

LAS IMPLICACIONES CONSTITUCIONALES DE LA LEY DE DERECHOS DE AUTOR PARA EL MILENIO DIGITAL

*Pedro G. Salazar Díaz**

I. INTRODUCCIÓN

Las postrimerías del año 1998 fueron de gran importancia en el campo de los derechos patrimoniales del autor. El 28 de octubre entró en vigor la nueva *Ley de Derechos de Autor para el Milenio Digital* o DAMD.¹ El estatuto efectuó enmiendas de gran alcance y profundidad en la ley.² El Registro de Derechos de Autor de la Biblioteca del Congreso (*U.S. Copyright Office*) entendió que la nueva ley marca un hito, ya que es la legislación de protección autoral de mayor alcance en dos décadas.³

Para empezar, se enmiendan las disposiciones respecto al origen nacional para ofrecer protección en territorio norteamericano a obras de aquellos autores provenientes de países como la República Islámica de Irán, por ejemplo, con los cuales los Estados Unidos no tiene reciprocidad, pero que pertenecen a la Organización Mundial de Comercio (OMC) y son signatarios, con los Estados Unidos, de tratados recientes auspiciados por

* Profesor a Jornada Parcial de la Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico, B.A., Saint Joseph College; LL.B. Univ. de Puerto Rico; M.A., Univ. of Pennsylvania; Ph. D., Univ. de París (Sorbonne).

¹ Digital Millennium Copyright Act of 1998, 17 U.S.C. §1201 (Supp. 1999).

² Federal Copyright Act, 17 U.S.C. § 101 (1996).

³ Véase en general MELVILLE B. NIMMER, DAVID NIMMER, NIMMER ON COPYRIGHT (1999).

la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI) con sede en Ginebra. Otro cambio fundamental es la extensión por veinte (20) años adicionales para un total de setenta (70), del término de protección de los derechos *post mortem autoris* que, hasta la aprobación de la ley, concluía a los cincuenta (50) años.⁴

La ley introduce muchos otros cambios de interés respecto a asuntos que, desde larga fecha, habían generado controversias. Algunos de ellos son las regalías exigibles por las sociedades de gestión, la elegibilidad de protección para el armazón de botes y el control excesivo sobre las llamadas *grabaciones efímeras* transmitidas por las radioemisoras. Pero entre las enmiendas más interesantes del DAMD, del punto de vista constitucional, están las referentes a problemas surgidos con relación a la Red Mundial del Internet.

II. LA INTERACCIÓN ENTRE LA LEY DE DERECHOS DE AUTOR Y LA PRIMERA ENMIENDA

Una de las alegaciones más frecuentes por parte de los infractores demandados solía ser que su uso no autorizado de material protegido estaba cobijado bajo la Primera Enmienda de la Constitución que garantiza la libre circulación de la información.⁵ Los tribunales tienen que invertir menos tiempo analizando estas alegaciones, ya que ha quedado claramente establecido que la Ley de Derechos de Autor equilibra adecuadamente el monopolio temporero conferido al autor o titular sobre su obra y los intereses sociales protegidos por la Primera Enmienda.

Lo que a veces se pierde de vista es que el derecho a la propiedad intelectual también tiene raíces constitucionales. La Constitución le confiere al Congreso de Estados Unidos el poder de proteger durante un tiempo limitado los descubrimientos de los inventores y los *escritos* de los autores.⁶ La ampliación interpretativa de la palabra *escritos* por parte de los jueces es lo que ha hecho posible la gama de obras que, en la actualidad, merecen protección legal. A pesar de lo anterior, todavía se oyen argumentos, sobre todo por parte de los editores de periódicos y revistas, en el sentido de que cualquier intento por parte de un autor a reclamar por sus derechos violados constituye una ofensa a la *libre expresión*.

Los tribunales siempre han fallado en contra del usuario y a favor del autor en estos casos, a menos que aquél haya podido probar que, conforme

⁴ 17 U.S.C. § 302 (Supp. 1999).

⁵ CONST. EE.UU. 1^{ra} Enmienda.

⁶ CONST. EE.UU. art. I, § 8, cl. 8.

a los parámetros establecidos en la sección 107 de la ley, su uso ha sido justo.⁷ Es decir, los intereses representados por la Primera Enmienda y los de la Ley de Derechos de Autor no son necesariamente incompatibles. La Primera Enmienda protege el libre flujo de ideas e información, mientras que los derechos de autor protegen la expresión.

El Noveno Circuito lo expresó de esta forma en *Sid & Marty Krofft Television Productions v. McDonald's*:⁸

But the impact, if any, of the first amendment on copyright has not been discussed by the (Supreme) Court. We believe this silence stems not from neglect but from the fact that the idea-expression dichotomy already serves to accommodate the competing interests of copyright and the first amendment. The "marketplace of ideas" is not limited by copyright because copyright is limited to the protection of expression.⁹

Además, el estatuto federal ha incorporado muchas salvaguardas para proteger a la comunidad del posible abuso de monopolio temporero de los autores o titulares. El más importante es tal vez la defensa de *uso justo*, en virtud de la cual un usuario puede ser exonerado del uso no autorizado de una obra si un juez determina que las condiciones estipuladas por la ley se han cumplido. Otras salvaguardas son el requisito de *originalidad* que restringe la aplicación de la ley a aquellas obras que contengan un mínimo de expresión protegible, la limitación de la protección de los derechos a setenta (70) años después de la muerte del autor y, por último, la doctrina de *dominio público* en virtud de la cual se libera una gran masa de producciones artísticas e intelectuales para uso irrestricto fuera del alcance de la ley.

El *DAMD* contiene disposiciones que generan nuevos enfoques sobre las implicaciones constitucionales respecto a la transmisión electrónica de textos a través de la Red Mundial. ¿Hasta qué punto un intermediario, entre el usuario-violador de obras protegidas transmitidas y el usuario-consumidor, es responsable ante el titular de dichas obras?

¿Hasta qué punto puede el legislador intervenir para fortalecer los derechos de los titulares, sin menoscabar el delicado sistema de pesos y contrapesos incorporado en la ley, para garantizar los intereses protegidos por la Primera Enmienda?

⁷ 17 U.S.C. § 107 (1996).

⁸ 562 F.2d 1157 (9th Cir. 1977).

⁹ *Id.* en la pág. 1170.

III. LA RECTIFICACIÓN LEGISLATIVA DE *PLAYBOY ENTERPRISES V. FRENA*¹⁰

Uno de los casos que más preocupación causó durante el pasado decenio, por sus posibles consecuencias respecto a la violación del *debido procedimiento de ley*—en su modalidad sustantiva—al *libre flujo de información* protegido por la Primera Enmienda y, en particular, al efecto de la decisión sobre la creciente industria de servidores *en línea*—tanto los primarios como los secundarios—fue el caso de *Playboy Enterprises v. Frena*. Ahí se determinó que el operador de un tablón de edictos (*bulletin board*) donde se exhibieron ciento setenta (170) fotografías protegidas, pertenecientes a la empresa demandante y las cuales estaban disponibles para ser impresas (*downloaded*), era tan responsable por violación directa de los derechos del titular como el suscriptor que las introdujo.

El caso fue criticado pero nunca expresamente revocado. No obstante, el Tribunal del Distrito Norte de California rehusó reconocerle valor de precedente en *Religious Technology Center v. Netcom On-Line*.¹¹ Ahí, un servidor principal (*Usenet*) le transmitía material a su red de servidores secundarios—entre los cuales se encontraba el demandado Netcom—sin que éstos tuvieran intervención o control alguno en la recepción, más allá de la instalación inicial del sistema. Los textos, alegadamente violadores, eran de L. Ron Hubbard, fundador de la iglesia de Cientología, los cuales eran comentados críticamente por un ex-ministro de la congregación. El demandante alegó ser titular de los derechos de los textos reproducidos.

El Tribunal aparentemente razonó que de adoptar la línea decisional de *Playboy*, la responsabilidad por violación hubiese sido compartida por cada uno de los miles de servidores secundarios en el *Internet* con consecuencias prácticas altamente preocupantes y quiso evitar ese resultado. Descartó la responsabilidad directa que *Playboy* le atribuyó a los servidores y adjudicó la controversia en términos de si había o no *infracción contributiva*. En el campo de derechos de autor, la infracción contributiva requiere que el violador induzca, cause o contribuya significativamente a la conducta infractora del violador primario pero además el infractor contributivo tiene que haber tenido conocimiento de tal conducta. Netcom, concluyó el Tribunal, no tenía conocimiento de que estaba contribuyendo a prácticas violatorias y, por consiguiente, no tuvo participación activa en ellas.¹²

El Tribunal entendió, además, que no existía evidencia de que Netcom se estuviera beneficiando económicamente del plagio, puesto que su único

¹⁰ 839 F. Supp. 1552 (Dist. Ct. Fla. 1993).

¹¹ 907 F. Supp. 1361 (Dist. Ct. Cal. 1995).

¹² *Id.* en la pág. 1375.

ingreso era la tarifa uniforme que se le cobraba a todo suscriptor. Este aspecto de la decisión no se sostuvo en un caso posterior del Noveno Circuito, *Fonovisa v. Cherry Auction*,¹³ aunque, como se verá, el legislador reivindicó la posición original de *Religious Technology Center*.

Por último, el Tribunal rehusó admitir la pretensión del demandante que, en lo sucesivo, el servidor fuese obligado a examinar el material presentado por sus suscriptores antes de transmitirlo para *filtrar* todo lo que pudiese constituir una infracción a los derechos protegidos.

Toda petición de interdicto que pudiera interpretarse como *censura previa (prior restraint)* a la libre expresión sería constitucionalmente cuestionable. En este caso, el remedio propuesto excedería los parámetros de protección razonables contra la violación de derechos y su efecto sería congelar (*chill*) la libre expresión de los miles de usuarios deseosos de utilizar los servicios de Netcom.¹⁴

IV. LAS ENMIENDAS DEL DAMD

El DAMD introdujo una nueva sección 512 a la Ley de Derechos de Autor.¹⁵ Resumiremos, para fines de este artículo, tan sólo aquellas disposiciones que consideramos las más importantes. La nueva sección exime de responsabilidad por la violación directa o contributiva de derechos protegidos, bajo ciertas condiciones, a los servidores pasivos de la Red Mundial. La exención opera respecto a: (1) la transmisión pasiva del material infractor entre los usuarios; (2) el almacenaje temporero e intermedio del material infractor durante una transmisión entre los usuarios; (3) el almacenaje de material infractor por los usuarios en los sistemas o redes de los servidores; y (4) los enlaces a sitios que contengan material infractor.¹⁶

Para que la exención aplique, el servidor tiene que ser *pasivo*, es decir, no puede: (1) iniciar la transmisión; (2) seleccionar el material a transmitirse; (3) seleccionar al recipiente de la transmisión; (4) conservar una copia del material por más tiempo del necesario para su transmisión o de manera que pueda dar acceso a otro que no sea el destinatario de la transmisión; y (5) modificar o alterar en forma alguna el material a transmitirse.¹⁷

El servidor deberá actualizar, incorporar o revisar el material solamente a instancia expresa de un usuario¹⁸ y no puede interferir con la capacidad de

¹³ 76 F.3d 259 (9th Cir. 1996).

¹⁴ *Religious Technology Center*, 907 F. Supp en la pág. 1383.

¹⁵ 17 U.S.C. §512 (1996).

¹⁶ *Id.* (a)-(d).

¹⁷ *Id.* (a)(1)-(5).

¹⁸ *Id.* (b)(2)(B).

dicho usuario a recibir contestación o información de otro.¹⁹ El servidor no deberá estar consciente de que el material es infractor ni de circunstancias que evidencien su carácter violatorio²⁰ ni tampoco recibir beneficio pecuniario *derivado de la actividad infractora* cuando tiene la capacidad de controlar dicha actividad.²¹

Bajo los términos de la ley, el servidor deberá adoptar una política de informar a sus usuarios sobre el cese de los servicios como resultado de incidentes recurrentes de infracción²² y poner en operación aquellas medidas estándar utilizadas por los tribunales para identificar o proteger sus obras.²³ El servidor también asumirá la obligación de remover o bloquear diligentemente (*expeditiously*) el acceso a todo material infractor una vez reciba notificación mediante una orden judicial que el material alegadamente infractor es objeto de una reclamación.²⁴

V. LOS LÍMITES DE LA PROTECCIÓN ELECTRÓNICA A LAS OBRAS QUE CIRCULAN EN LA RED MUNDIAL

El *DAMD* le añadió las secciones 1201 a 1205 a la Ley de Derechos de Autor para implantar las disposiciones del tratado entre los Estados Unidos y la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), ratificado en el 1996, y para crear responsabilidad civil y criminal por la violación de sus disposiciones.

En esencia, se prohíbe desviar o incapacitar las medidas tecnológicas adoptadas por los titulares de obras protegidas para vedar o limitar el acceso no autorizado a las mismas por los usuarios de la Red Mundial. El *DAMD* también sanciona y provee penalidades por la alteración o remoción de la información que aparece en las páginas de la Red para el manejo de los derechos (*copyright management information*). Por ello, se entiende que: "(1) la información que identifica una obra, incluyendo el aviso de reserva de derechos, (2) la información que identifica al titular o autor, (3) los términos y condiciones para el uso de la obra y (4) los números o sím-

¹⁹ *Id.* (b)(2)(C).

²⁰ *Id.* (c)(1)(A)(ii).

²¹ *Id.* (B). Aquí se sostiene la posición original de *Religious Technology Center* donde se rehusó permitir que la tarifa uniforme general que se le cobraba a todo usuario representase un beneficio pecuniario asociado a la violación.

²² *Id.* (i)(1)(B).

²³ *Id.* (B).

²⁴ *Id.* (2)(E) y (2)(E)(i).

bolos utilizados como referencia o enlace para el acceso a dicha información.”²⁵

En cuanto a la desviación o incapacitación de la tecnología protectora, la nueva Sección 1201 define, en términos generales, la conducta prohibida, a saber: (1) evitar las medidas protectoras que han sido implantadas para limitar el acceso, (2) comerciar o mercadear artefactos o medios diseñados para ese fin y (3) comerciar o mercadear artefactos o medios que inutilicen la protección de los derechos exclusivos tradicionales que la ley le confiere a los titulares. Unos ejemplos de esta tecnología protectora serían las contraseñas (*passwords*) o procedimientos de codificación como la criptografía electrónica o *encryption*.²⁶ La conducta prohibida surge con la circunvalación, desactivación o bloqueo de tales medidas sin la autorización del titular o bien si se comercia con medios, servicios o dispositivos cuyo propósito principal sea, en efecto, posibilitar dichos actos.²⁷

La posible dificultad constitucional con estas bien intencionadas medidas sería la protección excesiva de un titular en perjuicio del *uso justo* estatuido en la sección 107 de la ley,²⁸ encaminada precisamente a garantizar, en las circunstancias allí contempladas, que el monopolio de los titulares sobre sus obras no obre contra el libre flujo de información cobijado por la Primera Enmienda. Es decir, una preocupación exagerada por defender los derechos sobre la propiedad intelectual podría resultar en el debilitamiento de uno de los más importantes contrapesos incorporados en la Ley para mantener el equilibrio con los intereses protegidos por la Primera Enmienda.

Consciente de ello, por vía del *DAMD*, el legislador incorporó una serie de defensas y exenciones a la ley diseñadas para salvar el principio del *uso justo*. Sólo la experiencia dirá cuán efectivas serán. La sección 1201(c) reconoce, en términos generales, el *uso justo* como una defensa a la conducta normalmente considerada como violatoria. Para ello, el juez deberá considerar los siguientes factores: (1) si la obra está disponible para ser usada; (2) si la obra es para uso sin fines lucrativos con carácter educativo, archivístico o para la preservación de una copia; (3) si es para crítica, comentario, reportaje noticioso, docencia o investigación; y (4) el efecto del uso en el valor o en el mercado de la obra protegida.²⁹

Además, se reconocen excepciones a la conducta de desviación o incapacitación cuando se trata de bibliotecas, archivos o instituciones sin fines

²⁵ 17 U.S.C. § 1202 (c)(1), (2), (6) y (7) (Supp 1999) (traducción nuestra).

²⁶ 17 U.S.C. § 1201 (Supp. 1999).

²⁷ *Id.* (a)(3)(A).

²⁸ *Id.* § 107.

²⁹ 17 U.S.C. § 1201(a)(1)(C)(i)-(v) (Supp. 1999) (traducción nuestra).

de lucro, respecto a obras que no estén razonablemente disponibles en otra forma que no sea la digital. Solamente se permitirá el acceso no autorizado, sin embargo, cuando el propósito *bona fide* de la conducta sea determinar si adquirir la obra.³⁰

Se admite excepcionalmente la técnica conocida como la retroingeniería (*reverse engineering*),³¹ pero solamente respecto a programas de computadora y sólo si es para identificar y analizar aquellos elementos del programa protegido que habrán de usarse para lograr la interacción o intercomunicación, es decir, compartir o intercambiar información (*interoperability*) con otros programas independientemente creados. Se exige la conducta si está motivada por una investigación sobre los medios y métodos de desarrollo de la criptografía electrónica que, a su vez, habría de usarse para elaborar o calibrar la eficacia de códigos electrónicos de protección. Otra exención es respecto a conducta encaminada a desarticular la protección de las llamadas *cookies*, o sea, la intromisión de algunos operadores en la Red, generalmente repudiada, cuyo fin es crear un archivo secreto con información sobre la preferencia de las visitas por los usuarios a determinados sitios.³²

Por último, se admiten desviaciones para fines de *verificación de la seguridad* por parte del titular del sistema de protección o a instancias suyas³³ o de una agencia o dependencia de un gobierno, federal o estatal.³⁴ La sección 1203 establece los remedios civiles disponibles para la víctima de la violación de las secciones precedentes, incluyendo la confiscación del dispositivo, si alguno, utilizado, el derecho a reclamar daños reales o estatutarios cuando éstos procedan y la recuperación de costas y honorarios de abogado. La sección 1204 establece responsabilidad criminal para aquellos violadores cuyo propósito sea derivar una ventaja comercial o ganancia privada. La primera ofensa acarrea penalidades de multa hasta quinientos mil dólares (\$500,000) o prisión hasta cinco (5) años. Cada violación subsiguiente conlleva una multa de hasta un millón de dólares (\$1,000,000) o prisión y hasta diez (10) años.

Finalmente, la sección 1205 dispone esencialmente que las sanciones por violación de las secciones 1201 y 1202 no mitigarán ni impedirán otra

³⁰ *Id.* (d) y (d)(B) (Supp. 1999).

³¹ El procedimiento comienza con el producto terminado el cual se va desmontando gradualmente por etapas. En cada etapa se estudia el engranaje o disposición de elementos constitutivos hasta descubrirse el principio operacional básico.

³² 17 U.S.C. § 1201 (i)(1)(A) y (B) (Supp. 1999).

³³ *Id.* (j)(1).

³⁴ *Id.* (e).

acción separada en daños por violación a la privacidad del usuario del Internet cuyas medidas de seguridad han sido burladas.