

OMPI-SGAE/DA/ASU/05/2

ORIGINAL: Español

FECHA: 26 de octubre de 2005



MINISTERIO DE INDUSTRIA Y COMERCIO DE
LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY



ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA
PROPIEDAD INTELECTUAL



SOCIEDAD GENERAL DE
AUTORES Y EDITORES

**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”

organizado por

la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)

conjuntamente con

la Sociedad General de Autores y Editores (SGAE) de España

y

el Ministerio de Industria y Comercio de la República del Paraguay

Asunción, 7 a 11 de noviembre de 2005

**LAS LIMITACIONES Y EXCEPCIONES AL DERECHO DE AUTOR Y
LOS DERECHOS CONEXOS EN EL ENTORNO DIGITAL**

*Documento preparado por el Sr. Ricardo Antequera Parilli, Abogado, Presidente de honor,
Instituto Interamericano de Derecho de Autor (IIDA), Caracas*

I. EL DERECHO PATRIMONIAL Y SUS CARACTERÍSTICAS

1. Como apunta Colombet, el creador, además del honor, espera sacar provecho de la explotación de su obra¹ y de allí que el derecho patrimonial o pecuniario del autor esté reconocido en los convenios internacionales y en todas las leyes nacionales sobre la materia.
2. Pero el derecho patrimonial, que por mucho tiempo se redujo a las escasas formas existentes para el uso de las obras, o sea, la reproducción por imprenta de obras escritas o la representación “*en vivo*” de composiciones musicales y obras escénicas, se amplió a partir de la invención sucesiva del fonógrafo, el cinematógrafo, la radiodifusión (sonora y televisiva), las fijaciones audiovisuales, las transmisiones por satélite y cable, así como luego el surgimiento de las grabaciones y las comunicaciones digitales, estas últimas que han posibilitado la “*sociedad de la información*”.
3. Por ello, ante la imposibilidad de prever en el tiempo las modalidades de explotación que surgen con el avance tecnológico, la tendencia más generalizada, particularmente en la tradición latina o continental, es la de reconocer al autor el derecho de explotar su obra por cualquier medio o procedimiento, conocido o por conocerse.
4. En lo que corresponde al tema de este trabajo, las características del derecho patrimonial más vinculadas a las limitaciones o excepciones al derecho del autor a explotar su obra, son:
 - a. Es un derecho “*exclusivo*”, de modo que solamente el autor -o su derechohabiente- puede realizar, autorizar o prohibir todo acto que implique el uso de su obra y ese derecho es oponible “*erga omnes*”, incluso frente al adquirente del soporte material que contiene la creación, a menos que una norma expresa o una cláusula contractual disponga lo contrario.²
 - b. Es un derecho “*de contenido en principio ilimitado*”, es decir, “*no sometido a numerus clausus*”, desde el momento en que comprende la explotación de la obra “*bajo cualquier forma o procedimiento*” (u otra expresión equivalente) como lo señalan expresamente muchas leyes, de suerte que:
 - i. La enumeración de las modalidades que conforman el derecho exclusivo sólo tienen carácter enunciativo, como lo aclaran algunos textos nacionales (El Salvador, Honduras, Panamá, Paraguay, Perú).
 - ii. En todo caso, el autor tiene el derecho de explotar su obra bajo cualquier forma o procedimiento (Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay), de modo que su derecho alcanza

¹ COLOMBET, Claude: “*Grandes principios del derecho de autor y los derechos conexos en el mundo*” (traducción de Petite Almeida). Ed. UNESCO/CINDOC. París, 1997. p. 63.

² La exclusividad del derecho patrimonial sobre la obra literaria o artística tiene vocación de universalidad, si se toman en cuenta, por ejemplo, los artículos 9, 11, 11*bis*, 11*ter*, 12 y 14 del Convenio de Berna y los artículos 6, 7 y 8 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA/WCT). Por lo que se refiere a la Comunidad Andina, el artículo 13 de la Decisión 351 del Acuerdo de Cartagena que contiene el Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos.

“cualesquiera otras modalidades de utilización existentes o que vengan a ser inventadas” (Brasil), y, por tanto, el autor tiene el derecho de explotar su obra *“en la forma que le plazca”* (Venezuela).

iii. Si la ley no prevé expresamente algunos modos de uso de la obra, *“ello no es óbice para que el autor disponga igualmente de todos ellos, porque los derechos patrimoniales son reconocidos con carácter genérico”*³.

c. Como se trata de un derecho general que comprende la utilización de la obra por todo medio o procedimiento, las limitaciones a ese derecho exclusivo tienen carácter excepcional y, por tanto, de interpretación restrictiva (Paraguay, Perú, República Dominicana, así como Panamá y Venezuela por vía reglamentaria); y, en todo caso, las limitaciones legales al derecho exclusivo (y su interpretación) deben respetar los *“usos honrados”*, de acuerdo a los convenios internacionales e instrumentos comunitarios aplicables, como se estudiará en su oportunidad.

d. Las modalidades de explotación que conforman el derecho patrimonial exclusivo *“son independientes entre sí”*, o sea, que la autorización para una modalidad no implica consentimiento para ninguna otra forma de utilización y los efectos de toda cesión del derecho pecuniario o de una licencia de uso, se limitan a los modos expresamente previstos en el contrato, principio que surge de disposiciones contenidas en muchas leyes (Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, España, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Venezuela).

5. Por lo que se refiere a los *“derechos conexos”* de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, si bien tienen sus propias características, en el sentido de que no tienen un contenido ilimitado, sino que están sometidos a una lista más o menos cerrada (de acuerdo al estilo de cada legislación), su contenido implica la existencia, tanto de derechos exclusivos, como de simple remuneración, sometidos a determinadas excepciones o limitaciones las cuales, como las relativas al derecho de autor, deben respetar los *“usos honrados”*, de los cuales nos ocuparemos más adelante.

II. LAS LIMITACIONES AL CARÁCTER EXCLUSIVO DEL DERECHO PATRIMONIAL DEL AUTOR

(Los supuestos generales)

6. 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.

³

LIPSZYC, Delia: *“Derecho de Autor y Derechos Conexos”*. Ed. UNESCO/CERLALC/ZAVALÍA. Buenos Aires, 1993, p. 176.

7. 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. De allí que todas las legislaciones del mundo, al tiempo que le reconocen al creador el derecho exclusivo de explotar su obra, dejan a salvo un conjunto de excepciones, de interpretación restrictiva, conocidas como limitaciones al derecho patrimonial exclusivo, las cuales pueden presentarse como:

- a. “*Licencias no voluntarias*”, a título oneroso, de acuerdo a la ley aplicable y en concordancia con los casos permitidos por los convenios internacionales.
- b. Supuestos de excepción previstos en la ley, donde el uso de la obra es libre, pero sometido al pago de una remuneración (“*derechos de remuneración*”).
- c. Usos libres y gratuitos, bajo el cumplimiento de los “*usos honrados*”, que serán objeto de posterior análisis en este trabajo.

Las licencias no voluntarias

9. Se entienden como “*licencias no voluntarias*” las que, por vía de excepción, establecen algunas legislaciones en relación a determinadas utilidades, que en principio forman parte del derecho exclusivo del autor de autorizar o prohibir, pero donde esa facultad es sustituida por el derecho solamente de exigir el pago de una remuneración equitativa al explotador de la obra⁴.

10. El régimen de “*licencias no voluntarias*” está previsto en el Convenio de Berna para dos situaciones, a saber:

- a. Para las grabaciones musicales.
- b. Para la radiodifusión, la distribución de programas radiodifundidos y/o para la comunicación pública de obras emitidas por radiodifusión.

11. En ninguno de los dos supuestos anteriores se trata de licencias directamente aplicables en los países miembros, sino cuando así lo establezca la ley, ya que es una facultad diferida por el Convenio de Berna a los legisladores nacionales, quienes pueden optar o no por ese sistema en uno o en varios de los dos supuestos permitidos convencionalmente, aunque las mismas forman parte de una tendencia más generalizada en los países que siguen el sistema del “*copyright*” o “*angloamericano*” y más excepcional en los que adoptan el sistema del “*derecho de autor*”, latino o continental.

12. Las licencias previstas en el Convenio de Berna han sido justificadas, como regla general, ante la situación de aquellos países donde no existe una gestión colectiva organizada, que cuente con los mandatos necesarios para administrar el repertorio nacional e internacional, así como para otorgar las autorizaciones correspondientes, razón por la cual se hace necesario ofrecer una

⁴ ANTEQUERA PARILLI, Ricardo: “*Manual para la enseñanza virtual del derecho de autor y los derechos conexos*”. Escuela Nacional de la Judicatura de la República Dominicana. Santo Domingo, 2001. Tomo I, p. 188.

solución a los productores de fonogramas y a los radiodifusores para utilizar las obras ya divulgadas, mediante el pago de la remuneración correspondiente, aunque ese argumento no ha impedido que el régimen de licencias no voluntarias, en uno o en los dos supuestos, impere en algunos países desarrollados, donde existe una administración colectiva eficiente.

El derecho de remuneración por reproducciones para uso personal

13. De acuerdo al artículo 9,1 del Convenio de Berna, el autor tiene el derecho exclusivo de autorizar la reproducción de su obra “*por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma*” y el artículo 9,2 “*eiusdem*” faculta a las leyes nacionales para establecer ciertas excepciones a ese derecho exclusivo, pero bajo el cumplimiento de los “*usos honrados*” a analizarse con posterioridad.

14. Esa posibilidad de excepciones al derecho de reproducción fue concebida (en las duplicaciones para uso personal), en función de aquellas que con fines investigativos, de aprendizaje o esparcimiento personales podían efectuarse por medios muy limitados o artesanales, por ejemplo, “*a mano*” o con la ayuda de una máquina de escribir.

15. En ese contexto, se estimaba que tales reproducciones para uso personal eran “*benignas*”, porque no atentaban contra la explotación normal de la obra ni causaban un perjuicio injustificado a los legítimos intereses de los autores, pero la popularización de la fotocopiadora planteó nuevos problemas, porque esa tecnología facilitaba la copia rápida, múltiple y hasta completa de obras protegidas, en concurrencia con el derecho exclusivo de reproducción.

16. Pero como sería ilusorio pensar que el autor, efectivamente, pudiera ejercer el derecho exclusivo de autorizar o prohibir las reproducciones reprográficas de su obra realizadas para uso personal, ante la imposibilidad de su control, muchas leyes han consagrado una remuneración equitativa para los casos en que esté permitida la reproducción reprográfica para esa utilización, sin el consentimiento del autor pero con el pago de una contraprestación.

17. En cualquier caso, dicha remuneración no se dirige a legitimar la “*piratería*” (reproducción o distribución al público de copias ilícitamente reproducidas), sino a compensar al titular del derecho de reproducción por aquellas duplicaciones para uso personal expresamente permitidas como excepción al derecho exclusivo del autor de autorizarlas o no, de manera que la reprografía con fines comerciales de obras protegidas o su distribución al público tipifica delito.

18. La producción fonográfica y audiovisual ha enfrentado también el fenómeno de la copia privada, el cual afecta severamente a los intereses patrimoniales de autores, artistas y productores, así como a todo el sector industrial y comercial que gira alrededor de la producción de los ejemplares autorizados.

19. Así, los avances tecnológicos han permitido la grabación y regrabación doméstica de fijaciones sonoras y audiovisuales y cada duplicación representa, en buena medida, un ejemplar menos que es puesto en el mercado; una “*regalía*” menos que perciben autores y artistas; y una menor posibilidad para que los productores recuperen su inversión y obtengan una ganancia, por disminuir el número de soportes originales que son comercializados.

20. Como en la reprografía para uso personal, la vía más apropiada para atenuar el perjuicio que ese fenómeno causa a autores, artistas y productores, es la de instituir una remuneración sobre el precio de los aparatos de fijación o reproducción y de los soportes vírgenes, a pagar por fabricantes o importadores de tales materiales, recaudado y distribuido por entidades de gestión colectiva.

21. Así lo había resuelto ya el Tribunal Federal de Justicia de Alemania, cuando dictó una sentencia admitiendo la procedencia de la demanda de remuneración a los titulares del derecho por las grabaciones privadas de obras protegidas, decisión que fue el origen del artículo 53,5 de la ley alemana sobre el derecho de autor sancionada en 1965, que se inspiró, evidentemente, en el carácter restrictivo de las excepciones permitidas por el artículo 9,2 del Convenio de Berna.

22. Y es que con la masificación de la copia privada no se cumple, por lo menos, con la última condición de la regla de los “tres pasos” a que se refiere el mencionado dispositivo convencional porque, evidentemente, aunque en algunos supuestos no se atente contra la explotación normal de la obra, se causa siempre un perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular del derecho, y la manera de remediarlo es a través de una remuneración compensatoria.

23. Hoy ese derecho de remuneración es admitido incluso por instrumentos comunitarios, como la Directiva Europea 2001/29/CE, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, cuyo considerando 35 establece que “*en determinados casos de excepciones o limitaciones, los titulares de los derechos deberían recibir una compensación equitativa para recompensarles adecuadamente por el uso que se haya hecho de sus obras o prestaciones protegidas*”.

24. Agrega la Directiva Europea que “*debe facultarse a los Estados miembros para establecer una excepción o limitación en relación con la reprografía*” (considerando 37), así como para que “*establezcan una excepción o limitación al derecho de reproducción en relación con determinados tipos de reproducción de material sonoro, visual y audiovisual para uso privado, mediante una compensación equitativa*” (considerando 38).

25. Todo lo anterior justifica entonces las disposiciones del artículo 5,2 de la mencionada Directiva, por las cuales:

“*Los Estados miembros podrán establecer excepciones o limitaciones al derecho de reproducción contemplado en el artículo 2 en los siguientes casos:*

a) en relación con reproducciones sobre papel u otro soporte similar en las que se utilice una técnica fotográfica de cualquier tipo u otro proceso con efectos similares, a excepción de las partituras, siempre que los titulares de los derechos reciban una compensación equitativa;

b) en relación con reproducciones en cualquier soporte efectuadas por una persona física para uso privado y sin fines directa o indirectamente comerciales, siempre que los titulares de los derechos reciban una compensación equitativa ...”.

26. En América Latina ese derecho de remuneración compensatoria figura (tanto para las duplicaciones para uso personal de obras expresadas en forma gráfica, como para las de grabaciones sonoras o audiovisuales), en las leyes de Ecuador, Paraguay y República Dominicana, así como parcialmente, por lo que se refiere a las reproducciones reprográficas, en la ley sobre el derecho de autor de Venezuela y en la ley del libro de Colombia, del mismo modo que en cuanto a las interpretaciones o ejecuciones artísticas fijadas en fonogramas o videogramas (a repartirse entre los autores, los artistas y los respectivos productores), en la ley del artista del Perú.

Las utilizaciones libres y gratuitas

27. Los supuestos tratados someramente en los puntos anteriores no ofrecen mayores dificultades con relación a los límites del derecho exclusivo de explotación, en tanto que, en esos casos, está garantizada una contraprestación al titular del derecho por el uso de su obra o, en su caso, de su interpretación o ejecución o producción fonográfica.

28. De allí que el análisis de mayor importancia en cuanto a las limitaciones al derecho de autor es el de las excepciones que implican la utilización de la obra, sin necesidad del consentimiento del titular ni del pago de remuneración alguna, es decir, las utilizaciones libres y sin contraprestación, las cuales deben cumplir con la “*regla de los tres pasos*”, conforme a los “*usos honrados*” y, además, ser objeto de interpretación restrictiva.

29. Nada distinto ocurre con las limitaciones relativas a los derechos conexos, en lo que se refiere a los intérpretes o ejecutantes y a los productores de fonogramas, conforme al artículo 16 del TOIEF/WPPT.

30. Pero no hay impedimento, por lo que se refiere a algunas limitaciones, para que el legislador opte, dentro de los parámetros permitidos por los instrumentos internacionales, en vez de una utilización libre o gratuita, por una “*licencia no voluntaria*”, mediante la cual se permita sin autorización, en determinados casos, la utilización de la obra, interpretación o ejecución artística o fonograma, sin perjuicio del derecho del titular a recibir una remuneración por ese uso, fijada de común acuerdo entre las partes o, en su defecto, por la autoridad competente.

III. EL PRINCIPIO DE LOS “*USOS HONRADOS*” Y SU APLICACIÓN EN EL ENTORNO DIGITAL

Antecedentes

31. El artículo 9,2 del Convenio de Berna (por lo que se refiere al derecho de reproducción), permite limitaciones al derecho exclusivo de reproducción, siempre que se trate de “*casos especiales*”, que no atenten contra la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses del autor (requisitos que conforman lo que se conoce como “*regla de los tres pasos*”), en dispositivo recogido no solamente para el derecho de reproducción, sino también para los demás derechos protegidos, en el Acuerdo sobre los ADPIC, en el TODA/WCT y, por lo que se refiere a los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores fonográficos, en el TOIEF/WPPT.

32. A su vez, el mismo Convenio de Berna utiliza 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 ninguno de los casos define a dicha expresión, ni precisa su alcance.

33. Por su parte, 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*”⁵, 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, de modo que esa amplitud puede generar confusiones en el intérprete en cuanto a su verdadero alcance.

34. Pero la vinculación entre los “*usos honrados*” y la “*regla de los tres pasos*”, aparece en el “*Glosario de Derecho de Autor y Derechos Conexos*” de la misma organización internacional, cuando señala que con la expresión “*usos honrados*” 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*”.⁶

35. Esa relación se hace todavía más evidente cuando instrumentos comunitarios, como la Decisión 351 de la Comunidad Andina, que contiene el Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, define 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*”.

36. Dicho de otra manera: en el instrumento comunitario y en las legislaciones citadas en el párrafo anterior a título de ejemplos, la expresión “*usos honrados*” no se usa para establecer un límite en sí mismo al derecho de explotación, sino con el fin de determinar las estrictas 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.

37. En definitiva, el principio de los “*usos honrados*” impone los parámetros dentro de los cuales resulta admisible o “*razonable*” la previsión de determinadas limitaciones al derecho exclusivo del autor y que, en el caso que nos ocupa, legitiman el uso libre y gratuito de su obra o, en su caso, el de una interpretación o ejecución artística, una producción fonográfica o una emisión de radiodifusión, siempre que se cumpla con la “*regla de los tres pasos*”.

38. Esas condiciones o límites van dirigidos, tanto a los legisladores, al momento de dictar las normas internas, como a las autoridades al aplicarlas.

⁵ OMPI: “*Guía del Convenio de Berna*” (autor principal: Claude Masouyé). Ginebra, 1978, p. 67.

⁶ OMPI: “*Glosario de la OMPI de Derecho de Autor y Derechos Conexos*”. (autor principal: György Boytha). Ginebra, 1980. Voz 111, p. 113.

39. En efecto, cuando el Convenio de Berna menciona que “*se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción ...*” (art. 9,2); el ADPIC que “*los Miembros circunscribirán las limitaciones o excepciones impuestas a los derechos exclusivos a determinados casos especiales...*” (art. 13); el TODA/WCT que “*las Partes Contratantes podrán prever, en sus legislaciones nacionales, limitaciones o excepciones ...*” (art. 10, y en el mismo sentido el art. 16 del TOIEF/WPPT 16); o la Decisión 351 de la Comunidad Andina que “*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 ...*” (art. 21), se trata de mandatos expresos a los legisladores, para que las limitaciones que aprueben en las leyes internas se limiten a casos especiales que “*no atenten contra la normal explotación de las obras*” ni “*causen perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular o titulares de los derechos*”.

40. En cambio, cuando por poner algunos ejemplos, la Directiva 2001/29/CE sobre la sociedad de la información dispone que “*las excepciones o limitaciones contempladas en los apartados ... se aplicarán en determinados casos concretos que ...*” (art. 5,5); la ley española que “*los artículos del presente capítulo no podrán interpretarse de manera tal que permitan su aplicación de forma que ...*” (art. 40 bis); la ley paraguaya, según la cual “*las excepciones establecidas en los artículos precedentes, serán de interpretación restrictiva y no podrán aplicarse a casos que sean contrarios a los usos honrados*”; o la peruana, cuando dispone que “*las excepciones establecidas en los artículos precedentes, son de interpretación restrictiva y no podrán aplicarse a casos que sean contrarios a los usos honrados*” (negritillas nuestras), u otra fórmula similar (República Dominicana), es decir, en forma tal 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*”, se está dictando un claro mensaje al intérprete, en el sentido de que al aplicar una determina excepción, prevista en la ley, la interpretación del dispositivo legal no puede conducir a una situación que afecte los principios de los “*usos honrados*”, ya señalados.

41. Ello tiene particular interés cuando el legislador no ha sido suficientemente preciso al momento de redactar una limitación legal, dejando un amplio margen para encuadrar allí numerosas situaciones de hecho que, aplicadas a algunas de ellas, podrían conducir a un atentado a la explotación normal de la obra o a un perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular del derecho.

42. En cualquier caso, para la tradición latina, el principio de los “*usos honrados*” implica que las limitaciones al derecho de explotación exclusivo del autor están sometidas al régimen del “*numerus clausus*”, de manera que, como lo disponen algunas leyes y reglamentos de países que forman parte de ese sistema, la interpretación de los límites previstos normativamente debe ser restrictiva.

Los “usos honrados” a partir de los tratados de la OMPI y el entorno digital

43. 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”

44. 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*”.

45. 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*”.

46. 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.

47. Pero debe advertirse que el principio de los “*usos honrados*” implica, como ya fue dicho, la prueba de los tres niveles, es decir, que se trate de casos especiales, que no afecten la explotación normal de la obra y no ocasionen un perjuicio irrazonable a los legítimos intereses del titular del derecho.

48. Por tanto –apunta Fícsor–, si bien la tecnología digital puede cambiar las condiciones de uso de las obras (así como las interpretaciones o ejecuciones y fonogramas, añadimos nosotros, por lo que se refiere a los derechos 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 son aceptables, en los términos del Tratado, sobre la base de la comprobación de esos tres pasos ⁷, a cuyos efectos comenta:

⁷ 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.

“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)”⁸.

49. 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.

50. Por otra parte, así como ciertas utilidades en el mundo analógico eran incontrolables para los autores (lo que dio lugar al establecimiento de licencias no voluntarias y 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.

51. Algunos ejemplos permiten ilustrar la preocupación:

a. La masificación de la copia privada, cuyo derecho de remuneración compensatoria tiene todavía algunos adversarios en ciertos países en desarrollo, y que ya en el mundo analógico generaba graves perjuicios a los titulares de derechos, hoy resulta todavía más inaceptable en el entorno digital.

b. Los intercambios de ficheros musicales o audiovisuales (que en el mundo analógico se podían efectuar, incluso, mediante el préstamo privado entre particulares del soporte físico), hoy se realizan “en línea” y en un volumen tal que ni siquiera la interpretación más extensiva del permisivo “*fair use*”, propio del sistema estadounidense e invocado ante los tribunales de ese país con relación a tales intercambios, ha podido prosperar.

⁸ 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.

c. Los servicios de “*entrega de documentos*” por parte de bibliotecas a sus usuarios, justificado en muchos países bajo la figura de la “*copia privada*” o en razón de su uso para fines de investigación, y que hoy es posible mediante transferencias electrónicas o el suministro de soportes digitales, es vista cada vez más como una competencia directa con las editoriales y otros proveedores comerciales de información⁹, en perjuicio también de los propios autores, cuya retribución económica es generalmente proporcional al número de ejemplares vendidos.

d. La digitalización de los soportes analógicos por parte de bibliotecas o instituciones educativas, que generalmente es admisible en el mundo analógico cuando tiene fines de preservación de un ejemplar, parece que excede los “*usos honrados*” cuando se destina a su utilización por los usuarios (y peor aún si se permite a éstos obtener, a su vez, una copia electrónica), más si existe la disponibilidad de ejemplares legítimos en el mercado.

52. Tal es la razón por la cual, el propio Preámbulo del TODA/WCT (y, “*mutatis mutandis*” el del TOIEF/WPPT), reconoce “*la necesidad de mantener un equilibrio entre los derechos de los autores y los intereses del público en general, en particular en la educación, la investigación y el acceso a la información, como se refleja en el Convenio de Berna*”.

53. Pero el logro de ese equilibrio 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.

54. Así, para 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*”¹⁰, 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*”.¹¹

55. La misma tensión se presentó en el “*Caso Grockster*”¹², 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.

⁹ GUIBAULT, Lucie: “*Naturaleza y alcance de las limitaciones y excepciones al derecho de autor y los derechos conexos en relación con las misiones de interés general de la transmisión del conocimiento: sus perspectivas de adaptación al entorno digital*”. UNESCO. Boletín de Derecho de Autor, octubre-diciembre, 2003, p. 31.

¹⁰ Texto de la declaración en <http://www.realinstitutoelcano.org/publicaciones/18.asp>

¹¹ 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.

¹² MGM y otros vs. Grokster Ltd. y otros en http://fairuse.stanford.edu/MGM_v_Grokster.pdf

56. 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 utilidades 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.

57. 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.

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*”.

58. Pero a diferencia de lo que ocurre con la Directiva 91/250/CEE, sobre la protección jurídica de programas de ordenador, y con la Directiva 96/9/CE sobre la protección jurídica de las bases de datos, donde puede hablarse de una verdadera armonización en cuanto los límites a los derechos sobre esas dos categorías, en el caso de la Directiva 2001/29/CE sobre la sociedad de la información, no hay esa misma armonización, pues se trata de limitaciones que “*podrán*” establecer los Estados miembros (salvo en el caso único de los actos de reproducción provisionales las transmisiones a través de redes interactivas, donde el límite al derecho de reproducción tiene carácter imperativo), de modo que siempre habrá de acudirse a la respectiva legislación nacional para conocer cuáles de esas excepciones han sido acogidas por el respectivo legislador interno.

59. De las limitaciones a los derechos exclusivos que tienen particular relevancia en el entorno digital, nos ocuparemos en este capítulo de los límites a los derechos exclusivos, mientras que dedicaremos un capítulo separado para tratar el tema de las limitaciones al derecho de autor con 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.

Los límites al derecho de reproducción en el entorno digital

60. Aunque el artículo 9,1 del Convenio de Berna establece un derecho sobre la reproducción de la obra “*por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma*”, 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*” (u otra fórmula similar), 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 reproducción¹³.

61. La forma amplia de conceptualizar 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 reproducción, 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 Unidos¹⁴ y Francia¹⁵, así como después, para poner algunos ejemplos, en España¹⁶ y, por resolución administrativa, en Perú¹⁷.

62. 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”.

63. 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).

¹³ 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).

¹⁴ Corte de Distrito del Noveno Circuito, en Mai Systems Corp. vs. Peak Computer. Corte de Distrito de Virginia, en Advance Computer Servis of Michigan Inc. vs. MAI Systems Corp. Corte de Distrito de California, en Religious Technology Center vs. Netcom.

¹⁵ Tribunal de Gran Instancia de París, en Pouchenel, Warner Chappell France, MCA Caravelle vs. École Centrale de Paris (ECP), Jean-Philippe R., Guillaume y École Nationale Supérieure des Télécommunications (ENST).

¹⁶ Audiencia Provincial de Barcelona, fallo del 27-6-2002.

¹⁷ Sala de Propiedad Intelectual del Tribunal de INDECOPI (Perú), Resolución No. 780-2002/TPI/INDECOPI.

64. 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 el 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.

65. 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 que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

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

67. 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”.

68. 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”.

69. 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”*.

70. Ahora bien, 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 reproducciones¹⁸, 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”*.

71. Oliveira Ascensão señala que tales reproducciones no deberían tener, por sí mismas, ningún significado, pues representan la mera ejecución de la finalidad para la cual el autor colocó la obra en la red, es decir, proporcionar su acceso al público, de modo que sería inadmisibles, en términos del derecho de autor y también en los términos de los actos jurídicos en general, que habiendo dado el titular su autorización para que la obra sea colocada a disposición del público, resulte necesaria una nueva autorización para proceder a las reproducciones intermediarias, que son condición para el disfrute final de la obra por parte de los interesados, actos que están necesariamente cubiertos por la autorización otorgada inicialmente.¹⁹

72. Por su parte, Delgado acota lo siguiente:

“Realmente, si los actos de reproducción que se tratan de exceptuar son los que, de manera indispensable, forman parte integrante de un proceso técnico cuya única finalidad es facilitar la utilización de las obras y prestaciones, no parece haber motivo para una excepción expresa de tales reproducciones. Porque todas ellas son del tipo llamado «volátil» (en cierto modo parecidas a las que se producen en las pantallas de

¹⁸ En posición contraria, Gómez Segade sostiene que una reproducción temporal, sin valor económico propio, no constituye reproducción en sentido técnico-jurídico (GÓMEZ SEGADE, José: *“El derecho de autor en el entorno digital”*, citado por ROGEL VIDES, Carlos: *“Estudios completos de propiedad intelectual”*. Ed. AISGE/Reus. Madrid, 2003, p. 490).

¹⁹ OLIVEIRA ASCENÇÃO, José: *“La protección del derecho de autor y los derechos conexos 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). Los actos de reproducción en el ambiente digital y las transmisiones digitales”*. Documento OMPI/DA/PAN/02/PIII.1, en el IV Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos (La Propiedad Intelectual, un canal para el desarrollo). Panamá, 2002, p. 12.

*rayos catódicos de un televisor) y el titular del derecho que cubre la utilización principal no puede impedirles ni, respecto de ellas, ejercer su derecho, al menos en la práctica, con separación del derecho de reproducción”.*²⁰

La puesta a disposición de contenidos en las redes digitales y sus límites

73. Hemos querido utilizar preliminarmente la expresión “*puesta a disposición de contenidos*” y no la de “*comunicación pública*”, 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*.

74. Así, la posición estadounidense se debatía entre considerar a esa modalidad de utilización como una modalidad de “*reproducción por transmisión*”, defendido en su propuesta dirigida a la quinta sesión del Comité de Expertos para la elaboración de las propuestas con miras a los nuevos tratados²¹, 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 país²².

75. 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 copias 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*”.

76. La Comunidad Europea, apoyada por muchos países latinoamericanos, se inclinaba por un derecho de comunicación pública (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

²⁰ DELGADO PORRAS, Antonio: “*El futuro digital: la protección de los derechos en la red*”, en el Seminario sobre “*El entorno profesional y legal del músico*”, organizado por la Fundación Autor y la SGAE, con la colaboración de AIE. Madrid, 2000, p. 17.

²¹ Documento OMPI BCP/CE/V/3, en “*Propiedad Industrial y Derecho de Autor*”. Año I. N° 5. Ginebra, 1995. p. 257.

²² Corte de Distrito de Florida, en *Playboy Enterprises vs. George Frena*.

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*”.

77. 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.

78. La amplitud como se reconoce el derecho de comunicación pública 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*”)²³, 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.

79. 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.

80. 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”.

81. 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.

82. 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),

²³ 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*”. Ob. Cit. p. 10.

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 co-responsable, si tiene conocimiento de esa ilicitud (o motivos razonables para saberlo) y, a pesar de ello, no realiza los actos necesarios para impedir su participación en el acto indebido.

El derecho de distribución y sus límites

83. 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, por ejemplo, a un sistema de mercado común, pero tal limitación debe provenir de una norma comunitaria expresa.

84. Ese es el sentido del párrafo 2 del artículo 6 del TODA/WCT (y 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.

85. Pero como la “*Declaración Concertada*” en relación con el 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.

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

La situación antes de los tratados de la OMPI

86. 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, con el fin de hacer respetar la integridad de las obras y la administración y la licencia de esos derechos²⁴.

87. Destaca también el documento que la técnica puede permitir la elusión de la protección que la misma tecnología ha creado, razón por la cual recomendó en su momento al Congreso de ese país una enmienda a la “*Copyright Act*” de 1976 para prohibir la importación, fabricación o distribución de cualquier dispositivo (u otro componente incorporado a un producto), 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 ley²⁵.

88. Sin embargo, aunque el proyecto no fue aprobado en esa oportunidad (lo que ocurrió mucho después, con la DMCA, como se verá posteriormente), sirvió de punta de partida para las negociaciones en el seno del Tratado de Libre Comercio para América del Norte (TLCan ó NAFTA), cuyo texto definitivo comprometió a los países adherentes (Canadá, Estados Unidos y México), a:

a. Tipificar como delito la fabricación, importación, venta, arrendamiento o cualquier acto que permitiera tener un dispositivo o sistema que sirviera de ayuda primordial para descifrar una señal de satélite codificada portadora de programas, sin autorización del distribuidor legítimo de dicha señal; y,

b. Establecer como ilícito civil la recepción, en relación con actividades comerciales, o la ulterior distribución de una señal de satélite codificada portadora de programas, que hubiere sido descifrada sin autorización del distribuidor legítimo de la señal, o la participación en cualquier actividad prohibida conforme al literal anterior.

89. Pero nótese que esas previsiones se enmarcaban fundamentalmente en el “*entorno analógico*” y solamente en lo referente a la protección de las señales codificadas portadoras de programas.

90. En el Tratado del Grupo de los Tres (G3), que conforman Colombia, México y Venezuela, los países contratantes se comprometen a tipificar como delito:

a. “*La fabricación, importación, venta, arrendamiento o cualquier acto que permita tener un dispositivo o sistema que sea de ayuda primordial para descifrar una señal de satélite cifrada portadora de programas, sin autorización del distribuidor legítimo de esa señal ...*”; o

b. “*La retransmisión, fijación, reproducción o divulgación de una emisión de un organismo de radiodifusión, a través de cualquier medio sonoro o audiovisual, sin la previa y expresa autorización del titular de las emisiones, así como la recepción, difusión o distribución por cualquier medio, de las emisiones de radiodifusión sin la previa y expresa autorización del titular*”.

²⁴ “*Green Paper*”, en Derecho de la Alta Tecnología (DAT). Buenos Aires, 1995.

²⁵ Idem.

91. Se advierte no obstante que la “o” disyuntiva del dispositivo transcrito ni siquiera obliga a las partes a tipificar como delito las acciones descritas en relación con el desciframiento de las señales codificadas, si alguno de los países integrantes del Tratado opta por la segunda fórmula, es decir, sancionar la retransmisión fijación, reproducción o divulgación no autorizada de las emisiones de radiodifusión.

92. Basándose en disposiciones como las citadas, algunos países optaron entonces por una ley especial de observancia en relación con las señales transmitidas por satélite, como fue el caso de Nicaragua, cuya ley No. 322 de protección de señales satelitales portadoras de programas establece que:

“Los titulares de derechos sobre las señales portadoras de programas tienen además la facultad de incorporar o de hacer instalar mecanismos, sistemas o dispositivos técnicos dirigidos a controlar o impedir utilizaciones no autorizadas de señales ...”.

“En consecuencia es ilícita la importación, fabricación, venta, arrendamiento, oferta de servicios, mantenimiento o puesta en circulación de cualquier forma, de aparatos o dispositivos destinados a descifrar señales codificadas o a burlar cualesquiera de los sistemas técnicos de autotutela implementados por el titular para la protección de sus derechos”.

93. 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, ya prohibía 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).

94. 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 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”, en fórmula que luego de la aprobación de los nuevos tratados fue incorporada también a otras legislaciones nacionales (Ecuador), a veces mediante desarrollo reglamentario, como un medio de “defensa” de los derechos morales y patrimoniales (República Dominicana).

95. 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*”.

96. 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.

97. Esa corriente ha sido seguida por numerosos textos nacionales, con posterioridad a la aprobación de los nuevos tratados de la OMPI, tales como la DMCA de los Estados Unidos, que reconoce al titular del derecho de autor la facultad de impedir la neutralización de las medidas técnicas dispuestas para controlar el acceso a las obras protegidas.

La situación a partir de los tratados de la OMPI

98. La innovación de los nuevos tratados de la OMPI con 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.

99. 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”.

100. 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.

101. 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”

102. En el mismo sentido (aunque dejando en libertad a los países miembros en cuanto a las medidas adecuadas aplicables), la Directiva Europea sobre la sociedad de la información, no se limita a disponer que los Estados miembros deben establecer una protección jurídica contra la elusión de cualquier medida tecnológica efectiva, cometida por una persona a sabiendas, o teniendo motivos razonables para saber que persigue ese objetivo (art. 6,1), sino que su artículo 6,2 agrega lo siguiente:

“Los Estados miembros establecerán una protección jurídica adecuada frente a la fabricación, importación, distribución, venta, alquiler, publicidad para la venta o el alquiler, o posesión con fines comerciales, de cualquier dispositivo, producto o componente o la prestación de servicios que:

a) sea objeto de una promoción, de una publicidad o de una comercialización con la finalidad de eludir la protección, o

b) sólo tenga una finalidad o uso comercial limitado al margen de la elusión de la protección, o

c) esté principalmente concebido, producido, adaptado o realizado con la finalidad de permitir o facilitar la elusión de la protección de cualquier medida tecnológica eficaz”.

103. 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.

104. 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.

105. 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.

106. De allí que la Directiva Europea sobre la sociedad de la información prevea un mecanismo de evaluación, cada tres años, con relación a las excepciones o limitaciones, teniendo “*a la vista del desarrollo del mercado digital*”, si se “*confiere un nivel de protección suficiente y si los actos permitidos por la legislación se están viendo afectados*

negativamente por el uso de medidas tecnológicas eficaces”, del mismo modo que la “Digital Millenium Copyright Act” establece un procedimiento similar a los efectos de precisar si hay obras o categorías de obras cuyos usuarios podrían verse afectados en cuanto a prácticas no constitutivas de infracción, relativas a la elusión de los dispositivos técnicos de protección.

107. En cuando a los supuestos permitidos para la elusión de los dispositivos técnicos de protección, la Directiva Europea 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).

108. 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 con las 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 un 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. Con 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 el uso 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.

109. Las disposiciones anotadas han sido objeto de críticas por un sector de la doctrina, al considerarse que plantean más interrogantes que los problemas que intenta resolver, pues se pregunta: ¿qué tipo de medidas voluntarias pueden adoptar los titulares de derechos? ¿Cuáles son los criterios para evaluar la pertinencia de las medidas adoptadas por los titulares de derechos?. ¿Cuánto tiempo deben esperar los Estados miembros para tomar medidas y qué tipo de medidas han de aplicarse?. Y lo que es más importante ¿por qué algunas limitaciones figuran en la lista anterior y otras excepciones no, como el derecho a hacer reproducciones con fines de crítica, investigación sobre acontecimientos de actualidad y la parodia?²⁶

110. Por otra parte, el cuarto párrafo del artículo 6 de la Directiva dispone que no serán de aplicación las prescripciones anteriores, *“a obras y prestaciones que se hayan puesto a disposición del público con arreglo a lo convenido por contrato, de tal forma que personas concretas del público puedan acceder a ellas desde un lugar y en un momento que ella misma haya elegido”*, disposición que tiene como propósito alentar la celebración de contratos entre los titulares de los derechos y los usuarios de sus obras o prestaciones, los cuales seguramente se popularizarán cada vez más bajo la modalidad de aceptación mediante un *“mouse click”*, *“click-wrap”* o *“web-wrap”*, verdaderos contratos de adhesión.

111. 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 críticas por calificada doctrina de ese país²⁷, 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.

112. 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.

²⁶ DUSSELIER, citado por ²⁶ GUIBAULT, Lucie: *“Naturaleza y alcance de las limitaciones y excepciones al derecho de autor y los derechos conexos en relación con las misiones de interés general de la transmisión del conocimiento: sus perspectivas de adaptación al entorno digital”*. Ob. Cit. p. 48.

²⁷ Véase la opinión de GINSBURG, Jane: *“Crónica de los Estados Unidos”*, en *“Revue Internationale du Droit D’Auteur”*. No. 179. París, 1999, pp. 180-206.

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 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 a 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.

113. Sin embargo, 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 obsolescencia²⁸.

114. Como era de esperarse, el texto estadounidense ha influenciado notablemente la normativa incorporada al Tratado de Libre Comercio celebrado entre Chile y los Estados Unidos de América, cuando permite, bajo determinadas condiciones, la elusión de las medidas tecnológicas:

a. Por parte de archivos y bibliotecas u otras instituciones educativas sin fines de lucro, a los fines de resolver si adquieren o no un ejemplar de la obra, cuyo acceso no es posible por otros medios.

²⁸ 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.

- b. Por razones de seguridad nacional (v.gr.: actuaciones policiales o judiciales).
- c. Para fines de “*ingeniería en reversa*”, en términos similares a la descopilación permitida por el artículo 6 de la Directiva Europea sobre la protección jurídica de los programas de ordenador, para lograr la interoperabilidad de un programa creado de forma independiente con otros programas.
- d. Para bloquear el acceso a los menores de determinados contenidos transmitidos a través de la red.
- e. Para la protección de los datos personales.
- f. Para realizar pruebas de comprobación de la seguridad de un ordenador.

115. Una influencia sustancialmente similar se denota en el texto del Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana (TLC.CA ó CAFTA).

116. 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.

117. Quisiéramos concluir este capítulo con una frase de Spurgeon que, por su sencillez, nos parece esclarecedora:

“... el hecho de que la tecnología permita a los automóviles alcanzar velocidades muy por encima de los límites de velocidad permitidos, no legitima el hecho de conducir con exceso de velocidad. Análogamente, el hecho de que la tecnología permita que una persona descargue con toda facilidad y reproduzca la grabación de una obra musical en soporte digital y la venda en la calle o la comparta con sus compañeros en un contexto en línea no significa que esta actividad sea legal, ni que deba serlo”.²⁹

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

Las limitaciones en el entorno digital y la libertad de expresión

118. La Corte de Distrito de California, ante el alegato de que el establecimiento de responsabilidades a los proveedores de servicios en Internet infringía la “*Primera Enmienda*” de la Constitución de los Estados Unidos (libertad de expresión), dijo que:

²⁹ SPURGEON, Paul: “¿Autorizar o limitar?. Utilización en línea con fines educativos: alternativas para preservar los derechos exclusivos de los titulares del derecho de autor”. Ob. Cit. p. 7.

*“Los conceptos de derecho de autor de la dicotomía de idea/expresión y la defensa de uso justo balancean los importantes derechos de la Primera Enmienda con la autoridad constitucional para «promover el progreso de la ciencia y de las artes útiles»...”*³⁰

119. Del mismo modo, la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito, frente al argumento del demandado en cuanto a que la prohibición legal de instalar o aplicar sistemas para eludir los dispositivos de protección tecnológica infringía la “Primera Enmienda” constitucional, declaró que tal prohibición constituye una restricción legítima a la libertad de expresión³¹.

Las limitaciones en el entorno digital y el derecho de los consumidores

120. Ante el argumento de que el derecho de autor atenta contra el derecho de los consumidores y, por tanto, deben ampliarse las limitaciones al derecho exclusivo cuando se accede a obras a través de las redes digitales, de modo que los internautas puedan almacenar, adaptar y disfrutar libremente de las grabaciones musicales que se colocan en la red sin autorización, la Corte de Distrito de Nueva York declaró:

“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 equidad”.³²

Los límites en el entorno digital y el derecho a la privacidad

121. También se ha esgrimido en estrados que permitir el emplazamiento a los proveedores de servicios en la sociedad de la información para que suministren los datos de sus suscriptores, cuando exista el temor fundado de que estén utilizando la red para utilizaciones ilícitas de obras u otros bienes intelectuales protegidos, afecta el derecho constitucional a la intimidad de la vida privada.

122. Frente a esa argumentación, la Corte de Distrito de Columbia señaló que “*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*”.³³

³⁰ Religious Technology Center vs. Netcom On-Line Communitarian Service.

³¹ Citada LEPAGE, Anne: “*Panorama general de las excepciones y limitaciones al derecho de autor en el entorno digital*”. Ob. Cit. pp. 17-28.

³² UMG Recordings Inc. y otros vs. MP3.Com. Inc.

³³ En RIAA vs. Verizon Internet Services.

Los límites al derecho patrimonial y la “independencia de los derechos”

123. La Corte de Apelaciones de Lyon, en relación con la autorización otorgada por periodistas para la publicación de sus artículos *en papel*” y la utilización de los mismos por el periódico en su edición por Internet, dijo:

“... la transmisión de los derechos de autor está subordinada a la condición de que cada uno de los derechos cedidos sea objeto de una mención distinta en el documento de cesión y que el dominio de la explotación de los derechos cedidos queda limitada en cuanto a su extensión y su destino, en cuanto a lugar y en cuanto a su duración”.

*“... la edición telemática y el archivo en un servidor no pueden ser considerados como una extensión de la difusión sobre un soporte en papel ...”.*³⁴

124. La Suprema Corte de los Estados Unidos, en el conocido caso “*Tasini*”, también relacionado con la publicación en Internet de artículos autorizados para la edición de un periódico “*en papel*”, dijo que la “*Copyright Act*” de 1976 “*rechazó la doctrina de la indivisibilidad, reformulando el derecho de autor como un mazo de «derechos exclusivos», ... cada uno de los cuales «puede ser traspasado» ... y poseído separadamente*”.³⁵

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

125. 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.

126. 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 Central 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*”.³⁶

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

“Reproducir la obra es, por lo tanto, fijarla o incorporarla a una base material o soporte físico, que meramente posibilite aquellos fines”.

³⁴ Sindicato Nacional de Periodistas y otros vs. Soc. *Grupo Progrès*.

³⁵ Jonathan Tasini y otros vs. New York Times Co. Inc. y otros.

³⁶ Pouchenel, Warner Chappell France, MCA Caravelle vs. *École Centrale de Paris* (ECP), Jean-Philippe R., Guillaume V. y *École Nationale Supérieure des Télécommunications* (ENST).

“En la sociedad de la información, las modalidades tradicionales de reproducción coexisten con un gran número de medios que son el resultado de los avances tecnológicos. Para comprenderlos, a fin de no dejar indefensos a los titulares de derechos protegibles, el artículo 9,1 del Convenio de Berna ... se refiere a la reproducción por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma”.

*“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 ...”.*³⁷

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

128. El “fair use” (traducido como “uso leal”, “uso legítimo” o “uso justo”), es una figura típica del sistema “angloamericano” que, como informa la “Copyright Office” de los Estados Unidos, nació de la interpretación jurisprudencial norteamericana, 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 1976³⁸, que reza así:

“No obstante las previsiones de las secciones 106 y 106A [derechos patrimoniales exclusivos y derechos de paternidad e integridad sobre las obras de arte visuales, respectivamente, nota nuestra], el uso leal de una obra protegida por el derecho de autor, incluyendo el uso por reproducción en copias o discos sonoros o mediante cualquier otro medio especificado en tal sección, para propósitos tales como la crítica, comentarios, reporte de noticias, enseñanza (incluyendo múltiples copias para el uso de la clase), becas o investigación, no es una infracción al derecho de autor. Para determinar si el uso hecho de una obra en un caso particular es un uso leal, los factores a ser considerados deben incluir:

(1) El propósito o carácter del uso, incluyendo si el mismo es de naturaleza comercial o si tiene un propósito educacional sin fines de lucro;

(2) La naturaleza de la obra objeto de protección;

(3) La cantidad y sustancia de la porción usada en relación con la obra como un todo; y

(4) El efecto de tal uso sobre el mercado potencial o el valor de la obra.

*El hecho de que la obra sea inédita no impedirá en sí mismo considerar un uso leal, si tal consideración está hecha sobre los factores arriba mencionados”.*³⁹

³⁷ Texto del fallo, en www.laley.net

³⁸ <http://www.copyright.gov/fls/fl102.html>

³⁹ Traducción libre

129. El “*fair use*”, que en un principio fue elaborado por la doctrina judicial estadounidense 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 contemplados en el mismo texto legal, como se evidencia del texto de la Sección 107 arriba transcrita.

130. Aunque el “*fair use*” se corresponde en lo esencial con los “*usos honrados*”, en tanto que permite, en casos especiales, limitaciones al derecho exclusivo del autor, siempre que no se afecte la explotación normal de la obra, ni se cause un daño irrazonable a los legítimos intereses del titular del derecho, es decir, “*es un tipo de libre utilización de la obra*”⁴⁰, hay un matiz que lo distingue de la interpretación en la tradición latina, ésta donde los límites admitidos están detallados en la norma jurídica, con suma precisión, mientras que el “*fair use*”, de acuerdo a la disposición estadounidense (es decir, como un “*sistema abierto*”), deja un amplio margen interpretativo para el Juez, de acuerdo a las circunstancias de cada caso concreto, siempre que en él se cumplan los parámetros generales indicados en el citado dispositivo.

131. 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 la usuarios en Internet constituía un uso personal, amparado por el “*fair use*”, dijo que:

“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”

*“... 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 autorizadas.”*⁴¹.

132. En el caso de “*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*”⁴², 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*”.⁴³

133. 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”.⁴⁴

⁴⁰ OMPI: “*Glosario de derecho de autor y derechos conexos*”. Ob. Cit. Voz 112, p. 114.

⁴¹ A&M Records y otros vs. Napster.

⁴² Jerry Leiber y otros vs. *Consumer Empowerment* y otros.

⁴³ UMG Recordings, Inc y otros vs. MP3.com Inc.

⁴⁴ *Universal Music Australia vs. Sharman License Holdings*.

134. También en el caso Napster, la Corte de Apelaciones de San Francisco debió resolver sobre el alegato de la demandada, quien sostenía que era un “uso leal” enviar archivos musicales desde la computadora personal del usuario, cuando éste lo hacía a partir de un CD que había adquirido en el mercado legítimo, y al efecto descartó el argumento y decidió:

*“... es obvio que una vez que un usuario lista una copia de música que él ya posee en el sistema Napster con el fin de acceder a la música desde otra localización, la música se hace «disponible a millones de otros individuos», y no solo al propietario del CD original”.*⁴⁵

135. Recientemente, en Francia, el Tribunal Correccional de Pontoise no acogió la tesis del uso personal, planteada por la defensa, y condenó a un profesor a pagar 3.000 euros de multa y 10.000 de daños y perjuicios a las sociedades de gestión colectiva administradoras del repertorio correspondiente, por haber descargado 10.000 composiciones musicales a través de Internet y almacenarlas en su computadora personal.⁴⁶

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

136. 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 con relación al intercambio de archivos musicales a través de la Internet entre los usuarios de ese servicio.

137. En ese sentido, la Corte de Apelaciones de San Francisco coincidió con las reflexiones del fallo de la Corte de Distrito, objeto de la apelación, cuando dijo:

“... el tribunal de distrito decidió que Napster daña el mercado en «al menos» dos formas: reduce las ventas de CD audio entre los estudiantes universitarios y «crea barreras para la entrada de los demandantes en el mercado para la descarga digital de música» ...”

“El tribunal de distrito se basó en la evidencia presentada por los demandantes para mostrar que el uso de Napster daña el mercado para sus composiciones musicales y grabaciones sonoras protegidas ...”.

“De manera notable, el experto de los demandantes, Dr. E. Deborah Jay, realizó un estudio (el «Informe Jay») utilizando un muestreo aleatorio de estudiantes de colegios y universidades para rastrear sus razones para utilizar Napster y el impacto que Napster tenía en sus compras musicales. El tribunal reconoció que el Informe Jay se centraba justamente en un segmento de la población de usuarios de Napster y encontró «evidencia de ventas pérdidas atribuibles a que el uso de por los estudiantes era probatorio de daño irreparable para los fines de la moción de interdicto preliminar”.

⁴⁵ A&M Records y otros vs. Napster.

⁴⁶ En <http://www.el-mundo.es/navegante/2005/02/03/esociedad/1107426433.html>

“... 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 desarrollo”.⁴⁷

138. También en el caso “*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 digitales”.⁴⁸

139. En Dinamarca, el Tribunal de Apelación de Copenhague, declaró que la audición parcial de obras musicales a través de Internet, para que el usuario decidiera si descargaba o no la grabación completa, no podía ampararse en el “derecho de cita”, porque “perjudicaría la explotación comercial de la obra”.⁴⁹

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

140. Asimismo, en el caso “*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 efecto 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”.

⁴⁷ Idem

⁴⁸ Jerry Leiber y otros vs. Consumer Empowerment y otros.

⁴⁹ Citada por GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio: “El derecho de autor en Internet”. Ed. Comares. Granada, 2001, p. 452.

“Si una firma de grabación o un servicio de música de Internet que 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”⁵⁰.

Los límites al derecho patrimonial y el derecho de comunicación pública en las transmisiones digitales

141. 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*”.

142. 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*”.⁵¹

143. 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 “*el derecho de exhibición impide la transmisión no autorizada de la exhibición de un sitio a otro, por ejemplo mediante un sistema de computadores ...*”.⁵²

144. Bajo el mismo argumento del “*fair use*”, se ha argumentado que el acceso limitado a una “*web*” sólo a sus suscriptores, puede ampararse en la limitación al derecho de comunicación realizada en un círculo privado o “*familiar*” de personas (lo que en algunas legislaciones, con más precisión, se denomina “*ámbito doméstico*”), y ante ese alegato, el mencionado fallo de la Corte de Distrito de Florida destacó lo siguiente:

“*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»...*”.

“*Un sitio [en la web] está «abierto al público» en este sentido aun si el acceso esta limitado a clientes que pagan*”.⁵³

⁵⁰

Idem

⁵¹

Kelly vs. Arriba Soft Corp.

⁵²

Playboy Enterprises vs. George Frena

⁵³

Idem

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

145. 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.

146. En ese sentido, la Corte de Distrito de Florida, en sentencia ya citada, señaló que la “Copyright Act” de los Estados Unidos, otorga al titular de un derecho de autor como derecho de distribución el “*exclusivo de vender, regalar, alquilar o prestar cualquier implementación física material de su obra*” y que en ese sentido el demandado “*proporcionó un producto que contenía copias no autorizadas de una obra protegida por derechos de autor*”.⁵⁴

147. La Corte de Distrito de California, en fallo relativo a la comunicación no autorizada de una grabación audiovisual a través de Internet, dijo 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*”.⁵⁵

148. En el caso “*Leiber & Stoller*”, la Corte de Distrito de California, resolvió:

“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”.

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

149. 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.

150. 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 con 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 “fair use” no prosperaba en una acción fundamentada en la DMCA.⁵⁶

⁵⁴ Ibidem

⁵⁵ Michaels vs. Internet Entertainment Group y otros.

⁵⁶ Citada LEPAGE, Anne: “*Panorama general de las excepciones y limitaciones al derecho de autor en el entorno digital*”. Ob. Cit. p. 17.

151. 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 efectivas.⁵⁷

[Fin del documento]

⁵⁷ Universal City Studios, Inc. vs. Corley