto para conectarlas y permitir su lectura mediante los programas de ordenador (*software*) adecuados.

Los dispositivos físicos —distintos de los ordenadores convencionales— son la *caja*, *tableta* o *artefacto* en los cuales pueden leerse las obras digitalizadas que han sido descargadas desde Internet. Algunos pueden llegar a contener más de 80.000 páginas de texto (que equivalen a 400 libros de 200 páginas cada uno) y sus dimensiones suelen ser reducidas: del tamaño de un libro corriente o de uno de bolsillo o de una agenda electrónica, y el peso oscila entre 1.035 y 500 gr. —o menos, cuando se trata de los similares a una agenda de bolsillo Palm, como el eBookman—. De momento, las palmas parecen ser la opción preferida, especialmente por sus usuarios habituales, porque pueden continuar sus lecturas favoritas mientras aguardan, pacientemente, la consulta médica,

<sup>76</sup> *Ibid.*

<sup>77</sup> A fines de diciembre de 2003, en la página F.A.Q. (preguntas más frecuentes) del sitio web de King, a la pregunta: “¿Terminará usted *The Plant*?”, el autor respondió: “*El tiempo lo dirá*”. (<http://www.stephenking.com/pages/faq/faq.php#plant>).

<sup>74</sup> *Id.* Pimm, B., “Authors’ Rights in the E-Book Revolution”, <http://www.gigalaw.com/articles/copyright.htm>

<sup>75</sup> <http://www.stephenking.com>

el tratamiento odontológico, la atención de un funcionario, abordar un vuelo demorado, etcétera.

A principios de 2004 se encontraban disponibles diversas marcas y modelos, como Everybook Dedicated Reader, eBookman, Hiebook, XLibris, MIT's Victorian Laptop, Rocket eBook, SoftBook, Qubit, RCA eBooks y el francés Cytale<sup>78</sup>. En general, también permiten recibir diarios o periódicos de muchos países, por ejemplo, de los Estados Unidos de América (*The New York Times*, *The Wall Street Journal*, *Los Angeles Times*, *The Washington Post*, etcétera) y algunos añadir música (y es de prever que se agreguen más y más funciones y otros dispositivos físicos, como está ocurriendo con los teléfonos celulares).

En cuanto a los programas de ordenador necesarios para leer las publicaciones electrónicas se pueden mencionar Acrobat eBook Reader y Glassbook Reader (ambos de la compañía Adobe, que permiten leer archivos PDF –*Portable Document Format*–, encriptar los documentos y utilizar el dispositivo tecnológico *CoolType*); Microsoft Reader (que se caracteriza por su dispositivo tecnológico *ClearType*, una tipografía especial que, según se publica, facilita la lectura casi como si fuera un libro impreso); Palm Reader, Palm Reader Pro, Aportis, Bookface, Emblid Reader, FlipBrowser, Librius, MobiBook, RovReader, TealDoc Reader, TumbleReader, tk3<sup>79</sup>.

Los libros electrónicos se venden en muchos sitios de la web: Alexandria Digital Literature; Amazon eBookstore; Atlantic Bridge; Barnesandnoble.com; eBookstore; Belgrave House; Bookzone.com; eBooks.com; Ebookx; CY éditions; Fictionwise.com; Free-Fiction.com; Galaxy Library; Hard Shell Word Factory; iUniverse.com; KidZip; Les Éditions 00h00; Numilog; Philippine American Literary House; Project Gutenberg; Rabbit Books; Simonelli Editore; Simpson E-Publishing; Soft

Editions; Tekstforlaget; The E-Book Directory; Time Warner Bookmark; Zumaya Publications, etcétera<sup>80</sup>.

Milagros del Corral se pregunta: “¿Qué significa todo esto para la comunidad del libro (autores, editores, distribuidores, libreros, bibliotecarios, lectores) que no había conocido mutaciones sustanciales a lo largo de sus más de 500 años de existencia? ¿Cuáles son sus implicaciones para el futuro del derecho de autor, fundamento jurídico del negocio editorial?” Señala que “sin duda el sector editorial se halla confrontado a una situación inédita en su historia. Hasta la fecha, el ‘*capital cultural*’, ese conjunto de elementos simbólicos e intelectuales creados por el ser humano, quedaba fijado en soporte de papel, se descodificaba por medio de la lectura, y generaba rentas derivadas de su puesta en circulación. El editor era el último eslabón de la cadena del derecho de autor en un esquema que ha sabido superar sin dificultad, e incluso con beneficio, la aparición de sucesivos desarrollos tecnológicos –los diarios, el cine, la televisión, las nuevas tecnologías de impresión– dejando en ridículo a los agoreros que anunciaban la muerte del libro. Asistimos ahora a la desmaterialización del soporte y al cuestionamiento del derecho de autor por parte de los usuarios de Internet cuyo interés por la gratuidad de los contenidos coincide con el de los nuevos actores y operadores de las redes, que sustituyen al editor al final de la cadena. Importantes cambios tienen también lugar del lado de la demanda de bienes y servicios culturales en un contexto mundial donde priman las asimetrías, acrecentadas por la globalización comercial y tecnológica. [...] Yo me limitaré a señalar que, aquí y ahora, *nilhil novum sub solem* tampoco en este ámbito. En efecto, los nuevos artilugios para la lectura de *e-books* (Rocket, Cytale, Microsoft Reader, etc.) hacen idénticos esfuerzos por parecerse lo más posible al libro. [...] Es, desde luego, muy difícil predecir cuál haya de ser la acogida que el gran

<sup>80</sup> Vid. <http://12.108.175.91/ebookweb/publishers>, donde se indican muchos otros sitios de la web desde los cuales es posible comprar libros electrónicos de muy diversas clases, al igual que en <http://www.ebooksnbytes.com/publishers.html>; <http://www.librosenred.com/ld/monstrui/> desde los cuales se puede acceder a los sitios respectivos.

<sup>78</sup> Vid. <http://www.writerswrite.com/eublishing/edevices.htm>, donde se indican algunas especificaciones técnicas y se puede acceder a los sitios respectivos.

<sup>79</sup> Vid. <http://www.writerswrite.com/eublishing/readebooks.htm>.

público otorgue a estos 'nuevos libros' pero los síntomas son muy significativos del lado de las inversiones en producción y distribución. Todas las librerías *online*, hasta ahora dedicadas a comercializar libros tradicionales, están abriendo en sus catálogos secciones de *e-books* o '*e-contenidos*', generalmente combinadas con la posibilidad de obtener un ejemplar impreso y personalizado, a la demanda".

Más adelante, del Corral destaca que "nadie sabe aún si estos nuevos desarrollos llegarán a conformar la nueva fisonomía del libro en el siglo XXI o si, por el contrario, acabarán pronto en el museo de las tecnologías como tantos otros '*gadgets*'. Es imposible adelantar si los niños en edad escolar llegarán a sustituir sus pesadas mochilas por un pequeño artículo electrónico y cuánto menos cuál pueda ser el impacto de estas nuevas tecnologías en el proceso del aprendizaje. Lo que sí sabemos es que, en los países industrializados, hace mucho tiempo que los niños no aprenden la tabla de multiplicar porque la calculadora electrónica le ganó la batalla a los maestros de la vieja escuela. Y es, por ello, normal que las editoriales de libros escolares comiencen a inquietarse seriamente ante el anuncio de la llegada masiva de tales competidores, combinada además con el sacrificio del precio fijo del libro en el altar de la liberalización económica con el beneplácito de los sufridos padres de familia". Y concluye: "Del mismo modo, superado el 'efecto novedad', habrá que aprender a utilizar de forma racional y combinada los diversos soportes del conocimiento a nuestra disposición: libros, periódicos, revistas, televisión, Internet, *e-books* y lo que venga, porque cada uno de ellos desempeña un papel y es necesario que todos estos soportes coexistan y sobrevivan para alejar de nuestras sociedades el riesgo de la anestesia y dar paso a un futuro respetuoso de la diversidad cultural en el que la libertad de elección y el desarrollo del pensamiento crítico, bases del pluralismo democrático, queden garantizados; pero, sobre todo, conviene recordar que es la escritura lo que cuenta y no tanto el libro como objeto; es la evolución del pensamiento lo que importa, y no sólo la acumulación del conocimiento. Tenemos mucho trabajo por delante para conseguir que, en la nueva 'sociedad del conocimiento', cada uno de los individuos que componen nuestras sociedades pueda dis-

frutar un futuro con memoria, entendimiento y voluntad que son, precisamente, las facultades del alma"<sup>81</sup>.

### 3.5.1.1. Las bibliotecas virtuales

En Internet también se puede acceder a los sistemas de consulta de bases de datos de bibliotecas que se encuentran en todo el mundo. Generalmente, como se dijo, el lector puede realizar búsquedas en los catálogos de los diversos sectores (biblioteca, hemeroteca, etcétera) a partir del autor, el título de la obra o el tema. Es usual que pueda verse la tapa del libro o de la revista y del índice.

Además, existen numerosas bibliotecas virtuales -gratuitas o pagas- que ponen a disposición del público las obras en formato electrónico, las cuales pueden ser descargadas por el usuario a su ordenador o -como vimos- al dispositivo físico apto para contenerlas y leerlas. La lista es muy extensa y pueden mencionarse, entre otras, las siguientes: Biblioteca Virtual Cervantes (textos españoles); Biblioteca Digital de la Universidad de Valencia; Gallica, la biblioteca a texto completo de la Bibliothèque National de France (B.N.F.); Libros digitales de Historia y Literatura; Biblioteca Virtual Lluís Vives (textos catalanes); Proyecto Ensayo Hispánico; Biblioteca Virtual Universal; Bibliotheca Augustana. Selección de Poesía Catalana; Textos de literatura galega medieval; Latassa: Biblioteca antigua y nueva de escritores aragoneses; Biblioteca Virtual Elaleph; Bibliothèque du Moyen Age; Literatura Medieval Francesa; Textos electrónicos franceses (ABU); Textos electrónicos franceses (Atenea); Textos electrónicos franceses (Universidad de Virginia); Centre d'Édition de Textes Electroniques; Littérature francófona; Florilège (antología de poesía francesa); Textos electrónicos europeos (Labyrinth); Encyclopédie; Textos electrónicos de Literatura Europea; Enciclopedia Católica; Proyecto Gutenberg (textos); Biblioteca Medieval y Renacen-

<sup>81</sup> Del Corral, M., "La culture écrite à l'ère de la globalisation: quel avenir pour le livre", en Portella, Eduardo (dir.), *Il était une fois... le livre*, Paris, Unesco.

*Serial Number* = Código Internacional Normalizado de Series) utilizados para libros y revistas, respectivamente, más recientemente se han desarrollado otros identificadores como el PII (*Publisher Item Identifier* = Identificador de Elemento de Editor), el SICI (*Serial Item and Contribution Identifier* = Identificador de Series y Contribuciones) y el BICI (*Book Item and Component Identifier* = Identificador de Componente y Elemento de Libro).

### 3.7. Responsabilidades por las lesiones a los derechos de autor y conexos en redes digitales

#### A) Los actores en la cadena operativa de la difusión de contenidos en línea.

Para establecer las responsabilidades por actos lesivos a los derechos de autor y conexos en redes digitales, y en particular en Internet, es necesario tomar en cuenta que, en la cadena operativa de la difusión en línea de obras protegidas por el derecho de autor y de prestaciones protegidas por los derechos conexos (interpretaciones o ejecuciones, grabaciones sonoras, emisiones de radiodifusión y programas distribuidos por cable, etcétera), intervienen diversas personas —físicas y jurídicas— que tienen diferentes grados de responsabilidad —o no la tienen—: el proveedor de contenidos; los proveedores de servicios en línea (el proveedor de servicios de Internet; el proveedor de acceso a Internet y el proveedor de alojamiento —o emplazamiento—); los operadores de servicios web (BBS —*bulletin board system*—; Usenet, grupos de noticias —*newsgroups*—, espacios de conversación —*chat rooms*—; correo electrónico —*e-mail*—); los proveedores de motores —o herramientas— de búsqueda (o buscadores) y de hipervínculos —o enlaces, enlaces de hipertexto<sup>157</sup>, hiperenlaces, *links*, *hyperlinks*, etcétera—; el proveedor de red —o de infraestructura de telecomunicaciones—; el fabricante de equipos y el usuario final.

<sup>157</sup> *Hipertexto*: documento digital que se puede leer de manera no secuencial pues reúne elementos relacionados entre sí por medio de hipervínculos, de forma que permiten pasar de una información a otra.

• El proveedor de contenidos (*contents provider*) es quien elige la información que se publica en una página o en un sitio web. Es plenamente responsable por las lesiones que causa porque sabe —o debe saber— si los contenidos que pone a disposición del público están protegidos por el derecho de autor y conexos y, en este caso, si los titulares de esos derechos le han concedido las pertinentes autorizaciones (licencias).

Si un proveedor de contenidos carga en un sitio de la *World Wide Web* —o WWW— obras protegidas por el derecho de autor y prestaciones protegidas por los derechos conexos sin tener las licencias al efecto dadas por los respectivos titulares, incurre en las conductas comisivas básicas que las leyes describen como delitos, además de estar obligado a reparar los daños ocasionados.

Pero la identificación y la localización de los proveedores de contenidos suelen ser problemáticas y, aun en el caso de que sean individualizados, es posible que sean poco solventes, o que estén asentados en países donde el nivel de protección legal sea bajo o ineficaz, de modo que, en caso de infracción, los titulares de derechos de autor y conexos deberán dirigirse a las otras personas que intervienen en la cadena operativa, concretamente, a los *proveedores de servicios en línea*.

La importancia de estos últimos es evidente porque coadyuvan en forma directa a la transmisión de los contenidos que, potencialmente, son obras protegidas por el derecho de autor y prestaciones (artísticas —las de los intérpretes o ejecutantes— y técnico organizativas —las de los productores de fonogramas, organismos de radiodifusión, editores, etcétera—) protegidas por los derechos conexos, todas ellas de titularidad de terceros. Además, esos proveedores de servicios de intermediación en Internet están en una posición inmejorable para identificar al infractor, hacer cesar la actividad ilícita y, cuando de acuerdo a las circunstancias, de su conducta se deriven responsabilidades directas o bien subsidiarias, en general gozan de mayor respaldo patrimonial para atender a la reparación de los daños, razón por la cual, desde el comienzo, frecuentemente las demandas se han dirigido también contra ellos.

• Los *proveedores de servicios en línea*: en la actualidad, varios tipos de proveedores de servicios se encuentran involu-



crados en la entrega de contenidos en *línea* a los usuarios finales. Típicamente, proveer una obra a través de la WWW involucra a una cadena de proveedores de servicios, porque los usuarios y la mayor parte de los proveedores de contenidos no pueden acceder por sí mismos a la red mundial de información sino que deben hacerlo a través de operadores de esa clase.

◦ El *proveedor de servicios de Internet (Internet Service Provider -ISP-)* es quien pone a disposición del proveedor de contenidos un espacio de memoria en ese servidor (*aloja* los contenidos) o bien dispone de una parte de su sitio a fin de albergar las páginas de terceros –por lo general, páginas personales de usuarios o de abonados al sitio– por ejemplo, “www.geocities.com.”<sup>159</sup> Generalmente, a su vez son proveedores de contenidos y, además, brindan el servicio de acceso a Internet. Son muchas las empresas que ofrecen el conjunto de esos servicios, por ejemplo America Online (AOL); Yahoo; Universo Online (UOL).

◦ El *proveedor de acceso a Internet (Internet Access Provider -IAP-)* básicamente posibilita la conexión con Internet, es decir, el enlace a las redes de ordenadores interconectados que forman Internet y que, habitualmente, incorporan ciertos recursos que mejoran y agilizan las condiciones técnicas de acceso a los contenidos, como ocurre con los dispositivos técnicos de *caching*<sup>158</sup>.

◦ El *proveedor de alojamiento (Host Service Provider)* brinda un servicio de almacenamiento y mantenimiento de contenidos en su servidor a fin de que los usuarios puedan conectarse a Internet a través de un *proveedor de servicios (ISP)* o de un *proveedor de acceso (IAP)*, acceder a esos contenidos y recuperarlos, como en el caso de Impsat (en Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Estados Unidos de América, Perú, Venezuela).

<sup>153</sup> Massaguer, J., “La responsabilidad de los prestadores de servicios por las infracciones al derecho de autor y los derechos conexos en el ámbito digital”, *IV Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos: la Propiedad Intelectual, un Canal para el Desarrollo*, Panamá, 15 a 17 de octubre de 2002.

Una vez que un proveedor de contenidos abre una cuenta con un *proveedor de servicios en Internet (ISP)*, puede almacenar obras y prestaciones protegidas en un ordenador conectado a Internet, es decir, puede “cargarlas” (*uploading*) en un sitio web que se encuentra físicamente ubicado en el servidor de ese proveedor (al igual que puede hacerlo este último cuando, además de proveedor de servicios, es proveedor de contenidos). Acto seguido, *los contenidos se encuentran a disposición –libre o restringidamente– de las personas conectadas a la red*. Como vimos<sup>159</sup>, el cargar obras y prestaciones protegidas en un sitio web constituye actos que los “Trazados Internet” de la OMPI reservan con exclusividad a los autores (*vid.* declaración concertada respecto del art. 1, §4 y art. 8 del TODA/WCT), a los artistas intérpretes o ejecutantes y a los productores de fonogramas (*vid.* arts. 7 y 10 y arts. 11 y 14, respectivamente, del TOIEF/WPPT), sin perjuicio del reconocimiento pacífico de estos derechos efectuado desde hace más de una década por los tribunales de justicia en diversos casos como, entre otros, los ya referidos en el presente capítulo (*vid. supra*, §3.5.2).

◦ Los *operadores de servicios web* brindan al público medios y espacios para intercambiar informaciones, mensajes y también contenidos.

Si un operador de servicios web no interviene en los contenidos introducidos y reclamados por terceros y no interfiere el proceso de transmisión, a los efectos de su responsabilidad por las infracciones a los derechos de autor y conexos, se encuentra en la misma situación que un proveedor de acceso a Internet, situación sobre la que volveremos más adelante.

▪ *BBS –bulletin board system–*: durante la década de los noventa existían miles de BBS que proporcionaban el servicio incluso desde un ordenador personal con una o dos líneas telefónicas. El servicio de *bulletin board* era suministrado tanto por grandes como por pequeños proveedores. Consistía en intercambiar información con otros usuarios, descargar ar-

<sup>159</sup> Cap. 2, §§ 2.2.2; 2.2.2.3.1; 2.3.5.1 y 2.3.5.2.

chivos, etcétera, sin estar conectados a Internet, razón por la cual los BBS cayeron en desuso, y fueron reemplazados por sitios web. La responsabilidad de los operadores de BBS cuando participan en la provisión de contenidos ilícitos, o conocen las actividades infractoras, o estimulan a los usuarios a que las realicen, fue reconocida por los tribunales en varios casos, como en *Playboy v. Frena*, *Playboy v. Russ Hardenburgh* y *Sega v. MAPHA* (vid. *infra*, §3.7.2).

• *Usenet*, grupos de noticias - *newsgroups* - y espacios de conversación - *chat rooms* -. *Usenet* es la abreviatura de "User Network" y constituye un grupo internacional de organizaciones y personas (conocidos como *peers* = pares o iguales) cuyos ordenadores se hallan conectados e intercambian mensajes publicados por usuarios de Usenet. Los mensajes son organizados en grupos de "noticias", que son foros de discusión sobre diversos temas en donde los individuos intercambian ideas e información, lo cual puede incluir el envío de archivos adjuntos en forma digital que pueden contener obras protegidas.<sup>160</sup>

En la red Usenet se encuentran foros de discusión denominados *newsgroups* o, simplemente, *news*; éstos son públicos, no están sometidos a abono y no disponen de un servidor centralizado sino de varios miles de ordenadores, cada uno de los cuales mantiene una copia de las *news*, y utilizan un procedimiento muy elaborado para intercambiar sus respectivos aportes.<sup>161</sup>

La diferencia entre estos foros y los *chat rooms* (espacios de conversación) se encuentra en que estos últimos requieren de la presencia en "tiempo real" de los usuarios que participan en la conversación (son sincrónicos), mientras que los primeros no requieren esa coincidencia (son asincrónicos).

<sup>160</sup> Vid. *infra*, §3.7.2, *Ellison v. Robertson*, 189 F. Supp. 2d 1051, 1053 (C.D. Cal. 2002).

<sup>161</sup> Vid. Strowel, A., e Ide, N., "La responsabilité des intermédiaires sur Internet: actualités et question des hyperlinks", *RIDA*, 185, julio de 2000, p. 21, quienes en nota 14 citan a Hance, O., *Business et droit d'Internet*, Best Of Publishing, 1996, p. 43.

• Correo electrónico (*e-mail*): es cualquier correspondencia, mensaje, archivo, dato u otra información electrónica que se transmite a una o más personas por Internet.

Requiere de un servidor de correo entrante, un servidor de correo saliente, una dirección y un proveedor de servicio de correo electrónico. El servidor de correo entrante recibe los mensajes que se envían a la dirección del usuario, los archiva y se los envía al usuario cuando éste lo solicita. Cada usuario gestiona su correo desde el programa de correo electrónico (Outlook Express, MS Outlook, Netscape Messenger, Eudora, etcétera) en su ordenador personal. Ese programa permite tanto enviar mensajes como recibirlos, y almacena en forma organizada los que llegan al servidor de correo entrante.<sup>162</sup> El mensaje de correo electrónico permite reproducir en texto plano o en adjunto toda clase de contenidos.

Los proveedores de servicios de correo electrónico no tienen responsabilidad con respecto al contenido de los mensajes que envían o intercambian los usuarios de correo electrónico, toda vez que, a los efectos legales, éste se equipara a la correspondencia epistolar privada<sup>163</sup>, lo cual significa que ante la

<sup>162</sup> Vid. <http://www.eumed.net>

<sup>163</sup> En la Argentina, en el caso *Lanata, Jorge* (CNCrim. y Correc., Sala VI, 4 de marzo de 1999, L.L. 1999-C, 458-9) el tribunal de alzada consideró que los arts. 153 a 155 del Código Penal se refieren a la protección de los papeles privados y la correspondencia pero que, con el avance tecnológico, la difusión del *e-mail* constituye "un medio idóneo, certero y veloz para enviar y recibir todo tipo de mensajes, misivas, fotografías, archivos completos, etc., es decir, amplía la gama de posibilidades que brindaba el correo tradicional al usuario que tenga acceso al nuevo sistema". Asimismo, que "posee características de protección de la privacidad más acendradas que la invertebrada vía postal a la que estábamos acostumbrados, ya que para su funcionamiento se requiere un prestador del servicio, el nombre del usuario y un código de acceso que impide a terceros extraños la información en los datos que a través del mismo puedan entorse o archivar. En tal sentido, la correspondencia y todo lo que por su conducto pueda ser transmitido o recibido, goza de la misma protección que quiso darle el legislador al incluir los arts. 153 al 155 en la época de redacción del Código sustantivo, es decir, cuando aún no existían estos avances tecnológicos". Por lo tanto consideró que la querrela por la cual se reprochaba a un periodista el haberse apoderado indebidamente de una correspondencia para luego publicarla cuando no estaba destinada a tal fin y que habría sido

comisión de delitos corresponde pedir la intervención judicial en la misma forma que cuando se realizan a través del correo tradicional o del teléfono<sup>164</sup>.

enviada a través del correo electrónico, no ha de desestimarse. (Vid. publicación electrónica eDial - A11150).

Los citados arts. 153 a 155 del Código Penal disponen: "Art. 153: Será reprimido con prisión de quince días a seis meses, el que abriere indebidamente una carta, un pliego cerrado o un despacho telegráfico, telefónico o de otra naturaleza que no le esté dirigido; o se apoderare indebidamente de una carta, de un pliego, de un despacho o de otro papel privado, aunque no esté cerrado; o suprimiere o desviare de su destino una correspondencia que no le esté dirigida. Se le aplicará prisión de un mes a un año, si el culpable comunicare a otro o publicare el contenido de la carta, escrito o despacho"; "Art. 154: Será reprimido con prisión de uno a cuatro años, el empleado de correos o telegrafos que, abusando de su empleo, se apoderare de una carta, de un pliego, de un telegrama o de otra pieza de correspondencia, se impusiere de su contenido, la entregare o comunicare a otro que no sea el destinatario, la suprimiere, la ocultare o cambiare su texto"; "Art. 155: El que, hallándose en posesión de una correspondencia no destinada a la publicidad, la hiciere publicar indebidamente, aunque haya sido dirigida a él, será reprimido con multa de 1.500 pesos a 90.000 pesos, si el hecho causare o pudiere causar perjuicios a terceros".

La doctrina del caso *Lanata* fue reiterada por la Sala I del mismo Tribunal de Apelación en la causa *Grimberg, Alfredo H.* (CNCrim. y Correc., febrero 11-2003) al estimar que "el correo electrónico es sin lugar a dudas correspondencia privada que está protegida por la Constitución nacional y otros tratados sobre derechos humanos incorporados a ella. La idea esencial está receptada en los arts. 18, 19 y 33 de la Constitución Nacional y los arts. 11 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos y 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el art. 1071 bis del Código Civil. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que la violación de estas garantías básicas conllevan la nulidad de las actuaciones que dependen de esos actos procesales, más allá de la distinción que la doctrina ha hecho sobre prohibición de prueba y prohibición de valoración de la prueba" (*Montenegro, Luciano B.*, diciembre 12-1931, fallos 303:1938; *Fiorentino, Diego E.*, noviembre 27-1954, fallos 306:1752; *Royford, Reginald* y otros, mayo 13-1986, fallos 308:733; *Ruiz, Roque A.*, setiembre 17-1987, fallos 310:1847; *Galbalsi, Ricardo R.*, setiembre 1-1992, Fallos 315:1847) (eDial - A11B4F).

<sup>164</sup> También en la Argentina, la Sala VI de la misma CNCrim. y Correc., en la causa *Rocca Clement, Marcelo*, marzo 1-2001, consideró que la apertura de correos electrónicos privados no conculca garantías constitucionales, como lo es la intrusión en papeles privados o correspondencia, si esto tuvo lugar en el marco de una investigación en la que se producía un in-

Ello no obstante, como destaca Jorge M. Galdós, en los últimos tiempos se asiste a un interesante debate doctrinal y jurisprudencial que ofrece soluciones dispares sobre el derecho del empleador de controlar el uso del correo electrónico que le proveyó a su dependiente y cómo ello incide en el contrato de trabajo y, más aún, en la privacidad<sup>165</sup>.

• Los proveedores de motores –o herramientas– de búsqueda (*information location tools provider*) –o buscadores– y de hipervínculos –o hiperenlaces, enlaces, enlaces de hipertexto, etcétera–.

Los proveedores de motores de búsqueda ponen a disposición del público megabases de datos que registran los contenidos temáticos que circulan por Internet, clasificándolos para una averiguación rápida y eficaz (como los muy conocidos Google y Yahoo) donde además están conectados –como señala Massaguer– con el correspondiente recurso Internet mediante el oportuno enlace o *hyperlink*. A su vez, los segundos (los proveedores de hipervínculos) prestan servicios que consisten en poner a disposición de los usuarios a través del propio sitio web un conjunto seleccionado y ordenado de enlaces a otros sitios web<sup>166</sup>. De este modo, el público puede visitar otros sitios o páginas web con solo clickear sobre aquél. En otras palabras, equivale a hacer una llamada a ese sitio desde el hipervínculo suministrado por el proveedor de éste<sup>167</sup>, y resultan indispensables para la utilización eficaz de Internet, razón por la cual no es necesario solicitar autorización para insertarlos en la propia página. Ello no obstante, los

tercambio de material y resultaba necesaria para la pesquisa (eDial - A11300).

Posteriormente, en la ya mencionada causa *Grimberg, Alfredo H.* (CNCrim. y Correc., Sala I, febrero 11-2003) el tribunal destacó que "La única forma en que se pueda ingresar al ámbito privado es por orden de juez competente, mediante auto fundado, ya que esa es la autoridad a la que se refiere la Constitución Nacional". (eDial - A11B4F).

<sup>165</sup> Galdós, J. M., "Correo electrónico, privacidad y daños", *Revista de derecho de daños*, Buenos Aires, 2001-3, p. 157.

<sup>166</sup> Massaguer, *op. cit.* ("La responsabilidad de los prestadores de servicios ...").

<sup>167</sup> Vid. <http://es.wikipedia.org>.

proveedores de motores de búsqueda e hipervínculos pueden infringir el derecho de autor u otros derechos en función de los que ofrezcan, o bien, de la forma en que brinden sus servicios a los usuarios, como se consideró en los Estados Unidos de América en *Kelly v. Arriba Soft* (vid. *supra*, §3.5.2) y en Francia en *SNC Havas Numérique y SARL Cadres on Line c. SARL Klejob* (vid. *infra*).

La Ley española de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico de 11 de julio de 2002, aplicable desde el 12 de octubre de 2002 –que traspuso la Directiva europea 2000/31/CE sobre el comercio electrónico– establece en el art. 17 una exención de responsabilidad específica respecto de los enlaces –o hipervínculos o *links*– y de los motores de búsqueda de contenidos presentes en Internet. La mencionada Directiva no trata directamente la responsabilidad que puede derivarse del hecho de presentar hipervínculos, ni de los motores de búsqueda de los contenidos presentes en la Red, pero el art. 21 (donde se prevé el reexamen de la Directiva) dispone en el segundo párrafo que se analizará especialmente la necesidad de presentar propuestas relativas a la responsabilidad de los “proveedores de hipervínculos y servicios de instrumentos de localización”.

El art. 17 de la ley española los exime de responsabilidad a condición de que cumplan con los requisitos establecidos para los proveedores de “hosting”, es decir, siempre que: a) no tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información a la que remiten, o que recomiendan, es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o b) si lo tienen, actúen con *diligencia* (la Directiva dice *con prontitud*) para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente<sup>168</sup>.

En dos procedimientos de medidas cautelares relativas a motores de búsqueda (ambos de ofertas de trabajo) resueltos en Francia a fines de 2000 –*SNC Havas Numérique y SARL Cadres on Line c. SARL Klejob* y *Sté Stepstone France c. Sté Ofir France*– por los tribunales comerciales de París y de Nanterre, respectivamente, éstos fijaron como pauta de la

<sup>168</sup> Peguera Poch, M., *La exención de responsabilidad civil por contenidos ajenos en Internet*, <http://www.uoc.es>, p. 24.

licitud de los hipervínculos (o enlaces de hipertexto) el que no entrañen actos de competencia desleal.

\* En *SNC Havas Numérique y SARL Cadres on Line c. SARL Klejob*, el *Tribunal de commerce de Paris* –medida cautelar– 26 de diciembre de 2000<sup>169</sup>, estimó que si bien se admite que el establecimiento de enlaces de hipertexto simples supone haber estado implícitamente autorizado por el operador del sitio web, no ocurre lo mismo con los enlaces “profundos” que reenvían directamente a las páginas secundarias de un sitio originario sin pasar por la página de inicio. A partir de esta consideración general, el juez determinó en qué condiciones la creación de un hipervínculo puede ser considerada como una conducta desleal, parasitaria o una apropiación del trabajo y de la inversión económica de un tercero, lo cual tendrá lugar cuando la consecuencia del método utilizado sea “desviar o desnaturalizar el contenido o la imagen del sitio originario hacia el que conduce el enlace de hipertexto; hacer aparecer o dar la impresión de que dicho sitio es el propio, sin mencionar la fuente, especialmente si no se muestra la dirección URL del sitio enlazado y, además, si se hace figurar la dirección URL del sitio que tomó la iniciativa de establecer este enlace de hipertexto; no señalarle al internauta, de manera clara e inequívoca, que ha sido dirigido a un sitio o a una página web exterior al primer sitio conectado, debiendo indicarse obligatoriamente, en forma clara y legible, la referencia del sitio originario, especialmente su dirección URL”. En consecuencia, el juez de medidas cautelares consideró que la conducta de la demandada había sido desleal, parasitaria y una apropiación del trabajo y de la inversión económica ajenas (aunque en el caso la sociedad Klejob, simple motor de búsqueda en Internet, declaró que no ejercía la misma actividad que la sociedad Cadres on Line ni competía con ella) y ordenó a la demandada, bajo apercibimiento de astreintes por la suma de 50.000 francos (con más sus intereses) por cada día de demora y por infracción constatada, a cesar: en la modificación o alteración de los códigos fuentes de las páginas “cadresonline.com” así como en la presentación de las páginas web del

<sup>169</sup> <http://www.legalis.net>

sitio "cadresonline.com" o de su contenido bajo una dirección URL distinta de la de este último y de alterar las funciones de navegación y el logo de dicho sitio "cadresonline.com". Asimismo, condenó a la demandada Keljob a publicar a su costa la decisión durante quince días en la página de inicio de su sitio en Internet "http://www.keljob.com" bajo apéndice número de asientos de 5.000 francos por cada día de demora; fijó en 10.000 francos la provisión en favor de Cadres on Line y en 15.000 francos la suma a abonarle con fundamento en el art. 700 del nuevo Código Procesal Civil.

• Los hechos fueron diferentes en *Sté Stepstone France c. Sté Ofir France, Tribunal de commerce de Nanterre* –medida cautelar– 8 de noviembre de 2000<sup>170</sup>, pues si bien la demandante también había accionado por competencia desleal, cuando el sitio de Ofir France direccionaba un hipervínculo profundo hacia la página en cuestión del sitio de Stepstone France, podía verse el URL original y un panel de conexiones que indicaba la fuente del anuncio.

El juez puso de relieve que la empresa Sarl Ofir France no efectuaba a los internautas ofertas de empleo provenientes del sitio web de la demandante, sino que proporcionaba listas de trabajos vacantes que consistían en vínculos de hipertexto que les posibilitaban que se dirigieran al sitio de Stepstone France para obtener allí la información detallada que les interesaba; solamente podían ser utilizados los datos del sitio "stepstone.fr" teniendo en cuenta la información allí provista. Estimó que la razón de ser de Internet, al igual que sus principios de funcionamiento, implican necesariamente que se puedan establecer con libertad hipervínculos entre diferentes sitios web, sobre todo en aquellos casos como en el presente, en que no se realizaban directamente sobre determinadas páginas del sitio hacia el cual se establece el hipervínculo y que Ofir France no había infringido ningún derecho de propiedad intelectual, ni había llevado a cabo ningún acto de competencia manifiestamente desleal o que brindara una imagen negativa del sitio de Stepstone France, lo cual hubiera podido justificar las pretensiones de ésta, y que, en el caso, no existían ele-

<sup>170</sup> Tribunal en lo comercial de Nanterre, *ibid.*, breve Jnet.

mentos probatorios que demostraran que las actividades de Ofir France podían poner seriamente en riesgo la existencia de Stepstone France y de los 160 empleos que ésta brindaba.

El tribunal también consideró que el procedimiento cautelar sumárisimo utilizado daba la impresión de ser abusivo, sobre todo teniendo en cuenta que Stepstone France ni siquiera había tomado contacto previo con Ofir France y que ésta, al verse en la obligación de defenderse en condiciones precipitadas, inevitablemente debió efectuar elevados gastos, por lo cual se hacía acreedora a la suma de 40.000 francos, con fundamento en el art. 700 del nuevo Código Procesal Civil.

• El *proveedor de red* –o de infraestructura de telecomunicaciones– (*network provider*). En el camino entre los servidores de los distintos proveedores de servicios *en línea* y hasta el ordenador del usuario final, los contenidos pasan a través de la infraestructura de telecomunicaciones de un *proveedor de red* quien, además de brindar las instalaciones físicas para transportar una señal, también la transmitirá y la dirigirá al destinatario señalado.

El *proveedor de red* es quien suministra una infraestructura técnica (líneas telefónicas, de cable, por antena, por satélite, etcétera) con la finalidad de que el usuario se conecte a través de un proveedor de servicios de Internet con la página o sitio donde se encuentran almacenados determinados contenidos. Si el proveedor de infraestructura sólo realiza esa función, puede alegar que se limita a proveer las instalaciones materiales (situación prevista en la Declaración concernida al art. 8 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor), pero no debe descartarse totalmente que, en determinadas circunstancias, podrían llegar a aplicársele las mismas reglas que al proveedor de acceso.

En muchos países es común que una misma empresa provea todos los servicios de intermediación en Internet; pero no siempre es así.

- El *fabricante de equipos*, y
- el *usuario final (user)* que accede legítimamente a la información, están exentos de responsabilidad por los usos no autorizados en Internet.



Sin embargo, de acuerdo con las circunstancias —y especialmente teniendo en cuenta que la interactividad de la transmisión permite la reversibilidad de las funciones— una misma persona puede realizar varias de las operaciones mencionadas. Los emisores y los receptores pueden interactuar e intercambiar funciones instantáneamente, y *un usuario final* que accede legítimamente a la información y está exento de responsabilidad por los usos no autorizados en la red mundial de información, *se puede transformar en un proveedor de contenidos* y, de este modo, incurrir en responsabilidad.

Los proveedores de servicios *en línea* son actores de fundamental importancia en la economía de Internet; su actividad implica o permite la realización de actos en infracción a esos derechos por parte de sus clientes. De modo que, una vez identificados los proveedores de servicios *en línea*, y luego de haber distinguido cuáles son los actos de explotación implicados en la introducción y circulación de contenidos protegidos en Internet, es imprescindible determinar si su actuación entraña la comisión directa o indirecta de actos comprendidos en el ámbito de los derechos exclusivos reconocidos a los titulares de esos derechos y qué responsabilidades han de asumir por las infracciones a tales derechos eventualmente cometidas por sus clientes, al igual que conocer cuáles son las normas legales que se han instrumentado excluyendo esa clase de responsabilidad y en qué casos<sup>171</sup>.

#### B) Responsabilidad de los proveedores de servicios en línea. Limitaciones

1) A semejanza de lo que sucede en el entorno analógico, en el entorno de las redes digitales la cuestión se centra en determinar si esos proveedores de servicios deben ser considerados como editores electrónicos y, por tanto, responsables

<sup>171</sup> Vid. Massaguer, J., "La responsabilidad de los prestadores de servicios por las infracciones al derecho de autor y los derechos conexos en el ámbito digital", IV Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos: la Propiedad Intelectual, un Canal para el Desarrollo, Panamá, 15 a 17 de octubre de 2002, p. 4.

de la transmisión de contenidos no autorizados (ilícitos), o bien como los "carteros de Internet", es decir, exentos de toda responsabilidad<sup>172</sup>.

Para responder a esta cuestión medular se debe tener en cuenta que aunque dichos proveedores no provean los contenidos ni tomen parte en la decisión de difundir las obras y prestaciones, sin embargo *participan directamente en la difusión de esos contenidos* y —salvo situaciones particulares— están obligados a responder por el carácter fraudulento de éstos, aun cuando se trate de actos de intermediación en los cuales el prestatario del servicio es un mero *transmisor* o *conductor* de los mensajes. Pero si el autor o el titular de derechos conexos perjudicado hubiese advertido al proveedor de servicios *en línea* sobre el carácter ilícito del contenido transmitido sin autorización, y lo intimase a rechazar el *alojamiento* en su servidor y la circulación de esa información, y el operador —advertido e intimidado— no la eliminara de su servidor y su circulación en la red, no podría excusarse en la ignorancia y la buena fe. Tampoco podría hacerlo si, directa o indirectamente, ha tenido conocimiento —o conciencia, como se verá más adelante— de que el usuario estaba infringiendo derechos de terceros y no actuó en consecuencia.

Algunas legislaciones han regulado limitaciones de la responsabilidad de los proveedores de servicios de intermediación *en línea*. Entre ellas la atención se centra en la *Telemediengesetz* alemana de 1997, la *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA) estadounidense de 1998 y la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, *sobre el comercio electrónico en el mercado interior*<sup>173</sup>.

La Directiva (a semejanza del legislador alemán), por un lado, y el legislador estadounidense por el otro, divergen en el enfoque y en el campo de vigencia. En Europa se considera que las infracciones a los derechos de autor y conexos son una manifestación más del problema de la responsabilidad de los

<sup>172</sup> Hugenholtz, R., "Online Service Provider Liability for Copyright Infringement", *Workshop on Service Provider Liability*, OMPI, Ginebra, 9 y 10 de diciembre de 1999 (documento).

<sup>173</sup> D.O. de 17-7-2000, pp. 1-16.

proveedores de servicios por los contenidos ilícitos, es decir, la responsabilidad por instigación a la discriminación, la xenofobia, o el racismo, por pornografía, violación de la dignidad humana de personas individuales, etcétera. Es por ello que en la ley alemana y en la Directiva europea las limitaciones de la responsabilidad se regulan en forma horizontal, es decir, sin diferenciar entre los diferentes tipos de contenidos ilícitos<sup>174</sup>. En cambio, en la DMCA estadounidense de 1998 se ha preferido tratar la cuestión en forma específica, es decir, vertical.

## 2) La Directiva europea

Si bien la Directiva siguió a la ley alemana en el tratamiento horizontal de la cuestión, se encuentra fuertemente influida por la DMCA estadounidense en cuanto a las normas sobre limitación de la responsabilidad de los proveedores de servicios en línea. En términos generales dicha Directiva adopta los criterios que se exponen a continuación.

o *Proveedores de acceso a Internet* (IAP)<sup>175</sup>. La Directiva los exime de responsabilidad por los contenidos ilícitos cuando dichos proveedores se limitan a ser meros transmisores de contenidos introducidos y reclamados por terceros y no interfieren el proceso de transmisión, es decir,

- que no originan la transmisión,
- ni seleccionan los contenidos,
- ni los cargan en la red,
- ni los modifican una vez cargados,
- ni determinan los destinatarios.

<sup>174</sup> Vid. Massaguer, J., "La responsabilidad de los proveedores de servicios de Internet por la infracción de los Derechos de Propiedad Intelectual", documento presentado en la *Consulta Regional de la OMPI sobre Comercio Electrónico y Propiedad Intelectual*, Buenos Aires, 2 y 3 de agosto de 1999, p. 9.

<sup>175</sup> La Directiva 2000/31/CE sobre comercio electrónico define en el art. 2, inciso b) al "prestador de servicios" como cualquier persona física o jurídica que suministre un servicio de la sociedad de la información; y, en el inciso c) del mismo artículo, al "prestador de servicios establecido" como el prestador que ejerce una actividad económica a través de una instalación estable y por un período de tiempo indeterminado. La presencia y utilización de los medios técnicos y de las tecnologías utilizadas para prestar el servicio no constituyen en sí mismos el establecimiento del prestador de servicios.

Si median todas estas circunstancias, salvo en casos excepcionales, al proveedor de acceso no se le podrá imputar responsabilidad por los contenidos ilícitos, incluso por motivo del almacenamiento automático, provisional y transitorio de los datos transmitidos que se realice en ejecución de la solicitud de acceso de un usuario —siempre que ese almacenamiento sirva exclusivamente para ejecutar la transmisión en la red de comunicaciones y que su duración no supere el tiempo razonablemente necesario para la transmisión—, pero ello no afectará la posibilidad de que un tribunal o una autoridad administrativa —de conformidad con los sistemas jurídicos de los Estados Miembros— dicte una medida cautelar ordenando al prestador que ponga fin a una infracción o que la impida<sup>176</sup>.

o *Proveedores de servicios en Internet* (ISP). Tienen condicionada la exclusión de responsabilidad por los contenidos ilícitos alojados en sus servidores por parte de sus clientes:

■ a que no tengan conocimiento efectivo de que la información es ilícita (para la responsabilidad por daños, el conocimiento de hechos y circunstancias que revelen el carácter ilícito se asimila al conocimiento real),

■ o bien que, en cuanto tengan conocimiento de la ilicitud de la información que alojan en sus servidores, actúen con prontitud para suprimir los datos o imposibilitar el acceso a ellos<sup>177</sup>, como sucedió en Francia, incluso desde antes de la adopción de la Directiva y de su trasposición a la legislación nacional (vid. infra, §3.7.2, *Société Art Music France* y *Société Warner Chapell France c. Ecole Nationale Supérieure des Télécommunications*, y otros; *Estelle Hallyday c. Valentin Lacambre*.)

Si bien no se considera razonable pensar que los prestadores de servicios de intermediación en línea están sometidos a un deber general de supervisión o control de los datos que transmitan o almacenen, ni a una obligación general de efectuar búsquedas activas de hechos o circunstancias que induzcan actividades ilícitas en la red, sin embargo los Estados Miembros podrán establecer obligaciones tendientes a que los prestadores de servicios de la sociedad de la información co-

<sup>176</sup> *Ibid.*, art. 12, mera transmisión.

<sup>177</sup> *Ibid.*, art. 14, alojamiento de datos.

muniquen con prontitud a las autoridades públicas competentes los presuntos datos ilícitos o las actividades ilícitas llevadas a cabo por los destinatarios de su servicio, o la obligación de comunicar a las autoridades competentes, a solicitud de éstas, información que les permita identificar a los destinatarios de su servicio con los que hayan celebrado acuerdos de almacenamiento<sup>178</sup>.

o La Directiva prevé algunos requisitos adicionales para que la exclusión de responsabilidad pueda alcanzar también el *caching*, es decir, el almacenamiento automático, provisional y temporal de la información en los *proxy servers*, realizado con la única finalidad de hacer más eficaz la transmisión porque reducen considerablemente el tiempo de acceso a ella. En estos casos se requiere que el *proveedor de servicios*:

- no modifique la información ni las condiciones de acceso a ella,
- que no interfiera en la tecnología empleada para obtener datos sobre utilización de la información,
- y que *actúe con prontitud* para retirar los contenidos, o parará imposibilitar el acceso a éstos en cuanto tenga conocimiento efectivo de que la información ha sido retirada del lugar de la red en que se encontraba inicialmente, o que se ha imposibilitado el acceso a dicha información, o que una autoridad competente ha ordenado retirarla o ha prohibido que se accediera a ella<sup>179</sup>.

o En síntesis, bajo ciertos requisitos la Directiva exime de responsabilidad a determinados servicios de intermediación:

- la mera transmisión,
- el servicio de provisión de acceso a la red,
- la actividad de almacenamiento temporal en *caching*, y
- el servicio de alojamiento de datos o *hosting*.

### 3) La *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA)

Como se dijo, la DMCA estadounidense tuvo gran influencia sobre la Directiva europea, razón por la cual nos limitaremos a referenciar sólo algunos de sus aspectos distintivos.

<sup>178</sup> *Ibid.*, art. 15, *inexistencia de obligación general de supervisión*.

<sup>179</sup> *Ibid.*, art. 13, *memoria tampón (caching)*.

En setiembre de 1995 se publicó en los Estados Unidos el Informe Gubernamental sobre Propiedad Intelectual y la Infraestructura de la Información Nacional (o NII = *National Information Infrastructure*) conocido como *White Paper* (*Libro Blanco*)<sup>180</sup> en el cual, con respecto a un tema tan sustancial para los intereses de los titulares de *copyrights* como es el de la responsabilidad de los proveedores de servicios en Internet, se llegaba a la conclusión de que las leyes existentes en ese país eran adecuadas y aplicables a la cuestión, ya que contenían elementos idóneos para determinar cuándo una parte (un proveedor de servicios en línea) es responsable por las infracciones cometidas por otra parte (en especial, por los proveedores de contenidos). En general, las conclusiones del *White Paper* —cuya elaboración (y la del *Green Paper* [*Libro Verde*] que lo antecedió) habían causado bastante preocupación a los autores y otros titulares de *copyrights*— fueron muy polémicas y criticadas por diversos sectores interesados, entre ellos los ISP, que reclamaban su exención específica de responsabilidad por las infracciones cometidas por los terceros que utilizaran sus servicios<sup>181</sup>.

<sup>180</sup> *Intellectual Property and the National Information Infrastructure: The Report of the Working Group on Intellectual Property Rights* [*The "White Paper"*].

Este informe estuvo precedido por un informe oficial conocido como *Green Paper* ("La Propiedad Intelectual y la Infraestructura de Información Nacional. Borrador preliminar del Grupo de Trabajo sobre Derechos de Propiedad Intelectual. Grupo de Tareas sobre Infraestructura de la Información") que se publicó en julio de 1994 (una traducción al español realizada por Antonio Millé puede consultarse en *DAT*, números 76-85, Buenos Aires, diciembre 1994-setiembre 1995).

<sup>181</sup> El 15 de febrero de 1996, Marybeth Peters, Directora del Registro de *Copyrights* (*Register of Copyrights*), respondió a diversas preguntas que le formuló el Subcomité sobre Tribunales y Propiedad Intelectual, Comité sobre el Poder Judicial (*Subcommittee on Courts and Intellectual Property, Committee on the Judiciary*) de la Cámara de Diputados de los Estados Unidos, durante el trámite parlamentario de la ley de protección del *copyright* relativo a la Infraestructura de Información Nacional —NII— [*National Information Infrastructure Copyright Protection Act* (H.R. 2441, and S. 1284)] que no llegó a sancionarse como tal, y respecto de la pregunta 8 referida a la cuestión que nos ocupa, planteada en los siguientes términos: "Algunos sectores han reaccionado negativamente a estos proyectos

Una vez concluidos, en diciembre de 1996, los "Tratados Internet" de la OMPI, que no abordan la cuestión de la respon-

*de ley debido a que se cree que la responsabilidad que se prevé para los proveedores de servicios en línea tendrá un efecto paralizante. Actualmente, no existen disposiciones para una responsabilidad de tal naturaleza en el proyecto de ley, pero son consideradas en el Informe Oficial (White Paper). ¿Cuál es el estado actual de la ley en lo que concierne a la responsabilidad de los proveedores de servicios en línea? ¿Cómo piensa Usted que debería tratar el Congreso la cuestión?",* respondió:

"Dado el grado de preocupación expresado sobre la posible responsabilidad de los proveedores de servicios en línea, el tema debería ser considerado seriamente. Al mismo tiempo, sin embargo, habida cuenta de que los proyectos de ley en su formulación actual no tratan este tema de ningún modo y, por lo tanto, no afectarían su resolución, sería posible avanzar con la legislación pendiente de sanción y tratar la responsabilidad de los proveedores de servicios en línea en forma separada.

El Registro de Copyrights cree que el *Libro Blanco* refleja con exactitud el estado actual de la ley en esta área. Al tratar la responsabilidad de las empresas dedicadas a poner en circulación entre el público obras en infracción, los tribunales han desarrollado teorías basadas en la infracción coadyuvante y la responsabilidad indirecta (*contributory infringement* and *vicarious liability*) como elementos adicionales a la posible infracción directa que podría tener lugar a través de actos de distribución y de representación o exhibición públicas. El *White Paper* describe la evolución y elementos esenciales de estas teorías. Mientras que hay quienes argumentan que varios aspectos de la jurisprudencia no son aplicables debido a la diferencia de circunstancias fácticas entre el rol de los proveedores de servicios en línea y demás intermediarios en la cadena de distribución, nosotros estamos de acuerdo con el Grupo de Trabajo en que daría la impresión de que los conceptos de la ley existente son aplicables a muchas de las actividades de los proveedores de servicios en línea.

El *White Paper* concluye que todavía no se ha demostrado la necesidad de modificar estas pautas estableciendo un trato diferenciado para los proveedores de servicios en línea. Desde que el *Libro Blanco* fue dado a conocer, se han ensayado una serie de argumentos a título de demostración. En particular, se ha señalado que el propio volumen y la velocidad de las transmisiones realizadas a través de servicios en línea las diferencian de las publicaciones tradicionales, y haría imposible supervisar el contenido de las transmisiones de un modo que tenga sentido (particularmente en aquellos casos en que las transmisiones han sido encriptadas). Un examen adicional de la evidencia al respecto podría demostrar la necesidad de algún tipo de tratamiento legislativo especial.

Nosotros notamos sin embargo que —hasta el momento— cualquier efecto paralizante que pudiera resultar de las teorías existentes de responsabilidad coadyuvante e indirecta (*contributory and vicarious liability*) pa-

sabilidad de los proveedores de servicios en Internet, el Congreso de los Estados Unidos se dio a la tarea de implementar dichos Tratados en la legislación nacional, siguiendo en varios aspectos los lineamientos del *White Paper*. Los ISP reforzaron la defensa de sus intereses y continuaron desplegando una intensa campaña ante los poderes públicos en fa-

rece ser leve. Los proveedores de servicios en línea comenzaron sus actividades cuando estas teorías ya habían sido consagradas a nivel legal, y han prosperado al amparo del régimen legal actual. No ha habido una explosión de litigios y, los pocos casos sobre los que se ha decidido, parecen razonables en vista de los hechos involucrados. En realidad, el más reciente caso sobre el tema, que contiene —a la fecha— el más minucioso análisis jurídico de la cuestión, es en muchos aspectos bastante favorable a los intereses de los proveedores de servicios en línea. *Religious Technology Center v. Netcom On-Line Communications Services, Inc.*, 907 F. Supp. 1361 (N.D. Cal., Nov. 21, 1995). Por ello, parece apropiado imponer a los proveedores la carga de probar que necesitan tratamiento especial, restringiendo a las actividades en relación con las cuales fuere necesario.

Cualquier legislación que exima de responsabilidad a los proveedores de servicios en línea no debería ser absoluta, sino merituada cuidadosamente. La pregunta es, ¿qué grado de protección es razonable, dada la variedad de actividades involucradas? En cualquier momento dado, ¿está el proveedor de servicios llevando a cabo una función más parecida a la de una editorial tradicional, o similar a la de un intermediario común y corriente? En circunstancias apropiadas, sería aconsejable prever una extensión de responsabilidad (*safe harbor*), que permita a los proveedores de servicios funcionar eficientemente sin temor a ser responsables si observan ciertas precauciones y se atienen a procedimientos establecidos.

Si el Congreso decidiese adoptar este enfoque, sugerimos actuar con cautela en relación con dos aspectos al momento de dar forma a los términos de la extensión mencionada. En primer lugar, es crucial que a los titulares de copyrights no se les exija sujetarse a determinados procedimientos para notificar a los proveedores de servicios de sus reclamos como una condición para poder litigar. Es probable que tales exigencias sean consideradas formalidades impuestas para la observancia de los derechos, las cuales están prohibidas con arreglo a la Convención de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, de la cual los Estados Unidos es parte. En segundo lugar, debe tenerse cuidado de no crear incentivos perversos, premiando la deliberada ignorancia de reclamos.

En el caso de que los proveedores de servicios en línea puedan demostrar que merecen tratamiento especial, el Registro de Copyrights cree que estas preocupaciones pueden ser tenidas en cuenta y encontrar una solución razonable. Nos agradecería trabajar con el Congreso y las partes interesadas a fin de colaborar en el proceso." (<http://www.copyright.gov/docs/mistat.html>).

vor de la limitación de su responsabilidad<sup>132</sup>, la cual culminó exitosamente en 1998 con la adopción, en la *Digital Millennium*

<sup>132</sup> Ralph Oman, en "El imperativo de la responsabilidad compartida en Internet", artículo ya mencionado, publicado en el *Boletín de Derecho de Autor* de la Unesco (num. 2/1998, pp. 33 y 35) se refirió a la cuestión en los siguientes términos: "Las compañías telefónicas, los proveedores de acceso a Internet y los fabricantes estadounidenses y extranjeros de equipos, en un audaz matrimonio de conveniencia con educadores y bibliotecarios, defienden con uñas y dientes precisamente esa exención de la responsabilidad respecto del derecho de autor. No deberán tardar en darse cuenta de que su postura defensiva es en última instancia un callejón sin salida, porque impedirá la vigorosa expansión de la tecnología. Sólo si estos agentes clave desempeñan un papel activo en la aplicación del derecho de autor, los creadores podrán hacer otro tanto para asegurar el éxito de Internet, en beneficio de todos, especialmente del público. Los creadores ya están cumpliendo con su parte en este régimen exhaustivo de administración del derecho de autor, pues, por ejemplo, la Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores (CISAC) y las sociedades estadounidenses de derecho de ejecución han elaborado un sistema mundial de identificación digital, denominado Proecto WorksNet, que permitirá a compositores y editores codificar cada obra musical con un identificador digital único, el International Standard Works Code (ISWC) [Código estándar internacional de obras]. El sistema se propone explotar las nuevas capacidades revolucionarias de contabilidad y las posibilidades ilimitadas de almacenamiento de información de las tecnologías digitales. [...] Si los proveedores de acceso a Internet supervisan la red, los problemas de aplicación de la ley se pueden resolver. Los osos pardo se dan un festín con los salmones que nadan aguas arriba para desovar. No pueden atrapar los salmones en las partes anchas del río ni cuando han logrado llegar al lago, y por eso se colocan en un punto estrecho de la corriente. Como ellos, los proveedores de acceso a Internet se hallan en un punto estrecho de la corriente y están en la posición más adecuada para detectar las infracciones. A menos que compartan la responsabilidad del cumplimiento de las leyes, la detección de las transmisiones infractoras resulta sumamente difícil. Y a menos que los proveedores de acceso a Internet compartan cierto grado de responsabilidad, se limitarán a sentarse tranquilamente, cruzarse de brazos y decirles a los titulares del derecho de autor que el cumplimiento de la ley es problema de ellos y no de los proveedores de acceso. Si se confirma su responsabilidad, los proveedores de acceso participarán activamente en el esfuerzo tecnológico coordinado necesario para combatir al dragón de la piratería. Si los proveedores de acceso a Internet montan la guardia en el punto de control, con su caja negra vigilando la circulación del material registrado, este nuevo y prometedor sistema de distribución florecerá. Si reconocen cuál es su propio interés, los proveedores de acceso ayudarán a elaborar la solución técnica necesaria para garantizar la seguridad de la administración del derecho de autor."

*nium Copyright Act*, del título sobre "limitaciones de responsabilidad por las infracciones al *copyright*" (*"limitations on liability for copyright infringement"*) mediante el cual se introdujo en el capítulo 5 de la *Copyright Act* el art. 512.

#### o *Definición de proveedor de servicio*

De acuerdo al art. 512(k)(1)(B), un "proveedor de servicios" es "un proveedor de servicios en línea o de acceso a redes y el operador de tales servicios", incluyendo "una entidad que ofrece la transmisión, enrutamiento o provisión de conexiones para comunicaciones digitales en línea, entre puntos especificados por un usuario de material seleccionado por éste, y sin introducirle modificaciones en su envío o recepción".

A su vez, en el párrafo (i) del mismo artículo, se establecen las condiciones que debe cumplir un proveedor de servicios para poder beneficiarse de las limitaciones de responsabilidad establecidas en la norma: (A) haber adoptado e implementado razonablemente, así como informado a sus abonados, una política que prevea la terminación del contrato cuando se trate de infractores reincidentes (*"repeat infringers"*), y (B) no interferir y cumplir con las medidas técnicas estándar que sean utilizadas por los titulares de *copyrights* para identificar o proteger sus obras, cuando hayan sido consensuadas por ambas partes, estén a disposición de cualquier persona y no impliquen costos o cargas sustanciales para los proveedores de servicios.

o *"Safe harbors"*. El mencionado art. 512 establece los comúnmente denominados – en los Estados Unidos– *"safe harbors"* (puertos seguros), es decir, cuatro situaciones en las cuales las actividades de los proveedores de servicios en línea quedan exentas de la obligación de reparar los daños ocasionados como consecuencia de las infracciones al *copyright*. Esas situaciones son: (a) la mera transmisión de contenidos –*transitory digital network communications*–; (b) el almacenamiento temporal en *caching* –*system caching*–; (c) el alojamiento de datos o *hosting* on *systems or networks at direction of users*–, y (d) el uso de herramientas para localizar información (motores de búsqueda) incluyendo directorios, referencias,

*pointers* y enlaces de hipertexto –*information location tools*– por medio de los cuales se dirige a los usuarios a contenidos en infracción. En relación con cada una de estas actividades, las respectivas disposiciones establecen las condiciones que deben cumplir los prestadores de servicios *en línea* para poder sustraerse a la obligación de reparar los daños ocasionados como consecuencia de las infracciones al *copyright* realizadas por sus usuarios.

De acuerdo con el párrafo (e) del mismo artículo, *las instituciones de educación superior, públicas o sin ánimo de lucro*, también pueden beneficiarse de las referidas exenciones de responsabilidad cuando actúan como proveedores de servicios *en línea* poniendo sus servidores a disposición de sus estudiantes, profesores e investigadores. En tales casos, esas personas no son consideradas como parte de la institución, de modo que aun cuando ellas tengan conocimiento o conciencia de que están realizando actividades infractoras, éstas no podrán ser atribuidas a la institución, siempre y cuando ella cumpla con las condiciones establecidas para cada tipo de conducta y, también, con las siguientes: (A) que dichas actividades infractoras no impliquen el acceso *en línea* a materiales pedagógicos requeridos o recomendados en cursos impartidos en la institución durante los últimos tres años; (B) que la institución no haya recibido en los últimos tres años más de dos notificaciones por infracciones supuestamente cometidas por dichos usuarios (siempre y cuando esas notificaciones se hubiesen basado en reclamos que no podían válidamente dar pie a una acción legal), y (C) que la institución proporcione información a los usuarios de su sistema que, en forma adecuada, describa las leyes sobre *copyright* de los Estados Unidos y promueva su cumplimiento.

o *La limitación de responsabilidad de los proveedores de alojamiento de contenidos de terceros: condiciones a que se sujeta. "Notice and takedown"*

De acuerdo al art. 512(c)(1), entre la suma de condiciones que deben cumplir los proveedores de alojamiento de sitios o páginas web de terceros para quedar exentos de "responsabilidad directa e indirecta por infracciones al *copyright*" (*direct or vicarious liability for copyright infringement*), se encuen-

tran: "no tener conocimiento efectivo (*actual knowledge*) de que el contenido, o una actividad basada en la utilización de ese contenido en el sistema, se encuentra en infracción", ni "ser consciente (*not aware*) de hechos o circunstancias que revelan que una actividad es infractora". Tampoco debe "obtener un beneficio económico directamente atribuible a la actividad infractora" en aquellos casos en que el proveedor de servicios *en línea* tiene "el derecho y la posibilidad de controlar" la mencionada actividad infractora; y una vez que el proveedor de servicios *en línea* adquiere "conciencia" de dicha actividad, debe "actuar rápidamente para suprimir el contenido o imposibilitar el acceso a éste".

A continuación, el párrafo (c)(2) establece un complejo procedimiento de notificación de las infracciones, comúnmente denominado "*notice and takedown*", expresión que significa quitar –*takedown*– de Internet los contenidos que se denuncia que están en infracción, luego de recibida la notificación pertinente –*notice*–. Al recibir esta notificación, el proveedor de servicios *en línea* debe, como se dijo, "actuar rápidamente para suprimir el contenido o imposibilitar el acceso a éste". Si no lo hace puede ser considerado responsable por la infracción<sup>183</sup>.

o *Subpoena*<sup>184</sup>. El art. 512(h) establece un procedimiento destinado a que el titular de un *copyright* obtenga una resolución judicial denominada *subpoena*, que ordena a un proveedor de servicios *en línea* suministrar los datos para identificar a un supuesto infractor de acuerdo al procedimiento reglado en la norma (*subpoena to identify infringer*)<sup>185</sup>.

<sup>183</sup> Sobre la interpretación judicial del procedimiento de "*notice and takedown*", *vid. infra*, §3.7.2, *Ellison v. Robertson*, 189 F. Supp. 2d 1051, 1053 (C.D. Cal. 2002).

<sup>184</sup> *Subpoena*: expresión latina que significa *bajo pena*. En el Derecho estadounidense, el término se refiere a una orden judicial escrita en virtud de la cual una persona es citada y debe comparecer ante un juzgado o tribunal, bajo apercibimiento de sanción en caso de incumplimiento (*Vid. Black's Law Dictionary*, Seventh Edition, St. Paul, Minnesota, Bryan A. Garner, Editor in Chief, West Group, 1999, p. 144).

<sup>185</sup> De acuerdo al art. 512(h) (*subpoena to identify infringer*), el titular de un *copyright* debe presentar: 1) una declaración jurada manifestando



o En resumen, las principales diferencias que encontramos en el art. 512 de la DMCA respecto de la Directiva europea sobre comercio electrónico estriban en la presencia en aquella de:

que el propósito para el cual se recurre a la orden judicial (*subpoena*) es obtener la identidad de un supuesto infractor y que tal información solamente será usada con el fin de proteger los derechos reconocidos por la *Copyright Act*, y 2) una copia de la notificación que debe incluir sustancialmente lo siguiente:

- i) Una firma física o electrónica de una persona autorizada para actuar en representación del titular del *copyright* presuntamente infringido.
- ii) La identificación de la obra protegida que se presume infringida, o si quedan cubiertas por una misma notificación varias obras protegidas en un mismo sitio *online*, una lista representativa de tales obras.
- iii) La identificación del material que se considera es objeto de la actividad infractora y que ha de ser removido o el acceso ha de ser bloqueado, e información razonablemente suficiente para permitir al proveedor del servicio localizar dicho material.
- iv) Información razonablemente suficiente para permitir al proveedor del servicio contactar a la parte demandante, por ejemplo, una dirección, número de teléfono y, si estuviera disponible, una dirección de correo electrónico.

v) Una declaración de que la parte demandante cree de buena fe que el uso del material de la manera efectuada no está autorizado por el titular del *copyright*, su representante, o por la ley.

vi) Una declaración de que la información contenida en la notificación es precisa y, bajo penalidad de perjurio, de que la parte demandante está autorizada a actuar en representación del titular de un derecho exclusivo que supuestamente está siendo infringido.

Sobre la interpretación judicial de la procedencia de la *subpoena*, *vid. infra* §3.7.2, *Recording Industry Association of America (RIAA) v. Verizon Internet Services*.

En Francia, la identificación del infractor ha sido prevista en el art. 43-9 de la ley N° 2000-719 del 1° de agosto de 2000, y ordenada en diversos procedimientos de medidas cautelares sustanciados por los tribunales respecto de la obligación de los proveedores de acceso y de alojamiento en Internet de entregar a los damnificados la información que les permita identificar al autor del sitio en el cual se lleva a cabo la infracción, entre ellas, en *Société Nationale de Radiodiffusion Radio France c. Valentin L. y Société Public Communicators Inc.*; *S.A. Dargaud Lombard, S.A. Lucky Comics c. S.A. Tiscali Media* (*vid. infra*, §3.7.2); *SARL One.Tel c. S.A. Multimania, Tribunal de grande instance de Paris*, 20 de setiembre de 2000; *Dubois c. T online France, Tribunal de grande instance de Paris*, 15 de enero de 2002; *Robert Joubi c. S.A. Multimania, Tribunal de grande instance de Paris*, 15 de enero de 2002 y *Sergius c. Moments Magiques*

• una limitación expresa de responsabilidad en favor de los proveedores de servicios por el uso de herramientas para localizar información (motores de búsqueda, hipervínculos,

*Host Europe, Tribunal de commerce de Paris*, 20 de marzo de 2002 (*vid. http://www.legalis.net*).

El mencionado art. 43-9 de la ley N° 2000-719 del 1° de agosto de 2000 dispone que: "Los prestatarios mencionados en los arts. 43-7 [las personas físicas o jurídicas cuya actividad sea ofrecer acceso a los servicios de comunicación *en línea* que no sea el de correspondencia privada] y 43-8 [las personas físicas o jurídicas que aseguren, en forma gratuita u onerosa, el almacenamiento directo y permanente para la puesta a disposición del público de señales, escritos, imágenes o sonidos, o de mensajes de cualquier naturaleza accesibles por medio de esos servicios], deben poseer y conservar los datos que permitan la identificación de todas las personas que hayan contribuido a la creación de los contenidos de los servicios de los que aquéllas son prestatarias.

Asimismo deben suministrar a las personas que editen un servicio de comunicación *en línea* que no sea el de correspondencia privada, los medios técnicos que les permitan satisfacer las condiciones de identificación previstas en el art. 43-10 [1]. Las personas cuya actividad consista en editar un servicio de comunicación *en línea* que no sea el de correspondencia privada tendrán a disposición del público:

- si se trata de personas físicas, sus nombres, apellido y domicilio;
- si se trata de personas jurídicas, su denominación o razón social y su sede social;
- el nombre del director o del codirector de la publicación y, si fuera el caso, el nombre del responsable de la redacción en el sentido del art. 93-2 de la ley n° 82-652 del 29 de julio de 1982 sobre comunicación audiovisual;
- el nombre, la denominación o la razón social y la dirección del prestatario mencionado en el art. 43-8. II. Las personas que editen a título no profesional un servicio de comunicación *en línea* que no sea el de correspondencia privada pueden no tener a disposición del público, para preservar su anonimato, más que el nombre, la denominación o la razón social y la dirección del prestatario mencionado en el art. 43-8, sin perjuicio de que se les haya comunicado los elementos de identificación personal previstos en el 1°.

Las autoridades judiciales pueden requerir la comunicación a los prestatarios mencionados en los arts. 43-7 y 43-8 de los datos referidos en el primer párrafo.

Las disposiciones de los arts. 226-17, 226-21 y 226-22 del Código Penal serán aplicables al tratamiento de esos datos.

En otros países dicha identificación previa del infractor puede lograrse por aplicación de las normas procesales que prevén *medidas cautelares genéricas*, como sucede en la Argentina con el art. 232 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación que dispone: "Fuera de los casos previstos en los artículos precedentes, quien tuviere fundado motivo para tener

etcétera) por medio de las cuales se dirige a los usuarios hacia los contenidos en infracción;

- un procedimiento de notificación de las infracciones (*notice and takedown*); y
- la exención expresa de responsabilidad en favor de las *instituciones de educación superior, públicas o sin ánimo de lucro* cuando actúan como proveedoras de servicios en línea poniendo a disposición de sus estudiantes, profesores e investigadores<sup>186</sup>.

4) En el área latinoamericana varias legislaciones establecen normas sobre responsabilidad de los proveedores de servicios en línea.

que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho, éste pudiese sufrir un perjuicio inminente o irreparable podrá solicitar las medidas urgentes que, según las circunstancias, fueren más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia".

Asimismo, en las medidas cautelares previstas en las leyes sobre la materia, como, también en la Argentina, en el art. 79 de la Ley de derecho de autor y conexos (ley 11.723 "sobre régimen legal de la propiedad intelectual") que data de 1933 y prevé que el juez puede decretar la suspensión de un espectáculo antes de que se inicie o cuando ya se ha iniciado, el embargo de las obras denunciadas y del producto que se haya percibido y, lo que es aún más importante, "toda medida que sirva para proteger eficazmente los derechos que ampara esta ley". Sobre esta disposición De Lázari señala que: "con notable carácter anticipatorio al texto del hoy art. 232 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, se consagran verdaderas providencias cautelares genéricas o inominadas, para permitir la amplia cobertura de todas las hipótesis en que *prima facie* aparezca vulnerada la propiedad intelectual" (De Lázari, E. N., *Medidas cautelares*, t. 2, La Plata, Librería Editora Platense, 1988, p. 199). El mencionado art. 79 es compatible con las medidas cautelares que establecen los códigos procesales.

<sup>186</sup> Según Raquel Xalabarder, la falta de una equiparación expresa en la Directiva europea sobre comercio electrónico de las instituciones educativas sin ánimo de lucro a los servidores prevista en la DMCA no impide que, en tanto esas instituciones puedan subsumirse bajo la definición de servidor de la Directiva, puedan beneficiarse del sistema de responsabilidad limitada indicado en ella, quedando sujetas a las condiciones previstas para los servidores en general, sin condiciones especiales para ellas, como las de la DMCA. ("Infracciones de propiedad intelectual y la *Digital Millennium Copyright Act*", ponencia presentada en las *Jornadas de Responsabilidad Civil y Penal de los Prestadores de Servicios en Internet*, Barcelona, 22-23 de noviembre de 2001, <http://www.uoc.edu/n3/dt/20060/index.html>).

o *Ecuador*: el art. 292 de la Ley de Propiedad Intelectual N° 83 de 22 de abril de 1998 (Registro Oficial de 19 de mayo) dispone:

"Si la violación de los derechos se realiza a través de redes de comunicación digital, tendrá la responsabilidad solidaria el operador o cualquier otra persona natural o jurídica que tenga el control del servicio informático interconectado a dicha red, a través del cual permita, induzca o facilite la comunicación, reproducción, transmisión o cualquier otro acto violatorio de los derechos previstos en esta ley, siempre que tenga conocimiento o haya sido advertido de la posible infracción o no haya podido ignorarla sin negligencia grave de su parte.

Se entenderá que ha sido advertido de la posibilidad de la infracción cuando se ha dado noticia debidamente fundamentada de ella.

Los operadores u otras personas naturales o jurídicas referidas en esta norma, estarán exentos de responsabilidad por los actos y medidas técnicas que adopten a fin de evitar que la infracción se produzca o continúe."

o *Colombia*. La Ley N° 679 de 3 de agosto de 2001 establece prohibiciones y deberes a cargo de los proveedores o servidores, administradores y usuarios de redes globales de información para prevenir y contrarrestar la explotación, la pornografía y el turismo sexual con menores<sup>187</sup>. Tam-

<sup>187</sup> Colombia, Ley N° 679 de 3 de agosto de 2001:

"Art. 1°. *Objeto*. Esta ley tiene por objeto dictar medidas de protección contra la explotación, la pornografía, el turismo sexual y demás formas de abuso sexual con menores de edad, mediante el establecimiento de normas de carácter preventivo y sancionatorio, y la expedición de otras disposiciones en desarrollo del art. 44 de la Constitución".

"Art. 2°. *Definición*. Para los efectos de la presente ley, se entiende por menor de edad la persona que no ha cumplido los dieciocho años."

"Art. 7°. *Prohibiciones*. Los proveedores o servidores, administradores y usuarios de redes globales de información no podrán:

1. Alojarse en su propio sitio imágenes, textos, documentos o archivos audiovisuales que impliquen directa o indirectamente actividades sexuales con menores de edad.

bién prevé sanciones administrativas e introduce modificaciones al Código Penal en las que se tipifican las conductas descriptas<sup>188</sup>.

2. Alojar en su propio sitio material pornográfico, en especial en modo de imágenes o videos, cuando existan indicios de que las personas fotografiadas o filmadas son menores de edad.

3. Alojar en su propio sitio vínculos o links, sobre sitios telemáticos que contengan o distribuyan material pornográfico relativo a menores de edad<sup>189</sup>.

"Art. 8°. *Deberes*. Sin perjuicio de la obligación de denuncia consagrada en la ley para todos los residentes en Colombia, los proveedores, administradores y usuarios de redes globales de información deberán:

1. Denunciar ante las autoridades competentes cualquier acto criminal contra menores de edad de que tengan conocimiento, incluso de la difusión de material pornográfico asociado a menores.

2. Combatir con todos los medios técnicos a su alcance la difusión de material pornográfico con menores de edad.

3. Abstenerse de usar las redes globales de información para divulgación de material ilegal con menores de edad.

4. Establecer mecanismos técnicos de bloqueo por medio de los cuales los usuarios se puedan proteger a sí mismos o a sus hijos de material ilegal, ofensivo o indeseable en relación con menores de edad".

Colombia, *ibid.*:

"Art. 10. *Sanciones administrativas*. El Ministerio de Comunicaciones tomará medidas a partir de las denuncias formuladas, y sancionará a los proveedores o servidores, administradores y usuarios responsables que operen desde territorio colombiano, sucesivamente de la siguiente manera:

1. Multas hasta de 100 salarios mínimos legales vigentes.

2. Cancelación o suspensión de la correspondiente página electrónica.

Para la imposición de estas sanciones se aplicará el procedimiento establecido en el Código Contencioso Administrativo con observancia del debido proceso y criterios de adecuación, proporcionalidad y reincidencia".

"Art. 33. Adiciónase el art. 303 del Código Penal con el siguiente inciso: "Si el agente realizare cualquiera de las conductas descritas en este artículo con personas menores de catorce años por medios virtuales, utilizando redes globales de información, incurrirá en las penas correspondientes disminuidas en una tercera parte".

Parágrafo transitorio. Tan pronto como entre en vigencia la Ley 599 de 2000 el presente art. tendrá el numero 209."

"Art. 34. Adiciónase un nuevo artículo al Código Penal, con el número 312A, del siguiente tenor:

Art. 312A. *Utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer servicios sexuales de menores*. El que utilice o facilite el correo tradicional, las redes globales de información, o cualquier otro medio de comunicación para obtener contacto sexual con menores de dieciocho (18) años,

### 3.7.1. Resarcimiento de daños

En los países donde la responsabilidad, y consiguiente procedencia del resarcimiento, resulta del Derecho común, para los autores y titulares de derechos conexos que son víctimas de los daños ocasionados por la utilización ilícita de sus obras y prestaciones en redes digitales, y en particular en Internet, el presupuesto de la responsabilidad civil cuya determinación resulta decisivo es el *factor de atribución* (los otros tres presupuestos de la responsabilidad civil son: antijuricidad, daño y nexo causal).

El nexo de causalidad determina la relación dañador-hecho dañoso (o resultado perjudicial), siempre siguiendo las reglas de la causalidad adecuada; en cambio, el factor de atribución permite establecer quiénes son sujetos pasivos del reclamo, es decir, a quiénes se les puede exigir la reparación del daño más allá de que éstos no hayan participado directamente en el acto o el hecho dañoso<sup>189</sup>.

o para ofrecer servicios sexuales con éstos, incurrirá en pena de prisión de cinco (5) a diez (10) años, y multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Las penas señaladas en el inciso anterior se aumentarán hasta en la mitad (1/2) cuando las conductas se realizaran con menores de doce (12) años.

Parágrafo transitorio. Tan pronto como entre en vigencia la Ley 599 de 2000, el presente art. tendrá el número 219A".

"Art. 35. Adiciónase un nuevo artículo al Código Penal, con el número 312B, del siguiente tenor:

Art. 312B. *Omisión de denuncia*. El que, por razón de su oficio, cargo, o actividad, tuviere conocimiento de la utilización de menores para la realización de cualquiera de las conductas previstas en el presente capítulo y omitiere informar a las autoridades administrativas o judiciales competentes sobre tales hechos, teniendo el deber legal de hacerlo, incurrirá en multa de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si la conducta se realizare por servidor público, se impondrá, además, la pérdida del empleo.

Parágrafo transitorio. Tan pronto como entre en vigencia la Ley 599 de 2000, el presente art. tendrá el número 219B".

<sup>189</sup> Vid. Zabala, E. M., "Responsabilidad civil de los ISP, de los proveedores de contenidos y de los portales", *Derecho Informático* 2, Rosario, Juris, 2001, pp. 71-2.

que se hace la reproducción ilícita. También adujo que su situación era análoga a la de un proveedor de servicios de Internet (ISP) en cuyo servidor se almacena una reproducción ilícita que es transmitida de "A" a "B"; el ISP no es responsable por la reproducción (aunque podría llegar a ser un infractor subsidiario si hubiera sido advertido de que el archivo que almacena en su servidor es una reproducción ilícita). Asimismo, la demandada anticipó que si las acciones aducían que la situación era diferente porque en la especie intervenía un operador humano (el empleado del *cibercafé*), debía tomarse en cuenta que esto no hacía diferencia porque, en el caso, el empleado actuaba como un autor, como si fuera un invidente a quien se pide que fotocopie un papel que contiene una obra protegida sin que tenga conocimiento de ello.

El tribunal estimó que estas alegaciones contenían dos importantes falacias. Primero, que si bien es cierto que cuanto a la responsabilidad objetiva por la infracción a los mencionados arts. 17 y 18 de la CDDA 1988 es llevada a sus límites pueden surgir resultados absurdos —como ocurriría si se pretendiera responsabilizar al destinatario de un fax sobre cuyo contenido él no tiene control—, sin embargo, para una persona que reproduce una obra protegida alegar que no sabía que estaba infringiendo un *copyright* no es una defensa atendible. En el caso, el único argumento válido para esta defensa sería el hecho de que la demandada elige mantener una pretendida confidencialidad de los archivos del cliente al dar directivas a los empleados en el sentido de que no pueden verlos a menos que el cliente lo consienta. El tribunal destacó que esto era voluntario y que no hacía ninguna diferencia el que la demandada eligiera los términos en los cuales los clientes podían reproducir la información.

Para el tribunal, la segunda falacia consistía en que el invidente no estaría necesariamente exento de responsabilidad ya que si se le solicitara que copie materiales y lo hiciera sin tomar las precauciones necesarias para saber si se trata de materiales protegidos, y si la reproducción infringe *copyrights*, no quedaría exento de responsabilidad objetiva.

Con cita al art. 70 de la CDDA 1988<sup>232</sup> el tribunal expresó que la demandada no podía acogerse a la excepción de "uso privado y doméstico" allí establecida dado que proveía el servicio con fin de lucro, sin que fuera relevante que la persona para quien se está copiando haga un uso privado y doméstico.

### 3.7.2.1. El caso *Napster*

En el famoso caso *Napster —A&M Records, Inc., et al. v. Napster, Inc.*, 239 F.3d 1004 (9th Cir. Feb. 12, 2001)—<sup>233</sup> varias empresas de grabación comercial, distribución y venta de composiciones musicales y grabaciones sonoras protegidas<sup>234</sup> demandaron a Napster alegando que ésta coadyuvaba a las infracciones (*contributory infringement*) a los *copyrights* de los demandantes y que, por ello, era indirectamente responsable (*vicarious liability*)<sup>235</sup>.

Napster había diseñado y operaba un sistema que permitía la transmisión y descarga de grabaciones sonoras empleando tecnología digital. El Tribunal de Apelaciones describe con bastante detalle la arquitectura de funcionamiento de Napster a fin de facilitar la comprensión de la diferencia existente entre la *mecánica de transmisión*, por un lado, y el *contenido de las transmisiones*, por el otro. Este último es el *objeto del análisis de la infracción del derecho de autor*.

<sup>232</sup> "El hacer una grabación de una emisión o programa de cable para uso privado y doméstico, solamente con el propósito de permitir que sea vista o escuchada en un horario más conveniente, no constituye una infracción al *copyright* sobre la emisión o el programa de cable o de cualquier obra allí incluida".

<sup>233</sup> *A&M Records, et al. v. Napster Inc.*, 239 F.3d 1004 (9th Cir. 2001), <http://www.cc9.uscourts.gov/web/newopinios.usf04/420489e2538f6882569f100616b06?OpenDocument>

<sup>234</sup> A&M Records, Inc.; Geffen Records, Inc.; Interscope Records; Sony Music Entertainment, Inc.; MCA Records, Inc.; Atlantic Recording Corp.; Island Records Inc.; Motown Record Co.; Capitol Records, Inc.; Jerry Leiber Music; Mike Stoller y Frank Music Corp.

<sup>235</sup> Como se dijo, sobre las doctrinas de la *contributory infringement* (infracción coadyuvante) y la *vicarious liability* (responsabilidad indirecta), *vid. supra*, cap. 2, §2.2.2.3.1.C,a,4, nota 80 a pie de página.

A través del proceso "peer to peer" Napster posibilitaba a los usuarios de su sistema: 1) que sus archivos musicales MP3 almacenados en el disco rígido de un ordenador personal estuvieran disponibles para el copiado por otros usuarios de Napster; 2) buscar archivos de música MP3 almacenados en los ordenadores de otros usuarios; y 3) transferir copias exactas de los archivos a los ficheros MP3 de otros usuarios desde un ordenador a otro vía Internet.<sup>236</sup>

<sup>236</sup> El Tribunal de Apelaciones explica que las funciones del proceso *peer-to-peer* se hacían posibles por el programa de ordenador *MusicShare* de Napster, que estaba disponible sin cargo en el sitio web de Napster en Internet, y los servidores de *net* y programa de servidor secundario de Napster. Napster proporcionaba soporte técnico para la clasificación y búsqueda de archivos MP3, así como para sus otras funciones, incluyendo un "espacio de conversación" (*chat room*) donde los usuarios podían encontrarse para discutir de música, y un directorio en el que los artistas que participaban podían suministrar información acerca de la música.

Para copiar los archivos MP3 a través del sistema Napster, un usuario debía acceder primero al emplazamiento de Napster en Internet y descargar. "Descargar (*download*), significa recibir información, típicamente un archivo de otro ordenador al suyo vía su módem. [...] El término opuesto es carga (*upload*), que significa enviar de un ordenador a otro". Una vez que el programa de ordenador estaba instalado, el usuario podía acceder al sistema Napster. La primera vez que lo hacía, el usuario debía registrarse en el sistema de Napster creando un "nombre de usuario" y una contraseña (*password*).

Si un usuario registrado quería listar en Napster los archivos disponibles en el disco rígido de su ordenador para que otros accedieran, primero debía crear un directorio, una "biblioteca de usuario" en el disco rígido de su ordenador. El usuario salvaba entonces sus archivos MP3 en el directorio de su biblioteca, utilizando nombres de archivos auto designados. Seguidamente debía entrar en el sistema de Napster utilizando su nombre de usuario y su contraseña. El programa *MusicShare* de Napster buscaba entonces la "biblioteca" del usuario y verificaba que los archivos disponibles estaban apropiadamente formateados. Si estaban en el formato MP3 correcto, los nombres de los archivos MP3 eran cargados desde el ordenador del usuario a los servidores de Napster. El contenido de los ficheros MP3 permanecía almacenado en el ordenador del usuario.

Una vez cargados en los servidores de Napster, los nombres de los archivos MP3 del usuario eran almacenados en una biblioteca del servidor secundario bajo el nombre del usuario y se convertían en parte de un "directorio colectivo" de archivos disponibles para la transferencia durante el tiempo en que el usuario hubiera entrado en el sistema Napster. El directorio colectivo era fluido; rastreaba a los usuarios que estaban conectados

Napster invocó en su defensa dos normas que, a su entender, la eximían de responsabilidad. Primero sostuvo que sus usuarios realizaban actos de grabación doméstica de audio autorizados por el art. 1008 de la *Copyright Act*, introducido por la ley de grabación doméstica de audio (*Audio Home Recording Act* -AHRA-) de 1992<sup>237</sup> y, segundo, Napster alegó que se beneficiaba de la "safe harbor" establecida en el art. 512(d) de la *Copyright Act* -introducido por la *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA)- es decir, de la limitación de responsabilidad por infracciones al *copyright* prevista en favor de los proveedores de servicios de Internet (*Internet service providers*)<sup>238</sup>, porque su actividad se adecuaba a la de estos proveedores.<sup>239</sup>

en tiempo real, presentando solamente los nombres de los archivos que eran inmediatamente accesibles.

Para transferir una copia del contenido del archivo MP3 requerido, el programa del servidor de Napster obtenía la dirección de Internet del usuario solicitante y la dirección de Internet del "usuario anfitrión" (el usuario con los archivos disponibles). Entonces, los servidores de Napster comunicaban la dirección de Internet del usuario solicitante al usuario solicitante. El ordenador del usuario solicitante utilizaba esta información para establecer una conexión con el usuario anfitrión y descargaba -por medio de la tecnología *peer to peer*- una copia del contenido del archivo MP3 de un ordenador a otro a través de Internet. Un archivo MP3 descargado podía ser ejecutado directamente desde el disco rígido del usuario utilizando el programa *MusicShare* de Napster u otro programa de ordenador. El archivo también podía ser transferido de vuelta a un CD de audio si el usuario tenía acceso a equipos diseñados para este propósito. En ambos casos, la calidad de la grabación sonora original se veía ligeramente disminuida por la transferencia al formato MP3.

<sup>237</sup> *Copyright Act*, "Art. 1008: Prohibición de ciertas acciones por infracción. No se podrán iniciar acciones al amparo del presente título alegando la existencia de una infracción al *copyright* que tengan fundamento en la fabricación, importación o distribución de un dispositivo de grabación de audio digital, un medio de grabación de audio digital, un dispositivo de grabación analógico, o un medio de grabación analógico, o acciones que tengan fundamento en el uso no comercial por un consumidor de un dispositivo o medio de tal naturaleza, a fin de realizar grabaciones musicales digitales o analógicas."

Sobre la AHRA, *vid. supra*, cap. 2, §2.2.2.3.3.1. C, 5).

<sup>238</sup> *Id. supra*, §3.7, B, 3.

<sup>239</sup> Napster también opone una limitación legal de responsabilidad al hacer valer las limitaciones (*safe harbors*) de responsabilidad en favor de

Estas defensas de Napster no prosperaron. Las conocidas decisiones del Tribunal Federal de Distrito<sup>240</sup> de 5 de mayo de 2000 (ligeramente modificadas el 10 agosto de 2000) y sustancialmente confirmadas por el Tribunal Federal de Apelaciones el 12 de febrero de 2001 hicieron lugar a la medida cautelar (o interdicto preliminar = *preliminary injunction*)<sup>241</sup> solicitada contra Napster por los accionantes.

Los tribunales federales consideraron que la demandada había "coadyuvado a las infracciones" de los *copyrights* de los

los proveedores de servicios de Internet por demandas basadas en infracción al *copyright* establecidas en la *Digital Millennium Copyright Act*, 17 U.S.C. § 512 (Vid. Napster, 114 F. Supp. 2d, at 919 n. 24). El Tribunal de Distrito no asignó importancia a esta limitación legal favoreciendo una denegatoria de una medida cautelar temporaria. El tribunal concluyó que Napster no ha convencido al tribunal de que el art. 512(d) exime de responsabilidad a los infractores coadyuvantes<sup>242</sup>.

<sup>240</sup> *A&M Records, Inc., et al. v. Napster, Inc.*, 114 F. Supp. 2d 896 (N.D. Cal. 2000), *United States District Court for the Northern District of California* (Tribunal Federal de Distrito para el Norte de California), <http://www.law.uh.edu/faculty/cjcyce/copyright/release10/AMRecords.html>.

<sup>241</sup> *Injunction*: orden, mandamiento o decreto judicial mediante el que se impone a alguna de las partes una obligación de hacer o de abstenerse de determinado acto o conducta. Es un concepto amplio, derivado del régimen de *equity*(\*) que abarca figuras equivalentes a las órdenes de no innovar, de cesar y abstenerse e inhibitorias (Cabanellas de las Cuevas, G. y Hoague, E. C., *Diccionario Jurídico/Law Dictionary*, t. 1, Buenos Aires, Heliasa, 1998, p. 234). En general, se traduce como "medida cautelar".

*Preliminary injunction*: orden judicial preliminar, dictada con anterioridad o durante un juicio a fin de prevenir un daño irreparable antes de que el tribunal haya tenido oportunidad de dictar sentencia. Este tipo de medida sólo se dicta después de que el demandado ha sido notificado y podido ser oído (Cabanellas de las Cuevas y Hoague, t. 1, p. 590 y Black's, p. 788).

*Permanent injunction*: orden judicial que permanece en efecto por tiempo indeterminado (Cabanellas de las Cuevas y Hoague, t. 1, p. 570).

\* En sentido literal, *equity* significa "equidad"; asimismo con este término se hace referencia al sistema jurídico desarrollado en Inglaterra -y luego adoptado en general por el régimen jurídico angloamericano, por tribunales dependientes de la Corona para suplir las deficiencias del Derecho estricto, quienes desarrollaron según su entender un conjunto de reglas basadas en la equidad, las cuales desembocaron luego en un régimen jurídico propio (*ibid.*, t. 1, p. 275).

demandantes que realizaban los abonados a su servicio de "intercambio" de archivos musicales *peer-to-peer* y, por tanto, había incurrido en "responsabilidad indirecta".

Napster "coadyuvaba a la infracción" básicamente porque al suministrar a sus usuarios el programa de ordenador MusicShare para efectuar la reproducción y permitirles acceder a una base de datos centralizada de las listas de archivos, les procuraba los medios para infringir los *copyrights* sobre las grabaciones musicales; y como era posible notificar a Napster los títulos de los archivos incluidos en su base de datos, dicha empresa tenía conocimiento de las infracciones específicas que posibilitaba su sistema.

Napster era "indirectamente responsable" porque obtenía un beneficio económico, ya que la posibilidad que ofrecía a sus usuarios de "compartir" (*share*) archivos de música sin autorización de los titulares de derechos, sirviéndose de su servicio de intercambio, le procuraba abonados; y Napster tenía el derecho y la posibilidad de controlar las actividades de sus abonados porque les imponía condiciones cuyo incumplimiento le autorizaba a poner fin a su acceso al sistema.

Con respecto a la aplicación del art. 1008 de la *Copyright Act*, introducido por la ley de grabación doméstica de audio (AHRA), Napster alegó que el intercambio de archivos MP3 era de tipo de "uso privado no comercial", al cual no se aplican las acciones por infracciones al *copyright* (*exception para uso de tipo privado*)<sup>242</sup> y, por tanto, que no podía ser indirectamente responsable toda vez que el intercambio por parte de sus usuarios de grabaciones musicales protegidas no era punible.

El Tribunal de Distrito rechazó el argumento de Napster, manifestando que, en el caso, la AHRA resultaba irrelevante porque: 1) los demandantes no habían basado sus reclamaciones en la mencionada ley de grabación doméstica de audio, y 2) esta última no ampara la descarga de archivos MP3. El Tribunal de Apelaciones estuvo de acuerdo. Primero, porque "según el significado puro de la definición de aparatos digitales de grabación de audio establecida en la AHRA, los ordenadores (y sus discos duros) no son aparatos de grabación

<sup>242</sup> Vid. *supra*, cap. 1, § 1.12.2, párrafo A) y cap. 2, § 2.2.2.3.3.1, C, 5.



digital de audio porque su 'finalidad principal' no es hacer copias de grabaciones digitales de audio" (*Recording Indus. Ass'n of Am. v. Diamond Multimedia Sys., Inc.*, 180 F.3d 1072, 1078 -9th Cir. 1999-). Segundo, porque aun cuando Napster sostiene que los ordenadores son "aparatos digitales de grabación de audio", éstos no realizan "grabaciones digitales de música" con arreglo a la definición de la mencionada ley de grabación doméstica de audio (AHRA).

Con respecto a la aplicación a la demandada de las excepciones de responsabilidad establecidas en la DMCA, el Tribunal de Distrito había estimado que Napster no había logrado persuadir al tribunal de que el inciso d) del art. 512 protege a quienes coadyuvan a la infracción. El Tribunal de Apelaciones consideró que si bien el tema sería más plenamente desarrollado durante el juicio, sin embargo en esa etapa del litigio (*preliminary injunction stage*) se planteaban serias dudas de que Napster pudiera obtener protección con fundamento en el art. 512 introducido en la *Copyright Act* por la DMCA, porque los demandantes habían planteado significativas cuestiones, tales como: 1) si Napster era un proveedor de servicios de Internet según se lo ha definido en el art. 512 (d); 2) si los titulares de los *copyrights* deben notificar "oficialmente" a un proveedor de servicios la actividad infractora a fin de que éste tenga conocimiento o conciencia de la existencia en su sistema de tal actividad ilícita; y 3) si Napster cumple con el art. 512 (i), el cual requiere que un proveedor de servicios establezca oportunamente una detallada política de cumplimiento del *copyright*.

Los tribunales federales consideraron que la demandada había coadyuvado a las infracciones de los *copyrights* de los demandantes realizadas por los abonados a su servicio de "intercambio" de archivos musicales "peer-to-peer" y, por tanto, había incurrido en "responsabilidad indirecta".

Napster "coadyuvaba a la infracción", básicamente porque al suministrar a sus usuarios el programa de ordenador MusicShare para efectuar la reproducción y permitirles acceder a una base de datos centralizada de las listas de archivos, les procuraba los medios para infringir los *copyrights* sobre las grabaciones musicales; y como era posible notificar a Napster los títulos de los archivos incluidos en su base de

datos, dicha empresa tenía conocimiento de las infracciones específicas que posibilitaba su sistema.

Napster era "indirectamente responsable" porque obtenía un beneficio económico, ya que la posibilidad que ofrecía a sus usuarios de "compartir" archivos *sin autorización* de los titulares de los *copyrights*, sirviéndose de su servicio de intercambio le procuraba abonados; y Napster tenía el derecho y la posibilidad de controlar las actividades de sus abonados porque les imponía condiciones cuyo incumplimiento la facultaba a poner fin a su acceso al sistema.

El tribunal puso de relieve que para demandar por existir *prima facie* infracción directa, los demandantes deben satisfacer dos requisitos: 1) probar su titularidad del material supuestamente infringido, y 2) probar que los supuestos infractores lesionan al menos uno de los derechos exclusivos reconocidos por el art. 106 de la *Copyright Act* -véase el art. 501(a)-; la infracción tiene lugar cuando el supuesto infractor está involucrado en una actividad enumerada en el art. 106-; véase también *Baxter v. MCA, Inc.*, 812 F.2d 421, 423 (9th Cir. 1987) y, por ejemplo, *S.O.S., Inc. v. Payday, Inc.*, 886 F.2d 1081, 1085 n.3 (9th Cir. 1989) ("La palabra 'copiar' es adecuada para expresar la infracción de alguno de los cinco derechos exclusivos del titular del *copyright* [...]"). Los accionantes han demostrado titularidad suficiente. El expediente apoya la conclusión del tribunal de distrito de que "el ochenta y siete por ciento de los archivos disponibles en Napster pueden estar protegidos y más del setenta por ciento pueden ser titularidad o estar administrados por los demandantes".

"*Fair use*". Napster sostuvo que sus usuarios no infringían directamente los *copyrights* sobre las composiciones musicales y las grabaciones sonoras protegidas de los demandantes porque realizan un "*fair use*" de ese material, y de conformidad con el art. 107 de la *Copyright Act*, el *fair use* de una obra protegida no constituye un ilícito.

Para apoyar esta defensa Napster identificó tres usos específicos que supuestamente tenían ese carácter, es decir, que eran *fair uses*: 1) *muestreo*, donde los usuarios hacen copias temporales de una obra antes de comprar; 2) *cambio de espacio*, en el cual los usuarios acceden a través del sistema Napster a una grabación sonora que ellos ya poseen en for-

mató CD de audio, y 3) *distribución autorizada de grabaciones*, tanto por artistas nuevos como ya conocidos.

Al analizar esta defensa el Tribunal de Distrito consideró primero los factores enumerados en el art. 107 de la *Copyright Act*; luego realizó un análisis general de los usos del sistema Napster de conformidad con el art. 107, y finalmente, aplicó su razonamiento a los supuestos usos leales identificados por Napster:

1) *Muestreo*. Napster había alegado que sus usuarios descargaban archivos MP3 para "muestrear" la música con el fin de decidir si comprar o no la grabación. El Tribunal de Distrito consideró que el muestreo sigue siendo un uso comercial incluso si algunos usuarios compran eventualmente la música. El Tribunal de Apelaciones lo estimó acertado.

Además, Napster argumentó que el Tribunal de Distrito se había equivocado al rechazar su prueba referente a que la descarga de "muestras" incrementa —o tiende a incrementar— las ventas de CDs de audio. Sobre el punto, el Tribunal de Distrito observó que "cualquier mejora potencial de las ventas de los demandantes [...] no inclinaría en forma concluyente el análisis del uso leal en favor del demandado". Al respecto, el Tribunal de Apelaciones señaló: "Coincidimos en que el aumento de las ventas de material protegido atribuibles a un uso no autorizado no debería privar al titular del derecho de autor del derecho a licenciar el material. El juez Leval da el ejemplo de la apropiación de una canción, previamente desconocida de un compositor, por parte del productor de una película que la convierte en un éxito comercial; la gran ayuda que le da a la canción no hace que su simple copiado en el film sea justo. Tampoco el impacto positivo en un mercado, en el caso el mercado de los CDs de audio, priva al titular del derecho de autor del derecho a desarrollar reconocidos mercados alternativos, aquí el mercado de descarga digital".

2) *Cambio de espacio (space-shifting)*. Napster sostuvo que el cambio de espacio de las composiciones musicales y grabaciones sonoras constituye un uso autorizado (*fair use*); ello ocurre cuando un usuario de Napster descarga archivos musicales MP3, que ya tiene en un CD de audio, con el fin de escuchar música. Esa defensa había sido aceptada en los casos Sony y Diamond (*Sony Corp. v. Universal City Studios, Inc.*, 464

U.S. 417, 1984 y *Recording Industry Association of America v. Diamond Multimedia Sys., Inc.*, 180 F.3d 1072, 1079, 9th Cir., 1999, respectivamente). El Tribunal de Apelaciones concluyó que el Tribunal de Distrito no había errado cuando rechazó aplicar los análisis de "cambio" de Sony y Diamond, por no ser pertinentes en virtud de que, en estos últimos, los métodos de cambio no suponían simultáneamente la distribución al público de material protegido; en dichos casos el cambio de tiempo o de espacio de material protegido expuso el material solamente al usuario original. En Diamond, por ejemplo, la música protegida era transferida del disco rígido del ordenador del usuario al operador portátil MP3 del mismo usuario. También en Sony "la mayoría de los compradores de VCR [...] no distribuían emisiones de televisión en cinta, sino que meramente disfrutaban de ellas en sus hogares." A la inversa, en Napster es obvio que una vez que un usuario inscribe o registra una copia de música que él ya posee en el sistema de Napster con el fin de acceder a la música desde otra localización, la canción se hace "disponible a millones de otros individuos", y no solo al propietario del CD original.

3) *Reproducción autorizada de grabaciones* por artistas tanto noveles como conocidos, fue el tercer argumento invocado por Napster en apoyo de la defensa de *fair use*. El Tribunal de Distrito había observado que los demandantes no buscaban prohibir ni este ni ningún otro uso lícito del sistema de Napster, incluyendo: espacios de conversación, tableros de mensajes y el programa de nuevos artistas de Napster. Concluyó que los usuarios de Napster no eran usuarios leales (*"fair users"*) y el Tribunal de Apelaciones estuvo de acuerdo.

En consecuencia, este último pasó a analizar si Napster era indirecta o subsidiariamente responsable por las infracciones directas de conformidad con dos doctrinas del *copyright law*: "*contributory copyright infringement*" y "*vicarious copyright infringement*". Tradicionalmente, "alguien que, con conocimiento de la actividad infractora, induce, causa o coadyuva materialmente a la conducta infractora de otro, puede ser considerado responsable como un 'infractor coadyuvante'". *Gershwin Publ'g Corp. v. Columbia Artists Mgmt., Inc.*, 443 F.2d 1159, 1162 (2d Cir. 1971); también *Fonovisa, Inc. v. Cherry Auction, Inc.*, 76 F.3d 259, 264 (9th Cir. 1996). En otras pa-

labras, la responsabilidad existe si el demandado se involucra en "una conducta personal que alienta o asiste a la infracción". *Matthew Bender & Co. v. West Publ'g Co.*, 158 F.3d 693, 706 (2d Cir. 1998).

El Tribunal de Apelaciones ratificó la afirmación del Tribunal de Distrito en cuanto sostuvo que Napster, con su conducta, a sabiendas alentaba y asistía la infracción de los *copyrights* de los demandantes y que era responsable por coadyuvar a la infracción.

*Conocimiento.* El Tribunal de Apelaciones puso de relieve que la responsabilidad por coadyuvar a la infracción requiere que el infractor subsidiario (*secondary infringer*) "conozca o tenga razones para conocer" la infracción directa. *Cable/Ho-me Communication Corp. Network Prods., Inc.*, 902 F.2d 829, 845 & 846 n. 29 (11th Cir. 1990); *Religious Tech. Ctr. v. Netcom On-Line Communication Servs., Inc.*, 907 F. Supp. 1361, 1373-74 (N. D. Cal. 1995). El Tribunal de Distrito había considerado que Napster tenía conocimiento tanto real como consciente de que sus usuarios intercambiaban música protegida. Sostuvo, asimismo, que el derecho no requiere conocimiento de "actos específicos de infracción", y rechazó la afirmación de Napster según la cual como la compañía no podía distinguir los archivos ilícitos de los lícitos, no sabía de la infracción directa.

El Tribunal de Distrito también había afirmado que Napster tenía conocimiento real porque: 1) un documento de autoría del cofundador de Napster, Sean Parker, mencionaba "la necesidad de permanecer no informados de los nombres reales de los usuarios y los destinatarios de PI 'puesto que están intercambiando música pirateada'", y 2) la *Recording Industry Association of America* (RIAA) informó a Napster de más de 12.000 archivos ilícitos, algunos de los cuales todavía estaban disponibles. Además: a) los directivos de Napster tienen experiencia en la industria de grabación; b) ellos habían hecho cumplir los derechos de propiedad intelectual en otras instancias; c) los directivos de Napster habían descargado canciones del sistema; y d) ellos habían promocionado el sitio con "disparos en pantalla listando archivos ilícitos".

Como se dijo, Napster también invocó en su defensa la doctrina de *Sony Corp. v. Universal City Studios, Inc.*, 464

U.S. 417, 1984, pero el Tribunal de Apelaciones no la estimó viable porque el conocimiento real, específico, de la infracción directa hacía que dicha doctrina no le fuera aplicable a Napster. Señaló que debía hacerse una clara distinción entre la arquitectura del sistema Napster y la conducta de Napster en relación con la aptitud operativa del sistema. El tribunal del caso Sony no había aceptado considerar al fabricante y a los comercios minoristas de venta de grabadores de cinta de video como responsables por infracción coadyuvante, a pesar de la prueba de que tales máquinas podían y eran usadas para infringir los derechos sobre los programas de televisión protegidos de los demandantes; también había rechazado imputar el requisito del nivel de conocimiento cuando los demandados hicieran y vendieran equipos aptos tanto para usos infractores como para usos sustanciales no infractores.

El Tribunal de Apelaciones señaló que estaba obligado a seguir la doctrina del caso Sony y que, por tanto, no imputaría el requisito de nivel de conocimiento a Napster sólo porque la tecnología de compartir archivos *peer to peer* pudiera ser usada para infringir los derechos de autor de los demandantes. Pero que, con independencia del número de usos infractores del sistema de Napster *versus* los no infractores, la prueba producida apoyaba las conclusiones del Tribunal de Distrito de que los demandantes posiblemente prevalecerían en el juicio en cuanto a establecer que Napster conocía, o tenía razones para conocer, las infracciones cometidas por sus usuarios a los *copyrights* de los demandantes.

El Tribunal de Distrito había prohibido *en forma preliminar* a Napster "involucrarse en, o facilitar a otros, la reproducción, descarga, carga, transmisión o distribución de las composiciones musicales protegidas y de las grabaciones sonoras de los accionantes, protegidas tanto por legislación federal como estadual, sin la autorización expresa de los titulares de los derechos".

Al confirmar esta decisión, el Tribunal de Apelaciones destacó que el tribunal de distrito había considerado una amplia prueba para apoyar su afirmación de que el balance de dificultades se inclinaba en favor de los demandantes: cualquier destrucción de Napster, Inc. por una medida cautelar (*preliminary injunction*) era especulativo si se lo comparaba