



Los límites al derecho patrimonial del autor en el moderno entorno tecnológico

RICARDO ANTEQUERA PARILLI

Sumario: I. Introducción. II. Las limitaciones al derecho de autor y a los derechos conexos en el entorno analógico. III. Los “usos honrados” y la “regla de los tres pasos” a partir de los tratados de la OMPI y el entorno digital. IV. Los límites al derecho de reproducción en el entorno digital. V. La puesta a disposición de contenidos en las redes digitales y sus límites. VI. El derecho de distribución y sus límites. VII. Las limitaciones o excepciones relacionadas con la prohibición de eludir las medidas tecnológicas de protección. 7.1. La situación antes de los tratados de la OMPI. 7.2. La situación a partir de los tratados de la OMPI. VIII. Las limitaciones o excepciones al derecho patrimonial en el entorno digital y la jurisprudencia. 8.1. Los límites al derecho de autor en el entorno digital y el derecho de los consumidores. 8.2. Los límites al derecho de autor en el entorno digital y la garantía constitucional a la libertad a la información. 8.3. Los límites al derecho de autor en el entorno digital y la prohibición constitucional a la “censura previa”. 8.4. Los límites al derecho de autor en el entorno digital y la garantía constitucional a la privacidad. 8.5. Los límites al derecho de reproducción en el entorno digital y los “usos honrados”. 8.6. Los límites al derecho patrimonial, el “fair use” y el uso personal en las transmisiones digitales. 8.7. Los límites al derecho patrimonial, el “fair use” y la utilización en el “ámbito doméstico” de las obras en las transmisiones digitales. 8.8. Los límites al derecho patrimonial, el “fair use” y la explotación normal de la obra en las transmisiones digitales. 8.9. Los límites al derecho patrimonial, el “fair use” y el perjuicio injustificado a los legítimos intereses de los autores en las transmisiones digitales. 8.10. Los límites al derecho patrimonial y el derecho de reproducción en las transmisiones digitales. 8.11. Los límites al derecho patrimonial, el “fair use” y la “distribución por transmisión” en las comunicaciones digitales. 8.12. Los límites al derecho patrimonial y el derecho de comunicación al público en las transmisiones digitales. 8.13. Los límites al derecho patrimonial, el “fair use” y la elusión de dispositivos técnicos de “autotutela”.

I. INTRODUCCIÓN

Es un principio universalmente aceptado, al menos en los países de la tradición latina o continental, que el derecho del autor sobre la obra comprende su utilización por cualquier forma o procedimiento, conocido o por conocerse, salvo norma legal expresa.

Ello quiere decir que se trata de un derecho exclusivo, pero no absoluto, porque por muy individualista que pueda ser la concepción del derecho de autor en un sistema determinado, lo cierto es que todas las legislaciones del mundo, al tiempo que le reconocen al creador el derecho de explotar su obra, dejan a salvo un conjunto de excepciones conocidas como límites al derecho patrimonial.

Sin embargo, esos supuestos de excepción no son uniformes a la luz de la legislación comparada (de modo que siempre tendrá que acudir al ordenamiento interno del país donde se invoque la limitación), pero de modo general se afirma que tales límites están dirigidos a la satisfacción de:

- a. La discusión de las ideas y la libertad de crítica, como en el derecho de cita.
- b. El interés público, como la libre reproducción de obras como prueba en procesos judiciales o administrativos.
- c. Razones que igualmente podrían considerarse de “*interés general*”, como las ejecuciones realizadas durante ceremonias oficiales o religiosas, siempre que los participantes no obtengan ningún provecho; o la reproducción limitada para preservación o sustitución de ejemplares en bibliotecas públicas.
- d. Las necesidades colectivas a la información, como la libre difusión de los discursos públicos pronunciados en el seno de organismos públicos deliberantes o en debates judiciales; de las alocuciones o conferencias dictadas en público; de artículos de actualidad de carácter económico, político o religioso; o la libre reseña de obras vistas u oídas durante un evento de actualidad, en la medida necesaria para la información del suceso noticioso, por ejemplo.
- e. Cubrir ciertas necesidades de la enseñanza, como el uso libre de ilustraciones con fines didácticos, las comunicaciones públicas en el seno de instituciones educativas o la reproducción de breves fragmentos de obras protegidas para la realización de exámenes, en todos esos casos siempre que no haya un fin lucrativo.
- f. Razones humanitarias, tal el caso de las comunicaciones realizadas para el disfrute de personas discapacitadas siempre que no haya propósitos de lucro, como también las reproducciones para el uso privado de invidentes, siempre que la reproducción se efectúe mediante el sistema Braille u otro procedimiento específico y las copias no sean objeto de utilización lucrativa.
- g. Algunos usos privados, como la libre comunicación de las obras en el seno del “*ámbito doméstico*” siempre que no haya un propósito de obtener beneficios.
- h. Otros usos que en concepto del legislador puedan resultar “*benignos*” y, por tanto, ajustados a los “*usos honrados*”, como las grabaciones efímeras; la reproducción de obras artísticas situadas permanentemente en lugares públicos; las ejecuciones públicas de grabaciones o de transmisiones en comercio de electrodomésticos, para solos fines de demostración de la clientela; la utilización de la fotografía de una persona, siempre que se relacione con fines científicos, didácticos o culturales en general, o con hechos o acontecimientos de interés público o desarrollados en público; o la reemisión simultánea, por cable, de una radioemisión que el emisor original haya tenido derecho a transmitir, entre otros ejemplos.

II. LAS LIMITACIONES AL DERECHO DE AUTOR Y A LOS DERECHOS CONEXOS EN EL ENTORNO ANALÓGICO

Aunque el Convenio de Berna para la protección de las Obras Literarias y Artísticas dispone que los autores gozan del derecho exclusivo de autorizar la reproducción de sus creaciones por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma (art. 9,1, negrillas nuestras), también prevé que *“se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras en determinados casos especiales, con tal que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor”* (art. 9,2).

Ello quiere decir que las limitaciones al derecho de reproducción que se pueden incorporar a los ordenamientos nacionales o comunitarios, en los términos de dicho Convenio, deben cumplir con la regla de los *“tres pasos”*, a saber:

- a. Que se trate de casos especiales, vale decir, supuestos específicos que por tener el carácter de excepción deben ser objeto de interpretación restrictiva.
- b. Que no afecten la explotación normal de la obra.
- c. Que no causen un daño irrazonable a los legítimos intereses del titular del derecho.

No obstante, esa norma convencional se concibió para el derecho de reproducción y no, al menos de manera expresa, para todos los demás derechos exclusivos, lo que sí hizo el Acuerdo sobre los ADPIC, al prever que los países miembros de la OMC deben circunscribir *“las limitaciones o excepciones impuestas a los derechos exclusivos a determinados casos especiales que no atenten contra la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos”* (art. 13), lo que se corresponde con la mencionada regla de los *“tres niveles”* y los denominados *“usos honrados”*.

El Convenio de Berna utiliza apenas en dos ocasiones la expresión *“usos honrados”*, una para referirse a las condiciones bajo las cuales es lícita la cita de obras protegidas (art. 10,1); y otra para determinar los requisitos bajo los cuales las legislaciones nacionales pueden permitir el uso de libre de dichas obras con fines de ilustración para la enseñanza (art. 10,2), pero en ninguna de las dos define a dicha expresión, ni precisa su alcance.

A su vez, la *Guía del Convenio de Berna* de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), al comentar el artículo 10,1 ya mencionado, 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”*¹, noción demasiado amplia si se la compara con la más estricta de la regla de los *“tres pasos”*, a que se refiere el artículo 9,2 del mismo instrumento internacional.

Pero la vinculación entre los *“usos honrados”* y la *“regla de los tres pasos”*, aparece más precisa en el *Glosario de Derecho de Autor y Derechos Conexos* de la misma orga-

1. OMPI: *Guía del Convenio de Berna* (autor principal: Claude Masouyé). Ginebra, 1978, p. 67.

nización internacional, cuando señala que con aquella expresión el Convenio de Berna “*determina la posibilidad de permitir la libre utilización de las obras en citas o ilustraciones con fines de docencia*”, pero que “*no deben interferir con la explotación normal de la obra ni deben causar un perjuicio irrazonable a los intereses legítimos del autor*”².

Esa relación se hace todavía más evidente cuando instrumentos comunitarios, como la Decisión 351 de la Comunidad Andina, definen a los “*usos honrados*” como “*los que no interfieren con la explotación normal de la obra ni causan un perjuicio irrazonable a los intereses legítimos del autor*” (art. 3), y en el mismo sentido leyes nacionales como las de Ecuador, Guatemala, Honduras, Perú y República Dominicana, así como la de Panamá, aunque esta última no alude a los “*usos honrados*”, sino a los “*usos lícitos*”.

Dicho de otra manera: en las legislaciones e instrumentos comunitarios citados en el párrafo anterior, la expresión “*usos honrados*” no se utiliza para establecer un límite en sí mismo al derecho de explotación, sino para determinar las condiciones bajo las cuales se pueden establecer limitaciones al derecho exclusivo de utilizar o autorizar la utilización de las obras protegidas por el derecho de autor.

Ahora bien, la regla de los tres pasos y el principio de los usos honrados no solamente están dirigidos al legislador, sino también al intérprete, de modo que ninguna limitación prevista en la ley puede aplicarse en forma tal que implique un atentado a la explotación normal de la obra o un perjuicio injustificado a los legítimos intereses de los titulares de derechos.

Así lo aclaró, por ejemplo, la Sala de Propiedad Intelectual del Tribunal del Indecopi (Perú) cuando resolvió:

*La Sala conviene en precisar que para que una conducta esté 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 atentarse 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 catalogada 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 (negrillas nuestras)*³.

Pero toda la normativa ya comentada en este Capítulo fue prevista en función del “*entorno analógico*”, a pesar de que en el mundo digital las limitaciones ya existentes podrían ser demasiado amplias o, por el contrario, muy estrechas, dependiendo del impacto que dichas excepciones puedan tener en la utilización de las obras protegidas por

2. OMPI: *Glosario de la OMPI de Derecho de Autor y Derechos Conexos* (autor principal: György Boytha). Ginebra, 1980. Voz 111, p. 113.

3. Resolución N.º 371-2001/TPI-INDECOPI del 11-4-2001.

el derecho de autor y las prestaciones tuteladas por los derechos conexos con las modernas tecnologías, especialmente en función del cumplimiento de la regla de los tres niveles y del respeto al principio de los usos honrados.

Tales fueron las razones de los dispositivos incorporados a los nuevos Tratados de la OMPI de 1996, tanto el relativo al derecho de autor (TODA/WCT), como el que protege a las interpretaciones o ejecuciones artísticas y a las producciones fonográficas (TOIEF/WPPT), de los cuales nos ocuparemos a continuación.

III. LOS “USOS HONRADOS” Y LA “REGLA DE LOS TRES PASOS” A PARTIR DE LOS TRATADOS DE LA OMPI Y EL ENTORNO DIGITAL

El artículo 10 del TODA/WCT (y *mutatis mutandis*, el artículo 16 del TOIEF/WPPT), parte del principio de los “usos honrados” y la regla de los “tres pasos” al disponer lo siguiente:

- 1) Las Partes Contratantes podrán prever, en sus legislaciones nacionales, limitaciones o excepciones impuestas a los derechos concedidos a los autores de obras literarias y artísticas en virtud del presente Tratado en ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.
- 2) Al aplicar el Convenio de Berna, las Partes Contratantes restringirán cualquier limitación o excepción impuesta a los derechos previstos en dicho Convenio a ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

Una “*Declaración Concertada*” a dicho artículo (la cual tiene una equivalente en el TOIEF/WPPT para los derechos de los intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas), es de importancia vital en torno al tema que nos ocupa cuando dispone que se permite a las partes contratantes “*aplicar y ampliar debidamente las limitaciones y excepciones al entorno digital*”, inclusive para “*establecer nuevas excepciones y limitaciones que resulten adecuadas al entorno de red digital*”.

Ambos textos obedecen a que las delegaciones participantes en la Conferencia Diplomática que aprobó ambos tratados, no lograron un consenso para establecer con precisión determinadas excepciones a los derechos en el entorno digital, salvo la referencia obligada a la regla de los “tres pasos”.

Un análisis superficial de la mencionada declaración concertada supondría que de acuerdo al TODA/WCT (como también conforme al TOIEF/WPPT), se estaría abriendo una brecha para tolerar, en el mundo digital, formas libres de uso que lesionaran sin justificación los derechos reconocidos a los autores (y, en su caso, a los intérpretes o ejecutantes y a los productores fonográficos), mediante la incorporación de nuevas excepciones o limitaciones.

Pero debe advertirse que el principio de los “usos honrados” implica, como ya fue dicho, la prueba de los tres niveles.

Por tanto —apunta FÍCSOR—, si bien la tecnología digital puede cambiar las condiciones de uso de las obras (así como de las interpretaciones o ejecuciones y fonogramas, añadimos nosotros, por lo que se refiere a los derechos afines o conexos), el traslado al entorno digital de limitaciones o excepciones válidas en el mundo analógico, o el reconocimiento de nuevas excepciones o limitaciones en la era de la sociedad de la información, solamente es aceptable, en los términos del Tratado en base a la comprobación de esos tres pasos⁴, a cuyos efectos comenta:

Las condiciones de la explotación normal de las obras, interpretaciones y fonogramas son diferentes en un entorno digital de las condiciones en un entorno tradicional y analógico, y el alcance donde perjuicio irrazonable puede causarse a los legítimos intereses de los titulares de derechos puede también cambiar. Así, la aplicabilidad y extensión de las limitaciones y excepciones «existentes» deben ser revisadas cuando ellas son «trasladadas» al entorno digital. El resultado de tal revisión puede ser que el alcance de aplicación de las limitaciones y excepciones sea reducido (o, tal vez justamente lo opuesto, como lo subraya la declaración concertada, en algunos aspectos especiales ampliado)⁵.

Y es que el entorno digital plantea la necesidad de reflexionar de qué manera algunas limitaciones previstas para el mundo analógico, pueden resultar lesivas a los legítimos intereses de los creadores y demás titulares de derechos con el auxilio de esa moderna tecnología, del mismo modo que la incorporación de nuevos límites debe tener como norte el adecuado equilibrio de los diferentes sectores en tensión, de manera tal que esa ampliación de las excepciones no termine por desalentar la creatividad y el desarrollo de las industrias culturales, del entretenimiento y de la información, con lo cual nadie ganaría y, menos aún, la propia colectividad, ni el derecho de todos al disfrute de nuevos bienes intelectuales que se generan gracias a una protección efectiva.

Por otra parte, así como ciertas utilidades en el mundo analógico eran incontrastables para los autores (lo que dio lugar al establecimiento de licencias no voluntarias y a derechos de simple remuneración), el auxilio tecnológico nos dirá con el tiempo si esos mismos usos, en el entorno digital, pueden ser objeto de un control más eficiente que justifique una reducción de ciertas limitaciones, regresando en ellas al régimen de derechos exclusivos.

4. FÍCSOR, Mihály: *Nuevas orientaciones en el plano internacional: Los nuevos Tratados de la OMPI sobre derecho de autor y sobre interpretaciones o ejecuciones y fonogramas*, en el libro-memorias del III Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos. Montevideo, 1997. Tomo 1. p. 338.

5. FÍCSOR, Mihály: *La protección del derecho de autor y los derechos en el entorno digital. El Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT) y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT). Limitaciones o excepciones en el ámbito digital*. Documento OMPI/DA/PAN/02/PIII.2, en el IV Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos (La Propiedad Intelectual, un canal para el desarrollo). Panamá, 2002, p. 13.

Empero, el logro de un adecuado equilibrio “entre los derechos de los autores y los intereses del público en general”, como reza el Preámbulo del TODA/WCT (y, *mutatis mutandis* el del TOIEF/WPPT), no resulta fácil dados los intereses en tensión: de una parte los titulares de derechos y, de la otra, los usuarios de las obras y prestaciones.

Así, para poner algunos ejemplos, mientras el Grupo de Sociedades de Autores y Compositores Europeos (GESAC), aprobó en 2002 la llamada “Declaración de Madrid”, por la cual “instan vivamente a los Estados miembros a que no introduzcan nuevas excepciones al derecho de reproducción, distribución o comunicación pública, al incorporar a sus legislaciones nacionales la Directiva 2001/29/CE relativa a la armonización de los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información”⁶, los sectores vinculados a la docencia en Canadá, por el contrario, han expresado que la creación de nuevas excepciones a los derechos exclusivos existentes “significa permitir a alumnos y maestros utilizar Internet eficazmente como parte de un programa de aprendizaje”⁷.

La misma situación se presentó en el “Caso Grokster”⁸, donde mientras los titulares de derechos alegaban que éstos se veían afectados con la distribución de un “software” que permitía copias infractoras a través de Internet, con grave daño para sus legítimos intereses, los demandados sostenían que ese programa, el cual facilitaba los intercambios de ficheros “peer-to-peer” (“p2p”), significaba un avance tecnológico beneficioso para la sociedad pues además permitía la interconexión directa entre usuarios sin que, necesariamente, estuvieran realizando una actividad ilícita.

Pero la solución no puede estar en ampliar el espectro de las excepciones o limitaciones en el entorno digital que terminen por perjudicar a los autores y desalentar la creatividad, sino en facilitar los procesos de concesión de las licencias de uso y en asegurar una justa remuneración por las utilizaciones de las obras en la red, sin perjuicio para los titulares de derechos de autorizar el uso libre de sus creaciones o de conceder para ello licencias a título gratuito, si así lo desean, salvo aquellas remuneraciones que la ley aplicable califique como irrenunciables.

En aras del equilibrio propugnado por el Preámbulo de los nuevos Tratados de la OMPI, la Directiva Europea 2001/29/CE sobre derecho de autor y afines en la sociedad de la información:

- a. Resalta en su considerandos 34 y 35 que debe ofrecerse a los Estados miembros la posibilidad de establecer determinadas limitaciones o excepciones (sea en el entorno analógico o bien en el digital), pero que en ciertos casos deben implicar para los titulares el derecho a recibir una compensación equitativa, para recompensarles adecuadamente por el uso que se haya hecho de sus obras y prestaciones.

6. Texto de la declaración en <http://www.realinstitutoelcano.org/publicaciones/18.asp>

7. SPURGEON, Paul: *¿Autorizar o limitar?. Utilización en línea con fines educativos: alternativas para preservar los derechos exclusivos de los titulares del derecho de autor*. UNESCO. Boletín de Derecho de Autor, julio 2003, p. 3.

8. MGM y otros vs. Grokster Ltd. y otros en http://fairuse.stanford.edu/MGM_v_Grokster.pdf

- b. Destaca también en su considerando 44 que el establecimiento de dichas excepciones o limitaciones debe, en particular, reflejar debidamente el creciente impacto económico que pueden tener las mismas a la luz de los avances logrados en la electrónica, de modo que puede resultar necesario limitar aún más el alcance de determinadas excepciones o limitaciones, en lo tocante a ciertas nuevas utilidades de obras protegidas por el derecho de autor y de prestaciones protegidas por los derechos afines.
- c. Contempla en su artículo 5 un conjunto de limitaciones que siguen muy de cerca (a veces, casi textualmente), las que ya habían sido incorporadas a numerosas legislaciones, inclusive para el entorno analógico, de modo que no existe en ese sentido una verdadera “novedad” en comparación con lo que se ha tenido en cuenta en muchos textos nacionales, comprendidos varios de los aprobados antes de la “era digital”.

De las excepciones a los derechos exclusivos que tienen particular relevancia en el entorno digital, nos ocuparemos primero de los límites a los derechos exclusivos, mientras que dedicaremos un capítulo separado para tratar el tema de las limitaciones al derecho de autor y a los derechos conexos en relación a la posibilidad legítima de eludir los dispositivos técnicos de “*autotutela*” aplicados por los titulares de derechos, o con su autorización, para impedir o restringir el uso no autorizado de sus obras u otras prestaciones protegidas.

IV. LOS LÍMITES AL DERECHO DE REPRODUCCIÓN EN EL ENTORNO DIGITAL

Aunque el artículo 9,1 del Convenio de Berna establece un derecho sobre la reproducción de la obra no define esa modalidad de utilización, cuestión que sí hacen muchas legislaciones nacionales (Bolivia, Brasil, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Venezuela), así como instrumentos comunitarios, tal el caso de la Decisión 351 de la Comunidad Andina, que aluden a la reproducción, en términos más o menos similares entre ellas, como “*la fijación de la obra en un medio que permita su comunicación o la obtención de copias de toda o parte de ella, por cualquier medio o procedimiento*”, aunque varias de las mencionadas (especialmente las aprobadas o reformadas a partir del año noventa del Siglo XX), ya incluyen dentro de la definición al almacenamiento electrónico o mencionan, a título ejemplificativo, tal fijación como una modalidad de reproducción⁹. La forma amplia de conceptuar a la reproducción, como se apunta en el párrafo anterior, evitó problemas interpretativos al momento de considerar, con el advenimiento de la tecnología digital, que el almacenamiento electrónico es una modalidad de reproduc-

9. También la Directiva Europea sobre la sociedad de la información, por ejemplo, dispone que los Estados miembros deben establecer el derecho exclusivo a autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de la totalidad o parte de las obras y otras prestaciones protegidas por los derechos afines al derecho de autor (art. 2).

ción aunque sea efímero o temporal, como lo admitió desde el primer momento la doctrina, en criterio acogido desde sus propios inicios por la jurisprudencia en Estados Unidos¹⁰ y en Francia¹¹, así como después, para poner algunos ejemplos, en España¹² y, por resolución administrativa, en Perú¹³

Por eso no es de extrañar que el TODA/WCT haya recogido la mencionada tesis a través de una “*Declaración Concertada*” al artículo 1,4, por la cual:

El derecho de reproducción, tal como se establece en el Artículo 9 del Convenio de Berna, y las excepciones permitidas en virtud del mismo, son totalmente aplicables en el entorno digital, en particular a la utilización de obras en forma digital. Queda entendido que el almacenamiento en forma digital en un soporte electrónico de una obra protegida, constituye una reproducción en el sentido del Artículo 9 del Convenio de Berna.

Un texto sustancialmente similar figura en la “*Declaración Concertada*” a los artículos 7, 11 y 16 del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o ejecución y Fonogramas (TOIEF/WPPT).

Pero durante las sesiones de los comités de expertos que precedieron a la Conferencia Diplomática que aprobó los nuevos Tratados de la OMPI (y también durante la misma conferencia), se planteó el tema de la licitud o no de las reproducciones meramente incidentales que por razones técnicas se producen en las transmisiones digitales, durante el camino que se recorre desde la emisión hasta el momento en que la misma es recibida por al usuario conectado a la red, tomando en cuenta que la reproducción, en los términos del Convenio de Berna, alcanza a “*cualquier procedimiento y bajo cualquier forma*”, de manera que no podían excluirse de esa modalidad de uso a las fijaciones electrónicas por muy efímeras que fueran.

Ahora bien, cuando la mencionada “*Declaración Concertada*” se remite al artículo 9 del Convenio de Berna incluye, por supuesto, a su párrafo 2, por el cual se reserva a las legislaciones nacionales la facultad de permitir la reproducción de dichas obras en determinados casos especiales, con tal de que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

Por ello dicha “*Declaración Concertada*” debe administrarse al texto del artículo 10 del TODA/WCT (y su equivalente, el artículo 16 del TOIEF/WPPT), según el cual,

-
10. Corte de Distrito del Noveno Circuito, en *Mai Systems Corp. vs. Peak Computer*. Corte de Distrito de Virginia, en *Advance Computer Service of Michigan Inc. vs. MAI Systems Corp.* Corte de Distrito de California, en *Religious Technology Center vs. Netcom*.
 11. Tribunal de Gran Instancia de París, en *Pouchenel, Warner Chappell France, MCA Caravelle vs. Ecole Centrale de Paris (ECP)*, *Jean-Philippe R., Guillaume y Ecole Nationale Supérieure des Télécommunications (ENST)*.
 12. Audiencia Provincial de Barcelona, fallo del 27-6-2002.
 13. Sala de Propiedad Intelectual del Tribunal de INDECOPI (Perú), Resolución N.º 780-2002/TPI/INDECOPI.

como ya fue transcrito, los países miembros pueden prever limitaciones o excepciones impuestas a los derechos concedidos a los autores en virtud del Tratado, en casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor; y que al aplicar el Convenio de Berna las partes deben restringir cualquier limitación o excepción impuesta a los derechos previstos en dicho Convenio, a la misma regla de los “tres pasos”.

Al mismo tiempo, como ya fue comentado, este dispositivo también tiene su propia “Declaración Concertada”, que reza así:

Queda entendido que las disposiciones del Artículo 10 permiten a las Partes Contratantes aplicar y ampliar debidamente las limitaciones y excepciones al entorno digital, en sus legislaciones nacionales, tal como las hayan considerado aceptables en virtud del Convenio de Berna. Igualmente, deberá entenderse que estas disposiciones permiten a las Partes Contratantes establecer nuevas excepciones y limitaciones que resulten adecuadas al entorno de red digital.

También queda entendido que el Artículo 10.2) no reduce ni amplía el ámbito de aplicabilidad de las limitaciones y excepciones permitidas por el Convenio de Berna.

Con fundamento en el artículo 10 del TODA/WCT y en su “Declaración Concertada” (así como en sus equivalentes del TOIEF/WPPT), el artículo 5.1 de la Directiva Europea sobre la sociedad de la información contempla entre las excepciones y limitaciones al derecho de reproducción:

1. Los actos de reproducción provisional a que se refiere el artículo 2, que sean transitorios o accesorios y formen parte integrante y esencial de un proceso tecnológico y cuya única finalidad consista en facilitar:

- a) una transmisión en una red entre terceras partes por un intermediario, o*
- b) una utilización lícita de una obra o prestación protegidas, y que no tengan por sí mismas una significación económica independiente, estarán exentos del derecho de reproducción contemplado en el artículo 2.*

Pero ese dispositivo debe concatenarse con el contenido en el artículo 5,5 de la misma Directiva, por el cual “*las excepciones y limitaciones contempladas en los apartados 1, 2, 3 y 4 únicamente se aplicarán en determinados casos concretos que no entren en conflicto con la explotación normal de la obra o prestación y no perjudiquen injustificadamente los intereses legítimos del titular del derecho*”, es decir, que hay una remisión expresa a los “usos honrados” y a la “regla de los tres pasos”.

Si se vinculan las disposiciones transcritas con el artículo 9 del Convenio de Berna, no se trata de que tales actos de fijación accesoria dejen de ser reproducciones, sino que constituyen un límite al derecho correspondiente, es decir, que no forman parte, por vía de excepción, del derecho exclusivo de autorizarlas o prohibirlas en la medida en que se ajusten a los “usos honrados”.

V. LA PUESTA A DISPOSICIÓN DE CONTENIDOS EN LAS REDES DIGITALES Y SUS LÍMITES

Hemos querido utilizar preliminarmente la expresión “*puesta a disposición de contenidos*” y no la de “*comunicación al público*”, solamente para destacar las distintas posiciones (que se reflejaron en los comités de expertos y en la Conferencia Diplomática que aprobó los nuevos Tratados de la OMPI), en torno a la modalidad de explotación adecuada a las transmisiones digitales interactivas (o “*a la carta*”), que se producen en redes como *Internet*.

Así, la posición estadounidense se debatía entre considerar a esa modalidad de utilización como una modalidad de “*reproducción por transmisión*”, defendida en su propuesta dirigida a la quinta sesión del Comité de Expertos para la elaboración de las propuestas con miras a los nuevos tratados¹⁴, tomando en cuenta que la comunicación a distancia por medios digitalizados supone en una o varias etapas la fijación de la obra en soportes materiales, o también como una forma de “*distribución por transmisión*”, considerando que cada fijación efímera o permanente que se realiza en el aparato receptor del usuario, constituye un “*ejemplar*” de la obra que se pone a disposición del público, como lo venía reconociendo la jurisprudencia en ese país¹⁵.

Sin embargo, al aprobarse en los artículos 6 y 7 del TODA/WCT los derechos de distribución y alquiler (y sus equivalentes en el TOIEF/WPPT), también se acordó una “*Declaración Concertada*”, por la cual, tal como se utilizan en esos artículos las expresiones “*copias*” y “*originales y copias*”, se refieren a las fijadas que se pueden poner en circulación como “*objetos tangibles*”, mientras que en la “*distribución por transmisión*” los “*ejemplares*” se distribuyen en forma de objetos intangibles, lo que no impide, como se verá más adelante, que teniendo esa referencia a los objetos tangibles simplemente el carácter de un “*principio mínimo*” dirigido específicamente al derecho de distribución y no al de puesta a disposición a través de redes digitales, las legislaciones puedan instrumentar el dispositivo del artículo 8 del Tratado, relativo a las comunicaciones interactivas a través de la figura de la “*distribución por transmisión*”.

La Comunidad Europea, apoyada por muchos países latinoamericanos, se inclinaba por un derecho de comunicación al público (sin perjuicio, como se ha dicho, de los actos de reproducción involucrados en la transmisión), y que dio como resultado la aprobación del artículo 8 del TODA/WCT el cual, a diferencia del Convenio de Berna (que establece de manera expresa y a título de “*derechos mínimos*”, sólo algunas modalidades de comunicación pública y en ciertos casos únicamente para determinados géneros), reconoce un derecho general de comunicación de la obra al público, incluido el de los autores de autorizar o no “*la puesta a disposición del público de sus obras, de tal forma que los miembros del público puedan acceder a estas obras desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija*”.

14. Documento OMPI BCP/CE/V/3, en *Propiedad Industrial y Derecho de Autor*. Año I. N.º 5. Ginebra, 1995. p. 257.

15. Corte de Distrito de Florida. *Playboy Enterprises vs. George Frena* 839 F. Sup. 1662, en www.loundy.com/CASES.

Por supuesto, lo anterior no impide, como ya se comentó, que un determinado país acoja esa obligación convencional bajo la figura de la “*distribución por transmisión*”, además del siempre presente derecho de reproducción, tomando en cuenta que toda transmisión digital implica la fijación de la obra desde el momento en que el proveedor de contenidos la selecciona e incorpora a algún soporte electrónico, pasando por el albergue de ese material en el servidor de un proveedor de alojamiento, hasta llegar al almacenamiento temporal o efímero en el ordenador del usuario receptor.

La amplitud como se reconoce el derecho de comunicación al público en el artículo 8 del TODA/WCT, implica que hay suficiente libertad en cuanto a la caracterización legal del derecho exclusivo, es decir, respecto a la elección real del derecho o derechos a ser aplicados, y esa fórmula es conocida como “*solución marco*” o “*solución paraguas*” (“*umbrella solution*”)¹⁶, dado que alude a la “*puesta a disposición del público*” que cada país puede recoger bajo una modalidad del derecho de comunicación pública, de un derecho de distribución por transmisión o mediante una combinación de derechos.

En todo caso el aspecto sustancial de la “*solución marco*” consiste, por una parte, en extender el derecho de comunicación pública a todos los géneros creativos; y, por la otra, incluir en el derecho sobre las comunicaciones digitales interactivas, un concepto de “*público*” más amplio que el aplicable en el mundo analógico, pues basta que cualquiera de los miembros de ese público “ *pueda*” acceder a la obra, aunque efectivamente no acceda a ella, desde cualquier lugar o en el momento decidido por él.

Pero a pesar de la amplitud del dispositivo citado, el mismo tiene una “*Declaración Concertada*”, por la cual:

Queda entendido que el simple suministro de instalaciones físicas para facilitar o realizar una comunicación, en sí mismo, no representa una comunicación en el sentido del presente Tratado o del Convenio de Berna.

Esta declaración tiene dos lecturas, ya que por una parte, establece una limitación al derecho de comunicación pública (o excluye de ella a determinados actos); y, por la otra, da pie a un régimen particular de exención de responsabilidad, bajo determinadas condiciones, a algunas categorías de proveedores de servicios en la sociedad de la información.

Ahora bien, a la luz de la declaración concertada transcrita lo primero que debe afirmarse es que, independientemente de que el mero suministro de instalaciones no constituya, por sí mismo, un ilícito (ni tampoco una comunicación pública en el sentido del TODA/WCT), tampoco quiere decir que esa conducta no pueda contribuir en algunos casos a la comisión de un acto ilegítimo, del cual el proveedor podría resultar al menos corresponsable, si tiene conocimiento de esa ilicitud (o motivos razonables para saberlo) y,

16. FICSOR, Mihály: *La protección del derecho de autor y los derechos en el entorno digital. El Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT) y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT). Limitaciones o excepciones en el ámbito digital. Op. cit.* p. 10.

a pesar de ello, no realiza los actos necesarios para impedir su participación en el acto indebido.

VI. EL DERECHO DE DISTRIBUCIÓN Y SUS LÍMITES

La posibilidad que tiene el autor de fraccionar la validez espacial de los contratos por los cuales cede o licencia la explotación de su obra, deja a salvo la posibilidad de que en los procesos de integración se impongan normas que eviten el compartimiento del mercado único o interior, de modo que, por ejemplo, una vez que el autor ha autorizado la reproducción de los ejemplares de la obra para su distribución en uno de los países integrados no pueda impedir esa misma distribución, de acuerdo a la modalidad de uso autorizada, en los demás países integrados, como en un sistema de mercado común, pero tal limitación debe provenir de una norma comunitaria expresa.

Ese es el sentido del párrafo 2 del artículo 6 del TODA/WCT (y el de su equivalente, el artículo 8 del TOIEF/WPPT), por el cual el reconocimiento de un derecho de distribución no afecta la facultad de los países miembros de determinar las condiciones, si las hubiera, en las que se aplique el agotamiento del derecho de distribución, después de la primera venta u otra transferencia de propiedad del original o de un ejemplar de la obra con la autorización del autor.

Pero como la “*Declaración Concertada*” en relación al citado artículo 6 aclara que el derecho de distribución, como venta u otra transferencia de la propiedad de los ejemplares de la obra, en los términos del tratado, se refiere exclusivamente a las copias fijadas que se pueden poner en circulación como objetos tangibles, no debe concluirse que ese agotamiento del derecho permitido por el artículo 6.2 sea posible cuando se trate de distribuciones realizadas en forma intangible, vale decir, cuando no se transfiere al usuario receptor el soporte que contiene la obra sino que sólo se le transmite, de suerte que la distribución únicamente podría llevarse a cabo si ese receptor fija el contenido y obtiene copias físicas para su transferencia a terceros, acto que sería ilícito de no contar con la anuencia del titular del derecho de distribución.

VII. LAS LIMITACIONES O EXCEPCIONES RELACIONADAS CON LA PROHIBICIÓN DE ELUDIR LAS MEDIDAS TECNOLÓGICAS DE PROTECCIÓN

7.1. La situación antes de los tratados de la OMPI

Como lo señaló en 1995 el Informe estadounidense sobre Propiedad Intelectual y la Infraestructura Nacional de Información (“*Green Paper*”), la facilidad con la que se infringen las leyes y la dificultad para detectarlo y hacerlas cumplir, obliga a los titulares de derecho de autor a recurrir a la tecnología, así como a la ley, para obtener una eficaz protección de sus obras mediante la ayuda tecnológica y aplicar sistemas contra el acceso, reproducción, manipulación, distribución, ejecución o presentación no autorizados, a cuyos efectos recomendó al Congreso de ese país una enmienda a la “*Copyright Act*”

de 1976 para prohibir la importación, fabricación o distribución de cualquier dispositivo, el ofrecimiento o la ejecución de todo servicio cuyo objetivo sirviera para evitar, desviar, eliminar, desactivar o de cualquier otra manera anular los medios técnicos aplicados para proteger los derechos protegidos por la ley¹⁷.

Si bien el proyecto no fue aprobado en esa oportunidad (lo que ocurrió mucho después con la “*Digital Millenium Copyright Act*” ó DMCA, como se verá posteriormente), sirvió de punto de partida para las negociaciones en el seno del Tratado de Libre Comercio para América del Norte (TLCan ó NAFTA), aunque sus previsiones se enmarcaban fundamentalmente en el entorno analógico y solamente en lo referente a la protección de las señales codificadas portadoras de programas transmitidas por satélite.

Un caso similar se produjo en su momento con la reforma a la “*Copyright Act*” de los Estados Unidos (antes de la “*Digital Millenium Copyright Act*”), que sólo en lo relativo a las señales de telecomunicación, sí prohibía ya la fabricación y la venta de dispositivos utilizados principalmente para la “*desencriptación*” no autorizada de programas transmitidos a través de satélites o por medio del cable. 47 U.S.C. § 605 (c) (4).

También antes de haberse aprobado los nuevos Tratados de la OMPI y aunque pudiera parecer innecesario, algunas legislaciones como la del Perú incorporaron entre los derechos de orden patrimonial del autor (aplicable *mutatis mutandis* a los titulares de derechos afines o conexos), el de “*implementar, o de exigir para la reproducción o la comunicación de la obra, la incorporación de mecanismos, sistemas o dispositivos de autotutela, incluyendo la codificación de señales, con el fin de impedir la comunicación, recepción, retransmisión, reproducción o modificación no autorizadas de la obra*”.

Como consecuencia de ese derecho, la ley peruana agrega un párrafo por el cual “*es ilícita la importación, fabricación, venta, arrendamiento, oferta de servicios o puesta en circulación en cualquier forma, de aparatos o dispositivos destinados a descifrar las señales codificadas o burlar cualesquiera de los sistemas de autotutela implementados por el titular de los derechos*”.

Del texto precedentemente transcrito, se evidencia que el derecho de instalar sistemas de autoprotección y la ilicitud derivada de la puesta a disposición de mecanismos desactivadores de los mismos, no está referido únicamente a los “*descodificadores*” de señales sino a todo dispositivo técnico de autotutela instrumentado para impedir el uso no autorizado de las obras y, en su caso, de las prestaciones tuteladas por los derechos conexos.

7.2. La situación a partir de los tratados de la OMPI.

La innovación de los nuevos tratados de la OMPI en relación a la observancia está en dos disposiciones: una relativa a las medidas tecnológicas y otra atinente a la información sobre la gestión de derechos.

17. “Green Paper”, en *Derecho de la Alta Tecnología* (DAT). Buenos Aires, 1995.

La primera de ellas se contiene en el artículo 11 del TODA/WCT (el cual coincide, *mutatis mutandis* con el artículo 18 del TOIEF/WPPT), y que reza así:

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.

Es de destacar que la norma solamente se refiere a la acción de “eludir”, no obstante que el acto de elusión, en sí mismo, es el último eslabón de la cadena, de modo que si no se otorga una acción efectiva contra las conductas que hacen posible poner a disposición de las personas los aparatos, mecanismos o dispositivos que permiten la desactivación del sistema de control instalado por los titulares de derechos, o con su autorización, la “protección jurídica adecuada” sería simplemente ilusoria.

Tal es la razón por la cual muchas legislaciones nacionales (Colombia, Ecuador, Nicaragua, Perú, Paraguay, República Dominicana y Uruguay), sea en sus leyes de derecho de autor o por medio de sus códigos penales, tipifican como delito, con variantes entre los distintos textos, un conjunto de actividades relacionadas con los dispositivos de elusión y que en el texto dominicano condena a quien:

Fabrique, ensamble, importe, modifique, venda o ponga de cualquier otra manera en circulación, dispositivos, sistemas o equipos capaces de soslayar o desactivar otro dispositivo destinado a impedir o restringir la realización de copias de la obra, interpretación o ejecución, producción o emisión, o a menoscabar la calidad de las copias realizadas; o capaz de eludir o desactivar otro dispositivo destinado a impedir o controlar la recepción de programas transmitidos a través de las telecomunicaciones, alámbricas o inalámbricas, o de cualquier otra forma al público, por parte de aquellos no autorizados para esa recepción.

Altere, elimine o eluda, de cualquier forma, los dispositivos o medios técnicos introducidos en las obras, interpretaciones o ejecuciones, producciones o emisiones protegidas, que impidan o restrinjan la reproducción o el control de las mismas, o realice cualquiera de dichos actos en relación con las señales codificadas, dirigidas a restringir la comunicación por cualquier medio de las obras, interpretaciones o ejecuciones, producciones o emisiones.

Por otra parte la norma del TODA/WCT, ni tampoco la del TOIEF/WPPT, aclaran expresamente si la acción de “eludir” los dispositivos de control se permite cuando la “elusión” va dirigida a una de las utilizaciones lícitas que a título de excepciones o limitaciones a los derechos exclusivos estén contempladas en la ley nacional aplicable, en concordancia con los artículos 10 del TODA/WCT y 16 del TOIEF/WPPT.

Nada impide que se excluya de la ilicitud la elusión de los dispositivos técnicos de autotutela cuando la acción vaya dirigida, exclusivamente, a un uso lícito (por ejemplo, en las leyes donde se permite la reproducción de una obra dentro de institutos de enseñanza, con fines exclusivamente docentes y siempre que no haya fines de lucro), pero debe ofrecerse la oportunidad previa a las partes involucradas —titular del derecho y usuario que desea realizar una utilización amparada por una limitación o excepción—, para lograr el acceso a la obra o prestación antes de que el usuario proceda por sus propios medios a la desactivación del sistema, tomando en cuenta el peligro de que dicho usuario diseñe directamente un dispositivo “*desactivador*”, el cual también podría ser utilizado para usos no autorizados.

Dicho de otro modo: la posición legislativa debe ser lo suficientemente flexible como para permitir la elusión en casos en que efectivamente ella deba realizarse para disfrutar de una limitación al derecho, de modo que el titular no utilice los controles de acceso para impedir el disfrute de tales excepciones; pero a su vez, lo suficientemente rígida como para no dejar el campo abierto a utilizaciones ilícitas bajo la excusa de una elusión permitida por la ley.

En ese sentido, la Directiva Europea sobre derecho de autor y afines en la sociedad de la información establece que si los titulares de derechos no adoptan medidas voluntarias, incluidos los acuerdos con los interesados, que faciliten al beneficiario de una limitación o excepción el acceso a la obra para esos fines, los Estados miembros deben tomar las medidas pertinentes para que dicho beneficiario pueda disfrutar de la excepción, “*en la medida necesaria para ese disfrute, siempre y cuando dicho beneficiario tenga legalmente acceso a la obra o prestación protegidas*”, de la misma manera que los Estados pueden adoptar tales medidas con respecto al beneficiario del derecho de obtener una copia para uso privado y sin fines comerciales (sin perjuicio del derecho de los titulares a una remuneración equitativa), “*a menos que los titulares de los derechos hayan hecho ya posible la reproducción para uso privado en la medida necesaria para el disfrute de la excepción o limitación*”, todo ello “*sin impedir a los titulares de los derechos la adopción de medidas adecuadas respecto del número de reproducciones*” (art. 6,4).

En otras palabras: el instrumento comunitario europeo se limita a ordenar medidas en los casos en que el usuario pueda eludir un dispositivo de autotutela, en virtud de ser beneficiario de un límite al derecho y siempre que haya tenido legalmente acceso a la obra, pero esas limitaciones, a su vez, son optativas para los Estados, de modo que la obligación de tomar esas previsiones queda restringida entonces a los casos en que dicha limitación al derecho esté contemplada en la ley nacional, y que son:

- a. En relación a reproducciones sobre papel u otro soporte similar en las que se utilice una técnica reprográfica, a excepción de las partituras, siempre que los titulares de los derechos reciban una compensación equitativa.
- b. Cuando se trate de actos específicos de reproducción efectuados por bibliotecas, centros de enseñanza o museos accesibles al público, o por archivos, que no tengan intención de obtener beneficio económico o comercial directo o indirecto.

- c. En el caso de grabaciones efímeras realizadas por organismos de radiodifusión por sus propios medios y para sus propias emisiones.
- d. En relación a reproducciones de radiodifusiones efectuadas por instituciones sociales que no persigan fines comerciales, como hospitales o prisiones, a condición de que los titulares de los derechos reciban una compensación equitativa.
- e. Cuando el uso tenga únicamente por objeto la ilustración con fines educativos o de investigación científica, siempre que, salvo en los casos en que resulte imposible, se indique la fuente, con inclusión del nombre del autor, y en la medida en que esté justificado por la finalidad no comercial perseguida.
- f. Si la utilización se realiza en beneficio de personas minusválidas, guarda una relación directa con la minusvalía y no tiene un carácter comercial, en la medida en que lo exija la minusvalía considerada.
- g. Cuando el uso se efectúe con fines de seguridad pública o para garantizar el correcto desarrollo de procedimientos administrativos, parlamentarios o judiciales, o para asegurar una cobertura adecuada de dichos procedimientos.

La DMCA enumera con detalle los supuestos de carácter obligatorio en que está permitida la elusión de los dispositivos técnicos, de forma tal que por su amplitud (en algunos casos) o por su ambigüedad (en otros), ha sido objeto de reparos por calificada doctrina de ese país¹⁸, pero con el mérito de alejarse un tanto del tradicional “*fair use*” o sistema “*abierto*” de excepciones, para sustituirlo en estos casos concretos por un listado taxativo de limitaciones.

En síntesis, los supuestos aprobados con la promulgación de la “*Digital Millennium Copyright Act*” son los siguientes:

- a. Para las bibliotecas públicas y establecimientos educativos sin fines de lucro, a los efectos de neutralizar los dispositivos de control únicamente para resolver de buena fe si adquieren o no una obra, siempre que la institución no pueda acceder a ella de otra manera en condiciones razonables, a los efectos de tomar esa decisión.
- b. Para eludir los dispositivos de técnicos de protección, cuando se trate de una investigación judicial o por razones de seguridad nacional.
- c. Para la práctica de la “*ingeniería en reversa*” relativa a la descompilación de un programa de ordenador, por parte del usuario legítimo, con el fin de lograr la interoperabilidad con otro programa bajo las condiciones establecidas en la norma, en términos muy similares a los contemplados en la Directiva Europea 91/250/CEE sobre la protección jurídica de los programas de ordenador.
- d. Para fines de investigación por parte del poseedor legítimo de un ejemplar, única y exclusivamente con el propósito de eludir una clave de encriptación para permitir el avance en esa tecnología, siempre que se haya tratado de obtener la

18. Véase la opinión de GINSBURG, Jane: *Crónica de los Estados Unidos*, en *Revue Internationale du Droit D'Auteur*. N.º 179. París, 1999, pp. 180-206.

autorización del titular para neutralizar la clave y no se haya conseguido y, además, que con esa “desencriptación” no se viole ninguno de los derechos reconocidos a dicho titular sobre la obra.

- e. Para filtrar el acceso de menores a ciertos mensajes o contenidos distribuidos a través de la *Internet*, siempre que esa elusión no vaya dirigida, por el contrario, al acceso gratuito de esos contenidos.
- f. Para identificar y bloquear o neutralizar “cookies” (ficheros que se envían a un navegador por medio de un servidor para registrar las actividades de un usuario en un sitio “web”), a fin de proteger los datos personales, siempre que esa elusión no esté destinada al acceso no autorizado de obras protegidas.
- g. Para realizar pruebas de seguridad, entendiéndose por tales el acceso a un computador, sistema o red informática, con el único propósito de probar, investigar o corregir de buena fe una falla o defecto de seguridad, siempre y cuando se cuente con la autorización del propietario u operador de dicho computador, sistema o red informática y que estas pruebas no se dirijan a la comisión de infracciones a la ley.

No obstante, dentro del plazo fijado por la DMCA para revisar los supuestos en que debe permitirse la elusión de los dispositivos tecnológicos de protección, la “*Library of Congress*”, en colaboración con el “*Register of Copyright*”, hizo públicas dos nuevas excepciones, a saber:

- a. Las compilaciones de páginas “web” bloqueadas por programas de filtrado.
- b. Las obras literarias, incluidos los programas de ordenador, protegidas por sistemas de control de acceso, que ya no sean operativos a causa de su mal funcionamiento o de su obsolescencia¹⁹.

Como era de esperarse, el texto legal estadounidense ha influenciado notablemente la normativa incorporada a los tratados de libre comercio celebrados por los Estados Unidos con varios países latinoamericanos.

Pero las soluciones en la legislación comparada continúan, pues las legislaciones de Australia y Japón, por ejemplo, no consideran delito los actos de elusión en sí mismos sino el comercio de las tecnologías que permiten ese resultado.

VIII. LAS LIMITACIONES O EXCEPCIONES AL DERECHO PATRIMONIAL EN EL ENTORNO DIGITAL Y LA JURISPRUDENCIA

8.1. Los límites al derecho de autor en el entorno digital y el derecho de los consumidores.

Ante el argumento de que el derecho de autor debía estar limitado para que los internautas pudieran almacenar, adaptar y disfrutar libremente de las grabaciones musi-

19. LEPAGE, Anne: *Panorama general de las excepciones y limitaciones al derecho de autor en el entorno digital*. UNESCO. Boletín de derecho de autor. Marzo, 2003, pp. 11-12.

cales que se colocaban en la red sin autorización, con fundamento en el derecho de los consumidores, la Corte de Distrito de Nueva York declaró:

El derecho de autor no está diseñado para proporcionar protección o conveniencia a los consumidores sino, más bien, para proteger los intereses de los titulares de derechos de autor. Más aún, como un asunto práctico, los demandantes no han indicado ninguna objeción en principio a licenciar sus grabaciones a compañías como MP3.com; simplemente desean asegurarse de obtener la remuneración que la ley les reserva como titulares de derechos de autor en obras creativas. Llevado a su esencia, el argumento de «protección a los consumidores» del demandado no es más que un alegato vacío de que el demandado debiera estar entonces en capacidad de usurpar la propiedad de los demandantes simplemente porque hay una demanda de los consumidores por los mismos. Esto difícilmente es un llamado a la conciencia de la equidad²⁰.

8.2. Los límites al derecho de autor en el entorno digital y la garantía constitucional a la libertad a la información.

En 1995 la Corte del Distrito Sur de Nueva York, en relación al caso de un proveedor de servicios en línea que alojaba un sitio en cuya sección “librería” se accedía a un foro denominado “Midi/Music” a través del cual los usuarios podían “subir” y “descargar” obras musicales, se alegó que impedir ese uso atentaba contra el derecho constitucional de acceso a la información, ante lo cual los jueces consideraron que la libertad de circulación de la información que caracteriza a la red *Internet*, no debía ejercerse en detrimento del derecho de autor y que existían suficientes elementos para presumir que el proveedor había facilitado y participado en la acción ilícita²¹.

En el caso *Michaels vs Internet Entertainment Group*, con motivo de la difusión por Internet de una grabación audiovisual que contenía escenas íntimas del demandante y su esposa (filmación que había sido registrada por el accionante en la *Copyright Office*), y ante el argumento de la demandada mediante el cual se pretendía amparar en el derecho a la información, la Corte de Distrito del Distrito Central de California, basándose en precedentes anteriores, dijo que:

[...] el privilegio de informar sobre las noticias no carece de límites. «Cuando la publicidad es tan ofensiva como para constituir una curiosidad mórbida y sensacionalista en las vidas privadas sólo por gusto, no sirve al interés público legítimo y no merece protección» [...]»²².

20. UMG Recordings Inc. y otros vs. MP3.Com. Inc, en www.droit-technologie.org

21. Frank Music Corp vs. Compuserve Inc., 93 Civ. 8153, Texto íntegro del fallo en <http://www.courtvtv.com>

22. CV 98-0583. Michaels vs. Internet Entertainment Group y otros.

Otros pronunciamientos jurisprudenciales emitidos para el entorno analógico por los cuales “*la Primera Enmienda no protege infracciones de derecho de autor*”²³ y “*la Primera Enmienda no es una licencia para limitar derechos reconocidos legalmente en Propiedad intelectual*”²⁴, han sido acogidos por los tribunales estadounidenses para rechazar el alegato de proveedores de servicios en *Internet* que han apelado de órdenes de emplazamiento dictados para revelar los datos de suscriptores que presuntamente infringen el derecho de autor mediante el intercambio de archivos contentivos de obras musicales²⁵.

8.3. Los límites al derecho de autor en el entorno digital y la prohibición constitucional a la “*censura previa*”.

La Corte de Distrito de Columbia, ante el argumento del proveedor de servicios “*Verizon*”, quien alegaba que debía estar amparado por un límite al derecho exclusivo de los autores (“*fair use*”), ya que al revelar datos de un suscriptor suyo, sobre quien pesaba la presunción de infringir el derecho de autor por la “*descarga*” no autorizada de archivos musicales, constituía un forma de censura, resolvió que:

[...] la Digital Millenium Copyright Act “ni autoriza la censura gubernamental ni implica control previo de la potencial expresión protegida [...] simplemente permite que un particular titular de un derecho de autor obtenga la identificación de un presunto infractor con el fin de proteger los derechos reconocidos constitucionalmente en las obras creativas”²⁶.

8.4. Los límites al derecho de autor en el entorno digital y la garantía constitucional a la privacidad.

En la misma decisión anterior, la Corte dijo que 39:

“si un suscriptor individual abre su computadora para permitir a otros, compartiendo archivos de par a par, descargar material desde esa computadora, es difícil entender qué expectativa de privacidad puede tener después de abrirle la computadora básicamente al mundo” y, siguiendo precedentes previos²⁷, también

23. Universal City Studios, Inc. v. Reimerdes, 82 F. Supp. 2d 211, 220 (S.D.N.Y. 2000) y Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises, 471 U.S. 539, 568 (1985)

24. Capital Cities/ABC, Inc., 918 F.2d 140, 143 (11er Cir. 1990)

25. Corte de Distrito de Columbia (24-4-2003). RIAA vs. Verizon Internet Services. Acción Civil N.º 03-MS-0040 (JDB).

26. En RIAA vs. Verizon Internet Services. Acción Civil N.º 03-MS-0040 (JDB).

27. United States vs. Kennedy, 81 F. Supp. 2d 1103, 1110 (D. Kan. 2000).

afirmó que “no hay expectativas de privacidad cuando un usuario abre sus archivos en la computadora de su casa a cualquiera que quiera recibirlos”.

8.5. Los límites al derecho de reproducción en el entorno digital y los “usos honrados”

Mucho se ha esgrimido el argumento de que el almacenamiento electrónico personal de archivos protegidos está amparado por los “usos honrados”, en los términos del artículo 9,2 del Convenio de Berna, lo que ha sido desechado por la justicia en varios países.

Así, por ejemplo, el Tribunal de Gran Instancia de París declaró infringido el derecho de reproducción en el caso de unos estudiantes universitarios franceses que digitalizaban y colocaban obras musicales en sus páginas *web* personales, albergadas en los servidores de la *Ecole Nationale Supérieure des Télécommunications* y de la *Ecole Centrale de París*, donde los usuarios podían descargar copias a su gusto, señalando que “... quien memoriza sin autorización en su computadora personal conectada a Internet una obra protegida, la reproduce y propicia su utilización colectiva”²⁸.

También la Audiencia Provincial de Barcelona, en relación a la digitalización de las obras de modo que permiten su comunicación, dijo que:

*La digitalización y el almacenamiento en soportes estables de memoria conectados a la red (up loading), desde los que las obras son accesibles al público, a cuyo alcance está la comunicación y la obtención de copias (down-loading), viene comprendida en el ámbito de la reproducción [...]*²⁹.

8.6. Los límites al derecho patrimonial, el “fair use” y el uso personal en las transmisiones digitales.

El “*fair use*” (traducido como “uso leal”, “uso legítimo” o “uso justo”), es una figura típica del sistema “angloamericano” que nació de la interpretación jurisprudencial estadounidense, a través de un número sustancial de decisiones judiciales y que luego fue codificada básicamente en la Sección 107 del 17 U.S.C (“*Copyright Act*”), de 1976.

El “*fair use*”, que en un principio fue elaborado por la doctrina judicial en ese país como un límite al derecho de reproducción, se ha recogido de modo expreso en la “*Copyright Act*” como una limitación a todos los derechos exclusivos.

Ahora bien, en el célebre “*Caso Napster*”, la Corte de Apelaciones de San Francisco, al resolver sobre el argumento de que el intercambio de ficheros musicales por parte de los usuarios en *Internet* constituía un uso personal amparado por el “*fair use*”, dijo que:

28. Pouchenel, Warner Chappell France, MCA Caravelle vs. Ecole Centrale de Paris (ECP), Jean-Philippe R., Guillaume V. y Ecole Nationale Supérieure des Télécommunications (ENST).

29. Fallo del 27-6-2002. Texto íntegro en www.laley.net

Un usuario anfitrión que envía un fichero no se puede decir que se envuelva en un uso personal cuando distribuye ese fichero a un solicitante anónimo” [de modo que] “los usuarios de Napster obtienen gratis algo que ellos ordinariamente tendrían que comprar”³⁰.

En el asunto *Leiber & Stoller* contra prestadores de servicios que facilitaban el intercambio de archivos musicales, la Corte de Distrito de California afirmó que “el usuario que esta haciendo la grabación disponible está llevando a cabo una distribución no autorizada de esa composición y el usuario que la está bajando está haciendo una copia no autorizada”³¹, mientras que en el caso “*Mp3*” la Corte de Distrito de Nueva York calificó el argumento del “*fair use*” como “*indefendible y debe negarse como asunto de derecho*”³².

8.7. Los límites al derecho patrimonial, el “*fair use*” y la utilización en el “*ámbito doméstico*” de las obras en las transmisiones digitales.

La Corte de Distrito de Florida, en sentencia del 9-12-1993, debió resolver el caso en que el demandante *Playboy Enterprises Inc.* (PEI), solicitó se otorgara en su favor una sentencia sumaria parcial por cuanto el demandado, Frena, había infringido su derecho de autor, específicamente sobre 170 archivos de imágenes fotográficas, en razón de que el accionado operaba un servicio de cartelera computarizada por suscripción, *Techs Warehouse BBS* (“*BBS*”), a través del cual se distribuyeron copias no autorizadas de esas fotografías protegidas a favor del accionante.

Al analizar el alcance del derecho de “*exhibición*” previsto en legislación estadounidense, en relación al uso de las obras en el “*círculo familiar*”, la Corte afirmó:

[...] a fin de que haya una infracción del derecho de autor, la exhibición debe ser pública. Una «exhibición pública» es una exhibición «en un sitio abierto al público [...] donde está reunido un número sustancial de personas fuera del círculo normal de la familia y sus conocidos sociales» [...] Un sitio está «abierto al público» en este sentido aun si el acceso esta limitado a clientes que pagan [...].

La exhibición por el demandado de las fotografías protegidas de PEI a los suscriptores era una exhibición pública. Aun cuando estaba limitado a los suscriptores, la audiencia consistía de «un número sustancial de personas fuera del círculo normal de la familia y sus conocidos sociales» [...]»³³.

30. A&M Records y otros vs. Napster.

31. Jerry Leiber y otros vs. Consumer Empowerment y otros.

32. UMG Recordings, Inc y otros vs. MP3.com Inc.

33. *Playboy Enterprises vs. George Frena* 839 F. Sup. 1662, en www.loundy.com/CASES.

8.8. Los límites al derecho patrimonial, el “*fair use*” y la explotación normal de la obra en las transmisiones digitales.

Bajo la figura del “*daño al mercado*” como excluyente del “*fair use*” (equivalente al atentado a la normal explotación normal de la obra, de los “*usos honrados*”), la sentencia en el caso “*Napster*” debió analizar ese punto en relación al intercambio de archivos musicales a través de la *Internet* entre los usuarios de ese servicio.

La Corte de Apelaciones de San Francisco dijo:

[...] el uso de Napster daña el mercado para las composiciones musicales y grabaciones sonoras protegidas del demandante al reducir las ventas de CD entre los estudiantes de «college»... [y por tanto] “... tiene un impacto adverso en los mercados de audio CD y descarga digital.

(1) cuanto más música descargan los usuarios, menos es posible que ellos eventualmente compren las grabaciones en audio CD; y (2) incluso si el mercado de audio CD no es dañado, Napster tiene efectos adversos en el mercado de descarga digital en desarrollo³⁴.

También en *Leiber & Stoller* la Corte de Distrito del Distrito Central de California analizó el tema del “*daño al mercado*”, a través de sistemas operativos que permiten el libre intercambio de archivos musicales y al efecto resolvió:

La infracción al mayor por los demandados daña el mercado para las grabaciones licenciadas de las composiciones musicales protegidas por el derecho de autor de los demandantes. Ese mercado es el pan de cada día de los compositores de música y de sus editores musicales. Los compositores musicales y los editores de música no ganan regalías cuando un usuario [...] baja gratis las mismas canciones que han sido licenciadas a otros para su reproducción y distribución como las fonogramas físicas y las grabaciones sonoras digitales³⁵.

8.9. Los límites al derecho patrimonial, el “*fair use*” y el perjuicio injustificado a los legítimos intereses de los autores en las transmisiones digitales.

La Corte de Distrito de Florida, ante la utilización no autorizada por intermedio de una cartelera computarizada por suscripción, *Techs Warehouse BBS* (“*BBS*”), de fotografías cuyos derechos pertenecían al demandante (PEI), declaró:

Obviamente, si este tipo de conducta se generaliza, afectaría adversamente el mercado potencial para la obra protegida. Dicha conducta le negaría a PEI considerables ingresos a los cuales tiene derecho por el servicio que proporciona³⁶.

34. Ídem.

35. Jerry Leiber y otros vs. Consumer Empowerment y otros.

36. Playboy Enterprises vs. George Frena 839 F. Sup. 1662, en www.loundy.com/CASES.

Asimismo, en *Leiber & Stoller*, la Corte de Distrito de California analizó el argumento del “*fair use*” desde la perspectiva del perjuicio irrazonable a los legítimos intereses de los titulares de derechos en las transmisiones “*p2p*” a través de las redes digitales, y al respecto afirmó:

Los compositores de música ganan su sustento, en parte, licenciando sus derechos exclusivos para hacer y distribuir grabaciones de sonido que incorporan físicamente sus composiciones musicales en forma de discos compactos CDs, cintas de casetes, discos de larga duración (LPs), y bajados digitalmente de computadoras. Los editores de música son los cuidadores de las composiciones musicales de los compositores de canciones.

Si una firma de grabación o un servicio de música de Internet desea distribuir una grabación de la canción [...] en CD, cinta de casetes, o bajándola digitalmente, debe tener primero una licencia de Leiber & Stoller, quienes son los editores musicales y los titulares del derecho de autor, y pagarles las correspondientes regalías

[...]

Ofreciendo sus servicios comerciales, los demandados han generado ingresos por publicidad y esperan obtener provisión de fondos de capital de riesgo y tasas de suscripción. Mediante esta acción, los demandantes buscar rectificar esta masiva e intencional infracción, que amenaza seriamente el sustento de los compositores de canciones y sus editores musicales³⁷.

Y en el ya citado caso “*Napster*” la Corte de Apelaciones de San Francisco afirmó que:

[...] el uso comercial está demostrado al mostrar que repetidas y explotativas copias no autorizadas de obras protegidas fueron efectuadas para evitar el gasto de comprar copias autorizadas³⁸.

8.10. Los límites al derecho patrimonial y el derecho de reproducción en las transmisiones digitales.

Frente al alegato de que el acceso por vías telemáticas a archivos musicales no constituía una forma de reproducción cuando sólo se almacenaba en la memoria “*efímera*” del computador, la Corte de Distrito de Virginia, ya en 1994, resolvió que “*la transmisión en red electrónica de un computador a otro, aunque solamente resida en la memoria RAM de cada ordenador, tiene la fijación suficiente*”³⁹.

37. Caso 01-09923. Jerry Leiber y otros vs. Consumer Empowerment y otros.

38. A&M Records y otros vs. Napster.

39. Advance Computer Service of Michigan Inc. vs. MAI Systems Corp. 845 F. supp. 356, 363, E.D. Va. 1994, en *Intellectual Property and the National Information Infrastructure*, primera

8.11. Los límites al derecho patrimonial, el “*fair use*” y la “*distribución por transmisión*” en las comunicaciones digitales.

En los Estados Unidos se ha planteado como defensa que las transmisiones por *Internet* no configuran un derecho de “*distribución*”, ya que los ejemplares no se ponen a disposición en forma tangible, razón por la cual esa forma de utilización de las obras se enmarca dentro del “*fair use*” o, en todo caso, no forma parte del derecho de autorizar o prohibir la utilización de las obras.

En el caso *Leiber & Stoller*, ya citado, la Corte de Distrito de California sentenció:

Cada vez que se baja una grabación de una composición musical utilizando el programa de computación KaZaA, el usuario que esta haciendo la grabación disponible está llevando a cabo una distribución no autorizada de esa composición y el usuario que la está bajando está haciendo una copia no autorizada. Esa copia queda entonces disponible para volverla a subir y bajar —lo cual se conoce como distribución «viral»— por otros usuarios del servicio KaZaA. En cualquier momento, hay disponibles millones de archivos para bajar mediante el servicio KaZaA.

Y en el ya mencionado asunto *Michaels vs Internet Entertainment Group*, la Corte de Distrito del Distrito Central de California señaló que:

[...] la distribución de la cinta en Internet entra en conflicto con los derechos exclusivos del demandante de distribuir copias de la grabación al público [...] También interfiere con los derechos de los demandantes de exhibirla en público, lo cual incluye el derecho de exhibir «imágenes de una película» [...].

8.12. Los límites al derecho patrimonial y el derecho de comunicación al público en las transmisiones digitales.

También se ha pretendido alegar en estrados que las transmisiones digitales donde cada usuario en la red accede individualmente a una obra, no constituye un acto de comunicación pública o, en todo caso, esa comunicación configura uno de los límites a ese derecho, por tratarse de un “*uso honrado*” o, en los Estados Unidos, un “*fair use*”.

Sin embargo la Corte de Apelaciones del Cuarto Circuito, en Estados Unidos, en el caso relacionado con el acto de sustraer una fotografía del autor (*Kelly*) ubicada en su sitio en la *web* con el fin de colocarla en otra página de la red (*Arriba*), dijo que “*la exhibición de las obras de «Kelly» por parte de «Arriba» no es un uso justo y por ende viola los derechos exclusivos de «Kelly» a exhibir sus obras*”⁴⁰.

entrega, en Derecho de la Alta Tecnología (DAT). Año VII. N.º 76/77 y en <http://cyber.law.harvard.edu/metaschool/fisher/ISP/cachecl.html>

40. Kelly vs. Arriba Soft Corp.

Ya con anterioridad, la Corte de Distrito de Florida, ante la colocación no autorizada en una página *web* de fotografías cuyos derechos correspondían a la demandante, mediante un servicio de cartelera computarizada por suscripción operada a través de Internet, había dicho que:

[...] la exhibición cubre cualquier muestra de una «copia» de la obra, «sea directamente o por medio de una película, dispositiva, imagen de televisión o cualquier otro dispositivo o proceso» ...» [y que] “el derecho de exhibición impide la transmisión no autorizada de la exhibición de un sitio a otro, por ejemplo mediante un sistema de computadores [...]”⁴¹.

En el caso *Kazaa*, programa de ordenador que permite el intercambio de archivos musicales y audiovisuales entre usuarios, el Tribunal Federal de Justicia de Australia sentenció que:

*Los archivos se comparten sin la aprobación del derechohabiente, de lo que se deduce que, tanto el usuario que pone el archivo a disposición, como el usuario que se descarga una copia infringen los derechos de autor del titular de los derechos*⁴².

8.13. Los límites al derecho patrimonial, el “*fair use*” y la elusión de dispositivos técnicos de “*autotutela*”

Ya se ha dicho que DMCA estadounidense enumera con precisión los supuestos en que está permitida la elusión de los dispositivos técnicos, con el mérito de alejarse un tanto del tradicional “*fair use*” o, sistema “*abierto*” de excepciones, para sustituirlo en estos casos concretos por un listado taxativo de limitaciones.

Ello quedó corroborado en la sentencia dictada por el Tribunal de Nueva York (confirmada por la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito), cuando ante el alegato del “*fair use*” en relación a la presunta legitimidad de un sistema que permitía el acceso a un programa de ordenador que estaba codificado, declaró que la excepción basada en el “*uso leal*” no prosperaba en una acción fundamentada en la DMCA⁴³.

Del mismo modo, la jurisprudencia estadounidense debió pronunciarse sobre el argumento de la demandada en el caso de la elusión de un dispositivo tecnológico de protección, sobre la base de que la DMCA sólo sancionaba a los dispositivos que fueran “*efectivos*”, mientras que el sistema objeto de la controversia no lo era, tanto que se había podido desactivar, pero los tribunales declararon que la ley no tendría sentido si sólo protegiera las medidas de “*autotutela*” que fueran absolutamente efectivas⁴⁴.

41. Playboy Enterprises vs. George Frena 839 F. Sup. 1662, en www.loundy.com/CASES

42. Universal Music Australia vs. Sharman License Holdings.

43. Citada LEPAGE, Anne: *Panorama general de las excepciones y limitaciones al derecho de autor en el entorno digital*. Op. cit. p. 17.

44. Universal City Studios, Inc. vs. Corley