

USO JUSTO EN LA ERA DIGITAL

CARLOS M. CORREA ¹

I. INTRODUCCIÓN

La digitalización de la información y el desarrollo de redes de computadoras, tales como Internet, plantean un nuevo y trascendente desafío al derecho de autor. La forma en que se lo resuelva puede tener implicaciones importantes para el acceso a la información y su uso a escala mundial.

El cambio tecnológico principal que subyace en esta “nueva revolución” (Conferencia Ministerial G-7, 1995), comprende las mejoras introducidas en el almacenamiento, manipulación y transmisión de datos. Con el advenimiento de la digitalización, se pueden grabar y guardar en el mismo formato binario todo tipo de datos y obras protegidas por el derecho de autor. Pese a que es posible reproducir copias sin perder calidad (cada copia es perfecta), los desarrollos de *software* permiten también la manipulación de datos, imágenes, voces, hacer “mezclas” y alterar de algún modo las obras mediante técnicas interactivas (Pearson, 1996).

El poder de la tecnología digital ha transformado el modo en que los creadores producen sus obras y cómo los autores y editores distribuyen las obras protegidas por derecho de autor. Asimismo, ha tornado borrosa la demarcación entre copia y lectura, venta y reuso, interpretación y exhibición de una obra (Hill y otros, 1998, p. 1). La digitalización de las obras —descompuestas en 0 y 1— afecta la noción misma de qué constituye una “obra protegida” y otros conceptos legales clave, tales como “autor”, “originalidad” e “infracción” (Dreier, 1995, p. 37). Subyace en estos desarrollos la capacidad de estas nuevas tecnologías para generar copias no autorizadas, perfectas y sin costo alguno.

¹ Director del Centro de Estudios Interdisciplinarios de Derecho Industrial y Económico, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Traducido del inglés por C. Plencovich. El autor agradece la colaboración de Federico Vibes en la revisión de la versión española de este artículo.

Además, como resultado del crecimiento explosivo de Internet, cualquier obra puede distribuirse mundialmente en forma instantánea a un costo insignificante. La transmisión de datos no queda más limitada a una relación uno a uno, sino de uno a muchos; aun de uno a todos. Por tal razón, Internet se ha convertido en un sistema de “difusión”. El crecimiento del sistema y la mejora de las técnicas de transmisión desafía la posición de mercado que ocupan varias industrias y servicios, incluso aquellas relacionadas con transmisiones de la voz (Rowley, 1995), radiodifusión, fonogramas (Dreier, 1993), publicación de obras literarias ² y programas de computación (Heker, 1995).

Estos desarrollos han polarizado las opiniones sobre las distintas formas en las que la legislación sobre derecho de autor debería reaccionar para proteger a los productores y proveedores de los distintos tipos de obras y, a la vez, preservar el interés del público, particularmente en relación con la investigación y la educación.

Algunos autores y grupos industriales han argumentado que la legislación sobre derecho de autor sólo requiere modificaciones menores para adaptarse a los nuevos cambios tecnológicos (Holleyman y Steinhardt, 1995, p. 56), en particular respecto del alcance de los derechos de explotación y la amplitud de la excepción del “uso justo” (Dreier, 1993, p. 489; Dessemontet, 1996, p. 287). Ésta fue, por ejemplo, la posición asumida por el gobierno de Estados Unidos en su “White Paper on Intellectual Property and the National Information Infrastructure”.

En dicho libro se argumentó que sólo era necesario “una aclaración menor y una enmienda limitada” a la Ley de Derecho de Autor para fortalecer los derechos de los titulares, en particular aclarando y “desmaterializando” los conceptos de “fijación”, “distribución”, “transmisión” y “publicación” (IITF, 1995, p. 17). Sólo se estimó necesario introducir un cambio importante: un derecho *sui generis* que suplementara la protección por la propiedad intelectual de las bases de datos (Lehman, 1995, p. 80).

Sin embargo, para otros especialistas en la era digital es necesario reconceptualizar el derecho de autor, nacido para responder a los problemas planteados por la imprenta y más tarde adaptado a las obras audiovisuales. El contenido del derecho de autor ha evolucionado en el tiempo, pasando de las representaciones simbólicas de la materia sensorial a la materia sensorial en sí misma, y de obras que el público recibía pasivamente hacia otras que permiten la interacción” (Christie, 1995, p. 523).

² En realidad, los autores individualmente tienen la oportunidad sin precedentes de convertirse en sus propios editores y distribuir sus obras en forma digital a través de redes de computación (DIXON y SELF, 1994, p. 466).

Según una opinión, el “derecho a impedir la copia” (tal como lo reconoce el derecho de autor) debería ser reemplazado por el “derecho a impedir el acceso” a una obra (Olswang, 1995) ³. Por otro lado, se ha argumentado que los derechos exclusivos otorgados por el derecho de autor, que se vuelven “desactualizados e irrelevantes”, podrían ser reemplazados por meros derechos a percibir una remuneración (Ricketon, 1995, p. 898).

Dado que el acceso *on line* a los contenidos sólo se permite a aquellos que aceptan pagar por tal acceso y cumplen con ciertas restricciones respecto del uso, también se ha cuestionado la necesidad misma de la existencia de derechos de propiedad en el ambiente digital. Los desarrollos de la tecnología podrían “bloquear” los datos digitales que constituyen el contenido al cual se permite el acceso. Se puede garantizar el pago del acceso mediante el débito automático *on line* de una cuenta vinculada con una tarjeta de crédito o mediante una cuenta de depósito bancario. Asimismo, se podría detectar y rastrear un uso no autorizado ulterior y debitar automáticamente el importe de una cuenta con base en un derecho convenido contractualmente a percibir compensación por el uso no autorizado (Christie, 1995, p. 526).

El debate sobre la protección del derecho de autor para las obras digitales se ha llevado a cabo dentro de un contexto de expansión y fortalecimiento de la protección al autor. Así como en el área patentaria, en el campo del derecho de autor se ha dado un cambio fundamental, evolucionando desde un sistema que se basaba originalmente en consideraciones no comerciales —los beneficios que la sociedad podía obtener de la autoría creadora y la difusión de ideas— a un “derecho sobre la apropiación ilícita”, cuyo objetivo final sería proteger el valor comercial de los resultados creativos. Alentar las inversiones y poner a disposición del público tales resultados sería suficiente para justificar la concesión de posiciones monopólicas ⁴. Cualquiera haya sido el principio sobre el cual se ha fundamentado el derecho de autor en el pasado, “las metas primordiales del derecho de autor son hoy cuestiones económicas” (Swanson, 1988, p.224) ⁵.

Bajo la nueva concepción dominante que ha surgido en respuesta a los cambios en la tecnología y a las tendencias del mercado, el interés principal

³ Esto podría conceder el poder de impedir el *uso* de la información, en contradicción con la dicotomía básica idea/expresión del derecho de autor.

⁴ Por ejemplo, una decisión de la Suprema Corte de Estados Unidos (“Mazur v. Stein”), estableció que “la filosofía económica que subyace en la cláusula que habilita al Congreso a conceder patentes y derechos de autor es la convicción de que alentar el esfuerzo individual a través de la ganancia personal es la mejor manera de hacer avanzar el bienestar público a través de los autores e inventores...” (247 U.S. en 219).

⁵ Ver también DREYFUSS, 1987.

radica en estimular a los inversores, más que en alentar la creación individual y la difusión pública del conocimiento. Según lo señala David, “*aunque la retórica argumentativa a veces apela a las nociones de justicia y equidad, el análisis económico moderno, caracterizado por su preocupación por la eficiencia, determina ahora los términos de las discusiones en torno a los debates sobre las políticas de la tutela de la propiedad intelectual*” (David, 1993, p. 20).

II. LIMITACIONES A LOS DERECHOS EXCLUSIVOS

A pesar de la tendencia mencionada, hasta el momento ha existido consenso en que el propósito del derecho de propiedad intelectual no es asegurarle al titular un máximo retorno económico, sino equilibrar los derechos de los autores de obtener una retribución equitativa con el interés de la sociedad en acceder a la información y usarla. Hace más de 100 años, Numa Droz, una de las gestoras del Convenio de Berna, afirmaba que “los límites a la protección absoluta los pone con acierto el interés público” (Ricketson, 1999, p. 540).

A fin de llegar a ese equilibrio, las leyes de derecho de autor normalmente han incorporado una variedad de limitaciones a los derechos exclusivos, en particular a la reproducción de las obras.

El art. 9º del Convenio de Berna definió el derecho exclusivo de reproducción. El párrafo 1º estipuló que los autores de obras literarias y artísticas gozan del derecho exclusivo a autorizar la reproducción de sus obras “por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma”⁶. Se interpretó que estos términos amplios cubrían todos los métodos de reproducción (por ejemplo, dibujo, litografía, offset y otros procesos de impresión, fotocopiado, grabación), incluso aquellos que eran desconocidos a la adopción del Convenio.

El párr. 2º del art. 9º del Convenio equilibró tales derechos exclusivos estableciendo que “*Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras en determinados casos especiales, con tal que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor*”.

⁶ El párr. 3 también establece que “toda grabación sonora o visual será considerada como una reproducción en el sentido del presente Convenio”.

Casi toda la legislación de derechos de autor que se basa en la concepción (europea continental) de “derechos de los autores”, prevé excepciones para la copia reservada a usos personales (usos científicos, educativos, u otros privados), para su empleo en archivos, en bibliotecas, para usos con fines educativos, y para garantizar la libertad de información de noticias y del relato de los hechos de actualidad.

Aunque el derecho a impedir la *reproducción* no autorizada de una obra protegida haya sido uno de los pilares de la protección mediante derecho de autor, en la mayoría de las legislaciones nacionales se han dado excepciones para usos privados o personales. En general, estas limitaciones se formulan como excepciones específicas para usos particulares o situaciones definidas de antemano. Sin embargo, estas excepciones —por lo común— no han autorizado la reproducción cuando ella pudiese afectar el mercado primario del autor. Las excepciones se han limitado en distintas formas. Por ejemplo, en Europa las excepciones normalmente incluyen las siguientes condiciones:

- Se pueden hacer copias de sólo parte del trabajo. Sólo se pueden copiar las obras completas cuando los originales no están disponibles en el mercado.
- Se pueden reproducir copias sólo mediante procedimientos reprográficos.
- Sólo se pueden reproducir copias aisladas; sólo se las debe usar en forma privada y no se las puede entregar a terceros.
- El uso privado sólo alcanza al que realiza la copia, o bien el copista debe actuar en forma no comercial.
- Si se conceden excepciones en beneficio de bibliotecas y archivos, el público debe tener acceso a estas instituciones, las que no deben perseguir fines de lucro.
- Se debe tener en cuenta el interés legítimo del titular del derecho (Hoeren y Decker, 1998, p. 261)

Bajo el derecho de autor angloamericano, las excepciones se formulan caso por caso, y se fundamentan en la aplicación de principios generales amplios. Estas excepciones se refieren a actos de “trato justo” o “uso justo”, tales como copiar con fines de investigación, enseñanza, periodismo, crítica, parodia y actividades realizadas por bibliotecas.

Un buen ejemplo es la doctrina estadounidense del “uso justo”, la que sólo provee lineamientos legislativos generales y concede un amplio margen a los tribunales para interpretar lo que puede ser permisible en instan-

cias específicas. Se define el “uso justo” como una norma racional que se basa en la equidad y que permite que se usen materiales protegidos en ciertas condiciones, sin el consentimiento del titular del derecho⁷. Según el art. 107 de la Ley de Derechos de Autor de Estados Unidos, elaborada a través de la casuística, tales condiciones incluyen:

- El propósito y el carácter del uso, incluso si éste se realiza con propósitos comerciales o con fines educativos sin ánimo de lucro, ya sean transformadores y productivos o duplicativos ⁸;
- Si el trabajo original es o no inédito (tomar material de un trabajo sin publicar pesa en contra en un juicio sobre uso justo);
- La naturaleza de la obra intelectual protegida (el alcance del uso justo es más amplio para obras que se basan en hechos que para las que se basan en productos de la fantasía);
- La cantidad y sustancialidad de la parte utilizada en relación con la obra protegida como un todo (cuanto mayor sea la apropiación de materiales protegidos, más débil la defensa de uso justo); y
- El efecto del uso sobre el mercado potencial o valor de la obra protegida por derecho de autor ⁹.

III. EL USO JUSTO EN LA ERA DIGITAL

La aplicación de los lineamientos generales provistos por la legislación estadounidense y la falta de una lista completa y precisa de los actos exceptuados, han dificultado la articulación de la doctrina del uso justo en ciertos casos ¹⁰, pero han brindado un marco flexible para adoptar soluciones a medida que emergen nuevas tecnologías.

En Europa, a pesar del progreso realizado en pos de la armonización de aspectos de las leyes de propiedad intelectual, la cuestión de uso justo hizo surgir muchas normas divergentes. Los países miembros de la UE se han

⁷ En la decisión más reciente de la Corte Suprema que trata el uso justo (“Campbell v. Acuff-Rose”, también conocido como el caso “Pretty Woman”), la Corte sostuvo que no existen líneas claras, ni presunciones, y que el uso justo implica la búsqueda de un delicado equilibrio de intereses.

⁸ La naturaleza comercial del uso opera en contra de la admisión de un “uso justo”, aunque no *siempre* lo excluye. Pese a que a menudo se consideran los usos educativos como usos justos, se pueden considerar las facultades, universidades, bibliotecas sin fines de lucro y otros usuarios no comerciales como responsables de violación de los derechos de autor, a pesar de que se interponga la defensa del uso justo.

⁹ Ver SHIPLEY, 1996, p.10.

¹⁰ De acuerdo con el juez L. Hand, la doctrina del “uso justo” ha sido la más problemática de toda la ley de derecho de autor (“Dellar v. Samuel Goldwin Inc.”, 104 F. 2d 661, 2s. Cir. 1939).

mostrado renuentes a abandonar sus propias concepciones sobre el alcance de las limitaciones al derecho de reproducción. Esto llevó a soluciones a veces contradictorias en países diferentes. Por ejemplo, en el caso de la reprografía y de la copia privada, las soluciones fluctuaron de la franca prohibición de la copia privada, a una legislación que no compensa a los titulares del derecho (Comisión de las Comunidades Europeas, 1995, p. 51).

El análisis de la legislación de otros países, incluso de los países en desarrollo, también presenta divergencias considerables y, en algunos casos, incertidumbre sobre el alcance exacto de la excepción al derecho de reproducción ¹¹.

Como resultado del desarrollo y difusión de la tecnología digital, el *status* y alcance de la excepción del “uso justo”, ha generado numerosos análisis y controversias. Según lo mencionado, esta tecnología ha modificado sustancialmente la forma de trabajo de los creadores, y cómo los autores y las editoriales circulan las obras protegidas. Por un lado, ha aumentado el poder de los titulares de derechos de autor para controlar el copiado, la venta de copias y las transmisiones públicas de las obras. Asimismo, se ha extendido tal poder a la lectura, al nuevo uso de copias y a la visión de material protegido (Hill y otros, 1998, p. 8). Por otro lado, la tecnología digital permite crear copias no autorizadas, perfectas y sin costo; y la distribución casi instantánea y mundial de obras protegidas a través de redes de computadoras.

Estos desarrollos han generado nuevas presiones para revisar la disponibilidad y alcance de la excepción del “uso justo” e internacionalizar el sistema de derechos de autor. La doctrina del “uso justo”, se argumenta, se justifica cuando los costos de transacción son muy altos e impiden que los titulares del derechos de autor y los usuarios acuerden licencias, como en el caso del fotocopiado en bibliotecas o de videograbaciones realizada en el hogar. No obstante, hoy existen tecnologías que permiten a los titulares de derecho de autor y a los usuarios negociar licencias individuales de obras almacenadas electrónicamente a bajos costos. Esto se puede realizar, por ejemplo, a través de un “Centro de Autorización de Copiado” que recabe y administre las regalías en cada caso individual (Goldstein, 1994, ps. 217; 223; 240).

Además, dado el alcance internacional de las redes de computadoras y las soluciones legales divergentes que existen en el nivel nacional, los actos de reproducción sujetos al consentimiento del titular del derecho en un país pueden quedar encuadrados por una excepción de “uso justo” en otro. La

¹¹ Ver LIPSZYC, 1993, p. 222.

industria de los derechos de autor, algunos legisladores y los encargados de formular políticas, consideran esto como una seria amenaza a la base económica de la explotación de los derechos de autor (Dreier, 1995, p. 38).

Las preocupaciones sobre el *status* del uso justo en el contexto digital ha llevado a algunos países a establecer comisiones nacionales *ad hoc*, a preparar informes, promulgar nuevas legislaciones, y a la negociación y adopción de dos nuevos tratados internacionales. En varias decisiones judiciales también se consideró específicamente el impacto de la tecnología digital sobre el uso justo.

En Estados Unidos la National Information Infrastructure Task Force's Working Group on Intellectual Property Rights, presidida por Bruce A. Lehman, comisario de marcas y patentes norteamericano, también trató la cuestión del futuro del uso justo. Se convocó una Conferencia sobre el uso justo (en inglés, CONFU), en la que se manifestaron fuertes desacuerdos sobre el alcance del uso justo ¹². Las bibliotecas y otros grupos que expresaron las posiciones de los usuarios, defendieron el espacio para el uso lícito por parte de particulares, bibliotecas e instituciones educativas, de obras protegidas por derecho de autor, en el ambiente digital (Okerson, 1996, p. 66). El Congreso estadounidense promulgó la Ley de Derecho de Autor del Milenio Digital ¹³ (DMCA) ¹⁴, en 1998 y tiene a consideración dos proyectos de ley (Collection of Information Antipiracy Act y Consumer and Investor Access to Information Act) para la protección de bases de datos, confeccionados a partir de filosofías significativamente divergentes sobre la extensión deseable de la protección.

En Canadá, un Subcomité sobre derecho de autor examinó si las disposiciones sobre trato justo se debían aplicar y si se debían introducir criterios que sirvieran de guía para el uso de obras en Internet. El Subcomité observó mucha disonancia entre las presentaciones de los usuarios y los creadores respecto del estado actual de las disposiciones sobre trato justo de la ley de derechos de autor canadiense. En general, los grupos de creadores argumentaron que, dada la facilidad con que se pueden reproducir las obras en Internet, se debería excluir el trato justo como defensa posible a fin de restaurar algo del equilibrio del control de los titulares de derechos de autor. En sus presentaciones, los grupos de usuarios solicitaron mayor claridad en la aplicación de la disposición del trato justo y argumenta-

¹² Ver el "Informe Final del Comisario sobre la Conclusión de la Conferencia sobre Uso Justo", nov. 1998.

¹³ *Digital Millennium Copyright Act*.

¹⁴ Ver más abajo la discusión acerca de las implicaciones de esta ley sobre el "uso justo".

ron que deberían existir criterios tales como los que se encuentran actualmente en la ley estadounidense (Subcomité de Derecho de Autor, 1995, ps. 27-31).

La Comisión Europea preparó un “Libro Verde” en el que se argumenta que el cambio introducido por la tecnología digital *“...se debe tener en cuenta al considerar el derecho de reproducción en un ambiente digital. Cuando la tecnología no permite impedir la copia, seguiría siendo válido continuar con los gravámenes impuestos a los equipos y medios de grabación y se debería permitir la copia para usos privados. Pero en aquellos casos en los que exista un medio técnico que limite o impida la copia personal, no se justifica lo que constituye un sistema de licencia legal y una remuneración equitativa...”*

”Si no se da una respuesta armónica a todas estas cuestiones habrá dificultades en el mercado interno si un titular del derecho de otro Estado miembro, que goza de una legislación más protectora, impide que se introduzcan en su territorio obras digitalizadas originadas en otros Estados miembros en los que la digitalización no requiere el consentimiento del titular del derecho.

”El alcance del derecho de reproducción es una cuestión aparte, debido a que los Estados miembros han introducido muchas excepciones bajo el art. 9(2) del Convenio de Berna. Será necesario una cuidadosa consideración para determinar cuáles de ellas pueden continuar. Ejemplo del tipo de dificultades que surgen es la cuestión de los materiales diseminados en forma digital. También deberá revisarse la licitud de la copia digital privada, dado que la tecnología permite que este tipo de copia se monitoree, prohíba o limite.

”Las situaciones que permiten que una copia privada sea legal en algunos Estados miembros y no en otros traerán serias dificultades. El hecho de que la copia privada esté autorizada en algunos países miembros lleva a que algunos operadores experimenten temor a permitir el acceso a sus servicios en tales lugares. Los dispositivos técnicos necesarios para controlar la copia privada no se pueden hacer obligatorios en los Estados miembros que autorizan la copia privada, pero serán requeridos en otros Estados miembros. Estas diferencias crearán barreras en la forma de comercializar los equipos relevantes” (Comisión de las Comunidades Europeas, 1995, ps. 50 y 52).

En 1991, la Unión Europea dio un paso importante encaminado a reducir el alcance de las limitaciones impuestas a los derechos exclusivos de reproducción en el área del *software*. Dado que las copias de obras digitales pueden ser idénticas al original, la directiva de la CE sobre Pro-

gramas de Ordenador formuló excepciones estrictas a tales derechos. En forma semejante, la directiva de la CE sobre Bases de Datos limitó la reproducción con fines privados solamente a las bases no electrónicas (art. 6.2.a).

Asimismo, para atender los problemas de derecho de autor en obras digitales, las comunidades europeas adoptaron una nueva directiva relativa a la Armonización de Determinados Aspectos de los Derechos de Autor y Derechos Afines de los Derechos de Autor en la Sociedad de la Información (2001/29/CE, del 22/5/2001) ¹⁵. La directiva prevé, entre otras, excepciones de admisión voluntaria por parte de los Estados miembros para la reproducción por técnica fotográfica o similar, o reproducción por cualquier medio para uso privado, siempre que haya compensación al titular del derecho, así como para bibliotecas, museos, etc., siempre que se realice sin un beneficio económico o comercial directo o indirecto. Se contempla asimismo una excepción obligatoria para reproducciones transitorias de obras protegidas.

Algunos tribunales nacionales también han considerado los efectos de la tecnología digital sobre el alcance del uso justo al decidir casos particulares relacionados con diversas categorías de las obras digitales ¹⁶. Por caso, en Alemania la Corte Suprema Federal reconoció que los intereses de los autores quedan afectados en forma creciente como resultado del desarrollo de la tecnología. La Corte se refirió, en particular, a los problemas que se generan cuando los artículos ingresan a los archivos públicos a la fecha de su publicación y los usuarios *on line* los pueden pedir también en la misma fecha. Aunque esto conduce a una situación en la cual los archivos pueden competir con la publicación original misma, el tribunal argumentó que es esencial para la sociedad moderna disponer de la información y consideró que bastaría con imponer una regalía obligatoria en esos casos para velar por los intereses de los autores (Mann, 2000, p. 95).

La necesidad percibida de adaptar y fortalecer la ley de propiedad intelectual en un ambiente digital fue también la fuerza propulsora de la negociación y adopción de dos tratados de 1996 de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. El preámbulo del Tratado de 1996 de Derechos de Autor de la OMPI reconoció: *“la necesidad de mantener un equilibrio entre los derechos de los autores y los intereses del público en general, en*

¹⁵ Ver un análisis de la propuesta en DOHERTY y GRIFFITHS, 2000, ps. 18-19.

¹⁶ La jurisprudencia ha sido particularmente rica en Estados Unidos. Por ejemplo, ver CHUSED (ed.), 1998.

*particular en la educación, la investigación y el acceso a la información, como se refleja en el Convenio de Berna*¹⁷.

El art. 10 del Tratado de la OMPI incluyó disposiciones específicas sobre las limitaciones de los derechos exclusivos, que tomaron como modelo al art. 9(2) del Convenio de Berna y al art. 13 del ADPIC, pero en una forma más restrictiva. Según el Tratado de la OMPI,

(1) Las Partes contratantes podrán prever, en sus legislaciones nacionales, limitaciones o excepciones impuestas a los derechos concedidos a los autores de obras literarias y artísticas en virtud del presente tratado en ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

(2) Al aplicar el Convenio de Berna, las partes contratantes restringirán cualquier limitación o excepción impuesta a los derechos previstos en dicho Convenio a ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

En el Convenio de Berna no se imponía a los Estados, que limitasen las excepciones a las que cumplieran con la prueba de los tres pasos introducida por el Artículo 9(2).

IV. NUEVOS RETOS A LA DOCTRINA DEL USO JUSTO

La doctrina del “uso justo” ha sobrevivido, pese a que los desarrollos descriptos han erosionado su *status* y alcance; además, ha obtenido el reconocimiento específico del Tratado de Derecho de Autor de la OMPI, según lo mencionamos. Ahora bien, aparecen nuevos retos a la aplicación de la doctrina desde nuevos frentes:

- El desarrollo de tecnologías de protección (conocidas generalmente como “sistemas de gestión de derechos” o “tecnologías de gestión de derechos”) y la regulación expresa sobre dispositivos “de elusión” o servicios que pueden utilizarse para eludir los mecanismos técni-

¹⁷ Se ha considerado que esta afirmación representa un “desarrollo significativo en la política internacional de derechos de autor”, “ya que si ha parecido que la política de derechos de autor estaba virando de los fines tradicionales, como el de promover el conocimiento en beneficio del interés público, hacia un conjunto de fines solamente orientados a lo comercial, el tratado podría ser visto como una corrección oportuna del derrotero de la política internacional sobre derechos de autor” (SAMUELSON, 1997, p. 926).

cos de protección (tales como las contraseñas codificadas, la encriptación o la codificación anticopia de la programación de cable, videocasetes, CD-ROM y DVD);

- El uso extendido de modalidades contractuales para controlar el acceso a las obras digitales protegidas por derecho de autor y su uso; y
- El desarrollo de una forma de protección *sui generis* para las bases de datos.

V. MEDIDAS ANTIELUSIVAS

La tecnología permite a los titulares de derechos controlar el acceso de terceros a obras digitalizadas. Una vez que se produce dicho acceso, es también posible monitorear y regular su uso. Esta protección basada en la tecnología puede ser más eficaz que cualquier derecho de propiedad intelectual y además quitarle a la doctrina del uso justo cualquier valor concreto. Mediante el uso efectivo de tales tecnologías de protección, los titulares de los derechos pueden ejercer un control “virtualmente absoluto sobre sus obras, sin quedar limitados por las disposiciones de las leyes de derecho de autor” (Denicola, 2000, p. 194).

Las tecnologías que han sido diseñadas para impedir que los terceros accedan sin previa autorización a las obras digitales y las usen, pueden permitir a los titulares controlar, monitorear y medir cualquier uso posible de una obra. Si se las fortalece mediante la prohibición legal del uso de técnicas para eludirlas, estas tecnologías crearán medios nuevos y poderosos para impedir la reproducción, incluso dentro del uso justo, y otros actos legítimos.

Existen nuevas disposiciones legales sobre este tema. El Tratado de la OMPI ya mencionado incorporó, bajo la influencia del gobierno y la industria cinematográfica estadounidenses, una nueva norma internacional que regula las tecnologías que pueden vulnerar la protección tecnológica de las obras digitales. El art. 11 establece que: “*Las Partes Contratantes proporcionarán protección jurídica adecuada y recursos jurídicos efectivos contra la acción de eludir medidas tecnológicas efectivas que sean utilizadas por los autores en relación con el ejercicio de sus derechos en virtud del presente Tratado o el Convenio de Berna y que respecto de esas obras, restrinjan actos que no estén autorizados por los autores o que no estén permitidos por la ley*”.

En Estados Unidos, la ley DMCA, ya mencionada, fue promulgada a los efectos —entre otros— de instrumentar la obligación prescripta por el

Tratado sobre Derecho de Autor de la OMPI de prever medidas contra la elusión de la protección tecnológica de las obras protegidas. Sin embargo, dicha ley fue más lejos. La ley prohíbe la fabricación, venta o importación de tecnologías que puedan ser utilizadas para eludir la protección tecnológica de obras protegidas por el derecho de autor. El art. 1201 proscribire los dispositivos o servicios que

- hayan sido diseñados o producidos con el fin específico de eludir la protección tecnológica;
- persigan escasos y limitados fines o usos comerciales fuera de vulnerar los mecanismos de protección; o
- se comercialicen para eludir la protección.

La DMCA incluye una serie de actos que quedan exceptuados del derecho de reproducción. Sin embargo, la ley transforma la flexible doctrina de uso justo, derivada del derecho común, en un sistema estricto y específico de excepciones a los derechos exclusivos¹⁸, modelado sobre la concepción europea del uso justo. Asimismo, la DMCA limita los alcances de esa doctrina, ya que suprime la presunción tradicional de uso justo vinculada con los usos no comerciales (Cohen, 1999, p. 236).

Bajo la DMCA, el Congreso otorgó a la Biblioteca del Congreso —organismo que pertenece a su esfera— autoridad legislativa para promulgar antes de octubre de 2000 excepciones a la prohibición de usar medidas antielusivas si los usuarios de cierto tipo de obras estuvieran afectados —o fueran a estarlo— por la prohibición. Cada tres años se deben revisar esas excepciones.

Como la copia de una obra puede constituir un uso justo en algunas circunstancias, la DMCA no prohíbe el acto de eludir una medida tecnológica que impida tal copia¹⁹. Ahora bien, según lo indicado, se prohíben los dispositivos diseñados específicamente para eludir los controles que protegen la reproducción tutelada (art. 1201). El acto de eludir una medida de protección tecnológica para lograr el *acceso* está prohibido. Bajo la DMCA, el uso justo no representa una defensa contra el acto de obtener

¹⁸ Las excepciones son para las bibliotecas, archivos e instituciones educativas sin fines de lucro; ingeniería inversa, protección de menores, usos personales privados y comprobaciones de seguridad.

¹⁹ “Ninguna de las disposiciones pertenecientes a los artículos bajo este título será en detrimento de los derechos de resarcimiento, limitaciones o defensas interpuestas ante la violación del derecho de autor, incluso el uso justo” (section 1201, c.1).

un acceso no autorizado a una obra, ya que de suyo constituye una infracción.

Al impedirse el acceso, se puede impedir *de facto* la copia. No se puede copiar lo inaccesible. Aun después de un acceso legítimo, los usuarios pueden quedar inhabilitados para hacer copias, dada la prohibición que pende sobre los dispositivos específicamente diseñados para eludir la protección tecnológica. Los titulares también pueden someter los actos de copia a la prohibición del acceso, obligando a los usuarios a que vuelvan a acceder a la obra para cada uso.

Los comentaristas ²⁰ parecen convenir que la DMCA entraña un alejamiento significativo de la tradición legal estadounidense, en relación con el uso justo, la que se basaba en un equilibrio de los intereses públicos y privados fundado en la equidad, y determinado sobre la base del análisis caso por caso. Aún más, muchos temen que: *“como las normas antielusivas tornan ilícita la elusión del control del acceso, ellas tienen el potencial de convertir los derechos de autor en una forma absoluta de protección que nunca intentó ser. En la medida en que los dispositivos tecnológicos resulten realmente eficaces para controlar el acceso a las obras protegidas, se impedirá, en la práctica, el uso no autorizado de obras amparadas por derechos de autor incluso el uso justo y otros usos exceptuados que en teoría el derecho permite. Al fortalecer las medidas de protección tecnológicas imponiendo sanciones legales para su elusión, la norma antielusiva puede, en la práctica, arrasar muchas de las excepciones y dispensas a la protección mediante el derecho de autor que el Congreso ha previsto para lograr un equilibrio”* (Dratler [Jr.], 2000, ps. 2-21/2-22)

VI. DERECHO CONTRACTUAL *VERSUS* DERECHO DE AUTOR

A partir del uso de los bloqueos electrónicos ya mencionados, los titulares se encuentran en posición de prohibir el uso de obras protegidas tecnológicamente o buscar una compensación por dicho uso. En verdad, pueden ignorar cualquier norma que permita el uso justo.

²⁰ Ver COHEN, 1999; HILL y otros, 1998. Ver también H. R. Rep. n° 551 (Part 2), 105° Cong., 2d. Sesión. 26 (22 de julio de 1998), citando una carta del 4 de junio de 1998 dirigida al Comité de Comercio por la Unión de Consumidores: *“Sería irónico que la gran popularización del acceso a la información, promesa de la era electrónica, fuera truncada por una legislación que buscara cumplir con ella, pero que en realidad le colocara el freno del monopolio a la información”* (citado en DRATLER [Jr.], 2000, ps. 2-21).

Como los sistemas de distribución digital permiten que los titulares de los derechos interactúen directamente con los usuarios y establezcan las condiciones de acceso a las obras y para su uso, el uso masivo de contratos según los términos y condiciones impuestos por los proveedores ²¹ es un ingrediente más que amenaza el uso justo y, en lo fundamental, el derecho de autor como tal (Denicola, 2000, p. 194). La puesta en vigencia de licencias de uso no personalizado para *software* y de condiciones predeterminadas que se añaden a la comercialización de otras obras digitales ²², ilustran dicha amenaza.

Se ha observado que los precios abonados por bibliotecas o escuelas en concepto de licencias por el uso de información electrónica generalmente son más altos que los precios para los libros o revistas equivalentes. Según una fuente, los costos de la información, en particular de los libros y publicaciones científicas, han aumentado 10 por ciento o más anualmente (Okerson, 1996, p. 67).

A pesar de que los tribunales pueden invalidar los términos contractuales abusivos o que caigan bajo la esfera de las disciplinas antimonopólicas o de uso indebido ²³, la asimetría que se da en la relación contractual puede llevar a invalidar el uso justo y otras limitaciones legales al derecho de autor. Un convenio de naturaleza electrónica que gobierne el acceso y el uso de cada usuario se parece más a un derecho exclusivo que a una licencia bilateral (Denicola, 2000, p. 198). Según lo advirtió Cohen, “*si la sociedad valora los límites que impone el uso justo a los derechos de autor, sería perfectamente lógico prohibir o limitar la capacidad de efectuar contratos en torno a ellos, particularmente cuando se trata de cláusulas de adhesión e involucran a un gran número de consumidores*” (1999, p. 240).

VII. RÉGIMEN *SUI GENERIS* PARA LAS BASES DE DATOS

Finalmente, la doctrina del uso justo (y las excepciones equivalentes del derecho continental) pueden ser restringidas como resultado del desarrollo de un régimen *sui generis* para las bases de datos.

²¹ Por ejemplo, la DMCA ofrece a los titulares la posibilidad de regular el acceso y el uso mediante contratos.

²² Por caso, en “ProCD Inc. v. Zeidenberg”, un tribunal de Estados Unidos sostuvo que “una indicación en el exterior (de un envase), términos en el interior y el derecho a la devolución”, eran suficientes para establecer un contrato. El caso se refería al CD de una guía telefónica que incluía contenidos no protegidos (citado en Denicola, 2000, p. 196).

²³ La “Uniform Computer Information Transactions Act” (1999), de Estados Unidos, autoriza al tribunal a rechazar la vigencia de términos contractuales que violan una “política pública fundamental”.

Bajo el derecho de autor, las bases de datos se pueden proteger como compilaciones. Ahora bien, en principio sólo se protegen aquellas que cumplan con el requisito de originalidad, propio del derecho de autor. En otras palabras, las simples compilaciones de datos pertenecen al dominio público.

La directiva del Consejo de Europa 96/9/EC, desarrolló una forma nueva, *sui generis*, de protección de cualquier base de datos si se demuestra que cualitativa y/o cuantitativamente se ha efectuado una “inversión sustancial en la obtención, verificación o presentación de los contenidos” (art. 7°).

La directiva de las comunidades europeas estipula un “derecho a la extracción”, es decir, el derecho a impedir la “extracción o reutilización del todo o de una parte sustancial de los contenidos de la base de datos, evaluados cuantitativa o cualitativamente” (art. 7°).

La directiva ofrece un ejemplo notorio del paradigma que emerge de la protección de los derechos de PI, conforme al cual, la meta principal no consiste en proteger la creatividad y la novedad, sino las inversiones. En efecto, las bases de datos están protegidas bajo el derecho *sui generis*, sin que se requiera originalidad en la selección o arreglo de los contenidos. Según la Comisión Europea, el rasgo principal de la directiva es: “*crear un nuevo derecho económico que proteja la inversión sustancial realizada por un operador de base de datos. Si se considera la inversión sustancial realizada en recursos humanos, técnicos y financieros que son necesarios para crear una base de datos y dado que esas bases pueden ser copiadas a un costo más bajo que el que llevó crearlas, tal modificación legal es importante. De ese modo, el acceso no autorizado a una base de datos y la extracción de sus contenidos son actos que pueden tener graves consecuencias técnicas y económicas*” (Comisión CE, 1995, p. 32).

Los artículos de la directiva sobre el derecho *sui generis* definen dos categorías de actos restringidos: extracción y reutilización. El derecho se aplica al todo o a una parte sustancial de una base de datos; esto implica que las partes insustanciales no quedan protegidas. La protección dura 15 años y este período puede renovarse si se produce una inversión nueva sustancial. La directiva define las excepciones al derecho, similares a las existentes en el capítulo sobre derecho de autor; pero, en vista del volumen de la información contenida en esas bases de datos, se limitan en general al derecho de extracción. El derecho *sui generis* se acumula a otros existentes.

La directiva no prescribe, sólo autoriza, a los países miembros a prever excepciones para los casos de extracción con “propósitos privados”, “enseñanza o investigación científica”, “seguridad pública o procedimientos administrativos o judiciales” (art. 9°). Asimismo, los países miembros pue-

den limitar la excepción referida a la enseñanza y la investigación a “ciertas categorías de instituciones de enseñanza e investigación” (Preámbulo, n° 52).

En Estados Unidos, por su parte, la Corte Suprema dirimió en el caso “Feist Publication Inc. v. Rural Telephone Services” (499 US 340, 1991) que la información que sólo consistía en hechos ordenados conforme a una forma simple (arreglo alfabético de los nombres y números telefónicos), no eran “obras con originalidad”, según el sentido atribuido por la Ley de Derecho de Autor.

Algunos autores estimaron que esta decisión hacía peligrar la vitalidad de la industria de la información de EE.UU.: “*Para una nación que considera la información como un importante activo y exportación principal, el resultado es (o debería ser) extremadamente preocupante*” (Dreyfuss, 1993, p. 197).

Después de “Feist”, se introdujo en el Congreso el proyecto de ley Collection of Information Antipiracy Act para expandir la protección de las bases de datos, a partir del modelo de competencia desleal más que el de propiedad (Perkins, 2000, p. 368)²⁴. Con el propósito de ofrecer una reglamentación menos restrictiva y alternativa, se introdujo en un segundo proyecto ya citado, la Consumer and Investor Access to Information Act.

La adopción de nuevas regulaciones sobre base de datos puede limitar el alcance del uso justo, particularmente a científicos, bibliotecarios e instituciones educativas (Reichman y Uhler, 1999, p. 79). Por ejemplo, bajo el Proyecto Antipiracy de EE.UU., el poner a disposición información o extraerla sin ánimo de lucro y con fines educativos, científicos o de investigación sólo constituirá un “uso justo”, si esos actos no vulneran, en forma material, el mercado de quien construye la base de datos²⁵.

VIII. CONCLUSIONES

El desarrollo y la difusión de la tecnología digital tiene un impacto ambivalente sobre la protección de los derechos de autor. Por un lado, esta

²⁴ La OMPI también llevó a cabo una Conferencia Diplomática para desarrollar un tratado sobre bases de datos en diciembre de 1996. Uno de las proposiciones básicas que la Conferencia consideró fue la protección de bases de datos que carecen de originalidad, cuya producción implicaba una “inversión sustancial”. Ver documento de la OMPI CRNR/DC/6, 30/8/1996.

²⁵ Sin embargo, según el Proyecto sobre el Access to Information el uso transformador del contenido de la base de datos para investigación, por ejemplo, no acarrea responsabilidad (PERKINS, 2000, p. 369).

tecnología permite obtener copias perfectas y sin costo de obras protegidas; de ese modo se expande el alcance de la reproducción no autorizada. Por el otro, permite que los titulares de los derechos detecten y limiten tal reproducción. Los esquemas contractuales estandarizados pueden reforzar o suplementar esa protección tecnológica.

La doctrina del uso justo y los límites semejantes, impuestos a la protección de los derechos de autor en la mayoría de las legislaciones y en los tratados internacionales, han jugado un papel importante en la promoción de la difusión del conocimiento y de las artes creativas.

El acceso a la información es el fundamento de una sociedad democrática. El derecho de autor debe garantizar un equilibrio sano entre los intereses del autor y de la sociedad. No existe razón para pensar que al concederle a los titulares de tal derecho mayor control sobre la reproducción y el uso de sus obras en el ambiente digital, se beneficie más al público.

Pese a que deben considerarse los efectos negativos potenciales que el uso irrestricto pueda tener para los autores y la industria del derecho de autor, la combinación del bloqueo electrónico mediante “sistemas de gestión de derechos”, el uso de contratos y el desarrollo de una protección *sui generis* de las bases de datos, reducen eficazmente o eliminan la posibilidad de que los investigadores, autores, críticos, eruditos, educadores, estudiantes y consumidores encuentren información, la citen en publicaciones, o efectúen cualquier otro uso justo de dicha información.

Los desarrollos técnicos y legales actuales pueden contribuir a obstaculizar más el acceso a *todo* tipo de información que se distribuye por las redes digitales. Es posible que tales obstáculos no sólo afecten la tecnología, sino la información fáctica general, así como al conocimiento científico, incluso la información que se encuentra en el dominio público.

La adopción de medidas antielusivas, tales como las previstas en la DMCA, y el desplazamiento del derecho de autor por el uso de contratos puede tornar ilusoria cualquier excepción al uso justo o equivalente contenida en la ley de derechos de autor. Si el modelo legislativo que se desarrolló en EE.UU. sobre medidas antielusivas²⁶ y el abordaje europeo sobre las bases de datos se internacionalizaran, el acceso a las obras y su uso justo podría quedar restringido a escala mundial. Esto puede ampliar la gran brecha tecnológica que hoy separa los países avanzados de los en desarrollo. Para estos últimos, es esencial asegurar que se preserve una zona apropiada de “uso justo” en el ambiente digital tanto en el ámbito nacional como internacional.

²⁶ Nicola, ha advertido que “los excesos exorbitantes de la DMCA forman parte de un intento de elevar los estándares de protección” (NICOLA, 2000, p. 205).

IX. BIBLIOGRAFÍA

- CHRISTIE, Andrew, "Reconceptualising copyright in the digital era", *EIPR*, n° 11, 1995.
- CHUSED, Richard (ed), *A copyright anthology. The copyright frontier*, Anderson Publishing, Cincinnati, 1998.
- COHEN, Julie, "WIPO Copyright Treaty Implementation in the United States: Will Fair Use Survive?", *EIPR*, n° 5, 1999.
- COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *Green paper. Copyright and related rights in the information society*, Brussels, 1995.
- Copyright SubCommittee, *Copyright and the Information Highway*, Information Highway Advisory Council, 1995.
- DAVID, Paul, "Intellectual Property Institutions and the Panda's Thumb: Patents, Copyrights, and Trade Secrets in Economic Theory and History"; en WALLESTEIN, M. - MOGEE, M. - SCHOEN, R. (ed.), *Global dimensions of intellectual property rights in science and technology*, National Academy Press, Washington, D.C., 1993.
- DENICOLA, Robert, "Mostly dead? Copyright law in the new millen-nium", *Journal of the Copyright Society of the USA*, vol. 47, 2000.
- DESSEMONTET, François, "Internet, le droit d'auteur et le droit interna-tional privé", *SJZ* 92, n° 15, 1996.
- DIXON, Allen - SELF, Laurie, "Copyright protection for the information superhighway", *EIPR*, n° 11, 1994.
- DOHERTY, Michael - GRIFFITHS, Ivor, "The harmonisation of European Union. Copyright Law for the Digital Age", *EIPR*, n° 1, 2000.
- DRATLER, Jay, *Cyberlaw. Intellectual property in the digital millennium*, Law Journal Press, New York, 2000.
- DREIER, Thomas, "Copyright in the age of digital technology", *IIC*, vol. 24, n° 4, 1993.
- "Unsolved copyright issues in the digital and network environment", *Copyright World*, n° 48, 1995.
- DREYFUSS, Rochelle, "The creative employee and the Copyright Act of 1976", *The University of Chicago Law Review*, vol. 54, n° 2, primavera de 1987.
- "A wiseguy's approach to information products: Muscling copyright and patent into a unitary theory of intellectual property", *Supreme Court Review 1992*, University of Chicago, 1993.
- G-7 Ministerial Conference on the Information Society, 26/2/1995.
- GOLDSTEIN, Paul, *Copyright's highway. The law and lore of copyright from Gutenberg to the Celestial Jukebox*, Hill and Wang, New York, 1994.

- HEKER, Horal, "The publisher in the electronic age: Caught in the area of conflict of copyright and competition Law", *EIPR*, n° 2, 1995.
- HILL, Kraig y otros, "Digital copyright and information policy", *CASRIP Publication Series*, n° 4, 1998.
- HOEREN, Thomas - DECKER, Ute, "Electronic archives and the press: copyright problems of mass media in the digital age", *EIPR*, n° 7, 1998.
- HOLLEYMAN, Robert - STEINHARDT, Jeffrey, "Multimedia Presentation on the Global Information Infraestructure", en *WIPO Worldwide Symposium on Copyright in the Global Information Infraestructure*, Mexico, D.F., 1995.
- IITF (Information Infraestructure Task Force), *Intellectual property and the national information infraestructure: The Report of the Working Group on Intellectual Property Rights*, Washington, D.C., 1995.
- LEHMAN, Bruce, Intellectual property and the national and global information structure, en *WIPO Worldwide Symposium on Copyright in the Global Information Infraestructure*, Mexico, D.F., 1995.
- LIPSZYC, Delia, *Derecho de autor y derechos conexos*, Unesco/Cerlalc/Zavalía, Buenos Aires, 1993.
- MANN, Roger, "New aspects of the right of reproduction and the use of archives in Germany", *EIPR*, n° 2, 2000.
- OKERSON, Ann, "Who owns digital works", *Scientific American*, julio, 1996.
- OLSWANG, "Accessright: An evolutionary path for copyright into the digital era?", *EIPR*, vol 5, 1995, p. 215.
- PEARSON, Hilary E., "Information in a digital age - The challenge to copyright", *Net Law*, London.
- PERKINS, Amanda, "United States still no closer to database legislation", *EIPR*, n° 8, 2000.
- REICHMAN, J. - UHLIR, Paul, "Database protection at the crossroads: recent developments and their impact on science and technology", *Berkeley Technology Law Journal*, vol. 14, n° 2, 1999.
- RICKETSON, Sam, "Simplifying copyright law: proposals from down under", *EIPR*, n° 11, 1999.
- ROWLEY, Jennifer, "Making the internet pay", *Managing Information*, 2-11, 1995.
- SAMUELSON, Pamela, "The US Digital Agenda at WIPO", *Vanderbilt Journal of International Law*, n° 369, 1997, en ABBOTT, F. - COTTIER, T. - GURRY, F., *The international intellectual property system: commentary and materials*, Kluwer Law International, The Hague, 1999.

SHIPLEY, David, “Property rights in cyberspace: Copyright law in the internet era”, *Journal of Agricultural & Food Information*, vol. 3 (3), 1996.

SWANSON, Barry J., “The role of disclosure in modern copyright law”, *Journal of the Patent and Trademark Office Society*, vol. 70, n° 4, 1998.