

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

ESCUELA DE POSGRADO



PONTIFICIA  
**UNIVERSIDAD**  
**CATÓLICA**  
DEL PERÚ

“LA PROTECCIÓN EFECTIVA DE LAS IMÁGENES EN EL INTERNET  
DESDE LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVIDAD RELATIVA AL DERECHO DE  
AUTOR”

Tesis para optar el grado de Magíster en Propiedad Intelectual y  
Competencia

AUTOR

María Julia Peláez Chávez

ASESOR

María del Carmen Arana Courrejolles

JURADO

Raúl Solorzano Solorzano

Alfredo Maraví Contreras

LIMA - PERÚ

2013

## ABREVIATURAS

ADPIC	: Acuerdo de la OMC sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio.
Decisión 351	: Decisión 351 de la Comunidad Andina.
INDECOPI	: Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual.
OMPI	: Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.
WCT/TODA	: Tratado OMPI sobre Derechos de Autor.
WPPT/TOIEF	: Tratado OMPI sobre Interpretaciones o Ejecuciones y Fonogramas.

# LA PROTECCIÓN EFECTIVA DE LAS IMÁGENES EN EL INTERNET

## DESDE LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVIDAD RELATIVA AL DERECHO DE

### AUTOR

## INTRODUCCIÓN

El presente trabajo busca abordar los problemas que afronta la protección de las imágenes en la Era Digital, en virtud a las complejidades y retos que el Internet planteó para el Derecho de Autor, toda vez que el uso de este avance tecnológico hace difícil que el autor o titular de una obra protegida, pueda controlar su explotación.

Con el Internet, un usuario puede acceder a una obra a partir de reproducciones particulares e incluso inmediatas, prescindiendo de los soportes, con lo cual, se abre un abanico de posibilidades para la afectación de los derechos patrimoniales y morales de los titulares del derecho de autor, y estando a que el Internet es una herramienta mundial, la defensa de los mismos se ve afectada.

Es en este orden, que se plantean, en general para cualquier obra, entre otras, las siguientes interrogantes:

- ¿Cómo determinar el ámbito de aplicación objetiva de la norma?
- ¿Cómo determinar los derechos patrimoniales que se incluyen en la cesión al explotarse la obra a través del Internet?
- ¿Cuál es la ley aplicable a la explotación de la obra a través del Internet?
- ¿Cómo defender los derechos morales?

En el presente trabajo de tesis se busca investigar la efectividad de la actual protección del Derecho de Autor, específicamente, respecto de las imágenes en Internet, tema que ha sido muy poco investigado, toda vez que la mayoría de las resoluciones que se han emitido, se refieren a obras musicales o literarias, dando muy poco espacio a las imágenes, a pesar, que su afectación tiene los mismos problemas que cualquier otra categoría de obra.

El surgimiento de la Era Digital hace necesaria la realización de un análisis que verifique si la normatividad y la doctrina son suficientes para garantizar la protección del Derecho de Autor, o, es necesaria la implementación de nuevos criterios de excepcionalidad a los derechos de explotación, que permitan enfrentar los retos que el Internet impuso al Derecho de Autor; y, reducir así las infracciones que son constantes en el Internet.

La metodología utilizada fue:

**Dogmática:** Puesto que en un primer momento se estudiaron las instituciones que rigen al Derecho de Autor así como su protección; del mismo modo, se hizo uso de los estudios doctrinarios que sobre el particular, hasta la fecha, se efectuaron, así como se analizó la jurisprudencia emitida por países como Argentina, España y Estados Unidos.

**Funcional:** Porque se analizó el uso de las imágenes en las páginas web, con el fin de determinar los lineamientos que permitan conocer algunos criterios a tomar en cuenta ante un armonización, que resuelva los conflictos de norma, jurisdicción y competencia en las infracciones que se puedan cometer a través del Internet, para obtener una mejor protección.

La hipótesis que plantea la investigación es: *“Dada la internacionalidad del internet, a efectos de poder lograr una protección efectiva y eficaz se hace necesario implementar un sistema de protección único y universal que combine los criterios del Derecho de Autor así como los lineamientos del derecho internacional privado”*.

La investigación se desarrolló en tres capítulos:

- a) El primer capítulo, abarcó los criterios doctrinarios desarrollados por las dos corrientes que lo han tratado, señalando sus coincidencias y divergencias. También se hizo un análisis de lo que es el Internet, y cómo influyó en el Derecho de Autor.

- b) El segundo capítulo efectuó un análisis del criterio de originalidad, diversos tipos de imágenes y los límites al derecho de explotación aplicado a la era Digital.
- c) El capítulo tercero, realizó un análisis de los sujetos intervinientes en la explotación en la era digital, el tratamiento que la legislación y jurisprudencia extranjera ha efectuado sobre el Internet y el Derecho de Autor, finalizando con una propuesta de criterios que podrían considerarse a efectos de lograr la armonización que el caso en particular requiere.



**LA PROTECCIÓN EFECTIVA DE LAS IMÁGENES EN EL INTERNET**  
**DESDE LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVIDAD RELATIVA AL DERECHO DE**  
**AUTOR**

**CAPITULO I**

**Derechos de Autor e Internet**

En el primer capítulo del presente trabajo se busca exponer un panorama de lo que es el Derecho de Autor, de cómo se encuentra concebido dentro de las dos corrientes que lo rigen, sus concordancias y diferencias, la forma en la que se encuentra contemplado legislativamente, puesto que, debe entenderse que las imágenes en sus diversas expresiones mediante el Internet, sean fotografías, dibujos, etc., son consideradas como obras objeto de protección por parte del Derecho de Autor. Del mismo modo, se plantea lo que es el Internet, su desarrollo histórico, su influencia y sobre todo los desafíos que éste avance tecnológico planteó al tratamiento del Derecho de Autor.

**1.1. El Derecho de Autor y su Explotación.**

**1.1.1. El Derecho de Autor.**

El Derecho de Autor nos remite a aquellas facultades exclusivas, que le son otorgados, al autor en su calidad de creador intelectual de obras, como por ejemplo, aquellas referidas a imágenes, por parte del Estado, por un plazo determinado, que le permiten beneficiarse en forma exclusiva con el uso o explotación de ésta.

En el aspecto doctrinario, existen dos vertientes que estudian el Derecho de Autor:

- a) El Romano Germánico; y
- b) El Common Law.

Para el primero de éstos, es decir, el sistema romano-germánico, el Derecho de Autor, tradicionalmente considerado dentro de la propiedad intelectual, “es aquél que regula los derechos subjetivos del autor sobre sus creaciones (obras) que presentan individualidad resultante de su actividad intelectual” (Lipszyc 2006:11). Esta concepción, se encuentra marcada por un alto contenido de carácter personal a favor del autor o del creador intelectual; así, lo reconocen las diferentes legislaciones que a nivel mundial rigen al Derecho de Autor, desde esta concepción; por ejemplo, cabe citar: En el caso del Perú, el artículo primero del Decreto Legislativo 822<sup>1</sup>, Ley Sobre el Derecho de Autor; así como, el artículo segundo de la Ley N° 11.723, Ley de Propiedad Intelectual, en Argentina<sup>2</sup>; artículo 1° de la Ley N° 9.610, que altera, actualiza y unifica la legislación sobre derechos de autor y da otros recaudos, de fecha 19 de Febrero de 1998, de Brasil<sup>3</sup>; artículo segundo del Real Decreto Legislativo N° 1/1996<sup>4</sup>,

---

<sup>1</sup> Artículo 1° del Decreto Legislativo 822, Ley sobre el Derecho de Autor: “Las disposiciones de la presente Ley tienen por objeto la protección de los autores de las obras literarias y artísticas y de sus derechohabientes, de los titulares de los derechos conexos al derecho de autor reconocidos en ella y de la salvaguardia del acervo cultural. Esta protección se reconoce cualquiera que sea la nacionalidad, el domicilio del autor o titular del respectivo derecho o el lugar de la publicación o divulgación”

<sup>2</sup> Artículo segundo de la Ley N° 11.723, Ley de Propiedad Intelectual: “El derecho de propiedad de una obra científica, literaria o artística comprende para su autor la facultad de disponer de ella, de publicarla, de ejecutarla, de representarla y exponerla en público, de enajenarla, de traducirla, de adaptarla o de autorizar su traducción y de reproducirla en cualquier forma”

<sup>3</sup> Artículo 1° de la Ley N° 9.610, Ley que Actualiza y Unifica la Legislación sobre Derechos de Autor y da otros Recaudos: “Esta Ley regula los derechos autorales, entendiéndose bajo esta denominación los derechos de autor y los derechos conexos al derecho de autor”

<sup>4</sup> Artículo segundo del Real Decreto Legislativo N° 1/1996, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual: “La propiedad intelectual está integrada por derechos de carácter personal y patrimonial, que atribuyen al autor la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de la obra, sin más limitaciones que las establecidas en la Ley”.

por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia, de España.

Mientras que, para el caso de los países que se rigen por el sistema del *common law* o lo que se reconoce como tradición jurídica angloamericana, la expresión, “*copyright*” está relacionada a la explotación de una obra, es decir, predomina el enfoque utilitarista del titular del derecho. Esta concepción no reconoce que este derecho sea preexistente o inherente al autor respecto de su obra, sino que es vista como una negociación, a través de la cual, se otorga ésta facultad de explotación, bajo el hecho, que ello ayuda a desarrollar la cultura, el arte, la información y el conocimiento; tal y como, señaló la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Wheaton vs. Peters*<sup>5</sup>, en plena concordancia con el artículo 1, sección 08 de la Constitución de los Estados Unidos de América<sup>6</sup>, y la sección 102 de su normativa especial, la *Copyright Act*<sup>7</sup>.

En el caso de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Alejandro Laredo, precisa que, si bien el privilegio que la norma constitucional reconoce que se debe otorgar administrativamente al titular de un derecho de propiedad intelectual o industrial, éste, sólo es de índole patrimonial; sin

---

<sup>5</sup> La sanción por parte del Congreso de la legislación en materia de derechos de autor bajo los términos de la Constitución no está basada en ningún derecho natural que el autor posea sobre sus escritos, razón por la cual la Corte Suprema ha considerado que los derechos que el mismo posee son puramente de derecho positivo, pero sobre la base de que sirvan al bienestar de la población y el progreso de la ciencia y promuevan las artes útiles ... Dichos derechos se conceden no principalmente en beneficio del autor, sino en beneficio del público. No se otorgan para beneficiar a ninguna clase particular de ciudadanos, aún cuando fueran mercedores de ello, sino para beneficiar a la gran masa de gente, ya que el otorgamiento de una bonificación a autores e inventores estimulará las letras y la invención.

<sup>6</sup> Art. 1º, Sección 8 de la Constitución de Estados Unidos de América: “The Congress shall have Power ... To promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries”

<sup>7</sup> Sección 102 del *Copyright Act*: “Copyright protection subsists, in accordance with this title, in original works of authorship fixed in any tangible medium of expression, now known or later developed, from which they can be perceived, reproduced, or otherwise communicated, either directly or with the aid of a machine or device”

embargo, la Ley Federal de Derecho de Autor, en forma opuesta a su Carta Magna reconoce derechos de índole moral a los autores y artistas (Laredo 2006).

Entre las principales diferencias, que existen entre ambas concepciones se pueden considerar las siguientes<sup>8</sup>:

<b><i>Concepción Romano – Germánica</i></b>	<b><i>Concepción del Common Law</i></b>
Se fundamenta en el derecho de la persona.	Se fundamenta en factores básicamente comerciales y económicos.
El autor siempre va ser una persona natural.	El autor puede ser una persona natural o una persona jurídica.
Posee una concepción humanista, por lo tanto, los derechos morales son tan fundamentales como los patrimoniales.	Contempla una protección preponderante a los derechos patrimoniales, otorgando a los derechos morales una protección mínima.

Estas diferencias, con la internacionalización de la explotación y/o utilización de las obras protegidas bajo el Derecho de Autor que causó el Internet, revisten de suma importancia, porque como se planteará en el capítulo tercero del presente trabajo, para la defensa de una imagen considerada como obra bajo el Derecho de Autor, se pueden dar casos en los cuáles, si bien el titular del derecho, como nacional se rige por normas relacionadas a la corriente romano germánica, la infracción cometida está bajo normas referidas al sistema del

<sup>8</sup> Cuadro elaborado por la autora de la tesis.

*common law*, trayendo consigo conflicto de leyes, en las cuales para una norma el acto no es considerado infracción, pero para la otra sí.

### 1.1.2. El Objeto del Derecho de Autor.-

El artículo tercero de la Decisión Andina 351, referido a los significados de la terminología utilizada, en concordancia, con lo establecido para la corriente romano germánica, señala lo que, para las normas de los miembros de la Comunidad Andina, es considerado obra: *“Toda creación intelectual original de naturaleza artística, científica o literaria, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma”*.

De esta definición, se desprende que la obra debe ser el resultado de la creación de una persona, es decir de un ser humano, con una forma de expresión u originalidad, que permita que se distinga de otras obras del mismo género (musical, literaria, dramática, fotografía, imagen, etc.), criterio que también fue reflejado por la Corte Constitucional Colombiana en la Sentencia C-276-96<sup>9</sup>.

El *artículo* segundo, del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas<sup>10</sup>; el artículo cuarto, de la Decisión Andina 351, Régimen Común Sobre Derecho De Autor y Derechos Conexos<sup>11</sup>; y, el artículo 3°, del

---

<sup>9</sup> Sala Plena, Sentencia C-276-96 del 20-6-1996.

“Es la expresión personal de la inteligencia que desarrolla un pensamiento que se manifiesta bajo una forma perceptible, tiene originalidad o individualidad suficiente, y es apta para ser difundida y reproducida.

Dicha protección está condicionada al cumplimiento de los siguientes presupuestos: el derecho de autor protege las creaciones formales no las ideas; la originalidad es condición necesaria para la protección; ella, además no depende del valor o mérito de la obra, ni de su destino o forma de expresión y, en la mayoría de legislaciones, no está sujeta al cumplimiento de formalidades”.

<sup>10</sup> Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas.

Artículo 2°.- Los términos “obras literarias y artísticas” comprenden todas las producciones en el campo literario, artístico y científico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión.

<sup>11</sup> Decisión Andina 351, Régimen Común Sobre Derecho De Autor Y Derechos Conexos.

Decreto Legislativo 822<sup>12</sup>, establecen que se van a considerar obras a todas aquellas de carácter científico, literario o artístico, tratándose de una cláusula de *numerus apertus*, por lo que, también son obras en el sentido y finalidad de la norma, las imágenes, a las cuáles podemos clasificar dentro de las obras artísticas, porque van a causar un impacto en el sentido estético de quien las contempla, siempre y cuando, cumplan con el requisito de originalidad que se estudiará más adelante.

Las obras, y en consecuencia, las imágenes que cumplan con ser originarias, desde el momento de su creación merecen protección bajo las normas del Derecho de Autor, siendo que, el registro tiene simplemente un valor probatorio.

Del mismo modo, las obras se protegen sin tener en consideración su finalidad, a pesar, que las mismas puedan ser consideradas como atentatorias contra el orden público o las buenas costumbres merecen protección, claro está, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales que se puedan imponer, o que a través de limitaciones al derecho de la explotación se restrinjan ciertos derechos, conforme lo señala el artículo 17° del Convenio de Berna. Es por ello, que por ejemplo, puede darse el caso que una imagen esté referida a un suceso sangriento y violento, o incluso inmoral, pero si está investida de la impronta del autor, es decir posee originalidad, es protegible por las normas del Derecho de Autor.

### ***Protección a la forma de Expresión y no a las ideas***

---

Artículo 4°.- La protección reconocida por la presente Decisión recae sobre todas las obras literarias, artísticas y científicas que puedan reproducirse o divulgarse por cualquier forma o medio conocido o por conocerse.

<sup>12</sup> Decreto Legislativo 822, Ley Sobre el Derecho de Autor.

Artículo 3°.- La protección de derecho de autor recae sobre todas las obras del ingenio, en el ámbito literario o artístico, cualquiera que sea su género, forma de expresión mérito o finalidad.

El artículo 9.2 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), señala que: “[...] *La protección de los derechos de autor abarcará las expresiones pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí*”.

Para que las obras puedan ser sujeto de protección a través del derecho de autor, deben ser creaciones formales, toda vez que no son materia de protección las ideas, las obras deben ser originales para que les permitan diferenciarse, para la protección de una obra no se toma en cuenta su valor, su destino o su forma de expresión (Lipszyc 2006:61).

De aquí se desprende, que la protección se ve circunscrita a la **forma de expresión** en que el autor describe, explica, ilustra sus ideas; y que, las ideas contenidas en las obras no gozan de protección, puesto que, la originalidad de la obra radica precisamente en la forma de la expresión; por lo que, una misma idea puede ser expresada de maneras totalmente distintas, y por lo tanto, cada una de estas formas merece protección individualmente; por ejemplo, respecto de un mismo motivo varias personas pueden tomar fotografías, y merecerán protección todas aquellas que tengan originalidad, así el motivo sea igual o similar.

### ***La susceptibilidad a la divulgación***

El concepto de obra señalado en la Decisión Andina 351 hace referencia a la susceptibilidad de divulgación o reproducción de la obra; Ricardo Antequera, indica que el primer criterio nos remite a que la obra sea accesible al público, sin que necesariamente haya sido previamente fijada en un soporte o que se produzcan ejemplares, en cambio, el segundo criterio implica la “materialización” de la obra, aunque sea en un solo soporte físico (Antequera 1996:71).

La norma, no establece que para la protección de una obra, se requiera que se haya efectivizado la reproducción o la divulgación, puesto que, basta con que exista la susceptibilidad a la realización de cualquier de estas dos acciones.

### ***Corpus Misticum y Corpus Mechanicum***

Así mismo, es necesario realizar una distinción entre lo que se conoce como el *corpus misticium*, es decir, la obra misma, y el *corpus mechanicum*, o el soporte donde se encuentra plasmada la obra, por lo que la sola compra del objeto en el cual está contenida la creación intelectual, no otorga a quién lo adquiere, los derechos de explotación que recaen sobre dicha obra, toda vez que los derechos, tanto morales como patrimoniales, son independientes a los derechos de propiedad del que goza, quién adquirió el soporte<sup>13</sup>, por lo tanto, todo aquel accionar que realice el propietario del soporte en el cual esta la obra, y que no atente contra los derechos morales o patrimoniales del autor de la obra, será considerado lícito.

Una de las primeras teorías que trató de explicar la naturaleza jurídica del Derecho de Autor, lo hizo entendiéndolo como una “propiedad especial”, cuya diferencia principal con la propiedad común, se centraba en las características del objeto protegido por el nuevo derecho, es decir, su inmaterialidad, lo que también permitió destacar la naturaleza del objeto protegido (*corpus misticum*), distinto del soporte físico que lo contenía o *corpus mechanicum* (Antequera 1996:44)<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> Artículo 6° de la Decisión Andina 351: “Los derechos reconocidos por la presente Decisión son independientes de la propiedad del objeto material en el cual esté incorporada la obra”.

<sup>14</sup> Sentencia del 08 de Abril de 1998 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H  
La identificación entre el aspecto espiritual y material han provocado un sinnúmero de confusiones y soluciones jurídicas erróneas en esta materia. La técnica de un arto no es el arte mismo. Una obra intelectual, si bien se percibe por medios materiales, no es idéntica a éstos. Es una distinción sutil, pero fundamental. Es la obra intelectual a la que se refiere el derecho autoral y no a los medios materiales. Es que no debe confundirse la obra intelectual con sus medios de expresión, fijación o exteriorización y éstos nada tienen que ver con su naturaleza

De acuerdo con cada una de las concepciones doctrinarias que abordan el Derecho de Autor, su objeto deberá ser visto desde perspectivas distintas, por ejemplo, para el caso del sistema romano – germánico merecerán protección aquellas obras que sean producto de la creación humana y que tengan originalidad; mientras que, para el *copyright*, además de las obras fruto de la creación del ser humano se protegen aquellas que no necesariamente sean producto de ésta, pero que sí cumplan con el requisito de originalidad, como por ejemplo los fonogramas, los programas de cable o las emisiones de radiodifusión, puesto que, para la protección sólo se requiere originalidad en las obras literarias, dramáticas, musicales y artísticas (entre ellas las imágenes).

Por su parte el Convenio de Berna, al cual se encuentran adscritos, a la fecha, la mayoría de los países a nivel mundial, señala en su artículo segundo las obras que merecen protección<sup>15</sup>, dicho articulado además, establece que se reserva a las legislaciones nacionales fijar, si para el caso de las obras literarias y artísticas, se requiere además que para la protección éstas hayan sido fijadas en algún soporte. Es en ese sentido, que para la doctrina romano – germánica, salvo algunas excepciones, la fijación de una obra en un soporte no es condición previa para la protección, en tanto, que en el *copyright* para la protección es requisito indispensable la fijación previa de la obra en un soporte.

---

intrínseca. No interesa “como” se expresa, fija o exterioriza una obra intelectual, sino “que es” lo que se reproduce, publica, representa o ejecuta”

<sup>15</sup> Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas.

Artículo segundo.-

(...)

1) Los términos « obras literarias y artísticas » comprenden todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión, tales como los libros, folletos y otros escritos; las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza; las obras dramáticas o dramático-musicales; las obras coreográficas y las pantomimas; las composiciones musicales con o sin letra; las obras cinematográficas, a las cuales se asimilan las obras expresadas por procedimiento análogo a la cinematografía; las obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado, litografía; las obras fotográficas a las cuales se asimilan las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía; las obras de artes aplicadas; las ilustraciones, mapas, planos, croquis y obras plásticas relativos a la geografía, a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias.

### 1.1.3. Titulares del Derecho de Autor.-

La titularidad de los derechos respecto de una obra protegida, a través del Derecho de Autor, también tendrá diferencias entre las dos concepciones doctrinarias, y será preponderante para poder determinar la legitimidad para obrar, en el caso de infracciones que se efectúen mediante el Internet.

La Corte Suprema de Puerto Rico determinó en el caso CC-96-49 que *“el autor es quien, como cuestión de hecho, crea la obra; esto es, la persona que transforma una idea a una expresión tangible, merecedora de protección por la ley de propiedad intelectual”*<sup>16</sup>, por su parte el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en una Interpretación Pre-Judicial señaló que *“en los países cuya legislación es de tradición latina, tal es el caso de los países miembros de la Comunidad Andina, se considera autor solamente a la persona física que crea la obra, excluyéndose de esta calificación a las personas jurídicas o morales”*<sup>17</sup>.

El autor, desde la percepción de la tradición latina, es la persona física que crea la obra, y por lo tanto ostenta, en forma primigenia, la titularidad respecto de los derechos morales y patrimoniales de la obra creada, por lo que no importa, si la misma fue creada por iniciativa de la persona o porque deviene de un encargo o de un trabajo; mientras que, para el *copyright*, se reconoce incluso la autoría a favor de terceras personas distintas a quién creó la obra, inclusive a favor de personas jurídicas.

Para los países con tradición latina, la titularidad originaria, siempre va recaer en el autor, que es la persona de quién nace la creación intelectual, negando la posibilidad de reconocer que las personas jurídicas puedan crear

---

<sup>16</sup> Caso CC-96-49, entre Juan Harguindey Ferrer y Universidad Interamericana de Puerto Rico y Freddie Medina; seguido ante el Tribunal Supremo de Puerto Rico.  
<http://www.ramajudicial.pr/opiniones/1999/99tspr48.pdf>.

<sup>17</sup> Interpretación Prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina recaída en el Proceso N° 24-IP-98, publicada en la Gaceta Oficial N° 394 de fecha 15 de diciembre de 1998.

obras, por lo que sólo se les otorga la titularidad derivada; para el caso de los países con tradición del *common law*, en cambio, se contemplan supuestos de titularidad originaria en los cuales se atribuye la autoría, titularidad o creación a persona distinta a aquella quién creó la obra, con lo que las personas jurídicas pueden tener la calidad de titulares originarios.

Lo que para el sistema del *common law* es considerado como una titularidad originaria distinta al del creador de la obra; para el sistema latino, es considerado como una titularidad derivada.

La titularidad derivada, conforme se ha contemplado en diversas legislaciones, es aquella que surge por circunstancias distintas a la creación, sea por el caso de un mandato, a través de la cesión formal o presunción legal, como en el caso de la obra hecha bajo una relación laboral; o también, por cesión *mortis causa*, es decir, aquella titularidad que reciben los descendientes de un autor al fallecer.

Si bien en lo relativo a la transferencia de derechos patrimoniales los efectos son bastante similares en el sistema de la titularidad derivada y en el de la titularidad originaria a favor de una persona distinta del creador de la obra, en cambio se diferencian en cuanto al derecho moral, pues en el primero nace y permanece en cabeza del verdadero autor (vid. Colombet, Grands principes..., p. 29). La dicotomía entre la tradición jurídica latina y la angloamericana se trasunta en el Convenio de Berna en el hecho de que este se abstiene de definir quién es autor y se limita a disponer en el art. 15 quiénes son las personas facultadas para hacer valer los derechos protegidos (Lypszic 2006:125).

Para el sistema del *copyright*, cuando el autor crea en virtud de una relación contractual o laboral, o por encargo, el titular originario del derecho de autor será el empleador, comitente o productor.

En cambio, para el sistema utilizado por nuestra normatividad, la situación descrita en el párrafo anterior, que es considerada como una titularidad originaria, es en realidad, una titularidad derivada puesto que el autor cedió a favor de un tercero una serie de sus derechos patrimoniales, para que éste pueda explotarlos, esta cesión debe ser expresa y detallar la modalidad de la misma.

#### 1.1.3.1. Coautoría.-

Esta figura se da cuando una obra es creada por varias personas, quienes han realizado su aporte respecto a ella; entre las obras en coautoría están:

- **Las obras en colaboración**; son aquellas que han sido creadas por dos o más personas que han trabajado juntas, resultando imposible determinar, qué parte de la obra le corresponde a cada uno de los autores; o pudiendo individualizarse la contribución de cada uno, se acordó que la obra es considerada como un todo; por lo que los derechos de explotación deben de gozarse en común acuerdo.

- **Las obras colectivas**; son las obras creadas por iniciativa y bajo la coordinación de una persona que se encarga de la edición y divulgación a su nombre, por ejemplo: los diccionarios, enciclopedias, compilaciones, etc.

#### 1.1.3.2. Obras hechas por encargo.-

Son las que se realizan en cumplimiento de un encargo directo efectuado al autor, y por el cual se le da un pago, y que será utilizado en

la forma estipulada; en este caso, el autor va gozar de los derechos morales, pero conforme al acuerdo entre las partes, los derechos patrimoniales, pueden ser explotados en forma compartida o en forma absoluta por quién le hizo el encargo.

#### 1.1.3.3. **Obras hechas en virtud a una relación contractual.-**

Son aquellas en las cuales se crea una obra bajo una relación laboral, es decir, que el creador de la obra es un empleado; y si bien, va corresponder al empleador la explotación de los derechos patrimoniales de la obra, conforme a lo estipulado en el contrato de trabajo, los derechos morales, van a seguir perteneciendo al empleado, pero con ciertas restricciones, como por ejemplo respecto a los derechos de retracto o arrepentimiento, divulgación.

#### 1.1.4. **La Explotación de los Derechos de Autor.-**

##### 1.1.4.1. **Los Derechos Morales.-**

El derecho moral es un derecho de la personalidad, tomando en cuenta que el Derecho del Autor es un derecho de la personalidad, por lo que no nace con la persona (sino con la creación de la obra), ni se extingue con ella (porque se transmite a los herederos); y no se tiene por el hecho de ser persona (aunque para ser autor haya primero que ser persona), sino por haber creado la obra (Antequera 2007:81).

Estos derechos son considerados como absolutos, inalienables, irrenunciables, inembargables, imprescriptibles (Lypszic 2006:154), conforme a lo contemplado en el artículo 6° bis 1 del Convenio de Berna.

Los autores gozan de los siguientes derechos morales:

- Divulgación, relacionado con dar conocer o no una obra.
- Paternidad, vale decir que se reconozca quién es el creador de la obra, su identificación.
- Integridad, que se respete la estructura de la obra, que no se dé supresión, adición o modificación que altere una obra o su forma de expresión.
- Retracto, el retiro de una obra del comercio. (Antequera 2007:83).

#### 1.1.4.2. Los Derechos Patrimoniales.-

Contemplados en ambas concepciones, la romana y la del *common law*, y de acuerdo, con lo expresado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en la Interpretación Pre-Judicial recaída en el Proceso N° 24-IP-98, está referido al reconocimiento económico del que goza, en exclusiva, el autor o el titular de un derecho sobre una obra protegida por la utilización de ésta, para lo cual se debe contar con la autorización respectiva, cada uno de estos derechos es ejercido en forma independiente<sup>18</sup>.

Así mismo, es necesario indicar que estando a que los derechos patrimoniales hacen referencia a las formas de utilización de la obra, si bien, las legislaciones han señalado una serie de modalidades, las

---

<sup>18</sup> Interpretación Prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina recaída en el Proceso N° 24-IP-98, publicada en la Gaceta Oficial N° 394 de fecha 15 de diciembre de 1998.

mismas deben ser consideradas como *numerus apertus*, por lo que, conforme con el desarrollo de la tecnología se pueden presentar nuevas modalidades de explotación las mismas que sin estar expresa y puntualmente establecidas en la normatividad, son consideradas como una forma de explotación legalmente protegida.

Si bien la legislación le brinda a los derechos patrimoniales una exclusividad en su ejercicio, también lo ha limitado mediante excepciones y el *fair use*, pero señaló expresamente que dichas limitaciones deben encontrarse dentro de los parámetros legales establecidos, las cuáles serán interpretadas en forma restrictiva.

La explotación de los derechos patrimoniales, sea por parte del autor mismo o de un tercero, siempre va estar ligada a un reconocimiento económico por su creación.

Los derechos patrimoniales reconocidos, que como ya se ha indicado deben ser considerados como un *numerus apertus*, son:

- **Modificación o Transformación;** el autor autoriza para que en base a su obra un tercero pueda crear otra obra que es considerada como derivada, y que al cumplir con el criterio de originalidad, tiene también protección pero sólo respecto de aquellos aspectos que son distintos a la obra primigenia y que le dan el carácter de original; por ejemplo, las adaptaciones, las traducciones, arreglos musicales, etc.
- **Reproducción,** consiste en la fijación material sobre cualquier medio y utilizando cualquier procedimiento con la finalidad que la obra sea comunicada o se puedan posteriormente obtener una serie de copias.

- **Distribución;** es el derecho exclusivo de autorizar o prohibir la distribución de la obra mediante la venta, alquiler o cualquier otra modalidad.
- **Comunicación pública;** es aquella modalidad de explotación en la cual una pluralidad de personas reunidas o no, tienen acceso a una obra o parte de ella, sin que exista una distribución de ejemplares. (Antequera 2007:99)

## 1.2. Los límites a la explotación del Derecho de Autor.-

Debido a la trascendencia de las creaciones materia de protección por el Derecho de Autor, se ha reconocido un derecho a favor de la Sociedad, que se contrapone, al derecho exclusivo del autor, con la finalidad de difundir la cultura y el conocimiento; debido al equilibrio que debe existir entre el interés individual y el social o colectivo, surgieron lo que se conoce los límites y/o excepciones al derecho patrimonial de los creadores, las mismas que como veremos más adelante, son el fundamento que se utiliza por parte de los infractores del Derecho de Autor en el Internet para pretender justificar su uso.

Las facultades o derechos que se otorgan al autor o al titular de un derecho sobre el uso o explotación de su obra, conforme a la normatividad no son absolutas, sino que como una forma de equilibrar la balanza, entre estos derechos de exclusiva y el derecho de acceso a la cultura, se han establecido estas limitaciones, tal y como lo ha señalado el autor Delgado Porras en su obra “Panorámica de la Protección”<sup>19</sup>, que indica que éstas buscan precisamente la equidad entre el autor, el empresario y el público en general.

---

<sup>19</sup> Delgado Porras citado por Lypzsysc (2006:219).

Son varios los fundamentos que se han propuesto para justificar la limitación de los derechos de exclusiva que gozan los autores de una obra, los mismos que podríamos dividirlos en:

- **Por protección a libertades fundamentales**, especialmente por los derechos de expresión, prensa, información, es en virtud de estos derechos, que se plantean una serie de supuestos que limitan la explotación del Derecho de Autor, con la finalidad de poder citar o hacer referencia de la obra de un tercero, sin que previo a ello, se le solicite la autorización respectiva, de no plantearse esta excepción, por ejemplo, sería imposible la crítica de alguna de las fotografías de reconocidos fotógrafos internacionales; con este supuesto, se busca garantizar una sociedad democrática.
- **Los intereses públicos**; se limita el monopolio del que goza el titular de una obra bajo el fundamento que la sociedad necesita poder acceder a las obras, por ejemplo en bibliotecas, museos, etc.; sin que para ello, previamente se tenga que solicitar la respectiva autorización del titular o hacer algún tipo de pago.
- **Ineficiencia del mercado**, como por ejemplo, en el caso de la copia privada, en el cual los titulares no pueden por sí solos ejercer su exclusividad, puesto que no existe manera de controlar las copias de sus obras en aparatos de reproducción.

Las limitaciones, se encuentran debidamente determinadas y afectan en esencia los derechos patrimoniales más no los morales, es por ello, que las limitaciones que se han establecido deben ser interpretadas en forma restrictiva.

Como puede apreciarse de las diferentes legislaciones, la sección referida a tratar el tema de los límites a la explotación de los derechos de autor, hace referencia

directamente a la explotación de estos derechos, y es, precisamente el hecho de colocar la palabra explotación lo que nos hace la indicación que los únicos derechos, o por lo menos, en la mayoría de los casos es así, que se ven afectados son los relativos a los derechos patrimoniales que le permiten al autor en forma directa obtener beneficios económicos por la explotación de su obra, puesto que debe tenerse en cuenta que de acuerdo con la naturaleza propia de los derechos morales, los mismos están referidos básicamente a un reconocimiento de su creador, es decir a la relación autor-obra, y no a los beneficios económicos que una obra puede brindar a su titular, es por ello, que bajo ninguno de los supuestos de limitación a la explotación de los derechos de exclusiva materia de protección pueden vulnerarse los derechos morales.

Debe tenerse presente que como ya se indicó anteriormente, los derechos patrimoniales no son infinitos, sino que tienen sólo un plazo de vigencia, y que conforme a lo establecido en el artículo séptimo<sup>20</sup> del Convenio de Berna, debe ser como mínimo 50 años después de la muerte del autor de la obra; mientras que, para el caso de los derechos morales, los mismos se caracterizan porque son imprescriptibles, es decir deben respetarse estos derechos a pesar de haberse sobrepasado el plazo de vigencia de la protección patrimonial establecido en cada norma.

Es por ello, que no sería factible que las excepciones se apliquen también respecto de los derechos morales, porque bajo el supuesto que en aras de propalar el conocimiento o la cultura, cualquier persona puede colocar en el texto de un artículo o de un trabajo, parte de una obra de otra persona, sin señalar de donde obtuvo dicho texto (derecho de cita), afectando de esta manera el derecho de paternidad a favor del titular de la obra porque la persona que lea el artículo o el trabajo creerá que el total de

---

<sup>20</sup> Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas.

Artículo 7°.- La protección concedida por el presente Convenio se extenderá durante la vida del autor y cincuenta años después de su muerte.

la obra fue creación de la persona que lo escribió cuando en la realidad ello no es así; del mismo modo, puede ser el caso que exista una pintura muy famosa del siglo XVI con mucho valor estético, pero que en el siglo XXI resulta atentatoria contra la moral o las buenas costumbres de permitirse que una persona la modifique o transforme por esa razón, sería un atentado contra el derecho de transformación del que gozan los titulares de derecho, toda vez que el resultado de esa modificación sería una obra totalmente distinta y diferente a la obra original; similar situación se presenta por ejemplo, respecto de las obras fotográficas originales, las cuales pueden utilizarse en un artículo periodístico relativo a los mejores fotógrafos a nivel mundial, pero debe señalarse junto a cada uno de ellos el nombre de la persona que realizó cada una de estas, porque de lo contrario se afecta el derecho de paternidad.

Al restringirse el ámbito de aplicación de las normas que limitan el derecho de autor, sólo respecto de los derechos patrimoniales, se estaría afectando, en todo caso, sólo el aspecto remunerativo más no la obra en sí misma.

### ***La Regla de los Tres Pasos:***

Antes de 1971, fecha en que se revisó el Convenio de Berna, esta norma en su artículo 9.2 señalaba los límites al derecho de explotación pero respecto del derecho de reproducción<sup>21</sup>; posteriormente, en el artículo 13° del ADPIC, el artículo 10° del Tratado OMPI sobre Derecho de Autor y el artículo 16° del Tratado de la OMPI sobre Interpretaciones o Ejecución y Fonogramas; se estableció, lo que en doctrina<sup>22</sup> se conoce como las regla de los tres pasos, que se resume en:

---

<sup>21</sup> Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas.

Artículo 9.2.- Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras (literarias y artísticas, nota nuestra) en determinados casos especiales, con tal que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

<sup>22</sup> Antequera ha señalado que las disposiciones transcritas aluden entonces al cumplimiento de la “regla de los tres pasos” (o de los “tres niveles”), a saber que: a. Se trate de supuestos particulares, que por ser excepciones a un derecho en principio exclusivo e ilimitado, deben ser interpretados en forma restrictiva. b. No atenten contra la

- Deben ser supuestos particulares, que se interpretan en forma restrictiva.
- No se debe atentar contra la explotación normal de la obra.
- No causen un perjuicio injustificado a los legítimos intereses del autor.

La Decisión Andina 351, que siguiendo el criterio de interpretación restrictiva de las limitaciones al derecho de la explotación establecido en el Convenio de Berna y el ADPIC, en su artículo 21<sup>o</sup><sup>23</sup>, señala cuáles son los lineamientos a seguir para que las legislaciones internas, establezcan los límites a la explotación del Derecho de Autor, que son las siguientes:

- No se debe afectar la normal explotación de la obra.
- No se cause perjuicio injustificado a los intereses de los titulares.

Para Antequera (2007:177), las limitaciones al derecho de autor pueden presentarse bajo las siguientes formas:

- a) “Las licencias no voluntarias”, de acuerdo a la ley aplicable y, en concordancia con los casos permitidos por los Convenios Internacionales.
- b) Supuestos de excepción previstos en la ley donde el uso de la obra es libre, pero sometido al pago de una remuneración (“derechos de remuneración”).
- c) Usos libres y gratuitos, bajo el cumplimiento de los “usos honrados...”<sup>24</sup>.

---

explotación normal de la obra; y c. No causen un perjuicio injustificado a los legítimos intereses del autor (2007:178).

<sup>23</sup> Decisión Andina 351, Régimen Común Sobre Derecho De Autor Y Derechos Conexos.

Art. 21°.- Las limitaciones y excepciones al Derecho de Autor que se establezcan mediante las legislaciones internas de los Países Miembros, se circunscribirán a aquellos casos que no atenten contra la normal explotación de las obras o no causen perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular o titulares de los derechos.

<sup>24</sup> De acuerdo a Lipszyc el uso sólo puede hacerse dentro de los límites estrictos de la excepción, y el usuario debe mencionar el nombre del autor, del título de la obra y de la fuente de publicación y abstenerse de efectuar modificaciones a la obra (2006:222).

A lo anterior, deben agregarse como supuesto particular las licencias no voluntarias que pueden otorgarse en aquellos países en desarrollo que hayan manifestado su voluntad de concederlas, cumpliendo los requisitos establecidos en el Anexo del Convenio de Berna sobre “Disposiciones Especiales Relativas a los Países en Desarrollo”. Es decir, pueden ser: a) de utilización libre y b) gratuita o sujeta a remuneración, éstas últimas a su vez pueden ser legales y obligatorias.

***Criterios para establecer las limitaciones:***

- a) ***Por su extensión:*** Pueden ser de utilización libre y gratuita, en la cual no se requiere autorización ni retribución alguna, y las licencias no voluntarias, en las cuales, si bien no se requiere autorización si deben de efectuarse retribuciones. A su vez, en las licencias no voluntarias, estas pueden ser legales en las cuales la remuneración puede estar fijada por la misma norma, o se deja a libre albedrío del autor fijar la remuneración.
- b) ***Por las razones que la motivan:*** Existen limitaciones como en el caso de la copia privada o el derecho de cita, en las cuales el motivo es un interés educativo, cultural o informativo, o como en las licencias no voluntarias en las cuales se busca promocionar la cultura, o incluso por razones humanitarias, como en el caso del artículo único de la Ley 27861<sup>25</sup>, en la cual se exceptúa el pago de los derechos de autor por la reproducción de obras para invidentes.

---

<sup>25</sup> Ley 27861, Ley que exceptúa el pago de Derechos de Autor por la reproducción de obras para invidentes  
Artículo único.- Adicionase el inciso g) al artículo 43° del Decreto Legislativo 822, el cual queda redactado de la siguiente manera: Artículo 43°.- Respecto de las obras ya divulgadas, lícitamente es permitida sin autorización del autor: ... g) La reproducción de las obras de ingenio para uso privado de invidentes, siempre que éste se efectúe mediante el sistema Braille u otro procedimiento específico y que las copias no tengan como propósito utilización lucrativa.

- c) **Respecto al ámbito al que se limita la utilización autorizada:** para uso personal o para uso público, en el primero de ellos no se requiere de autorización.

Para la legislación peruana, en el Decreto Legislativo 822, las limitaciones al derecho de explotación, se pueden agrupar de la siguiente forma:

- **Explotación lícita sin requerimiento de autorización ni remuneración:** establecida en los artículos 41°, 44°, 46°, 47°, 48°; estos artículos, establecen supuestos como por ejemplo, en el caso de la comunicación pública en el ámbito doméstico sin interés económico, o la efectuada en actos oficiales o ceremonias, con fines didácticos y demostrativos, citas, grabaciones efímeras realizadas por los organismos de radiodifusión, retransmisión simultánea, copia privada.
- **Explotación lícita sin autorización:** señalados en los artículos 42°, 43°, 45°; en casos, como la difusión de informaciones, actuaciones judiciales, lecciones dictadas por un catedrático, reproducción reprográfica de una parte de la obra con finalidad educativa o persona, para bibliotecas, etc.
- **Explotación lícita sin autorización pero con remuneración:** Precisado en el artículo 49°, tal es el caso de la parodia, siempre que no se produzca un riesgo de confusión.

#### 1.2.1. **Los Usos Honrados:**

El artículo 10.1 comentado en la Guía del Convenio de Berna de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, respecto al concepto de usos honrados señaló que se: [*entiende que con “uso honrado” el Convenio alude a lo que es “normalmente admisible, a lo que corrientemente se acepta, a lo que no se opone al sentido común*]; por su parte, el artículo 3° de la Decisión 351, sobre el particular definió que son aquellos usos que “no interfieren con la explotación

*normal de la obra ni causan un perjuicio irrazonable a los intereses legítimos del autor”.*

Los usos honrados, es un criterio que nos permite determinar, desde la óptica de la legislación romano-germánica, cuando es posible restringir o limitar el derecho exclusivo de explotación del autor.

Respecto a los usos honrados, el Tribunal del INDECOPI en la resolución N° 371-2001/TPI-INDECOPI<sup>26</sup> señaló que:

La Sala conviene en precisar que para que una conducta éste considerada dentro de los supuestos de limitación o excepción al derecho de explotación de los derechos de autor o derechos conexos no basta que esté expresamente contemplada como tal en la legislación de la materia, sino que además no debe atentar contra la explotación normal de la obra ni causar un perjuicio injustificado a los intereses del legítimo titular del derecho. Esto es lo que se conoce como la regla de los tres pasos o condiciones. Así, cualquier acto que no cumpla con las condiciones antes mencionadas no podrá ser catalogado como un acto comprendido dentro de las limitaciones al derecho de autor, por lo que su realización deberá contar con la autorización previa del titular del derecho.

Siendo así, la utilización no autorizada de imágenes protegidas por Derechos de Autor sólo podrá ser lícita si dicho uso se circunscribe expresamente dentro de alguno de los supuestos señalados dentro de la norma.

### 1.2.2. **El “fair use”:**

Para el caso de la doctrina del *common law*, los límites a la explotación del Derecho de Autor son vistos desde lo que se conoce como el *fair use*, que es mucho mas flexible que el contemplado para el sistema romano germánico.

---

<sup>26</sup> Resolución N° 371-2001/TPI-INDECOPI. Telefónica Multimedia S.A.C. Contra Cable Star S.A. sobre Infracción a los derechos conexos por transmisión no autorizada de las emisiones de un organismo de radiodifusión. 11 de abril.

La jurisprudencia norteamericana ha sido la encargada de interpretar este concepto, que posteriormente se incluyó en la sección 107 del U.S.C. (*Copyright Act*) de 1976<sup>27</sup>; la cual, en un primer momento se encargaba de limitar sólo al derecho de reproducción, pero luego, se explayó a los demás derechos patrimoniales, en virtud a las sentencias que dieron los Jueces en diversos casos.

Los parámetros generales del *fair use*, que se indican en el texto de sección 107 del U.S.C. son:

- ***El propósito o carácter del uso***, incluyendo si el mismo es de naturaleza comercial, o si tiene un propósito educacional sin fines de lucro;
- ***La naturaleza de la obra objeto de protección.***
- ***La cantidad y sustancia de la porción usada en relación con la obra como un todo.***
- ***El efecto de tal uso sobre el mercado potencial o el valor de la obra.***
- ***El hecho que la obra sea inédita*** no impedirá en sí mismo, considerar un uso leal, si tal consideración está hecha sobre los factores arriba mencionados.

El *fair use* es una de las excepciones al Derecho de Autor, que permite el uso de materiales protegidos bajo el sistema del *copyright* sin obtener el permiso

---

<sup>27</sup> Copyright Act, An Act for the general revision of the Copyright Law, title 17 of the United States Code, and for other purposes.

Section 107.- Notwithstanding the provisions of sections 106 and 106A, the fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies or phonorecords or by any other means specified by that section, for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright. In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered shall include— (1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes; (2) the nature of the copyrighted work; (3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and (4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work. The fact that a work is unpublished shall not itself bar a finding of fair use if such finding is made upon consideration of all the above factors.

del titular, siempre y cuando el uso se pueda considerar justo. Hay un análisis de cuatro factores que deben aplicarse a cada uso, para determinar si el mismo es justo. A cada factor le corresponde el mismo peso. El *fair use* debe tener presente la neutralidad tecnológica, por lo que el mismo análisis puede aplicarse a cualquier medio.

*“Es importante que los cuatro criterios se apliquen de manera correcta; porque por ejemplo en un caso de infracción, la Corte puede reducir la cantidad de la indemnización por daños si el presunto infractor demuestra que al realizar su análisis entendió que el mismo se encuadra dentro del fair use y determinó que su uso era una excepción”*(Universidad de Purdue).

Para poder determinar si estamos frente a un caso de *Fair Use*, debe evaluarse en forma objetiva cada uno de los factores señalados precedentemente, siendo que de presentarse todos, estamos frente a un caso claro de *Fair Use* y por lo tanto, no se trata de un acto infractorio, y en caso, de sólo presentarse un criterio, o de no presentarse ninguno, entonces no puede considerarse dicho accionar dentro del *Fair Use*, y en consecuencia, el uso o la utilización deviene en ilícita.

### ***Primer Factor: Objeto y carácter***

El primer factor se refiere a la naturaleza y el objetivo de la utilización de la obra, y conforme se puede verificar del siguiente cuadro, cuando la finalidad es sin fines de lucro, para la educación o uso personal, entonces estamos frente a un caso de *Fair Use*, en el cual, deben evaluarse los factores señalados en la segunda columna del cuadro; siendo que, en caso que la finalidad sea comercial, de entretenimiento o con fines de lucro entonces no es factible alegar la excepcionalidad.

Será un caso de <i>Fair Use</i> si la finalidad es:	Son factores de referencia para evaluar la finalidad del uso son:	No es un caso de <i>Fair Use</i> si la finalidad es:
Sin fines de lucro	Enseñanza	Comercial
Para la educación	Investigación	Entretenimiento
Uso Personal	Becas	Fines de lucro
	Criticas	
	Comentario	
	Noticias de información	

**Segundo factor: Naturaleza del Trabajo**

El segundo factor que se analiza es la creatividad u originalidad de la obra, los trabajos creativos tienen más protección que los hechos, por lo que, mientras más creativa sea la obra es menos probable que el uso se considere justo.

El *Fair Use* tiende a favorecer a las obras publicadas más que las obras no publicadas. La razón de esto es que los autores o titulares del derecho, deben ser capaces de decidir cuándo publicar su trabajo (Ibíd Purdue).

Será un caso de <i>Fair Use</i> si la obra:	Se requiere de permiso si la obra es de:
Es un hecho público	Ficción
Esta Publicada	Inédita

Es factible, el caso de la aplicación del *Fair Use* si la obra se basa en hechos reales y se encuentre publicada, mientras que, aquellas que se basan en hechos imaginados por el autor, en el cual, el nivel de creatividad y por lo tanto, de originalidad que le puso el autor a su obra es mayor, se requiere para su utilización la autorización respectiva por parte del autor o titular de la obra.

**Tercer factor: Cantidad**

El tercer factor que se tiene en cuenta es la cantidad o parte de la obra que se está utilizando. Una pequeña cantidad, en general, pesa a favor de la aplicación del criterio del *Fair Use*; en cambio, cuando lo que se utiliza es gran parte de la obra, se requiere de la autorización respectiva. Sin embargo, hay momentos en que el uso de incluso una pequeña cantidad de una obra puede ser demasiado, si se considera que se trata del corazón de la obra (Ibíd Purdue).

Criterios cuantitativos de utilización de la obra que favorece el <i>Fair Use</i> :	Criterios cuantitativos de utilización de la obra que favorece el requerimiento previo de autorización:
Pequeña cantidad	Gran cantidad
Cantidad utilizada no es significativa respecto del total de la obra	Cantidad utilizada es parte trascendental de la obra

**Cuarto Factor: Efecto en el mercado**

El cuarto factor, tiene en cuenta cómo el uso afectaría la común explotación de la obra. Generalmente, cuanto más restringido el uso, existirá un menor impacto en el mercado donde la obra es explotada. El uso de algunas obras, como las pruebas estandarizadas o libros, muy rara vez se encuentra dentro del

criterio de *Fair Use*, porque las obras se consideran consumibles, es decir, que están destinados a ser compradas, (Ibíd Purdue).

Grado de Afectación en el Mercado que favorece el <i>Fair Use</i> :	Grado de Afectación en el Mercado que favorece la autorización previa:
No hay mayor impacto	Mayor impacto
Licencias/permisos no están disponibles	Licencias / permisos disponibles
Limitado y acceso restringido a la obra	El trabajo es puesto a disposición del mundo
Usuario/institución posee copia legal	El uso se repite a largo plazo

### 1.3. **- El Derecho de Autor y la Era Digital e Internet. Desafíos.-**

A lo largo de la historia del Derecho de Autor, han sido varias las ocasiones en que el mismo ha tenido que enfrentarse a los retos que el desarrollo tecnológico le impuso, ello sucedió por ejemplo, con el caso del invento de la imprenta que fue el nacimiento del Derecho de Autor, posteriormente al inventarse el Fonógrafo, el Cinematógrafo o la Radio, que dieron lugar al surgimiento de lo que se conoce como los Derechos Conexos; y la explosión digital y el Internet, no han sido la excepción, toda vez que es posible realizar copias perfectas o hasta idénticas al original, y distribuir las masivamente, todo ello con costes casi mínimos, pero además, hace difícil el identificar, localizar e incluso sancionar a un infractor.

El entorno digital se caracteriza 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;*
- *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) (Lipszyc 2004:282).*

Desde que surge el Internet, a nivel doctrinario se han presentado tres etapas distintas que intentan explicar la relación entre el Derecho de Autor y las Redes Digitales:

- ***En la era digital no se aplica el Derecho de Autor o Conexos***, el fundamento se basó en qué, a sus inicios, el Internet era un instrumento de uso muy limitado, y ligado en especial a fines científicos y de investigación. Aunque a la fecha dicha etapa ya ha sido superada, por la mayoría de países, existen todavía rezagos de la misma, conforme lo señaló André Luca, *“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 (Lypzyc, 2004: 280).*
- ***Las normas del Derecho de Autor son perfectamente aplicables a la Era Digital***, en esta etapa se indicó que los derechos patrimoniales por excelencia, vale decir los de comunicación pública y reproducción, eran perfectamente aplicables a la era digital, puesto que son concebidos por

todas las normas a nivel mundial y en consecuencia no existe motivo alguno para modificar la concepción del Derecho de Autor, más aún, si al ser protegible toda forma de explotación, las provenientes del desarrollo tecnológico también son amparadas.

- ***Son necesarias algunas adaptaciones de las normas al entorno digital***, finalmente, se llegó a la conclusión que eran necesarias realizar algunas adaptaciones de las concepciones del Derecho de Autor con relación a su explotación en la era digital, motivo por el cual, la OMPI en el marco de sus normativas creó dos tratados, uno sobre los Derechos de Autor, más conocido como el WCT, y otro referido a Derechos Conexos o WPPT, los cuales al decir de la Argentina Delia Lipszyc son un reconocimiento de la necesidad de algunos cambios normativos más la transformación de todo el sistema (Lipszyc 2004:70).

Entre otra de las respuestas, que se dieron para poder enfrentar a los nuevos parámetros que se imponían al Derecho de Autor con la aparición de la Era Digital, está el denominado Libro Blanco sobre Propiedad Intelectual e Infraestructura Nacional de Información, que en el año 1995 fue elaborado por el Departamento de Comercio de los Estados Unidos de América.

Este documento, proponía perseguir la distribución de las copias ilegales que se efectuaran a través del Internet, señalaba además, que los proveedores de servicio de internet tenían responsabilidad respecto de la comisión de actos infractorios por parte de sus usuarios<sup>28</sup>, etc.

En forma contraria, surge como propuesta lo expresado por Lawrence Lessig, para quien la solución de la protección de los Derechos de Autor, en el entorno digital, no pasa por el cambio de la normatividad, sino por lo que él denominó como **código**,

---

<sup>28</sup> Tomado de la página web de wired.

[http://www.wired.com/wired/archive/4.01/white.paper\\_pr.html](http://www.wired.com/wired/archive/4.01/white.paper_pr.html)

Consultado: 04 de abril de 2011.

él en su obra “El código y otras leyes del ciberespacio”, considera a este elemento, como el que brinda una protección más efectiva a la obra en el Internet, que la misma norma, por tratarse de lo que denominó “vallas privadas” (Lessig 2001:229).

Bajo el concepto de Lessig, no es necesario reprimir las conductas porque la propia tecnología se encarga de autorregularse, toda vez que cada reproducción significaría una disminución en la calidad, nitidez, etc., que es mucho más efectiva que la propia norma.

Así pues, varias han sido las propuestas respecto a cómo el Derecho de Autor debe enfrentar los cambios que el Internet causó; sin embargo, ninguna de ellas, conforme se verá en el capítulo III del presente trabajo señaló la solución general a los conflictos de carácter procedimental y de tutela jurisdiccional efectiva que esta nueva situación plantea, habiéndose llegado a obtener sólo posibles criterios a ser utilizados.

### 1.3.1. El Internet.-

Para poder entender el motivo por el cual el Internet afectó tanto, entre otras ramas al Derecho de Autor, es necesario saber en qué consiste esta nueva figura del avance tecnológico.

*“El Internet es un complejo sistema de intercomunicación de computadoras y redes de computadores con alcance mundial que ofrece una indeterminada cantidad de servicios proporcionados por proveedores de conexión.”* (Villalba 2001).

*“La Red de Redes forma parte de una comunidad real, llamada también Ciberespacio, conformada por personas que pueden interactuar entre ellas a voluntad, computador de por medio, y en tiempo real y sin importar la distancia física que las separe [...]”* (Czarny, citado por Villalba 2001).

## **Historia**

Internet, se inició en los 60's con el nombre de proyecto MAC, en el Laboratorio de Sistemas del Departamento de Ingeniería Civil del Instituto Tecnológico de Massachussets, con el fin de generar nuevas modalidades de utilización de los ordenadores, en tiempo compartido, que permitiera el acceso interdependiente de varias personas ubicadas en sitios distintos.

A finales de 1969, aproximadamente 05 universidades de los Estados Unidos de América aplicaron esta modalidad formándose la Primera Red Nacional de Operadores, a cargo de la Agencia de Proyectos de Investigación Avanzada del Departamento de Defensa de los Estados Unidos de América; para 1971, eran más de 30 los centros que utilizaban este sistema. A partir de 1984, se decidió su masificación conllevando a la creación de los dominios y sus diversas clasificaciones, lo que en la actualidad conocemos como Internet o la Red de Redes.

## **Operatividad del Internet**

El Internet, es un sistema complejo, en el cual la transmisión de la información opera, en síntesis, de la siguiente manera:

- *Primero la información es convertida o transmitida en lenguaje binario de ceros y unos.*
- *Segundo, es identificada y traducida al lenguaje adecuado según la aplicación de la que se trate (correo electrónico, etc.).*
- *Tercero, la información se divide de forma automática en pequeños paquetes que son enviados, también de forma automática, a través de las diversas redes existentes, por un camino predeterminado, en virtud de la velocidad a las que pueden ser transmitidos (técnica de la comunicación de paquetes o packet switching).*

- Cuarto, en cada punto intermedio la información es copiada y enviada hasta el siguiente; la copia es necesaria para la transmisión de la información, pero la duración de estas copias es efímera, lo que también puede tener consecuencias para los derechos de autor.
- Quinto, aunque los paquetes suelen viajar juntos, cada uno puede, sin embargo, tomar un camino diferente en función de lo cargada que éste la Red en un momento dado, siguiendo una ruta aparentemente ilógica desde una perspectiva geográfica ..., pero que es la más eficiente en ese momento, según indica el sistema de enrutadores (routers).
- Sexto, dado que cada paquete está perfectamente identificado y ordenado, cuando llega a su destino toda la información es compuesta de nuevo y traducida a un lenguaje comprensible para los seres humanos (Corte del Distrito de Pensilvania 1996)..

Al ser el internet un sistema abierto, significa que cada red que se intenta conectar, no necesita realizar cambio interno alguno, en caso el “packet” no llegara al destino, se devolverá al emisor, los *gateways* y *routers* no almacenan información y no existe un control global de las operaciones.

### 1.3.2. **El uso de las obras en Internet.-**

Como se puede concluir del procedimiento de transmisión de información dado dentro del Internet, es fácil, la explotación o uso de obras protegidas por Derecho de Autor, entre ellas, las imágenes. Para entender esta situación, los tratadistas propusieron diversas hipótesis, que van desde la que plantean que la colocación de una obra trae de por sí inmersa una autorización tácita; y otras que señalan, que se trata de una clara infracción, porque no es posible que se circunscriban dentro de las limitaciones o del *fair use*.

Así pues, de acuerdo con las características del Internet existen posiciones que sostienen que al colocar una obra en la red, de forma tácita existe una autorización del titular de la misma para que sea transferida a la máquina de un usuario de la red y en consecuencia reproducido, pero sólo para un uso personal, puesto que el titular no hizo uso de las medidas tecnológicas que se han creado para impedir utilizaciones o usos no autorizados, dicha aseveración se basa en la interpretación que las normas de carácter civil le dan a la declaración tácita de la voluntad.

Bajo este supuesto, si yo soy titular de un catálogo de fotografías que tiene carácter de originalidad y las coloco dentro de mi página web, el no bloquear el acceso a copiar dichas imágenes trae consigo que yo no pueda impedir que un tercero las baje a su computador, porque el facilitar la copia es sinónimo de una autorización previa y abierta a cualquiera que acceda a mi página web.

Elo, porque conforme a lo señalado en el artículo 1.4 del WCT, concordante con el artículo 9° del Convenio de Berna, será considerado como una forma de reproducción, el almacenamiento de una obra en forma digital en un soporte electrónico. Estando al funcionamiento del sistema de la transmisión de información que se da en el Internet, durante este proceso se realizan una serie de copias creadas involuntariamente, las cuales si bien tienen un carácter de temporalidad son en esencia reproducciones.

Cuando se accede a imágenes protegidas por Derecho de Autor, automáticamente se realiza una carga provisional de éstas en los ordenadores del usuario para que posteriormente sea visualizada, generándose con ello una reproducción temporal en la memoria *RAM*, la misma que al apagarse la máquina se borra, es decir, desaparece al menos que sea posible su copia y proceda a cargarla a mi disco duro en forma permanente.

En el caso de la denominada memoria cache, su función es grabar también de forma transitoria en la memoria del usuario las páginas web visitadas, de forma tal que, cuando el usuario desee nuevamente visualizarlas no se requiera de cargar los contenidos otra vez.

### ***El Derecho de Reproducción en el Internet***

Siendo así para el Derecho de Autor, se consideran actos específicos de reproducción para el caso de Internet, los siguientes:

- ***Routing***: Es el primer acto de reproducción de tipo efímera, que se da cuando el usuario conecta su ordenador a la red, mediante el cual se transmite y circulan libremente los paquetes de datos. Esta reproducción puede ser considerada como una **excepción al derecho de explotación**.
- ***Proxy catching***: Es una técnica que permite maximizar los recursos de los servidores para acceder a una red telemática.
- ***Mirroring***: Clonar o utilizar una copia idéntica de un *website*, el mismo que es colocado en el servidor más cercano al usuario, lo que conlleva a un acceso más rápido, este acto **no podría incluirse dentro de la excepción al derecho de explotación**.
- ***Local catching***: Es un sistema similar al *proxy catching*, pero el disco duro del usuario sustituye al servidor; a través de este acto, es posible que elementos protegidos de una página web puedan ser posteriormente extraídos del *catching* y copiados en diversos soportes, por lo que **tampoco es posible considerarlos como una excepción al derecho de explotación**.
- ***RAM***: Es el último acto de reproducción provisional, en el cual al recibirse los paquetes de datos, el ordenador los ejecuta en su memoria *RAM*, es decir se almacenan transitoriamente en el caché local, facilitando así una segunda reproducción.

- **Streaming:** Es la descarga de un archivo que no permite que se fije en el disco duro, la reproducción se efectúa a tiempo real.

### ***El Derecho de Comunicación Pública en el Internet***

Respecto a la comunicación pública debe indicarse que *“la puesta a disposición de una obra implica que ésta queda a disposición de los usuarios en una base de datos ubicada en un servidor, [...] la comunicación se produce punto a punto, previa solicitud del usuario. Sin embargo, lo cierto es que el derecho de autor se genera desde el preciso momento en que se coloca la obra en el servidor facilitando el acceso a la misma, [...]”* (Gabeiras 2002:1461).

El Acuerdo de Santiago define a la comunicación pública en línea como aquella que se realiza en lugares accesibles al público, en la cual no se utilizan aparatos de radio, televisión tradicional emitida por ondas hertzianas, por satélite, cable, música y video a la carta o cualquier otra forma predeterminada por el proveedor de servicios en el cual no se requiere intervención del consumidor individual; es decir, utiliza una vía que podríamos denominarla como sui generis.

Respecto a las consideraciones de ámbito privado y público, es necesario precisar que la comunicación pública en Internet, a pesar que el usuario que recibe la obra lo hace en su casa, ello no circunscribe a que el desarrollo del acto pueda ser considerado como dentro de un ámbito privado.

En el Internet, la comunicación se dispersa a un número ilimitado de personas al mismo tiempo, por lo que no sería factible indicar que esta comunicación cae dentro del ámbito privado, considerado como una excepción al derecho de explotación, puesto que al mismo tiempo una persona desde su computadora personal situada en un café puede acceder a la misma obra que otra ubicada en su habitación.

Por lo que aquí, los actos de comunicación de obras protegidas por Derecho de Autor serán públicos, así el destinatario de la misma sea una sola persona, porque de acuerdo con la estructura del Internet, la obra se ha llegado a diseminar en todo un público potencial debido a que antes de llegar al usuario destino, ésta, efectuó un recorrido a través de las memorias de una serie de computadoras ubicadas en sitios diferentes.

Son considerados actos de comunicación pública en el internet, las siguientes modalidades:

- **Preview**, Permite que se elija una obra determinada mediante una escucha previa de un fragmento de la misma antes de decidir si se va efectuar la descarga, aquí la obra es comunicada en calidad analógica.
- **Webcasting**: Es una transmisión que se realiza exclusivamente vía internet.
- **Simulcasting**: Es decir acceder vía internet a una emisión de radiodifusión hertziana, la transmisión tiene una diferencia en segundos.

### ***El Derecho de Distribución en el Internet***

Los artículos 6° y 7° del WCT señalan que el derecho de distribución se dará en aquellos casos en los cuales, se efectuó una fijación en soportes físicos y tangibles, excluyéndose por tanto a las transmisiones efectuadas digitalmente en las cuales el almacenamiento se da en el camino al equipo receptor; y si bien, la obra se puede fijar en el disco duro no es factible la puesta en circulación de este dispositivo debido a la función que éste cumple dentro del computador.

Sólo podrá considerarse que existió fijación cuando llegó a un dispositivo existente en la máquina destino que permita su grabación, por lo que se viola este derecho cuando se transmite esta copia sin la debida autorización, no

bastando sólo la transmisión, porque para que se pueda dar el agotamiento del derecho es necesario también la transferencia de dominio.

### 1.3.3. Los Desafíos del Internet.-

Uno de los primeros desafíos que impuso el Internet a los Derechos de Autor, es el referido a la soberanía, área de influencia y dominio de un estado sobre determinado territorio, toda vez que debe tenerse en cuenta que por su versatilidad el Internet plantea una serie de conflictos de aplicación de normatividad, el mismo que en extenso será debidamente tratado en el Capítulo Tercero del presente trabajo, puesto que un mismo hecho puede ser realizado en diferentes sitios con jurisdicciones y legislaciones diferentes, lo que en la práctica podría conllevar a conflictos, que con la sola aplicación del derecho internacional o el propio derecho de autor o el copyright no es posible solucionar.

Otro desafío que enfrenta el Derecho de Autor es el relativo a la remuneración, en un primer momento se podría considerar que con la masificación de la comunicación se recibirían innumerables beneficios económicos a favor de los titulares de derecho; sin embargo ello no es así, toda vez que precisamente esta masificación ha puesto en un estado de fragilidad a la obra frente a la facilidad que la tecnología ha desarrollado para el intercambio de información, sin el respectivo reconocimiento a favor de los titulares, como lo que ocurre por ejemplo con la copia privada, que en el caso del Internet es casi imposible el control, proponiéndose para ello, que para el tema de la compensación legal se imponga el pago sobre los equipos y soportes materiales utilizados en la reproducción.

Luego de haber explicado el funcionamiento del sistema del Internet y su aplicación en el Derecho de Autor y concordando con Federico Villalba es factible concluir que:

1) *El uso de las obras protegidas por el derecho de autor no cuenta con una regulación específica cuando el acceso a las mismas se realiza en el entorno de la Red.*

2) *El acceso al enorme flujo de información contenida y transmitida mediante la Red no genera otras excepciones a los principios generales del derecho de autor, cuyo titular es quien tiene la exclusiva explotación de la obra. Las excepciones a tal principio son territoriales, por lo que deben ser establecidas en forma taxativa en la norma nacional.*

3) *Quien voluntariamente introduce una obra propia en Internet presta consentimiento tácito al uso personal, entendiéndose por tal el almacenamiento en el disco rígido y la impresión de una copia para sí mismo, sin derecho a darle un nuevo uso a la misma y en la medida que dicho uso no perjudique la normal comercialización de dicha creación [...]*

4) *En caso de duda sobre quién dispuso la colocación de la obra en la Red, el derecho al uso se restringe al de simple lectura sin poder ejercer otro uso [...]* (2001; 09 y 10).

#### 1.4. **Los Tratados OMPI sobre el Entorno Digital.**

Los Tratados de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) son dos nuevos tratados internacionales relativos al Derecho de Autor, adoptados en la Conferencia Diplomática de la OMPI de las Naciones Unidas, en diciembre de 1996.

El Tratado OMPI sobre Derecho de Autor (TODA / WCT) y el Tratado OMPI sobre Interpretación o Ejecución de Fonogramas (TOIEF / WPPT), también conocidos como los Tratados de Internet, buscan entre otros temas:

- Confirmar la protección de los bienes intelectuales tradicionales en materia de derecho de autor, y los mecanismos de distribución;
- Explicar cómo se aplican en el entorno digital los derechos de autor y conexos;
- Proteger contra la piratería informática aplicada, a los bienes tutelados por el derecho de autor.

El WCT protege a los autores, compositores y otros creadores en las áreas de la literatura, arte, música, películas, software y otras obras creativas, considerándose entre ellas, a los titulares de derechos de imágenes que tienen la calidad de originales y que circulan por el Internet.

El WPPT protege a los productores de fonogramas (incluyendo a los discos compactos, cassettes y otras grabaciones musicales), producidas por empresas fonográficas. También incluye a los artistas intérpretes y ejecutantes, tales como cantores y músicos. Siendo que, a la fecha se encuentra pendiente de elaboración el Tratado referido a los derechos correspondientes a los Organismos de Radiodifusión y la Era Digital.

Más de 60 países suscribieron el WCT y el WPPT, alcanzando ya el mínimo de 30 ratificaciones formales a fin de entrar en vigencia.

Los llamados "**Tratados de Internet**", contienen cláusulas que ofrecen ciertas respuestas a los desafíos impuestos por la tecnología digital y el Internet. Los Tratados Internet establecen normas básicas de reafirmación de la protección para el derecho de autor y los derechos conexos en Internet y otras redes digitales, conteniendo una actualización general de los principios jurídicos que sustentan la protección internacional del Derecho de Autor y los Derechos Conexos en el ciberespacio.

El nuevo sistema de protección internacional de los derechos de propiedad intelectual que se origina a partir del WCT y WPPT, está integrado por tres componentes fundamentales:

- El derecho de propiedad intelectual de los autores extendido y adecuado al entorno digital.
- Las medidas tecnológicas de protección.
- La protección jurídica contra la elusión de esas medidas tecnológicas de protección.

Se introducen entre otros temas, el referido a las medidas tecnológicas de protección y la protección jurídica que los estados deben brindar frente a la elusión de esas medidas tecnológicas.

Ambos tratados adoptan un texto casi idéntico en sus arts. 11 (WCT) y 18 (WPPT) a lo señalado en el artículo 11 del **Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor de 1996**, con relación a las obligaciones relativas a las medidas tecnológicas: *“Las Partes Contratantes proporcionarán protección jurídica adecuada y recursos jurídicos efectivos contra la acción de eludir las medidas tecnológicas efectivas que sean utilizadas por los autores en relación con el ejercicio de sus derechos en virtud del presente Tratado o del Convenio de Berna y que, respecto de sus obras, restrinjan actos que no estén autorizados por los autores concernidos o permitidos por la Ley”*.

Por su parte el artículo 18 del **Tratado de la OMPI sobre Fonogramas de 1996**, con relación a las obligaciones relativas a las medidas tecnológicas, establece: *“Las Partes Contratantes proporcionarán protección jurídica adecuada y recursos jurídicos efectivos contra la acción de eludir medidas tecnológicas efectivas que sean utilizadas por artistas intérpretes o ejecutantes o productores de fonogramas en relación con el ejercicio de sus derechos en virtud del presente Tratado y que, respecto de sus interpretaciones o ejecuciones o fonogramas, restrinjan actos que no*

*estén autorizados por los artistas intérpretes o ejecutantes o los productores de fonogramas concernidos o permitidos por la Ley”.*

#### 1.4.1. El Tratado OMPI sobre Derecho de Autor (TODA / WCT).-

El Preámbulo del WCT señaló que a raíz de los nuevos acontecimientos económicos, sociales, culturales y tecnológicos, los países miembros de la OMPI en procura de la protección de los derechos de autor, introducen nuevas normas y adaptan las existentes a los retos que se presentan con el desarrollo tecnológico.

El Tratado OMPI sobre Derecho de Autor nos remite a una serie de disposiciones que hacen referencia a otros instrumentos legales, como el Convenio de Berna y el ADPIC, como por ejemplo, en el caso del derecho de distribución, pero sin especificar el agotamiento de dicho derecho, relegando a las legislaciones nacionales pronunciarse sobre el particular.

Así mismo, respecto de la protección de las **obras fotográficas**, el artículo noveno del Tratado equipara el plazo de protección de las obras fotográficas que tengan originalidad al plazo general de duración del derecho patrimonial sobre las demás obras, con lo cual se zanja la discusión que existía sobre la condición de obra artística de la fotografía, y la posibilidad que se reconozcan plazos menores según se le considere como obra de arte; y en este caso protegida por el derecho de autor, o como simple fotografía reconociéndole sólo un derecho conexo.

Respecto a la comunicación pública se han introducido una serie de notas distintivas:

- a) Que consiste en un acto de puesta a disposición y que con la sola realización de este acto queda perfeccionada, razón por la cual antes de la realización debe obtenerse la pertinente autorización.
- b) Que la puesta a disposición es del público, y que ese público no está presente en el lugar en que tiene origen el acto;
- c) Que las personas del público puedan tener acceso a las obras desde diferentes lugares y en diferentes momentos.
- d) Que el acceso es de naturaleza interactiva lo cual importa que la elección es individual.
- e) Que la comunicación se logra y hace efectiva (sin que, como en toda comunicación pública, de esta efectividad dependa la existencia del acto de explotación) previa solicitud y mediante las operaciones de transmisión en la red (alámbrica o inalámbrica), con la reproducción y ejecución en el ordenador personal del solicitante del archivo que contiene la obra (Lypszyc 2004, 23).

La definición de comunicación pública establecida en el artículo 8 del Tratado afecta el derecho de reproducción, porque el poner una obra a disposición en línea, trae como consecuencia una reproducción permanente, a través de las diferentes descargas, con lo cual, se almacena y posteriormente se reproduce en diversos soportes, por lo que los actos de reproducción permanentes o temporales que se efectúan en un proceso de transmisión digital, son actos de reproducción conforme a los criterios del Convenio de Berna.

El artículo sexto plantea la interrogante respecto a que si al poner el autor su obra en internet está permitiendo la distribución, y con ello que el receptor pueda copiarla y divulgarla; y qué función deben cumplir las medidas tecnológicas de protección, según el artículo undécimo del mencionado tratado. Así mismo, establece una obligación a los países miembros para que proporcionen protección adecuada y efectiva contra la elusión de dichas medidas, que impiden la realización de actos de explotación no autorizados.

#### 1.4.2. El Tratado OMPI sobre Interpretación o Ejecución de Fonogramas (TOIEF / WPPT).

Este Tratado también reconoce el impacto que la tecnología tiene, buscando proteger los intereses de los titulares de los Derechos Conexos. Su artículo primero señala que ninguna disposición nacional puede ir en detrimento de los derechos ya reconocidos a favor de los artistas, intérpretes y ejecutantes así como de los productores fonográficos.

El capítulo segundo del Tratado hace referencia a los derechos morales, sobre el derecho de paternidad; indica que debe reivindicarse la identificación del artista, intérprete o ejecutante; también establece, la oposición a cualquier deformación, mutilación u otra identificación de las interpretaciones o ejecuciones que causen perjuicio a la reputación del titular del derecho.

El artículo décimo octavo establece la obligación de protección de las medidas tecnológicas de protección, otorgándoles un resguardo adecuado que permita disminuir su elusión y restringir los actos no autorizados por los titulares de los derechos.

Sobre el particular, Kiyoshi Tsuru ha señalado que:

El modelo de regulación ofrecido incluye, como medida novedosa, la protección jurídica de mecanismos electrónicos que impiden al usuario realizar ciertas acciones que atenten contra las facultades exclusivas del titular de derechos de autor y derechos conexos, tales como obtener acceso a la obra resguardada o copiar dicha obra. Algunos llaman a estas medidas tecnológicas “candados electrónicos” o “bardas electrónicas”. Si bien el mecanismo es esencialmente tecnológico, los tratados brindan protección legal adicional contra la evasión de los resultados proporcionados por el dispositivo digital. En otras palabras, debido a que la tecnología puede ser contrarrestada de la misma manera que los candados de metal pueden romperse o las llaves falsificarse, estos tratados establecen la

obligación para con sus países miembros de establecer medidas tecnológicas efectivas [...] (Tsuru 2002).

Entre los principios fundamentales del TOIEF, la Dra. Delia Lipszyc, ha señalado que son:

- a) La flexibilidad. Esta característica de la Convención de Roma es receptada por el TOIEF en sus artículos 3°, 4° y 15° en los cuales se ofrecen análogas opciones que en aquélla en cuanto al modo de cumplir sus preceptos.
- b) El Trato Nacional. Señalado en el artículo 4 refleja el mismo concepto establecido en la Convención de Roma, pero con una novedad que es permitir a cualquier Parte Contratante que haya formulado alguna de las reservas mencionadas en el artículo 15° en la medida en que ésta haya hecho uso de ella, sin necesidad que en la primera deba también hecho la declaración de una reserva análoga u otra más amplia (Lipszyc 2004:223).

## **CAPITULO II**

### **Las imágenes como objeto de protección en el Derecho de Autor y su Explotación en el Internet**

Habiendo tratado en el Capítulo I del presente trabajo los criterios base que rigen al Derecho de Autor, así como expuesto un primer panorama de los desafíos que el Internet planteó para éste, el Capítulo II buscará hacer un análisis de uno de los conceptos clave para determinar si las imágenes merecen protección bajo el Derecho de Autor, o serán consideradas como simples imágenes, así como plantear cuáles son las principales obras que son explotadas en el Internet pueden ser consideradas como imágenes, y la aplicación para este tipo concreto de obras de los límites al derecho de la explotación.

#### **2.1 Las diversas modalidades de las imágenes como obras.-**

Varias son las formas en las cuales las imágenes pueden presentarse como obras que merece protección bajo el derecho de autor, entre las principales y que pueden considerarse, que se utilizan con mayor frecuencia, son las que a continuación se indican.

##### **2.1.1. Las Fotografías.-**

Fotografía procede de un término griego que significa diseñar o escribir con luz. La fotografía como una de las formas en que puede clasificarse una imagen, es un modo de captar y exponer gráficamente la realidad visual, es un fragmento o recorte interpretado mediante el lente de una cámara.

También, es considerado como una apreciación estética de un escenario y la luz de una escena. Las imágenes son el reflejo de la luz en la materia de los elementos. La fotografía capta la luz, para ser plasmada y traducida en una imagen.

Para Henri Cartier-Bresson, la fotografía es *“el reconocimiento simultáneo, en una fracción de segundo, de la importancia de un hecho y de la organización formal y concreta que se da vía este hecho”*.

*“La fotografía permite trasladar a los demás lo que uno ha visto. Se trata de transportar a uno mismo o a los demás la mirada de uno o lo visto por uno, mediante un soporte material, obtenido químicamente o- en su acepción figurada- mediante un relato que permite a los que lo ven estar como si estuvieran delante de aquello impresionado o relatado”* (Serrano 2008:20).

**La fotografía es aquella técnica que permite que una imagen sea la representación visual de un objeto.** Es considerado como el procedimiento y el arte de fijar y reproducir mediante reacciones químicas y en superficies preparadas para ello, las imágenes que se recogen en una cámara oscura. La cámara oscura será aquella proyección de la imagen que es captada por un pequeño agujero sobre la superficie.

Las reglas para la composición de una fotografía son:

- La profundidad y la perspectiva.
- El detalle.
- El punto de vista.
- El tamaño y la escala.
- La textura.
- La forma.
- La situación.

En una fotografía, como imagen, también es importante la composición, selección y disposición de sujetos, en el área de la imagen fotográfica, puesto que ello va permitir lograr la comunicación, y serán precisamente estos componentes los que dotaran de originalidad a una fotografía.

Para los fotógrafos, componer una foto es sinónimo de creación, es por ello, que una buena imagen (fotografía) es el resultado de la combinación de un motivo y una composición, por lo que es importante saber elegir qué es aquello que se va dejar fuera o dentro de la imagen; es decir, para que una fotografía sea considerada como una obra protegida por el derecho de autor y no una mera fotografía (art. 128° de la LPI de España) **se requiere de la presencia del requisito de la originalidad.**

Se considera que en una fotografía hay originalidad cuando existió un trabajo de planteamiento y concepción en el cual intervenga, el esfuerzo intelectual, la capacidad creativa, el talento y la personalidad del fotógrafo, puesto que con ello se llega a la conclusión que la fotografía no es simplemente la imagen de algo que ya existe, es decir, que la fotografía va más allá de la mera reproducción de una realidad, por lo que la valla de originalidad que se fija para estas obras es elevada.

También pueden ser obras distintas, en la medida de su originalidad:

- Las obras fotográficas derivadas, producto de la transformación sea en laboratorio, con sustancias químicas y colorantes o en el ordenador mediante la aplicación de algún tipo de programa, siempre y cuando, el fotógrafo sea quien establece los parámetros de los comandos del programa y no un simple ejecutor de los mismos.

- Obras fotográficas compuestas de la compilación o collages de otras obras fotográficas, u otros elementos (videos, gráficos, dibujos, etc.), como es el caso de las llamadas obras multimedia.

### 2.1.2. **Los Dibujos.-**

Se considera al dibujo como aquella imagen, que es el resultado de la utilización de una técnica lineal que representa en dos dimensiones un objeto o una idea, utilizando la mano para hacerlo, utilizando en general el papel y el lápiz para ello. Dibujo significa, tanto el arte de enseñar a dibujar, como delineación, figura o imagen ejecutada en claro y oscuro, que toma nombre del material con que se hace<sup>29</sup>.

Se consideran elementos gráficos, todos aquellos componentes simples que estructuran y dan cuerpo a un dibujo. Los más utilizados son: el punto, la línea, la mancha, la textura y el color.

Cada uno de estos elementos puede utilizarse en una doble dimensión: una objetiva y técnica, orientada más a representar con exactitud los objetos, y otra subjetiva y creativa, orientada más a expresar las emociones del autor, y que será la que determine si la obra posee originalidad o no.

Es una forma de expresión gráfica, plasmando imágenes sobre un espacio plano, por lo que es considerado como una parte de las artes visuales. El dibujo es aquel arte de representar mediante gráficos, objetos sobre una superficie plana; es considerado como la base de toda creación plástica, y es un medio convencional para expresar la forma de un objeto mediante líneas o trazos.

De acuerdo con su objeto, el dibujo se puede clasificar en:

---

<sup>29</sup> Según el Diccionario de la Real Academia Española: <http://www.rae.es/rae.html>.

1. De concepción
2. De definición
3. De fabricación
4. Industrial

Estos determinan precisamente el orden cronológico para representar y transmitir a través de bosquejos, diagramas o esquemas la idea o proyecto que desea desarrollar y ejecutar su inventor o diseñador: plasmando en su orden la idea general; su espacio forma y dimensión; y por último, su proceso y técnica de fabricación.

Por su objetivo, el dibujo puede clasificarse en:

1. **Artístico:** Es aquella representación de un objeto por la utilización de líneas que limitan sus formas y contornos. Es una abstracción de la mente que permite fijar la apariencia de la forma, pueden ser realistas, sub-realistas o abstractas, que son los que van a merecer protección para el derecho de autor, puesto que permiten apreciar la individualidad plasmada en la obra.
2. **Geométrico:** Se representa mediante gráficas planas.
3. **Técnico:** Es el lenguaje gráfico universal técnico normalizado, por medio del cual se manifiesta una expresión precisa y exacta, se caracteriza por ser gráfico, preciso y exacto.

### 2.1.3 Las Pinturas.-

La pintura para el caso materia de análisis va hacer referencia a la artística, que consiste en aquella representación gráfica en la que se utiliza pigmentación mezclada con otras sustancias aglutinantes orgánicas o sintéticas. En este arte, se emplean lo que se conoce como técnicas de pintura, conocimientos de teoría del color y de composición pictórica, y el dibujo.

La práctica del arte de pintar, consiste en aplicar, en una superficie determinada —un papel, un lienzo, un muro, una madera, un recorte de tejido, etc.— una técnica determinada, para obtener una composición de formas, colores, texturas, dibujo, etc., dando lugar a una obra de arte según la estética. La pintura consiste en la transferencia del mundo tridimensional de la naturaleza al mundo bidimensional de la superficie que se va a pintar.

La pintura comprende a todas aquellas creaciones artísticas que han sido hechas sobre superficies. Hasta antes de la aparición de la fotografía, fue la forma de expresión más idónea para la representación bidimensional de la realidad tridimensional.

Los géneros establecidos en pintura son: pintura religiosa o devocional; pintura mitológica y alegórica; pintura histórica; retrato; paisaje; marina; bodegón o naturaleza muerta; y pintura de género o costumbrista. Dentro de estos géneros, se podrán además establecer sub-géneros, que en determinados momentos han tenido gran importancia, como la pintura de animales, la cacería, las pinturas florales, etc.

Conforme se puede apreciar de la relación en calidad de *numerus apertus* de las obras protegibles por el Derecho de Autor y enumeradas en el artículo quinto del decreto legislativo 822, se aplica a las clases de obras señaladas anteriormente, en consecuencia por ejemplo *aquellas obras fotográficas compuestas que incorporen obras preexistentes sin la colaboración del autor de la preexistente, así como aquellas obras compuestas que incorporen una obra fotográfica compuesta tendrán un requisito previo de protección, un juicio especial de originalidad y unos condicionantes para el ejercicio de los derechos sobre ella* (Serrano 2008:10).

## **2.2 La aplicación de las teorías sobre el concepto de la originalidad en las imágenes para merecer la protección legal del Derecho de Autor.-**

Mucho se debatió en el ámbito del Derecho de Autor, antes de incluir a las imágenes como una forma de expresión artística, sea dentro de la fotografía o el dibujo, para que merezcan protección, toda vez que se consideraba en un primer momento que las mismas no tenían la capacidad de reflejar la impronta de su autor. Posteriormente, se procedió a incluirlas dentro del Convenio de Berna, aplicándoles claro también el requisito de la originalidad que debe revestir toda obra para ser protegible.

### **2.2.1 La originalidad.-**

La expresión “originalidad” al que hacen mención todas las legislaciones relativas al derecho de autor y que es un requisito para la protección de las obras, entre ellas a las imágenes por ser el caso específico del presente trabajo, es utilizada en un primer momento para calificar una obra primigenia, así como respecto de otra preexistente en relación con la obra subsiguiente (entiéndase derivada).

Así pues los numerales 17, 24 y 25 del artículo segundo del Decreto Legislativo 822, concordantes con el artículo seis de dicha norma, nos indican que la originalidad debe estar presente tanto en la obra primigenia como en aquella derivada en forma lícita para que puedan tener protección legal.

Para el derecho de autor, el criterio de la originalidad, resulta de suma importancia, porque el mismo está relacionado con la expresión, que en forma creativa e individualizada realiza el autor de su obra, así ésta sea mínima; es decir, es vista como un criterio subjetivo; distinto al de la novedad, que nos refiere a la anterioridad de una obra en relación a otra.

Para Ricardo Antequera la originalidad; <[...] *requisito para la protección por el derecho de autor surge incluso del Convenio de Berna (y de las definiciones contenidas en muchas leyes nacionales) cuando, por ejemplo la propia denominación del Convenio se refiere a la protección de las “obras literarias y artísticas” y la obra, en cualquiera de sus acepciones, trae de suyo el elemento de la originalidad*> (Antequera 2007:50).

Por su parte para Otero Lastre, “[...] *la originalidad, lejos de predicarse de la actividad misma de crear, engendrar o producir una obra del espíritu, va referida al resultado de esta actividad, que es la obra misma*” (Otero Lastre 2008:407).

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala D, Argentina, en su resolución del 24 de Febrero de 1997<sup>30</sup> señaló que “... *La originalidad o la individualidad requieren que cada obra lleve **impreso el estilo propio de su autor, sin importar cuál sea su mérito** [el subrayado y resaltado es nuestro]. Vale decir, que el mismo elemento, tratado por diversas personas, sea materia de obras distintas, de tal modo que pueda individualizárselas como propias de una u otra...”*

La originalidad de la obra, nos lleva a la individualidad que debe gozar toda obra para merecer protección, vale decir, que en virtud a la forma de expresión se puedan obtener las características propias que le permite distinguirse; así lo ha señalado el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en la

---

<sup>30</sup> Disponible en <http://www.cerlalc.org/derechoenlinea/dar/index.php?mode=archivo&id=148>

Interpretación Pre-Judicial N° 10-IP-99<sup>31</sup>; la misma que es conforme al criterio internacional existente a nivel doctrinario<sup>32 33</sup>.

Para el caso específico de las imágenes, la originalidad es el elemento que permitirá delimitar entre aquellas, que merecen protección por Derecho de Autor, y aquellas que serán simplemente imágenes y pueden ser utilizadas libremente sin necesidad de pedir autorización alguna o tener que pagar retribución. En el caso de las imágenes, la determinación de la originalidad, con respecto de las otras obras artísticas va requerir de un nivel superior a las de las demás obras también artísticas, toda vez, que al ser un reflejo de la realidad se requiere que el aporte del autor a su obra sea significativo.

### ***Originalidad Vs. Novedad***

Parte de la doctrina ha pretendido trasladar el concepto puro de la novedad que rige a la propiedad industrial (patentes, diseños industriales) a la originalidad que deben tener las obras, a pesar, que se trata de dos criterios distintos aunque no opuestos entre sí. Lo anteriormente descrito se traslado a la Jurisprudencia, conforme se puede verificar de lo resuelto por el Tribunal Supremo Español en

---

<sup>31</sup> Interpretación Prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina recaída en el Proceso N° 10-IP-99, publicada en la Gaceta Oficial N° 468 de fecha 12 de agosto de 1999.

*“Para que llegue a tener entonces el carácter de “creación”, es necesaria la originalidad, que no es sinónimo de “novedad, sino de “individualidad”, vale decir, “que exprese lo propio de su autor, que lleve la impronta de su personalidad”, cuestión de hecho que debe examinarse en cada caso, y en el presente, por el juez nacional”.*

<sup>32</sup> *“para que una obra del espíritu pueda acceder a la protección del derecho de autor, debe llevar la marca del aporte intelectual y personal del autor, poco importa el grado de originalidad de la obra”; Tribunal de Gran Instancia de Nanterre (19-1-2005), citada por KÉRÉVER, André: Crónicas de Jurisprudencia, en Revue Internationale du Droit D’Auteur (RIDA). N° 207, París, 2006, Pág. 286.*

<sup>33</sup> *“ ... para hablar de obra intelectual que ya se justifique en la razón subjetiva de ser la misma un reflejo de la personalidad de su autor, ya en la razón objetiva de constituir un medio de enriquecer el acervo cultural de la sociedad, la protección que la ley confiere está legalmente condicionada a la existencia y exteriorización de la obra de la impronta o huella del autor, que aunque no es necesario le otorgue novedad –exigida por alguna doctrina, pese a todo, ha de singularizarla o destacarla del resto como resultado de las ideas particulares o individuales del creador”; emitido por la Audiencia Provincial de Barcelona publicado en las Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor N° XVIII; Editorial Marcial Pons, Madrid 1997, págs. 613-616.*

su sentencia del año 2004<sup>34</sup>, en la cual se indicó que desde la perspectiva objetiva la originalidad consiste en la creación de algo nuevo que no tiene existencia anterior.

Si la originalidad fuera sinónimo de la novedad, para el caso específico de las imágenes, muy pocas por no decir nulas, serían sus posibilidades para ser consideradas como obras, porque el autor para lograr la protección tendría que mostrar imágenes nuevas, distintas a las ya existentes, lo que deviene en una utopía.

Para evitar precisamente estos obstáculos casi infranqueables para la protección, es que en el Derecho de Autor se admite la existencia de la preexistencia de una obra similar, pero por las características propia de la forma de expresión de la obra, es que ésta se distingue de la preexistente, para Colombet la originalidad se aprecia subjetivamente, mientras que la novedad se mide objetivamente (1997:13), por lo que Espín Canovas (1996:67), al cual nos unimos, señala que el criterio de la novedad en el derecho de autor sería un obstáculo para la creación sobre el mismo tema, la novedad alude a contenidos y la originalidad a la forma de expresión; siendo que, es precisamente está última lo que considera el Derecho de Autor como materia de análisis.

Para el *common law*, la originalidad ha sido conceptualizada desde el punto de vista de la tradición latina, conforme se puede verificar del fallo emitido en el caso Joyce, Craig, William, Leaffer, Marshall y Jaszi:

La originalidad se mantiene como el requisito sine qua non del derecho de autor; de acuerdo a ello, la protección por el derecho de autor sólo puede ser extendida a

---

<sup>34</sup> Según autorizada doctrina científica, el presupuesto primordial, para que la creación humana merezca la consideración de obra, es que sea original, cuyo requisito, en su perspectiva objetiva, consiste en haber creado algo nuevo, que nos existía anteriormente; es decir, la creación que aporta y constituye una novedad objetiva frente a cualquier otra preexistente: es original la creación novedosa, y esa novedad objetiva es la que determina su reconocimiento como obra y la protección por la propiedad intelectual que se atribuye sobre ella a su creador"; Recurso 2397/1998, Resolución N° 542/2004 del 24 de Junio de 2004, publicado en [www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es).

aquellos componentes de la obra que son originales de su autor. La doctrina del “sudor de la frente” tenía numerosos defectos (...) Bajo esa doctrina, la única defensa en juicio de infracción era probar que se trataba de una creación independiente. Un compilador posterior estaba “no facultado para tomar una palabra de la información previamente publicada”, y tenía que “trabajar el asunto de forma independiente y por su cuenta, como para conseguir el mismo resultado desde la misma fuente común de información” (...) Con “el sudor de la frente” los tribunales eludieron el axioma más fundamental del derecho de autor – que nadie puede proteger los hechos o las ideas – y la ley es clara en que los hechos no están cubiertos por tal protección.

### ***La originalidad como subjetividad***

La originalidad es considerada como un criterio subjetivo, para algunos autores se debería utilizar el término individualidad, porque la obra posee una característica individual y propia de su autor; aunque éste se hubiese inspirado en una idea anterior sigue siendo original, toda vez, que el autor las ha revestido de su forma peculiar o particular de expresión. Por ejemplo, en el caso de la fotografía, sobre un mismo motivo fotografiado simultáneamente por diversos fotógrafos se van a generar varias obras protegibles, siempre y cuando, a cada una de ellas el fotógrafo le haya aportado su impronta.

El derecho del *common law* exige que la obra sea original, es decir que no sea una copia de una obra anterior, mientras que, para el derecho romano-germánico, no sólo se verifica que la obra no sea copia de una obra anterior, sino que además tenga factores que permitan su individualización.

A la par con el incremento de las obras que merecen protección, ha surgido reconocimiento de un distinto grado de originalidad, por lo que los doctrinarios y las legislaciones han realizado una serie de propuestas, una de ellas es la que plantea que en aquellas obras cuyo nivel de originalidad es mínimo, su nivel de protección (entiéndase plazo de protección) también debe ser menor, por

ejemplo, en el caso de la legislación española, en la cual, las meras obras fotográficas sólo tienen una protección de los derechos de explotación, porque no hay reconocimiento de derechos morales, de un plazo de 25 años, por lo que para que estas obras puedan tener la protección de setenta años requieren de un elevado nivel de originalidad, a diferencia de otras obras artísticas.

### 2.2.2 La Originalidad como “cuestión de hecho”.-

La originalidad de una obra, implica que en cada uno de los casos se evalúe su forma de expresión para determinar su individualidad, apreciación que estará a cargo de aquella autoridad, sea administrativa o jurisdiccional, que la norma haya facultado.

En el caso, del Perú, la entidad encargada de reconocer la originalidad o no de una obra es el INDECOPI, quien en la Resolución N° 286-1998-TPI-INDECOPI señaló que:

La determinación de si una obra es original constituye una cuestión de hecho. Se trata además de una noción subjetiva, en la medida que la originalidad no se puede apreciar de la misma manera en todas las obras. En ese orden de ideas, para el derecho de autor el término creación no tiene el significado corriente de sacar algo de la nada y la originalidad de la obra no tiene que ser absoluta, por lo tanto no es necesario que la inspiración del autor esté libre de toda influencia ajena (INDECOPI 1998).

El análisis de la relación de la originalidad con la cuestión de hecho, que efectuó el INDECOPI en esta resolución nos permite deducir que por ejemplo, en el caso de las obras fotográficas no se podrá determinar a priori que la obra no será protegible porque el motivo utilizado es similar al de otro fotógrafo, sino que, debe evaluar en el caso concreto la originalidad de cada una de las fotografías.

### 2.2.3 La originalidad como novedad – El criterio Objetivo.-

Como se ha indicado anteriormente existen algunos doctrinarios que consideran que la originalidad de una obra debe ser medida desde la novedad que ésta aporta, pudiendo dividirse esta concepción bajo dos vertientes, una referida a la novedad objetiva y otra bajo la novedad relativa.

2.2.3.1 La Novedad Objetiva.- Una obra será considerada como original si del análisis de la novedad se verifica que ésta es nueva o diferente a las otras obras de su misma clase. Este criterio es el utilizado por el sistema del *common law* que protege sólo las obras que no sean copia de otras anteriores.

Se ha establecido que existen dos niveles de novedad:

- a) **La absoluta:** En este supuesto, la originalidad se va dar sólo si no existe una obra anterior que sea idéntica, es decir, debe de probarse que la obra es distinta a las pre-existentes, aportando por ello algo nuevo. Para Rodrigo Bércovitz, la novedad objetiva debe ser uno de los criterios para determinar la originalidad de una creación, dicha originalidad debe ser medida en el momento de su concepción o de su ejecución dependiendo del tipo de obra. Ello supondría, equiparar este concepto al utilizado para el registro y evaluación de una patente, lo que como ya hemos indicado no puede ser aplicable al caso del Derecho de Autor, por ser incompatible con su finalidad, es decir proteger la forma de expresión.
- b) **La relativa:** Bajo este criterio, no se requiere que la obra sea diferente a la pre-existente, requiriéndose sólo una reorganización de sus elementos que le permitan dotarla de originalidad.

2.2.3.2 **La Novedad Subjetiva.**-Para esta vertiente lo que se debe verificar es que la novedad se dé en virtud al creador de la misma; por lo que, *“no constituiría pues una infracción del derecho de autor una obra igual a otra ya existente realizada por otro autor, siempre que este segundo no hubiese utilizado para nada, ni consciente ni inconscientemente, el modelo constituido por la obra preexistente”* (Bercovitz 2007:161), es decir, permite que puedan coexistir dos autores que crearon, sin tener ningún tipo de contacto o conocimiento entre ellos, una misma obra y ambas ser originales, y por lo tanto protegibles por el Derecho de Autor.

#### 2.2.4. **La originalidad como reflejo de la personalidad del autor:**

La teoría de la originalidad subjetiva defiende la protección de la creación siempre y cuando ésta sea el reflejo de la personalidad de su autor. Sin que esto debe suponer que, sólo en aquellos casos en que se pueda determinar el autor estamos ante una obra protegible, lo importante es que se plasme la personalidad del autor no que a través de la obra se pueda determinar quién es el autor o a que escuela pertenece (Real Márquez 2001).

Cuando se indica que la originalidad de la obra es el reflejo de la personalidad del autor se tiende a confundir dicho hecho con determinar al titular de la obra de acuerdo con las características propias del estilo al de la escuela a la cual pertenece, por lo que, para algunos autores la originalidad es el reflejo de la individualidad del autor.

Esta teoría ha sido materia de una serie de críticas por parte de los defensores de la teoría de la novedad, puesto que la misma brinda permisibilidad a la copia, porque mientras la obra refleje la personalidad del autor a pesar de no

aportar nada nuevo, será considerado como original; permitiendo como se señaló anteriormente la existencia de creaciones dobles.

No obstante, estas críticas no son aplicables a la realidad puesto que es aceptable que sobre un mismo tema o idea se creen diversas obras, y sobre cada una de ellas se brinde protección independiente. Respecto a las obras dobles, no es posible que dos obras iguales o muy similares reflejen la personalidad de cada uno de quienes se reputan sus autores, siendo este supuesto casi imposible de suceder.

El concepto de originalidad debe ser uno para toda la clase de obras existentes, pero con una aplicación matizada dependiendo de cada tipo de obra, con lo que los aspectos de dicha originalidad si cambiará en función de cada obra<sup>35</sup>.

#### 2.2.5 El criterio intermedio.-

Este nuevo criterio, que a nuestro entender sería el que mejor se adecuaría a las necesidades del Derecho de Autor, supone que se protegerá mediante la normatividad del derecho de autor a aquellas obras que cumplan con dos condiciones:

- Reflejen la personalidad del autor (subjetiva).
- No sean copia de obras preexistentes (objetiva).

Es decir, el criterio intermedio plantea que para concluir si una obra es original o no, se debe tener presente, tanto el aspecto subjetivo como el objetivo, sin que alguno de ellos elimine al otro.

---

<sup>35</sup> Ibid.

La jurisprudencia española en diversos pronunciamientos ha manifestado la coexistencia pacífica en la determinación de la originalidad tanto del criterio de la novedad como el de la personalidad (Real Márquez 2001). Es decir ambos criterios son en forma paralela determinantes para que una obra no sea una copia.

Para Monserrat Real; *“en supuestos ambiguos, uno debe ser prioritario de otro, es decir, atendiendo al espíritu de la protección otorgada por los derechos de autor, la originalidad subjetiva deberá primar frente a la originalidad objetiva. Y ello es así, porque en todo caso la originalidad subjetiva siempre permitirá dar cabida a nuevas obras dentro de la propiedad intelectual”* (Real Márquez 2001).

Pérez de Castro señala que para apreciar la originalidad de una obra deben tenerse en cuenta los siguientes criterios: a) El orden y la realización de la expresión, b) Una impronta significativa de la personalidad del autor y la efectiva creación de valores que llevan a un único original (Pérez de Castro citado por Real Márquez 2001).

Otero Lastre señala que; *“la originalidad es requisito que presenta una doble faz: es subjetivo en la medida en que hace referencia a la capacidad creativa de un sujeto, el autor, pero es también objetivo porque es una cualidad que debe manifestarse en la obra”* (Otero Lastre 2008:408).

#### 2.2.6 La Originalidad en el caso de las particular de las fotografías.-

En el caso de la fotografía el valor creativo se va reflejado desde la elección y composición del tema así como el “retoque” en el resultado final, es básico, tener presente la forma en que el fotógrafo empleó las luces y las sombras, los efectos de los colores, así como la elección de los medios técnicos.

Respecto de la originalidad de la fotografía, la autora María Teresa Carracho Herrera, en su artículo denominado “Las cosas fotografiadas. En torno a la

llamada imagen de las cosas propias”, señaló dos posiciones existente respecto a cómo medir la originalidad en las fotografías:

- **Para Valero Martín**, es necesario que la imagen refleje algo de la personalidad del autor, que en la misma se observe su impronta personal, para que exista una relación tal fotografía-autor que merezca la concesión de derechos morales, no basta con la novedad objetiva, sino que la obra, la fotografía, debe reflejar la personalidad del autor, este elemento es el que singulariza la obra.
- **Para Bercovitz**, no basta pues con no copiar, es preciso transmitir algo propio a la fotografía, lo que debe implicar la exigencia de algún nivel creativo, y por ende, de alguna novedad objetiva (Serrano Fernández 2008:134).

Así pues, teniendo en consideración todo lo anteriormente señalado, se puede concluir que si se trata por ejemplo de una imagen simple fijada en una fotografía carente de originalidad, será protegida sólo como lo que es, una simple fotografía, que en algunas legislaciones como la española tiene una protección *sui generis* sólo respecto de los derechos patrimoniales con un plazo de protección mucho menor al señalado en el Derecho de Autor.

#### **2.2.7.- Sobre los criterios utilizados en la Jurisprudencia del Tribunal Andino y el INDECOPI.-**

De la revisión de las resoluciones emitidas tanto por el Tribunal Andino como por el INDECOPI respecto al análisis de la originalidad, lamentablemente las mismas son muy escasas y antiguas y no se refieren a análisis para casos específicos de imágenes, pero sus criterios allí planteados se siguen utilizando hasta la fecha y pueden ser utilizado en éstos casos en específico.

### 2.2.7.1. Las Resoluciones del Tribunal Andino.-

El Tribunal de la Comunidad Andina, al pronunciarse sobre la originalidad desde el punto de vista del Derecho de Autor, lo hizo en casos en los cuales existía un conflicto entre el derecho de marca y el de autor.

Así por ejemplo, en la Interpretación Prejudicial N° 32-IP-97, de fecha 02 de Octubre de 1998, en la cual por motivo de la denegatoria del registro de la expresión *Terminator* como marca, se solicitó la interpretación prejudicial entre otros de los artículos 1°, 3° y 7° de la Decisión 351.

En dicha resolución el Tribunal de la Comunidad Andina, respecto a la originalidad ha señalado que:

**La originalidad –en el sentido de “individualidad”- como requisito existencial de la “obra” objeto del derecho de autor, no constituye solamente una elaboración doctrinaria, sino que es recogida en el plano del derecho positivo. Así, la Decisión 351 reconoce la protección a los autores sobre las “obras del ingenio” (artículo 1), y a esos efectos define como autor a la persona física que realiza la “creación” intelectual, y a la obra como toda “creación” de naturaleza artística, científica o literaria (artículo 3) [resaltado nuestro][...] (Tribunal de la Comunidad Andina 1998).**

Continúa la Resolución del Tribunal señalando que:

**En efecto es de pacífica aceptación que no gozan de tutela por el derecho de autor los títulos carentes de originalidad, como los genéricos,...; los comunes o banales;... los que simplemente indican el género o características de la obra...; una determinada disciplina...; o cualquiera de sus áreas o especialidades. Sostener lo contrario sería tanto como reconocer monopolios de explotación sobre títulos sin valoración creativa alguna, [resaltado nuestro][...] (Tribunal de la Comunidad Andina 1998).**

En esta resolución, el Tribunal de la Comunidad Andina estableció que la originalidad de una obra está en relación directa con la valoración creativa de la misma, prevaleciendo el aspecto subjetivo al analizar y determinar si una creación es original o no, puesto que la creatividad va depender de las apreciaciones personales de quien va registrar la obra.

Tampoco se hace distinción alguna respecto a los niveles de originalidad que deben poseer las obras de acuerdo al tipo de cada una de ellas, toda vez que como hemos señalado en los párrafos precedentes para que las imágenes sean protegidas como obras requieren de un mayor nivel de originalidad.

Similar criterio se ha repetido en la Interpretación Prejudicial N° 010-IP-99 en la que se ha indicado que: ***“Para que llegue a tener entonces el carácter de creación, es necesaria la originalidad, que no es sinónimo de novedad, sino de individualidad, cabe decir, “que exprese lo propio de su autor, que lleve la impronta de su personalidad”, cuestión de hecho que debe examinarse en cada caso [resaltado nuestro] [...]”***.

Como puede apreciarse de esta Resolución del Tribunal de la Comunidad Andina también fijó la originalidad como el aspecto subjetivo de la obra, dirigiéndola sólo respecto de la individualidad alejándose también de la teoría intermedia, puesto que descarta de plano cualquier análisis de novedad de la obra.

#### 2.2.7.2. Las Resoluciones del INDECOPI.-

Sobre el particular, debe indicarse que aquí también, son pocas las resoluciones, que con respecto al criterio de originalidad se han dado, no refiriéndose alguna a las imágenes.

En el año 1998, a través de la Resolución N° 286-1998-TPI-INDECOPI, emitida en el expediente seguido por AGROTRADE S.R.LTDA contra INFUTECSA E.I.RL., el Tribunal del INDECOPI emitió el único precedente de observancia obligatoria referido al requisito de la originalidad que se sigue utilizando sin ninguna modificación hasta la fecha, el mismo que establece lo siguiente:

***“Debe entenderse por originalidad de la obra la expresión (o forma representativa) creativa e individualizada de la obra, por mínima que sea esa creación y esa individualizada de la obra. La obra debe expresar lo propio del autor, llevar la impronta de su personalidad [resaltado nuestro] [...]”*** (INDECOPI 1998).

El precedente continúa precisando que:

**No será considerado individual lo que ya forma parte del patrimonio cultural – artístico, científico o literario - ni la forma de expresión que se deriva de la naturaleza de las cosas ni de una mera aplicación mecánica de lo dispuesto en algunas normas jurídicas, así como tampoco lo será la forma de expresión que se reduce a una simple técnica o instrucciones simples que sólo requieren de la habilidad manual para su ejecución [resaltado nuestro] [...]**(INDECOPI 1998).

Finaliza la resolución en el sentido que: ***“En consecuencia, no todo lo producido con el esfuerzo de su creador merece protección por derechos de autor. Igualmente aun cuando exista certeza de que una creación carente de individualidad ha sido copiada textualmente, tal circunstancia no convierte a ésta en obra”*** (INDECOPI 1998).

En esta resolución el Tribunal del INDECOPI, en concordancia con lo establecido por el Tribunal de la Comunidad Andina, señaló también que el criterio de originalidad debe ser evaluado desde la subjetividad más que de

la novedad, por lo que no basta el simple esfuerzo para que una obra sea protegida sino que se requiere que esta se diferencie de las de su especie.

A pesar, que esta resolución data de hace más de diez años, todavía está siendo utilizada por el INDECOPI al momento de analizar la originalidad en los registros de obras, como es el caso, por ejemplo, de la Resolución N° 1370-2011/TPI-INDECOPI, referido a una resolución por presunta infracción por plagio, en la que se hace el análisis de una obra artística titulada Dibujo Artístico CANTOL y aplicando los criterios establecidos en dicha resolución se determinó que dicha obra no tenía la calidad de original.

Como puede observarse de las resoluciones indicadas precedentemente, las mismas sólo aceptan la originalidad desde el aspecto de la individualidad que el autor aporta a la obra más no realiza un análisis que permita determinar algún posible plagio comparándolo con una obra preexistente.

### **2.3. Las Excepciones y el Fair Use en el Derecho de Autor respecto de las imágenes como obras.-**

En el punto 1.2 de la presente tesis se analizó los límites a la explotación de los derechos de autor, en dicho punto se indicó cuáles de acuerdo, tanto para la doctrina del derecho anglosajón como del *common law*, son consideradas como excepciones al derecho de explotación de los titulares de derechos de autor.

Si bien es cierto, que para el caso de la corriente romano germánica, los supuestos de limitación son *numerus clausus*, es decir, sólo son aquellos que se encuentran previamente contemplados en la norma, debido a las características

propias de las imágenes, procederemos a realizar un análisis de las mismas en relación a este tipo de obras para poder así verificar si pueden aplicarse o no.

### 2.3.1. **El Derecho de Cita.**-

El derecho de cita, contemplado en el artículo 44° del Decreto Legislativo 822, establece que es lícita sin autorización del autor ni pago de remuneración, la cita de obras con la obligación de indicar el nombre del autor y la fuente.

Esta norma establece la excepción para el derecho de cita en forma genérica para toda clase de obras. Para el caso de las imágenes, por ejemplo el artículo 32 de la Ley de Propiedad Intelectual de España señaló que para que se cumpla con esta excepción, y puedan utilizarse las imágenes como cita, deben darse los siguientes supuestos:

- a) Se trate de una inclusión en una obra propia de fragmentos de otras obras ya divulgadas.
- b) La inclusión se realice a título de cita o reseña para un posterior análisis, comentario o crítica de la misma.
- c) Se efectúe con fines docentes o de investigación.
- d) Se indique la fuente y el nombre del autor.

Sobre el primer requisito, es necesario verificar primero la naturaleza de la obra en la que se va a efectuar la inclusión, porque cuando son obras de naturaleza audiovisual se hace referencia de partes más o menos amplias, no siendo válido la cita de la obra íntegra, a excepción por ejemplo de cortometrajes en los que sí es posible tener la obra íntegra.

Para el caso de obras de carácter plástico o fotográfico figurativos, se permite la inclusión en obras propias de obras ajenas aisladas, respetando siempre el derecho de paternidad del autor de cuya obra se cita, pero no se permite que se utilicen todas las obras de un mismo creador intelectual. Es decir,

que para las imágenes, es posible la utilización en forma completa de obras pre-existentes, y siempre y cuando se cumplan con los requisitos establecidos en la norma se puede configurar la excepción.

Cuando las obras se citen con una finalidad educativa o académica, el uso de las imágenes ajenas debe ser de carácter secundario o incidental, es decir, que no tiene una finalidad comercial, puesto que de lo contrario ya no se configura la excepción.

Respecto de la indicación de la fuente y el nombre del autor de la obra utilizada, la misma con el uso del Internet se complica cuando se trata de enlaces, porque por el propio funcionamiento de los enlaces, el enlazante no pasa por la página principal del enlazado, con lo que no es posible la identificación de la fuente, y en consecuencia, es posible la comisión de acto infractorio contra el Derecho de Autor.

### **2.3.2. Excepción de Ilustración o con Fines Educativos:**

Para este caso, no se hace referencia a actos de inclusión sino aquellos referidos a reproducción, distribución y comunicación pública, las imágenes deben ser obras ya divulgadas, y se deben utilizar con una finalidad netamente educativa, debiendo en lo posible incluirse el nombre del autor y la fuente, no comprenden esta excepción al derecho de explotación, las compilaciones o agrupaciones de fragmentos de obras.

La excepción permite sólo la utilización de imágenes en las enseñanzas dirigidas a la obtención de un título a nombre del Estado bajo planes curriculares debidamente aprobados por la Autoridad Administrativa correspondiente.

La excepción no faculta la utilización de todas la obras del autor, porque debe reiterarse que las mismas tienen carácter restrictivo, es decir que basta con que sólo se utilice una o algunas de las obras de un autor, para que se cumpla con la finalidad de ilustración o educativa.

### 2.3.3 **Utilización de las obras en Informaciones de Actualidad:**

Al igual que en la etapa analógica, la utilización de las imágenes en informaciones remitida vía internet se deben limitar sólo a aquellos casos en los cuales se justifique la finalidad informativa; no se exige que la obra haya sido divulgada; ni que se mencione la fuente o el autor, ni tampoco, se contempla ninguna remuneración, toda vez que en este tipo de circunstancias lo que busca transmitir con las imágenes es el fiel reflejo del hecho, sin ninguna injerencia de la persona que obtuvo la imagen.

Además, es necesario indicar el motivo propio de estas imágenes y la rapidez con las que las mismas son captadas, no limitar la explotación de las mismas con esta finalidad, trae consigo el retraso en la difusión del hecho noticioso.

### CAPITULO III

#### Las infracciones a los derechos de autor de las imágenes

##### en el Internet y la normatividad aplicable en el Perú

Conforme se indicara en el capítulo primero del presente trabajo, el Internet trajo consigo una serie de retos al Derecho de Autor, no sólo respecto de su aplicación directa sino en relación con otras, como por ejemplo, el derecho procesal y el derecho internacional público, para lo cual se planteó una serie de soluciones y propuestas que incluso han llegado a plasmarse en normas, como en el caso de la armonización en la Comunidad Europea, pero lamentablemente, ninguna de ellas puede resolver el problema en la forma más completa posible, porque existen barreras entre el derecho romano germánico y del *common law* que obstaculizan la labor de armonización, que debe existir a nivel mundial, para accionar en caso de infracciones contra imágenes protegidas por el Derecho de Autor, así como, la adecuación no sólo de normas de propiedad intelectual sino de otras ramas del derecho.

Es necesario indicar que para la solución de controversias que se generen por uso o explotación de obras protegidas por el Derecho de Autor existen vías alternativas como la negociación, la transacción o el arbitraje ante la OMPI, mediante los cuales se busca poner fin a estas situaciones conflictuales que se generan en especial a través del Internet; no obstante, dichas vías no serán materia de análisis en la presente investigación.

#### 3.1 El Derecho Internacional Privado y su aplicación en los conflictos generados por Infracciones en el Internet contra las Obras protegidas por los Derechos de Autor.-

Existen muchas definiciones que se manejan respecto al Derecho Internacional Privado, pero todas ellas siempre llegan a la siguiente coincidencia: Es aquella rama del derecho que tiene como finalidad dirimir aquellos conflictos de jurisdicción internacionales, conflictos de ley aplicables y los conflictos de ejecución, determinar la condición jurídica de los extranjeros, entre otros; para ello, analiza las relaciones jurídicas en las cuales existe un elemento extraño al derecho local lo que conlleva a determinar quién puede conocer el tema, es decir cuál es el Órgano Competente y cuál será la norma que deberá aplicar la Autoridad Competente (Delgado 2010: 28).

Cómo se desarrollará en los párrafos precedentes, en el tema materia de análisis del presente trabajo de investigación, la doctrina y las normas que se han establecido en el marco general del Derecho Internacional Privado son necesarias para la resolución de aquellos casos en las cuales se utiliza el Internet como medio para realizar la infracción.

Dentro del Derecho Internacional Privado, existen diferentes métodos que se emplean a efectos de poder determinar la competencia y la normatividad a utilizar, entre estos métodos, el que posee mayor aceptación y aplicación es el denominado “Método de Conflicto de Leyes” (Delgado 2010: 58).

Este método establece como punto de partida que ante un hecho existen diversos ordenamientos jurídicos vinculados, lo que es resuelto por la aplicación de las normas de conflicto señaladas en la ley de cada país, a través de éstas se determina cuál es el ordenamiento jurídico que se aplicará, es decir la ley interna, es la que resuelve el conflicto de emplear la norma del lugar del foro, *lex fori*, o la norma extranjera (Delgado 2010: 59).

El método de conflicto de leyes se encuentra pues plenamente definido ya en el sistema de cada país proporcionando una solución indirecta al conflicto, toda vez, que se aplica la norma del país con el cual el caso tiene una relación más estrecha, es

decir, la que asegura la satisfacción de los intereses privados que son materia del conflicto, pero siempre respetando los principios del orden público del país del foro.

En el caso peruano el conflicto de leyes, se encuentra plasmado en el Libro X del Código Civil, en el cual se determinan diversos supuestos de hecho de conflictos de leyes y se indica cómo deben de resolverse, por ejemplo, en el artículo 2048° se indica que *“Los Jueces aplicarán únicamente el derecho interno del Estado declarado competente por la norma peruana de Derecho Internacional Privado”*; así mismo, en el artículo 2051° se establece que *“El ordenamiento extranjero competente según las normas de Derecho Internacional Privado peruanas, debe aplicarse de oficio”*, entre otras, que a lo largo del presente capítulo se comentarán y verificarán si pueden ser aplicadas para la solución de los conflictos que plantea el Internet en el uso de obras protegidas.

El método conflictual plantea que lo primero que debe determinarse es la localización objetiva de las relaciones de derecho materia de análisis (Delgado 2010: 184), para el caso de los bienes corpóreos se tendrá en cuenta el lugar del objeto, el artículo 2083° del Código Civil, señala expresamente que para el caso de la propiedad intelectual e industrial (bienes incorpóreos) éstos se rigen por la ley en donde se los ha registrado.

La localización también se plantea en función a la fuente derecho, según la cual por ejemplo, para el caso de las obligaciones extracontractuales, se tiene en cuenta el lugar donde se generó la obligación de indemnizar, artículo 2097° del código civil – *lex loci delicti*; mientras que, para las relaciones contractuales se hace referencia a las normas allí plasmadas, lo que se conoce como autonomía de la voluntad, artículo 2095° del código civil, o por la del lugar del cumplimiento, y cuando se trate de obligaciones que se cumplen en países distintos, la norma que se aplica es la de la obligación principal, y de no poder determinarse se aplica la del lugar de la celebración.

Finalmente, también se toma en cuenta al sujeto, básicamente en relaciones extra – patrimoniales, comprendidas en el estatuto personal, donde se toma como referencia el domicilio o la nacionalidad (Delgado 2010: 184), de acuerdo con el artículo 2068° del Código Civil por ejemplo el principio y fin de la persona humana se rige por la ley de su domicilio, igual ocurre para el reconocimiento del hijo, artículo 2085° de dicha norma.

Otro aspecto a tener en cuenta, es el referido al reenvío, que se da cuando una regla nacional de conflicto señala que la competencia la tiene la norma extranjera, y esta norma extranjera a su vez hace un retorno a la ley material original, contemplado en el artículo 2048° del Código Civil.

Al momento de efectuar el análisis conflictual, existe otro elemento que también debe ser tomado en cuenta, y que es el referido al de la ley extranjera y su modificación en el tiempo, en éste análisis debe pues tenerse en consideración el derecho adquirido, que obliga que el país del foro por aplicación de las normas en el tiempo no puede desconocer el derecho que las partes integrantes del conflicto en su oportunidad adquirieron, nuestra normatividad lo ha contemplado en el artículo 2050°, en el cuál se indica que el derecho regularmente adquirido no puede ser desconocido por el órgano jurisdiccional peruano, siempre y cuando dicho derecho no atente contra el orden público internacional y las buenas costumbres.

Una vez determinada la competencia, así como cuál deberá ser la ley procesal a manejar, corresponde determinar cuál es la ley material extranjera que se aplique, para lo cual se requiere que el Juez antes de decidir conozca la norma extranjera que va aplicar, así como interpretarlas, para ello, debe hacer uso de todos los elementos jurídicos necesarios, como podrían ser informes de juristas reconocidos, informes de las autoridades extranjeras, peritajes, aplicación de jurisprudencia, doctrina, etc.; buscando con ello aplicar la Ley material extranjera, tal y como se aplica en el país de

su origen, no pudiendo ir más allá de ello; la norma peruana plasmó este criterio en los artículos 2051° al 2054° del Código Civil.

El derecho internacional privado contempló una excepción a la aplicación de una norma extranjera que según nuestras reglas de conflictuales debería ser aplicada, y es el orden público, toda vez que si la norma extranjera que debe utilizarse es contraria a los cánones del orden público nacional, en consecuencia, la Autoridad no podrá invocar la norma extranjera, artículo 2049° de la ley material peruana.

### 3.2 **Infracciones nacionales contra los derechos de autor de los titulares de las imágenes en las páginas web.**

El artículo 183° del Decreto Legislativo 822, señala que se considera como infracción contra las normas de derechos de autor, todos aquellos actos que vulneren cualquiera de las disposiciones de la misma.

En dichos casos, el titular del derecho tiene tres vías a las cuales puede acudir para hacer valer sus derechos:

- a) La vía administrativa, a través de la ahora Dirección de Derechos de Autor del INDECOPI, en la cual se buscará la sanción al infractor y de corresponder la determinación del pago de las regalías devengadas, artículos 173°, 174° y 175° del Decreto Legislativo 822.
- b) La vía civil, en cuyo caso se interpondrá una demanda de procedimiento abreviado, artículos 195° al 202°.
- c) La vía penal, en la cual se busca una sanción de tipo penal contra aquellos que han cometido actos contra los derechos de autor, que se encuentran tipificados en el código penal, artículos del 216° al 221° del Código Penal, y Primera Disposición Final del Decreto Legislativo 822.

De las tres vías anteriormente planteadas la que resulta de mayor utilización para los titulares de Derecho de Autor, es la administrativa porque a diferencia de las acciones civiles y penales, la Autoridad que resolverá el caso es un ente especializado en el Derecho de Autor, toda vez que en tanto en la vía civil como en la penal no se han creado órganos jurisdiccionales especializados en el tema de propiedad intelectual.

### 3.2.1. Las acciones por la vía administrativa.-

La Dirección de Derechos de Autor conforme a lo señalado en el artículo 173° del Decreto Legislativo 822, sería en un primer momento, el Órgano Competente para ver aquellos actos de infracción que se cometan en el territorio nacional, y que sean materia de una denuncia de parte o una promovida de oficio.

Es necesario indicar que esta vía es opcional, puesto que es utilizada sin perjuicio de las acciones civiles y/o penales que se puedan interponer respecto del hecho infractorio, es decir la vía administrativa no puede ser considerada como pre-requisito para las acciones que se puedan interponer en las otras dos vías.

Las acciones a interponer ante la instancia administrativa, lo que buscan es obtener un pronunciamiento por parte de dicho Ente, respecto a la existencia del derecho, así como, de la infracción contra el mismo, y la imposición de una sanción que va desde la amonestación, multa, incautación e incluso clausura de locales; y de existir los medios idóneos, el INDECOPI, puede pronunciarse respecto a la existencia de regalías pendientes de pago, y señalar el monto de los mismos a favor del titular afectado.

En dicho procedimiento las partes pueden hacer uso de todos los medios de pruebas que consideren pertinentes para probar sus posiciones, no existen restricciones para su actuación.

El problema que surge en esta vía está referido a que el ámbito de acción sólo comprenderá el territorio nacional, y aquellas acciones que se hayan generado en éste o desde páginas web en las cuales la dirección IP sea peruana o el nombre de dominio pertenezca al Perú; quedando todavía pendiente de determinar, cuál sería la norma especial aplicable, conforme se detallará más adelante.

### 3.2.2. **Las acciones por la vía civil.-**

Los preceptos relativos a la responsabilidad civil derivada de las infracciones a los derechos intelectuales protegidos por la Ley, y las acciones que proceden como resultado de esas violaciones, se rigen, básicamente, por las normas generales del derecho común, sustantivo y adjetivo. Sin embargo, la especialidad de esta disciplina recomienda que, en ciertos casos, las leyes autorales contemplen algunas disposiciones especiales, tanto en lo que se refiere a las acciones como en lo relativo, a las medidas cautelares y los procedimientos, sin perjuicio de la aplicación complementaria o supletoria, según los casos, de las disposiciones contenidas en el Código Civil o el Código Procesal Civil, en cuanto corresponda. (Antequera 2007:503).

El Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionado al comercio, ADPIC, señaló en sus artículos del 41° al 49°, que los países deben establecer una serie de procedimientos civiles que garanticen al titular del derecho obtener las mejores herramientas para poder defender sus derechos, y así mismo para los demandados, deben prever las mismas

garantías. Igualmente, se indica que se deben establecer los procedimientos por medio de los cuales se procederá con los mecanismos para resarcir los perjuicios causados al titular o titulares del derecho.

Sobre el particular en los artículos del 55°, 56° y 57° de la Decisión Andina 351, se establecieron una serie de lineamientos de tipo procesal que se aplican para los países que forman parte de la Comunidad Andina de Naciones.

El procedimiento civil, conforme a la normatividad peruana es optativo a las acciones administrativas que se puedan interponer, porque suponiendo que son varios los titulares de derecho que han visto afectados sus derechos, cada uno de ellos puede elegir la vía que mejor se les adecúe, más aún, si se tiene en cuenta que por ejemplo, las facultades de las que goza cada una de las autoridades es limitada, y la no especialización de los jueces civiles.

En los procedimientos civiles se pueden solicitar medidas de cese de actividad ilícita a efectos de prohibir que el infractor inicie o continúe con su accionar contrario a Ley, así como acciones declarativas, o aquellas destinadas a resolver un estado de incertidumbre jurídica, es decir existe una duda sobre el derecho reclamado. También, civilmente se puede accionar por daños y perjuicios, toda vez que de acuerdo con la doctrina en Derecho de Autor se ha señalado que toda infracción a los derechos de autor y conexos causa por sí misma un daño, en consecuencia, como todo daño debe ser materia de una reparación.

### 3.2.3. Las acciones por la vía penal.-

Las acciones penales para el caso de delitos contra los derechos de autor tienen su base en el hecho que se trata de un derecho humano reconocido en el literal 2 del artículo 27° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos,

más aún, si con ello se busca además preservar el acervo cultural de un país, y que muchas veces las sanciones y resultados que se pueden obtener por la vía administrativa o civil, muchas veces no amilanar a los infractores.

En el caso de las acciones que se contemplan por la vía penal deben conforme a la Primera Disposición Final del Decreto Legislativo 822, contar con un Informe Técnico de la ahora Dirección de Derechos de Autor del INDECOPI.

Esta vía, es quizás la más larga de todas las planteadas por la norma, y por lo tanto menos utilizada por los titulares de derecho de autor, quienes pueden ver que el delito por el transcurso del tiempo debido a la alta carga procesal que deben soportar los juzgados han prescrito.

### 3.3 **La determinación de la competencia en el caso de las infracciones a los derechos de autor de las imágenes en el Internet.**

En los párrafos precedentes, se explicó cuáles son las acciones que puede interponer el titular de una obra, entre ellas las imágenes, protegido por el Derecho de Autor, cuando ve que sus derechos de exclusiva son violados por terceros, referidos a aquellos actos que son desarrollados dentro del territorio peruano, toda vez que en dicho caso la competencia se encuentra plenamente definida por las normas tanto del Decreto Legislativo 822, Código Procesal Civil y Código Procesal Penal u otras normas adjetivas.

No obstante ello, cuando se trata de actos infractorios que se efectúan mediante el Internet, la determinación de la competencia resulta más que complicada, toda vez que muchas veces la comisión de estos actos no se realizan en el territorio peruano, o en un sólo territorio distinto a Perú, toda vez que por las características propias del mismo Internet se trata de una red internacional, que no tiene fronteras,

con lo cual entran a tallar los principios, características, métodos y normas del Derecho Internacional Privado.

Esta característica, propia del Internet, conllevó a conflictos con los métodos tradicionales de resolución de conflictos legales existentes, toda vez que éstos tienen sus bases en criterios territoriales y de soberanía, es decir, cada país tiene su respectiva corte que comúnmente aplica sus normas nacionales; esta conceptualización tradicional, pues sufre grandes conflictos en aquellos casos de disputas provenientes de infracciones mediante el Internet, toda vez que los derechos protegidos en un determinado territorio pueden ser infringidos en distintos territorios con lo que surgen las interrogantes de: ¿cuál es la normatividad aplicables?, o ¿cuál es la corte competente para poder resolver dicho conflicto?.

Para Lydia Esteve, en su obra “Aspectos Internacionales de las Infracciones de Derechos de Autor en Internet”, la dificultad en la determinación de la competencia en aquellos casos de infracciones al derecho de autor mediante el internet radica en tres razones:

- Debido a su alcance global parecería ir en contra del principio de territorialidad y soberanía al que hace referencia el concepto de jurisdicción.
- Resulta complicado identificar el lugar físico de la infracción o del daño, con lo cual la competencia, la podría tener cualquier jurisdicción en donde se pueda tener acceso a la red.
- Determinar la jurisdicción en función al lugar de acceso conllevaría a que éste adquiere una jurisdicción mundial y con ello lo resuelto por aquel también debe ejecutarse a ese nivel (Esteve 2006: 133-134).

La normatividad especial vigente, relativa a la protección de los derechos de autor, no establece mecanismos que busquen determinar cuál sería la entidad

competente para poder dilucidar las infracciones en estos casos, siendo así, y con la finalidad de poder analizar, cuál podría ser la solución o propuesta de solución, para este conflicto de determinación de competencia, es decir, si debe darse una competencia internacional o una competencia territorial, es necesario verificar algunos criterios utilizados en otras normas como el Derecho Internacional Privado, que podrían servirnos para resolver estos casos particulares, teniendo en consideración los aspectos ya mencionados en el punto 3.1 del presente capítulo.

Para poder resolver estas interrogantes, se debe primero verificar si el Internet por sus características, es contrario a la territorialidad y soberanía de la jurisdicción y luego saber cuál es el órgano en donde interponer la acción.

### 3.3.1 **El concepto de Jurisdicción y las características del Internet.**-

Este concepto si bien no está referido al Derecho de Autor, es de suma importancia al momento de resolver casos de violación de Derechos de Autor en Internet.

En sentido amplio, la jurisdicción es la exclusividad que tiene el Estado para resolver conflictos e incertidumbres jurídicas relevantes.

Así mismo, se concibe que la jurisdicción es también aquel poder - deber del Estado que le permite solucionar conflictos de intereses e incertidumbres jurídicas en forma exclusiva y definitiva, mediante la aplicación del derecho que efectúan los órganos especializados, y cuyas decisiones se deben cumplir de manera ineludible.

También es considerado como aquel ámbito territorial donde los organismos de cada gobierno ejercen sus funciones sean de tipo judicial o administrativo. Por otro lado, es aquel espacio territorial donde cada estado ejerció el poder de su soberanía.

Para P. Donohue es difícil el uso tradicional del concepto geográfico de jurisdicción en aquellos casos de violación de Derechos de Autor en el Internet, debido a su carácter internacional.

El Internet se encuentra dividido en host o redes, donde algunas están cerradas no permitiendo la conexión mientras no estén interconectadas, o se active el hipervínculo que vincula dos páginas web.

Continua este autor señalando, que se trata de un sistema descentralizado que transmite información en forma rápida, los mensajes van en varios paquetes, que luego son reunidos por el ordenador que los recibe, no es posible determinar cuál es la fuente original por el sistema cache que utiliza esta red.

No existe necesariamente conexión entre una dirección de internet y una jurisdicción física, desconociéndose la ubicación física de las personas que intervienen en el acto violatorio del derecho, lo que en un primer momento podría llevarnos a concluir que la determinación de la jurisdicción y la efectividad de sus decisiones devengan en un hecho casi imposible.

Sin embargo, los tratadistas plantean que con la intervención del Internet, no es imposible determinar una jurisdicción para este tipo de infracciones, sino que, deben realizarse una serie de adecuaciones a conceptos tradicionales como el de jurisdicción para poder plantear la solución al problema, en el cual es posible hacer uso de los recursos tecnológicos que coadyuven a dicha adaptación.

En definitiva, si bien es cierta la necesaria adaptación a la nueva realidad jurídica que plantean las actividades realizadas on line, el mundo no ha cambiado tanto. Y en la resolución internacional de controversias siguen y seguirán convergiendo las dos formas de resolución: la de la jurisdicción ordinaria y la de los procedimientos alternativos de resolución de controversias, entre los cuales está comenzando a tomar gran importancia los métodos alternativos de resolución de controversias on

line. Lejos de cuestionar la viabilidad de la jurisdicción para resolver las controversias por actividades realizadas on line, en la actualidad se ha producido una vuelta a la utilización de los criterios tradicionales de competencia judicial internacional (*Nguyen 2004:519*).

Para ello, veremos algunas soluciones, que a nivel tanto de la Comunidad Europea como dentro de la jurisprudencia norteamericana, se plantearon para la solución de casos ante organismos jurisdiccionales o en instancia administrativa, en los cuales, el medio utilizado para realizar el acto infractorio fue el Internet; dejándose de lado la solución de los mismos a través de los medios alternativos de solución de controversias, que son plenamente aplicables a las infracciones contra el Derecho de Autor en el Internet.

### 3.3.2 El caso de la Legislación de la Comunidad Europea.-

En el caso europeo para determinar la competencia, en temas de propiedad intelectual e Internet, que son perfectamente aplicables al caso de la protección de las imágenes, se han precisado los siguientes instrumentos:

- **Reglamento del Consejo N° 44/2001**, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.
- **Convenio de Bruselas del 27 de setiembre de 1968** sobre competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de decisiones en material civil y mercantil.
- **Convenio de Lugano del 16 de setiembre de 1988**, referido a la competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil.

Esta normatividad por las características propias de la Comunidad Europea sólo resulta de aplicación y reconocimiento jurisdiccional respecto de sus países miembros de la Comunidad Europea, más no son de obligatorio cumplimiento o aceptación por países terceros.

Por ejemplo, para el caso de los Estados Unidos de América, éste país no reconoce las sentencias europeas basadas en Órganos de Competencia Judicial Internacional por considerarlas exorbitantes, toda vez que permite demandar ante los tribunales europeos a aquellos infractores que están en algún país de la Comunidad Europea, y lo resuelto tiene efectos fuera del territorio de Europa, más aún si todavía no ha sido posible la suscripción del Convenio Mundial de La Haya sobre el Exequatur.

Conforme a lo señalado en los artículos 52° y 53° del Convenio de Bruselas, la competencia judicial internacional se va a concretar a partir de cuál es **la acción que se va interponer y el criterio del domicilio**, éste último se determinará de acuerdo con el Derecho Interno de cada país que suscribió el Convenio, por lo que existirán jurisdicciones en los cuales se tendrá en cuenta el domicilio, y en otras en las que no se considerará, tanto para la aplicación de la norma como para la determinación de la competencia judicial.

En el caso peruano, respecto a la competencia jurisdiccional, el Código Civil, en su artículo 2057° ha establecido expresamente que *“Los tribunales peruanos son competentes para conocer de las acciones contra personas domiciliadas en el territorio nacional”*; precisándose además en su artículo 2058° que así una de las partes domicilie en el extranjero, los tribunales peruanos tendrán competencia cuando las acciones civiles deriven de delitos o faltas perpetrados o cuyos resultados se hayan producido en nuestro territorio.

### 3.3.2.1 El domicilio de las partes.-

Entre los foros que no tienen en cuenta el domicilio de las partes y hacen aplicables por el juez europeo el Reglamento de Bruselas I (o el Convenio de Bruselas ... o el convenio de Lugano ...) para examinar si es competente judicialmente se encuentran los siguientes foros con carácter jerárquico. Primero, los foros exclusivos por razón de la materia del art. 22 Reglamento de Bruselas I (art. 16 CB/CL), que declaran competente exclusivamente, por ejemplo, al tribunal del registro público donde se haya registrado el derecho de autor objeto de litigio. Y segundo, el foro de la autonomía de la voluntad tácita, que declara competente al tribunal del Estado miembro ante el que acuda el demandado sin oponerse a la demanda por infracción de derechos de autor que haya presentado la persona legitimada para ello y reúna las condiciones del art. 24 del Reglamento de Bruselas I (art. 18 CB/CL) (*ESTEVE 2006: 142*).

El artículo 2º del Convenio de Bruselas, señala que la jurisdicción principal corresponderá al tribunal del domicilio del demandado. Si bien, el domicilio del demandado, entendiéndose el infractor, no es jurisdicción exclusiva para una demanda por infracción de Derechos de Autor o incumplimiento de contrato contra las partes domiciliadas en la Comunidad Europea, desplaza otros fundamentos de la competencia, como las normas sobre la extensión de la competencia basada en los contactos del demandante con el ámbito de la jurisdicción, **por lo que conforme a lo señalado en dicha norma, el único Tribunal que tendrá competencia para tener en cuenta la totalidad del conjunto de actos infractores, es el de la jurisdicción del lugar del establecimiento del demandado.**

Si existe una infracción a través del Internet, respecto de los derechos de exclusiva que tiene el titular de imágenes protegidas por Derechos de Autor, y se decide seguir el criterio de los domicilios de las partes, el órgano jurisdiccional para determinar su competencia deberá tener en cuenta:

- a) Que alguna de las partes domicilie en algún estado que ha suscrito el Convenio conforme al artículo 23° del Reglamento de Bruselas I concordante con el artículo 17° del Convenio de Bruselas.
- b) Si las partes no eligieron algún tribunal y el demandado domicilia en un país contratante se debe examinar:
- El lugar del cumplimiento de la obligación contractual.
  - De no existir contrato, el lugar donde se ha realizó la infracción, de ser un tema laboral serán los juzgados especializados en dicho tema.

Es decir, habrá que tomar en consideración si existe o no, una relación contractual entre el titular del derecho y el infractor.

En caso, el demandado no domicilie en un país de la Comunidad Europea, el juez europeo será competente si la materia de competencia no es exclusiva o de existir sumisión tácita o expresa.

Hasta aquí, las normas han hecho referencia al término domicilio, pero en temas de Internet, el concepto clásico del domicilio tampoco puede ser considerado conforme a las normas civiles, en donde por ejemplo, según el artículo 33° de nuestro Código Civil, es la residencia habitual en un lugar de una persona.

No existe ninguna norma que determine lo que debe entenderse como **domicilio** en el ámbito del Internet, así, para algunos el domicilio en internet o ciberdomicilio será aquel el que está relacionado con el proveedor de acceso a la red, en consecuencia, será éste quien determina el domicilio.

Sin embargo, para otros el ciberdomicilio no necesariamente coincide con el domicilio físico de las partes y sólo será tomado en cuenta para la

aplicación de instrumentos jurídicos cuando se desconozca el domicilio del demandado, toda vez que éste no necesariamente es el proveedor del acceso.

### 3.3.2.2 Relación Contractual o Extracontractual.-

Otro criterio a tener en cuenta, en los casos del conflicto de leyes materia de análisis, es si se trata de un conflicto que surge sobre la base de una relación contractual o extracontractual entre las partes.

**Si estamos frente a una relación contractual**, los criterios a tomar en consideración, para la determinación de la competencia, serán los que provengan de la autonomía de la voluntad, el lugar del cumplimiento de la obligación, el domicilio del demandado, el lugar de celebración del contrato.

Sobre el particular, los artículo 2095° del Código Civil establece primero, que la norma a aplicar será la expresada en el contrato o en su defecto el lugar de su cumplimiento, el lugar del cumplimiento de la obligación principal si son varias, y deben cumplirse en diversos territorios o finalmente por aquella que rige al lugar de su celebración.

En cambio si la acción tiene su base en un **aspecto o relación extracontractual**, los criterios a tener en cuenta van a ser totalmente distintos, aquí por ejemplo, se evaluará el lugar del registro del derecho del autor, aunque recordemos que el registro es meramente declarativo pero no constitutivo de derecho, la autonomía de la voluntad en caso alguna de las partes haya efectuado algún tipo de manifestación de la misma, el lugar de producción del hecho dañoso, o el domicilio del demandado con independencia que los derechos sean reconocidos en un país distinto.

### 3.3.2.3 Lugar donde se produjo el hecho dañoso.-

El artículo 5.3° del Reglamento de Bruselas, señaló los siguientes criterios para la regla general de atribución de la competencia judicial:

- a) ***Cuando es un caso de responsabilidad civil y los actos infractorios se desarrollan en diversos países***, es competencia del país donde se produce la infracción contra los derechos protegidos o donde se hace uso de esa infracción, siendo que serán competentes todos los países en donde recae el daño y se limita a los daños sufridos en concreto en cada país reclamante, similar situación se contempla en el 2058° de nuestra normatividad; sin embargo, será competente para conocer todo el daño, aquel país en el que se produjo la infracción, debiendo hacerse la precisión que dicha competencia, no será aceptable para aquellos casos considerados como daños indirectos.
- b) ***Si se toma como símiles los conceptos de distribución y acceso a la obra***, serían competentes para conocer la totalidad del daño, tanto los órganos del país donde se incluyó la obra como aquellos desde donde se puede acceder a dicha obra, sobre el particular en concordancia con las Notas a un posible Protocolo Adicional al Convenio de Berna, el órgano competente será aquel donde se localiza el servidor que provee los contenidos.
- c) ***En el caso de infracciones relativas a derechos morales***, que entraña derechos personales del titular del derecho, será competente el juez del lugar donde se sufre el daño.

Conforme se puede verificar de dichas normas, corresponderá a los órganos jurisdiccionales de la Comunidad Europea, evaluar en cada caso

en concreto, la determinación de la competencia en virtud a los lineamientos marco anteriormente señalados.

### 3.3.3 El caso de los pronunciamientos en Estados Unidos de América.-

Para el caso de los sistemas legales de la tradición del *common law*, y en especial en los Estados Unidos de América, el criterio referido a la jurisdicción, es que las cortes van a tener dos tipos de jurisdicción: a) una respecto del acusado o personal jurisdiction y b) otra respecto de la materia de disputa.

Para que una corte tenga jurisdicción sobre el acusado se tendrá en cuenta el grado de contacto entre el acusado (infractor) y la corte que pretenda asumir la competencia, la determinación de este grado de contacto será el que a posteriori determine si tendrá competencia sólo respecto del daño causado en su jurisdicción, o además comprenderá al causado fuera de éste.

Así por ejemplo, si el acusado reside en el área de la corte o si su relación es infrecuente o de menor contacto, dependiendo de este nivel se puede considerar que se trata de una jurisdicción general, es decir que la corte tiene jurisdicción sobre todos los actos que el acusado ha cometido fuera de la jurisdicción de la corte cuando el acusado reside en el territorio de la corte o hace negocios en dicho territorio; o puede ser específica, es decir que la corte sólo tiene jurisdicción sobre los actos que el acusado ha realizado dentro del territorio de la corte cuando el acusado no reside en el territorio ni hace negocios en el mismo, siendo que el contacto por lo tanto es mínimo.

En el contexto del Internet, el conflicto se genera en el hecho de verificar si en el caso de aquellos actos cometidos mediante el mismo se trata de una jurisdicción general o específica.

Las cortes han rechazado el criterio de hacer negocios cuando la página web es de tipo pasivo, es decir, que los residentes de la jurisdicción de la corte no pueden ordenar cosas, o descargar información desde la página web en dicha jurisdicción, o cuando el operador de la página web bloqueó cualquier contacto continuo y manejadas por denunciados no residentes que simplemente promocionan copias ilícitas, pero que no permiten descargar esas copias, no pueden ser materia de la llamada general jurisdiction. La corte considerará que una empresa extranjera hace negocio dentro el territorio, y por lo tanto, le corresponde la general jurisdiction cuando tiene una sucursal que puede tener acceso al manejo de la página web

En definitiva, los casos resueltos hasta la fecha en los EE.UU. indican que, bajo determinadas circunstancias, el mero uso de Internet puede ser suficiente para establecer la competencia judicial internacional de un tribunal sobre un demandado no residente, si existen ciertos “contactos mínimos” entre el Estado del foro y el demandado no residente. El problema es el de determinar los casos en los que existe tales “contactos mínimos” en los supuestos de actividades realizadas a través de Internet (ESTEVE 2006: 155).

Cuando los contactos del demandado con el Estado son menos intensivos que los de un demandado que desempeña su actividad comercial en el ámbito de la jurisdicción, un tribunal tendrá competencia especial sólo en las causas que surjan del contacto del demandado con los actos relacionados con el Estado en que se encuentra la jurisdicción, en la medida en que el demandado tenga ciertos contactos mínimos con esa jurisdicción de manera que el proceso no vulnere los conceptos tradicionales de juego limpio y justicia efectiva.

Hay contacto mínimos con el ámbito de una jurisdicción si se han realizado actos por el cual el demandado se vale intencionalmente del privilegio de desempeñar actividades en el Estado de la jurisdicción e invoca con ello, los beneficios y protecciones de sus normas.

Las teorías aplicadas para determinar el criterio del contacto mínimo, se desprenden de diversos casos resueltos respecto de infracciones a los Derechos de Autor en Internet:

- a) Asunto **Compuserve. Inc vs. Patterson**, por el cual el Tribunal Federal determinó la jurisdicción y competencia en base al concepto de contacto, para el cual la mera accesibilidad no es suficiente sino que se requiere de otros actos como el de la publicidad y venta del software, por lo cual se toma en cuenta como domicilio, aquel en el que se encuentra la empresa que actuó de intermediario.
- b) En el caso de **Mc. Donough vs. Fallon Mc Elligott**, se determinó que un sitio web en el Internet no es suficiente para determinar la personal jurisdiction, porque la calidad de acceso fácil que brinda el Internet a nivel mundial no puede ser considerado como un contacto mínimo.
- c) En el caso **Playboy Enterprise Inc. vs. Chuckleberry Publishing Inc**, se declaró la competencia, porque si bien el servidor se encontraba en Italia, cualquier estadounidense podía tener acceso a dicha página web que contenía obras fotográficas protegidas bajo las normas del copyright.
- d) En el caso **Hall vs. La Ronde**, se determina que es competente el juez del estado en donde reside el ciudadano que recibe el correo electrónico, dicha resolución determinó que para el caso del traslado de información mediante el correo electrónico existe un contacto mínimo.
- e) En el caso **Bensusan Restaurant corp. vs. King**, la Corte aplicó un criterio distinto al del caso anterior, toda vez que la posibilidad de acceder a un sitio web en un determinado territorio no resulta como prueba suficiente del mínimo personal jurisdiction o contacto mínimo.
- f) En la demanda de **Inset Systems Inc. vs. Instruction Set Inc.**, se excluye la competencia de los tribunales cuando los sitios web de los demandados establecidos en el extranjero son de tipo pasivo y sólo tienen

anuncios publicitarios, es decir, no ofrecen productos propios, la información no provoca la contratación, sino simplemente, información entre los usuarios.

- g) En el caso **Zippo Manufacturing vs. Zippo com** se estableció lo que se conoce como sitio web activo, porque existía intención de dirigir las actividades a un determinado sitio, las acciones se desarrollaron en un estado. Un sitio web es activo, cuando provocan la contratación de los usuarios, de esta forma se da una aproximación con éstos.

Como puede verificarse de los criterios establecidos en los casos anteriormente descritos, éstos son diversos por lo que De Miguel Asencio manifestó que:

[...] lo importante es, por tanto, que el foro tenga un verdadero vínculo con el asunto dando prioridad al principio de proximidad y de tutela judicial efectiva, estos principios podrían justificar la competencia judicial internacional de otro tribunal en el caso de que el foro del domicilio del demandado o del lugar del evento causal no disponga de sistemas eficaces de protección o acudir a dichos foros pueda suponer para el demandante una carga irrazonable (*De Miguel 2002:317*).

Además, tradicionalmente, las cortes del *common law* han sido reticentes a aceptar que tienen jurisdicción respecto de derechos de propiedad intelectual extranjeros, basándose en los criterios de territorialidad y la naturaleza de política pública de la propiedad intelectual, lo que conllevó a que los tribunales perciban que sus consideraciones respecto de las leyes de propiedad intelectual extranjeras cuando son incorrectas, vulneran la soberanía de las naciones que las promulgaron; aunque, últimamente en las disputas concernientes a los derechos de autor, las cortes han mostrado flexibilidad sobre el particular.

Los párrafos precedentes nos han señalado un panorama respecto de los criterios que se aplican en otros países para solucionar conflictos surgidos por

determinación de competencia internacional, estas normas que son perfectamente aplicables a las infracciones provenientes de usos no autorizados, mediante el Internet, de imágenes protegidas por Derecho de Autor, pueden servir de lineamientos que permitan que dentro de la Comunidad Andina, a la cual el Perú pertenece, y que en concordancia con nuestra realidad regional, se implementen.

En primer lugar, se requiere una redefinición del criterio de territorialidad aplicable a los casos de Internet, a efectos que éste, en concordancia con su característica de internacional, se determine en virtud de lo siguiente, sin importar si la vía utilizada es la de un procedimiento administrativo o de un proceso judicial:

- En caso se trate de una acción proveniente de una relación contractual, el sometimiento será a la Jurisdicción que en el contrato se determinó expresamente.
- De ser un caso de una infracción proveniente de una relación extracontractual, fijar dentro de los órganos de la Comunidad Andina, una Corte con facultades para conocer de estos casos cuando el demandado es nacional o reside en alguno de los países de la Comunidad Andina de Naciones, para ello lo conveniente sería que se busque el reconocimiento internacional de dicha Corte a efectos que lo resuelto por ésta sea ejecutado por otras cortes con jurisdicción tanto dentro como fuera de la Comunidad Andina de Naciones.
- Estando a que ubicar el domicilio de los infractores en Internet muchas veces es imposible, en virtud a los criterios de responsabilidad que se le atribuyen a los proveedores de servicios, resulta factible que dicha corte tenga jurisdicción si estamos hablando de un demandado que haya nacido, resida o desarrolle sus actividades en el territorio de alguno de los países de la Comunidad Andina.

- En este caso, la Corte se encuentra facultada para medir el daño causado con la infracción a nivel de la Comunidad.
- En caso el demandado no cumpla con la condición señalada anteriormente, pero el efecto de la infracción se plasmaría también en alguno de los territorios de los países de la Comunidad Andina, que la Corte tendrá competencia sólo respecto del daño causado en el territorio del país que forma parte de la Comunidad Andina.
- Estas propuestas se encuentran en concordancia con nuestras normas conflictuales señaladas en el Código Civil, con lo cual no se requeriría modificar la normatividad a efectos de poder comenzar a dar soluciones efectivas ante las constantes infracciones que se cometen diariamente a través del Internet.

#### 3.4 **Criterios para la determinación del Derecho en los casos de infracción contra los Derechos de Autor de las imágenes en el Internet.-**

Internet no sólo plantea problemas para la determinación de la jurisdicción ante la cual se debe ventilar los conflictos que se generan por violación de derechos de exclusiva referido a las imágenes protegidas bajo el Derecho de Autor, sino que dicho conflicto, también se traslada a determinar cuál sería la normatividad aplicable para estos casos, por las características propias de este avance tecnológico.

Más aún, si tenemos en consideración que a nivel internacional existen como se ha indicado en el primero capítulo del presente trabajo, dos corrientes con marcadas diferencias que buscan establecer la doctrina del Derecho de Autor, por su lado la germano-románica; y por otra la del *common law*, que pueden llegar a conflictuarse .

En principio, es necesario indicar que tradicionalmente el derecho de autor establece un principio de territorialidad, en el cual se verifica que para la protección se

tendrá en cuenta las leyes nacionales, y dado que el Internet plantea una internacionalidad, fija un panorama en el cual para un mismo acto se pueden aplicar varias leyes nacionales, lo que en el derecho internacional es conocido como la *lex loci protectonis*.

El artículo quinto del Convenio de Berna, refleja este principio, el mismo que no es posible de aplicación, debido a que en el Internet las infracciones se dan en un ámbito de plurilocalización. En estos, casos se aplicaría el principio del trato nacional, la nacionalidad del titular derecho, de residencia, o de la primera publicación

En este contexto, como alternativa se ha verificado que el problema de la norma aplicable en el tema del derecho de autor se podría determinar teniendo como referencia uno de los siguientes criterios: la norma de la nacionalidad o residencia del autor, la norma de la corte competente, la norma del país en donde se reclama la protección, o la norma del país en donde se creó la obra.

Para poder resolver este conflicto se han realizado dos propuestas:

- a) ***Nueva Lex Mercatoria***: Que busca generar normativas que puedan ser aplicadas al ciberespacio o Interley, a través de leyes que lo que buscan es la autorregulación basada en la autonomía de la voluntad y la autorreglamentación; es decir crear una Ciberley.

Los autores Calvo Caravaca y J. Carracosa, señalan que una Ciberley internacional plantea las siguientes ventajas y desventajas (Calvo 2001:16):

#### **Ventajas:**

- Se evitan los conflictos de leyes.
- Sistema legal reconocido auténticamente como internacional.
- Diseño específicamente para el Internet.
- Puede contar con un propio sistema sancionador.

- Puede ser un sistema de derecho de libertades.

#### **Desventajas:**

- Su elaboración resulta complicada, debido a que se requiere de una serie de negociaciones y aceptaciones de muchas partes contratantes.
  - Los Estados renunciarían a la regulación del Internet en forma independiente.
  - Pérdida de soberanía de los Estados.
  - Bajo poder vinculante.
  - Los riesgos de la creación de una norma ultraliberal que puede ser contraria a las normas nacionales de Derecho de Autor.
- b) ***Adecuación de la actual normatividad al entorno digital:*** Esta propuesta se vio reflejada en lo que se conoce como **El Libro Verde**, que defiende la aplicación del principio de la ley de origen del servicio para determinar la ley aplicable, lo que, como se reconoce, sólo es viable si al mismo tiempo se garantiza un alto grado de armonización de estos derechos, doctrina inspirada en la Directiva Satélite-Cable, prefiere el elemento de emisión al de recepción, creando cláusulas de salvaguarda para garantizar la protección cuando se trate de inyecciones de terceros países.

El Convenio de Berna señala como criterio para aplicar su protección el de “obra publicada”, para dicho convenio, la publicación se da cuando se pone a disposición del público para que satisfaga sus necesidades, por lo tanto, en Internet se da una simultaneidad de publicaciones en diversos países en donde se accede a la obra.

Siendo así, ¿cuál es el lugar de publicación de las imágenes protegidas por Derecho de Autor?, puede ser cualquier lugar desde donde se puede acceder a la obra, o la fuente o servidor en el que se cargó la obra, por lo que se sugiere que en

caso de las obras denominadas on line, la publicación se efectuó en el Estado contratante donde se efectuaron los actos suficientes (no sólo simples enlaces) para que las obras estén disponibles al público, es decir el país donde se ubica el fichero de datos fuente y en el que se proporcionó acceso a la obra.

Un acto de puesta a disposición de una obra en internet puede estar reservado sólo a la *lex loci protectionis* o el principio de territorialidad, pero cuando la misma es descargada o explotada, se realiza en forma indeterminada; y en consecuencia, en diferentes países, las propuestas que a la fecha se han planteado sobre el particular han señalado dos supuestos:

- El lugar donde se introduce la obra en la red o el lugar del origen del evento causal.
- El país en donde se recepciona la obra o la ley del lugar del resultado.

#### 3.4.1 **Sobre la aplicación de la Ley de Origen:**

Fue la propuesta que se planteó en el llamado Libro Verde de la Comisión, en este caso, puede ser de aplicación la ley del lugar donde se realizó el acto infractor, o en los tribunales de la sede del responsable, en dicho supuesto el tribunal que tendrá competencia la aplica respecto del total del daño.

No obstante, este criterio puede generar que los infractores ubiquen el lugar del acto infractor, en aquél país donde el nivel de protección de los derechos de autor es menor, y así eludir cualquier tipo de sanción ante actos infractorios; toda vez, que debe tenerse siempre presente que por las características del Internet un usuario, es a la vez en forma potencial tanto emisor como receptor de la obra, y en consecuencia un infractor latente.

Si bien, esta orientación no ha tenido mucha aceptación a nivel internacional, en el caso de la jurisprudencia norteamericana si ha sido aplicado a través de lo que conoce como “**teoría de la copia raíz**”, es decir, la competencia y la norma a aplicar será la norteamericana, en aquellos casos en los cuales, el origen de la infracción se dio en dicho país, obteniendo el titular del derecho la respectiva compensación del total de los daños a nivel internacional, con lo cual la norma que en genérico se aplicaría, sería la de dicho país, pudiendo plantearse un conflicto doctrinario entre el *common law* y el derecho romano germánico, que como se planteó al inicio del trabajo tienen divergencias conceptuales, en especial, respecto de los derechos morales.

En el caso de la Comunidad Europea, el artículo 8° de la Propuesta del Reglamento de Roma, se indica que la norma que se aplica, es la del país de la emisión, cuando la infracción se localiza en un país de la comunidad, y cuando se da en un país foráneo a la comunidad, la norma que se aplica será la de los vínculos más estrechos.

En este contexto, se realizaron en el seno de la OMPI dos propuestas, las mismas que a continuación se detallan.

#### 3.4.1.1 **La propuesta de J. Ginsburg**

Esta consultora OMPI propuso un sistema flexible en cuanto a la normatividad que se debería de aplicar, se plantea una sola norma a utilizarse en estos casos de plurilocalización, dicha norma será aquella que mejor proteja los intereses del titular del derecho.

Esta propuesta se puede conceptualizar en los siguientes criterios:

- 1) En el caso que el Derecho aplicable sea conforme al Convenio de Berna y a los Tratados de la OMPI, distinga dos situaciones: (a) el contenido infractor encontrado en una página web, aplicándose la ley del país en el que el operador del sitio web tiene su residencia o establecimiento principal; (b) el contenido infractor que no se encuentra en un sitio web, en cuyo caso se aplica el Derecho de la residencia principal o del establecimiento principal de la persona o entidad que ha iniciado la comunicación.
- 2) Sí, por el contrario, el Derecho designado no es acorde con el Convenio de Berna o el Tratado de la OMPI, el Derecho aplicable es el del país en el que se encuentra el servidor que contienen el material infractor, si dicho Derecho es acorde con los instrumentos mencionados.
- 3) Sin embargo, si un tercer país tiene vínculos más estrechos con la controversia, por ejemplo, manifiesta ser el blanco principal de la comunicación infractora, el Derecho de tal país será el aplicable, siempre que cumpla con los instrumentos jurídicos internacionales mencionados.
- 4) Pero si ese tercer país que mantiene los vínculos más estrechos no cumple con el Convenio de Berna ni con los Tratados de la OMPI, la ley aplicable a la totalidad del daño será la del foro.
- 5) Y por último, el Juez podrá tener en cuenta que en países concretos en los que se ha producido el daño alegado, su Derecho es más o menos protector que el Derecho de autor designado conforme a los criterios anteriores (Ginsburg 2001).

#### 3.4.1.2 La propuesta de S. Barriati:

Este autor propone que la solución al problema de la identificación de la norma que se debe aplicar en estos casos, se debe basar en los siguientes aspectos:

- a) La norma aplicar será la del país en el que se realizó la carga de la obra.

- b) Si en caso dicho país no protege el derecho de autor, es indeterminado o no tiene conexión legal, se aplicará la norma del lugar en el que se produjo el daño.
- c) De no ser posible ninguna de las dos primeras opciones será la norma del país que tiene jurisdicción del caso.

#### 3.4.2 Sobre la aplicación de la Ley del Lugar del Resultado:

Este criterio limita la infracción sólo respecto del país en el que se produce el daño, por lo que la norma que se aplica será la de todos aquellos países en los cuales se puede tener acceso a la obra, es por ello, que sus propulsores lo que indican es que existen una serie de normas que se puedan aplicar, y de todas ellas, se pueda escoger la que mejor proteja al titular del derecho que se ve afectado con la infracción a sus derechos de exclusiva, o en su defecto que se apliquen a la vez todas las normas en virtud a los países en los cuales se dio la infracción.

Sin embargo, este criterio también plantea sus divergencias, porque no existen garantías que le permitan al titular del derecho conocer si la norma que ha seleccionado es la que mejor le conviene, o si al darse la posibilidad de elección, éste pudiera devenir en un abuso de derecho.

El artículo 8° del Proyecto del Reglamento de Roma, señala que cuando estas infracciones tienen un origen extracontractual, la norma que debe aplicarse será la del país en el cual se solicita la protección, esta norma busca pues la armonización, con una seguridad jurídica con un alto grado de predictibilidad, garantiza un alto índice de protección de los derechos; no obstante, la propuesta no podría ser aplicada en aquellos casos de infracciones de plurilocalización.

### 3.4.3 Sobre la aplicación de la norma que más se vincula con el daño:

Según esta propuesta, la norma que debe aplicarse es aquella que rige al país donde tiene su residencia el afectado o el titular del derecho, lo que concuerda con lo señalado en el artículo 5.2 del Convenio de Berna. Para lo cual el infractor debió haber previsto que el daño se produciría en dicho territorio.

Esta propuesta lo que busca es que se aplique la norma del país en el que se produjo el mayor daño al titular del derecho.

Estando, a que en los párrafos anteriores se indicó que a nivel de Comunidad Andina, se debe crear una corte competente que de acuerdo con las características del denunciado podrá tener injerencia o no, o en su defecto modificar tanto el Tratado como el Estatuto del Tribunal de la Comunidad Andina de Naciones, para que pueda ser jurisdicción en casos de infracciones cometidas a través del Internet como instancia supranacional y se encargue de emitir lineamientos que cada Órgano Jurisdiccional o Administrativo de cada país pueda seguir dentro de su territorio.

Así, podrá tenerse una armonización por lo menos dentro del ámbito de la Comunidad Andina, y al ser el caso que la misma es concordante además con las normas del Convenio de Berna, con lo cual en cierta medida se avanzarían respecto de las barreras que puedan existir entre las legislaciones, procurando siempre que no se afecte el derecho del trato nacional.

## 3.5 Sujetos Intervinientes en las Infracciones a los Derechos de Autor en Internet

El sistema del Internet y la forma en que dicha herramienta es utilizada hace que exista una serie de sujetos que intervienen para que se pueda completar su funcionamiento, está desde quien es el encargado de brindar el servicio del Internet, el que ingresa la información, el usuario y/o receptor, pasando por aquellos agentes que se encargan por ejemplo, de crear vínculos entre dos proveedores de información que se encuentran vinculados.

Delia Lipszyc, sobre el particular señaló que:

[...] en la cadena operativa de la difusión en línea de obras protegidas ... 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 servicio web (BBS-bulletin board system, Usenet ...); los proveedores de motores –o herramientas- de búsqueda (o buscadores) y de hipervínculos –o enlaces, enlaces de hipertexto, hiperenlaces, links, hyperlinks, etcétera-; el proveedor de red –o de infraestructura de telecomunicaciones-; el fabricante de equipos y el usuario final (2004:354).

El proveedor de contenidos, es el encargado de introducir los contenidos (obras protegidas) al que luego acceden los usuarios mediante su ordenador; es aquél que escoge y decide la información (entiéndase en el presente caso obras) que saldrá publicada en una página web o en algún sitio de la web, es por esta facultad decisiva que se considera que el proveedor de contenidos tiene un alto grado de responsabilidad en las infracciones que se puedan cometer contra los derechos de autor, puesto que se encuentra en la obligación de contar con la autorización previa de los titulares de derecho de las obras protegidas, al menos que se traten de obras que se encuentran dentro del dominio público o que la utilización se encuentre dentro de alguno de los supuestos de excepción.

Para P. de Miguel Asencio (ESTEVE 2006: 115), citando la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 47 de Madrid de 16 de marzo de 2001, el prestador de servicios que proporciona contenidos a través, por ejemplo, de un sitio web, también va a ser responsable aunque los contenidos incluidos en su página web hayan sido producidos por un tercero subcontratado, pudiendo posteriormente obtener resarcimiento dirigiéndose al contratista.

Respecto de los proveedores de servicios en línea, son aquellos que realizan una relación de intermediarios entre la información puesta en la red por el proveedor de contenidos y el usuario final, son diversos los tipos de proveedores de servicios en línea, entre ellos tenemos a:

- **El proveedor de servicio de internet**, se encarga de poner a disposición del proveedor de contenido un espacio en la memoria del servidor o de una página web, puede darse el caso que una misma persona, sea natural o jurídica, sea a la vez proveedor de servicio como de contenido, controlando sólo sus propios servidores.
- **El proveedor de acceso a internet**, se encarga de abrir la puerta de acceso a Internet y pasa todo el tráfico del usuario, es el que hace posible la conexión a internet, es decir, enlaza los ordenadores con la red del internet, posibilitando incluso mejorar para esta conexión, para esto debe abrir una cuenta en el proveedor de acceso a internet, y luego almacenar el contenido en el ordenador conectado a Internet.
- **El proveedor de alojamiento**, se encarga de brindar el servicio de alojamiento y mantenimiento de obras en el servidor para que posteriormente el usuario se conecte a Internet a través de su proveedor de servicios o de acceso, luego a los contenidos y de allí recuperarlos.
- **El proveedor de almacenamiento**, ofrece al usuario el servicio para que ocupe un espacio en un servidor de red, con el objeto de guardar determinados objetos, a los que normalmente sólo tiene acceso el cliente.

- **Servicios de caching**, reproducción en la memoria cache de un proveedor de acceso, de un lugar remoto de la red, que contiene objetos protegidos.
- **Los operadores de servicios web**; se encargan de brindar medios y espacios para el intercambio de diversos tipos de contenidos.

También se puede considerar a los grupos como los usenet, news group, chat, en los cuales un grupo de personas o de instituciones, con ordenadores conectados entre sí, intercambian información, archivos en formato digital con obras sobre las cuales existen derechos de exclusiva.

El correo electrónico, requiere de un servidor de correo entrante y correo saliente, una dirección y un proveedor de servicio de correo electrónico, aquél encargado de brindar el servicio de correo electrónico, de acuerdo, con la jurisprudencia existente, no tiene ningún tipo de responsabilidad en relación a los contenidos que existen en los correos electrónicos, toda vez que estos tienen la misma calidad que los correos epistolares tradicionales.

En el caso, de los proveedores de motores de búsqueda y los de hipervínculos, el primero de ellos se encarga de poner a disposición de los usuarios grandes bases de datos, clasificando los contenidos que pre-existen en Internet, en forma temática, para que el usuario puede llegar a ellos en forma rápida y eficaz, a través del enlace correspondiente.

Los proveedores de hipervínculos, por su parte, se encargan de poner a disposición de los usuarios mediante su mismo sitio web, una serie seleccionada de enlaces a otras páginas web. Respecto a éstos últimos, el artículo 17° de la Ley Española de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico<sup>36</sup>, ha precisado cuáles son las condiciones que se tienen que cumplir para que los

---

<sup>36</sup> Disponible en <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/contract/LSSI.htm>

proveedores de motores de búsqueda o los de hipervínculos no asuman responsabilidad en caso de infracciones<sup>37</sup>.

En el año 2000, el Tribunal de Comercio de París, en el caso seguido por SNC Havas y Numerique y otro contra Keljob SARL<sup>38</sup>, que si bien no se refiere a un caso de imágenes, es perfectamente aplicable a éste tipo de obras, se precisaron las condiciones por las cuales la creación de un hipervínculo puede ser considerado como una conducta infractora, ello será cuando se desvíe o desnaturalice el contenido del sitio web originario hacia el cual conduce el hipertexto, que aparentemente se trata de un sitio web propio, es decir no se mencionó la fuente, el internauta de la información existente no puede verificar que se trata de una redirección hacia una página o sitio web distinto del originario.

Del mismo modo, interviene el proveedor de red, aquel que se encarga de suministrar la infraestructura técnica necesaria, para que el usuario pueda conectarse mediante un proveedor de servicios de internet, con las páginas o sitio web donde está almacenado un determinado contenido. Así mismo, se encarga de transmitir la información y establece la conexión entre el proveedor de acceso y el usuario.

No tendrán ningún tipo de responsabilidad, siempre y cuando, su labor sea la de un simple intermediario, es decir no tuvo injerencia en los contenidos u originó la

---

<sup>37</sup> Artículo 17 de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico: “1. Los prestadores de servicios de la sociedad de la información que faciliten enlaces a otros contenidos o incluyan en los suyos directorios o instrumentos de búsqueda de contenidos no serán responsables por la información a la que dirijan a los destinatarios de sus servicios, siempre que: a) No tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información a la que remiten o recomiendan es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o b) Si lo tienen, actúen con diligencia para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente. Se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo a que se refiere el párrafo a) cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse. 2. La exención de responsabilidad establecida en el apartado 1 no operará en el supuesto de que el destinatario del servicio actúe bajo la dirección, autoridad o control del prestador que facilite la localización de esos contenidos”.

<sup>38</sup> Disponible en [http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id\\_article=81](http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=81)

transmisión, tampoco serán responsables en los casos de almacenamiento automático, provisional y transitorio de los datos cuando estos sean con fines sólo de transmisión en la red y su duración sea razonable.

El usuario de la red, es aquel que accede al internet y a sus aplicaciones.

Es por ello, que corresponde señalar si estamos frente a una responsabilidad directa o una indirecta, se tratará de una responsabilidad directa en el caso del autor material, e indirecta en el caso de inducir, causar, facilitar o ayudar a la comisión de la infracción.

### 3.5.1 La responsabilidad de los proveedores de servicios en el Internet:

Luego de haber identificado en forma general a los sujetos que intervienen en este tipo de acciones, es importante evaluar cuál fue la forma en que las legislaciones adoptaron mecanismos para la determinación de responsabilidades, en especial, respecto de los proveedores de servicios, sin hacer distinción entre los tipos de obras que allí se explotan.

Como ya se ha señalado, si bien, no son los encargados de introducir los contenidos, tienen una participación directa en su difusión, y por tanto, deben responder por la transmisión de obras infractoras, más aún, si fue compelido por el titular del derecho respecto del origen ilícito de dichas obras, o si a pesar de no haber sido requerido sospechaba que el material allí obrante infringe las normas.

Esta afirmación tiene su origen en el hecho que se considera que la transmisión digital es un acto de comunicación pública, y va depender del conocimiento de parte del proveedor de la existencia de los actos infractorios, así como de su posibilidad técnica de tomar las medidas que sean necesarias para impedir que se sigan cometiendo dichas infracciones.

*“El derecho estadounidense reconoce la responsabilidad secundaria sólo en la jurisprudencia mientras que las condiciones que rigen la exención de los proveedores de servicios se han introducido en la legislación de derecho de autor de los Estados Unidos mediante la Ley de Derecho de Autor para el Milenio (Digital Millennium Copyright Act 1998), en adelante “DMCA” (Von Lewinski 2005:09).*

Según una jurisprudencia bien arraigada la responsabilidad secundaria puede darse en forma de responsabilidad subsidiaria o de responsabilidad indirecta. Hasta la fecha, los tribunales estadounidenses han reconocido una infracción subsidiaria por terceros cuando el demandado tiene conocimiento de la infracción y, en cierta medida, la facilita. Comúnmente se ha considerado que existía responsabilidad indirecta en materia de derecho de autor cuando el demandado tenía el derecho y la capacidad de supervisar la actividad que constituía una infracción primaria y tenía un interés financiero en la misma (Von Lewinski 2005:09).

Las propuestas que respecto a la fijación de esta responsabilidad se han dado son diversas, siendo las más importante la Europea y la Norteamericana, en la primera se considera que los proveedores de servicios son responsables por estos contenidos infractorios, vale decir se trata de una legislación de tipo horizontal, en la cual no se distingue entre los tipos de contenidos, por su parte la normativa estadounidense de 1998, trata la responsabilidad en forma vertical, porque se hace un análisis específico de cada caso en concreto.

### 3.5.1.1 La Directiva Europea N° 2000/31/CE<sup>39</sup>:

---

<sup>39</sup> Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0031:Es:HTML>  
Consulta: 17 de octubre de 2011.

La Directiva Europea sobre el Comercio Electrónico contiene disposiciones sobre la exención de responsabilidad de los proveedores de servicios que corresponden al enfoque horizontal, es decir, que no sólo tienen en cuenta las normas de derecho de autor y propiedad intelectual, sino que van más allá.

Esta Directiva, que puede aplicarse a las imágenes protegidas por el Derecho de Autor, señala en su artículo segundo que se considerará que un prestador de servicios es aquel que suministra un servicio en la sociedad de la información, y sí lo hace por un determinado tiempo y en una instalación estable se trata de un proveedor de servicio estable, valga la redundancia.

Precisa además que 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 bien, no se ha establecido la obligación general de supervisión de contenido, conforme a lo señalado en la directiva los proveedores de servicio tienen una responsabilidad por culpa.

Del mismo modo, los proveedores de servicios no tendrán responsabilidad respecto de los contenidos, puesto que actúan como simples transmisores, en aquellos casos en los cuales se reúnan las siguientes circunstancias: a) no originan la transmisión, b) no seleccionan los contenidos, c) no los cargan a la red, d) no realizan actos de modificación luego que los contenidos son cargados a la red, e) no tienen la capacidad de determinar quiénes serán los destinatarios.

Debe añadirse además, que en los casos en los que se realice un almacenamiento provisional éste debe ser sólo para ejecutar la transmisión

en la red y su duración no debe ser superior al tiempo razonable para esa transmisión.

En el caso que sus clientes sean quienes han alojado en sus servidores obras sin autorización, los proveedores estarán exentos de responsabilidad cuando no tengan conocimiento que estos contenidos eran ilícitos, o si a pesar de saber de la ilicitud actuaron a la brevedad posible para eliminar o bloquear dichos contenidos.

El artículo 15 de la directiva, señala que no existe una obligación a los proveedores de servicios para que supervisen la información que sus usuarios almacenan en los ordenadores, los países pueden fijar lineamientos para que en forma oportuna éstos comuniquen a las autoridades competentes este tipo de actos, o brinden la información de los contratos de almacenamiento que hayan suscrito con terceros (usuarios).

Por su parte el artículo 13 de dicha directiva, en lo que refiere al almacenamiento en lo que se conoce como memoria caching (cuando se trata de almacenamiento automático, provisional y oportuno), señala que no habrá responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones:

- No modifica la información ni permite el acceso a ella.
- No interfiere en la aplicación de la tecnología que se empleó para obtener datos sobre la utilización de la información.
- Tuvo un accionar oportuno de retiro de dicho almacenamiento.

### 3.5.1.2 La Digital Millenium Copyright Act<sup>40</sup>

---

<sup>40</sup> Disponible en:

<http://www.copyright.gov/legislation/dmca.pdf>

<http://copyright.gov/legislation/hr2281.pdf>

Consulta: 17 de octubre de 2011.

El artículo 512° de la Digital Millenium Copyright Act se indica que un proveedor de servicios es aquél que se encarga de proveer el servicio en línea y el que opera estos servicios, así mismo, debe entenderse que se encarga de ofrecer la transmisión, el enrutamiento o provisión de conexiones para comunicaciones digitales en línea, entre puntos especificados por un usuario en el que se encuentra la información que ha seleccionado.

Se considera que un proveedor de servicio no será responsable por infracciones contra los derechos de autor que se cometan durante el uso del servicio brindado, sólo si se cumplen en forma coadyuvante, los siguientes supuestos:

- Tiene políticas para dejar sin efecto los contratos de prestación de servicios cuando un usuario en forma reincidente cometa actos infractorios, así mismo, estas políticas deben encontrarse debidamente implementadas y comunicadas a los usuarios.
- No interferir y/o afectar las medidas tecnológicas que los titulares de derecho han determinado para proteger sus obras.

Dicho artículo señala además, que los proveedores de servicios no serán responsables cuando sean meros transmisores de contenidos, en los casos de almacenamiento temporal en el sistema caching, el alojamiento de datos o hosting de sitios o páginas web de terceros, uso de herramientas para la localización de información y enlaces de hipertexto que puedan dirigir a los usuarios a páginas en los cuáles exista contenido infractorio.

Esta exención de responsabilidad abarca a las entidades educativas cuando actúan como prestadores de servicios, sólo a disposición de la comunidad estudiantil, catedráticos e investigadores, y además el contenido allí existente, no es material pedagógico de los últimos tres años de la

currícula, que en el mismo período no fue notificada más de dos veces por actos infractorios, y finalmente, que tenga un política de difusión del respeto por las normas del copyright.

En el caso de la limitación de responsabilidad de los proveedores de alojamiento de contenido de terceros, la norma señala los siguientes requisitos:

- No tener un conocimiento efectivo que el contenido o la forma en que ese contenido se obtuvo, se apoyó en una infracción.
- No obtener un beneficio económico directo a través de esta actividad infractora.
- Habiendo tenido la posibilidad de detectar actos infractorios a la brevedad posible los haya suprimido o bloqueado.

De acuerdo con la profesora Delia Lipszyc, las principales diferencias que se pueden encontrar en la normativa norteamericana y la europea son las siguientes: (Lipszyc 2004:379)

- a) Una limitación expresa de responsabilidad en favor de los proveedores de servicios por el uso de herramientas para localizar información (motores de búsqueda, hipervínculos, etcétera), por medio de las cuales se dirige a los usuarios hacia los contenidos en infracción.
- b) Un procedimiento de notificación de las infracciones.
- c) La exención expresa de responsabilidad a 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.

A pesar de las diferencias aquí señaladas, ambas normas fijan como precepto general que los Prestadores de Servicios no son responsables por la

comisión de actos ilícitos contra los derechos de autor cuando notifiquen dichos actos, y así mismo, bloqueen o retiren el material infractor.

Respecto a la responsabilidad de los proveedores de servicios en Internet en la obra “Nuevos temas de derecho de autor y derechos conexos”, de la Dra. Delia Lipszyc, se citó en la página 405, el caso de solicitud de medida cautelar de Lynda L. y otros contra Societé Multimania Production en el cual la Corte de Apelaciones de Versalles indicó que:

La corte de apelación destacó que la responsabilidad principal del proveedor de contenidos del sitio web “no excluye que se investigue si el comportamiento erróneo del prestador de alojamiento no ha contribuido a causar el perjuicio a la víctima.

Que “a una sociedad que provee alojamiento le cabe la obligación de vigilancia y de prudencia en cuanto al contenido de los sitios que recoge;

Precisó que dicha obligación de vigilancia y de prudencia “se traduce en una obligación de medios referida a las precauciones y los controles a emplear para prevenir o hacer cesar el almacenamiento de mensajes contrarios a las disposiciones legales vigentes o perjudiciales a los derechos de terceros afectados”;

Que esta obligación de medios, que no implica el examen general y sistemático de los contenidos de los sitios alojados, sin embargo debe traducirse, en la etapa de la formación del contrato con el cliente creador del sitio, en medidas preventivas tales como la prohibición del anonimato o de la no identificación, adhesión a las reglas de conducta [...]

Que al margen de los casos en que sean requeridas por la autoridad pública o por resolución judicial, tales diligencias deben ser espontáneamente encaradas por la sociedad proveedora de alojamiento desde el momento en que tiene conocimiento o es informada de la ilegalidad o del carácter dañoso del contenido de un sitio [...] (Lipszyc 2004:405).

Para el profesor chileno Santiago Schuster, cuando un contenido de la red es ilícito, el proveedor de contenidos tiene responsabilidad, incluso si el

contenido no fue efectuado por el él sino por los usuarios finales, cuando éste creó un fondo de información con la que sus clientes aportaron, más aún, si el proveedor de servicios no fue diligente en obtener los datos de las personas que introducían dicha información (Lipszyc 2004:414).

Señala además, que el proveedor de acceso y el proveedor de alojamiento de la página web cuando conociendo de éste contenido ilícito no realiza accionar alguno tendiente a su retiro (Lipszyc 2004:414).

Esta responsabilidad tiene su fundamento en que los proveedores de servicios, así como los proveedores de sitios, ante el “anonimato” de los usuarios finales, son una pieza fundamental para poder detener estos actos ilícitos, y en caso de no cooperación con los titulares de derecho, respaldan los actos infractorios sea por mantener el servicio o por no proceder el cese en forma oportuna (Lipszyc 2004:414).

### 3.5.1.3 El caso Napster.-

Respecto de la responsabilidad de los proveedores de servicios, la resolución emblemática, por decirlo de alguna manera y que abrió el camino a el análisis de estos sujetos intervinientes, si bien se refiere sólo a obras musicales, es perfectamente aplicable a aquellos proveedores de contenidos de imágenes protegidas por Derecho de Autor, es el llamado caso “*Napster*”.

En Estados Unidos, una serie de empresas titulares de derechos respecto de obras musicales demandaron a *Napster* por ser responsable indirecto de actos que infringen el *copyright*, puesto que a través de su sistema se permitía la transmisión y descarga de obras musicales, toda vez, que los usuarios podían almacenar en el disco duro de un ordenador las obras en formato MP3, así mismo, se permitía la realización de búsquedas en

los archivos de los otros usuarios, y finalmente la transferencia de copias exactas de estos archivos mediante el internet (proceso peer to peer).

En su defensa *Napster* argumentó dos fundamentos, el primero que señalaba que las grabaciones realizadas por sus usuarios eran domésticas y por lo tanto autorizadas conforme al artículo 1008° de la norma, y además, que su accionar estaba dentro de los cánones de los denominados “puertos seguros”.

El Tribunal Federal de Apelaciones, concordando con lo dispuesto por el Tribunal Federal de Distrito, en su decisión del 12 de Febrero de 2001, indicó que *Napster* mediante su sistema coadyuvó, es decir ayudó, a la comisión de actos infractorios por parte de sus usuarios cuando intercambiaban archivos, lo que se traduciría en una responsabilidad indirecta, al proporcionar a sus usuarios el programa *MusicShare* por el que no sólo se reproducían las obras musicales sino que además, accedían a un base de datos central; lo que revertiría en un beneficio económico a favor de *Napster*, porque sus usuarios eran abonados, con lo que podría decirse que existía una relación contractual en la que *Napster* tendría acceso al control del comportamiento de sus usuarios.

Respecto al argumento de excepción en aplicación del artículo 1008, la Corte manifestó que un disco duro no puede ser homologado a la definición de aparato digital porque su objetivo no es grabar o realizar copias digitales.

Con relación a ser actos de *fair use* (muestro, cambio de espacio y reproducción autorizada por parte de artistas), el Tribunal realizó un análisis de cada una de estas modalidades y determinó que:

- **Muestreo:** Tiene la calidad de comercial así la compra sea eventual, si bien con este accionar se podría aumentar en forma indirecta la venta de

las obras de los titulares de derecho, ello no significa que se ignore su derecho al licenciamiento.

- **Cambio de espacio:** En este caso se da una distribución simultánea a varios usuarios de la misma obra, más aún los usuarios podían acceder desde diversos ordenadores, no sólo del cual realizaron el *upload*, al material que obra grabado en el sistema.

En lo referido a la responsabilidad indirecta, se precisó que se requiere que el infractor indirecto conozca o tenga razones para conocer de los actos ilícitos, hecho que se probó porque *Napster* sabía cuáles eran las obras que sus usuarios intercambiaban no requiriendo saber de los actos específicos de infracción (es decir obligación de diferenciación entre obra lícita e ilícita), más aún, si los titulares de derecho ya le habían informado de la existencia de obras ilícitas.

### 3.5.2 La responsabilidad de los usuarios de Internet

Muchas veces las obligaciones de los usuarios de Internet, no sólo respecto al uso del servicio que se le brinda sino respecto del cumplimiento de la normatividad en general, pueden encontrarse plasmadas en el contrato que suscribe con su prestador en cuyo caso al descubrirse que el usuario incumplió una de las cláusulas del contrato, el proveedor del servicio puede deducir, a efectos de verse exento de responsabilidad alguna, un incumplimiento contractual.

Pero, si dentro del contrato del servicio que se está proveyendo no se han incluido, por ejemplo cláusulas de no incurrir en actos contra el derecho de autor, serán actos de responsabilidad extracontractual, en los que el proveedor de servicio será exento de responsabilidad sólo si demuestra un accionar diligente sobre el particular.

Los usuarios serán responsables de la comisión de actos contra el derecho de autor si los realizan sin contar con la autorización respectiva por parte de los titulares o estos actos no pueden circunscribirse a las excepciones de la norma.

Sobre la determinación de los infractores, considero que en el caso de explotación de obras protegidas por Derecho de Autor, y en especial las imágenes que es el tema materia del presente trabajo, podría respecto de la determinación de la responsabilidad de los proveedores de servicio, implementarse a nivel de la Comunidad Andina de Naciones, una directiva similar a la adoptada en la Comunidad Europea, toda vez que es por la corriente de derecho romano-germánico que predomina en nuestra norma especial, sería la que mejor se adaptaría a la realidad de nuestros países, y si bien no es un remedio infalible, por lo menos ello servirá para reforzar la fuerza jurisdiccional de la Corte Especial en el seno de la Comunidad Andina que se ha propuesto en el presente trabajo.

### 3.6 **Normativa comparada y jurisprudencia extranjera**

#### 3.6.1 **Estados Unidos de América.-**

En Octubre de 1998, durante el gobierno de Clinton, se aprobó lo que se conoce como The Digital Millennium Copyright Act, que buscó implementar en la legislación norteamericana las normas de los Tratados de la OMPI WCT y WPPT, entre otros aspectos, referidos a los cambios tecnológicos y el Derecho de Autor.

Entre ellos, se encuentra la modificación al artículo 104° de la original Copyright Act, para que en concordancia con el WPPT y WCT, se permita la aplicación de la misma a las obras de aquellos titulares de derechos que no sean

sus nacionales, y así se pudiera aplicar a infracciones cometidas en dicho territorio la norma que mayor protección brindaba a los titulares de derechos.

Del mismo modo, es necesario indicar que también se modificó el artículo 1203° de la norma en mención, con lo cual, se estableció que serán competentes para conocer las acciones civiles que se interpongan contra aquellas infracciones respecto de esta norma, los órganos jurisdiccionales del distrito en el cual se cometió la infracción, siendo que dichos órganos jurisdiccionales tendrán entre otros la facultad de poder señalar sumas indemnizatorias a favor de los titulares que sufrieron la violación de sus derechos.

En marzo del 2011, la U.S. *Intellectual Property Enforcement Coordinator* (IPEC), presentó el documento denominado la *Administration's White Paper on Intellectual Property Enforcement Legislative Recommendation*, que entre otros aspectos, con la finalidad de mejorar la protección de la propiedad intelectual, y entre ellos el derecho de autor, propuso los siguientes cambios<sup>41</sup>, que son perfectamente aplicables a las imágenes protegidas por este derecho, en virtud a que los derechos de autor, se analizan bajo el principio de la presunción al favor de los autores (principio pro *authoris*):

- 1) Create a right of public performance for copyright owners for sound recordings transmitted by over-the-air broadcast stations which, in part, will allow copyright owners to obtain overseas royalties that are now denied to them.
- 2) The Administration recommends that Congress direct the U.S. Sentencing Commission that it shall: (1) amend the theft of trade secret and economic espionage U.S. Sentencing Guideline (USSG § 2B1.1) and the **copyright** and trademark infringement Guideline (USSG § 2B5.3) to **increase the**

---

<sup>41</sup> Disponible en [www.whitehouse.gov/sites/default/files/ip\\_white\\_paper.pdf](http://www.whitehouse.gov/sites/default/files/ip_white_paper.pdf)  
Consulta: 17 de octubre de 2011

**Guideline ranges applicable to those offenses**, so as to more effectively address the substantial harm caused by intellectual property crime. La comisión luego de una evaluación a las estadísticas de los años 2004 al 2010 verificó que menos de la mitad de los 762 casos sentenciados por delitos contra la propiedad intelectual recibieron condena de prisión efectiva, y que las penas impuestas no remediaban la afectación a los daños causados a los derechos de exclusiva de sus titulares<sup>42</sup>, con lo cual dichas sanciones no cumplían con la finalidad de causar en el infractor la no comisión de actos infractorios.

- 3) Dar a la Agencia Estatal Norteamericana encargada de los derechos de propiedad intelectual y de derechos de autor, la facultad de poder obtener evidencias por orden de una corte para delitos cometidos contra los derechos de autor, con lo cual las facultades de defensa de los derechos se verá reforzada.

En el caso seguido por **Playboy Enterprises contra George Frena**<sup>43</sup>, aplicable al caso específico de infracción contra fotografías protegidas, resuelto por la Corte del Distrito de Florida, respecto al hecho que el demandado había introducido en su página web una serie de fotografías, que eran propiedad del demandante, para que diversos usuarios vía suscripción a su página web pudieran tener acceso a ellos pudiendo incluso bajar las mismas a sus equipos en una calidad de fotografía alta, sin que dicho proveedor haya obtenido previamente la autorización respectiva por parte del titular de los derechos sobre estas obras, determinó que:

---

<sup>42</sup> Los actuales lineamientos para infracciones penales en temas de derechos de autor señalaban los siguientes criterios: a) La magnitud del daño económico causado por dichos crímenes, dicho monto se obtenía de multiplicar la cantidad de obras y veces que se usó la misma por el su valor; b) si el acto infractorio se efectuó antes que el titular del derecho puso su obra a disposición del público, c) la afectación de la reputación del titular o titulares del derecho. Disponible en [www.cybercrime.gov/ipmanual/08ipma.html](http://www.cybercrime.gov/ipmanual/08ipma.html).

Consulta: 17 de octubre de 2011.

<sup>43</sup> Disponible en [www.loundy.com/CASES/Playboy v Frena.html](http://www.loundy.com/CASES/Playboy_v_Frena.html)

Consulta: 17 de octubre de 2011

- 1) La muestra de una copia, era un acto de comunicación pública.
- 2) Dicho hecho no podría ser considerado como un acto de *fair use*, toda vez que no se encontraba dentro de los criterios legales para su aplicación, más aún, si la propia empresa demandada había señalado que obtuvo ganancias, que si bien eran mínimas, eran ganancias; y por lo tanto, se trataba de actos que buscaban un beneficio económico por parte de la empresa demandada.
- 3) No importa si el infractor tuvo conocimiento de la infracción al derecho de autor, por lo tanto, no se necesita que exista intención de infringir estos derechos, toda vez, que la infracción o el conocimiento no son elementos de la infracción, y por lo tanto un infractor inocente es a la vez culpable por esta infracción.

Del mismo modo, en la sentencia emitida en apelación por la Cuarta Sala de los Estados Unidos de América, respecto del caso Kelly vs. Arriba Soft Corp.<sup>44</sup>, emitida el 23 de Enero de 2002, respecto de la demanda interpuesta por un fotógrafo profesional contra una empresa que se dedicaba a brindar información de búsqueda de páginas web a través de imágenes en tamaño pequeño, en lugar de utilizar texto como otros buscadores, las imágenes que obtenían eran provenientes de otras páginas web, dando un *click* en esas imágenes, se permitía el acceso a las mismas en tamaño normal, se indicó que:

- 1) Si bien la demandada no cobraba nada porque sus usuarios accedan a las fotos del demandante, se había efectuado un acto de transformación de la obra original, al haberse puesto las mismas como *links* para su acceso, más aún si se podía verificar que las fotos se encontraban en un tamaño diferente y tenían una resolución mucho menor a las originales.

---

<sup>44</sup> Disponible en [http://fairuse.stanford.edu/primary\\_materials/cases/ariba\\_soft.pdf](http://fairuse.stanford.edu/primary_materials/cases/ariba_soft.pdf)

Consulta: 17 de octubre de 2011

- 2) Se usaron las imágenes para fines totalmente distintos para los que el titular del derecho las había creado.
- 3) Las cortes han señalado que existe *fair use* cuando una obra original es retransmitida a través de un medio distinto pero con la misma finalidad.

En el caso seguido por Harllan Ellison vs. Stephen Robertson y otros<sup>45</sup>, respecto a la responsabilidad de los proveedores de servicio, la Corte señaló que:

- 1) Debe demostrarse la titularidad respecto de los derechos reclamados y que existió una infracción de sus derechos.
- 2) Para la **contributory infringement** debe demostrarse que el infractor estuvo involucrado en actividades que contribuyan a la realización de dichos actos infractorios, a pesar que tuvo conocimiento que el material utilizado no era legal por no contar con la respectiva autorización o por no encontrarse dentro de las excepciones del *fair use*.

Respecto a criterios utilizados para la determinación de la jurisdicción en casos de infracciones en Internet, es posible citar el utilizado en el caso de Playboy Enterprises Inc. Vs. Tattilo Editrice y otros<sup>46</sup>, referido a un caso en el cuál mediante una página web de procedencia italiana se promovía, distribuía y vendía para Estados Unidos una revista de las mismas características que la de Playboy, **utilizando las mismas imágenes que la revista de la empresa demandante**, la Corte del Distrito Sur de Nueva York fundamentó su jurisdicción en lo siguiente:

---

<sup>45</sup> Disponible en <http://www.stepto.com/assets/attachments/2112.pdf>

Consulta: 17 de octubre de 2011

<sup>46</sup> Disponible en [www.loundy.com](http://www.loundy.com)

Consulta: 17 de octubre de 2011

**El demandado ha solicitado activamente clientes dentro de los Estados Unidos para su sitio en la Internet,** [el resaltado y subrayado es nuestro] y haciéndolo ha distribuido su producto dentro de los Estados Unidos. Cuando un potencial suscriptor envía por un fax el formato requerido por Tattilo, recibe de vuelta, vía e-mail, una contraseña y un nombre de usuario. **Por este proceso, Tattilo distribuye su producto dentro de los Estados Unidos** [el resaltado y subrayado es nuestro]. En la ausencia de mecanismos de observancia el derecho de propiedad intelectual podría ser fácilmente infringido a través de la creación de sitios en la Internet que permitieran la mayor distribución que alguna vez se haya disfrutado. Nuestro sistema de larga data de protección a la propiedad intelectual ha incentivado a las mentes creativas para ser productivas. La dilución de esta protección puede desestimular la creatividad. Mientras esta Corte no tiene ni la jurisdicción ni desea prohibir la creación de sitios web en la internet alrededor del mundo, sí puede prohibir el acceso a esos sitios en “este” país. **En consecuencia, mientras Tattilo puede continuar operando su sitio en la Internet, debe sin embargo abstenerse de aceptar suscripciones de clientes que vivan en los Estados Unidos** [el resaltado y subrayado es nuestro] [...] (Antequera 2007:377).

Del presente caso, se desprende que el criterio para la determinación de la jurisdicción y normativa que se empleó estuvo relacionado con el lugar en donde se produce el daño al derecho tutelado, pero restringiendo los efectos de la misma sólo al territorio norteamericano, por lo que si dicha página web también permite el acceso a dichos contenidos a usuarios de otros países, entonces el titular del derecho deberá iniciar las acciones legales respectivas referidas a esos territorios.

De las resoluciones emitidas por Cortes de los Estados Unidos que se han expuesto puede verificarse que existen diversos pronunciamientos referidos específicamente a las fotografías en las páginas web, en los cuales se evalúa además, la responsabilidad de los proveedores de servicios, las mismas pueden

servir como referente a nuestras autoridades al momento de resolver este tipo de conflictos.

### 3.6.2 Comunidad Europea – España:

Mediante la Directiva N° 2001/28/CE<sup>47</sup> del Parlamento Europeo y del Consejo, de fecha 22 de Mayo de 2001, se propuso que para una efectiva protección de los derechos de autor y derechos afines a éste, ante la denominada era de la información (entiéndase dentro de ella el uso del Internet), se debería proceder con establecer primero una armonización legal respecto de los conceptos, niveles de protección, derechos otorgados, criterios de excepción para el derecho de explotación de las obras, la implementación y protección de las medidas tecnológicas, dentro de los países que forman parte de la Comunidad Europea, con dicha directiva se procedió a señalar la implementación en forma armonizada de los Tratado OMPI WCT y WPPT.

Es en virtud de esta Directiva, que mediante la Ley 23/2006 del 07 de Julio del 2006 se dispuso que se adecuará la Ley de Propiedad Intelectual aprobada mediante el Real Decreto Legislativo 1/1996 a los términos de dicha Directiva.

Posteriormente, mediante la Ley 2/2011, de 4 de marzo del año pasado, denominada de Economía Sostenible, se estableció una serie de medidas tendientes a modernizar la economía española en tres aspectos; disponiendo en su Cuadragésima Tercera Disposición Final, el corte de acceso a Internet a aquellos usuarios que en forma reiterada violaron la propiedad intelectual, ello de conformidad con los lineamientos que previamente se habían establecido en la Directiva que regula el acceso a Internet aprobado por la Comunidad Europea.

---

<sup>47</sup> Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:167:0010:0019:ES:PDF>  
Consulta 17 de Octubre de 2011

Mediante dicha norma se determinó que:

- 1) Se modifique el artículo 8.1 de la Ley 34/2002 relativo a Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, referido a las restricciones a la prestación de servicios, agregando un nuevo supuesto, cuando a través de este servicio se violen los derechos de propiedad intelectual, entre ellos el Derecho de Autor.
- 2) Del mismo modo, se agregó un nuevo apartado al artículo ocho de la norma anteriormente señalada, mediante la cual los prestadores de servicios deben brindar la información que permita la identificación del responsable de la comisión de dichos actos infractorios, para ello deberá existir una orden judicial previa conforme a lo establecido en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.
- 3) Así mismo, se modifica el artículo 158° de la Ley de Propiedad Intelectual, creando así, la llamada Comisión de Propiedad Intelectual, que estará compuesta por dos secciones.

La primera ejercerá funciones de mediación y arbitraje en casos de conflictos y la segunda que buscará salvaguardar los derechos de propiedad intelectual frente a su vulneración por parte de los responsables de estos servicios.

Para ello, esta segunda sección tiene facultades para que se interrumpa la prestación de un servicio (internet) o para retirar los contenidos que vulneren los derechos de los titulares legalmente protegidos, siempre que el prestador, directa o indirectamente, actúe con ánimo de lucro o haya causado o sea susceptible de causar un daño patrimonial. Esto previo requerimiento al prestador del servicio, que en un plazo no mayor de 48 horas, proceda con retirar en forma voluntaria los contenidos infractores, o en su defecto realice las alegaciones y proponga las pruebas necesarias respecto a que dicha

explotación de la obras se encuentra dentro de los supuestos de excepción legalmente establecidos.

Va corresponder a este órgano administrativo determinar si dicha utilización se encuentra o no dentro de los supuestos de excepción de la norma, emitiendo para ello, la respectiva resolución, en caso del retiro voluntario, automáticamente se tendrá por concluido el procedimiento.

De determinarse la necesidad de la suspensión del servicio o del retiro del material infractor, ello deberá efectuarse a través no de la resolución de esta Sección Segunda sino mediante una orden judicial. Esta acción de orden administrativa, es sin perjuicio, de las acciones de tipo civil, penal y/o contencioso administrativo que los titulares de derecho estimen pertinente interponer.

- 4) Se modifica el artículo 9° de la Ley 29/1998 del 13 de Julio de 1998, Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, otorgando competencia a los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo para que emitan la respectiva resolución que autoriza la ejecución de los actos tanto de suspensión de la prestación de los servicios como lo establecido por la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual en el uso de sus facultades.

Del mismo modo, se introduce un nuevo artículo 122 bis, en el que se describe que el procedimiento debe ser iniciado a solicitud de dicha sección fundamentando el pedido, correspondiendo al Juzgado, previa audiencia del Ministerio Fiscal, que en un plazo de 24 horas siguientes a la petición emita su resolución respectiva sobre la solicitud, siempre que ello, no afecte los numerales 1 y 3 del Artículo 18 de su Constitución Política referido al honor, intimidad personal y familiar, la propia imagen y al secreto de las comunicaciones.

La ejecución de dichas medidas requerirá de autorización judicial, para ello, luego del acuerdo tomado por la segunda sección se debe solicitar al juzgado competente su autorización, en un plazo máximo de dos días, se citará al representante de la Administración, al Ministerio Fiscal y a los titulares de los derechos afectados, en la cual el juez oír a las partes y en un plazo máximo de dos días determine si procede o no la ejecución de lo dispuesto por la Sección Segunda. Lo resuelto podrá ser apelado, o es resuelto en última instancia por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.

Del mismo modo, como ya se había explicado en las páginas anteriores del presente trabajo, los miembros de la Comunidad Europea, entre ellos España se hayan sujetos a las normas señaladas en el Convenio de Bruselas, El Convenio de Lugano y el Reglamento de Bruselas I; siendo así, los jueces españoles, al momento de determinar si tienen o no competencia para un caso de infracción contra derechos de autor de los titulares de imágenes en Internet, así como la normativa a aplicar; efectuaran en un primer término la evaluación de la competencia en virtud de estas normas, puesto que si luego de un análisis de los artículos 22°, 23° o 24° del Reglamento de Bruselas I se verifica que se debe aplicar el régimen normativo interno.

Es en ese supuesto, que los Jueces españoles tendrán competencia conforme a lo señalado en el artículo 22° numeral 3 de su Ley Orgánica del Poder Judicial<sup>48</sup>, para ello, se tendrá en consideración el criterio del domicilio, el cual en los puntos anteriores ya fuera materia de análisis y de comentarios.

---

<sup>48</sup>

Disponible en [http://www.csif.es/local/modules/Portada/admon\\_y\\_servicios/LEGISLACION/LEGIS.%20O.%20DEL%20ESTADO/LO6.85%20EL%20PODER%20JUDICIAL.pdf](http://www.csif.es/local/modules/Portada/admon_y_servicios/LEGISLACION/LEGIS.%20O.%20DEL%20ESTADO/LO6.85%20EL%20PODER%20JUDICIAL.pdf).

Consulta 17 de octubre de 2011.

Debiendo no obstante indicar, que en el caso de relaciones contractuales a las que se aplica la normativa española, son aquellas en las que el demandado tiene su domicilio en España, cuando las partes hayan señalado en el documento contractual que se someten a dicha jurisdicción, y cuando la obligación contractual ha nacido o debe cumplirse en España.

De acuerdo con estas normas comunitarias, el principio fundamental es que la jurisdicción competente es la del Estado miembro donde el demandado tiene establecido su domicilio, cualquiera que sea su nacionalidad. La determinación del domicilio se efectúa en función de la ley del Estado miembro del tribunal competente. Cuando alguna de las partes no tiene domicilio en el Estado miembro cuyos tribunales conocen del asunto, el tribunal deberá aplicar la legislación de otro Estado miembro para determinar si la persona tiene un domicilio en dicho Estado miembro.

Para las personas jurídicas y las sociedades, el domicilio se define en función del lugar en que se encuentra su domicilio social, su administración central o su establecimiento principal. Para los grupos, el domicilio es definido por el juez que conoce del asunto, aplicando las normas de su Derecho internacional Privado.

Así mismo, se establecen competencias especiales independientemente del domicilio, por ejemplo, para el caso de materias contractuales (que es el tribunal del lugar donde la obligación fue o debería haber sido cumplida), en materia penal (el tribunal será aquel donde se produjo el hecho dañoso), o en caso de derechos de propiedad intelectual (tribunal competente será aquel en el que se realizó el registro correspondiente).

El Tribunal Supremo I de lo Civil, en la Sentencia 629/2007 del 28 de Junio de ese año<sup>49</sup>, respecto a las excepciones al uso de explotación de la obra señaló que: < [...] como toda excepción a los derechos de explotación del autor sobre su obra, [...] ha de hacerse [...] una interpretación de carácter restrictivo [...] cuando se habla de copias "para uso privado del copista", ha de tratarse de obras ya divulgadas y para satisfacer necesidades personales del mismo, quedando al margen de dicho uso cualquier otra destinada a actividades de diferente naturaleza [...]>.

Continúa la resolución precisando que: “[...] no tienen la condición de reproducciones para uso privado del copista, en el sentido del apartado 2 del artículo 31 de la citada Ley: a) Las efectuadas en establecimientos dedicados a la realización de reproducciones para el público, o que tengan a disposición del público los equipos, aparatos y materiales para su realización y b) las que sean objeto de utilización colectiva o de distribución mediante precio [...]”.

Esta sentencia determinó, que a efectos de considerar la existencia de la excepción al derecho de reproducción, debe tenerse presente la ubicación de la máquina reproductora y el destino de la reproducción.

De igual manera, el mismo Tribunal en la sentencia N° 214/2011, del 05 de Abril de 2011<sup>50</sup>, señaló que:

El motivo se desestima porque este Tribunal considera correcta la doctrina aplicada por la resolución recurrida, de modo que, bien la falta de originalidad, o bien la de creatividad, privan a la fotografía de la condición de obra fotográfica (art. 10.1.h LPI), y consecuentemente de los derechos de autor, y la degradan a la condición de mera fotografía con la protección de propiedad intelectual limitada del art. 128 LPI. El criterio expuesto es conforme a la noción de «**creación original**»

---

<sup>49</sup> Disponible en [www.sentenciasjuridicas.com](http://www.sentenciasjuridicas.com)

Consulta 17 de Octubre de 2011

<sup>50</sup> Disponible en [www.sentenciasjuridicas.com](http://www.sentenciasjuridicas.com)

Consulta 17 de Octubre de 2011

[resaltado y subrayado nuestro] del art. 10.1 de la LPI , que cabe entender como "**originalidad creativa**" [resaltado y subrayado nuestro],[...] desde una perspectiva subjetiva a la exigencia de un "**esfuerzo creativo**" y que "**se refleje la personalidad del autor**" [resaltado y subrayado nuestro], y en el plano de la novedad objetiva a la trascendencia de la obra que, [...]. Ciertamente que **el examen se realiza con base en el concepto de "originalidad", pero se pondera con la extensión de comprender la creatividad y relevancia de la novedad** [resaltado y subrayado nuestro][...] La creatividad supone la aportación de un esfuerzo intelectual, -talento, inteligencia, ingenio, inventiva, o personalidad que convierte a la fotografía en una creación artística o intelectual- La singularidad no radica en el objeto fotográfico, ni siquiera en la mera corrección técnica, sino en la fotografía misma, en su dimensión creativa [...].

Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Gran Sala) de 13 de marzo de 2007 (asunto C-432/05):

El principio de tutela judicial efectiva de los derechos conferidos directamente a los justiciables por el ordenamiento jurídico comunitario [resaltado y subrayado nuestro] debe interpretarse en el sentido de que no exige que en el ordenamiento jurídico de un Estado miembro (a la razón, Suecia) exista una acción autónoma que tenga por objeto, con carácter principal, el examen de la compatibilidad de disposiciones nacionales con el artículo 49 CE, cuando otros cauces procesales efectivos, que no sean menos favorables que los relativos a las acciones nacionales similares, permitan apreciar con carácter incidental dicha compatibilidad, extremo éste que ha de verificar el órgano jurisdiccional nacional. Para el Tribunal de Luxemburgo, el principio de tutela judicial efectiva de los derechos conferidos a los justiciables por el ordenamiento jurídico comunitario exige que, **con arreglo al Derecho de un Estado miembro, se puedan acordar medidas cautelares hasta que el órgano jurisdiccional competente se pronuncie sobre la conformidad de las disposiciones nacionales de que se trate con el Derecho comunitario, siempre y cuando la concesión de dichas medidas sea necesaria para garantizar la plena eficacia de la resolución judicial que resuelva sobre la existencia de tales derechos** [resaltado y subrayado nuestro]. Además, el principio de tutela judicial efectiva de los derechos conferidos a los justiciables por el ordenamiento jurídico comunitario,

en caso de duda sobre la conformidad de disposiciones nacionales con el Derecho comunitario, se interpreta en el sentido de que la concesión de medidas cautelares para suspender la aplicación de dichas disposiciones hasta que el órgano jurisdiccional competente se pronuncie sobre la conformidad de éstas con el Derecho comunitario, se rige por los criterios establecidos por el Derecho nacional aplicable ante el órgano jurisdiccional competente, siempre que dichos criterios no sean menos favorables que los referentes a recursos semejantes de naturaleza interna ni hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil la tutela judicial cautelar de tales derechos.

Nosotros, otorgamos protección tanto respecto de aquellas fotografías que tienen la calidad de originales, a través del derecho de autor propiamente dicho, y mediante derechos conexos para el caso de aquellas fotografías no originales.

Si bien, los pronunciamientos emitidos no se refieren específicamente al caso de las imágenes, los mismos pueden perfectamente ser aplicados a este caso en concreto y las infracciones en Internet, puesto que las imágenes para el caso nuestro son consideradas como obras; y por lo tanto son tratadas conforme a los lineamientos generales para todo tipo de obra.

### 3.6.3 América Latina – Argentina:

Una de las principales legislaciones que en materia de derechos de autor existe en América Latina, es la Argentina, que al igual que la peruana sigue la tradición romano-germánica, en la actualidad la norma vigente sobre derechos de exclusiva respecto de una obra es la Ley 11.723, Ley de Propiedad Intelectual<sup>51</sup>. Las obras fotográficas encuentran su regulación en los artículos 1 y 34 de dicha norma, desde la óptica de la creación del registro estático de los elementos que

---

<sup>51</sup> Disponible en [http://www2.mincyt.gob.ar/11723\\_act.htm](http://www2.mincyt.gob.ar/11723_act.htm)  
Consulta 17 de Octubre de 2011

nos rodean, dándole una protección *siu generis* y no propia del Derecho de Autor.

Respecto de las excepciones al derecho de exclusiva que tienen los titulares de los derechos de autor, y sobre fotografías o imágenes, la norma argentina no establece supuestos específicos; en principio, estas obras requieren de autorización para su reproducción, pero si éstas son indispensables para ilustrar una exposición de orden artístico o explicar un texto del cual forman parte, es decir, si se adecuan dentro de los parámetros de la regla de los tres pasos, establecida en el Convenio de Berna.

Mediante la emisión de la Ley 25.006<sup>52</sup> del 10 de Agosto de 1998, se dispuso que la protección de las obras fotográficas será sólo de **20 años** a partir de la fecha de su publicación; posteriormente, conforme se señala en el documento denominado Situación Actual del Derecho de Autor en Argentina se indica que mediante Exp. Sen. S-251/06- 1/3/06, se propone modificar el artículo 34° de la ley 11.723, equiparando con ello el plazo de protección de la obra fotográfica al del resto de las obras previsto en el artículo 5, es decir a setenta años.

Sobre el particular, es preciso indicar que cuando se dicta la norma en el año 1933, se discutía si es que las fotografías deberían o no, formar parte de la protección de los derechos de autor, por considerarlas un simple proceso mecánico efectuado mediante una cámara fotográfica, por lo que en un primer momento las legislaciones, como la Argentina lo trataban como una obra artística disminuida, y fijaban plazos particulares, en concordancia con lo establecido en el artículo sétimo del Convenio de Berna.

---

<sup>52</sup> Disponible en <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/50000-54999/52342/norma.htm>  
Consulta 17 de Octubre de 2011

Es con la adopción del Tratado OMPI sobre Derechos de Autor, artículo noveno, que se asimila a la fotografía como una obra que merece protección a través de los derechos de autor; sin embargo, a pesar de la propuesta legislativa anteriormente señalada, y que Argentina se adhirió a dicho tratado, el mismo que entró en vigencia en el año 2002, la norma Argentina debió haber asimilado a este tipo de obras, el plazo de protección a setenta años, hecho que no ocurrió por lo que, a la fecha se mantiene el plazo de 20 años desde su publicación para obras nacionales y 25 años desde su realización para obras extranjeras.

Respecto de las imágenes de las personas, que no podrían ser consideradas como obras protegidas bajo el derecho de autor, en los artículos 31°, 33° y 35° de la Ley 11.723 se señaló que sólo la persona retratada o sus herederos, de ser el caso, podrán autorizar la publicación del retrato, entendiéndose toda forma de fijación de la imagen, sin importar el modo de reproducción o comunicación pública, a excepción que se trate de fines científicos, didácticos, culturales en general, se hubieren desarrollado en público, estén relacionados a hechos públicos o de interés general; precisándose además, que en este supuesto son de aplicación las normas relativas al Derecho Civil.

Del mismo modo, si bien conforme a la normatividad argentina no es necesario el registro para poder ejercer los derechos de exclusiva, es necesario indicar que el artículo 34° de dicha norma establece que ***“Debe inscribirse sobre la obra fotográfica [...] la fecha, el lugar de publicación, el nombre o la marca del autor o editor. El incumplimiento de este requisito no dará lugar a la acción penal prevista en esta ley para el caso de reproducción de dichas obras”*** [resaltado nuestro]. Si se trata de una publicación periódica y el titular de dicha publicación procedió al registro respectivo, el autor de la fotografía se verá beneficiado porque en el periódico aparecerá la fecha y el lugar de publicación y el nombre del editor.

Respecto a la tipificación penal, es necesario indicar que en el caso de la legislación argentina, los tipos penales no se encuentran incluidos dentro de su código penal, sino que han sido establecidos dentro de la Ley 11.723, artículos del 71° al 78°, en los cuales se describe en forma pormenorizada las conductas que van a ser consideradas como delitos, se establecen las sanciones, etc.; señalándose en su artículo 71° un tipo penal abierto, es decir la conducta que transgreda de cualquier manera o forma la protección o cobertura de la ley<sup>53</sup>. Así pues, si un proveedor de contenidos carga en una página web obras protegidas sin contar con la debida autorización de parte de los titulares de los derechos, incurrirá en las conductas contempladas en los artículos 71° al 73° de la Ley 11.723 y reparar los daños causados.

En el caso del pronunciamiento del Tribunal de la Sala D de la CN Civ. seguido por Horacio Tirigall contra Impreba S.A., del 28 de Junio de 1985, citado por Villalba (2005:29), se indicó respecto de la originalidad que:

Para que la obra pueda ser objeto de tutela debe ser identificable, tener su propio rostro, de ahí que motivos que no sean nuevos ni originales en sí pueden dar vida a una obra tutelada, siempre que ésta revele una impronta personal o identificatoria. Kohler hizo un distinguo entre “innere y aussere Form”, que en la doctrina francesa se traduce por ideas, reproducción, medios de expresión. Y la obra está protegida en su conjunto y basta para su tutela que una parte de ella revista carácter creativo, o que lo tenga el conjunto, teniendo en cuenta la organización de varios elementos que la comprenden aunque éstos, considerados aisladamente no sean susceptibles de tutela (Villalba 2005:29).

Así mismo, en la sentencia emitida por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, Sala J, emitida en el Expediente N° 85.966/05, de fecha 18 de Agosto del 2009, en el caso seguido por Constanza Digregorio contra Tango 1921 S.A., respecto a las obras fotográficas se señaló que:

---

<sup>53</sup> Es necesario indicar que en el caso peruano, el artículo 183° del Decreto Legislativo 822, ha señalado que constituyen infracciones a esta ley todos aquellos actos que vulneren cualquiera de sus disposiciones.

**[...] las fotografías aquí involucradas son producto de la creación intelectual del autor [...] en la medida que en el proceso de su creación se necesitó talento y predisposición especial con suficiente vocación profesional y originalidad. Asimismo, que las fotografías no hayan tenido un fin artístico sino publicitario no quita que en su creación o producción hayan requerido de un dominio de las técnicas del arte [...]** [resaltado y subrayado nuestro]. Cuando el autor publica la obra, [...] se hace obligatorio su registro como requisito indispensable para su protección a los efectos patrimoniales. La falta de ese segundo trámite [...] hace caer la obra en el dominio público, del cual sale mediante el cumplimiento de aquella exigencia [...].

En el caso seguido por Hugo Lazaridis versus Editorial Perfil S.A., del primero de octubre de 1985, citado por Villalba (2005:88), respecto de los derechos morales, se sostuvo que: *“al insertarse en la revista, el retrato con un autoría distinta a la real se infirió a su autor un agravio de neto corte moral, al menoscabarse su legítimo derecho a ser reconocida su paternidad artística sobre la obra, [...] siendo por ello punible el desmedro o la desconsideración que se tuvo en su contra. Falsear a sabiendas la verdad, invadiendo el ámbito espiritual del artista hace por sí sola procedente la indemnización requerida, [...] sin que sea necesario de ninguna otra prueba para aceptar la procedencia del daño moral”*.

En el caso resuelto por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala D, del 11 de Agosto del 2010<sup>54</sup>, se señaló que respecto de la responsabilidad de los proveedores de servicios:

[...] corresponde aplicar al caso las normas que regulan la responsabilidad civil [...] no basta que la información o el contenido existente en la web y encontrado a través de los buscadores sea erróneo y aún lesivo ... la responsabilidad civil [...] sólo puede hacerse efectiva contra las demandadas en la medida en que, frente a una situación ilícita, y advertida a través de los mecanismos pertinentes, **no**

---

<sup>54</sup> Disponible en <http://www.cerlalc.org/derechoenlinea/dar/index.php?mode=archivo&id=1918>  
Consulta 17 de Octubre de 2011

realicen la conducta atinente y necesaria para obtener la cesación de las actividades nocivas, pues, recién en ese momento se configurará la falta propia [resaltado y subrayado nuestro] [...].

Así mismo, respecto a la originalidad, la Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en la sentencia del 24 de febrero de 1997, en el caso seguido por la empresa KeySoft/KeyPersonal contra Claudia Truninger de Bunger y otros<sup>55</sup>, indicó que: “ [...] cuando hay creación hay obra intelectual. La idea de creación implica la de originalidad [...] La originalidad o la individualidad requieren que cada obra lleve impreso el estilo propio de su autor, sin importar cuál sea su mérito. Vale decir, que el mismo elemento, tratado por diversas personas, sea materia de obras distintas, de tal modo que pueda individualizárselas unas de otras. No puede, pues exigirse la originalidad absoluta; si cabe hablar en cambio, de una combinación novedosa de elementos preexistentes [...]”.

Del mismo modo, es necesario indicar que respecto a la responsabilidad de los proveedores de servicios, en el caso seguido por Omar Lozano contra Jujuy Digital y/o Jujuy.com<sup>56</sup>, la Sala Primera de la Cámara Civil y Comercial, con fecha 30 de Junio de 2004, señaló que:

El servidor sólo posee el completo control del contenido de los datos cuando el mismo actúa como creador de los contenidos, por ejemplo cuando crea su propia www [...] para afirmar la responsabilidad de un proveedor por la difusión de contenidos penalmente ilícitos, debe probarse una conducta positiva, que participó activamente [...] (colaboró en la conformación de contenidos) o que omitió hacer lo que debía de hacer (conociendo el carácter ilícito de los contenidos y pudiendo evitar la difusión, no lo hizo) [...] Por lo tanto acreditando el hecho ilícito, la responsabilidad de los accionados resulta incuestionable, a mérito de lo dispuesto

---

<sup>55</sup> Disponible en <http://www.cerlalc.org/derechoenlinea/dar/index.php?mode=archivo&id=148>  
Consulta 17 de Octubre de 2011

<sup>56</sup> Disponible en <http://www.cerlalc.org/derechoenlinea/dar/index.php?mode=archivo&id=1921>  
Consulta 17 de Octubre de 2011

por el art. 1113, 2da. Parte, 2 párrafo del Código Civil, toda vez que se determina responsabilidad por el riesgo o vicio de la cosa, o, como sostienen algunos juristas, la responsabilidad por la actividad riesgosa de la empresa [...].

Como puede verificarse de las resoluciones y normativas anteriormente descritas, respecto de las imágenes, se plantea el mismo nivel de protección a nivel mundial y por lo tanto lo resuelto en estos procedimientos pueden ser aplicados en el Perú, para casos similares por resultar compatibles.

### 3.7 **Sobre la Necesidad de la Armonización en los criterios para determinar la Jurisdicción, Competencia, Norma Aplicable en las infracciones a los Derechos de Autor en el Internet.-**

Como puede verse de los puntos precedentes del presente capítulo, existen intentos por determinar, en el caso de las infracciones a los derechos de autor en el internet: la norma aplicar, el juez y la jurisdicción competente, que permita una eficaz y eficiente protección y defensa de los estos derechos ante los retos que el Internet ofrece.

De todos ellos, los que más avanzaron fueron Estados Unidos, a través de la Jurisprudencia y la Comunidad Europea, quien ha logrado un alto grado de armonización de su normatividad; sin embargo, ella resulta insuficiente, toda vez que las mismas sólo se limita a su ámbito territorial, pero no puede extenderse fuera de él, es decir no puede aplicarse en forma automática y generalizada a nivel mundial.

No obstante ello, de estos dos casos en particular, que representan las dos corrientes doctrinarias es posible obtener lineamientos bases a utilizar para la resolución de los conflictos materia de análisis; más aún si en el caso de América Latina no han surgido todavía posiciones claras a nivel doctrinario ni legislativo, que pueda aplicarse en todo el continente.

La Comunidad Andina de Naciones, actualmente conformada por Perú, Colombia, Ecuador y Bolivia, si bien los últimos años se ha visto debilitada ante los conflictos existentes entre sus países miembros, todavía sigue representando una organización tendiente a lograr la integración andina suramericana.

Esta Organización, entre otras actividades emite normativas que deben ser parte de la legislación interna de Perú, Colombia, Ecuador y Bolivia; y cuenta además con un Tribunal cuyas resoluciones deben ser respetadas y cumplidas por sus países miembros.

Siendo así, como un primer paso podría crearse un Tribunal que tenga competencia supranacional para decidir con respecto a estas infracciones, y así lo resuelto por éste pueda ser ejecutado en cualquiera de los países de miembros, o en su defecto modificar el Tratado de Creación y el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, a efectos que pueda gozar de estas facultades y además, pueda emitir, lineamientos que cada uno de los Órganos Jurisdiccionales o Administrativos de cada país miembro aplique en sus resoluciones, logrando de esta manera pronunciamientos concordantes y no divergentes entre sí.

Entre los lineamientos que pudieran emitirse, y que no afectan los principios de soberanía de cada Estado, se pueden considerar los siguientes<sup>57</sup>:

- a) **Con respecto de la determinación del infractor:** Como se explicara en el capítulo segundo del presente trabajo, son diversos los actores que intervienen en la provisión y acceso entre otras, a las obras protegidas por el Derecho de Autor, y en virtud a la no limitación territorial propia del Internet, la ubicación de todos y cada uno de estos sujetos que de forma directa o

---

<sup>57</sup> Debe tenerse presente que ya existente intentos a través, entre otros, de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual, para poder dar solución al problema materia de análisis, y la presente propuesta es sólo un esbozo, en virtud a la información existente a la fecha y a la que mi persona tuvo acceso durante su investigación.

indirecta intervienen en el proceso infractorio, resulta por decirlo menos casi imposible.

Así pues, si bien por ejemplo, puede ser un usuario el que introdujo la obra infractora, no siempre puede individualizarse. Es por ello, que compartiendo la tendencia mundial, y en correcta aplicación de la responsabilidad solidaria establecida en el artículo 39° del Decreto Legislativo 822, a fin de no hacer más difícil la defensa de los derechos lo que se propone es que la acción debe ser interpuesta contra el proveedor de servicio, ello en virtud a que éste, si bien no es quien carga la obra en la red, si cuenta con todos los mecanismos necesarios para bloquear esta tipo de infracciones; más aún si tenemos en cuenta que este proveedor directa o indirectamente, actúa con ánimo de lucro y este tipo de accionar es susceptible de causar un daño patrimonial.

Además, es mucho más factible para el titular del derecho poder identificar y ubicar al proveedor de servicio, quien de acuerdo con la estructura del internet, sí se identifica, toda vez que en la mayoría de casos se trata de una persona jurídica; que ubicar a quien utiliza la red, que si puede ocultarse a través del anonimato o del seudónimo, y cuya ubicación no es posible determinar, toda vez que por ejemplo pudo haber realizado el acto infractorio mediante el alquiler de una máquina en una cabina pública.

Pero no siempre el proveedor de servicio va ser responsable, por el accionar de sus usuarios, éste asumirá responsabilidad por la omisión incurrida a su deber de accionar diligente, vale decir que por ejemplo si incluye dentro mecanismos de protección contra la carga o descarga de obra no autorizadas; si al tomar conocimiento de la existencia de dichas obras dentro del servicio que brinda no las retiró, bloqueó o informó a las autoridades de la detección de este accionar.

Así mismo, al igual que existe la posibilidad del levantamiento del secreto de las comunicaciones o bancario por una orden judicial, también se creen mecanismo legales, que sin violentar derechos constitucionales, obliguen a los proveedores de servicios a responder a solicitudes de acceso a los datos personales de los usuarios; así como ante la verificación de un acto infractorio, se ordene a los proveedores de servicios cesen dichos actos, previendo que se pueda cortar el acceso a Internet del usuario, como una medida preventiva.

b) **Con respecto de la determinación de la Jurisdicción y Competencia:**

Sobre este punto, la misma va depender del hecho que origina la infracción:

- ***Si es de origen contractual:*** En aquellos casos, en los cuales si existió una autorización por parte del titular del derecho para que utilice su obra, pero aquél que obtuvo la autorización, realiza la explotación en forma distinta a la licencia, la jurisdicción y la competencia se va determinar conforme a lo acordado por las partes en el contrato, de no existir tal voluntad de las partes, pero habiéndose indicado que se aplicará las normas de determinado país, en consecuencia la competencia y la jurisdicción se determinará conforme a las normas procesales de dicho país.
- ***Si es de origen extra-contractual:*** Esta es quizás, la situación en la cual se originan la mayoría de los actos infractorios en Internet, y dado que como se explicará en los párrafos anteriores, ubicar al infractor directo es una tarea titánica y que incluso puede llegar a ser infructuosa, y dado que la obra infractora es cargada en un lugar, el acceso a ella se puede dar desde cualquier parte del mundo; siendo así, el titular del derecho puede interponer la acción en el país en donde se causa el daño, siempre y cuando este país en donde se causa el daño cuenta con una legislación

de protección del Derecho de Autor, con los estándares mínimos fijados por las normas macro internacionales.

También podría considerarse como competente aquel órgano jurisdiccional o administrativo, donde se localiza el servidor que provee los contenidos, será decisión del titular elegir cualquiera de estas dos formas de determinación de la jurisdicción y de la competencia, siempre tomando en cuenta aquella que se respeten sus derechos de autor.

Con respecto a la competencia, en el presente caso, debido a que sólo se hace referencia a la Comunidad Andina, la competencia se restringe a los territorios de sus países miembros, en cuanto al cálculo de la afectación de los derechos, para lo cual deberá tenerse en cuenta por ejemplo el número de usuarios únicos<sup>58</sup> con el que cuenta la página en la cual se encontraban alojadas las obras ilícitas, dicha información es posible de obtenerse a través de empresas certificadoras.

Del mismo modo, con respecto a las restricciones a los proveedores de servicio, la competencia si podría comprender, que se bloquee a nivel mundial el acceso a la página donde se alojaban los contenidos infractorios, toda vez que al dirigirse la acción contra el proveedor de servicio ello si es posible.

- c) **Con respecto de la determinación de la Normatividad a Aplicar:** En este aspecto, como todos los miembros de la Comunidad Andina, en virtud a la Decisión Andina 351, han internalizado, las normas establecidas en dicha decisión, con lo cual existe una estandarización normativa, en consecuencia, es posible que con respecto a la determinación de la normatividad a aplicar para este tipo de infracciones, ésta deberá ser la misma que la existente en el

---

<sup>58</sup> Usuarios Únicos: Se refiere a cada visita que recibe la página web, siendo que cada visita debe permanecer como mínimo 15 minutos en la página.

país en donde se está reputando la jurisdicción y la competencia, sea del órgano jurisdiccional o administrativo; en caso exista algún vacío legal, en forma supletoria aplicar las normas del país en donde se creó la obra materia de reclamo.



## CONCLUSIONES

- 1) El Internet debido a sus características tan peculiares, es un desarrollo tecnológico que se puede convertir en un aliado estratégico de los titulares de los derechos de autor, siempre y cuando, el mismo sea utilizado tomando conciencia así como la responsabilidad sobre los derechos de exclusiva respecto de las obras que en él se transmiten, correspondiendo a los países no sólo aplicar sistemas que puedan restringir las infracciones sino que vayan más allá, que busquen políticas similares a la de la analógica, en las cuales se busque inculcar en la población la concientización del respeto y reconocimiento a favor del creador intelectual, favoreciendo con ello el desarrollo de las industrias culturales.
- 2) De la revisión de la doctrina y de la jurisprudencia que se ha recopilado en la presente investigación se puede ver que son muy pocos los pronunciamientos que se han efectuado respecto de las imágenes como obras de derecho de autor, por lo cual al no existir un pronunciamiento expreso sobre las imágenes en sí, para el análisis de las infracciones contra imágenes protegidas por derecho de autor se tendrá que aplicar los criterios ya expresados, y adecuarlos a esta clase de obras.
- 3) En la era del entorno digital al que se enfrenta desde algunas décadas el derecho de autor se hace necesario que se replanteen una serie de conceptos doctrinarios, legislativos y jurídicos que permitan la adecuación del derecho de autor a los nuevos desafíos con los que se viene enfrentando, para ello se requiere que esta modificación no se haga en forma opuesta o desconociendo los criterios tecnológicos, puesto que es precisamente la tecnología la que viene afectando al derecho de autor y también es ésta la que puede ayudar a su protección, por ejemplo con la implementación de medidas tecnológicas de protección que a la fecha se pueden aplicar sobre las obras.

- 4) Las imágenes que tengan la calidad de obras originales y que en consecuencia también merecen protección por parte del derecho de autor, al igual que las obras musicales, los libros, películas, etc., también se han visto afectadas con la aparición del Internet y las nuevas modalidades de explotación no autorizada que esta ofrece a sus usuarios, y si bien todos los intentos que a la fecha se han hecho para analizar y elaborar los mecanismos de violación de los derechos de autor no se han efectuado desde la perspectiva misma de las imágenes, ello no significa que no sea factible utilizar los lineamientos doctrinarios y jurisprudenciales a este tipo especial de obra, que como se ha explicado en el presente trabajo tienen características muy peculiares.
- 5) El Internet no sólo ha planteado nuevos retos al derecho de autor sino también a otras ramas del derecho, como por ejemplo el derecho internacional privado, trayendo como consecuencia que la interrelación entre estas dos ramas del derecho se convierta en mas estrecha y constante toda vez que por la estructura de la “red de redes” las infracciones que se puedan cometer contra los derechos de autor, se han convertido en actos de plurilocalización que implica un conflicto de leyes al momento de su análisis, conflicto que sólo puede ser resuelto con una armonización legislativa, que encontró su primer fruto en el seno de la Comunidad Europea.
- 6) Muchas han sido las propuestas que se han brindado para poder determinar en un primer lugar cuál sería el órgano jurisdiccional y/o administrativo que tenga la facultad de intervenir y decidir respecto de actos que puedan o no ser ilícitos, pero todas ellas implican un cambio de los criterios de soberanía del que gozan los países, más aún si tenemos en cuenta que una sentencia puede ser ejecutada en diversos lugares. Similar situación ocurre con la determinación de la normatividad que se debe aplicar, más aún si tenemos en cuenta que son claras las diferencias que se existen entre el sistema del copyright y el romano-germánico, lo que ha llevado a que a la fecha existan sentencias muy

contradictorias sobre el particular. Es por ello que se hace urgente que bajo el patrocinio de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual se tomen acciones tendientes a la adopción de un tratado marco que fije cuales serán los criterios que deban adoptar los países adscritos a la misma para poder fijar tanto la jurisdicción como la normatividad a aplicar en los casos de violación de derecho de autor realizados mediante el Internet, así como la ejecución de las resoluciones emitidas por dicho órgano jurisdiccional y/o administrativo.

- 7) La Comunidad Andina de Naciones, si bien en los últimos años se ha visto debilitada por los continuos conflictos entre sus países miembros debería tomando ejemplo de la Comunidad Europea adoptar una Decisión o en su defecto señalar a través de sus tribunales criterios, que puedan adoptar sus miembros, y en concordancia con la doctrina y jurisprudencia predominante y mas adecuada a su realidad. Y una vez adoptado este mecanismo se comiencen a realizar las negociaciones con otros bloques como Mercosur, AFTA, Comunidad Europea, que permita una aplicación territorial mucho más amplia; más aún si tenemos en cuenta que a la fecha se encuentran en auge las negociaciones de Tratados de Libre Comercio, en los cuales el tema de propiedad intelectual y su protección, es uno de los más importantes y debatidos.
- 8) Si bien, las soluciones que a la fecha se han determinado con respecto al conflicto de jurisdicción y competencia en el caso de las infracciones a los derechos de autor en el Internet, no son infalibles, sino que debido a la amplitud de la normatividad aplicable, siempre encuentra debilidades, las mismas como se han planteado en el punto 3.7 del capítulo tercero de la presente investigación, pueden ser el inicio del largo camino que se debe recorrer para llegar a la armonización, armonización que se hace urgente, debido a la velocidad con que la tecnología va planteando los nuevos retos al derecho de autor.

## BIBLIOGRAFÍA

### Libros

- ANTEQUERA PARILLI, Ricardo.  
2007 *Estudios de derecho de autor y derechos afines*. Madrid: Reus S.A.
- ANTEQUERA PARILLI, Ricardo y FERREYROS CASTAÑEDA, Marysol.  
1996 *El Nuevo Derecho de Autor en el Perú*. Lima: Editorial Perú Reporting.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo.  
2007 *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Tercera edición. Madrid: Tecnos.
- CALVO CARAVACA, Alfonso L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier.  
2001 *Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicciones en Internet*. Madrid: Colex.
- COLOMBET, Claude.  
1997 *Grandes principios del derecho de autor y los derechos conexos en el mundo*. Traducción de Petite Almeida. París: UNESCO/CINDOC.
- DE MIGUEL ASECIO, Pedro.  
2002 *Derecho Privado de Internet*. Tercera edición. Madrid: Civitas.
- DELGADO BARRETO, César y otros  
2010 *Introducción al Derecho Internacional Privado*. Lima. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Tercera Edición.
- ESPÍN CANOVAS, Diego.  
1996 *Los Derechos del Autor de obras de arte*. Madrid: Civitas.
- ESTEVE GONZALES, Lydia  
2006 *Aspectos internacionales de las infracciones de derechos de autor en Internet*. España: Editorial Granada
- LESSIG, Lawrence  
2001 *El código y otras leyes del ciberespacio*. Madrid: Santillana.
- LIPSZYC, Delia.  
2004 *Nuevos Temas de derecho de autor y derechos conexos*. París: Ediciones UNESCO, CERLAC y ZAVALIA.

2006 *Derecho de autor y derechos conexos*. Segunda edición. Buenos Aires: Ediciones UNESCO, CERLAC y ZAVALIA.

SERRANO FERNÁNDEZ, María.

2008 *Fotografía y Derecho de Autor*. Colección de Propiedad Intelectual. Madrid: Fundación AISGE.

VILLALBA, Carlos A. y LIPSZYC, Delia.

2005 El derecho de Autor en la Argentina. Reimpresión. Buenos Aires: La Ley.

#### Artículos de Revistas

ESPÍN ALBA, Isabel

1999 “La originalidad en la protección de las obras fotográficas”. *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*. Galicia, número 20, pp. 123-140. Consulta: 04 de abril de 2011.  
<<http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/originalidad-proteccion-obras-fotograficas-266592>>

GABEIRAS VÁZQUEZ, Patricia; ÁLVAREZ CABRERA, Belén y MUÑOZ SÁNCHEZ-MOLINI, Emma.

2002 “Protección de los contenidos en Internet: desde la web TV a la publicación de libros on line”. *Régimen Jurídico de Internet*. Madrid: La Ley.

LAREDO, Alejandro.

2006 “Derecho Comparado: Derecho de Autor y Copyright. Dos caminos que se encuentran”. *Revista de Derecho Informático*. Lima, número 091. Consulta: 04 de abril de 2011  
<<http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=4700>>

NGUYEN, Titi.

2004 “CYBERLAW: NOTE: A Survey of Personal Jurisdiction Based on Internet Activity: A Return to Tradition”. *Berkeley Technology Law Journal*. California, volumen 19.

OTERO LASTRE, José Manuel.

2008 “La originalidad de las obras plásticas y las nuevas tecnologías”. *Revista Jurídica del Perú*. Lima, número 86.

REAL MÁRQUEZ, Montserrat.

2001 “El requisito de la originalidad en los derechos de autor”. Portal Internacional de la Universidad de Alicante sobre Propiedad Industrial e Intelectual y Sociedad de la Información. Alicante. Consulta: 22 de agosto de 2011.  
<[http://www.uaipit.com/files/publicaciones/0000001974\\_La%20originalidad-Art-uaipit2.pdf](http://www.uaipit.com/files/publicaciones/0000001974_La%20originalidad-Art-uaipit2.pdf)>

RODRÍGUEZ BENOT, Andrés y YBARRA BORES, Alfonso.

2010 “Crónica Sobre Derecho Procesal Civil Internacional”. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*. Valencia, número 20. Consulta: 17 de octubre de 2011.  
<[http://www.reei.org/index.php/revista/num20/archivos/Cronica\\_DPCI.pdf](http://www.reei.org/index.php/revista/num20/archivos/Cronica_DPCI.pdf)>

TSURU, Kiyoshi

2002 “Los tratados de internet ¿murallas digitales?”. México D.F., número 11. Consulta: 04 de abril de 2011  
< <http://www.enterate.unam.mx/articulos/agosto/muradiq.htm>>

VILLALBA DÍAZ, Federico Andrés.

2001 “Algunos Aspectos sobre los Derechos de Autor en Internet”. *Revista Electrónica de Derecho Informático*. Barcelona, número 31. Consulta: 04 de abril de 2011  
<<http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/aspectos-derechos-autor-internet-101336>>

VON LEWINSKI, Silke.

2005 “Algunos problemas jurídicos relacionados con la puesta a disposición a través de la redes digitales de obras artísticas y literarias así como de otros objetos”. *Boletín de Derecho de Autor de la UNESCO*. París: UNESCO. Consulta: 17 de octubre de 2011.  
<[http://portal.unesco.org/culture/es/files/26128/11514180061lewinski\\_sp.pdf/lewinski\\_sp.pdf](http://portal.unesco.org/culture/es/files/26128/11514180061lewinski_sp.pdf/lewinski_sp.pdf)>

### Resoluciones Administrativas

INDECOPI

1998 Resolución N° 286-1998-TPI-INDECOPI. Agrotrade S.R.Ltda. contra Infutecca E.I.R.L. denuncia por infracción a la legislación de derechos de autor. 23 de marzo.

- 2001 Resolución N° 371-2001/TPI-INDECOPI. Telefónica Multimedia S.A.C. contra Cable Star S.A. sobre Infracción a los derechos conexos por transmisión no autorizada de las emisiones de un organismo de radiodifusión. 11 de abril.
- 2011 Resolución N° 1370-2011/TPI-INDECOPI. Víctor Raúl Canepa Llanos sobre Registro de Obra Artística. 06 de julio.

#### Legislación Supranacional

- 1948 Declaración Universal de los Derechos Humanos. 10 de diciembre.
- 1993 Decisión Andina 351, Régimen Común Sobre Derecho De Autor Y Derechos Conexos. 21 de diciembre.

#### Legislación Nacional

- 1996 Decreto Legislativo 822, Ley Sobre el Derecho de Autor. 24 de abril.
- 2002 Ley 27861, Ley que exceptúa el pago de Derechos de Autor por la reproducción de obras para invidentes. 12 de noviembre.

#### Legislación Internacional

##### Argentina

- 1933 Ley N° 11.723, Régimen Legal de la Propiedad Intelectual. 30 de setiembre.
- 1998 Ley 25.006, sustituyese el artículo 34 de la Ley 11.723 modificada por su similar 24.249, en relación a obras fotográficas y cinematográficas. Incorporación de una Disposición Transitoria. 10 de agosto.

##### Unión Europea

- 1968 Convenio de Bruselas, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. 27 de septiembre.
- 1988 Convenio de Lugano, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. 16 de septiembre.

- 2000 Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico). 17 de julio.
- 2001 Directiva 2001/28/CE de la Comisión, por la que se modifica el anexo I de la Directiva 91/414/CEE del Consejo relativa a la comercialización de productos fitosanitarios, a fin de incluir en él la sustancia activa KBR 2738 (fenhexamida). 20 de abril.
- 2001 Reglamento (CE) N° 44/2001 del Consejo, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. 22 de diciembre.

Brasil

- 1988 Ley N° 9.610, altera, actualiza y unifica la legislación sobre derechos de autor y da otros recaudos. 19 de febrero.

España

- 1996 Real Decreto Legislativo 1/1996, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia. 12 de abril.
- 2006 Ley 23/2006, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril. 7 de julio.
- 2011 Ley 2/2011, de Economía Sostenible. 4 de marzo

Estados Unidos de Norteamérica

- 1778 Constitution of the United States. 17 de septiembre.
- 1976 Copyright Act. 19 de Octubre.
- 1998 Digital Millennium Copyright Act. 28 de octubre.

Tratados

- 1996 Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas. 20 de diciembre.
- 1996 Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor. 20 de diciembre.

### Convenios Internacionales

1886 Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas. 9 de septiembre.

### Acuerdos Internacionales

1995 Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio. 1 de enero.

### Interpretaciones Pre Judiciales

#### Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

- 1998 “Proceso 24-IP-98, Interpretación Prejudicial de los artículos 26, 54 y 56 de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, solicitada por el Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas. Actora: “PROMOTORA CEDEL C.A.”, e interpretación de oficio de los artículos 3, 4, 13 y 23 de la misma Decisión”. *Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena*. Lima, año 14, número 394. pp. 11-20.
- 1999 “Proceso 32-IP-97, Interpretación prejudicial de los artículos 81, 83 literal g) de la Decisión 344 y 1, 3 y 7 de la Decisión 351, de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, solicitada por el Consejo de Estado de la República de Colombia, Sección Primera, Sala de lo Contencioso Administrativo, con motivo de la acción de nulidad interpuesta por la sociedad VICAR DE COLOMBIA S.A., contra los actos contenido en las resoluciones números 49049 y 1677, denegatorias del registro de la marca “TERMINATOR”, solicitada para proteger productos comprendidos en la Clase Internacional No. 05, proceso interno correspondiente al expediente N° 4212”. *Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena*. Lima, año 15, número 416. pp. 1-16.
- 1999 “Proceso 10-IP-99, Interpretación Prejudicial de los artículos 28 y 58 de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, solicitada por el Presidente del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Distrito de Quito, República del Ecuador, con motivo de la acción de daños y perjuicios interpuesta por LEXIS S.A. contra la empresa Productora e Información Compañía Ilimitada (PRODINFO), por supuesto plagio de la base de datos “MERLIN”; e interpretación de oficio de los artículos 3 y 4 párrafos 1ro. y

2do., de la Decisión 351. Proceso Interno No. 5316-LR, en el Tribunal solicitante”. *Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena*. Lima, año 16, número 468. pp. 1-09.



## INDICE

ABREVIATURAS	Pág. 1
INTRODUCCIÓN	Pág. 2
CAPITULO I	Pág. 5
1.1 El Derecho de Autor y su Explotación	Pág. 5
1.1.1 El Derecho de Autor	Pág. 5
1.1.2 El Objeto del Derecho de Autor	Pág. 9
1.1.3 Titulares del Derecho de Autor	Pág. 14
1.1.3.1 Coautoría	Pág. 16
1.1.3.2 Obras hechas por encargo	Pág. 16
1.1.3.3 Obras hechas en virtud a una relación contractual	Pág. 17
1.1.4 La Explotación de los Derechos de Autor	Pág. 17
1.1.4.1 Los Derechos Morales	Pág. 17
1.1.4.2 Los Derechos Patrimoniales	Pág. 18
1.2 Límites a la Explotación del Derecho de Autor	Pág. 20
1.2.1 Los usos honrados	Pág. 26
1.2.2 El fair use	Pág. 27
1.3 El Derecho de Autor y la Era Digital e Internet. Desafíos	Pág. 32
1.3.1 El Internet	Pág. 35
1.3.2 El uso de las obras en Internet	Pág. 37
1.3.3 Los desafíos del Internet	Pág. 42
1.4 Los Tratados OMPI sobre el Entorno Digital	Pág. 43
1.4.1 El Tratado OMPI sobre Derecho de Autor (TODA/WCT)	Pág. 46
1.4.2 El Tratado OMPI sobre Interpretaciones y Ejecuciones de Fonogramas (TOIEF/WPPT)	Pág. 48
CAPITULO II	Pág. 50

2.1 Las Diversas Modalidades de las Imágenes como Obras	Pág. 50
2.1.1 Las Fotografías	Pág. 50
2.1.2 Los Dibujos	Pág. 53
2.1.3 Las Pinturas	Pág. 54
2.2. La Aplicación de las Teorías sobre el Concepto de la Originalidad en las Imágenes para merecer Protección Legal del Derecho de Autor	Pág. 56
2.2.1 La Originalidad	Pág. 56
2.2.2 La Originalidad como “Cuestión de Hecho”	Pág. 61
2.2.3 La Originalidad como Novedad – El Criterio Objetivo	Pág. 62
2.2.3.1 La Novedad Objetiva	Pág. 62
2.2.3.2 La Novedad Subjetiva	Pág. 63
2.2.4 La Originalidad como reflejo de la personalidad del autor	Pág. 63
2.2.5 El criterio Intermedio	Pág. 64
2.2.6 La Originalidad en el caso particular de las fotografías	Pág. 65
2.2.7 Sobre los criterios utilizados en la Jurisprudencia del Tribunal Andino y el INDECOPI	Pág. 66
2.2.7.1 Las resoluciones del Tribunal Andino	Pág. 67
2.2.7.2 Las resoluciones del INDECOPI	Pág. 68
2.3 Las excepciones y el fair use en el Derecho de Autor	Pág. 70

respecto de las imágenes como obras

2.3.1 El derecho de cita	Pág. 71
2.3.2 Excepción de Ilustración o con fines educativos	Pág. 72
2.3.3 Utilización de las obras en Informaciones de Actualidad	Pág. 73
CAPITULO III	Pág. 74
3.1 El Derecho Internacional Privado y su aplicación en los conflictos generados por infracciones en el Internet contra las obras protegidas por los Derechos de Autor.	Pág. 74
3.2 Infracciones contra los derechos de autor de los titulares de las imágenes en el Internet	Pág. 78
3.2.1 Las acciones por la vía administrativa	Pág. 79
3.2.2 Las acciones por la vía civil	Pág. 80
3.2.3 Las acciones por la vía penal	Pág. 81
3.3 La determinación de la competencia en el caso de las infracciones al derecho de autor de las imágenes en el Internet	Pág. 82
3.3.1 El concepto de Jurisdicción y las características del Internet	Pág. 84
3.3.2 El caso de la legislación de la Comunidad Europea	Pág. 86
3.3.2.1 El domicilio de las partes	Pág. 88
3.3.2.2. Relación Contractual o Extracontractual	Pág. 90

3.3.2.3	El lugar donde se ha producido el hecho dañoso	Pág. 91
3.3.3	El caso de los pronunciamientos en Estados Unidos de América	Pág. 92
3.4.	Criterios para la determinación del derecho en los casos de infracción contra los derechos de autor de las imágenes en el Internet	Pág. 97
3.4.1	Sobre la Aplicación de la ley de origen	Pág. 100
3.4.1.1	La propuesta de J. Ginsburg	Pág. 101
3.4.1.2	La propuesta de S. Barriati	Pág. 102
3.4.2	Sobre la aplicación de la Ley del Lugar del Resultado	Pág. 103
3.4.3	Sobre la aplicación de la norma que mas se vincula con el daño	Pág. 104
3.5	Sujetos intervinientes en las infracciones a los Derechos de Autor en Internet	Pág. 104
3.5.1.	La responsabilidad de los proveedores de servicios en el Internet	Pág. 104
3.5.1.1	La Directiva Europea N° 2000/31/CE	Pág. 110
3.5.1.2	La Digital Millenuim Copyright Act	Pág. 112
3.5.1.3	El caso Napster	Pág. 116
3.5.2	La responsabilidad de los usuarios de Internet	Pág. 118

3.6 Normativa comparada y jurisprudencia extranjera	Pág. 119
3.6.1 Estados Unidos de América	Pág. 119
3.6.2 Comunidad Europea – España	Pág. 125
3.6.3 América Latina – Argentina	Pág. 132
3.7 Sobre la Necesidad de la Armonización en los Criterios para Determinar la Jurisdicción, Competencia, Norma Aplicable en la Infracciones a los Derechos de Autor en el Internet	Pág. 138
CONCLUSIONES	Pág. 144
BIBLIOGRAFÍA	Pág. 147