



Apuntes sobre las excepciones a los derechos de autor en el entorno digital

ÓSCAR MONTEZUMA PANEZ Y RAÚL SOLÓRZANO SOLÓRZANO

Sumario: I. El tratamiento de las limitaciones y excepciones a los derechos de autor y el fair use en el mundo analógico. II. El surgimiento de Internet y las tecnologías digitales. III. La respuesta del derecho: las normas anti-elusión y su aplicación. IV. A modo de conclusión.

El derecho de autor sigue siendo un área del Derecho poco estudiada en nuestro país. Sin embargo, dicha tendencia se ha comenzado a revertir en los últimos años. Una prueba evidente de ello es la aparición de publicaciones como la que contiene el presente artículo, la misma que constituye un esfuerzo muy importante orientado a abrir un espacio de discusión y debate en materia de derechos intelectuales. Asimismo debemos destacar la apertura de cátedras en diversas universidades del país que desarrollan con detalle la materia, lo cual resulta sumamente positivo. Finalmente, la reciente firma de un Tratado de Libre Comercio entre nuestro país y los Estados Unidos de Norteamérica, ha puesto en portadas y titulares temas vinculados a los derechos intelectuales despertando el interés de muchas personas, muchas de ellas provenientes de especialidades distintas al Derecho.

Es preciso señalar que, no obstante los términos “límites” y “excepciones” pueden tener acepciones disímiles en el estudio de los derechos de autor, para los efectos del presente trabajo utilizaremos ambos de modo indistinto. Ello, tomando en consideración que el propio Decreto Legislativo N.º 822 (Ley sobre el Derecho de Autor) hace referencia a los mismos como sinónimos, lo cual se verifica en su Título IV.

El tema concreto que nos convoca es el de la aplicación del régimen de excepciones a los derechos de autor en el entorno digital. Para ello, partiremos por abordar el marco conceptual que sustenta la existencia de limitaciones y excepciones, así como del denominado *fair use* (su equivalente en sistemas de protección de los derechos de autor de tradición anglosajona) y la forma en que ambos se han venido aplicando en el mundo analógico. Seguidamente nos centraremos en verificar cómo la aparición del Internet y el surgimiento de las tecnologías digitales han generado una particular respuesta por

parte del Derecho, la misma que se refleja en un tratamiento específico a nivel legislativo y jurisprudencial orientado hacia una aplicación cada vez más restrictiva de los derechos de autor ante los nuevos retos que impone el entorno digital.

I. EL TRATAMIENTO DE LAS LIMITACIONES Y EXCEPCIONES A LOS DERECHOS DE AUTOR Y EL *FAIR USE* EN EL MUNDO ANALÓGICO

El sistema de protección de derechos de autor tiene como objetivo la tutela del interés público, entendido éste como la necesidad de fomentar la creación, el acceso y la difusión de obras artísticas e intelectuales, a través de la protección de los intereses particulares del autor. En ese sentido, el ordenamiento jurídico otorga una protección temporal al creador de manera que, transcurrido el período de exclusividad en la explotación, su obra pase al dominio público y pueda ser utilizada por cualquier persona sin necesidad de contar con autorización ni remunerar al autor o a sus herederos. Esto último en aras de promover el acceso a la cultura y al conocimiento.

Existen ciertas excepciones a los derechos patrimoniales de autor durante el período de exclusividad que en nuestro país abarca, como regla general, toda la vida del autor y hasta setenta años después de su fallecimiento¹. Estas excepciones deben entenderse como aquellos usos tolerados por el sistema, frente a los cuales no es necesaria la autorización del autor para la utilización de las obras. En otras palabras, dicha utilización puede hacerse libremente sin tener que requerir de manera previa y por escrito, tal como lo señala la norma en condiciones normales², las autorizaciones del autor o del titular de los derechos correspondientes. En este sentido, la norma establece que tampoco es necesario el pago de remuneración alguna por el uso de las obras bajo determinadas circunstancias. Esto es, que el autor o el titular de los derechos no se encuentra en capacidad de exigir en determinados supuestos, algunos de los cuales analizaremos más adelante, el pago de una contraprestación por el uso de dichas obras.

Dicho esto, es preciso indicar que las excepciones al derecho de autor se recogen a través de dos tipos de sistemas: el abierto y el cerrado. Nos encontramos frente a un sistema abierto cuando las limitaciones o excepciones se encuentran plasmadas en un enunciado amplio, es decir, de carácter general sin establecer una lista de actos no constitutivos de violación de derechos. De esta manera, al no fijarse supuestos determinados sino más bien tener una especie de cláusula general permisiva, tal como lo señala Anne Lepage³,

1. Cabe indicar que tratándose de obras colectivas, programas de ordenador y obras audiovisuales, el derecho patrimonial se extingue a los setenta años de su primera publicación o, en su defecto, al de su terminación.
2. Al respecto el artículo 37 del Decreto Legislativo N.º 822 establece lo siguiente: “Siempre que la Ley no dispusiere expresamente lo contrario, es ilícita toda reproducción, comunicación, distribución, o cualquier otra modalidad de explotación de la obra, en forma total o parcial, que se realice sin el consentimiento previo y escrito del titular del derecho de autor.”
3. LEPAGE, Anne. “Panorama general de las excepciones y limitaciones al derecho de autor en el entorno digital”. En: *Boletín de Derecho de Autor de la UNESCO*, enero — marzo de 2003, pp. 6.

lejos de ser un sistema poco preciso, estamos frente a un sistema que presenta gran flexibilidad al momento de determinar si puede ser aplicable una limitación o N.º El ejemplo por excelencia de un sistema abierto es el del *fair use*, elegido por los Estados Unidos de Norteamérica. En efecto, la Sección 107 del *Copyright Act* de 1976 señala lo siguiente:

“Sin perjuicio de las disposiciones de los artículos 106 y 106A, el fair use de una obra protegida por el copyright, incluyendo dicho uso mediante la reproducción en copias o fonogramas o por cualquier otro medio especificado por ese artículo, con objetivos tales como la crítica, el comentario, la información, la enseñanza (incluyendo copias múltiples para su uso en clase), el estudio o la investigación, no es una violación del derecho de autor. Para determinar si en un caso en particular el uso de una obra es un fair use se tomarán en cuenta, entre otros, los siguientes factores:

- 1)el propósito y las características del uso, incluyendo si es de naturaleza comercial o bien para propósitos educativos sin fines de lucro;*
- 2)la naturaleza de la obra protegida por el copyright;*
- 3)la extensión e importancia de la parte utilizada en relación con la totalidad de la obra protegida por el copyright; y*
- 4)el efecto del uso con respecto al mercado potencial al cual está destinada la obra o el valor de ésta.*

El hecho de que una obra no esté publicada, no impide por sí mismo que se considere que existe un fair use, si el análisis es realizado considerando todos los factores arriba mencionados.”

Por otro lado, un sistema de excepciones cerrado se basa en una lista exhaustiva de actos permitidos, obligando de esta forma que la interpretación y aplicación que se haga de las mismas se realice de manera restrictiva sin sobrepasar el marco de las excepciones contempladas. Sobre este sistema, Pierre Sirinelli apunta que, a pesar de la ventaja de la previsibilidad, un sistema excesivamente cerrado podría también generar ciertos problemas pues “aunque no falte la seguridad puede faltar la necesaria capacidad de adaptación”⁴.

Sobre la existencia de un régimen de excepciones, Anne LEPAGE afirma que “ya lo reconozcan abiertamente o no, lo cierto es que todas las legislaciones sobre derecho de autor supeditan la protección de la explotación de una obra al reconocimiento de excepciones y limitaciones al monopolio permitiendo así que ciertos usuarios puedan representar o reproducir una obra sin vulnerar el derecho exclusivo de su autor. Estas

4. SIRINELLI, Pierre. “Excepciones y limitaciones al derecho de autor y los derechos conexos”. En: *Taller sobre cuestiones de aplicación del Tratado de la OMPI sobre derecho de autor (WCT) y el Tratado de la OMPI sobre interpretación o ejecución y fonogramas (WPPT)*. Documento OMPI WCT-WPPT/IMP/1 de fecha 3 de diciembre de 1999.

limitaciones y excepciones han sido objeto de reflexiones que han posibilitado su clasificación y la determinación de su razón de ser”⁵.

Nuestro país ha optado por un sistema cerrado, a diferencia de *fair use* norteamericano, tal como puede observarse de una lectura conjunta del artículo 21 de la Decisión 351⁶ y del artículo 50 del Decreto Legislativo N.º 822⁷. Así, cuando abordamos el tema de las excepciones a los derechos de autor, éstas deben entenderse de manera restrictiva, es decir, que su aplicación debe delimitarse por el propio texto de la norma, no siendo posible una interpretación extensiva ni analógica.

Una vez establecido el sistema de protección que recoge nuestra legislación, pasaremos a analizar la forma de aplicación general de las excepciones. En este punto, es preciso señalar que, conforme al artículo 2, numeral 47, del Decreto Legislativo N.º 822, los usos honrados son aquellos que no interfieren con la normal explotación de la obra ni causan un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o del titular del respectivo derecho. Se busca un equilibrio entre los derechos que le asisten a los autores sobre sus creaciones y el derecho de la sociedad de poder acceder libremente a ellas en determinados casos concretos. De lo contrario se establecerían derechos absolutos a favor de los creadores, dejando de lado legítimos intereses públicos. En la misma línea, Ricardo Antequera señala que “tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 27), como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 15), incluyen en un mismo artículo, mediante dos párrafos, el derecho de toda persona a la protección de los intereses morales y materiales que le corresponda por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora; y el derecho de toda persona a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten. Ello plantea una necesaria conexión entre ambos derechos, lo que implica, a su vez, la necesidad de un adecuado equilibrio que permita, por una parte, estimular la creatividad de los autores y asegurarles que siguen la suerte económica de su creación; y, por la otra, facilitar al colectivo el acceso a los bienes culturales, sin desmedro de aquella protección”⁸.

5. LEPAGE, Anne. Op cit, pp. 4.

6. Decisión 351, artículo 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”.

7. Decreto Legislativo 822, artículo 50: “Las excepciones establecidas en los artículos precedentes, son de interpretación restrictiva y no podrán aplicarse a casos que sean contrarios a los usos honrados.”

8. ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. “Las limitaciones y excepciones al derecho de autor y los derechos conexos en el entorno digital”. En: XI Curso Académico Regional OMPI/SGAE sobre derecho de autor y derechos conexos para países de América Latina: El derecho de autor y los derechos conexos en el entorno digital. Documento OMPI-SGAE/DA/ASU/05/2, de fecha 26 de octubre de 2005. pp. 3

Con relación al derecho de reproducción, en el artículo 9.2 del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas se establece que “se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras en determinados casos especiales, con tal que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor”. Asimismo, en el artículo 13 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) se indica que “los Miembros circunscribirán las limitaciones o excepciones impuestas a los derechos exclusivos a determinados casos especiales que no atenten contra la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos”. Por su parte, en el artículo 10 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (conocido como TODA o WCT por sus siglas en inglés) también se ha recogido la denominada “regla de los tres pasos”⁹:

“(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”¹⁰.

En este punto es importante destacar que en el artículo 16 del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (conocido como TOIEF o WPPT por sus siglas en inglés) existe una disposición similar a la antes citada.

En el ámbito nacional, podemos encontrar en el Título IV del Decreto Legislativo N.º 822 una lista cerrada de excepciones, pudiendo destacar, entre otras, la comunicación en el ámbito doméstico, la comunicación con fines didácticos en el curso de las actividades de una institución de enseñanza, la comunicación con fines demostrativos

9. La “regla de los tres pasos” involucra lo siguiente: que nos encontremos ante ciertos casos especiales, que no atenten contra la explotación normal de la obra y que no causen un perjuicio injustificado a los legítimos intereses del autor.

10. Cabe resaltar que el artículo 10 del TODA cuenta con la siguiente Declaración Concertada: “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.”

de la clientela dentro de establecimientos de comercio, el derecho de cita, etc. Precisamente un caso en el que se discutió el tema de excepciones fue el seguido por la *Asociación Peruana de Artistas Visuales (APSAV) contra Santillana S.A.*¹¹, en donde la referida sociedad de gestión colectiva interpuso una denuncia por la reproducción y distribución de obras que representaba. La denunciante manifestó que Santillana S.A. había efectuado la reproducción y distribución de obras de los autores Georges Braque, Pablo Picasso, Salvador Dalí, Sofía Gandarias, Marcel Duchamp, Enrique Camino Brent, Wassily Kandinsky, Jackson Pollock, Tilsa Tsuchiya, André Bretón, Jean Tonguely, Robert Smithson, Richard Serra, Marc Chagall, Rene Magritte, Paul Klee, Francis Bacon, Pablo Serrano, Federico García Lorca, Leopold Survage, Rafael Alberti, Andy Warhol, Otto Dix, Georges Gras, Konrad Klapheck, Alexander Calder y Frank Lloyd Wright, en los textos titulados “*Enciclopedia Escolar Santillana Arte y Literatura - Tomo I*”, “Voces N.º 2”, “Voces N.º 3”, “Voces N.º 4”, “Nexos N.º 5” y “Huellas N.º 4”, sin contar con la correspondiente autorización previa y expresa.

La denunciada indicó que las mencionadas reproducciones fueron efectuadas lícitamente ya que se habían hecho dentro de los alcances del derecho de cita, es decir, dentro de los límites al derecho de explotación. Asimismo, agregó que las citas efectuadas en los textos educativos materia de denuncia se realizaron con fines ilustrativos y educativos, sin perjudicar la normal explotación de las obras debido a que el público objetivo al que estaban dirigidas estaba conformado por niños. Sostuvo finalmente que las citas se realizaron en la medida justificada por el fin perseguido, respetando los usos honrados, vale decir, que las reproducciones se hicieron en una cantidad y forma normalmente aceptada.

Mediante Resolución N.º 019-2006/ODA-INDECOPI de fecha 27 de enero de 2006, la Oficina de Derechos de Autor del INDECOPI señaló que las siguientes reproducciones se realizaron de conformidad con el derecho de cita previsto en el artículo 44¹² del Decreto Legislativo N.º 822: “Detalle de las Meninas” de Pablo Picasso, “A mi mujer” y “Los recién casados de la torre Eiffel” de Marc Chagall, “Caballero de la muerte”, “El hombre invisible” y “El Quijote - Litografía” de Salvador Dalí, “Día Gris” de George Gras, “Guernica” y “Las señoritas de Avignon” de Pablo Picasso, entre otras. Ello, tomando en consideración que las obras fueron citadas en la medida justificada para cumplir con su finalidad, debido a la existencia de una clara vinculación entre la cita y la obra en cuestión.

Con relación al límite de difusión y emisión, la Oficina de Derechos de Autor señaló que las siguientes reproducciones se habían efectuado de acuerdo con el inciso c) del

11. Tramitado bajo Expediente N.º 568-2005/ODA seguido ante la Oficina de Derechos de Autor del INDECOPI

12. Decreto Legislativo 822, artículo 44: “Es permitido realizar, sin autorización del autor ni pago de remuneración, citas de obras lícitamente divulgadas, con la obligación de indicar el nombre del autor y la fuente, y a condición de que tales citas se hagan conforme a los usos honrados y en la medida justificada por el fin que se persiga.”

artículo 45¹³ del Decreto Legislativo N.º 822: “The Spiral Jetty” de Robert Smithson, “Móvil” de Alexander Calder, “Casa de la Cascada” de Frank Lloyd Wright y “Estatua de Unamuno” de Pablo Serrano. Ello, en la medida que las mencionadas obras plásticas se encontraban expuestas permanentemente al público o en lugares de acceso al público.

Finalmente, luego de revisar el resto de las reproducciones efectuadas por Santillana S.A. y el contexto bajo el cual fueron publicadas, la Oficina de Derechos de Autor consideró que estas últimas no podían ser consideradas dentro de las excepciones establecidas por el Decreto Legislativo N.º 822, utilizando básicamente los siguientes argumentos:

- mera circunstancia de realizar la publicación de libros escolares que tienen una finalidad educativa no implica necesariamente que nos encontremos ante excepciones a los derechos de autor.
- En ciertos casos se había realizado un excesivo uso de las citas, no sólo por el espacio total que ocupaban las reproducciones con relación a la página, sino por la cantidad de obras reproducidas.
- En otros casos ninguna de las reproducciones efectuadas servían para ilustrar, analizar o criticar las obras utilizadas, añadiendo además que en determinados supuestos no se había cumplido con la formalidad establecida para las citas: nombre del autor y fuente.

Por las consideraciones antes expuestas, la Oficina de Derechos de Autor declaró fundada la denuncia presentada por APSAV en contra de Santillana S.A. por la reproducción y distribución no autorizada de obras artísticas. En vía de apelación, la Sala de Propiedad Intelectual del Tribunal del INDECOPI, mediante Resolución N.º 0858-2006/TPI-INDECOPI de fecha 28 de junio del 2006, confirmó el pronunciamiento de primera instancia administrativa. Cabe resaltar que la Sala de Propiedad Intelectual sólo amonestó a Santillana S.A., a diferencia de la Oficina de Derechos de Autor que había sancionado a dicha empresa con una multa de 3.18 UIT. Asimismo, la Sala fijó por concepto de derechos de autor devengados la suma de US\$ 1,740.00.

De esta manera, podemos decir en este aspecto que el sistema de excepciones de los derechos de autor también responde a la imposibilidad de los autores de controlar determinados usos de sus obras. Adicionalmente si tomamos en cuenta lo costoso que resultaría negociar con cada autor para incluir, por ejemplo, una cita suya en una investigación probablemente el presente trabajo no existiría.

Por otro lado, dos casos de la jurisprudencia norteamericana donde se evalúa la aplicación del *fair use* son *Sony contra Universal Studios 464 U.S. 417 (1984)* y *Harper*

13. Decreto Legislativo 822, artículo 45: “Es lícita también, sin autorización, siempre que se indique el nombre del autor y la fuente, y que la reproducción o divulgación no haya sido objeto de reserva expresa: (...) c) La emisión por radiodifusión o la transmisión por cable o cualquier otro medio, conocido o por conocerse, de la imagen de una obra arquitectónica, plástica, de fotografía o de arte aplicado, que se encuentren situadas permanentemente en un lugar abierto al público.

& Row, *Publishers contra Nation Enters.*, 471 U.S. 539, 542 (1985). En el primer caso, comúnmente conocido como el “Caso Betamax”, Sony salió victoriosa de los cuestionamientos formulados por Universal Studios y otras empresas productoras, al considerar que los equipos grabadores de cintas de video (VCRs) que Sony comercializaba contribuían a infringir los derechos de autor (*copyright*). El segundo caso, quizá menos conocido pero no por ello menos importante, se produjo en 1979 cuando la revista Time compró a la editorial Harper & Row los derechos de publicación de fragmentos de las memorias del Presidente Ford. El conflicto surgió cuando algunas semanas después, antes que el artículo sea publicado en la revista Time, alguien, sin la autorización de Ford, Harper & Row, o la revista Time, facilitó una copia del manuscrito a Victor Navasky, editor del diario “The Nation”. Navasky preparó un artículo que resumía a grandes rasgos la futura publicación. Dicho artículo reproducía diversos fragmentos de las memorias de Ford y aproximadamente 300 palabras del artículo eran citas textuales de dichas memorias. Cuando la revista Time se enteró de esto dejó de lado sus planes de publicar fragmentos del libro y se negó a pagar el saldo correspondiente a los derechos de autor. Harper & Row inició una demanda por violación de derechos de autor en contra de The Nation. La Corte Suprema de los Estados Unidos sólo se pronunció respecto de las 300 palabras que contenían citas textuales de las memorias de Ford y consideró que el uso que Navasky había hecho de ellas no podía calificarse como razonable¹⁴.

La teoría económica justifica la doctrina del uso justo o *fair use*, por los altos costos que se producirían en caso se tuviera que solicitar una autorización al titular del derecho cada vez que se utilice una obra protegida¹⁵. Otra razón se encuentra en el hecho de que dicho uso justo tiende a incrementar la demanda por trabajos protegidos por derechos de autor. Por ejemplo, los comentarios y críticas de una obra, lejos de significar un perjuicio para los autores, son usualmente una fuente de publicidad para sus obras¹⁶.

Adicionalmente, son dos los casos más relevantes en materia de la aplicación del *fair use* en entornos digitales. Nos referimos a los conocidos como *Napster (A&M Records, Inc. contra Napster, Inc. 239 F.3d 1004 (9th Cir. 2001))* y *Grokster (MGM et al. contra Grokster et al., 259 F.Supp.2d 1029 United States District Court, C.D. California (2003))*.

14. FISHER III, William W. “Reconstructing the fair use doctrine” En: *Harvard Law Review* N.º 101. Cambridge, 1998. pp 1700-1704.

15. BIRNHACK, Michael D. *The Idea of Progress in Copyright Law*. En: *Buffalo Intellectual Property Law Journal*, vol. 1(3), 2001, pp. 58 — 59.

16. Algunos autores han señalado que la doctrina del *fair use* llegará a ser obsoleta en un mundo donde la tecnología proporciona una comunicación instantánea entre los poseedores del *copyright* y los usuarios. Sin embargo, los costos de búsqueda no son los únicos que justifican la existencia del uso justo. Véase, DEPOORTER, Ben y FRANCESCO PARISI. *Fair Use And Copyright Protection: A Price Theory Explanation*. George Mason University, Facultad de Derecho, N.º 3, 2001, pp. 11-18; y GORDON, Wendy J. *Excuse and Justification In The Law Of Fair Use: Commodification And Market Perspectives*. Documento de Trabajo. Universidad de Berkeley, Center for Law & Technology, IP And Technology Law

Working Papers Series, N.º 1-02, 2002; y LESSIG, Lawrence. “La ley del caballo: Lo que el ciberderecho podría enseñar”. En: *Derecho y Tecnologías de la Información*. De la Maza Gazmurri (Coord.), Santiago de Chile, Universidad Diego Portales, pp. 37.

El caso Napster se inicia en diciembre de 1999, cuando A&M Records y otras empresas discográficas representadas por la *Recording Industry Association of America* (en adelante, RIAA) interpusieron una demanda contra Napster ante una Corte Federal de San Francisco al considerar que, el software (basado en tecnología peer to peer — P2P) que promocionaba dicha empresa a través de su página web y que permitía el intercambio gratuito de archivos musicales, contribuía a la violación de derechos de autor. Uno de los argumentos de defensa de Napster fue precisamente el precedente establecido por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el Caso Betamax¹⁷. No obstante, la jueza Marylin Hall Patel, a cargo del caso, consideró que, a diferencia de lo ocurrido en el caso Betamax, las actividades lícitas que permitía Napster eran mínimas en relación con las actividades ilícitas. Asimismo, Patel rechazó el argumento de Napster pues indicó que existían documentos internos que demostraban que el programa había sido creado explícitamente para intercambiar material protegido por derechos de autor y, en consecuencia, ordenó a Napster que bloqueara el acceso al material protegido por derechos de autor sobre el cual tuviera conocimiento. Dada la imposibilidad de cumplir con la orden judicial, Napster dejó de brindar su servicio gratuito de descarga musical el 2 de julio de 2001.

Por su parte, en el caso *Grokster* veintiocho de las más grandes compañías de la industria de la música, demandaron a Grokster, StreamCast Networks y Sharman Networks por operar los sistemas de intercambio de archivos de sonido Grokster, Morpheus y KaZaA¹⁸ respectivamente. Los argumentos de la parte demandante fueron muy similares a los utilizados en la demanda contra Napster. No obstante ello, dichos programas se diferenciaban de Napster en la tecnología empleada. Grokster y Morpheus utilizaban un sistema P2P de tercera generación, es decir, un sistema totalmente descentralizado que impedía técnicamente a las tres empresas controlar las actividades de sus usuarios. La tecnología esta vez dio la razón a las empresas demandadas¹⁹. Sin embargo, el caso

-
17. Napster alegó que los usuarios al hacer uso de su sistema para transferir archivos estaban ejerciendo su derecho al *fair use* y por ende no estaban cometiendo ningún ilícito. Además señaló que su servicio podía ser usado para actividades lícitas (*substantial noninfringing uses*) tales como: (i) muestreo, es decir, cuando los usuarios hacen copias temporales de una obra antes de comprarla, (ii) cuando los usuarios acceden a un archivo musical a través de Napster, cuya obra original ya han comprado, y, (iii) distribución de grabaciones de artistas nuevos, con autorización de los mismos.
 18. Cabe precisar que, considerando que KaZaA fue constituida en Holanda y luego vendida a Sharman Networks (compañía constituida en Vanuatu y operada desde Australia), se iniciaron procedimientos contra dicha empresa en ambos países. En el proceso iniciado en Holanda en el año 2002 una Corte de Apelaciones de Amsterdam sentenció que KaZaA no era responsable por infracción a las normas de derechos de autor por los usos que terceros hagan de su sistema. Asimismo con fecha 29 de noviembre de 2004, la industria discográfica australiana inició un proceso contra KaZaA sobre la base de los mismos argumentos utilizados en otras jurisdicciones sancionando a dicha empresa mediante sentencia del 5 de setiembre de 2005 por incentivar el uso de material protegido por derechos de autor entre los usuarios de su servicio. Debido a estos problemas jurisdiccionales KaZaA no fue incluida en el caso Grokster.
 19. En relación con los cargos por contribución a la infracción de derechos de autor (*contributory copyright infringement*) la Corte no encontró a los demandados responsables. Esto se debió a que

fue apelado por las demandantes y sometido a consideración de la Corte Suprema de los Estados Unidos²⁰, quien el 28 de junio de 2005 emitió sentencia indicando que las empresas que ofrecían sistemas de intercambio P2P como MGM o Grokster podían ser consideradas responsables por los usos que terceros hacían de sus sistemas, mas allá de los usos lícitos que dicha tecnología permita²¹.

II. EL SURGIMIENTO DE INTERNET Y LAS TECNOLOGÍAS DIGITALES

La aparición del Internet y las nuevas tecnologías digitales han generado sin duda un desajuste entre lo que viene ocurriendo en la realidad y lo que establece la regulación tradicional de los derechos de autor basada en el control físico de las obras y creaciones, y pensada mas bien para un mundo analógico muy distinto al que vivimos actualmente. Citemos un ejemplo concreto que nos permita comprender el desajuste al que hacemos referencia y las posibilidades que ofrece el entorno digital como espacio para el fomento y desarrollo de la creatividad.

El 9 de julio del presente año el mundo fue testigo de uno de los hechos más anecdóticos que se haya podido presenciar en una final de un mundial de fútbol, un hecho equiparable sólo a la cuestionada “mano de Dios” de Diego Maradona en el Mundial de México 1986. El reconocido jugador de fútbol del seleccionado francés, Zinedine Zidane, sucumbió ante las provocaciones de su rival italiano Marco Materazzi, propinándole un cabezazo que le valió la expulsión del partido y le abrió un controvertido capítulo aparte en los anales del deporte rey. Un capítulo lleno de especulaciones, mitos y leyendas urbanas sobre las razones que motivaron al astro francés a reaccionar de esa manera frente a su rival llegando a opacar lo que para algunos pudo ser el cierre de una brillante carrera futbolística.

para ser responsable de ello son necesarios tres supuestos: infracción directa, conocimiento de la infracción y contribución material a la infracción. En el caso bajo análisis, sólo el segundo y el tercer supuesto fueron discutidos. En cuanto al conocimiento de la infracción, los demandados lograron demostrar que su servicio podía tener un importante número de usos legales (*substantial non infringing uses*). Frente a dicha afirmación los demandantes hubiesen tenido que probar que los demandados podían materialmente impedir las infracciones a los citados derechos, lo que, debido a la tecnología que utilizaban sus servidores, resultaba imposible. El tercer supuesto, también fue descartado ya que los demandados argumentaron que la tecnología que usaban no contribuía a estas infracciones pues ellos no guardaban estos archivos en su servidor, y no brindaban el servicio para violar los derechos de autor. En cuanto a la responsabilidad vicaria por infracción a los derechos de autor (*vicarious copyright infringement*) los demandados tampoco lograron convencer a la Corte que debido a la tecnología empleada ellos no tienen la capacidad de impedir las violaciones a los derechos de propiedad intelectual, pues al no guardar los archivos en un servidor central, no tienen ningún control, acerca de que es lo que los usuarios transfieren a través de sus servicios.

20. El Recurso de Certiorari, a través del cual la parte interesada solicita a la Corte Suprema la revisión del caso, puede ser consultado en <http://www.copyright.gov/docs/mgm/Grokster-Cert-Petition-Appendix.pdf>

21. Puede consultarse el texto completo de la sentencia en <http://wid.ap.org/scotus/pdf/04-480P.ZO.pdf>

Los días posteriores generaron el envío de una gran cantidad de correos electrónicos, publicaciones en “blogs” y foros virtuales en los que se hacían bromas sobre el acontecimiento. Algunos incluso abordaban el tema de manera más seria, intentando descifrar las palabras que habrían salido de la boca de Materazzi y que habrían generado la polémica reacción de Zidane. Un mar de especulaciones sumamente creativas como alguna que pudimos encontrar en Internet sobre la supuesta congregación de un grupo de sordomudos que habrían intentado leer los labios del futbolista italiano a fin de descifrar lo que éste dijo a Zidane. Sin embargo, lo más interesante se vio reflejado en el campo audiovisual. La red se llenó de diversos videos que recreaban la historia del famoso cabezazo con mucha originalidad. Algunos en los que se exponía la perspectiva con que vieron el famoso cabezazo italianos, alemanes, estadounidenses, entre otros. No faltaron los juegos de video e incluso la aparición de canciones donde se “remezclaban” palabras de Zidane y Materazzi extraídas de entrevistas anteriores al ritmo de una perfecta combinación de imágenes y música electrónica. Todo ello una manifestación evidente de la denominada cultura del “*remix*” consolidada con la aparición del Internet y las nuevas tecnologías digitales, sobre la que volveremos más adelante.

Sin embargo la pregunta legal que inmediatamente surge es ¿habrá la FIFA autorizado la utilización de las imágenes de la final del Mundial para la realización de todas estas nuevas creaciones? Lo más probable es que la respuesta sea negativa. No obstante ello, un astuto abogado norteamericano podrá afirmar que los creadores de los referidos videos se encuentran amparados en el conocido *fair use*, es decir, el uso razonable que cualquier individuo puede hacer de una obra protegida por derechos de autor, como en este caso lo son las imágenes de la final del Mundial Alemania 2006. Seguidamente, un hábil abogado hispanoamericano podría sostener que la conducta antes expuesta ostenta algunas características de parodia de obras existente en los sistemas latinos de protección de los derechos de autor. Lo cierto es que la decisión final la tendrá el juez o la autoridad encargada de resolver una eventual disputa sobre este tema. Hasta que ello ocurra, navegaremos en el infinito océano legal y las ocurrentes e hilarantes imágenes audiovisuales podrían generar más de un problema a sus creadores al enfrentar el riesgo de ser demandados por la FIFA por la utilización no autorizada de sus imágenes.

El ejemplo anterior nos ilustra sobre las inmensas posibilidades que ofrece la tecnología al ser humano para interactuar y recrear el mundo de imágenes, símbolos y referentes culturales que lo rodea, lo que algunos expertos denominan “democracia semiótica”²². Existen ejemplos incluso más interesantes, como el caso de

22. En una sociedad ideal, todas las personas se encontrarían aptas para participar en el proceso creativo cultural. Lejos de ser únicamente pasivos consumidores de imágenes y contenidos producidos por terceros, el concepto de democracia semiótica acuñado por John Fiske alude a ese rol activo del ciudadano común en el proceso de creación de la cultura ayudando a redefinir el mundo de ideas y símbolos en el que vive. Puede consultarse al respecto FISKE, John, *Television Culture*, Editorial Routledge. New York, 1988, FISHER William, “Theories of Intellectual Property,” publicado en Stephen Munzer, ed., *New Essays in the Legal and Political Theory of Property*. Cambridge University Press. Cambridge, 2001, y, MADOW, Michael. “Private Ownership of Public Image: Popular Culture and Publicity Rights” En: *California Law Review*, Volumen 81, pp. 125 (1993).

*Wikipedia*²³, una enciclopedia abierta que es alimentada por miles de usuarios ubicados en los extremos de la red, es decir desde sus computadoras personales. Otro caso interesante es el fenómeno de los “*blogs*”, aquellas bitácoras virtuales gracias a las cuales cualquier individuo conectado a la red puede convertirse en un líder de opinión relatando historias sincronizadas con imágenes y audio (“*podcasting*”) que pueden versar sobre su vida personal, sobre política e incluso sexo y donde la interacción cultural se convierte en su principal motor. En definitiva, Internet y las nuevas tecnologías digitales vienen creando espacios globales comunes donde se viene generando una gran cantidad de producción cultural colectiva y compartida. Por otro lado, el ejemplo de Zidane también nos muestra las severas restricciones que impone la regulación tradicional de los derechos de autor a la creatividad que fluye de manera incesante a través de la nueva autopista de la información, Internet.

En este orden de ideas, encontramos una tensión que podemos sintetizar de la siguiente manera: (i) la realidad tecnológica viene haciendo posible, de una manera nunca antes imaginada, el flujo incesante de la creatividad humana en lo que ya antes hemos denominado cultura del “*remix*” o de la recreación cultural. Sin embargo, este fenómeno ocurrido en los extremos del Internet, desde las millones de computadoras conectadas, convive de manera muy tensa con un segundo aspecto: (ii) un catálogo de normas de derechos de autor y de *copyright* previstas para una realidad analógica muy distinta a la actual.

III. LA RESPUESTA DEL DERECHO: LAS NORMAS ANTI-ELUSIÓN Y SU APLICACIÓN

Algunas de las manifestaciones de la supuesta adaptación de los derechos de autor a los nuevos entornos digitales pueden hallarse en los artículos 11 (obligaciones relativas a las medidas tecnológicas) y 12 (obligaciones relativas a la información sobre la gestión de derechos) del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA/WCT):

“Artículo 11: 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.

Artículo 12: (1) Las Partes Contratantes proporcionarán recursos jurídicos efectivos contra cualquier persona que, con conocimiento de causa, realice cualquiera de los siguientes actos sabiendo o, con respecto a recursos civiles, teniendo motivos razonables para saber que induce, permite, facilita u oculta una infracción de cualquiera de los derechos previstos en el presente Tratado o en el Convenio de Berna:

23. Ver al respecto <http://www.wikipedia.org>

(i) *suprima o altere sin autorización cualquier información electrónica sobre la gestión de derechos;*

(ii) *distribuya, importe para su distribución, emita, o comunique al público, sin autorización, ejemplares de obras sabiendo que la información electrónica sobre la gestión de derechos ha sido suprimida o alterada sin autorización.*

(2) *A los fines del presente Artículo, se entenderá por “información sobre la gestión de derechos” la información que identifica a la obra, al autor de la obra, al titular de cualquier derecho sobre la obra, o información sobre los términos y condiciones de utilización de la obras, y todo número o código que represente tal información, cuando cualquiera de estos elementos de información estén adjuntos a un ejemplar de una obra o figuren en relación con la comunicación al público de una obra.”²⁴.*

Cabe resaltar que en los artículos 18 y 19 del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (TOIEF/WPPT) existen disposiciones similares a las citadas anteriormente.

En Europa, uno de los primeros antecedentes normativos comunitarios vinculados con el tratamiento de los derechos de autor en entornos digitales se encuentra en la Directiva 98/84/CE relativa a la protección jurídica de los servicios de acceso condicional o basados en dicho acceso (en adelante la Directiva de Acceso Condicional) y en la Directiva 2000/31/CE relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la Sociedad de la Información en particular el comercio electrónico en el mercado interior (en adelante Directiva de Comercio Electrónico).

La Directiva de Acceso Condicional data del año 1998 y centró su ámbito de aplicación en la imposición de medidas en contra de dispositivos ilícitos que permitiesen el acceso no autorizado a servicios protegidos entendiéndose por éstos a tres modalidades: (i) la radiodifusión televisiva, (ii) la radiodifusión sonora, y (iii) los servicios de la sociedad de la información que se presten normalmente a cambio de un pago sobre la base de acceso condicional²⁵. Adicionalmente la referida norma prohíbe expresamente “la fabricación, importación, distribución, venta, alquiler, posesión, instalación, mantenimiento o sustitución para fines comerciales de dispositivos ilícitos”, entendiéndose por éstos a aquellos que permiten el acceso a obras protegidas sin cargo a servicios onerosos.

24. El artículo 12 cuenta con la siguiente Declaración Concertada: “Queda entendido que la referencia a “una infracción de cualquiera de los derechos previstos en el presente Tratado o en el Convenio de Berna” incluye tanto los derechos exclusivos como los derechos de remuneración. Igualmente queda entendido que las Partes Contratantes no se basarán en el presente Artículo para establecer o aplicar sistemas de gestión de derechos que tuvieran el efecto de imponer formalidades que no estuvieran permitidas en virtud del Convenio de Berna o del presente Tratado, y que prohíban el libre movimiento de mercancías o impidan el ejercicio de derechos en virtud del presente Tratado.”

25. Acceso condicional es cualquier medida o mecanismo técnico en virtud del cual se condicione el acceso al servicio protegido en forma inteligible a una autorización individual previa (Directiva 98/84/EC Artículo 2, inciso b))

Por su parte, la Directiva de Comercio Electrónico se centró en garantizar una integración jurídica dentro de los países de la Unión Europea de manera que éstos puedan explotar y disfrutar todos los beneficios que ofrece el comercio electrónico. En ese sentido, incluyó disposiciones orientadas a controlar fenómenos como el envío de publicidad no solicitada por correo electrónico (también conocido como *spam*), el control de los servicios y comunicaciones electrónicas brindados en el país de origen, y la exención de responsabilidad a quienes brindan los servicios de transmisión de la información a través de Internet, también conocidos como “*Internet Service Providers*” o ISPs.

No obstante lo anterior, la principal norma comunitaria vinculada a la regulación de los derechos de autor en entornos digitales es la Directiva 2001/29/CE relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información (en adelante Directiva de Derechos de Autor). Dicha Directiva, pese a no haber sido implementada aún por todos los Estados Miembros²⁶, guarda muchas coincidencias con la *Digital Millenium Copyright Act* (DMCA), norma estadounidense que desarrolla los Tratados de la OMPI. La mencionada Directiva se encarga de reforzar los derechos de autor en entornos digitales partiendo de la premisa que en este nuevo contexto dichos derechos son más vulnerados, pero sin llegar al nivel de detalle desarrollado por la DMCA.

La DMCA fue una respuesta del Congreso de los Estados Unidos de Norteamérica al temor de los titulares de derechos de autor de perder el control total de sus obras ante el crecimiento acelerado de Internet y las nuevas tecnologías. En ese contexto, la industria del entretenimiento de dicho país se preocupó por invertir en el desarrollo de diversas medidas de código destinadas a proteger el acceso, la reproducción y la distribución de sus creaciones en formato digital. El siguiente paso era el reconocimiento y refuerzo legal de dichas protecciones tecnológicas, lo que se consolidó con la DMCA.

La DMCA regula aquellos dispositivos diseñados para eludir las medidas tecnológicas de protección de contenidos tutelados por derechos de autor, brindando a sus titulares un mecanismo adicional de protección legal que les permita controlar el acceso a sus obras²⁷. La DMCA, en su Sección 1201(a)(1), tipificó como delito la utilización de tecnología destinada a vulnerar el código que protege el acceso a material protegido por

26. Una de las principales dificultades que ha enfrentado la Directiva de Derechos de Autor es precisamente su implementación. Ello debido principalmente a las diferencias existentes entre los diferentes Estados Miembros en relación, por ejemplo, a la regulación del régimen de excepciones a los derechos de autor frente a las medidas anti-elusión. Para un estudio más detallado sobre dicha problemática puede consultarse GASSER, Urs y GIRSBERGER, Michael, “Transposing the Copyright Directive: A genie stuck in the bottle?” disponible en <http://cyber.law.harvard.edu/media/files/eucd.pdf>.

27. En términos de LESSIG, la DMCA es una norma destinada a soportar el código diseñado para proteger contenidos digitales o lo que podría denominarse “código legal”. No se equivocó el autor al vaticinar que el futuro del copyright se encontraba en el código. LESSIG, Lawrence. *Free Culture, How big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity*. pp. 157.

derechos de autor así como la manufactura y distribución de cualquier tecnología o herramienta que sirva para decodificar tecnología destinada a proteger los derechos de autor²⁸. La norma impone penas privativas de la libertad de hasta 5 años y multas que alcanzan los US\$ 500,000 por la primera infracción y de 10 años de pena privativa y el pago de US\$ 100,000 por reincidencia en la conducta. Curiosamente, por primera vez, una norma no sanciona la violación de las normas de derechos de autor en sí misma sino la creación de herramientas tecnológicas orientadas a permitir el acceso a material protegido por derechos de autor.

En línea con lo establecido en los Tratados Internet de la OMPI y en la DMCA, la Directiva de Derechos de Autor además de enfatizar la protección otorgada a derechos patrimoniales y extrapatrimoniales de autor, brinda protección a aquellas medidas tecnológicas orientadas a cautelar obras o creaciones y sanciona a quienes intentan eludirlas (*anticircumvention provisions* o disposiciones anti-elusión), instando a los Estados Miembros a garantizar una adecuada protección a los titulares de derechos de autor.

Es importante destacar que en el artículo 38²⁹ del Decreto Legislativo N.º 822 se hace una mención a la posibilidad de incorporar mecanismos de autotutela que impidan usos no autorizados de una obra.

A continuación haremos un breve repaso de la principal jurisprudencia internacional vinculada a la aplicación de algunas normas que desarrollan las disposiciones anti-elusión antes descritas.

Entre la jurisprudencia norteamericana destaca el caso *Universal contra Reimerdes*. Los hechos del caso se remontan al año 1999 en el que un adolescente noruego, Jon Johansen, logró descifrar el sistema de seguridad de los DVD, denominado “*content scramble system*” (CSS) creando un programa al que denominó “DeCSS”. Este programa, permitía reproducir videos DVD en aquellas computadoras con el sistema operativo

28. Nos referimos a la Sección 1201, Párrafo (b) del Título 17 del Código de Copyright Estadounidense (U.S. Copyright Code), sección que fue modificada por la DMCA y que establece lo siguiente: “Ninguna persona deberá manufacturar, importar, ofrecer al público, proveer o de alguna manera traficar cualquier tecnología producto, servicio, dispositivo, componente o parte, que haya sido diseñada o producida con el propósito de vulnerar medidas tecnológicas que efectivamente controlan el acceso a una obra protegida por la presente ley” (Traducción libre del siguiente texto: “*No person shall manufacture, import, offer to the public provide, or otherwise traffic in any technology, product, service, device, component, or part thereof, that is primarily designed or produced for the purpose of circumventing a technological measure that effectively controls access to a work protected under this title;...*”)

29. Decreto Legislativo N.º 822, artículo 38: “El titular del derecho patrimonial tiene la facultad 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.

En consecuencia, 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.”

Linux que no contaran con un reproductor CSS. “DeCSS” logró tal popularidad que fue incluso publicado en una página web denominada Magazine 2600. Frente a esta situación, los miembros de la industria cinematográfica, representados por la *Motion Picture Association of America* (MPAA)³⁰, demandaron a los creadores de la mencionada página web, alegando que dicha publicación constituía una violación del DMCA ya que calificaba como la “distribución de un mecanismo destinado a eludir los sistemas de protección anticopia que pudieran ser utilizados para transgredir los derechos de autor”. Por su parte, los demandados alegaron por un lado que el DeCSS podía generar usos razonables o legítimos (*substantial fair uses*) y, por otro, que la publicación del código DeCSS se encontraba protegida por la Primera Enmienda de la Constitución estadounidense (derecho a la libertad de expresión)³¹. Finalmente, la Corte sentenció a favor de los demandantes afirmando que el DeCSS violaba la DMCA³².

Un caso con argumentos muy similares a *Universal contra Reimerdes* es el caso *321 Studios contra MGM*. Sin embargo, este último se diferencia del primero en dos puntos: (i) la demandante solicitó que los tribunales declarasen que su producto “DVD

30. La MPAA es una organización cuyo objetivo es defender los derechos de quienes trabajan en la industria de la televisión, televisión por cable y cinematográfica. Esta organización fue fundada en 1922 y tiene entre sus principales miembros a Buena Vista Pictures Distribution, Sony Pictures Entertainment Inc., Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc., Paramount Pictures Corporation, Twentieth Century Fox Film Corporation, Universal City Studios LLLP y Warner Bros. Entertainment Inc.

31. La Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica señala: “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.”

32. Existen dos casos que guardan relación directa con el antes descrito: *DVD CCA contra Andrew Burner et. al* y *DVD CCA contra Pavlovich*. En el primero la corte de primera instancia dictó una medida cautelar a fin de prohibir al demandado la publicación en su página web del código fuente del programa DeCSS. Sin embargo, la Corte de Apelaciones rechazó el argumento de la primera instancia según la cual el publicar esta información en Internet constituye apropiación indebida de un secreto comercial. Al respecto la Corte de Apelaciones ha señalado que la conducta realizada por el demandado constituye parte de su derecho a la libertad de expresión, protegido por la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, y como tal, no puede estar prohibido. No obstante, la Corte Suprema de California en agosto del 2003, ha afirmado que la emisión de una medida cautelar no viola la Constitución. Esta Corte afirmó que cuando estas prohibiciones se dan para garantizar el cumplimiento de la Ley de Secreto Comercial de California (California’s Trade Secret Law), deben ser considerados incompatibles con la Primera Enmienda de la Constitución. Por ello la Corte Suprema ha devuelto el caso a primera instancia para que ésta determine si el hecho de publicar el referido código fuente viola o no la ley del Estado.

En el segundo caso *Pavlovich contra DVD Copy Control Association* la Corte de Apelaciones ha confirmado la sentencia de primera instancia, en la cual se afirmó que el Estado de California sí tenía jurisdicción para juzgar a Pavlovich. Pavlovich, es un programador que ha publicado en Internet el programa DeCSS. Sin embargo, lo particular de este caso es que Pavlovich es una estadounidense que vive en el Estado de Texas y sostiene que jamás ha tenido contacto alguno con California. Frente a esta situación tanto la primera como la segunda instancia, han coincidido en que sí son competentes para revisar el caso de Pavlovich.

Copy Plus”, que permitía a los usuarios hacer copias personales de DVDs, era compatible con la DMCA; y, (ii) en esta oportunidad los demandantes no eran los titulares de los derechos de autor sino los creadores del producto cuestionado y además quienes iniciaron las acciones judiciales con la finalidad de prevenir futuros cuestionamientos sobre su producto. Finalmente, el 19 de febrero de 2004, una Corte del Estado de California sentenció a favor de los demandados prohibiendo a 321 Studios la venta de cualquier software que permitiera copiar DVD’s de acuerdo a lo dispuesto por la DMCA³³.

En la misma línea fueron las alegaciones de la parte demandante en el caso *Real Networks contra Streambox*, resuelto en diciembre de 1999. Esta vez la controversia versaba sobre tres productos que Streambox había lanzado al mercado: (i) el Streambox VCR, (ii) el Streambox Ferret y (iii) el Streambox Ripper. El Streambox VCR es un producto que permite a sus usuarios grabar los archivos obtenidos a través de la técnica de streaming, es decir, reproducción en línea y en tiempo real. El Streambox Ripper es un producto que permite convertir sus archivos digitales a otros formatos (por ejemplo, puede convertir archivos de formato MP3 a formato WAV o viceversa). Finalmente, el Streambox Ferret permite a los usuarios reconfigurar la opción de búsqueda del programa RealNetworks Player. De acuerdo a Real Networks, los tres programas violaban la DMCA ya que podían ser utilizados para eludir aquellas medidas de seguridad orientadas a proteger los derechos de autor.

Para entender este caso es indispensable tener en cuenta además que la empresa demandante ofrecía un servicio que permitía a sus usuarios acceder a archivos de audio y video a través de la técnica de *streaming media*. Dicha técnica contaba con la aceptación de muchos titulares de derechos de autor, pues no permitía al usuario copiar los archivos ni descargarlos, únicamente habilitaba oírlos o visualizarlos. Sin embargo, los productos ofrecidos por Streambox hacían posible precisamente la descarga de dichos archivos lo que ponía en riesgo el negocio de la demandante.

Al igual que en el “Caso Betamax”, la defensa de Streambox sostuvo que sus productos no eran violatorios de la DMCA ya que únicamente constituían tecnologías análogas a aquellas que permitían a los usuarios hacer copias privadas de los programas que apreciaban en la televisión o en el cable y que, como tal, era tan sólo un producto que les permitía aprovechar de mejor manera su tiempo (*time shifting*), como parte de su derecho al *fair use*.

La jueza Pechman, a cargo del caso, otorgó una medida cautelar a los demandantes a fin de que los productos Streambox VCR y Streambox Ferret no sean producidos ni comercializados en el transcurso del proceso judicial. No ocurrió lo mismo en el caso del Streambox Ripper ya que se consideró que el referido producto sí permitía usos legíti-

33. La Corte, entre otras cosas, destacó que ambos programas estaban equipados con un componente decodificador (*de-scrambling*), que no contaba con licencia y que permitía a los usuarios decodificar el CSS (*Contents Scrambling System*), que permitía copiar los DVD. Asimismo, indicó que el DMCA no atenta contra el derecho al *fair use*, ni contra ningún derecho constitucional.

mos³⁴ por lo que su producción y comercialización no debía ser restringida. Finalmente, ambas empresas llegaron a una transacción extrajudicial en términos bastante beneficiosos para Real Networks³⁵.

Dos casos que generaron bastante controversia en la prensa estadounidense fueron *USA contra Elcomsoft* y *Felten contra RIAA*. En el primer caso se arrestó a un joven ruso de 27 años durante una conferencia en Las Vegas en la que difundía las ventajas que tenía el programa que había creado al permitir la remoción de la protección tecnológica de libros electrónicos. Sin embargo, en el segundo caso la posición de la RIAA resulta particularmente interesante.

Los hechos del caso *Felten contra RIAA* tienen su origen en un concurso denominado “*Hack SDMI Challenge*”, organizado por diversas compañías de la industria musical y por un sector de la industria tecnológica dedicado a la creación de medidas tecnológicas orientadas a proteger los derechos de autor conocidas como *Secure Digital Music Initiative* (SDMI). El concurso consistió en una convocatoria pública para que diversos individuos intentaran vulnerar las medidas tecnológicas de control creadas para proteger los derechos de autor en los archivos de música en formato digital. El equipo ganador se encontraba liderado por el señor Edward Felten, catedrático de la Universidad de Princeton. Felten y su equipo lograron demostrar las diversas fallas de seguridad de las que adolecían las medidas tecnológicas implementadas. Lejos de recibir el premio del concurso, el equipo ganador prefirió redactar un documento donde explicaban sus hallazgos a fin de difundirlo públicamente.

Sin embargo, cuando la industria musical tomó conocimiento de las intenciones del equipo ganador les envió diversas cartas amenazándolos con demandarlos por violar la DMCA si hacían públicos sus descubrimientos. Ante esta situación, los científicos representados por la *Electronic Frontier Foundation* presentaron una demanda solicitando a los tribunales que declare que la Primera Enmienda protege los derechos de los científicos a hacer públicos sus descubrimientos. La demanda fue rechazada por los tribunales al considerar que aquellos estudios científicos que intentaban estudiar las tecnologías, como la publicitada en el concurso, se encontraban fuera del ámbito de aplicación de la DMCA.

Curiosamente el siguiente paso de la RIAA fue aceptar la posición del profesor Felten señalando que no atacarían más a aquellos científicos dedicados al estudio de las tecnologías de control de acceso a contenidos digitales ya que las ventajas de dichos descubrimientos beneficiaban a toda la sociedad. Si bien es cierto el proceso culminó en

34. Esta decisión se basó principalmente en dos argumentos. En primer lugar el Streambox Ripper no permite obtener copias ilegales de archivos musicales pues únicamente permite al usuario cambiar de formato archivos que ya posee en el disco duro de su computadora. Además se comprobó que existen muchas situaciones en las cuales el creador de un archivo o cualquier persona que posee legítimamente un archivo puede necesitar cambiarlo de formato, con lo cual se pone de manifiesto que el producto es utilizado en muchas ocasiones para fines lícitos.

35. Ver al respecto Hu, Jim. “RealNetworks settles lawsuit with Streambox” disponible en <http://news.com.com/2100-1023-245482.html?legacy=cnet>

noviembre del 2002, lo deseable hubiese sido que existiese un pronunciamiento de fondo de parte de los tribunales estadounidenses a fin de dar respuesta a las supuestas limitaciones a la investigación científica contenidas en la DMCA.

Cabe indicar que la DMCA no ha limitado su aplicación a casos que versen sobre el acceso indebido a obras protegidas por derechos de autor. Existen dos casos que merecen atención dado que implican una utilización *sui generis* de la referida norma. En *Chamberlain contra Skylink* la demandante, titular de una patente sobre la creación de un sistema de controles remotos de puertas de garajes, demandó a Skylink, empresa canadiense, por violar la DMCA al comercializar controles remotos que también podían operar con los equipos de Chamberlain. Ésta sostuvo que Skylink eludió las medidas tecnológicas de protección informáticas de sus equipos permitiendo la interoperabilidad de sus dispositivos con los suyos. Por su parte, Skylink sostuvo que los consumidores eran libres de utilizar cualquier dispositivo que les permitiera abrir sus garajes, por ejemplo, en aquellos casos en que extraviasen el control remoto original y decidieran comprar uno de otra compañía. Finalmente, la Corte de Apelaciones señaló que la DMCA no puede ser invocada para impedir el ingreso de un competidor al mismo mercado en el que participa el agente establecido³⁶. En primer lugar, la Corte indicó que aquellos dispositivos cuyos principales usos son razonables no infringen la DMCA. En segundo lugar, la Corte estableció un “test” que permitía examinar cuándo la elusión de una medida tecnológica tiene una relación razonable con las normas de derechos de autor. La carga de la prueba recae sobre el titular de los referidos derechos quien tendrá que demostrar que la elusión se encuentra prohibida o permite la infracción de los derechos de autor.

Por otro lado, tenemos el caso *Lexmark contra Static Control* en el que la demandante, conocida fabricante de impresoras y accesorios, solicitó una medida cautelar a fin de evitar la comercialización de cartuchos de tóner para impresoras por parte de su competidor Static Control. La demandante alegaba que Static Control había eludido las medidas tecnológicas de protección lo cual le permitía utilizar sus cartuchos de tóner en las impresoras Lexmark. En primera instancia los argumentos de Lexmark fueron bien recibidos por la Corte de Distrito³⁷. Sin embargo, la Corte de Apelaciones del Sexto Circuito señaló que la DMCA no podía ser utilizada en conjunto con las normas de derechos de autor (“*copyright*”) para crear monopolios de sus productos³⁸.

36. Véase 381 F. 3rd 1178 (C.A. Fed. 2004) disponible en <http://laws.lp.findlaw.com/fed/041118.html>

37. Para una revisión y análisis de los argumentos de primera instancia puede consultarse Lipszyc, Delia. “La utilidad de los dispositivos técnicos de protección de los derechos de autor y conexos”. En: *Grupo De Estudios En Internet Comercio Electrónico & Telecomunicaciones E Informática* (Universidad de Los Andes — Facultad de Derecho). Derecho de Internet & Telecomunicaciones. Editorial Legis. Bogotá, 2003. pp.585-589.

38. Véase 387 F.3d 522 (C.A.6 2004) disponible en <http://lawgeek.typepad.com/04a0364p-06.pdf>. Asimismo puede accederse a los actuados del caso en http://www.eff.org/legal/cases/Lexmark_v_Static_Control/

En otras latitudes destaca el pronunciamiento de primera instancia en el caso *Kabushiki Kaisha Sony Computer Entertainment contra Stevens*, [2002] FCA 906, en el que una Corte Federal australiana se pronunció en relación con la legalidad de los “*mod chips*”³⁹. Estos dispositivos amplían las capacidades de las consolas de videojuegos por encima de las que los fabricantes permiten cuando venden sus productos. Ello habilita reproducir juegos no necesariamente compatibles con la consola de videojuegos así como copias “piratas”. Sony inició un proceso judicial contra el señor Stevens por infringir la Ley Australiana de Derechos de Autor al instalar los denominados “*mod chips*” en las consolas de videojuegos Sony PlayStation. La Corte Federal australiana indicó que los “*mod chips*” no atentaban contra la norma australiana de acuerdo a la cual se encuentran prohibidas aquellas medidas destinadas a eludir “mecanismos tecnológicos de seguridad” establecidos a fin de salvaguardar derechos de autor. De acuerdo al análisis realizado por la Corte australiana, los “*mod chips*” no calificaban como un “mecanismo tecnológico de seguridad” dado que no fueron diseñados con la finalidad de infringir las normas de derechos de autor. Cabe precisar que el pronunciamiento de segunda instancia del 30 de julio de 2003 declaró fundada la apelación de Sony al estimar que los “*mod chips*” sí podían ser considerados dentro de la noción de “medidas tecnológicas de seguridad”⁴⁰.

Como puede apreciarse, los tribunales internacionales, al aplicar las denominadas disposiciones anti-elusión, realizan interpretaciones restrictivas de las excepciones a los derechos de autor y han ido mucho más lejos de los objetivos iniciales planteados en este tipo de regulación. Es probable que dicha aplicación se deba a que las referidas normas no toman en cuenta la intencionalidad de la conducta destinada a eludir mecanismos tecnológicos de seguridad, la misma que en algunos casos como *Universal contra Reimerdes y Felten contra RIAA* podría tener fines legítimos⁴¹.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

Consideramos que no existe una relación perversa entre los avances tecnológicos (hoy representados principalmente por el desarrollo de Internet) y el respeto a los dere-

39. Puede consultarse al respecto <http://news.com.com/2100-1040-946640.html>

40. Puede consultarse al respecto <http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/disp.pl/au/cases/cth/FCAFC/2003/157.html?query=^+mod+chips>

41. Un documento preparado por la Electronic Frontier Foundation — EFF señala que el zar en ciberseguridad de Estados Unidos, Richard Clark indicó en una conferencia en MIT que creía que era conveniente una reforma de la DMCA ya que su aplicación viene teniendo un efecto negativo en la investigación científica. Traducción libre del siguiente texto: “I think a lot of people didn’t realize that it would have this potential chilling effect on vulnerability research.” Electronic Frontier Foundation, “Unintended consequences: Five Years Under the DMCA” disponible en <http://www.eff.org>. Asimismo puede consultarse SAMUELSON, Pamela, “Intellectual Property and the Digital Economy: Why the Anti-Circumvention Regulations Need to be Revised,” 14 BERKELEY TECHNOLOGY L.J. 519, 556 (1999) disponible en versión electrónica en <http://www.sims.berkeley.edu/~pam/papers.html>

chos de autor. Por el contrario, existe una relación de convivencia en la que resulta imprescindible establecer un marco normativo que se adecue a este nuevo entorno y en la que se generen nuevos modelos de negocios que permitan a los autores obtener mayores beneficios de sus creaciones.

En virtud de las grandes posibilidades y ventajas que otorgan las nuevas tecnologías a favor del acceso a la cultura y al fortalecimiento del concepto de “democracia semiótica”, las normas anti-elusión deberían flexibilizarse en forma razonable y progresiva, de modo que los límites y excepciones al derecho de autor reflejen una verdadera situación de equilibrio.

