



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

EXPERIENCIA EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA:
DIGITAL MILLENNIUM & COPYRIGHT ACT

*Documento preparado por el Sr. Eduardo De Freitas Straumann, Abogado, Miembro de la
Comisión jurídica y legislación de la Confederación Internacional de Sociedades de
Autores y Compositores (CISAC), Montevideo*

I. INTRODUCCIÓN

La realidad de nuestros días, y seguramente de los que se avecinan, nos muestran un escenario con una íntima relación: desarrollo de Internet y avance de las infracciones contra los derechos de autor, lo que determina en forma permanente la necesidad de una debida protección de las creaciones intelectuales. En pocas palabras, el desarrollo de Internet y las nuevas tecnologías provocan un aumento considerable de las violaciones a los derechos de autor. Los argumentos a favor de la protección de los derechos de autor encuentran resistencia asimismo en las comunidades de determinados tipos de usuarios e internautas ávidos de acceder a las creaciones sin autorización alguna y en forma gratuita, tal como si se les hubiese otorgado una gracia especial por el mero hecho de las facilidades que ofrece la tecnología digital.

El reclamo de los sectores vinculados al acceso a la información pugnando por flexibilizar el ámbito de protección de los derechos intelectuales también viene ganando espacio. El fundamento para dichos sectores radica en la necesidad de favorecer el conocimiento. Es por ello, que uno de los capítulos que empieza a moverse en búsqueda de reformas legislativas, refiere precisamente al tema de las limitaciones y excepciones a los derechos exclusivos de los autores sobre sus obras.

El derecho de autor, y con él los autores, compositores, artistas visuales, desarrolladores de software, artistas e intérpretes, y productores (fonográficos, audiovisuales, de software) se encuentran en una dura y difícil encrucijada. No sólo deben perseguir las reformas legislativas con el objeto de adecuar las normas jurídicas en busca de una mayor protección a sus derechos, sino que deben lidiar con la efectiva aplicación del derecho a través de las autoridades policiales y judiciales y con las circunstancias especiales que se presentan en cada país, en cuanto a la importancia que le asignan el tema.

Ahora bien, las infracciones a los derechos de autor visualizadas en Internet no son sino otro capítulo que se suma a los tradicionales en materia de piratería, que pasan sí a constituirse en un grave obstáculo para el mercado lícito de productos o contenidos en línea.

Como bien se ha señalado, el aumento de la piratería y sus dificultades de control, entran a afectar, también, la venta legal en Internet. Se dice por ejemplo, que las infracciones de música en Internet puede convertirse en un obstáculo importante para el éxito de los mercados legales de contenidos en línea ¹.

Resulta notorio que una importante mayoría de usuarios de Internet ha bajado (descargado) y lo continúa haciendo, obras protegidas a través de las plataformas de intercambio gratuito de ficheros entre particulares (*peer-to-peer*).

¹ Informe de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). La organización ha señalado que "es difícil" demostrar que la caída del 20 por ciento en el volumen de negocios registrado en la industria musical entre 1999 y 2003 se deba a la piratería, pero señala que un tercio de los usuarios de Internet en los países miembros de la OCDE se ha bajado música de la red a través de las plataformas de intercambio gratuito de ficheros entre particulares (*peer-to-peer*).

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, ha señalado también que en octubre de 2004, casi diez millones de usuarios de Internet se conectaron a las redes de intercambio gratuito de ficheros de forma simultánea. Para la organización, los programas utilizados en el intercambio gratuito son "una tecnología innovadora y prometedora", pero reconoce que "numerosos internautas efectúan copias no autorizadas" de los archivos.

La realidad es que la piratería de obras (musicales, audiovisuales, programas de ordenador) continua en aumento, ya fuera en el escenario clásico de reproducciones o fijaciones no autorizadas, ya en el tecnológico, referido a la carga y descarga de archivos e intercambio entre los usuarios o interesados.

El ambiente de Internet, como todo espacio tecnológico ligado a las facilidades de explotación de bienes intelectuales, se va constituyendo en un campo fértil del copiado y distribución ilegal de obras. El aumento de las infracciones (y por su facilidad tecnológica masivas) atentan claramente contra los autores y productores y toda la operativa comercial lícita; los intercambios de obras musicales, audiovisuales, programas de computación en Internet se convierten así en una barrera para el desarrollo de mercados con contenidos legales en línea.

¿Qué aliciente y seguridad puede tener quién desea desarrollar en forma legal una actividad de puesta a disposición y distribución de obras en línea si la realidad demuestra un estado casi absoluto de piratería?

No obstante las normas legales que se actualizan y los esfuerzos que se pueden realizar en muchos países para frenar este fenómeno delictivo,- organizado en muchos casos y anárquico en otros-, se requiere por las especiales características del fenómeno de Internet una acción en conjunto que no sólo pasa por mayores y mejores esfuerzos de prevención y represión, sino también por la búsqueda de soluciones tecnológicas acordes con los desafíos que se presentan.

Resulta indudable que la piratería de Internet viene a incrementar geométricamente las violaciones a los derechos de autor.

Desde que tal escenario facilita el intercambio y puesta a disposición en línea de software, obras musicales, audiovisuales, literarias, visuales, no es difícil concluir que los autores y todos aquellos que conforman la cadena lícita de negocios han aumentado sus perjuicios. Las plataformas de intercambio de archivos conspiran a diario con el sector de producción de bienes intelectuales.

Si bien en el momento actual los negocios legítimos a través de Internet no representan un volumen importante en comparación con los tradicionales, no es menos cierto que en los próximos años el sector se habrá de incrementar sensiblemente, pese a la notoria competencia desleal proveniente de las actividades ilícitas; esto es, de la carga y descarga e intercambios de obras protegidas en la red para que cualquier interesado acceda a los mismos, ya fuere en forma gratuita, ya en forma onerosa. El tema del precio no tiene relevancia puesto que lo trascendente es el daño causado por la reproducción de las obras y su puesta a disposición del público, desplazando del mercado a las producciones intelectuales legales. En pocas palabras: la actividad parasitaria de la piratería determina la no-percepción de derechos para los autores, artistas, productores, evasión fiscal, pérdida de puestos de trabajo directo e indirecto que brindan los diversos sectores y la consiguiente afectación de valores éticos y culturales que se

traducen en la falta de respeto a quienes dedican su vida a la producción de bienes intelectuales.

En la esfera judicial existen casos que han liderado la atención por cuanto si bien pueden referirse a un caso concreto de obras protegidas, por su propia naturaleza se extienden lógicamente a los demás tipos de creaciones amparados por el régimen de los derechos de autor.

La más reciente respuesta dada desde el ámbito internacional al tema de las innovaciones tecnológicas y las oportunidades que ofrecen para violar los derechos de los autores y demás titulares fue la aprobación de los Tratados de la OMPI de 1996 sobre derecho de autor (Toda o WCT) y derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes y productores de fonogramas (Toief o WPPT), los cuales ya se encuentran en vigencia al haber sido aprobados y ratificados por más de treinta Estados Miembros.

Es bueno recordar que con anterioridad a estos tratados el texto más completo se ubicó en el acta de París de 1971 (Convenio de Berna). También existieron disposiciones en los ADPIC.

II. LOS DERECHOS DE AUTOR EN LA ERA ELECTRÓNICA

Sobre la base del Libro Blanco preparado por el “*Task Working Group on Intellectual Property Rights*” (con el objetivo de analizar los derechos de propiedad intelectual en el ámbito de la Infraestructura Nacional de la información, brindando sugerencias y modificaciones) y como consecuencia de los Tratados de la OMPI de 1996, el día 12 de octubre de 1998, el Congreso de los Estados Unidos Norte América aprobó la Ley de Derechos de Autor del Milenio Digital (DMCA), firmada como ley por el presidente Bill Clinton el 28 de octubre de ese año.

Los resultados del Libro Blanco o *White Paper*, apuntaron al equilibrio entre los derechos de autor y las limitaciones y excepciones a los mismos, como factor para el desarrollo de la ciencia y el conocimiento. Este documento recomendaba excepciones con el propósito de acompañarlas en el ámbito digital.

Merece especial referencia, en tal sentido, la preocupación en favor de las bibliotecas y archivos sin que ello pudiese suponer “un desbalance” entre los intereses en juego. Entre las recomendaciones que realiza en este punto, podemos señalar la de autorizar la reproducción de tres copias de las obras en formato digital, con la condición de que solamente se pueda utilizar una y no todas al mismo tiempo, así como admitir copias digitales para fines de preservación de los trabajos.

De igual forma, y tal como lo veremos, también incluye disposiciones sobre medidas tecnológicas con el propósito de dar protección a las obras.

De esta forma la DMCA implementa los dos tratados OMPI, pero también contiene disposiciones sobre asuntos relacionados con la era electrónica, recogiendo soluciones planteadas por el grupo de trabajo en el Libro Blanco.

A efectos de la presentación de este trabajo, podemos señalar que la DMCA se divide en cinco títulos:

a. En el Título I se introducen básicamente modificaciones en el título 17 de la *United States Copyright*, con el objeto de implementar los Tratados de la OMPI de Derechos de Autor, Interpretaciones y Fonogramas de 1996 (Toda/Toief o WCT/WPPT). Asimismo se enmienda la ley estadounidense a fin de extender plazos de protección de las obras y restablecer la protección de derechos de autor, en las mismas circunstancias a las obras que provienen de los países miembros del WCT y el WPPT.

En este punto veremos básicamente la experiencia desarrollada a través de los mecanismos instaurados contra la acción de ludir las medidas tecnológicas efectivas utilizadas por los autores, artistas intérpretes o ejecutantes y productores de fonogramas para proteger sus derechos donde se han planteado interesantes debates judiciales. No abordaremos, por razones prácticas, el punto relativo a la información sobre gestión electrónica de derechos.

b. En el Título II, la ley establece normas referidas a la limitación de responsabilidad por las infracciones a los derechos de autor en línea, regulando cuatro nuevas limitaciones. De esta forma se limita la responsabilidad de los proveedores de servicios en línea en varios casos.

Se agregan asimismo sanciones civiles y penales por violación a las prohibiciones relativas a elusión y a las obligaciones sobre gestión de derechos.

La Sección 104 de la *Copyright Act* establece las condiciones de elegibilidad para la protección de obras de otros países. También se extienden los plazos de protección para aquellas obras que los Tratados de la OMPI requieren protección.

Los dos Tratados establecen que las Partes protejan las obras preexistentes que no han caído en el dominio público en el país de origen. Similar obligación se encuentra contenida en el Convenio de Berna y Trip's.

La sección 102 c) de la DMCA corrige la Sección 104 A para reestablecer la protección del copyright en las mismas circunstancias que los Tratados de la OMPI.

La restante enmienda técnica refiere a la prohibición en ambos tratados contra el condicionamiento del ejercicio o disfrute de los derechos en el cumplimiento de las formalidades.

La sección 411 (a) de la Copyright Act exige el registro en el Copyright office antes de demandar por parte del titular del derecho, eximiendo a obras extranjeras en orden a cumplir con las exigencias de Berna.

La Sección 102 (d) de la DMCA agrega la Sección 411 (a) ensanchando la excepción para alcanzar todas las obras.

c. En el Título III, con el objeto de garantizar la competencia en el mantenimiento de computadoras amplía una exención existente en la Ley de Derechos de Autor de los EEUU, permitiendo que el propietario o arrendatario de una computadora haga o autorice una copia de un programa de computación, mientras repara o da mantenimiento a dicha máquina.

d. En el Título IV, relativo a diversas disposiciones, se contienen entre otras cosas, las siguientes:

- Concesión de una exención para realizar "grabaciones efímeras", las que se efectúan para facilitar una transmisión permitiendo que una estación de radio transmita a partir de su nueva grabación, para no tener que manipular "sobre la marcha" los CD originales durante la transmisión;
- Se preceptúa que el Registro de Derechos de Autor de los EEUU recomiende al Congreso la forma de promover la educación a distancia por medio de tecnologías digitales, al tiempo que "mantiene un equilibrio apropiado entre los derechos de los titulares de derechos de autor y las necesidades de los usuarios".
- Autorización a las bibliotecas y archivos sin fines de lucro para que realicen hasta tres copias de una obra, que pueden ser digitales, siempre que las mismas no se pongan a disposición del público fuera del predio de la biblioteca.
- Los que hacen transmisiones digitales de grabaciones de sonido a través de la Internet, aplicando tecnologías depuradoras de audio, paguen licencias a las compañías grabadoras.

e. En el Título V) se preceptúan disposiciones sobre diseños originales.

III. DESARROLLO DE LOS PRINCIPALES ASPECTOS EN LA EVOLUCIÓN DE LA *DIGITAL MILLENNIUM COPYRIGHT ACT*

El tema de las limitaciones y excepciones, la protección jurídica contra la acción de eludir las medidas tecnológicas utilizadas por los autores y demás titulares y la responsabilidad de los proveedores de servicio constituyen el objeto central del presente estudio.

A. Limitaciones y excepciones

La DMCA deja intacta la doctrina del fair use, aceptando su aplicación al entorno digital.

Con la consagración de la DMCA, importantes grupos de interés, incluyendo el de las telecomunicaciones, proveedores de servicios en línea, bibliotecas, universidades, comenzaron a pugnar por excepciones en busca de limitar sus responsabilidades frente a las violaciones de los derechos de autor.

Varias concesiones fueron otorgadas a dichos grupos, no obstante ello se trató de dar a los titulares de derecho de autor nuevas herramientas para combatir infracciones a los derechos de autor.

Las limitaciones y excepciones se consagraron en varios puntos.

Uno de los aspectos más interesantes, como veremos más adelante, está contenido en la Sección 1201 (a) (1) (C) pues prescribe un procedimiento para determinar si hay categorías

especiales de obras respecto de las cuales los usuarios se ven o pueden verse afectados negativamente en sus posibilidades de efectuar utilizaciones no constitutivas de infracción a causa de la prohibición relativa a la elusión de los controles de acceso.

Es el Bibliotecario del Congreso en consulta con el Director del Registro de Copyright, quién brinda la recomendación correspondiente, definiendo el tipo de obras respecto de las cuales queda permitida la elusión de medidas tecnológicas por parte de determinadas personas.

B. Medidas tecnológicas

a. Medidas Tecnológicas. Prohibición de elusión

En respuesta al desarrollo tecnológico y el nuevo desafío que ha presentado el ámbito de las redes digitales, la DMCA proporciona herramientas para declarar ilegales la fabricación, importación, distribución, suministro de productos o servicios con el propósito de burlar las medidas tecnológicas, tales como encriptación, u otros sistemas puestos por los titulares de derechos para proteger sus obras.

La DMCA prohíbe el acto de afectar las medidas puestas por los titulares de derechos como la encriptación o similar tecnología en orden a lograr un acceso no autorizado a obras o prestaciones protegidas.

La Sección 1201 de la DMCA proscribe tres tipos de conductas².

- la elusión de medidas tecnológicas que de manera efectiva controlan el acceso a las obras protegidas;
- la manufactura, distribución, oferta, importación, de aparatos, servicios o tecnologías producidas para evadir los controles de acceso a las obras;
- la manufactura, distribución, oferta, importación, de aparatos o servicios que evaden una medida tecnológica que efectivamente protege un derecho del titular de copyright.

Las medidas tecnológicas pueden controlar el acceso a las obras o bien la utilización de las mismas. La DMCA protege las medidas que controlan el acceso a las obras contra los actos que buscan evadirlas, pero no prohíbe las conductas que pretenden eludir las medidas que controlan la utilización. Michael S. Keplinger explica que tal distinción es razonable en vista de que, por ejemplo, un acto orientado a evadir una medida tecnológica que proteja una obra de las copias ilegales quedará comprendido dentro del ejercicio no autorizado del derecho de reproducción. Por esta razón la DMCA no prohíbe el acto de elusión de una medida tecnológica de control de las copias, porque el respeto debido al derecho exclusivo de reproducción sería suficiente para otorgar una protección adecuada y efectiva³.

² Sofía Rodríguez Moreno en “La era digital y las excepciones y limitaciones al derecho de autor” © compartido con Universidad Externado de Colombia, Año 2004, pág. 175, citando a Jane Ginsburg “Copyright Legislation for the Digital Millennium”, Columbia v/a Journal of Law and the Arts., 23 Colum, v/a J.L. & Arts, 137, primavera, 1999, p.2.

³ Sofía Rodríguez Moreno, ob. cit. Pág. 176.

La disposición tendiente a proteger las medidas tecnológicas que los titulares derechos colocan para impedir usos no autorizados sobre sus obras, tornan claro que no existe obligación de diseñar nuevos computadores o aparatos electrónicos para responder a cada tecnología usada para proteger las obras. La ley dejaría inalterada sin embargo la obligación de las compañías de asegurar que sus productos utilicen *the serial copy management system* (or "SCMS") el cual es corrientemente usado para prevenir copias generalizadas de discos.

En efecto, entre las medidas tecnológicas que se adoptaron en EEUU encontramos el Sistema de Gestión de la Copia en Serie (*Serial Copyright Management System SCMS*), previsto en la *Audio Home Recordin Act*, el cual impide la realización de copias posteriores a la primera de una obra, esto es, las copias en serie. La DMCA presenta un nuevo mecanismo llamado "*Automatic gain control copy control technology*", que ha sido desarrollado por Macrovision. Este sistema evita la realización de copias de obras audiovisuales como las que se difunden en los mecanismos *pay per view*, o bien puede permitir una grabación pero distorsiona y deteriora la calidad de la imagen⁴.

Queda claro por tanto el derecho de controlar el acceso a la obra por parte de los titulares del derecho de autor. Respecto a este derecho se ha sostenido que es un nuevo derecho a favor de los titulares de derecho de autor. La copia o ejemplar se controla a través del derecho clásico de distribución; por el contrario, el acceso a una obra por una medida tecnológica estaría consagrando un nuevo derecho. La DMCA habría ido más allá de los Tratados de la OMPI y del Convenio de Berna. De acuerdo con Ginsburg, el principal objetivo de la DMCA son los proveedores de bienes o servicios que permiten evadir las medidas tecnológicas de protección de las obras⁵.

Desde que las obras pueden ser objeto de copia bajo el sistema del fair use, la Sección 1201 no prohíbe el acto de eludir las medidas tecnológicas que previenen la copia. La doctrina del fair use no constituye una defensa para acceder a una obra eludiendo las medidas tecnológicas.

La Sección 1201, refiere a los aparatos, mecanismos o servicios que caen en alguna de las tres siguientes categorías:

- aquellos que son primariamente realizados para producir la elusión o burla;
- aquellos que tienen el único significado o propósito desde el punto de vista comercial de ser usados para eludir las medidas;
- aquellos que son comercializados para su uso en la elusión.⁶

⁴ Sofía Rodríguez Moreno, ob. cit. Pág. 177, citando a De Werra en "Le regime juridique des mesures techniques de protection des oeuvres selon les traités d'OMPI, le Digital Millennium Copyright Act, les Directives Européenes et d'autres législations (Japón, Australia) », Rida 189, julio de 2001, pág. 79.

⁵ "Copyright Legislation for the Digital Millennium", *Columbia v la Journal of Law and the Arts.*, 23 Colum, v la J.L. & Arts, 137, primavera, 1999, p.3.

⁶ Jule L. Sigall, "The challenges of Implementing the WIPO Copyright Treaty (WCT) and WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT): The United States Experience", pág. 5.

b. Medidas Tecnológicas y Excepciones establecidas en la Ley

La ley prevé excepciones relativas a las medidas tecnológicas.

Las excepciones han sido establecidas en favor de:

i. Bibliotecas, archivos e instituciones educacionales (Sección 1201 d). La excepción faculta a dichas organizaciones sin ánimo de lucro, a eludir las medidas tecnológicas que regulan el control de acceso a las obras con el único propósito y actuando de buena fe, de decidir en un tiempo razonable si adquieren o no el ejemplar conteniendo la misma.

ii. Ingeniería inversa (1201 f) Esta excepción permite la elusión a una persona que ha adquirido el derecho legítimo de usar una copia de un programa de computador y con el solo propósito de identificar y analizar elementos necesarios del programa para alcanzar interoperabilidad con otros programas.

iii. También se consagra una excepción a favor de la investigación en materia de encriptación. La investigación a favor de la tecnología de codificación, da razón de ser a esta excepción permitiendo la elusión de las medidas con el objeto de acceder a la obra identificando los defectos y vulnerabilidades de dichas tecnologías (1201 g).

iv. El art. 1201 h) prevé una excepción que permite eludir una medida tecnológica con el objeto de evitar el acceso de menores a material no adecuado en Internet.

v. El art. 1201 j) permite eludir las medidas de control de acceso con el propósito de testear la seguridad del computador, sistemas de computación o redes, pero con la autorización del dueño u operador de los mismos. Esta acción persigue tareas de investigación, ya fuere para visualizar fallas o defectos.

vi. A través del art. 1201 i), se instaura una excepción que permite la elusión cuando la medida tecnológica o la obra que protege, es capaz de recopilar o repartir información de una persona física respecto de sus actividades *on line*, o cuando la obra protegida con tal medida es la que permite dicha recopilación. Esto se hará siempre que la medida o la obra por ella amparada no otorgue a la persona las facilidades para restringir la compilación de sus datos o su difusión⁷.

vii. A favor del Gobierno, siempre que la elusión de las medidas tecnológicas persigan la identificación y resolución de la vulnerabilidad de los computadores, sistemas de computación o redes de computación que le pertenezcan (Sección 1201 e).

c. Medidas Tecnológicas y excepciones a cargo de la Biblioteca del Congreso

A efectos de no dejar cerrada la posibilidad de fijar nuevas excepciones, que así se justificaran, la *Digital Millennium Copyright Act* faculta al Bibliotecario del Congreso en tal sentido, quién deberá considerarlas teniendo en cuenta diversos factores (disponibilidad de uso de las obras protegidas; la disponibilidad de uso de las obras para fines no lucrativos

⁷ Sofía Rodríguez Moreno, ob. cit., pág. 183.

como archivos, conservación y fines educativos; etc.). Es importante señalar que la Sección 1201 (*Rulemaking*), puede crear solamente excepciones por responsabilidad basada en la elusión al control de acceso a las obras. Por el contrario, no puede crear excepciones por responsabilidad basada en la distribución de aparatos que son usados para eludir el acceso o el control sobre la copia. La norma establece los factores que el Copyright Office y la Biblioteca del Congreso deben considerar cuando examinen excepciones. Así, deberán tener presente, factores tales como:

- disponibilidad para el uso de las obras;
- disponibilidad para el uso de obras para archivo, preservación y propósitos educativos que no produzcan ganancias o beneficios;
- impacto que la prohibición de las medidas tecnológicas aplicadas a las obras tiene en la crítica, comentario, reportes, enseñanza, becas o investigación.

También el efecto que las medidas en el mercado para el valor de las obras.

El Bibliotecario del Congreso viene aplicando las recomendaciones que veremos infra. En efecto, en base a la Sección 1201 que prohíbe precisamente la elusión de las medidas tecnológicas empleadas por los titulares de derecho de autor, se equilibra dicha prohibición disponiendo que no se aplicará a las personas usuarias de una obra protegida que se encuentra en un tipo particular de obras, si dichas personas se ven o pueden llegar a verse en un período consecutivo de tres años, afectadas negativamente por la referida prohibición en su capacidad de realizar usos no ilícitos de un tipo particular de obras.

La Secretaría Judicial presentó recomendaciones al Bibliotecario del Congreso, quién realizó la primera determinación por un período de tres años con fecha 28 de octubre del año 2000. La recomendación del 27 de octubre de 2003 representa la culminación de un proceso legislativo que comenzó con una notificación de investigación el 15 de octubre de 2002. Luego de presentados los comentarios y las respuestas, la Oficina de los Derechos de Autor celebró vistas orales para ese proceso en Washington D.C., durante el mes de mayo de 2003.

El Bibliotecario del Congreso, bajo recomendación de la Secretaria Judicial del Registro, conforme al art. 1201 (a) (1) (C) debió considerar: la disponibilidad de uso de las obras protegidas; la disponibilidad de uso de las obras para fines no lucrativos como archivos, conservación y fines educativos; el impacto que la prohibición de elusión de las medidas tecnológicas aplicadas a obras con derechos tiene en la crítica, los comentarios, las noticias, la enseñanza, los estudios o la investigación; el efecto de la elusión, de las medidas tecnológicas en el mercado de valor de las obras con derechos; otros factores que el Bibliotecario considere apropiados.

El 28 de octubre de 2003, el Bibliotecario del Congreso, James H. Billington, adoptó las recomendaciones de Marybeth Peters⁸, Secretaria del Registro de Derechos de Autor, para exenciones durante tres años de la prohibición dentro de la ley de Derechos de Autor del

⁸ A quién agradecemos el material puesto a disposición para la elaboración de este trabajo, fundamentalmente el realizado por Jule L. Sigall, "The challenges of Implementing the WIPO Copyright Treaty (WCT) and WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT): The United States' Experience".

Milenio Digital de la elusión de las medidas tecnológicas que controlan el acceso a obras protegidas.

Los cuatro tipos de obras eximidas, de acuerdo con la legislación en vigor desde el 28 de octubre de 2003 hasta el 27 de octubre de 2006, son:

i. acceso a las compilaciones (consistentes en listas) de sitios de Internet bloqueados por aplicaciones de software (filtros). Estos programas impiden el acceso a ciertos dominios, sitios web o parte de sitios web, a determinadas categorías de personas (ej. Menores). La excepción no alcanza a las listas de localizaciones en Internet bloqueadas por aplicaciones de software que operan exclusivamente para proteger contra daños a un ordenador (ejemplo de los *firewall* y antivirus), o una red de ordenadores o listas de sitios de Internet bloqueados por aplicaciones de software que operan exclusivamente para prevenir la recepción de email no deseados (*anti-spam*).

ii. Programas informáticos protegidos por “mochilas” que impiden el acceso, debido a un mal funcionamiento o un daño y que no pueden ser sustituidos o reparados por encontrarse obsoletos.

iii. Programas de ordenador y videojuegos distribuidos en formatos que se han vuelto obsoletos y que necesitan los medios o el hardware original como condición de acceso. Un formato se considerará obsoleto si el dispositivo o el sistema necesario para hacer perceptible una obra guardada en ese formato ya no se fabrica o ya no está disponible en ningún comercio.

iv. Obras literarias distribuidas en formato de libro electrónico (*ebook*, es decir la edición electrónica de una obra literaria que puede ser descargada) cuando todas las ediciones electrónicas existentes de la obra, incluidas las ediciones digitales de los textos realizadas por las entidades autorizadas, contienen controles de acceso que no permiten la función de lectura con voz de los libros electrónicos ni permiten a los lectores de pantalla presentar el texto en un formato especializado. A través de esta excepción, los invidentes pueden tomar contacto con la obra a través de su escucha, o bien por su conversión, con software adecuado, en otro formato especializado, tal como sería la lectura a través del sistema braille.

El Registro consideró, aunque no recomendó, la exención de otros veinticinco tipos de obras, incluidas las obras audiovisuales incluidas en DVD, codificados por CSS y grabaciones sonoras en discos compactos que utilizan controles de acceso tecnológicos para impedir el acceso en ciertos dispositivos de *playback*.

De esta forma, el Bibliotecario del Congreso puede decidir la suspensión de la aplicación de la prohibición si ha sido demostrado que las medidas tecnológicas establecidas por los titulares de derechos han tenido un impacto negativo con respecto al acceso de determinadas categorías de obras. De otra manera la nueva prohibición permanecería inalterada.

En la actualidad y conforme a la Sección 108 de la Copyright Act se conformó un selecto grupo de expertos encargado de actualizar el balance entre los derechos de autor de los titulares y las necesidades de las bibliotecas y archivos. El Grupo lleva adelante el análisis y reexamen de las excepciones y limitaciones a las Bibliotecas y Archivos más aún en el entorno digital.

Este grupo patrocinado por la Biblioteca del Congreso hará recomendaciones a la misma para mediados del año 2006. En base a ello y a los criterios que recoja el Copyright Office presentará modificaciones para su aprobación al Congreso.

C. Responsabilidad de los proveedores de servicio

El sistema norteamericano nos revela tres tipos de responsabilidades: directa (*direct copyright infringement*), contributiva (*contributory copyright infringement*) y vicaria o delegada (*vicarious copyright infringement*). Respecto a la primera, el propio término nos ilustra sobre el contenido de la misma; quién reproduce, distribuye o comunica una obra protegida sin la previa y expresa autorización de su autor o titular de derecho es responsable directo de tal infracción. La contributiva refiere al comportamiento de aquella persona que con conocimiento, induce o contribuye a la producción de una infracción directa de los derechos de autor por parte de otra persona⁹.

La vicaria, delegada o indirecta se observa a través del control o supervisión, como veremos, que ejerce una persona, que se beneficia a su vez económicamente de la infracción.

Al analizar los casos de jurisprudencia, veremos cómo se ha estudiado el tema de la responsabilidad de los proveedores de servicio respecto de actos o hechos que suponen una violación a los derechos de autor.

Como señala Hugenholtz¹⁰, al igual que en el entorno analógico en el entorno de las redes digitales el punto se centra en determinar si esos proveedores de servicios deben ser considerados como editores electrónicos y, por tanto, responsables de la transmisión de contenidos no autorizados (ilícitos), o bien como los “carteros de Internet”, es decir, exentos de toda responsabilidad.

El tema resulta claro con relación a los proveedores de contenido, pues ellos son los que deciden poner a disposición del público el material que han preparado o incorporado. Si ponen a disposición del público obras protegidas sin autorización de los autores incurrirán en responsabilidad civil y/o penal según el tipo de legislación en la que nos encontremos.

Con relación a los proveedores de servicio, también es claro que ellos no participan, en cuanto tales, de la decisión de incorporar dichos materiales para su difusión. Podrían desde un plano teórico desconocer incluso que por su servidor no transitan obras en violación a los derechos de autor, salvo que por el carácter notorio u obvio que represente un hecho o acto ello determinara un conocimiento de tal situación. No existen dudas que si se pone en conocimiento de un proveedor de servicios la existencia de infracciones en el tránsito de información en violación a los derechos de autor, el mismo debe tomar las medidas necesarias para evitar la continuidad de la infracción.

Dar la baja en el servidor del sitio en infracción constituye una medida tendiente a hacer valer los derechos de autor. Evitar la baja, una vez que ha tomado conocimiento de la

⁹ Carlos M. Alvarez “Links, Frames y Meta-Tags”, en Internet, Comercio Electrónico & Telecomunicaciones, © Universidad de los Andes y Legis Editores S.A., 2002, pág. 395-396.

¹⁰ “Online Service Provider Liability for Copyright Infringement”, Workshop on Service Provider Liability, OMPI, Ginebra, 9 y 10 de diciembre de 1999, citado por Delia Lipszyc en “Nuevos Derechos de Autor y Conexos”, ya citada, pág. 366-367.

situación denunciada por los autores, artistas y productores, conllevará necesariamente la responsabilidad del proveedor de servicio. Las soluciones que brinda el derecho comparado se observan fundamentalmente a través de la *Digital Millenium Copyright Act* (DMCA) de los Estados Unidos y la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo.

En el caso de los Estados Unidos, la Digital Millenium Copyright Act incluye entre las limitaciones y excepciones, la situación de los proveedores de servicios en Internet (*Internet service provider*). En base a la definición que brinda la ley americana (Sec. 512) es proveedor de servicios en línea quién ofrece la transmisión, enrutamiento o conexiones para comunicaciones digitales en línea, entre puntos elegidos por un usuario en base al material seleccionado por éste y sin introducirle modificaciones en las operaciones de envío y recepción. En pocas palabras son quiénes permiten o facilitan las conexiones en línea a los usuarios.

Para gozar de la limitación a su responsabilidad ante violaciones a los derechos de autor, el proveedor de servicios debe: a.- adoptar e informar a sus clientes reglas que determinen la finalización del contrato cuando se trate de infractores reincidentes; y b) no interferir y dar cumplimiento a las medidas técnicas que sean utilizadas por los titulares de derecho de autor para identificar o proteger sus obras, cuando hayan sido consensuadas por ambas partes, estén a disposición de cualquier persona y no impliquen costos o cargas sustanciales para los proveedores de servicio¹¹.

De acuerdo al art. 512, las situaciones vinculadas a los denominados puertos seguros (*safe harbor*) no determinan la responsabilidad de los proveedores de servicios en línea. En tales casos el proveedor de servicios no es responsable por las violaciones que puedan producirse a los derechos de autor.

Las situaciones refieren a la mera transmisión de contenidos. A la práctica de retener, por tiempo limitado, copias de material que una persona diferente del proveedor ha proporcionado, y transmitir las después a un suscriptor siguiendo las instrucciones de éste. El proveedor del servicio retiene el material para atender solicitudes ulteriores, en lugar de recuperar de nuevo el material desde su fuente original en la red. Tampoco responde por material violatorio contenido en páginas web alojadas en sus sistemas y por referir o enlazar a usuarios con una página que contenga materiales que impliquen infracción, ya sea por medio de hipervínculos, directorios en línea, motores de búsqueda y otras herramientas similares, si el proveedor no está enterado de que la actividad constituye una infracción, no recibe un beneficio financiero directo de ella y, si se le notifica, retira o impide el acceso a dicha información.

En cuanto a la responsabilidad de los proveedores de alojamiento de contenidos de terceros, para que los mismos queden exentos de responsabilidad por violaciones a los derechos de autor no deben tener conocimiento efectivo de que el contenido o una actividad basada en dicho contenido se encuentre en infracción, ni ser conciente de hechos o circunstancias que revelan que una actividad es infractora. Asimismo, no debe tener un beneficio económico atribuible a dicha actividad infractora, en los casos en que el proveedor de servicios en línea tiene el derecho y la posibilidad de controlar la mencionada actividad. En todo caso, si el proveedor de servicios en línea tiene conocimiento de la actividad

¹¹ Delia Lipszyc, ob. cit., pág. 375 refiriéndose al art. 512 de la Copyright Act.

infractora debe tomar en forma urgente las medidas necesarias tendientes a suprimir el contenido o imposibilitar el acceso a éste.¹²

El procedimiento del denominado *notice and takedown* refiere precisamente al sistema de notificaciones de las infracciones que se hacen llegar a los proveedores de servicios, de forma de darles conocimiento de las infracciones que se pueden estar cometiendo bajo su ámbito. El proveedor en tal caso debe disponer las medidas urgentes para dar de baja dichos contenidos. Su omisión o negligencia lo hace responsable de las violaciones constatadas (art. 512 DMCA).

D. Plazo de protección

Por último corresponde señalar que a través de la denominada ley “Sonny Bono” de 1998,¹³ se prolongó la duración del derecho de autor. A través de la misma se agregan veinte años al plazo de protección *post mortem auctoris*, pasando a ubicarse en setenta años. De igual, con relación a las obras anónimas o seudónimas, las creadas bajo arrendamiento de obra o de servicios y las publicadas antes de 1978, el plazo de protección pasó a ubicarse en 95 años a contar de la publicación.

El plazo suplementario de protección refiere no sólo a las obras creadas con posterioridad a la ley, sino también a todas las obras que estaban protegidas a esa fecha. De ello se deriva que una obra publicada en 1923, que hubiera caído en dominio público sobre fines de 1998, quedará protegida hasta el año 2018. El Congreso votó esta prolongación fundamentalmente para mantener un equilibrio con la Unión Europea cuya Directiva de 1993 sobre la duración de la protección impuso a los Estados Miembros la obligación de adoptar una duración de protección del derecho de autor que incluya la vida del autor y setenta años después de su muerte. Pero a ojos de muchos, la prolongación del plazo de protección en Estados Unidos era el resultado de las industrias del copyright que trataban de reducir el dominio público¹⁴.

IV. JURISPRUDENCIA

A. Casos Jurisprudenciales interpretando la *Digital Millennium Copyright Act*.

Un aspecto muy importante en los Estados Unidos, lo constituyen los accionamientos judiciales como consecuencia de la puesta en marcha de la DMCA. Los casos buscan interpretar la DMCA y si la misma viola la Constitución de la República.

a. Medidas Tecnológicas

Universal City Studios, Inc. V. Corley, Eric

Este caso refiere a un programa de computación escrito por un adolescente en Noruega conocido como “DeCSS”, el cual eludía el CSS (*content scramble system*) que era usado para

¹² Delia Lipszyc, ob. cit. Pág. 377.

¹³ La cual es conocida por ese nombre en reconocimiento al ex legislador y cantante.

¹⁴ Jane Ginsburg, ob. Cit, Rida No. 197, pág. 133.

proteger películas en DVD. Los demandados (2600 magazine y editor) operaban un web site publicando una revista dedicada a *hackers* (piratas informáticos). Corley, como Editor, publicó el programa que eludía el DeCSS en su sitio. De esta forma Universal y otros compañías (conjunto Motion Picture Studios) presentaron demanda bajo la DMCA al violar Corley la prohibición contra el tráfico de artefactos, mecanismos o sistemas que eluden las medidas tecnológicas. El Tribunal falló a favor de los titulares del derecho de autor, sosteniendo que las acciones de Corley violaban la DMCA. El Tribunal ordenó a Corley quitar el Decss de su sitio. Si bien cumplió con dicha orden, estableció links a los diversos sitios dónde los usuarios podían ubicar el DeCSS.

Durante el mes de agosto del año 2000 se le ordenó asimismo dar de baja los links pues se violaba la DMCA.

En la apelación ante la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito con Sede en Nueva York, el demandado centró sus argumentos en la violación de la primera enmienda que garantiza la libertad de expresión. La Corte rechazó dichos argumentos y encontró responsable a Corley. Estableció que mientras un programa de computación como el DeCSS tiene algunas características de expresión y están sujetas a la protección de la primera enmienda, ellas también tienen características funcionales que causan a los computadores una forma de operar diferente. En este caso la DMCA estableció que las características funcionales de DeCSS, no la expresión de las características, y de ese modo posee un contenido neutral que no viola la primera enmienda.

Los demandados también invocaron el fair use correspondiente a la Sección 107 de la Copyright Act.

El Tribunal señaló que una acción instaurada bajo la DMCA (Sección 1201 a) no constituye una demanda por infracción del copyright, por lo tanto la Sección 107 y la doctrina del fair use resultan inaplicables. Si bien la DMCA contempla que ninguna disposición podrá afectar derechos, acciones, limitaciones o defensas respecto a las infracciones al copyright, incluyendo al fair use (lit. c, Sección 1201), la misma sólo es aplicable como argumento defensa por parte de quién desconozca el copyright. En el tema de las medidas tecnológicas la elusión de un dispositivo técnico es una conducta diferente; lo que importa es que si una persona evade un mecanismo tecnológico sea castigada por la evasión, independientemente de si con ello existe o no desconocimiento del copyright. El Tribunal acudió a los trabajos preparatorios

Jane Ginsburg, refiriéndose a este pleito señala que el demandado, que primero había hecho accesible en su sitio de Internet el código DeCSS de elusión del control de acceso que llevan los DVD y luego había establecido lazos con otros sitios que publican el código, afirmaba que el código era “expresivo” y que estaba, por lo tanto, protegido por la Primera Enmienda. El Tribunal, al mismo tiempo que reconocía que los códigos informáticos pueden ser expresivos, subrayó sobre todo el carácter funcional del DeCSS. Declaró luego que aunque el Congreso no tiene el derecho de prohibir la palabra basada en el contenido del mensaje puede, para alcanzar un objetivo gubernamental importante, reglamentar las funcionalidades que no tienen relación con la palabra, incluso si esa reglamentación afecta los aspectos expresivos del programa. El objetivo importante en cuestión era aquí garantizar una protección real del derecho de autor como estímulo para la continuación de la actividad de creación y de difusión de las obras. El Tribunal estimó que los argumentos de los demandados basados en la Primera Enmienda “no tienen en cuenta la capacidad real funcional

que tienen los programas informáticos de descodificación y los hiperlinks para facilitar el acceso instantáneo, sin autorización, a contenidos protegidos por cualquiera, en cualquier parte del mundo. En esas circunstancias ampliamente verificadas, la prohibición de establecer lazos ordenada por el Juez restringe válidamente la posibilidad para los apelantes de permitir instantáneamente a cualquiera, a partir de cualquier parte, acceder sin autorización a filmes protegidos grabados en DVD”. Puesto que el texto legislativo alude a los aspectos funcionales y no a los aspectos expresivos del programa y que las disposiciones contra la elusión ofrecen un importante medio de lucha contra el fraude, el Tribunal estimó que esas disposiciones resisten al examen de su constitucionalidad.

Los demandados afirmaban también que las disposiciones que prohíben esquivar los controles de acceso eran incompatibles con la Constitución porque no sufrían de argumento de defensa basado en la excepción de uso leal (*fair use*). La DMCA prevé una serie de excepciones específicas pero no incluye ninguna excepción general que se asemeje al uso leal. Según los demandados la DMCA elimina el uso leal. El Congreso no tenía la facultad de extirpar el uso leal ya que esta excepción está impuesta por la Constitución. El Tribunal calificó esas afirmaciones de “extravagantes” y desestimó ambos argumentos. Señaló que ninguna jurisdicción había estimado que el argumento de defensa basado en la excepción de uso leal estaba impuesto por la Constitución y afirmó que de todas formas la DMCA no elimina el uso leal. El Tribunal reconociendo que los controles de acceso pueden hacer que ciertas formas de uso leal sean más difíciles de realizar, hizo observar que ni la ley sobre derecho de autor ni la Constitución imponen la obligación de permitir que actos que corresponden al uso leal puedan ser realizados de la forma que mejor conviene al consumidor¹⁵.

United States v. Elcom, Ltd

Este caso fue el primero dirigido a los aspectos penales de la prohibición consagrada en la DMCA.

Dimitry Sklyarow y su compañía Elcomsoft crearon y comercializaron un programa de computación llamado Advanced eBook Processor, el cual eludió la medida de protección tecnológica puesta por Adobe para proteger el formato de su libro electrónico contra la copia no autorizada. En concreto, el advanced ebook processor traducía el formato de Adobe, para lo cual debía remover medidas contra la copia, procesamiento de texto a voz, etc.

Sklyrow y Elcomsoft fueron acusados por violar deliberadamente o concientemente la prohibición de la DMCA dado que traficaron sistemas que eludían las medidas tecnológicas de protección.

Los denunciados señalaron que las disposiciones de la DMCA al respecto eran inconstitucionales. Ellos argumentaron que las prohibiciones sobre artefactos o mecanismos fueron vagas y que no se distinguió entre sistemas o mecanismos que son diseñados para permitir infracciones y aquellos que son diseñados para usos leales u otras situaciones que violan la utilización de obras protegidas. Los denunciados reclamaron que el Advanced ebook processor fue diseñado para permitir a los usuarios hacer uso justo sobre ebooks, como

¹⁵ “Crónica de Estados Unidos. Evolución del derecho de autor después del Digital Millennium Copyright Act”. Segunda Parte, Revue Internationale du Droit d’Auteur, No. 197 Julio 2003, págs. 116 y ss.

leer el e book en un computador diferente que el de uno para el cual fue autorizado. Así, señalaron el advanced e-book processor permitía a quiénes tenían ebooks comprados en legal forma hacer usos leales. Así se podía leerlo en un notebook distinto al PC dónde había sido originalmente descargado o bien leerlo sobre un sistema operativo Linux, puesto que Adobe sólo permite la compatibilidad con Mac y Windows.

Los denunciados también argumentaron, como el demandado en el caso Corley, que la DMCA violó la primera enmienda de la Constitución al limitar la libertad de expresión. Por último los denunciados argumentaron que el Congreso de los Estados Unidos excedió su poder bajo el *Copyright Clause of the Constitution* cuando promulgó la DMCA.

La Corte del Distrito Norte de California, situada en San Francisco, rechazó todos estos argumentos. La Corte sostuvo que la DMCA no fue vaga porque claramente prohibió la elusión de las medidas tecnológicas sin reparar en su supuesto uso. La Corte siguió el caso Corley y sostuvo que la DMCA no violó la primera enmienda porque reguló los aspectos funcionales de un programa de computación de manera apropiada. También sostuvo que la dicha norma fue sancionada dentro de un ejercicio apropiado del Poder Legislativo bajo la Cláusula de Comercio de la Constitución de los Estados Unidos.

En concreto el Tribunal señaló que el DMCA no elimina la excepción por uso leal. Aunque determinadas utilizaciones que corresponden a esta excepción puedan resultar más difíciles, el uso leal no ha sido prohibido. Los propietarios legítimos de obras protegidas pueden seguir realizando todas las utilizaciones libres autorizadas por la ley. Está claro que es posible que esas utilizaciones se hayan hecho más difíciles de realizar en el caso de obras numerizadas protegidas por medidas técnicas, pero las utilizaciones libres propiamente dichas no han sido eliminadas ni prohibidas. Por ejemplo, nada en el DMCA impide a alguien citar un fragmento sacado de una obra o confrontar textos con fines de estudio o de crítica. Puede que, desde un punto de vista técnico, el usuario leal encuentre que es más difícil hacerlo: será quizás necesario que la cita se haga al antiguo modo, a mano o recopiando el texto, en lugar de copiar y pegar el fragmento a partir del soporte numérico. Pero no deja de ser cierto que el usuario puede seguir prevaleciéndose de esta excepción. El demandado no ha cita ningún texto que garantice al beneficiario de la excepción por uso leal el derecho de prevalecerse de esta excepción de la manera que el sea técnicamente más cómoda¹⁶.

Siguiendo a Ginsburg, los jueces de los pleitos Corley y Elcom entendieron que el Congreso al consagrar las medidas de control de acceso a las obras actuó correctamente, pues mientras hayan versiones de la obra disponibles en otros formatos que puedan ser objeto de reseñas, aunque sean menos cómodos, los principios que fundan la excepción por uso leal seguirán siendo respetados. Por el contrario, en la hipótesis en que un día se esté frente a un verdadero bloqueo numérico, de forma que ya no sean accesibles otros formatos no protegidos, el equilibrio encontrado por el Congreso pudiera verse efectivamente desestabilizado¹⁷.

Los denunciantes dejaron caer los cargos contra Dimitry en forma individual a cambio de su cooperación en el caso contra la compañía Elcomsoft. En diciembre de 2002 un jurado

¹⁶ Jane Ginsburg, transcribiendo el pasaje del Tribunal en “Crónica de los Estados Unidos”, ya citada, pág. 124 Rida 197, Año 2003.-

¹⁷ ob. cit., pág. 128.

absolvió a Elcomsoft de los cargos. Los reportes del juicio indican que el jurado determinó que Elcomsoft no intentó violar la DMCA vendiendo el software.

Lexmark Int'l, Inc. v. Static Control Components, Inc.

El demandante en este caso, Lexmark, fabrica impresoras láser y los cartuchos de toner para dichas impresoras.

Lexmark ofreció dos programas diferentes a sus clientes para comprar cartuchos en reemplazo de los que quedan vacíos. Por un lado, los clientes podrían comprar a un precio reducido cartuchos (prebate cartridge) recargados por Lexmark. Por otro lado, el cliente también tenía la opción de comprar uno más costoso que podría ser rellenado por terceros, como Static Control.

Para llevar adelante dicha decisión, Lexmark usó un sistema tecnológico que podía detectar si el toner utilizado para el cartucho había sido rellenado por Lexmark o por un tercero.

Static Control, competidor de Lexmark, realizó un proceso de ingeniería reversa sobre el sistema de Lexmark, lo que le permitió rellenar el Prebate Cartridges para clientes de Lexmark.

Lexmark demandó a Static Control alegando que sus acciones violaban la DMCA y constituían una infracción a sus derechos de autor.

En marzo de 2003, la Corte del Distrito Este de Kentucky dispuso una medida cautelar (interdicto preliminar) contra Static Control basado en la probabilidad que Lexmark tuviera éxito en su accionamiento.

Lexmark reivindicó no sólo que Static Control eludió sus medidas tecnológicas de protección de la DMCA sino, también, que había violado el derecho de autor al copiar el programa de computación de Lexmark a través de ingeniería reversa.

Este caso ha ganado la atención porque refiere a circunstancias que no habrían sido previstas cuando la DMCA fue aprobada. En efecto, cuando esta norma fue aprobada se pensó en circunstancias como las presentadas en Corley y Elcomsoft, esto es, titulares de derecho de autor o distribuidores usando tecnología para proteger obras en DVD's, ebooks, que fueran distribuidas al público. El caso Lexmarx refiere a software incluido en impresoras láser y un sistema para asegurar la estructura de precio en las medidas tecnológicas.

Algunos han mostrado preocupación porque esta situación muestra como la DMCA podría ser usada para propósitos anticompetitivos, generalmente no emparentados con prevención de actos de piratería.

El fallo de segunda instancia revocó el de primera, bajo el fundamento que la DMCA no puede ser utilizada para crear monopolios electrónicos.

The Chamberlain Group, Inc. v. Skylink Technologies, Inc.

En este caso también se trata de cuestiones que no habrían sido previstas en 1998.

Chamberlain fabrica puertas de garage que abren o cierran de acuerdo a un sistema de control remoto. La puerta-garage usa un programa de computación en el aparato o mecanismo que recibe la señal codificada desde el control remoto y determina si el garage se abre o cierra. El software es usado para proporcionar un nivel de seguridad contra aquellos que podrían capturar las señales desde el control remoto, registrarlas, y tratar de usarlas más tarde para abrir el garage.

El demandado, Skylink, produjo un control remoto universal que podía operar el aparato Chamberlain, entre otros. Skylink hizo ingeniería reversa del algoritmo usado por el software del receptor de la puerta garage.

Chamberlain demandó a Skylink bajo la DMCA argumentando que el control remoto de Skylink eludió la medida tecnológica de protección que controlaba el acceso al software de Chamberlain.

La Corte rechazó el reclamo de Chamberlain. Fundamentalmente porque los consumidores podían usar otros controles remotos como Skylink's, y porque Chamberlain nunca objetó dicho uso.

La Corte de Apelación comenzó su análisis señalando que la DMCA no creó un nuevo derecho de autor, sino una nueva forma de responsabilidad que apoya a los titulares de copyright. En base a ello la Corte encontró que debía haber un nexo entre responsabilidad por elusión a las medidas de acceso a la obra y los derechos de autor que los demandantes buscaban proteger imponiendo tal control de acceso. La Corte señaló que la DMCA prohíbe solo aquellas formas de acceso que tienen una razonable relación con la protección que proporciona a los titulares del derecho de autor.

En este caso, la Corte encontró que el Copyright Act no prohibió a los consumidores el acceso al programa de computación inserto en el sistema de puerta-garage que ellos compraron legalmente. De ese modo, Chamberlain no podía mantener su reclamo por elusión, porque no había razonable relación entre el control de acceso y sus derechos bajo el copyright. La Corte subrayó que el mero uso de la puerta garage no constituía una infracción al copyright.

B. Responsabilidad de los Proveedores de Servicio

Napster

En el caso Napster, a través de la línea se permitía a los interesados descargar fijaciones musicales en formato mp3 en forma directa desde los computadores (discos duros) de los usuarios. Para ello se empleaba el comando centralizado de Napster con todos los archivos disponibles en el sistema. En el momento de mayor explosión del sistema éste permitía el intercambio de cien millones de descargas al día¹⁸.

Las demandas promovidas contra Napster provocaron como resultado las sentencias de 10 de agosto de 2000 del Tribunal de Distrito Estadounidense del Norte de California y del Noveno Circuito de 2001.

¹⁸ Adam Sherwin, “¿ Ha pasado el fundador de Napster de la marginación al bombazo comercial?”, Times Online.

En la primera se condenó a Napster como responsable subsidiario. En la segunda, se confirmó la sentencia aunque con algunas diferencias. En efecto, el Noveno Circuito entendió que existía una responsabilidad contributiva, aunque no estuvo de acuerdo en que Napster no había demostrado que su sistema era capaz de ser utilizado para usos legítimos.

De igual forma entendió, que un Tribunal no puede atribuir un conocimiento positivo por parte de Napster simplemente porque fuese consciente de que su sistema podría ser utilizado para violar los derechos de autor. No obstante ello, concluyó que Napster tenía conocimiento verdadero de las actividades infractoras, por lo que quedó establecida la infracción contributiva.

“Si el operador de un sistema informático tiene noticia de un material ilícito específico en su sistema y no elimina dicho material del mismo, el operador tiene conocimiento y contribuye a la infracción directa. El sumario apoya la conclusión del Tribunal del Distrito de que Napster tenía conocimiento verdadero de que materiales ilegítimos específicos estaban disponibles en su sistema, que podía bloquear el acceso a los mismos por parte de los proveedores de dichos materiales y no los retiró de su sistema¹⁹.”

El Noveno Circuito también confirmó la sentencia respecto a la responsabilidad indirecta. Se sostuvo así que existe un beneficio económico cuando la disponibilidad de material ilícito “actúa como gancho para los clientes”²⁰.

La circunstancia de que Napster se reservase el derecho de bloquear el acceso al sistema a un usuario por cualquier razón relacionada con el mismo era una prueba del derecho y la capacidad de supervisar la compañía.

La expansión de los servicios P2P también dio lugar a otros pronunciamientos judiciales. Como veremos, el factor centralización o descentralización de los servicios pasa a cobrar importancia. En función de la extensión de este trabajo veremos los casos Grokster – StreamCast y Kazaa.

Grokster - StreamCast

Grokster y StreamCast constituyen compañías que proporcionan software de intercambio de archivos *peer to peer*. Sus productos (grokster y morpheus) permiten a los clientes o usuarios compartir archivos digitales desde sus propios computadores.

El software empleado por Grokster es conocido como “FastTrack technology”, es decir un protocolo desarrollado por otros y licenciado a Grokster. StreamCast distribuye un producto similar excepto que su software (Morpheus) depende de una tecnología llamada Gnutella²¹. El usuario que baja y carga el software en su computadora con dicho protocolo solicita los archivos en forma directa a los restantes interesados en la red que usan un software compatible con dicho FastTrack o Gnutella.

¹⁹ A&M Records, Inc. C/ Napster, Inc, Noveno Circuito 2001.

²⁰ A&M Records, Inc. C/ Napster, Inc, Noveno Circuito 2001

²¹ Versiones sucesivas de Morpheus fueron producidas con posterioridad sobre la base de tecnología llamada Neonet y no Gnutella.

Merced a la calificada y valiosa opinión del reconocido especialista en la materia, Dr. Fred Koenigsberg (abogado ASCAP, Miembro de la Comisión Jurídica y Legislación de la Cisac) hemos podido resumir algunos de los aspectos más salientes del caso MGM c/ Grokster Ltd.

Como sabemos Grokster ofrece sus servicios a través de agrupaciones de usuarios individuales, denominadas nodos, en torno a supernodos que acumulan y presentan índices de la información contenida en sus nodos conectados. El usuario accede a la red conectándose a un supernodo hasta que localiza un archivo para ser descargado. StreamCast opera de forma ligeramente distinta, un usuario se conecta a la red contactando a otro usuario que ya está conectado, mediante directorios a disposición del público (que no son mantenidos por StreamCast) de los ordenadores que están conectados en ese momento a la red. No existen supernodos en este caso y cada solicitud de archivo se pasa de un usuario a otro hasta que se encuentra el material. A diferencia de Napster, en el que todos los usuarios buscaban archivos a partir de un directorio centralizado mantenido por la compañía, tanto Grokster como Morpheus son descentralizados, ninguno de los dos programas actúa como nodo central de la red de usuarios.

El Tribunal del Distrito declaró que los usuarios del servicio infringían directamente los derechos de autor de los demandantes al utilizar el software de los demandados para descargar y poner a disposición de otras obras protegidas. No obstante ello, entendió que la descentralización del servicio no podía asimilarse al caso Napster. Para el Tribunal no alcanza el conocimiento genérico que los demandados puedan tener de que sus usuarios utilizan su tecnología y productos para actuaciones ilícitas para considerarlos responsables por violación a los derechos de autor. El tema pasaba por saber si tenían un claro y fundado conocimiento de tales actividades y en consecuencia dispusieran las medidas para impedir las mismas.

La Sentencia del Tribunal de Apelaciones del Noveno Circuito confirmó la del Tribunal de Distrito. En este segundo pronunciamiento se sostuvo que los distribuidores de las versiones actuales del software descentralizado de intercambio de ficheros (peer to peer o de par a par, igual a igual) Streamcast Networks y el supernodo Grokster, no eran responsables, desde el punto de vista de la doctrina de responsabilidad subsidiaria, por la violación de obras protegidas por los derechos de autor efectuadas por los usuarios de su software. A modo de contexto, en el caso Napster, el Noveno Circuito sentenció que el operador de la base de datos centralizada, que listaba obras disponibles para descargar y encaminaba las solicitudes de copias, era responsable de infracción de los derechos de autor. En contraste, estos servicios descentralizados permiten que cada usuario navegue por los ordenadores de los demás usuarios bien directamente o mediante supernodos que canalizan el tráfico.

El Tribunal del Noveno Circuito sostuvo en su Sentencia que tanto Streamcast como Grokster no eran responsables en base a su anterior decisión sobre Napster y en el dictamen del Supremo Tribunal de 1964 relacionado con la videgrabadora Sony Betamax (Asunto Sony Corporation of America contra Universal City Studios, Inc, 464 EE.UU. 417 (1984). En el asunto, el Supremo sentenció que la videgrabadora era un artículo básico de comercio y que permitía realizar muchos usos lícitos. Así, entendió que la copia no comercial de los programas de televisión con el objeto verlos posteriormente constituía un uso legítimo, autorizado por muchos propietarios de programas, y que no tenía un impacto negativo en los ingresos publicitarios percibidos por los difusores.

En base a dicha sentencia, el Tribunal del Noveno Circuito estableció que los distribuidores de software habían demostrado que su producto también permitía efectuar múltiples usos lícitos comercialmente relevantes. Fundamentalmente se basó, en las situaciones que implican una puesta a disposición o distribución al público de obras de dominio público y obras cedidas por sus titulares a redes P2P. No obstante ello, los hechos demuestran que la casi totalidad de estas redes albergan en su tránsito obras protegidas y que las mismas constituyen violaciones claras a los derechos de autor.

En esa oportunidad el Juzgado actuante sostuvo que "Grokster y Streamcast no eran significativamente diferentes de las compañías que venden aparatos de video domésticos o fotocopiadoras, que pueden ser y son utilizados para infringir los derechos de autor", lo que comparaba el caso al de las grabadoras de vídeo de Sony, que data de 1984.

Las redes en línea como Grokster o Morpheus permiten la copia y distribución de música y películas gratis entre millones de internautas.

De esta forma, el Tribunal deshecha el conocimiento presunto o lógico de los distribuidores exigiendo la prueba del conocimiento directo de las utilizaciones ilícitas; en este caso sí, les corresponde tomar todas las medidas para impedir las violaciones. De esta forma el Tribunal ha entendido que los distribuidores de software no ofrecían el sitio y sus instalaciones para configurar las infracciones, ni tenían la posibilidad de suspender las cuentas de los usuarios.

Tal como lo señalábamos en la parte preliminar, el respeto de los derechos de los creadores no puede ser un obstáculo para la revolución digital, pero tampoco ésta constituirse en un salvoconducto de violaciones a los Convenios y leyes que protegen los derechos de autor. Por un lado debe visualizarse y entenderse el fenómeno de la innovación tecnológica, pero sujeta lógicamente al respeto a los restantes derechos en juego, en particular a los referidos a la distribución legítima de contenidos protegidos por el derecho de autor.

Frente a dichos pronunciamientos los demandantes recurrieron la Sentencia ante el Supremo Tribunal de los Estados Unidos. Los argumentos entre otros, y sin perjuicio de lo ya señalado, radican en los cuantiosos daños que se provocan a los autores y demás titulares por las infracciones generalizadas que se llevan a cabo en los servicios peer-to-peer; las dificultades materiales y los costos de promoción de centenares de miles de juicios contra los infractores directos harían prácticamente imposible la obtención de sentencias ajustadas a derecho para combatir las infracciones de las cuales son víctimas los autores; la consideración de que los tribunales deberían tener en cuenta los usos ilícitos que se dan en tal escala que se llevan por delante o arrasan a los usos legítimos; la razón de ser de la responsabilidad subsidiaria: las legislaciones reconocen muchas situaciones en las que la responsabilidad directa por sí sola no es efectiva y por el contrario sí lo es la indirecta.

En pocas palabras si Internet se convierte en un territorio sin orden jurídico, en una especie de un vale todo, es claro que los derechos conferidos por los diferentes regímenes jurídicos perderían toda razón de ser.

Mal podría sostenerse que en aras de la realidad que nos muestra la revolución tecnológica los comportamientos ilícitos queden impunes. No es la tecnología empleada (en el caso la referida a intercambio de archivos) la materia ilícita sino el uso que se hace de ella, por quiénes alientan y facilitan su utilización.

Del lado contrario siempre se observan las voces en el sentido de “todo a favor de la tecnología aunque esta termine destruyendo el incentivo a la creación y la genialidad de quiénes permiten la presencia de contenidos que se desean tener y disfrutar”. Pueden observarse comentarios en tal sentido en diferentes portales²².

En función del fallo de los Tribunales inferiores, los demandantes plantearon recurso ante el Tribunal Supremo de Estados Unidos. Son pocos los casos en que el Tribunal Supremo estima necesario atender los mismos. Los procesos ante el Tribunal Supremo permiten la presentación de informes por parte de los “amigos del Tribunal” (*amici curiae*), que no son parte y actúan como “amigos” de la sala para instruir a los jueces sobre asuntos importantes, que de otro modo podrían no tomar en consideración. El 8 de noviembre de 2004 una serie de amigos del Tribunal presentaron sus informes, bien a favor o bien en contra, de la petición de audiencia del caso. Los servicios peer to peer demandados presentaron un informe opuesto. El Tribunal Supremo accedió a intervenir en el recurso recibiendo con posterioridad los informes jurídicos.

Los titulares de derechos señalaron que quiénes reciben los beneficios finales de los usos ilícitos deberían ser considerados responsables de los mismos, incluso cuando no sean los infractores directos. El costo de entablar demandas individuales contra miles o millones de infractores es imposible de abordar, llevando a una falta de protección de los derechos de autor.

La revocación de la sentencia del Noveno Circuito es compatible con el caso Sony, pues cuando nos enfrentamos a usos ilícitos en escala los tribunales deberían considerar las infracciones en relación con los usos lícitos. Una formulación más precisa de la sentencia Sony sería que los demandados no fuesen declarados responsables de infracción directa cuando sus servicios peer to peer pudiesen ser utilizados para usos legítimos excepto en el caso de que los usos ilícitos predominen sobre los lícitos. El caso contra Grokster y StreamCast demuestra ello. Informes de catedráticos y economistas fueron presentados por las partes a favor de cada una de ellas.

En apoyo de los recurrentes se consideran entre otras cuestiones la relativa a la eficiencia. En base a los principios de economía, los mercados competitivos distribuyen bienes de forma eficiente, pero, para poder hacerlo, necesitan unos derechos de propiedad claramente definidos. Los Tribunales de primera instancia deberían haber considerado, pero no lo hicieron, qué principio jurídico de responsabilidad subsidiaria tendría como resultado la eficiencia del mercado.

²² <http://www.error500.net/industria-musical-borrar-eMule> “Los tiempos están cambiando. Distribuir una obra es cada vez más barato, ya sea música, literatura, software o vídeo, gracias a tecnologías basadas en el P2P. Compartir información y cultura está al alcance de cualquiera con una conexión a Internet, ¿hay que renunciar a este nuevo medio de distribución por la obsesión de la industria musical con la violación del copyright? Pues según la IFPI, sí. Y es que ante el cambio de paradigma que suponen Internet y el P2P para la industria musical, la International Federation of the Phonographic Industry (IFPI), a la que pertenece la española AFYVE, lo que aporta es una aplicación "Digital File Check" para eliminar o bloquear de un equipo todo el software de intercambio de ficheros, así como los contenidos con copyright que pudiesen estar en carpetas compartidas.

La legislación reconoce muchas situaciones en las que la responsabilidad directa por sí sola no es efectiva y la imposición de la responsabilidad indirecta sí lo es. En un mundo perfecto, la responsabilidad indirecta sería innecesaria, pues las partes directamente responsables de una conducta ilegal, podrían ser disuadidas con eficacia de su actuación mediante sanciones legales. Así se agrega como ejemplo el caso de un empleado que causa un daño a alguien durante el ejercicio de su profesión o un dueño de bar que se emborracha e hiere a otros cuando se pone al volante del auto. Si el empleado o patrón fuesen siempre fáciles de identificar, el coste de su demanda no fuese elevado y tuviesen patrimonio para compensar los daños, entonces la responsabilidad indirecta no sería necesaria. Sin embargo, en estas dos situaciones la responsabilidad directa a menudo no es suficiente. Por ello, la legislación considera a los empleadores responsable de los daños producidos por sus empleados y los bares que sirven alcohol a sus dueños cuando están borrachos son considerados responsables por sus accidentes.

La economía sugiere dos teorías básicas para que la responsabilidad subsidiaria sea eficiente en estas y otras situaciones: la responsabilidad puede ser adecuada en el caso de que una parte indirectamente implicada se encuentre en una posición en la que pueda disuadir de que se comenten las actuaciones perjudiciales en cuestión a un bajo costo. Los empleadores serían responsables por los daños producidos por sus empleados pues los puede seleccionar y supervisar, así como influir en sus decisiones. La responsabilidad es un incentivo para que el empleador utilice mecanismos para evitar incurrir en el costo de los accidentes.

La responsabilidad puede ser aplicada a partes indirectamente implicadas que alientan o facilitan actuaciones perjudiciales sin ser directamente responsables de ellas, con el objetivo de reducir la frecuencia de las mismas. Para los amigos del Tribunal los Tribunales inferiores no han tenido en cuenta estas cuestiones de eficiencia y economía.

Para los catedráticos una norma que inmuniza siempre al proveedor de tecnología mientras el producto pueda ser utilizado para usos legítimos carece de sentido económicamente. A favor de ello se ven dos razones: a) primero, que la norma no aporta ningún incentivo para que los fabricantes disuadan de la infracción incluso cuando se podría conseguir esta disuasión a muy bajo costo y sin interferir apenas en los usos legítimos. Los Tribunales inferiores ignoraron la cuestión de si Grokster y StreamCast podían haber introducido modificaciones razonables en sus servicios para reducir las infracciones sin interferir sustancialmente en los usos lícitos; b) segundo, la norma considera por error los usos legítimos por separado, sin tener en cuenta la disponibilidad de tecnologías alternativas que podrían permitir los mismos usos beneficiosos y no causar este perjuicio asociado a los derechos de autor.

Otro de los informes de los amigos del Tribunal a favor de los recurrentes fue puesto de manifiesto por grupos de compañías que ofrecen películas y música legítimas en Internet. El informe ayuda a romper el dilema Grokster en cuanto a enfrentar los intereses de los derechos de autor y el progreso tecnológico. Allí se explica la gran cantidad de modelos de negocios de los amigos del Tribunal que pueden ofrecerse legítimamente, tal como servicios de streaming o descarga y sistemas peer to peer. Por ejemplo, ofrecen acceso a un catálogo completo de obras del servicio a cambio de una cuota mensual de suscripción o cobran por la descarga de cada obra. Todos estos servicios han conseguido las licencias correspondientes, agregando obras permanentemente. Los esfuerzos apuntan a mejorar la calidad de los servicios, codificar archivos digitales de alta resolución, etiquetar e identificar apropiadamente las obras y filtrar el material censurable.

A ello se agrega el esfuerzo, creatividad y recursos que invierten en el desarrollo de sus negocios. Todo esto contrasta con el trabajo realizado por los servicios peer to peer como los de Grokster y StreamCast.

Los servicios legítimos que cuentan con las licencias pagan por las obras que ponen a disposición, no pudiendo competir eficazmente con aquellos que distribuyen gratuitamente obras que le corresponden a terceros que no les han licenciado ni recibido el dinero por ellas. La desventaja es notoria; no son actos aislados sino generalizados, que al estilo de Berna causan un perjuicio injustificado a los titulares de derechos. Los servicios en línea también necesitan de la protección de las doctrinas de la responsabilidad subsidiaria como sucede con los recurrentes.

Las empresas de servicios par-a-par no pueden utilizar la propiedad creativa de los autores, compositores y otros derechohabientes para potenciar sus propios negocios a costa de los creadores.

En opinión de la CISAC²³ sitios como Grokster y Kazaa fundamentan su éxito en el uso de música, películas y otras obras protegidas por los derechos de autor; emplean estas obras sin el permiso de sus creadores y sin que éstos reciban una compensación, lo que constituye una actitud totalmente inaceptable.

Los modelos de negocio empleados por Grokster y StreamCast confirman que su principal objetivo consiste en que su software sea empleado para la descarga de obras protegidas por derechos de autor y que los servicios de intercambio de archivos en Internet son responsables de los actos ilícitos de terceros resultantes.

De esta forma las empresas dedicadas a la creación de redes de intercambio peer to peer, tal como sucede con Grokster o StreamCast, deben ser consideradas responsables de violación de a las normas sobre derecho de autor, cuando sus usuarios copian y distribuyen música, películas u otros materiales sin permiso de los propietarios de los derechos.

Por la otra parte se sostuvo, en vistas al caso Sony, que estos servicios no pueden ser considerados culpables de infringir las leyes del copyright ya que también pueden ser utilizadas para propósitos legítimos. La situación sería similar respecto de aquellos que ofrecen en el mercado equipos o aparatos reproductores que permiten la copia de obras protegidas.

Con fecha 27 de Junio de 2005 la Corte Suprema de los Estados Unidos falló a favor de MGM Studios, Inc., en el caso seguido contra Grokster, Ltd. La sentencia fue a favor de MGM y veintisiete estudios que se habían presentado en el litigio.

La decisión no apunta a la tecnología en sí misma como veremos, esto es a las redes peer to peer (P2P, de par a par o igual a igual), sino a quiénes realicen un uso incorrecto de la misma. Dicha sentencia viene a dar un correcto alcance a la ya famosa sentencia Sony en la que los tribunales sentenciaron que la existencia de usos legales de los vídeos era motivo suficiente para no prohibir esa tecnología.

²³ Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores con sede en París, www.cisac.org

El Supremo por unanimidad entendió que las compañías que han hecho negocio mediante intentos activos de animar a infringir el 'copyright' deberían ser consideradas responsables de las acciones ilegales de sus clientes.

"Creemos que quien distribuye un producto con el objeto de promocionar su uso para infringir el copyright... es responsable del consiguiente resultado de la infracción por parte de terceros", afirmó el juez del Tribunal David Shouter.

El sistema Grokster es claro que favoreció comportamientos prohibidos por las leyes del copyright; no alcanza con señalar que pueden realizarse también actos lícitos, pues la gran mayoría corresponde a hechos ilícitos que suponen la carga y descarga de obras protegidas. Una conducta diligente hubiera llevado a Grokster a instalar o desarrollar mecanismos de filtrado que evitasen o atenuasen las violaciones. Ello se agrava con declaraciones en el sentido de ocupar el lugar dejado por los antiguos usuarios de Napster, esto es, cubrir ese nicho de mercado relativo a intercambio de obras o producciones intelectuales.

Los ingresos de Grokster derivados del aumento de publicidad como consecuencia de la utilización masiva de su software también se unen para ilustrar en tal sentido.

En síntesis, negocio a escala o de gran volumen, incentivo a la utilización de su software con la facilidad para el intercambio de archivos, ingresos publicitarios y conducta negligente o desinteresada al no disponer mecanismos que traben la utilización de obras protegidas constituyen elementos contundentes que demuestran la responsabilidad de las empresas demandadas.

Ya fuere por inducir o bien porque se probó efectivamente el volumen de actos ilícitos en la red, la tecnología peer to peer si quiere actuar conforme a la ley, dentro del marco de licitud, no puede menos que insertar un mecanismo para impedir el intercambio de contenidos protegidos. Esta circunstancia otorga una debida adecuación con la Sentencia Sonia-Betamax, en tanto y en cuanto quiénes producen tecnología no pueden quedar de principio impunes por los actos o comportamientos de sus clientes o consumidores, a partir de los productos o herramientas que los mismos facilitan.

A vía de ejemplo, y con la salvedad de las alteraciones tecnológicas, la adopción de tecnologías DRM que permiten controlar que quién carga o descarga cuente con la debida licencia, podría llegar a ser uno de los mecanismos para evitar violaciones.

La doctrina ha comentado la Sentencia del Supremo señalando, que en forma unánime, los magistrados han condenado a Grokster y Morpheus, fabricantes de software de intercambio de archivos entre iguales (P2P), por violación de copyright cuando sus usuarios reproducen y distribuyen música o películas sin autorización de los titulares de los derechos de autor. La sentencia aclara algunos aspectos dudosos y supone un paso adelante en la seguridad jurídica de los autores y consumidores, al menos en Estados Unidos. Una victoria por 9-0 contra los defensores del gratis total. No se puede montar un negocio cuyo único, notorio y confeso objeto es lucrarse con el expolio ilegal de propiedades ajenas sin contraprestación ni autorización alguna. El Supremo estadounidense no ha ilegalizado la tecnología P2P, sino algunas conductas antijurídicas que han aparecido al calor de este magnífico medio. Y deja claro algo que la actividad subyacente, es decir, la descarga

mediante P2P de obras protegidas sin autorización es simplemente ilícita.²⁴

Al respecto corresponde señalar que los Tribunales de los Estados Unidos reconocen dos tipos de responsabilidad subsidiaria. Por una lado, la que podríamos denominar directa en donde el demandado tiene conocimiento y coopera con la infracción. Por otro lado, la indirecta, a través de la cual el demandado tiene el control o supervisión y se beneficia económicamente de la infracción.²⁵ La diferencia entre ambas, radica pues, en el conocimiento de la actividad ilícita, facilitando el comportamiento violatorio de la ley en el caso de la directa, y en el control y beneficio económico en la situación de la indirecta.

Javier Muñoz, resume los argumentos más relevantes utilizados por los Sres. Magistrados del Supremo:

Las compañías demandadas distribuyen software gratuito que permite los usuarios compartir archivos electrónicos a través de redes entre pares, así llamadas porque los ordenadores se comunican directamente entre sí, y no a través de servidores centrales. Aunque dichas redes pueden utilizarse para compartir cualquier tipo de archivo digital, los usuarios las han utilizado principalmente para compartir archivos musicales y de video protegidos por derechos de autor sin autorización.

Las pruebas han demostrado que miles de millones de archivos son compartidos a través de las redes entre pares cada mes. Las demandadas están al corriente de que los usuarios utilizan su software fundamentalmente para descargarse archivos protegidos, aunque las redes descentralizadas no revelan qué archivos se copian, ni cuándo. Las demandadas tenían conocimiento directo de la infracción cuando los usuarios les remitían por correo electrónico consultas relativas a las obras protegidas, y los demandados les respondían con determinadas directrices. Las demandadas no son meramente receptores pasivos de información sobre la infracción.

Se ha acreditado sobradamente que cuando comenzaron a distribuir su software gratuito, se fijaron claramente el objetivo de que los usuarios utilizaran el software para descargarse obras protegidas y actuaron activamente para incentivar la vulneración. Una vez que el famoso servicio de compartimiento de archivos, Napster, fue demandado por los titulares de derechos por facilitar la vulneración de éstos, las demandadas se autopromocionaron y se presentaron en el mercado como alternativas a Napster.

Quien distribuye a un dispositivo con el objeto de promover su uso para vulnerar los derechos de autor, como demuestran las actuaciones efectivas realizadas para fomentar la vulneración, responde de los actos resultantes de la infracción por los terceros que utilicen el dispositivo, con independencia de los usos lícitos del dispositivo.

La tensión entre los valores contrapuestos de la protección de los derechos de autor y la promoción de la innovación tecnológica es precisamente el objeto de este asunto. El argumento a favor de imponer una responsabilidad indirecta en este caso es convincente, dado el número de descargas ilegales que se producen diariamente utilizando el software de las

²⁴ Dr. Javier Muñoz, <http://www.iabogado.com/2005/06/el-supremo-de-eeuu-impone-la-cordura.cfm>

²⁵ Gershwin Pub. Corp c/ Columbia Artist Management (2º Circuito 1971); Shapiro, Bernstein & Co. Inc. C/H.L. Green Co, Inc (2º Circuito 1963).

demandadas. Cuando un producto ampliamente compartido se utiliza para cometer infracciones, puede resultar imposible hacer valer los derechos sobre la obra protegida efectivamente contra todos los infractores directos, de modo que la única alternativa práctica es dirigirse contra el distribuidor del dispositivo en concepto de responsabilidad subsidiaria al amparo de la teoría de la infracción por inducción o vicaria. Se infringe por inducción al incentivar o animar conscientemente la infracción directa, y se infringe de forma vicaria al beneficiarse de la infracción directa rehusando ejercitar el derecho a interrumpirla o limitarla.

La sentencia explica también por que el caso Grokster no es equiparable al caso Sony, el fabricante de reproductores de vídeo que fue absuelto años antes. Las pruebas acreditaron entonces, dice el Tribunal, que el uso principal del videoreproductor era el "aprovechamiento del tiempo", es decir, grabar un programa para ver lo más tarde a una hora más conveniente, lo que el tribunal consideró como un uso justificado y lícito. Aunque, como Grokster, los aparatos de aparatos de Sony eran susceptibles de uso tanto ilícito como lícito, la diferencia es que en el caso de Grokster sus propietarios fomentaron conscientemente este último uso. No solo lo tenían previsto sino que lo fomentaban mediante su publicidad²⁶.

Resulta claro que quién distribuye productos, aparatos, mecanismos o similares con la intención de promover su uso en violación a los derechos de autor es responsable por los actos ilícitos que realicen los terceros.

En el caso concreto de Grokster Ltd, éste puso a disposición de los usuarios de Internet un software que permite compartir archivos conteniendo obras protegidas (musicales, audiovisuales) sin necesidad de acudir a un servidor central. Estos intercambios de archivos – de par a par - generan una descarga incalculable de creaciones intelectuales provocando enormes perjuicios a los productores, autores y artistas.

Las facilidades que ofrece la tecnología, ponen de manifiesto las dificultades que se presentan a autores, artistas y productores de ver legítimamente amparados sus derechos frente a las invasiones no autorizadas sobre sus derechos inmateriales. La circunstancia de que no fuera necesaria la utilización de un servicio centralizado (servidor o gran nodo) para el intercambio de archivos entre los usuarios, determinó la necesidad de un detallado estudio por el Supremo Tribunal. Como ya se señalara, el Supremo de EE UU entendió que, aunque ninguna tecnología puede ser culpada por el uso ilegal que de ella se hace si tiene otras funciones legales, si es posible responsabilizar a una empresa por promocionar una tecnología animando a su uso para fines ilícitos.

La sentencia del Tribunal Supremo de EE.UU. fue en la misma línea de otra dictada en favor de los creadores en Japón. En efecto, la sociedad de autores japonesa y miembro de la CISAC²⁷, JASRAC, ganó este pleito ante los tribunales contra MMO Japan Ltd., fabricante del "Napster japonés", un software de intercambio de archivos, al acusar a la compañía de violación de los derechos de autor.

Kazaa y la Jurisprudencia australiana

²⁶ <http://www.iabogado.com/2005/06/el-supremo-de-eeuu-impone-la-cordura.cfm>

²⁷ www.cisac.org

Por su parte en Australia, la Sentencia del Juez Murray Wilcox condenó también a Sharman Networks y asociados.

Como se sabe el sector musical había señalado que Kazaa incitaba a los usuarios a violar los derechos de autor de las creaciones musicales en forma masiva. Del fallo resultante surge que Kazaa podrá seguir operando en el ámbito australiano, aunque cumpliendo con dos requisitos: debe incluir un filtro de palabras clave que no permitan a los clientes o usuarios del servicio tomar contacto con obras protegidas; no puede utilizar la tecnología Altnet para localizar obras que no se encuentran con copyright o reserva de derechos.

La condena sufrida por Kazaa en Australia se fundamenta pues en que su software permite a los usuarios violar las leyes de copyright australianas. Esa fue la razón que llevó a las discográficas Sony, BMG, Emi, Warner Music entre otras a promover la demanda contra Sharman Network. Esta había argumentado que no había incitado o autorizado la violación de los derechos de autor; los usuarios debían aceptar términos y condiciones de uso antes de emplear el software. La propia naturaleza descentralizada de la red de intercambio de archivos hacía imposible el control de los usuarios.

En resumen, la sentencia impuso el pago del noventa por ciento de los costos judiciales que debieron soportar los accionantes, debiendo Sharman (Kazaa) realizar alteraciones en su software para proseguir funcionando.

Como señalábamos, debe incluir un filtro de palabras reservadas o hacer que el buscador de Altnet que incluye Kazaa devuelva resultados únicamente de canciones con permiso para ello por los dueños de sus derechos.

Se ha puesto en duda que el uso de los filtros puede resultar de total eficacia. La justicia australiana toma así una postura similar a la de la Sentencia Grokster, con alguna referencia al caso Napster, haciendo responsable a Kazaa del contenido que se comparta en su red²⁸.

C. Plazo de Protección

En el caso “Eldred c/Ashcroft, Eric”, el Tribunal Supremo desestimó los recursos constitucionales contra la ley que prolonga la duración del copyright.

Eldred entabló procedimiento contra el Ministro de Justicia y Procurador General de Estados Unidos, con el objeto de obtener una declaración de inconstitucionalidad respecto de la modificación legal de los plazos de protección, puesto que el Congreso no estaba autorizada a otorgar protección al copyright más que “por un tiempo limitado”. El argumento de Eldred no refería a las nuevas obras, sino a las preexistentes. El Congreso al extender la protección de las obras ya creadas había rebasado su poder constitucional ya que la cláusula sobre el derecho de autor de la Constitución prevé que el Congreso tiene el poder de promover el progreso de las ciencias garantizando por un tiempo limitado a los autores...²⁹

Ginsburg señala que esta distinción no convenció a ninguna de las tres jurisdicciones que examinaron el caso. Al afirmar Eldred que el Congreso no estaba autorizado a prolongar retroactivamente la duración de la protección de las obras preexistentes, pedía de hecho al

²⁸ www.error500.net/kazaa_condenada_australia

²⁹ Jane Ginsburg, ob. Cit., Rida No. 197, pág. 134.

Tribunal que proclamase que era inconstitucional la práctica ininterrumpida del Congreso desde 1831, e incluso desde 1790, que consiste en ajustar la duración de la protección de las obras preexistentes para que esa duración esté armonizada con la de las nuevas obras.

En el ámbito del Supremo la decisión fue aprobada por siete votos a dos.

[Fin del documento]